CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2026 fascicolo speciale n. 2

a cura di
Elena Bindi, Damiano Canale, Paola Lombardi, Marco Mancini e Francesca Poggi

L'INTENZIONE DEL LEGISLATORE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Febbraio 2026

L’intenzione del legislatore
nella giurisprudenza italiana

a cura di
Elena Bindi, Damiano Canale, Paola Lombardi, Marco Mancini e Francesca Poggi

Febbraio 2026

ISSN: 1971-9892

Editore: Consulta OnLine – C.F. 90078670107
Via Balbi 22 – 16126 Genova

Fondatore: prof. Pasquale Costanzo
Direttrice responsabile: prof.ssa Lara Trucco

info@giurcost.org

In copertina:
La Magnanimité de Lycurgue
Jean-Jacques Le Barbier (1791)

SOMMARIO

NOTA DEI CURATORI III
ELENA BINDI, DAMIANO CANALE, PAOLA LOMBARDI, MARCO MANCINI E FRANCESCA

PRIMA SESSIONE
Presentazione dei risultati della ricerca PRIN2022
"Looking for Legislative Intent: An Empirical Account"

FRANCESCA ASTA, LEONARDO MARCHETTONI, BRANDO MAZZOLAI, MARIA FRANCESCA TROPEA 7
L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corte apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca

SECONDA SESSIONE
Interventi

ENRICO DICIOTTI 37
L'intenzione dell'autorità normativa come finzione nel discorso degli interpreti e come limite dell'interpretazione

GAETANO CARLIZZI 53
Intenzione del legislatore e interpretazione penalistica

FRANCESCA ASTA, FRANCESCO FERRARO, SILVIA ZORZETTO 67
Razionalità legislativa e intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale

VALENTINA CALDERAI 95
La mappa e il territorio. Nota breve sull'intenzione del legislatore nel diritto privato

DAMIANO CANALE, LEONARDO MARCHETTONI, GIOVANNI TUZET 109
Intenzioni legislative e ragionamento controfattuale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione civile

ANDREA MORRONE 121
L'*intentio legislatoris* al tempo della ragionevolezza: il valore della coerenza dell'*ordo iuris*

MARIELLA LAMICELA 131
Il rilievo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giustificazione delle soluzioni interpretative elaborate dalla Consulta sulla questione del "fine vita"

MARCO MANCINI 159
Alla ricerca dell'"intenzione del legislatore" nella giurisprudenza della Corte costituzionale: orientamenti di fondo e casi emblematici

BRANDO MAZZOLAI 181
La XII disposizione transitoria e finale tra intenzione del legislatore storico e applicazione giurisprudenziale

VERA FANTI 217
Il valore del vincolo del precedente nella giurisprudenza amministrativa: una nuova esegesi tra esigenze di certezza e libertà dell'interprete

GIULIO ITZCOVICH 227
Mutamento e continuità negli usi delle intenzioni del legislatore presso il Consiglio di Stato

PAOLA LOMBARDI 251
Edilizia ed intenzione del legislatore: il ruolo del Consiglio di Stato

MARIA FRANCESCA TROPEA 263
L'intenzione del legislatore nelle pronunce del Consiglio di Stato: il caso degli accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni

ELENCO DEGLI AUTORI DEI CONTRIBUTI 277

NOTA DEI CURATORI

Questo fascicolo speciale raccoglie le relazioni del convegno "L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana", tenutosi a Venezia il 5 e 6 febbraio 2026.

In occasione del convegno, sono stati presentati e discussi i risultati del progetto MIUR-PRIN 2022 "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*", che ha coinvolto l'Università Bocconi, l'Università degli Studi di Brescia, l'Università degli Studi di Milano, l'Università degli Studi di Siena e l'Università degli Studi "Ca' Foscari" di Venezia.

Il progetto ha perseguito i seguenti obbiettivi: 1) elaborare una schema di analisi della motivazione delle decisioni giudiziali capace di catturare gli aspetti salienti dell'argomento dell'intenzione del legislatore; 2) identificare e raccogliere in un database pubblico tutte le decisioni delle corti superiori italiane, relative al decennio 2014-2023, nelle quali l'argomento viene impiegato; 3) ricostruire i diversi usi dell'argomento, valutando la loro rilevanza, dal punto di vista statistico, in seno alla giurisprudenza; 4) infine, impiegare i risultati della ricerca empirica per affrontare questioni teoriche relative alla natura dell'intenzione del legislatore e al suo rapporto con altri standard argomentativi.

Il fascicolo si articola in due sezioni: la prima include il report sintetico dei risultati della ricerca empirica, redatto dagli assegnisti di ricerca delle diverse unità coinvolte. La seconda sezione raccoglie contributi formulati sia da alcuni studiosi sia esterni al progetto sia dai componenti delle singole unità che, muovendo dai risultati della ricerca, ne mostrano la fertilità con riguardo a questioni teoriche e pratiche attigue.

Nel complesso, il fascicolo si propone di porre in luce l'importanza della ricerca empirica nello studio del diritto, come pure l'esigenza che tale ricerca si avvalga di strumenti teorici adeguati per risultare significativa, contribuendo così allo sviluppo delle scienze giuridiche.

***

La ricerca è stata realizzata nell'ambito del NextGenerationEU – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Componente 2, Investimento 1.1 Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) - CUP Master N. J53D23006110001 - Codice Progetto 2022ZPA2N4.

* 📖 *I contributi qui raccolti hanno ricevuto una valutazione preliminare da parte dei discussant e dei responsabili delle unità di ricerca del progetto, in vista della loro presentazione al Convegno; successivamente, sono stati oggetto di un'ulteriore revisione, condotta congiuntamente dagli Autori e dal medesimo comitato scientifico dell'evento.*

L'edizione digitale dell'e-book è stata curata da Marco Ladu

E. B. - D. C. - M. M. - P. L. - F. P.

PRIMA SESSIONE

Presentazione dei risultati della ricerca PRIN2022
“Looking for Legislative Intent: An Empirical Account”

Francesca Asta, Leonardo Marchettoni, Brando Mazzolai, Maria Francesca Tropea

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corte apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Metodologia. - 3. Descrizione delle procedure seguite. - 4. Risultati relativi alla Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite e Sezioni semplici – 5. Risultati relativi alla Corte di Cassazione Penale, Sezioni Unite e Sezioni semplici – 6. Risultati relativi a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria e Sezioni semplici. – 7. Risultati relativi alla Corte Costituzionale.

This report aims to analyze the methodology used and the results achieved in the research that formed the subject of the MIUR-PRIN 2022 project, "Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account."; Specifically, it first describes the procedures, guidelines, and criteria used to catalog the decisions. Subsequently, for each Supreme Court examined, the results relating to some of the research design criteria were empirically and qualitatively examined, with particular attention to the type of legislator, the type of intention, the source and justification of the argument, and, above all, the weight given to the interpretative argument of the legislator's intention within the reasoning.

1. *Introduzione*

Il contributo presenta i risultati del progetto di ricerca "PRIN - *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account"*, che ha ad oggetto l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana degli ultimi dieci anni (2014-2023). In particolare, sono state analizzate le decisioni delle seguenti autorità giurisdizionali: Corte di Cassazione Civile Sezioni Unite e Sezioni semplici, Corte di Cassazione Penale Sezioni Unite e Sezioni semplici, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria e Sezioni semplici, Corte Costituzionale.

La ricerca si propone di analizzare come l'argomento dell'intenzione del legislatore (IdL) venga costruito dalle Corti e impiegato nelle motivazioni dei giudici, per confrontare i risultati empirici con le differenti teorie sull'intenzione del legislatore e sull'interpretazione giuridica. La metodologia utilizzata si muove nel solco della *experimental jurisprudence*, ambito che include in senso lato tutte le indagini di natura empirica finalizzate a rispondere a quesiti filosofici, e si avvale di un'analisi quali-quantitativa. Il progetto ha coinvolto cinque università italiane: Università Bocconi (capofila, *Principal Investigator* Damiano Canale), Università degli Studi di Brescia, Università degli Studi di Milano, Università di Siena e Università di Venezia Ca' Foscari.

2. *Metodologia*

2.1. *Progettazione della ricerca*

Al fine di rendere la ricerca empirica quanto più obiettiva possibile e di minimizzare gli elementi di variabilità individuale, sono stati adottati dei criteri di indagine condivisi, che saranno presentati in questa sezione.

La metodologia di ricerca empirica distingue abitualmente quattro stadi fondamentali di avanzamento: Progettazione della ricerca, Raccolta dei dati, Analisi dei dati, Divulgazione dei risultati. In questa sede verranno fornite solo alcune sintetiche indicazioni riguardo al contenuto dei

primi tre stadi e al loro significato in rapporto al progetto, rinviando alla successiva Sezione §3 per un resoconto analitico delle procedure di raccolta e analisi dei dati che sono state seguite[1].

Tutti gli studi empirici nascono da convinzioni teoriche che si vogliono mettere alla prova dei fatti. Le convinzioni teoriche guidano la scelta dei *constraints* che presiedono alla raccolta dei dati. Anche il dato raccolto non è un dato a-teorico ma è un dato teorico. Nel nostro caso ciò significa che l'analisi dell'impiego dell'argomento dell'IdL è filtrata dall'elaborazione teorica attorno a esso. Quell'elaborazione teorica deve tradursi nella definizione di fenomeni osservabili implicati dalla teoria che rappresentano le variabili oggetto della ricerca empirica[2].

2.2. *Raccolta dei dati*

I momenti essenziali della fase di raccolta dei dati consistono nell'individuazione della popolazione che costituirà il *target* della ricerca, nella selezione delle osservazioni da compiere e nella formazione del *dataset*[3]. Tutti questi momenti richiedono che vengano adottate tecniche adeguate che garantiscano una raccolta, codificazione e categorizzazione affidabili, evitando, per quanto possibile, il verificarsi di *selection biaess*. A partire dall'insieme popolazione i campioni da analizzare devono essere ottenuti attraverso metodiche di *random probability sampling*.[4]

Nel caso che ci occupa, la popolazione, costituita da sentenze delle autorità considerate, è stata individuata attraverso l'impiego di 23 chiavi di ricerca, elementi potenzialmente permeabili ai *biases* teorici. Questo passaggio si è reso necessario per ridurre la numerosità dell'insieme di partenza – nel nostro caso le centinaia di migliaia di sentenze prodotte dalle corti indagate – ma presenta senz'altro alcune criticità che si rende opportuno esplicitare. Va detto chiaramente, infatti, che la riduzione della popolazione di partenza tramite l'impiego di chiavi di ricerca fornisce nel migliore dei casi un limite inferiore della consistenza numerica del fenomeno da indagare, dal momento che è possibile che una parte degli eventi significativi per l'indagine non sia stata catturata.

Per quanto riguarda la codificazione delle osservazioni, è opportuno assegnare a ciascuna variabile impiegata uno spettro di valori mutuamente esclusivo e congiuntamente esaustivo di tutte le possibilità che possono occorrere[5]. Nel nostro caso le osservazioni compiute sulle sentenze sono state riportate su una griglia informata dalle assunzioni teoriche di partenza. I dati sono stati così raccolti su fogli Excel per la successiva fase di analisi.

2.3. *Analisi dei dati*

L'organizzazione dei dati per mezzo di fogli Excel permette l'esecuzione di numerose tecniche di analisi statistica[6]. Dal momento che le variabili raccolte sono di natura qualitativa, si rendono opportune alcune avvertenze.

In primo luogo, va riconosciuto che la categorizzazione delle osservazioni effettuate, che consiste nell'ascrizione delle sentenze considerate a idealtipi ricavati da una preesistente intuizione teorica, è inevitabilmente mediata dalle valutazioni del soggetto che compie l'osservazione. Pertanto, la

[1] Il testo di riferimento dal punto di vista metodologico per la presente ricerca è costituito da L. Epstein, A.D. Davis, *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

[2] *Ibid*., pp. 22-39.

[3] *Ibid*., pp. 64 e ss.

[4] *Ibid*., pp. 87-92.

[5] *Ibid*., pp. 100-01.

[6] *Ibid*., pp. 119 e ss.

distribuzione di frequenza e gli altri indici statistici delle variabili osservate scontano una inevitabile distorsione prospettica.

Al netto di questa cautela, l'analisi statistica delle frequenze delle diverse categorie può fornire informazioni preziose riguardo alle relazioni che intercorrono fra di esse e, di conseguenza, alla struttura concettuale complessiva dell'edificio teorico che viene impiegato.

3. *Descrizione delle procedure seguite*

3.1. *Domande di partenza*

Come già sottolineato, nella metodologia della presente ricerca la definizione teorica assiste l'osservazione empirica. Tale principio cardine si lega all'elementare constatazione per cui ogni ricerca empirica nasce dal tentativo di rispondere a domande legate alla teoria preesistente. La fase dell'individuazione delle domande è particolarmente importante perché ipotizzare possibili risposte alle domande di partenza permette di sviluppare implicazioni osservabili.

Nel nostro caso, la ricerca nasce dal tentativo di rispondere alle seguenti domande: «Quanto è frequente nelle corti apicali italiane il ricorso all'argomento IdL?»; «Quale incidenza l'argomento IdL ha sulle decisioni raggiunte?»; «Quando il riferimento all'argomento IdL è accettabile dal punto di vista di una teoria dell'argomentazione giuridica?».

Per tentare di rispondere a queste domande si rende necessario acquisire i dati osservabili relativi al rapporto fra casi totali e casi in cui è stato impiegato l'argomento IdL e al rapporto fra casi in cui l'argomento IdL è stato determinante/concorrente e casi in cui è stato impiegato l'argomento IdL. Tuttavia, è opportuno sottolineare che decidere quando l'impiego dell'argomento IdL è determinante/concorrente pone una questione cui non si può rispondere accumulando dati empirici. Ugualmente, stabilire quando il riferimento all'IdL è accettabile dal punto di vista di una teoria dell'argomentazione giuridica è una questione cui non si può rispondere su base empirica. In entrambi i casi abbiamo a che fare con questioni normative, che travalicano la dimensione empirica.

3.2. *Selezione del campione di analisi*

L'individuazione delle sentenze da analizzare nell'ambito del progetto è avvenuta attraverso una ricerca effettuata sulla banca dati *OneLegale* immettendo 23 Chiavi di ricerca nel formato <parola1 NEAR/5 parola2>, dove l'ordine in cui si presentano le due parole è indifferente. Le chiavi di ricerca impiegate sono le seguenti: <volontà legislatore>, <intenzione legislatore>, <intenzioni legislatore>, <scopo legislatore>, <obiettivo legislatore>, <proposito legislatore>, <intento legislatore>, <finalità legislatore>, <finalità riforma>, <intenzione riforma>, <scopo riforma>, <obiettivo riforma>, <intento riforma>, <volontà novella>, <intenzione novella>, <intento novella>, <legislatore voluto>, <legislatore inteso>, <scelta legislatore>, <assemblea costituente>, <revisione costituzionale>, <legislatore intende>, <scelta politica>.

Questa iniziale scrematura si è resa necessaria in ragione dell'elevatissima numerosità della popolazione di partenza (circa 665.000 sentenze). Essa presenta, tuttavia, alcune criticità; in particolare, non è possibile assicurare che l'impiego di altre chiavi di ricerca non avrebbe intercettato un maggior numero di sentenze. Collegata a questo aspetto è la scelta di censire soltanto gli argomenti catturati dalle chiavi di ricerca, trascurando gli altri argomenti eventualmente incontrati nel corso del lavoro di analisi. Per questo motivo è necessario dare atto di una duplice limitazione inerente ai dati ottenuti: sia per quanto riguarda la scelta delle sentenze – l'impiego di ulteriori chiavi

di ricerca avrebbe verosimilmente comportato l'inclusione di un maggior numero di sentenze nella popolazione analizzata – sia per quanto concerne il conteggio degli argomenti presenti all'interno delle sentenze analizzate – l'impiego di ulteriori chiavi di ricerca avrebbe sicuramente comportato l'inclusione di un maggior numero di argomenti presenti all'interno delle sentenze analizzate.

Sono stati così prodotti sette *files* aggregati, depurati dei duplicati, corrispondenti alle sette autorità giurisdizionali, la cui prassi è stata oggetto di indagine: Corte Costituzionale, Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria, Corte di Cassazione Civile – Sezioni Unite, Corte di Cassazione Penale – Sezioni Unite, Consiglio di Stato – altre Sezioni, Corte di Cassazione Civile – altre Sezioni, Corte di Cassazione Penale – altre Sezioni. I sette *files* contengono in totale oltre 28.000 sentenze. I primi quattro *files*, corrispondenti alla Corte Costituzionale e alle Sezioni Unite del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione contengono in totale 1.762 sentenze, che sono state analizzate integralmente. Degli altri tre files si è deciso di analizzare un campione statistico che tenga conto delle numerosità annuali.

3.3. *Analisi dei dati. Sezione anagrafica*

I dati ricavati dalle sentenze da analizzare sono stati registrati su un'apposita griglia ricavata su un foglio Excel.

Il principio generale che ha guidato la registrazione dei dati è quello secondo il quale ad ogni istanza di argomento IdL deve corrispondere una e una sola riga nella griglia. Pertanto, al termine del lavoro, sono state prodotte sette griglie distinte, una per ciascuna autorità, ciascuna riga delle quali corrisponde a un argomento IdL.

Di seguito verranno fornite alcune indicazioni seguite nella compilazione delle colonne della griglia.

Le prime sette colonne da sinistra della griglia costituiscono la Sezione anagrafica. In esse sono state indicate l'"Autorità" che ha pronunciato la sentenza, il "Tipo di provvedimento", la "Data dell'udienza", la "Data della sentenza", il "Numero della sentenza" stessa, la "Chiave di ricerca" che ha permesso di selezionare la sentenza e una breve "Citazione" del testo della sentenza in cui ricorre la chiave utilizzata. Le prime sei colonne sono state precompilate utilizzando un apposito *software*; ciascuna sentenza, pertanto, reca le chiavi di ricerca utilizzate per individuarla.

Nel caso di una sentenza che contenesse più di una chiave di ricerca, le diverse chiavi sono state disposte su righe separate, a distinguere i diversi argomenti. Utilizzando le chiavi di ricerca fornite è stato possibile richiamare nel testo in formato pdf della sentenza in esame tutti i passi rilevanti per l'analisi. Dal momento che a ogni argomento IdL deve corrispondere una e una sola riga della griglia, nel caso che nell'ambito di uno stesso argomento ricorressero due o più chiavi di ricerca, le stesse sono state riportate nella stessa cella nel seguente formato: <parola1 parola2, parola3 parola4>. Per esempio: <volontà legislatore, scelta legislatore>. Per quanto riguarda le relative citazioni testuali, esse sono state riportate nell'apposita cella nel seguente formato: <citazione1 # citazione2>. In questo caso si è proceduto a eliminare dalla griglia di analisi la riga corrispondente alla seconda chiave di ricerca. Viceversa, nel caso che la medesima chiave ricorra in due passi distinti corrispondenti a due diversi argomenti IdL, è stata aggiunta una riga che recasse la stessa chiave di ricerca della riga precedente per analizzare il secondo argomento.

3.4. *Analisi dei dati. Sezione di analisi*

Le colonne successive della griglia Excel riportano le voci che sono state inserite nell'analisi di ciascuna sentenza: "Collocazione", "Soggetto che introduce l'argomento", "Oggetto dell'argomento", "Materia", "Uso dell'argomento", "Tipo di legislatore", "Intenzione comunicativa", "Intenzione

teleologica", "Intenzione controfattuale" – ciascuna di queste ultime tre opzioni può essere segnalata come presente/assente. A esse ci si riferirà nel prosieguo con la sigla "Tipo di intenzione". Le voci successive sono: "Fonte", "Giustificazione", "Peso dell'argomento", "Dubbi sulla qualificazione" e "Osservazioni libere".

Dal momento che si è deciso di compilare una riga per ogni istanza di argomento IdL rinvenibile in ciascuna sentenza, e dal momento che è teoreticamente problematico individuare condizioni di identità che possano univocamente stabilire quando due argomenti IdL contino come un unico argomento, sono state introdotte alcune stipulazioni.

In primo luogo, si è convenuto che due istanze di argomento IdL contassero come due argomenti separati allorché almeno uno degli elementi da riportare nella griglia di analisi, "Oggetto dell'argomento", "Materia, "Uso dell'argomento", "Tipo di legislatore/di intenzione", "Fonte/Giustificazione/Peso dell'argomento", variasse. In un simile caso dovevano essere compilate più righe della griglia, una per ogni argomento IdL, riportando nella Sezione anagrafica gli estremi della medesima sentenza. Nel caso che venisse introdotto un argomento IdL attribuito ad un soggetto diverso dall'autorità giudicante, si possono verificare tre diverse ipotesi.

La prima ipotesi è che l'argomento non entri nella giustificazione della propria decisione offerta dall'autorità giudicante. In questo caso l'argomento IdL si considera solo menzionato. Di esso è stato annotato il "Tipo di legislatore" e il "Tipo di intenzione", se determinabili, senza attribuire a esso "Fonte", "Giustificazione" e "Peso".

Il secondo caso è che l'argomento entri nel percorso argomentativo dell'autorità giudicante ed essa accolga la ricostruzione dell'IdL proposta dal soggetto che lo ha introdotto. In questo caso, si è convenuto di classificare l'argomento come introdotto da un soggetto diverso dal giudicante e proseguire la compilazione della griglia nella medesima riga. Il peso dell'argomento in questi casi è stato classificato come *determinante* o *concorrente*.

Infine, la terza ipotesi è che l'argomento entri nel percorso argomentativo dell'autorità giudicante ma quest'ultima ritenga prevalenti altri tipi di argomento – letterale, teleologico, sistematico – oppure ricostruisca l'IdL in modo differente, sostenendo che il soggetto che aveva introdotto l'argomento l'avesse ricostruito in maniera erronea o, quantomeno, introduca variazioni/specificazioni negli elementi qualificanti. In questo caso è sembrato preferibile considerare l'argomentazione di partenza separatamente dall'argomento dell'autorità giudicante, quando questa si concreta in un nuovo argomento IdL. Mentre il primo argomento è stato considerato *respinto*, l'analisi del secondo eventuale argomento è stata svolta in una riga successiva[7].

Per quanto riguarda la colonna "Uso dell'argomento" sono state previste tre possibili opzioni: "Argomento interpretativo", "Argomento solo menzionato" e "Falso positivo". Per valorizzare questa voce sono state tenute presenti le seguenti indicazioni.

L'argomento IdL consiste in una congettura che un interprete formula allo scopo di fornire l'interpretazione di un testo normativo. Ne segue che, a rigore, in tutti i casi nei quali si assiste alla dichiarazione di contenuti già esplicitamente presenti nel testo della legge non si ha un argomento IdL, bensì un falso positivo. Tuttavia, la qualifica di *falso positivo* è stata limitata ai casi in cui l'impiego delle parole che compongono la chiave di ricerca non è evidentemente collegato all'attribuzione di intenzioni al legislatore, in maniera da registrare un vasto numero di impieghi del lessico IdL a bassa intensità[8]. L'argomento IdL è stato considerato *solo menzionato* nei casi in cui l'autorità giudicante fa riferimento a un argomento introdotto da altro soggetto senza appropriarsene.

L'argomento IdL è stato considerato *interpretativo* nei casi in cui l'autorità giudicante introduce un nuovo argomento IdL o si appropria di un argomento IdL introdotto da altro soggetto.

[7] È evidente che la distinzione tra i casi queste due ultime ipotesi è sottile. La corrispondente distinzione implica un inevitabile elemento di discrezionalità.

[8] Maggiori dettagli in merito a questa opzione verranno forniti nella sezione §4.

Tipicamente, l'argomento interpretativo non costituisce un elemento accessorio ma è parte integrante dell'*iter* argomentativo del giudicante.

Per quanto riguarda il "Tipo di legislatore", sono state previste tre opzioni: "Legislatore storico", "Legislatore attuale" e "Legislatore ideale", variamente connotabile come "Ideale-razionale", "Ideale-giusto", "Ideale-buono" e "Ideale-altro".

Nella categoria "Tipo di intenzione", sono state previste di nuovo tre opzioni: "Intenzione comunicativa", "Intenzione teleologica" e "Intenzione controfattuale".

L'*Intenzione comunicativa* è presente ogniqualvolta si attribuisce al legislatore un'intenzione inerente alla chiarificazione del testo della legge; l'*Intenzione teleologica*, invece, è l'intenzione attinente al conseguimento di un obiettivo al cui raggiungimento è finalizzata la norma. Infine, l'*intenzione controfattuale*[9] si caratterizza per il fatto di muovere da un'ipotesi "contraria ai fatti", relativa a un evento che non si è realizzato. Mentre l'intenzione teleologica e comunicativa sono congiuntamente esaustive e mutuamente esclusive, l'intenzione controfattuale consiste in una modalità di espressione che può assumere contenuti comunicativi o teleologici.

Nella colonna "Fonte" è stato inserito il riferimento alle fonti[10]utilizzate dall'interprete per ricostruire l'IdL.

Nella categoria "Giustificazione dell'argomento" è stato annotato, per ogni argomento IdL censito, se e quale giustificazione l'interprete adduce per l'introduzione dell'argomento[11].

La colonna "Peso dell'argomento" è stata impiegata per registrare il peso assegnato dall'interprete all'argomento IdL. La valutazione di questo aspetto contiene ineliminabili profili di discrezionalità; pertanto, le indicazioni riportate di seguito devono essere intese come puramente orientative. L'argomento è *determinante* se nella ricostruzione del giudice non è accompagnato da altri argomenti in quanto ritenuto sufficiente a dimostrare l'assunto interpretativo o comunque risulta imprescindibile nella ricostruzione dell'iter argomentativo del giudicante; l'argomento può risultare determinante anche se impiegato per supportare uno solo dei punti in cui si articola il giudicante. L'argomento è *concorrente* se accompagnato da altri argomenti – letterali, teleologici, sistematici, per principi, ecc. – aventi una rilevanza pari o superiore rispetto a esso. L'argomento è stato considerato *respinto* se il giudicante ritiene che l'interpretazione che esso propone soccomba di fronte alle interpretazioni che seguono dall'impiego di altre strategie argomentative. Nel caso di argomento IdL concorrente oppure respinto, si è cercato, quando possibile, di specificare nell'apposita colonna gli argomenti con cui esso concorre/ai quali esso soccombe.

4. *Risultati relativi alla Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite e Sezioni semplici*

4.1 *Popolazione analizzata*

Il primo dato da evidenziare riguarda la popolazione complessiva oggetto della ricerca: le Sezioni Unite nel periodo considerato hanno depositato 3.372 sentenze, 3.125 ordinanze e 3 ordinanze di rimessione, per un totale di 6.500 provvedimenti (Fig. 1a). Di questa popolazione di partenza, le chiavi di ricerca hanno intercettato 565 provvedimenti, 402 sentenze, 161 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione (Fig. 1b). Da questi valori, detratti i falsi positivi e gli argomenti soltanto menzionati si

[9] L'intenzione controfattuale, che può essere anche configurata come un argomento controfattuale, rappresenta una sottospecie di intenzione.

[10] Le opzioni previste erano: Lavori preparatori, Significato delle parole al tempo in cui la disposizione venne prodotta, *Occasio legis*, Storia legislativa, Significato di altre disposizioni, Conseguenze dell'applicazione della norma, Giurisprudenza, Altro, Nessuno.

[11] Le opzioni previste erano: art. 12 Preleggi, Principi o valori dell'ordinamento, Direttive interpretative di preferenza, Direttive interpretative procedurali, Nessuna.

ottengono 337 provvedimenti in cui è impiegato l'argomento IdL, 254 sentenze, 82 ordinanze e una ordinanza di rimessione, rispettivamente il 7,5%, il 2,6% e il 33,3% del totale (Fig. 1c). È opportuno ricordare che questi valori rappresentano un limite inferiore rispetto ai valori reali, dal momento che, come si è detto in precedenza, le chiavi di ricerca impiegate non hanno colto tutti gli argomenti IdL presenti nel *corpus* giurisprudenziale.

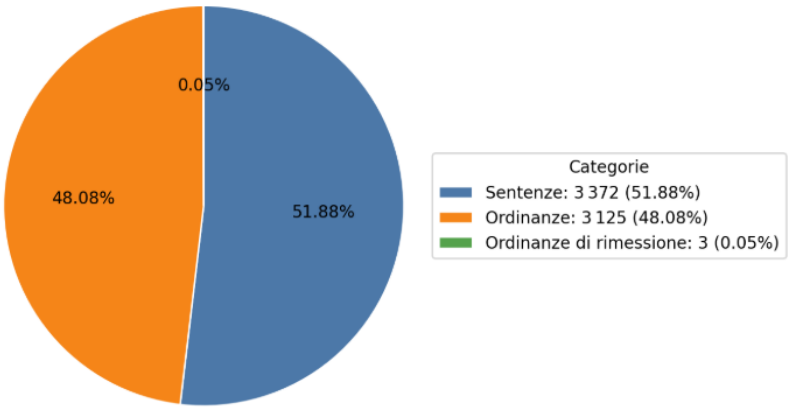

Fig. 1a: Cass. Civ. SU - Numero totale dei provvedimenti emessi nel periodo 2014-2023

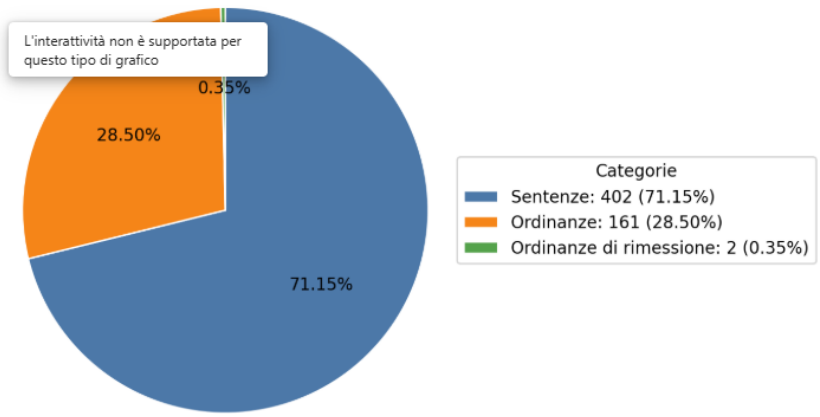

Fig. 1b: Cass. Civ. SU - Popolazione analizzata

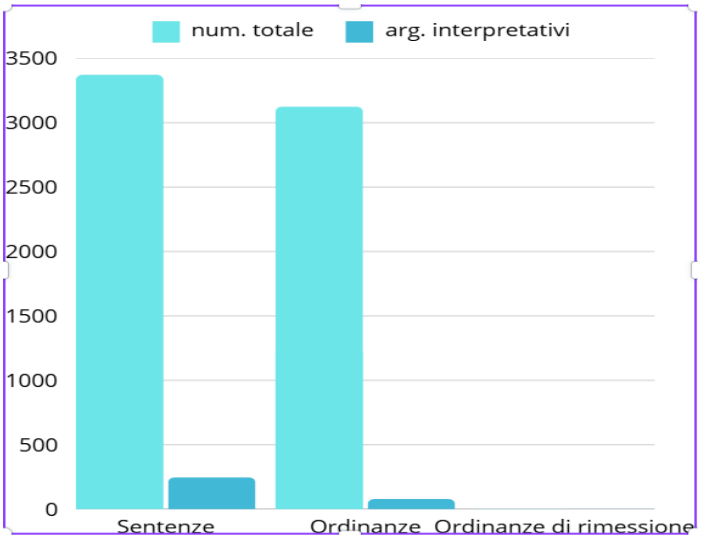

Fig 1c: Cass. Civ. SU - Rapporto tra il numero totale dei provvedimenti e i provvedimenti che riportano argomenti interpretativi

Per quanto riguarda la popolazione complessiva, le sei sezioni della Corte di Cassazione Civile nel periodo considerato hanno depositato 91.027 sentenze, 214.423 ordinanze e 88 ordinanze di rimessione, per un totale di 305.538 provvedimenti (Fig. 2a). Il dettaglio numerico, ripartito per Sezione, è riportato nella tabella seguente (Tab. 1).

Sezione	Ordinanze	Ord. rimessione	Sentenze	Totale
I	28361	11	9698	38070
II	18286	38	12216	30540
III	17091	5	12218	29314
IV lavoro	21861	26	23351	45238
V	36247	7	25001	61255
VI-1	17800	0	314	18114
VI-2	12076	0	3519	15595
VI-3	13879	0	1963	15842
VI-4 Lavoro	18082	0	1711	19793
VI-5	30560	1	1036	31597
Totale	214243	88	91027	305358

Di questa popolazione di partenza, le chiavi di ricerca hanno intercettato 12.946 provvedimenti. Di essi è stato analizzato un campione, estratto casualmente e composto da 341 provvedimenti, 141 sentenze, 198 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione (Fig. 2b). Da questi valori, detratti i falsi positivi e gli argomenti soltanto menzionati si ottengono 216 provvedimenti in cui si incontrano argomenti IdL interpretativi, 100 sentenze, 114 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione.

In generale si tratta di provvedimenti molto più brevi e meno articolati di quelli delle Sezioni Unite. La lunghezza media di una sentenza o di una ordinanza va dalle 4 alle 6 pagine, mentre nel caso delle Sezioni Unite si aggirava intorno alle 15-20.

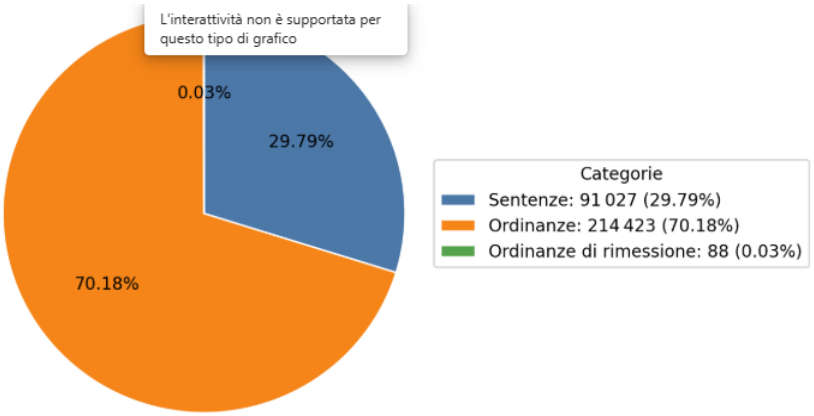

Fig. 2a: Cass. Civ. Sezioni semplici - Numero totale dei provvedimenti emessi nel periodo 2014-2023

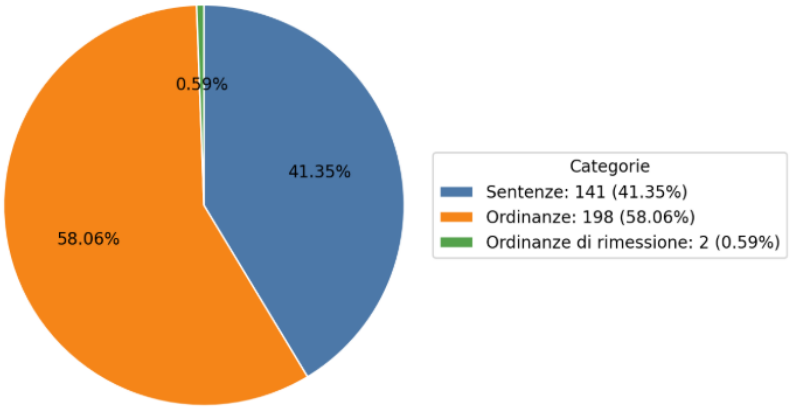

Fig. 2b: Cass. Civ. Sezioni semplici - Popolazione analizzata

4.2. *Argomenti interpretativi*

Dal momento che in una singola sentenza possono ricorrere più argomenti IdL il numero complessivo degli argomenti è più elevato di quello delle sentenze, attestandosi, per quanto concerne le Sezioni Unite, a 768 unità: 444 argomenti interpretativi, 204 argomenti solo menzionati e 120 falsi positivi Fig. 3a). Più specificamente, le sentenze presentano 349 argomenti interpretativi, 138 argomenti solo menzionati e 92 falsi positivi, mentre le ordinanze presentano 91 argomenti interpretativi, 65 argomenti solo menzionati e 27 falsi positivi. Infine, le ordinanze di rimessione presentano 4 argomenti interpretativi, 1 argomento solo menzionato e 1 falso positivo.

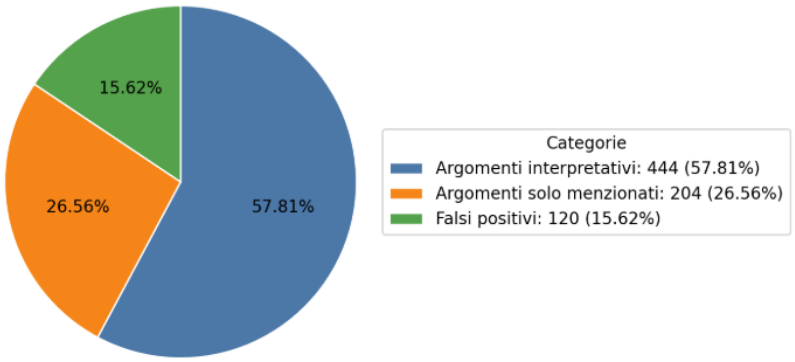

Fig. 3a: Cass. Civ. SU – Uso degli argomenti

Nel seguito, saranno considerati soltanto i dati relativi agli argomenti interpretativi, per quanto degli argomenti solo menzionati, siano stati registrati tipo di legislatore e tipo di intenzione. Questa scelta si basa sulla considerazione seguente: gli argomenti solo menzionati si riferiscono ad argomenti IdL sviluppati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, da un'altra autorità oppure da altri soggetti, che a vario titolo intervengono nel processo. Pertanto, essi potrebbero già figurare nel campione da analizzare. Se venissero considerati argomenti già inclusi nel campione alcuni argomenti verrebbero conteggiati due volte. Per questo motivo, sembra preferibile non includerli nel conteggio, concentrandosi unicamente sugli argomenti interpretativi.

Di tutti gli argomenti interpretativi censiti, quelli considerati concorrenti sono 300 – 237 sentenze, 61 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione –, quelli determinanti sono 81 – 60 sentenze, 19 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione e quelli respinti sono 63 – 52 sentenze e 11 ordinanze – (Fig. 3b).

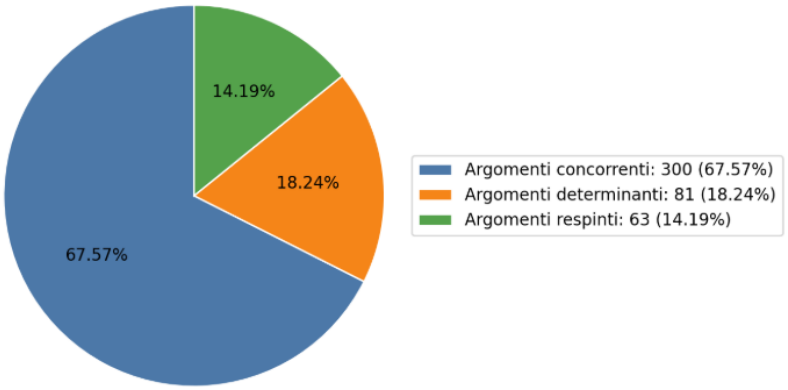

Fig. 3b: Cass. Civ. SU – Peso degli argomenti interpretativi

Per quanto riguarda le Sezioni semplici, il numero complessivo degli argomenti è di 377 unità: 232 argomenti interpretativi, 108 argomenti solo menzionati e 37 falsi positivi (Fig 4a). Più specificamente, le sentenze presentano 102 argomenti interpretativi, 42 argomenti solo menzionati e 16 falsi positivi, mentre le ordinanze presentano 128 argomenti interpretativi, 66 argomenti solo menzionati e 21 falsi positivi. Infine, le ordinanze di rimessione presentano 2 argomenti interpretativi.

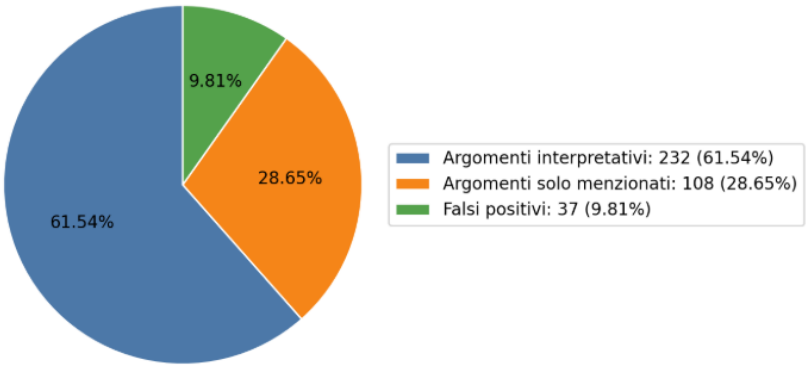

Fig. 4a: Cass. Civ. Sezioni semplici – Uso degli argomenti

Nel seguito, come in precedenza, saranno presi in considerazione soltanto i dati relativi agli argomenti interpretativi.

Di tutti gli argomenti interpretativi censiti, quelli considerati concorrenti sono 142 – 52 sentenze e 90 ordinanze –, quelli determinanti sono 66 – 38 sentenze, 27 ordinanze e 1 ordinanza di rimessione e quelli respinti sono 24 – 12 sentenze, 11 ordinanze e 1 ordinanza di rimessione – (Fig. 4b).

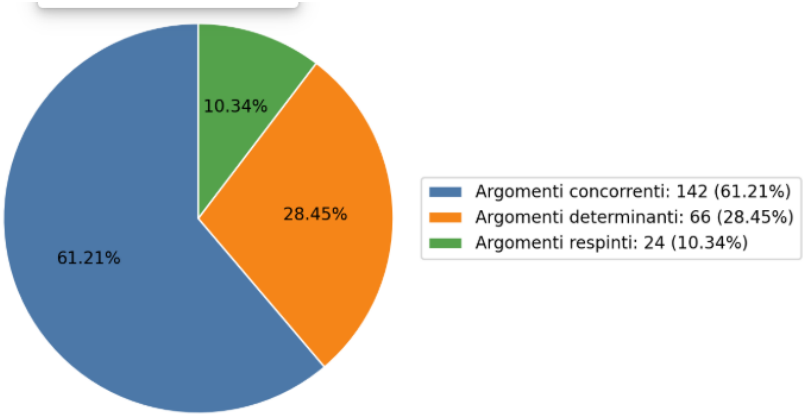

Fig. 4b: Cass. Civ. Sezioni semplici - Peso degli argomenti interpretativi

4.3. *Collocazione, soggetto, oggetto, materia*

Per quanto riguarda le prime colonne della *Sezione di analisi della sentenza* è sufficiente fornire una rapida elencazione dei risultati ottenuti. Per quanto riguarda le Sezioni Unite, nella quasi totalità dei casi – 436 casi contro 8, pari al 98,2% – gli argomenti interpretativi vengono introdotti nella sezione "Diritto".

Essi sono introdotti dall' "Autorità giudicante" – 284 casi, pari al 64% –, oppure da un'"Altra Autorità" – 122 casi, pari al 27,5% –, dal "Ricorrente" – 33 casi, pari al 7,4% –, o da un "Altro soggetto" – dottrina, convenuto, controricorrente: 5 casi, pari all'1,1% del totale.

L'oggetto dell'argomento sono "Fonti statali primarie" – 414 casi, pari al 93,2% –, "Fonti statali secondarie" – 25 casi, pari al 5,6% –, "Diritto straniero", "Diritto UE" o "Altri documenti normativi" – 5 casi, pari all' 1,1%.

Infine, per quanto riguarda le materie, il settore in cui ricorre il maggior numero di argomenti interpretativi è quello del "Diritto processuale civile", presente in 98 casi, pari al 22,1% del totale.

Anche per quanto riguarda le Sezioni semplici della Corte di Cassazione Civile, nella grande maggioranza dei casi – 229 casi contro 3, pari al 98,7% – gli argomenti interpretativi vengono introdotti nella sezione in "Diritto".

Essi sono introdotti dall'"Autorità giudicante" – 144 casi, pari al 62,1% –, oppure da un'"Altra Autorità" – 70 casi, pari al 30,2% –, dal "Ricorrente" – 17 casi, pari al 7,3% –, o, in un caso, da un "Altro soggetto" – l'Avvocatura dello Stato.

L'oggetto dell'argomento sono "Fonti statali primarie" – 207 casi, pari al 89,2% –, "Fonti statali secondarie" – 18 casi, pari al 7,8% –, "Diritto straniero", "Diritto UE" o altri documenti normativi – 7 casi, pari al 3%.

Infine, per quanto riguarda le materie, i settori in cui ricorrono il maggior numero di argomenti interpretativi sono quelli del "Diritto del lavoro", "Diritto tributario" e "Diritto processuale civile", che totalizzano, rispettivamente, 50, 48 e 46 presenze.

4.4. *Tipo di legislatore*

Per quanto riguarda il *Tipo di legislatore*, l'opzione largamente prevalente è quella del "Legislatore storico", che, nelle pronunce delle Sezioni Unite, ricorre in 419 casi – 76 argomenti determinanti, 282 argomenti concorrenti e 61 argomenti respinti –, pari al 94,4%, mentre l'opzione "Legislatore ideale" si incontra 25 volte – 5 argomenti determinanti, 19 argomenti concorrenti e 2 argomenti respinti – pari al 5,6%. L'opzione "Legislatore attuale" non è stata mai rintracciata: in nessuna occasione il giudicante si è spinto a congetturare cosa avrebbe fatto il legislatore in carica se si fosse trovato nella situazione in esame.

Nelle Sezioni semplici, il tipo di legislatore largamente prevalente è il "Legislatore storico", che ricorre in 219 casi – 65 argomenti determinanti, 131 argomenti concorrenti e 23 argomenti respinti – pari al 94,4%, mentre l'opzione "Legislatore ideale" si incontra 12 volte – 5 argomenti determinanti, 19 argomenti concorrenti e 2 argomenti respinti – pari al 5,6%. In un caso il tipo di legislatore è risultato non determinabile. Anche per quanto riguarda le Sezioni semplici, l'opzione "Legislatore attuale" non è stata mai rintracciata.

4.5. *Tipo di intenzione*

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, l'intenzione comunicativa ricorre in 287 casi – 196 argomenti concorrenti, 52 argomenti determinanti e 39 argomenti respinti – pari al 64,6% dei casi, mentre l'intenzione teleologica è presente in 157 casi – 103 argomenti concorrenti, 30 argomenti determinanti e 24 argomenti respinti – pari al 35,4%. Infine, l'intenzione controfattuale è presente in 39 casi, pari all'8,8% di tutti gli argomenti interpretativi: 24 argomenti concorrenti, 6 argomenti determinanti e 9 argomenti respinti.

Relativamente all'impiego dell'intenzione controfattuale si rende opportuno sottolineare che, anche nei casi in cui il giudicante fa riferimento a una figura storica di legislatore, argomenta sempre a contrario. Vale a dire, argomenta a partire da ciò che il legislatore non ha fatto per dedurre che una certa distinzione non è rilevante e che al caso specifico si deve applicare la regola più generale.

Per quanto riguarda le Sezioni semplici, l'intenzione comunicativa ricorre in 142 casi – 79 argomenti concorrenti, 49 argomenti determinanti e 14 argomenti respinti – pari al 61,2% dei casi, mentre l'intenzione teleologica è presente in 90 casi – 63 argomenti concorrenti, 17 argomenti

determinanti e 10 argomenti respinti – pari al 38,8%. Infine, l'intenzione controfattuale è presente in 16 casi, pari al 6,9% di tutti gli argomenti interpretativi: 5 argomenti concorrenti, 8 argomenti determinanti e 3 argomenti respinti.

Anche nel caso delle Sezioni semplici, l'argomentazione controfattuale è sempre *a contrario*. Vale a dire, la Corte argomenta a partire da ciò che il legislatore *non ha fatto* per dedurre che una certa distinzione non è rilevante e che al caso specifico si deve applicare la regola più generale.

4.6. *Fonte dell'argomento*

Per quanto riguarda la *Fonte*, l'opzione più frequente nelle pronunce delle Sezioni Unite è la "Giurisprudenza" che ricorre in 124 casi – 68 argomenti concorrenti, 45 argomenti determinanti e 11 argomenti respinti – pari al 28% del totale; "Conseguenze dell'applicazione della norma" ricorre in 10 casi – 7 argomenti concorrenti, 1 argomento determinante e 2 argomenti respinti – pari al 2,2% del totale; "Lavori preparatori" ricorre in 37 casi – 32 argomenti concorrenti, 2 argomenti determinanti e 3 argomenti respinti – pari all'8,3% del totale; "*Occasio legis*" ricorre in 10 argomenti concorrenti – pari al 2,2% del totale; "Significato di altre disposizioni" ricorre in 76 casi – 51 concorrenti, 21 determinanti e 4 argomenti respinti – pari al 17,1% del totale; "Storia legislativa" ricorre in 27 casi – 25 concorrenti, 1 determinante e 1 respinto – pari al 6,1% del totale; infine la voce "Altro" compare in due argomenti concorrenti per indicare il riferimento alla dottrina, mentre nel caso di 104 argomenti non è stato possibile rinvenire alcuna fonte.

Nelle Sezioni semplici, l'opzione più frequente per quanto riguarda la Fonte dell'argomento è la "Giurisprudenza" che ricorre in 96 casi – 49 argomenti concorrenti e 46 argomenti determinanti – pari al 41,4% del totale; "Conseguenze dell'applicazione della norma" ricorre in 3 casi – 2 argomenti concorrenti e 1 argomento determinante – pari all'1,3% del totale; "Lavori preparatori" ricorre in 3 casi – 2 argomenti concorrenti e 1 argomento determinante – pari all'1,3% del totale; "*Occasio legis*" ricorre in un argomento concorrente – pari allo 0,4% del totale; "Significato di altre disposizioni" ricorre in 30 casi – 24 concorrenti, 4 determinanti e 2 argomenti respinti – pari al 12,9% del totale; "Storia legislativa ricorre in un argomento concorrente – pari allo 0,4% del totale. Infine, la voce "Altro" compare in un argomento concorrente e uno determinante per indicare un riferimento alle note al testo di una Tariffa in materia tributaria e a una circolare dell'Agenzia delle Entrate, mentre nel caso di 96 argomenti – 62 concorrenti, 12 determinanti e 22 respinti – non è stato possibile rinvenire alcuna fonte.

4.7. *Giustificazione dell'argomento*

Con riguardo alla "Giustificazione dell'argomento", non sono molti i provvedimenti che includono riferimenti a questa voce. La citazione dell'"Art. 12 Preleggi" ricorre nelle pronunce delle Sezioni Unite in 17 casi – 14 concorrenti, 2 determinanti e 1 respinto – pari al 3,8% del totale; mentre il riferimento ai "Principi o valori dell'ordinamento" ricorre in 2 argomenti determinanti – pari allo 0,4% del totale. In 425 casi non è stata fornita alcuna giustificazione per l'uso dell'argomento.

Nel caso delle Sezioni semplici la citazione dell'"Art. 12 Preleggi" ricorre in 13 casi – 9 argomenti concorrenti, 1 determinante e 3 respinti – pari al 5,6% del totale; mentre il riferimento ai "Principi o valori dell'ordinamento" ricorre in un argomento determinante – pari allo 0,4% del totale. In 218 casi non è stata fornita alcuna giustificazione per l'uso dell'argomento.

5. *Risultati relativi alla Corte di Cassazione Penale, Sezioni Unite e Sezioni semplici*

5.1. *Popolazione analizzata. Argomenti interpretativi*

Le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione Penale, selezionate attraverso le 23 chiavi di ricerca, ammontano a 154 su 270 decisioni emesse nel periodo di riferimento 2014-2023, cioè il 57% del totale (Fig. 5a). Tuttavia, nel campione selezionato, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato effettivamente utilizzato in modo interpretativo solo in 59 sentenze, cioè nel 21,9% del totale delle sentenze emesse nel decennio considerato (Fig. 5b). Fra le 154 sentenze selezionate in base alle chiavi di ricerca, l'argomento è interpretativo nel 38% dei casi (59 sentenze), è solo menzionato nel 46% delle decisioni (71 sentenze), e il restante 15% (24 sentenze) è costituito da falsi positivi.

Una prima conclusione che emerge da questi dati è che l'argomento dell'intenzione del legislatore è poco impiegato all'interno della giurisprudenza delle Sezioni Unite penali; infatti, l'argomento viene usato nel 38% delle sentenze selezionate e la sua rilevanza è molto minore se si considera il numero totale di decisioni (270 sentenze) emesse dalla Corte apicale nel decennio analizzato.

Fig. 5a: Cass. Pen. SU - Percentuale di sentenze analizzate

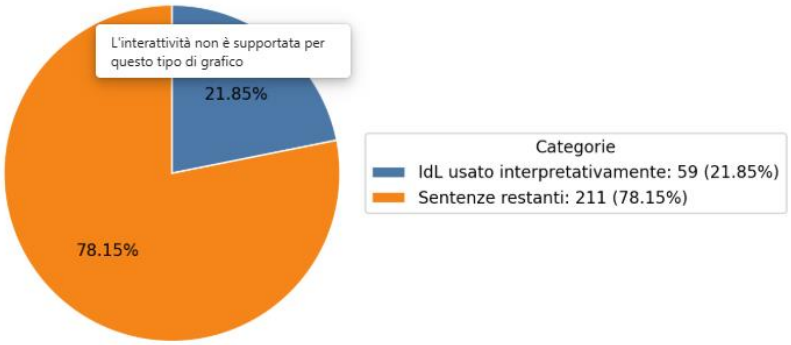

Fig. 5b: Cass. Pen. SU - Incidenza dell'uso interpretativo dell'argomento IdL

Quando l'argomento dell'intenzione del legislatore è usato quale argomento interpretativo in una sentenza può ricorrere in più passaggi dell'argomentazione: considerando tutte le citazioni individuate nel campione di analisi per le Sezioni Unite (301 citazioni delle parole chiave), risultano più argomenti interpretativi (140, pari al 47%) che argomenti menzionati (115, pari al 38%) e falsi positivi (46, pari al 15%) (Fig. 5c).

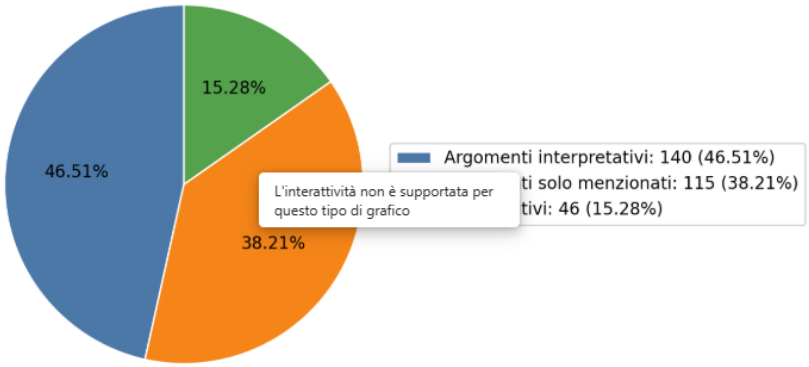

Fig. 5c: Cass. Pen. SU – Uso dell'argomento

Per quanto riguarda le sentenze delle altre sezioni penali (Sezioni I-VII), occorre segnalare che queste sono state selezionate attraverso un campione statistico, data la grande numerosità delle decisioni emesse nel decennio considerato. Il campione di sentenze analizzate è di 1012 decisioni, fra queste sono emerse 1084 citazioni in cui ricorrono le parole chiave. L'IdL è in prevalenza solo menzionato, 583 occorrenze, pari al 54% dei casi, mentre è di tipo interpretativo in 360 occorrenze, pari al 33% dei casi, mentre i restanti 141 casi, pari al 13%, è costituito da falsi positivi. Sulla base di questi dati si può osservare che anche nel campione statistico delle altre sezioni penali, l'argomento dell'IdL non è particolarmente rilevante.

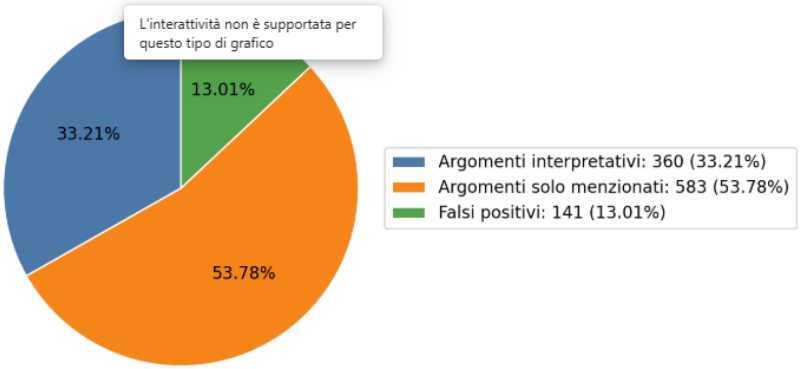

Fig. 5d: Cass. Pen. Sezioni semplici – Uso dell'argomento

5.2. *Collocazione, soggetto, oggetto e materia*

In generale, considerando sia il campione di Sezioni Unite che il campione delle Sezioni semplici, l'argomento dell'IdL è collocato nella parte "Diritto" della sentenza[12] ed è quasi sempre introdotto dall'autorità giudicante. Nella maggioranza delle decisioni delle Sezioni Unite, l'argomento dell'IdL è introdotto dalla stessa autorità che emette la sentenza (63%) e negli altri casi è introdotto da un'altra autorità giudiziaria (31%), mentre l'introduzione dell'argomento da parte di altri soggetti, come le parti del processo, è estremamente raro.

I risultati relativi alle altre sezioni sono in parte differenti: l'autorità giudicante è comunque il soggetto che introduce l'argomento nella grande maggioranza dei casi, tuttavia, l'autorità che emette

[12] Sezioni Unite (95%), Sezioni semplici (96%).

la sentenza introduce l'argomento nel 39% dei casi, mentre più spesso l'argomento è introdotto da un'altra autorità giudiziaria (56%), le altre ipotesi rimangono dei casi isolati.

L'oggetto dell'argomento è costituito quasi sempre da fonti statali primarie (98%). Per quanto riguarda le materie che ricorrono maggiormente, in generale, si nota una prevalenza delle questioni di diritto processuale penale (55% dei casi nelle Sezioni Unite e 60% nel campione delle altre sezioni). In particolare, le materie più ricorrenti sono le misure cautelari per le Sezioni Unite (16%) e le impugnazioni per le altre sezioni (36%).

5.3. *Tipo di legislatore*

Nelle sentenze delle Sezioni Unite penali il legislatore storico ricorre nel 94% dei casi. Gli altri tipi ipotizzati nella Griglia di analisi sono estremamente rari: nel 5% dei casi il legislatore è ideale-razionale, in un caso è un legislatore attuale, un caso il legislatore è ideale-altro, mentre non è mai stato individuato un legislatore ideale-buono o ideale-giusto.

I risultati relativi alle altre sezioni confermano questa tendenza: quasi sempre il legislatore è qualificato come storico (97%), il legislatore ideale-razionale ricorre nel 3% dei casi (corrispondenti a 25 casi totali), mentre in due casi il legislatore risultava di tipo altro o non determinabile.

5.4. *Tipo di intenzione*

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite il tipo di intenzione più frequente è di gran lunga quella comunicativa (76% dei casi); segue l'intenzione teleologica (24%) e infine l'intenzione controfattuale, che ha una rilevanza marginale (7%).

Nel campione relativo alle altre sezioni i risultati sono abbastanza simili: l'intenzione comunicativa ricorre nel 78% dei casi, l'intenzione teleologica nel 22% e l'intenzione controfattuale nel 6% dei casi. Incrociando i dati del tipo di legislatore e del tipo di intenzione non emergono correlazioni particolari, le varie categorie di legislatore risultano proporzionalmente distribuite fra le diverse tipologie di intenzioni.

5.5. *Fonte dell'argomento*

Nelle decisioni delle Sezioni Unite la fonte dell'argomento più ricorrente è costituita dal significato di altre disposizioni di rango primario, 51% del totale, di cui nel 35% dei casi il riferimento è a disposizioni dello stesso documento normativo (nello specifico i codici penale e di procedura penale) e nel 16% a disposizioni contenute in altre fonti primarie. Anche i lavori preparatori occupano un certo rilievo, infatti, ricorrono come fonte dell'argomento nel 27% dei casi. In particolare, i lavori preparatori comprendono diverse tipologie di fonti. La più frequente è la relazione illustrativa al progetto del Codice di procedura penale, ma sono citate anche le relazioni di accompagnamento o illustrative della legge/decreto-legge/decreto legislativo. In alcuni casi sono citate le modifiche in sede di conversione della legge o gli emendamenti, infine, rilevano i pareri o dossier delle commissioni parlamentari. Alcune fonti dell'argomento ricorrono in correlazione con determinate tipologie di intenzione, in particolare, quando l'intenzione è teleologica molto spesso il ragionamento argomentativo si fonda sulle "conseguenze dell'applicazione della norma", che

appunto si riferisce agli effetti sul piano sociale di una determinata disposizione[13]. Si riportano i dati per le fonti dell'argomento più rilevanti: riferimento ad altre disposizioni di rango primario (51%), lavori preparatori (27%), conseguenze dell'applicazione della norma (6%), giurisprudenza (4%), *occasio legis* (4%).

Nelle sentenze delle altre sezioni penali emergono dei dati parzialmente diversi: il riferimento alle altre disposizioni costituisce comunque la fonte dell'argomento più ricorrente, ma la frequenza è più bassa (totale di 37% dei casi fra disposizioni dei codici[14] e altre fonti primarie[15]). In alcuni casi, molto pochi sul totale, il riferimento è a norme costituzionali (4 casi) o a principi dell'ordinamento (4 casi). I lavori preparatori hanno meno rilevanza rispetto a quanto emerso nel campione delle Sezioni Unite, in quanto sono citati solo nell'8% dei casi, mentre la storia legislativa ricorre nel 12%. Una fonte dell'argomento che spicca particolarmente è costituita dalla giurisprudenza, che ricorre nel 18% dei casi e costituisce la voce più numerosa dopo il riferimento al significato di altre disposizioni. In generale, nel campione che comprende tutte le sezioni penali la distribuzione delle diverse fonti dell'argomento appare più equilibrata, in quanto le fonti più rilevanti sono: riferimento ad altre disposizioni di rango primario (37%), giurisprudenza (18%), conseguenze dell'applicazione della norma (17%), storia legislativa (12%), lavori preparatori (8%).

5.6. *Giustificazione dell'argomento*

Come tendenza generale i giudici delle Sezioni Unite penali non hanno fornito alcuna giustificazione dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore, ma solo in 24 casi (18%) vengono individuate delle direttive interpretative procedurali o di preferenza, e nel 13% dei casi è citato l'articolo 12 delle Preleggi c.c.

In alcuni dei casi in cui viene menzionato l'art. 12 delle Preleggi c.c., la Corte ne fornisce una propria interpretazione e definizione quale criterio ermeneutico, emergono così diverse concezioni dei giudici sull'argomento dell'IdL. Talvolta i giudici ancorano l'intenzione del legislatore al significato letterale, in altri casi, invece, il criterio dell'IdL viene concepito in modo ambiguo e si sovrappone con argomenti di tipo teleologico e sistematico.

Nelle decisioni delle altre sezioni, i casi in cui i giudici hanno fornito una giustificazione dell'uso dell'IdL sono molto pochi: si tratta di 12 casi in totale (3%), di cui 11 in cui viene citato l'art. 12 delle Preleggi. Si tratta di decisioni in cui i giudici si limitano a citare l'art. 12 senza entrare nel merito del suo contenuto, a supporto dell'utilizzo dell'argomento dell'IdL.

5.7. *Peso dell'argomento*

La categoria di analisi del peso dell'argomento intendeva valutare se l'argomento era determinante, respinto o concorrente con altri argomenti nella costruzione del ragionamento argomentativo. Nel campione delle Sezioni Unite, l'argomento dell'IdL è concorrente con altri argomenti interpretativi nel 94% dei casi. I casi in cui l'argomento è determinante o è respinto rappresentano una categoria marginale, in quanto ricorrono rispettivamente nel 3% delle decisioni.

[13] Nel campione delle Sezioni Unite in tutti gli otto casi in cui ricorre la fonte dell'argomento delle "conseguenze dell'applicazione della norma" l'intenzione era di tipo teleologico. Questa correlazione vale anche per il campione delle altre sezioni: in 56 casi su 66 casi in cui la fonte dell'argomento è costituita dalle "conseguenze dell'applicazione della norma" l'intenzione era di tipo teleologico.

[14] 27%.

[15] 10%.

Nella grande maggioranza dei casi l'argomentazione è composta di più criteri interpretativi, tipicamente la combinazione più frequente vede l'argomento dell'IdL concorrere con l'argomento letterale e la famiglia di argomenti sistematici (per semplificazione ci si riferirà genericamente all'argomento sistematico). L'argomento sistematico è in assoluto l'argomento più ricorrente (83%), seguito da quello letterale (53%), gli argomenti teleologico e per principi sono invece meno frequenti.

I risultati relativi alle decisioni delle altre sezioni sono simili: l'argomento dell'IdL è concorrente nel 91% dei casi, le categorie determinante e respinto ricorrono rispettivamente nel 4% dei casi. Gli argomenti più usati dai giudici – spesso in combinazione tra loro – sono l'argomento sistematico (76%) e l'argomento letterale (42%).

6. *Risultati relativi a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria e Sezioni semplici*

6.1 *Popolazione analizzata*

Il campione di riferimento delle decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è composto da 53 pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di cui 50 sentenze e 3 ordinanze.

In particolare, sono state analizzate 5 pronunce emesse nel 2023; 7 emesse nel 2022, di cui solo una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo; 7, nel 2021, di cui 2 pronunce non fanno uso dell'argomento del legislatore come argomento interpretativo; 8, nel 2020; nessuna, nel 2019; nel 2018, 10 pronunce, di cui 3 non fanno uso dell'argomento del legislatore come argomento interpretativo; nel 2017, 5 pronunce; nel 2016, 5 pronunce, di cui solo una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento argomentativo; nel 2015, 2 pronunce, di cui una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento argomentativo e, da ultimo, nel 2014, 4 pronunce.

Si precisa che, nell'intervallo temporale preso in considerazione, sono state emesse 154 sentenze e 32 ordinanze, per un totale di 186 pronunce emesse dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Tramite le chiavi di ricerca, da un totale di 186 pronunce, solo 53 sono state evidenziate come decisioni nelle quali avrebbe potuto presentarsi l'intenzione del legislatore come argomento interpretativo (Fig. 6a).

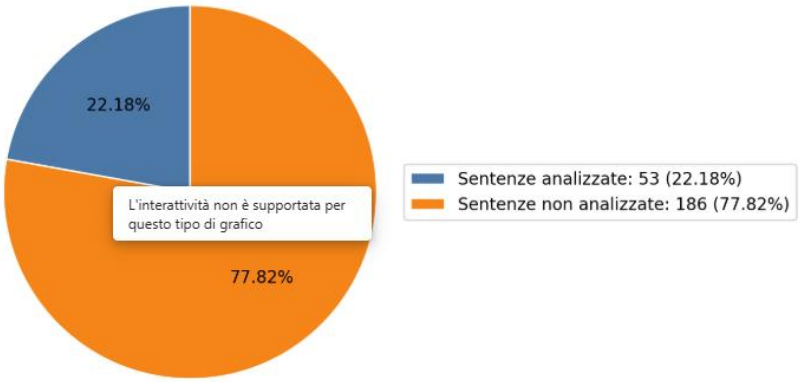

Fig. 6a: Cons. Stato Adunanza Plenaria - Percentuale di sentenze analizzate

Più nello specifico, assumendo la bontà della scelta delle parole chiave, si è osservato che, dall'anno 2014 all'anno 2023, le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che hanno fatto ricorso all'intenzione del legislatore come argomento interpretativo sono 41 su 53 pronunce

costituenti il campione (39 sentenze e 2 ordinanze), per una percentuale pari al 77,35% della totalità delle pronunce sottoposte ad analisi (Fig. 6b).

Dunque, su 186 pronunce emesse nel lasso di tempo preso in considerazione, solo 41 fanno uso dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo, per una percentuale pari al 22,04% della totalità delle pronunce emesse dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Fig. 6c).

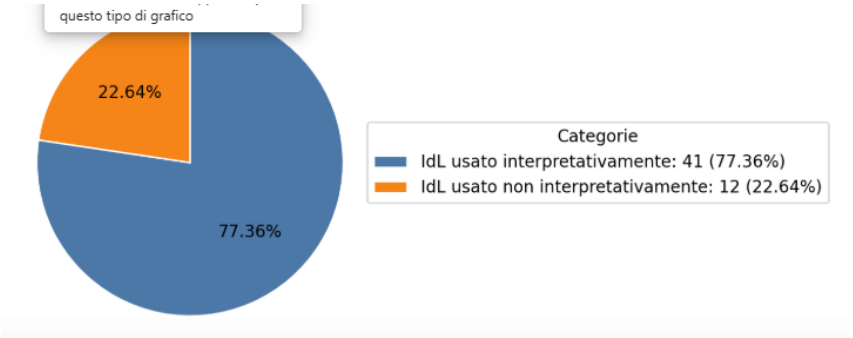

Fig. 6b: Cons. Stato Adunanza plenaria - Incidenza dell'uso interpretativo dell'argomento IdL sul totale delle sentenze analizzate

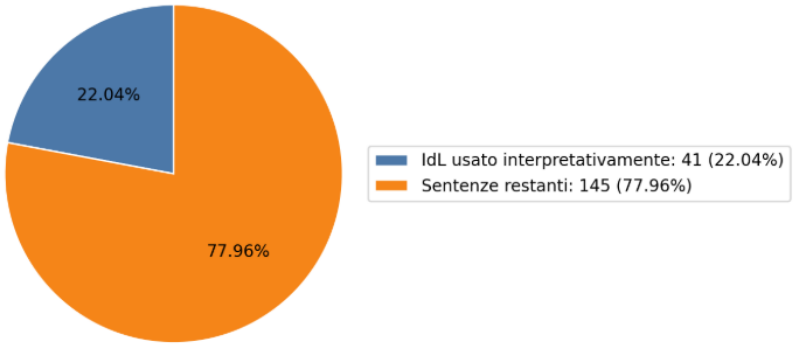

Fig. 6c: Cons. Stato Adunanza plenaria - Incidenza dell'uso interpretativo dell'argomento IdL sul totale delle sentenze emesse

La ridotta percentuale di sentenze e ordinanze che si avvalgono dell'intenzione del legislatore evidenzia come il giudice amministrativo tenda a privilegiare altre modalità di interpretazione, come l'interpretazione letterale o sistematica, piuttosto che ricorrere all'*intentio* legislativa.

Questo potrebbe riflettere una preferenza per un approccio più oggettivo e meno influenzato da considerazioni soggettive, legate al soggetto-legislatore.

Da ultimo, preme precisare che, su 23 chiavi di ricerca individuate, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ne utilizza solo 12[16].

Il campione di riferimento delle decisioni delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato è composto da 391 pronunce, di cui 383 sentenze, 4 ordinanze, un'ordinanza di remissione e un parere.

Più nello specifico, sono state analizzate 64 pronunce emesse nel 2023; 72 emesse nel 2022; 45, nel 2021; 38, nel 2020; 35, nel 2019; nel 2018, 37 pronunce; nel 2017, 31 pronunce; nel 2016, 16 pronunce; nel 2015, 29 pronunce, e, da ultimo, nel 2014, 24 pronunce.

[16] Si riporta di seguito, per ogni chiave di ricerca, il numero di risultati, sottolineando nuovamente che sulle 23 chiavi di ricerca, solo 12 ricorrono. "Finalità – legislatore": 10 risultati; "Volontà – legislatore": 18 risultati; "Legislatore – voluto": 17 risultati; "Legislatore – intende": 4 risultati; "Scelta – legislatore": 29 risultati; "Finalità – riforma": 1 risultato; "Legislatore – inteso": 29 risultati; "Legislatore – intento": 3 risultati; "Intenzione – legislatore": 6 risultati; "Obiettivo – legislatore": 2 risultati; "Scelta – politica": 1 risultato; "Proposito – legislatore": 1 risultato.

In 344 pronunce, l'intenzione del legislatore è stata configurata come argomento interpretativo, quindi nell'88 % dei casi. In 34 pronunce, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato solo menzionato, quindi solo nell'8,7 % dei casi. Da ultimo, solo in 13 pronunce le parole chiave hanno dato luogo ad un falso positivo, quindi solo nel 3,3% dei casi (Fig. 6d).

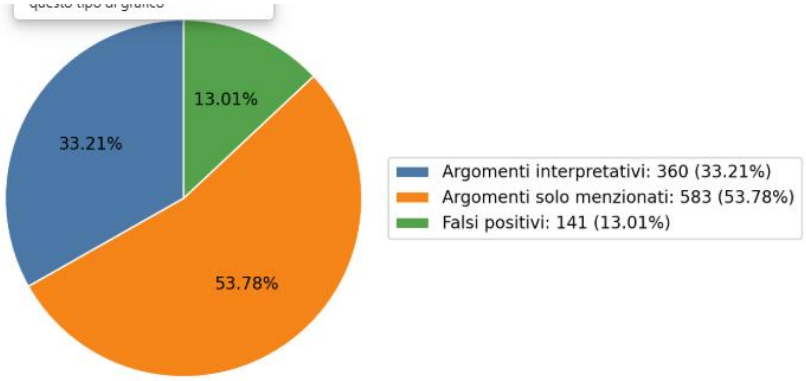

Fig. 6d: Sezioni semplici – Uso dell'argomento

6.2 *Collocazione, soggetto, oggetto*

Andando con ordine, ripercorrendo idealmente la griglia di cui al foglio *Excel*, va subito chiarito che la ricorrenza delle chiavi di ricerca nella gran parte dei casi si è osservata nella parte in diritto delle pronunce oggetto di analisi.

Quanto al campione relativo alle pronunce dell'Adunanza plenaria, solo in 5 casi è stata evidenziata la ricorrenza delle chiavi di ricerca nella parte in fatto.

In 4 di questi 5 casi, peraltro, la ricorrenza della chiave di ricerca nella parte in fatto è stata corrispondente ad un argomento dell'intenzione del legislatore respinto.

Una simile correlazione, quindi, ha evidenziato come, ove la chiave di ricerca trovi collocazione nella sola parte in fatto, ciò è generalmente indicativo del fatto che l'intenzione del legislatore è stata utilizzata come argomentazione a sostegno di un'altra tesi argomentativa che poi non ha trovato condivisione da parte dell'Adunanza plenaria (che non l'ha neppure richiamata nella parte in diritto).

Coerentemente con i risultati predetti, quanto al campione relativo alle pronunce delle Sezioni semplici, solo in 25 pronunce la chiave di ricerca è stata evidenziata nella parte in fatto, per una percentuale pari al 6,4%; mentre in 366 pronunce, la citazione della parola chiave è stata rinvenuta nella parte in diritto, per una percentuale pari al 93,6%.

Più nello specifico e facendo riferimento alle singole citazioni: sono state rinvenute 450 volte le parole chiave nella parte in diritto e solo 48 volte nella parte in fatto.

Nella gran parte dei casi, ad introdurre l'argomento è stata la medesima autorità giudicante che emette la sentenza. Quanto al campione relativo alle pronunce dell'Adunanza plenaria, in 15 casi ad introdurre l'argomento è stata un'altra autorità rispetto a quella che ha emesso la sentenza; in 2 casi ad introdurre l'argomento è stato il ricorrente, entrambi corrispondenti ad argomenti interpretativi e concorrenti, in un solo caso ad introdurre l'argomento è stato il resistente e ciò corrisponde ad un argomento solo menzionato e respinto.

Quanto al campione relativo alle pronunce rese dalle sezioni semplici, anche con riferimento a tale campione, nella gran parte delle pronunce analizzate (nella specie, in 307 pronunce) ad introdurre l'argomento interpretativo è stata la medesima autorità giudicante che emette la sentenza; in 104 casi ad introdurre l'argomento è stata un'altra autorità rispetto a quella che ha

emesso la sentenza; in ad introdurre l'argomento è stato il resistente; e in 2 casi, altro soggetto (assemblea costituente e tavolo tecnico tra esperti in materia di ambiente).

Nella gran parte dei casi analizzati, l'oggetto dell'argomento interpretativo è stato costituito dall'interpretazione di fonti statali: addirittura, le fonti statali hanno costituito oggetto esclusivo dell'argomento interpretativo per le pronunce relative al campione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Le ragioni di un risultato così rilevante sono palesi. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., svolge funzione nomofilattica a livello nazionale, garantendo l'osservanza della legge, l'uniformità della sua interpretazione e l'unità del diritto.

La nomofilachia è funzione svolta a livello di fonti interne, come confermato anche nell'art. 65 della Legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12), ove, sebbene venga descritta la funzione della Suprema Corte di Cassazione, si fa riferimento al ruolo di assicurare "[…] *l'unità del diritto oggettivo nazionale*", perseguendo obiettivi di certezza del diritto interno.

Si ritiene opportuno chiarire sin da ora come il perseguimento di obiettivi di certezza del diritto e l'esigenza di aumentare la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali, in un contesto di lacunosità dell'ordinamento giuridico e di oscurità dei testi legislativi, porti l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, come appurato con tutta evidenza dai risultati della ricerca empirica qui riportati, a decidere con maggiore oggettivismo le controversie sottoposte alla sua attenzione, ancorando il ragionamento giudiziale al significato delle parole e all'analisi del contesto ordinamentale mediante una lettura sistematica delle disposizioni oggetto di applicazione.

Solo nel campione relativo alle pronunce rese dalle Sezioni semplici, si osserva invece un'incidenza delle fonti del diritto eurounitario (in 11 pronunce). Nella specie, l'incidenza è comunque minima e pari al 2,8%. In 3 casi, poi, l'oggetto dell'argomento interpretativo è dato dall'interpretazione di altro documento, mentre in un solo caso dall'interpretazione della Costituzione.

6.3 *Argomenti interpretativi*

Quanto al campione relativo all'Adunanza plenaria, in 41 pronunce sulle 53 costituenti il campione, l'argomento dell'intenzione del legislatore si è configurato come argomento interpretativo. In 12 pronunce, l'argomento si è configurato come argomento solo menzionato. In nessun caso, infine, si è individuato un falso positivo.

Quanto al campione relativo alle Sezioni semplici, in 344 pronunce l'intenzione del legislatore ricorre come argomento interpretativo, per una percentuale pari all'88 %, in 34 pronunce, l'argomento è stato solo menzionato, per una percentuale pari all'8,7 %; in sole 13 pronunce, la parola chiave non ha evidenziato l'uso dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo, trattandosi di un mero falso positivo (in una percentuale bassissima di casi pari al 3,3%).

6.4 *Tipo di legislatore*

Quanto al campione relativo all'Adunanza plenaria, in 50 pronunce, il tipo di legislatore è stato configurato come legislatore storico.

Solo in 3 pronunce, il legislatore è stato configurato come legislatore ideale – razionale.

Nel campione relativo alle Sezioni semplici, si riconferma tale tendenza, nel senso che in 332 pronunce il legislatore è stato configurato come legislatore storico.

In sole due pronunce il legislatore è attuale; in 12 pronunce, il legislatore è ideale; nei restanti 3 casi, il legislatore non è determinabile.

6.5 *Tipo di intenzione*

Quanto al campione relativo all'Adunanza plenaria, in riferimento al tipo di intenzione, solo in 7 casi è stata individuata un'intenzione di tipo controfattuale. Nel campione delle Sezioni semplici, è medesima l'incidenza: solo in 57 pronunce l'intenzione è di tipo controfattuale. La percentuale è simile, nel senso che per l'Adunanza plenaria è del 13,2%, per le Sezioni semplici, è del 14,6%.

In tutti gli altri casi, più o meno in pari misura, è stata individuata un'intenzione comunicativa o teleologica.

6.6 *Fonte dell'argomento*

Nelle decisioni dell'Adunanza plenaria, nella gran parte dei casi, l'argomento interpretativo ha trovato la propria fonte nel significato di altre disposizioni.

Nella specie, in 12 casi, la fonte è stata rinvenuta nel significato dello stesso documento normativo.

In 10 casi, nel significato della Costituzione. In 9 casi, rispettivamente, nel significato di altre fonti statali primarie e nella giurisprudenza. In 7 casi, nei principi e, in altrettanti casi, nella storia legislativa. In 6 casi, nelle conseguenze dell'applicazione della norma e parimenti in 6 casi, nel significato delle parole al tempo in cui la disposizione venne prodotta. In soli 2 casi, la fonte dell'argomento interpretativo è stata individuata nei lavori preparatori. In un solo caso, nel significato di disposizioni del diritto dell'Unione europea e sempre solo in un caso nei valori dell'ordinamento. E, ancora, in un unico caso, nell'*occasio legis*.

Ancora una volta, si osserva una netta prevalenza di casi nei quali il massimo consesso della Giustizia amministrativa ha fatto ricorso a elementi oggettivi al fine di giustificare le proprie decisioni.

Più nello specifico, la fonte dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è stata individuata nella gran parte dei casi nel significato di altre disposizioni.

Va segnalato, quale ulteriore dato significativo, il gran numero di casi nei quali la fonte dell'argomento è data dalla giurisprudenza[17].

Anche con riferimento al campione relativo alle pronunce delle Sezioni semplici, si osserva una netta prevalenza per la fonte dell'argomento interpretativo nel significato dello stesso documento normativo. Nella specie, in 98 casi, la fonte è stata rinvenuta nel significato dello stesso documento normativo. In 54, nella giurisprudenza. In 46, nel significato di altre fonti statali primarie. In 45 casi, nell'*occasio legis*. In 40, nelle conseguenze dell'applicazione della norma. In 33, nel significato delle parole al tempo in cui la disposizione venne prodotta. In 23 casi, nel significato di disposizioni del diritto dell'Unione europea. In 20 casi, nei principi. In 15 casi, nella storia legislativa. In 13 casi, nel significato della Costituzione. In soli 11 casi, la fonte dell'argomento interpretativo è stata individuata nei lavori preparatori. In 9 casi, la fonte non è stata individuata, perché non esplicitata dal Giudicante. In 6 casi, è stata individuata in altro e, in soli 4 casi, nei valori dell'ordinamento. In 3 casi, nelle fonti statali secondarie. Da ultimo, in un solo caso, nel diritto internazionale e, sempre in un solo caso, nel diritto straniero.

[17] Questo risultato si pone perfettamente in linea con la stessa natura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e con il ruolo ad essa attribuito.

Come noto, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., l'Adunanza plenaria oltre a "risolvere questioni di massima di particolare importanza", si occupa di "dirimere contrasti giurisprudenziali".

6.7 *Giustificazione dell'argomento*

Quanto al campione relativo alle pronunce dell'Adunanza plenaria, nella gran parte dei casi, la giustificazione dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore è stata rinvenuta nei principi o valori dell'ordinamento (28 casi). In 25 casi, la giustificazione non è stata rinvenuta. In soli 6 casi, la giustificazione è stata individuata nell'art. 12 delle Preleggi. In 5 casi soltanto, da ultimo, la giustificazione è stata rinvenuta in direttive interpretative procedurali.

I casi in cui s'è fatto ricorso alle direttive interpretative procedurali sono limitati e ciò, in linea con la tendenza oggettivizzante dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Infatti, gli argomenti interpretativi di secondo livello possono entrare in conflitto tra loro, fornendo all'interprete direttive incompatibili tra loro, fallendo così l'obiettivo di stabilizzare la prassi interpretativa e renderla maggiormente prevedibile.

Quanto al campione relativo alle pronunce delle Sezioni semplici, nella gran parte dei casi (305) non è stata fornita alcuna giustificazione per l'uso dell'argomento; in molti altri casi (72), l'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore ha trovato giustificazione nei principi o valori; in 6 casi in direttive interpretative e procedurali; e, da ultimo, sempre in soli 6 casi, nell'art. 12 delle Preleggi.

6.8 *Peso dell'argomento*

Quanto al campione relativo all'Adunanza plenaria, il peso dell'argomento dell'intenzione del legislatore, nella gran parte dei casi (25), è stato configurato come concorrente rispetto ad altri argomenti di vario tipo – letterale e sistematico.

Un simile risultato può considerarsi connaturato alla tecnica argomentativa tipica dell'Adunanza plenaria chiamata a dover argomentare in maniera puntuale le proprie decisioni nell'espletamento della propria funzione nomofilattica. Tuttavia, quasi nello stesso numero di casi (23), il peso dell'argomento è stato definito come prevalente. In via residuale, si colloca l'argomento respinto (17 casi) (Fig 7a).

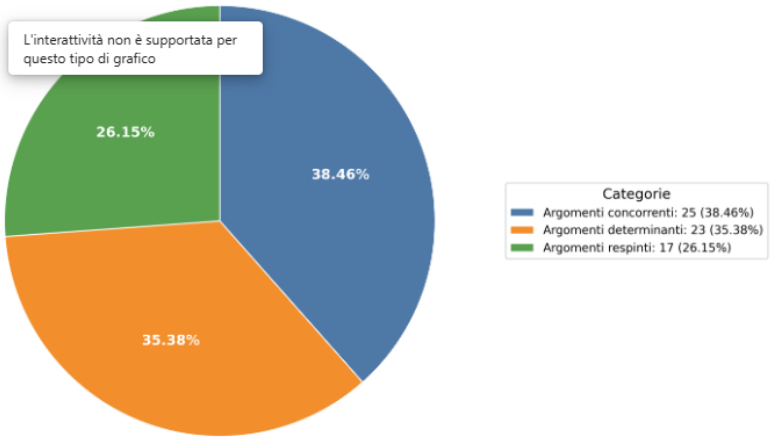

Fig. 7a: Cons. Stato Adunanza plenaria - Peso degli argomenti interpretativi

Quanto alle pronunce rese dalle Sezioni semplici del Consiglio di Stato, invece, in 292 pronunce l'intenzione del legislatore ha assunto il peso di argomento concorrente, di cui solo menzionato, 8; in 42 pronunce l'argomento è stato configurato come determinante ed è solo argomento interpretativo; in 59 casi l'argomento dell'Idl è stato respinto, e in 31 di questi casi si è trattato di argomento solo menzionato (Fig. 7b).

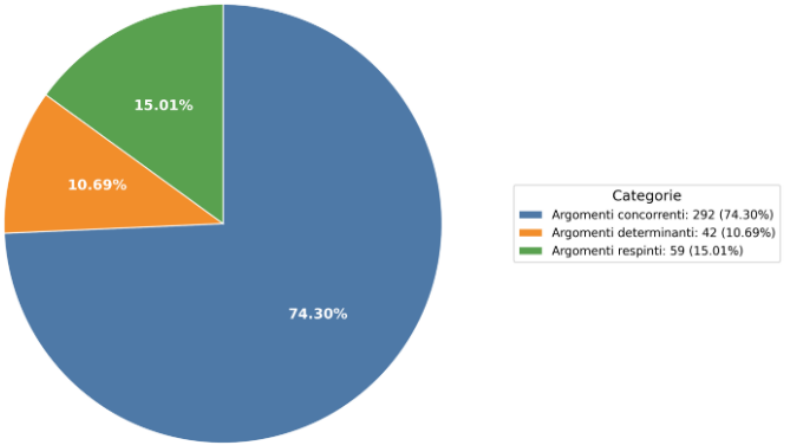

Fig. 7b: Cons. Stato Sezioni semplici - Peso degli argomenti interpretativi

7. *Risultati relativi alla Corte Costituzionale*

7.1 *Popolazione analizzata*

Le decisioni giudiziali tra ordinanze e sentenze della Corte Costituzionale emesse nel periodo di riferimento 2014-2023 ammontano a 2772. Ebbene, applicando le 23 chiavi di ricerca sono state selezionate 1523 istanze dell'argomento contenute in 1011 decisioni giudiziali (97 ordinanze e 914 sentenze) che utilizzano l'argomento dell'IdL (Fig. 8a).

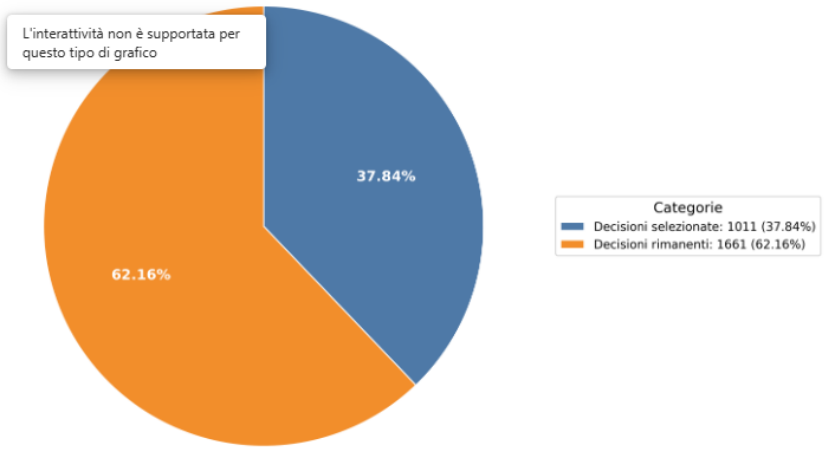

Fig. 8a: Corte Costituzionale - Percentuale di decisioni analizzate

Da questi valori, detratti i falsi positivi (261) e gli argomenti soltanto menzionati (516) si ottengono 746 argomenti interpretativi. È opportuno ricordare che tali valori rappresentano una stima per difetto rispetto alla reale frequenza degli argomenti IdL, poiché – come illustrato in precedenza – le chiavi di ricerca adottate non consentivano di intercettare tutte le occorrenze presenti nel corpus giurisprudenziale.

È inoltre opportuno sottolineare che i 746 argomenti interpretativi rilevati si distribuiscono all'interno di 497 sentenze, cioè il 17,9 % del totale delle decisioni giudiziali emesse nel decennio considerato, poiché una stessa decisione può contenere più di un richiamo all'IdL.

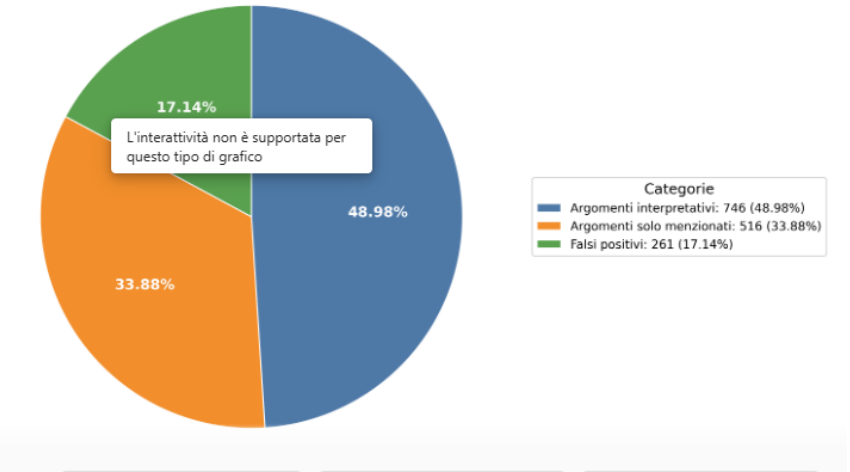

Fig. 8b: Corte Costituzionale – Uso dell'argomento

7.2 *Collocazione, Soggetto e Oggetto*

Nel campione relativo alla Corte costituzionale, l'argomento dell'IdL risulta collocato nella parte dedicata al diritto in 541 decisioni, pari al 72,5% del totale degli 746 argomenti interpretativi. Quanto al soggetto che introduce l'argomento, nel 67.6% dei casi (504 occorrenze) esso è formulato direttamente dall'autorità giudicante. Nelle restanti ipotesi – 242 occorrenze, pari al 32,4% – l'argomento è invece proposto da altra autorità o parte processuale: in particolare, proviene dall'attore/ricorrente/pubblico ministero in 117 casi (15,7%) e dal convenuto/parte resistente/difesa in 100 casi (13,4%).

Come è noto, l'art. 134 della Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale il compito di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. È pertanto del tutto naturale che l'oggetto dell'argomento IdL si riferisca, nella grande maggioranza dei casi, proprio alle fonti statali primarie, richiamate in 725 argomenti (97,2% del totale). Seguono, con incidenza molto più ridotta, i riferimenti diretti alla Costituzione (17 casi, 2,3%) e, in misura del tutto marginale, altri documenti normativi, quali il diritto internazionale o la CEDU (2 casi, 0,3%).

7.3. *Tipo di Legislatore*

Come conseguenza delle scelte metodologiche adottate, la grande maggioranza delle occorrenze codificate è stata ricondotta alla categoria del legislatore storico[18] (da intendersi come legislatore costituente ogniqualvolta la fonte dell'argomento interpretativo consista nel richiamo ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente) che compare in 725 casi, pari all'97,2% del totale. Le altre tipologie previste dalla griglia risultano invece assai rare: il legislatore ideale è stato individuato in 18 casi (2,4%), mentre il legislatore attuale ricorre soltanto in 3 argomenti.

7.4. *Tipo di intenzione*

[18] In particolare, nelle sentenze in materia di forma di governo rese in sede di conflitti di attribuzione, la Corte, in alcuni casi, adotta un approccio di tipo *originalista*, facendo riferimento al legislatore storico–costituente e ricorrendo prevalentemente ai lavori preparatori per la ricostruzione, di regola semantica, dell'intento normativo (cfr. Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 7, Corte cost., 18 maggio 2006, n. 200, Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, Corte cost., 26 marzo 2021, n. 48).

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la tipologia di intenzione più ricorrente è quella comunicativa, che si riscontra in 476 casi, pari al 63,7% di tutti gli argomenti interpretativi. Le occorrenze di intenzione teleologica sono 273[19], pari al 36,6%, mentre l'intenzione controfattuale presenta un'incidenza del tutto marginale, attestandosi intorno al 3%.

7.5. *Fonte dell'argomento*

Per quanto riguarda la fonte dell'argomento, l'opzione più frequente è rappresentata dal "Significato di altre disposizioni", categoria che comprende riferimenti alla Costituzione, al diritto internazionale, al diritto straniero, al diritto dell'Unione europea, nonché a fonti statali primarie e secondarie.

Tale risultato appare coerente con il criterio dell'interpretazione sistematica, di cui l'interpretazione conforme a Costituzione costituisce una diretta applicazione, in quanto principio immanente all'ordinamento giuridico costituzionale, inteso quale sistema normativo fondato sulla pluralità delle fonti e sull'integrazione dei livelli normativi, inclusi quelli di matrice sovranazionale.

In particolare, l'opzione del "Significato di altre disposizioni" ricorre in 571 casi, pari al 76,5% del totale. Seguono, con valori nettamente inferiori, la "Giurisprudenza" (84 casi), i "Lavori preparatori" (48 casi), le "Conseguenze dell'applicazione della norma" (20 casi), la "Storia legislativa" (5 casi) e, infine, "*l'Occasio legis"* (5 casi).

La distanza temporale che separa l'interprete contemporaneo dal legislatore costituente rende, infatti, sempre più difficoltoso ricostruire un'intenzione soggettiva effettivamente rilevante sul piano interpretativo[20]. Il dato empirico emerso conferma dunque l'intuizione teorica: il richiamo alla volontà dell'Assemblea costituente è oggi residuale, quando non del tutto marginale, e il suo peso nell'argomentazione della Corte costituzionale risulta sostanzialmente trascurabile.

7.6. *Giustificazione dell'argomento*

La giustificazione dell'argomento si riferisce ai criteri ermeneutici esplicitamente richiamati dai giudici nella motivazione, impiegati per sostenere il percorso argomentativo. In questa categoria rientrano, in particolare*, le* direttive di preferenza o procedurali sull'uso dei diversi argomenti interpretativi, il richiamo all'art. 12 delle Preleggi e, soprattutto, ai principi e valori dell'ordinamento.

È proprio quest'ultima tipologia di giustificazione a risultare prevalente nella giurisprudenza costituzionale: in 429 casi l'argomento IdL è stato sostenuto mediante il riferimento a principi o valori di rango costituzionale, mentre soltanto in 10 decisioni è stato valorizzato il richiamo alle preleggi.

Un simile dato non sorprende, se si considera la centralità che il richiamo ai principi e ai valori supremi dell'ordinamento assume, in chiave sistematica, nel giudizio di legittimità costituzionale, nel quale, anche attraverso il complesso esercizio di bilanciamento, la Corte conferisce a tali principi un

[19] Il richiamo all'intenzione teleologica ricorre in particolare con riferimento alle leggi di interpretazione autentica e alle leggi-provvedimento, ove l'individuazione dello scopo perseguito dal legislatore assume rilievo centrale ai fini dello scrutinio di ragionevolezza e del bilanciamento di interessi costituzionali (cfr. Corte cost., 25 luglio 2022, n. 186, a Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168). Analogo utilizzo dell'argomento teleologico si riscontra in relazione agli atti con forza di legge, segnatamente nel controllo di coerenza tra legge delega e decreto legislativo (*ex multis* cfr. Corte cost. 24 gennaio 202, n.4, Corte cost., 22 febbraio 2024, n. 22) e nel giudizio di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione, condotto prevalentemente sul piano finalistico (*ex pluribus* cfr. Corte cost., 22 luglio 2024, n. 139).

[20] Merita attenzione il dato, quantitativamente contenuto, relativo al richiamo ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, che pare confermare una nota osservazione di Alf Ross, secondo cui il riferimento ai lavori preparatori è destinato a perdere rilevanza con il trascorrere del tempo: «i lavori preparatori scemeranno di importanza con l'invecchiare delle leggi. L'interpretazione soggettiva della legge, allora, assume il carattere di interpretazione storica». A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, p. 136.

ruolo determinante nella definizione del significato e della portata delle disposizioni sottoposte a scrutinio.

7.7. *Peso dell'argomento*

Nel campione relativo alla Corte costituzionale, l'IdL risulta concorrente con altri argomenti interpretativi in 620 casi, pari al 83,1% del totale. Le combinazioni più frequenti vedono l'IdL affiancato a criteri letterali, sistematici o per principi.

Le ipotesi in cui l'argomento è risultato determinante (18 casi) o respinto (64 casi) rappresentano una quota del tutto marginale. In tutti gli altri casi, l'IdL non è stato classificato, sia perché l'occorrenza si è rivelata un falso positivo dell'estrazione automatica, sia perché il riferimento all'intenzione del legislatore si limitava a una menzione non idonea a costituire un vero argomento interpretativo.

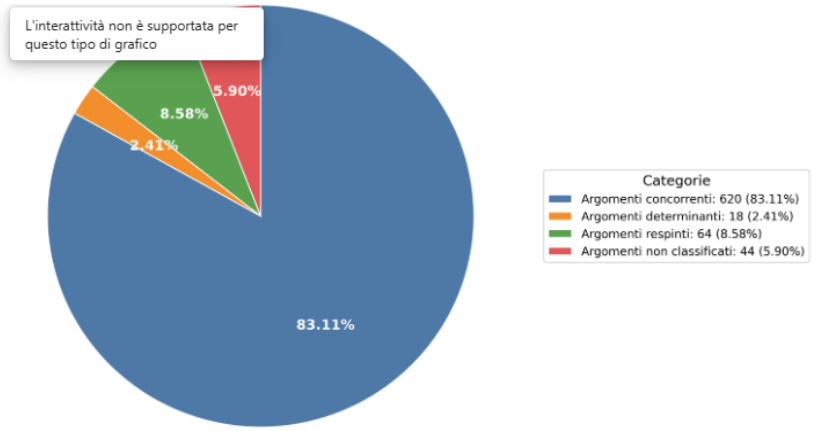

Fig. 8c: Corte Costituzionale - Peso degli argomenti interpretativi

SECONDA SESSIONE

Interventi

Enrico Diciotti

L'intenzione dell'autorità normativa come finzione nel discorso degli interpreti e come limite dell'interpretazione*

SOMMARIO: 1. L'intenzione dell'autorità normative nell'interpretazione giuridica. – 2. L'intenzione del legislatore come finzione nel discorso degli interpreti. – 3. L'intenzione del legislatore come limite dell'interpretazione. – 4. Qualche osservazione sull'intenzione dell'Assemblea costituente nell'interpretazione costituzionale.

This article aims to show that lawmakers' intent to which the interpreters refer is a fiction, but there is a sense in which we can say that, in most cases, the result of interpretation complies with the lawmaker's intent. In fact, the norms identified through interpretation of statutes generally include the core of the literal meaning of statutory provisions; and it is reasonable to believe that this core of meaning corresponds to the intent of those who were involved in the production of statutes. In the final section of the article, I mention some differences between the role played by the intent of the Constituent Assembly in constitutional interpretation and the role played by legislative intent in statutory interpretation.

1. *L'intenzione dell'autorità normativa nell'interpretazione giuridica*

Il fatto che un testo venga interpretato conformemente all'intenzione dell'autore non ha, in sé, alcunché di anomalo o di sorprendente. Infatti, se ogni testo orale o scritto è necessariamente opera di un soggetto che se ne avvale per comunicare ad altri le proprie credenze o le proprie direttive, che c'è di più ovvio dell'idea secondo cui identificare il significato di un testo equivale a individuare ciò che il suo autore intendeva dire per mezzo di esso?

Non sempre, però, i giudici e i giuristi presentano la loro attività interpretativa come un'indagine o una riflessione finalizzata all'individuazione del significato intenzionale di un testo normativo. Più precisamente: c'è stato un tempo in cui appariva indiscutibile o, almeno, dominante l'idea che l'interpretazione della legge consistesse o dovesse consistere in un'attività di individuazione dell'intenzione o della volontà del legislatore; e non c'è dubbio che a quel tempo le attività interpretative eseguite da giudici e giuristi generalmente risentissero di quell'idea[1]. Quel tempo, però, è ormai lontano e non sembra probabile che ritorni, almeno nel prossimo futuro.

Ai nostri giorni, susciterebbe un certo stupore una teoria dell'interpretazione giuridica che, pretendendo di fornire un'immagine fedele dell'effettiva attività interpretativa dei giudici e dei giuristi, affermasse che questa attività viene generalmente condotta allo scopo di individuare la volontà di coloro che hanno prodotto i testi interpretati. Questa affermazione sarebbe immediatamente considerata come falsa se non fosse accompagnata da una qualche particolare definizione del sintagma "attività interpretativa dei giudici e dei giuristi" o del sintagma "volontà di coloro che hanno prodotto i testi interpretati" che attribuisse loro un significato diverso da quello in cui vengono comunemente intesi.

Oggi appare difficile trovare una concezione coerente dell'interpretazione giuridica cui siano riconducibili tutte le attività interpretative effettivamente eseguite da giudici e giuristi, sebbene si

* Ricerca finanziata dall'Unione Europea - *Next Generation EU*, CUP H53D23011060001, Bando PRIN 2022. prot. 2022ZPA2N4.

[1] Sull'idea dell'interpretazione giuridica come individuazione dell'intenzione del legislatore, nel pensiero giuridico dal Seicento all'Ottocento, v. P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I: Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2009, 231 ss.

possa affermare che una posizione dominante è stata assunta dall'idea dell'interpretazione della legge come attività di estrazione, dai testi di legge, di norme conformi alla Costituzione. Le attività interpretative che si presentano come finalizzate all'individuazione della volontà del legislatore continuano a svolgere un ruolo rilevante, ma certamente minore di quello di un tempo.

Nonostante che l'interpretazione condotta in conformità con l'intenzione dell'autorità normativa abbia perduto la sua centralità, una riflessione su questa attività continua ad essere inevitabile per chi si occupi dei modi in cui giudici e giuristi individuano, o pretendono di individuare, i contenuti dei testi normativi; ed è inoltre interessante mettere a confronto, come talvolta è stato fatto, l'interpretazione giuridica e l'interpretazione conversazionale, intesa come l'interpretazione che, nel corso di una conversazione, viene eseguita da un ascoltatore allo scopo di intendere ciò che viene comunicato dal parlante. Infatti, se l'interpretazione conversazionale è eseguita allo scopo di individuare ciò che un parlante intende dire, l'interpretazione giuridica pare ad essa assimilabile almeno nelle circostanze in cui giudici e giuristi sostengono di attribuire ai testi normativi il significato conforme all'intenzione dell'autorità normativa che li ha prodotti.

Due tesi sembrano però scavare un solco particolarmente profondo tra l'interpretazione giuridica e l'interpretazione conversazionale. Una di queste tesi dice che l'attività interpretativa eseguita da giudici e giuristi non può essere considerata, neppure in alcune circostanze, come un'attività volta a individuare l'intenzione di chi ha prodotto il testo interpretato, poiché l'autorità normativa cui vengono attribuite volontà o intenzioni dagli interpreti non corrisponde ad alcuna entità reale[2]. Secondo l'altra tesi, l'interpretazione conversazionale viene eseguita nell'ambito di un'attività di cooperazione tra due o più individui, i quali vogliono intendersi l'un l'altro, ed è quindi finalizzata ad afferrare ciò che un parlante cerca di comunicare, mentre l'interpretazione giuridica, complessivamente considerata, non è un'attività di questo genere, non essendo condotta allo scopo di comprendere ciò che gli autori dei testi normativi intendono comunicare[3].

Entrambe le tesi possono essere precisate in modi parzialmente diversi. È possibile precisarle in modo tale da renderle indipendenti l'una dall'altra, così come è possibile precisarle in modo tale da rendere la seconda una semplice implicazione della prima.

Non mi propongo però di esaminare queste tesi nei loro dettagli e nelle loro varianti, né di rivolgere ad esse qualche obiezione, giacché condivido quasi tutto ciò che viene detto a loro sostegno. Più modestamente, vorrei chiarire come si dia necessariamente un'ovvia forma di cooperazione tra gli interpreti del diritto e le autorità normative ovunque sia possibile individuare autorità normative e testi normativi da esse prodotti. E credo che questo chiarimento potrebbe essere accettato anche da coloro che hanno argomentato contro l'assimilazione dell'interpretazione

[2] L'indeterminatezza o l'inconsistenza della nozione di intenzione del legislatore è stata spesso messa in evidenza, almeno fin dai primi decenni del secolo scorso: ad esempio, v. A. HÄGERSTRÖM, *On the Question of the Notion of Law. The Will-Theory*, in ID., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, a cura di K. OLIVECRONA, Almqvist & Wiksells, Stockholm, 1953, 74 ss.; M. RADIN, *Statutory Interpretation*, in *Harvard L. R.*, 43/1930, 869 ss.; C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, trad. it. Giuffrè, Milano, 2016, 33 ss. Nella letteratura più recente, v. D. CANALE, *Legislative Intent, Collective Intentionality and Fictionalism*, in T. MARQUEZ, C. VALENTINI (a cura di), *Collective Action, Philosophy and Law*, Taylor & Francis, London-New York, 2022, 45 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, 398 ss.; R. DWORKIN, *Questioni di principio*, trad. it. Il Saggiatore, Milano, 1990, 44 ss.; W. N. ESKRIDGE, JR., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, 1994, 14 ss.; J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, 223 ss.; F. POGGI, *Il modello conversazionale*, Ets, Pisa, 2020, 230 ss., e 305 ss.; M. TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Materiali st. cult. giur.*, 29/1999, 476 ss.; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 119 ss. Una nota analisi della nozione si trova in G. C. MACCALLUM, *Legislative Intent*, in *Yale L. J.*, 75/1966, 763 ss.

[3] Per questa tesi, presentata in versioni diverse e qui esposta in modo assai sommario e approssimativo, v. P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth. A Realistic Inquiry*, Springer, Cham, 2019, 67 ss.; B. CELANO, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi, Modena, 2017, 20 ss.; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, 50 ss.; F. POGGI, *Il modello conversazionale*, cit.

giuridica all'interpretazione conversazionale, giacché mi pare che anch'essi non neghino, solitamente, che i testi normativi svolgano una qualche funzione comunicativa[4].

Innanzitutto, però, cercherò di mostrare, ripetendo inevitabilmente cose già dette dai sostenitori di una tesi cui ho prima accennato, che sarebbe sbagliata l'affermazione secondo cui gli interpreti cooperano con un'autorità normativa quando pretendono di individuare le intenzioni di questa, poiché le autorità normative di cui si parla nelle argomentazioni interpretative sono una finzione e non un insieme di individui che effettivamente esista o abbia avuto un'esistenza.

Le autorità normative cui fanno riferimento gli interpreti sono principalmente l'autore della legge e l'autore della Costituzione, cioè il legislatore e l'Assemblea costituente. Ci sono però delle differenze degne di nota tra l'uso, da parte degli interpreti, dell'intenzione del legislatore e dell'intenzione dell'Assemblea costituente, così come c'è, a quanto credo, qualche differenza degna di nota tra l'interpretazione della legge e l'interpretazione della Costituzione. Pertanto, mi occuperò adesso solo dell'intenzione del legislatore, riservando all'intenzione dell'Assemblea costituente qualche scarna osservazione finale.

2. *L'intenzione del legislatore come finzione nel discorso degli interpreti*

I testi di legge entrano a far parte del diritto in seguito ad attività complesse, alle quali partecipano organi diversi[5], ma l'approvazione del loro contenuto è imputabile a un organo collegiale, cioè al Parlamento, le cui decisioni sono prese sulla base del principio di maggioranza. Si deve supporre che, nel richiamare la volontà del legislatore, gli interpreti facciano riferimento al Parlamento, ma si deve anche osservare che un organo collegiale non può avere alcuna volontà intesa in senso psicologico e la sola volontà che, in senso figurato, può essergli attribuita è quella di far venire ad esistenza un determinato testo di legge, sul cui preciso contenuto si pronunceranno poi, inevitabilmente, gli interpreti.

Poiché gli interpreti si appellano alla volontà del legislatore per individuare i contenuti dei testi di legge, ovvero le norme che questi esprimono e le norme in essi implicite, il legislatore cui pensano gli interpreti deve consistere, anziché nell'organo, inteso nella sua dimensione formale, nell'insieme degli individui che compongono tale organo, o almeno in una parte di essi. Solo costoro, infatti, possono ritenersi provvisti della volontà di esprimere una certa norma, invece di un'altra possibile, per mezzo di una disposizione contenuta in un testo di legge, o della volontà di disciplinare in un certo modo un caso cui i testi di legge non fanno riferimento.

Per inquadrare meglio la questione di cui ci stiamo occupando, bisogna però notare che, sebbene l'interpretazione della legge non sia attualmente concepita come un'attività svolta al solo scopo di individuare la volontà del legislatore e siano molti i risultati interpretativi che vengono giustificati senza richiamare questa volontà, il legislatore di cui parlano gli interpreti continua ad apparire come un soggetto provvisto di una volontà conformemente alla quale sarebbe tendenzialmente possibile risolvere ogni dubbio o controversia intorno ai contenuti delle norme che devono essere ricavate dai testi di legge. I dubbi e le controversie interpretative per la cui soluzione viene richiamata la volontà

[4] Ciò che intendo sostenere potrebbe essere considerato come una risposta, sebbene incompleta, a una domanda cui B. CELANO, *Due problemi aperti*, cit., 30, dice di non saper rispondere: se da un lato appare indiscutibile «l'idea che il diritto sia, tra l'altro [...], comunicazione» e dall'altro lato si deve però rilevare che l'interprete del diritto non persegue lo scopo di comprendere ciò che un parlante intende comunicare, «come si conciliano – se mai si conciliano – l'aspetto comunicativo e quello a-comunicativo dell'interpretazione giuridica?».

[5] Da qui la questione se l'intenzione dell'autorità normativa dovrebbe essere individuata tenendo conto delle idee e finalità di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano alle attività da cui dipende l'esistenza di una legge: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 313 ss.; F. POGGI, *Il modello conversazionale*, cit., 231 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, Torino, 2021, 282.

del legislatore possono vertere sia sulla questione se la norma espressa (o, meglio, se la norma che gli interpreti ritengono espressa) da una certa disposizione disciplini o non disciplini un caso problematico o "difficile" sia sulla questione se un certo caso, non incluso nella fattispecie di alcuna norma espressa, sia disciplinato in un modo o in un altro da una norma inespressa. Quando si presenta la prima questione, gli interpreti pretendono di individuare la volontà o l'intenzione del legislatore di esprimere una norma provvista di un certo contenuto, invece di un altro possibile, per mezzo delle parole di una disposizione; quando si presenta la seconda questione, gli interpreti pretendono di individuare la volontà del legislatore di disciplinare in un certo modo casi che ha omesso di disciplinare espressamente[6].

Si deve dunque ritenere che il "legislatore" cui fanno riferimento i giudici e i giuristi sia costituito da un insieme di individui provvisti di intenzioni tali da fornire, tendenzialmente, una soluzione per ogni dubbio riguardo al significato dei testi di legge e alla disciplina dei casi non espressamente disciplinati da questi testi o, per lo meno, di intenzioni tali da fornire una soluzione per tutti i dubbi interpretativi che i giudici e i giuristi risolvono sulla base di esse. A questo punto, però, diviene evidente che l'esistenza di un siffatto "legislatore" è, quanto meno, dubbia.

Per prima cosa non è chiaro se nell'insieme degli individui che compongono il "legislatore" dovrebbero essere inclusi anche coloro o alcuni di coloro che abbiano votato contro l'approvazione del testo di legge che è oggetto di interpretazione. Inoltre, anche se si trascura questo problema, si deve osservare che gli individui che compongono il Parlamento hanno ciascuno una propria personalità e si differenziano per la formazione culturale, le credenze e le convinzioni morali di cui sono provvisti; appartengono a partiti politici diversi, caratterizzati da differenti ideologie e finalità politiche; hanno gradi diversi di conoscenza del testo approvato ed è probabile che, abbastanza spesso, alcuni conoscano il suo contenuto in modo molto approssimativo o non lo conoscano affatto. È, dunque, estremamente improbabile che tutti abbiano le stesse intenzioni o volontà riguardo al preciso significato dell'una o dell'altra disposizione o alla disciplina dell'uno o dell'altro caso cui le disposizioni non fanno riferimento. Per di più, è molto probabile che, abbastanza frequentemente, nessuno o quasi nessuno di loro avesse, nel momento in cui la legge fu approvata, alcuna intenzione o volontà di ricomprendere o non ricomprendere nel campo di applicazione della norma espressa da una certa disposizione, o comunque di disciplinare o non disciplinare in un certo modo, un caso che appare problematico o "difficile" agli occhi degli interpreti.

Escludendo che il "legislatore" di cui parlano gli interpreti sia costituito dall'intero corpo parlamentare o dalla maggioranza che ha approvato una legge, si potrebbe porre la domanda di quali siano, allora, gli individui che, unitamente, costituiscono questo "legislatore". Ma una domanda di questo genere appare immediatamente oziosa e inconcludente, perché sembra indubbio che ogni possibile risposta risulterebbe priva di fondamento.

Se si prendono in esame le argomentazioni interpretative dei giudici e dei giuristi, è difficile negare che la volontà del legislatore sia semplicemente un'etichetta apponibile a una grande varietà di considerazioni ritenute rilevanti per attribuire contenuti ai testi di legge[7]. Questa etichetta è

[6] La volontà del legislatore cui fa riferimento l'interprete può essere costituita da un'intenzione in senso stretto o da uno scopo, cioè dall'intenzione di esprimere una certa norma con le parole di una disposizione o dallo scopo di ottenere un certo risultato, cioè la realizzazione di un certo stato di cose, tramite la produzione di una certa norma. Mentre individuare l'intenzione in senso stretto equivale a individuare una norma espressa ascrivibile al legislatore, individuare uno scopo equivale a individuare una ragione per ottenere una certa norma, espressa o inespressa, che può essere ascritta o non essere ascritta al legislatore, ma sia tale, considerando il suo contenuto, da consentire la realizzazione dello stato di cose che il legislatore voleva realizzare. Queste distinzioni non sono però necessarie ai fini del discorso svolto nel testo.

[7] Per questo suo aspetto, l'argomento dell'intenzione del legislatore viene considerato come un argomento "transcategoriale", cioè privo di un carattere proprio che valga a distinguerlo dagli altri argomenti interpretativi, da D. N. MacCormick, R. S. Summers, *Interpretation and Justification*, in Iid. (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative*

principalmente usata in presenza di elementi che, in determinate circostanze, potrebbero effettivamente costituire indizi utili per risalire alle intenzioni di alcuni di coloro che hanno partecipato alla creazione della legge, ma che solo grazie a una finzione possono essere assunti come prove della volontà del "legislatore": i lavori preparatori, cui si ricorre assumendo che il "legislatore" riveli per mezzo di essi la sua volontà; il clima culturale e sociale di quel momento, ritenendo che da questo sia possibile inferire la volontà del "legislatore" di utilizzare in un certo modo determinati concetti o di perseguire determinate finalità; le somiglianze e differenze tra una disposizione oggetto di interpretazione e una disposizione non più vigente, prese come prove del fatto che il "legislatore" intendeva esprimere, per mezzo della disposizione vigente, una norma eguale a quella oppure diversa da quella espressa dalla disposizione non più vigente; il significato letterale di una disposizione, in base all'assunto che il "legislatore" formuli le norme che intende produrre osservando le regole della lingua che utilizza; il contenuto di disposizioni diverse dalla disposizione interpretata, in base all'idea che da quelle sia desumibile il senso che il "legislatore" intendeva dare a questa; ecc. Si deve inoltre notare che la volontà del legislatore è talvolta evocata anche là dove non sembrano venire in evidenza indizi di questo genere: ad esempio, può accadere che gli interpreti ascrivano al legislatore lo scopo di ottenere un certo risultato con la produzione di una certa disposizione senza richiamare alcun fatto che, almeno apparentemente, giustifichi questa ascrizione[8].

Si potrebbe aggiungere che non è solo il "legislatore" ad apparire come una figura indefinibile e misteriosa, poiché anche le "volontà" e "intenzioni" che gli vengono attribuite appaiono come entità assai nebulose[9]: tutt'altro che chiaro, infatti, è quali condizioni, secondo gli interpreti, dovrebbero essere soddisfatte affinché fosse vera l'affermazione che "il legislatore", ovvero un certo insieme di individui identificabile come il "legislatore", aveva l'"intenzione" di includere un determinato caso nel campo di applicazione di una norma espressa dai testi di legge o di disciplinare in un certo modo un caso non espressamente disciplinato. Forse si deve ritenere che, secondo gli interpreti, questa affermazione sia vera solo se gli individui che costituiscono il "legislatore" avevano in mente, nel momento dell'approvazione di un testo di legge, esattamente quel caso e la sua disciplina? Oppure si deve ritenere qualcosa di diverso? Ma che cosa, esattamente?

Non è impossibile attribuire, con una definizione stipulativa, un significato sufficientemente preciso a "volontà del legislatore". Una definizione di questo genere, però, non avrebbe alcuna utilità per una teoria dell'interpretazione che intendesse fornire strumenti concettuali utili per chiarire le argomentazioni interpretative dei giudici e dei giuristi[10]. Infatti, il concetto di intenzione del

Analysis, Dartmouth, Aldershot, 1991, 470 ss. V. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 272 ss., che distingue un argomento autonomo dell'intenzione del legislatore, provvisto di caratteri suoi propri, e un argomento ausiliario, utilizzabile come etichetta per qualsiasi considerazione rilevante ai fini dell'individuazione di una norma contenuta in un testo di legge.

[8] Per render conto della varietà dei modi in cui è possibile che gli interpreti richiamino l'intenzione del legislatore, vengono spesso distinti, dalla teoria dell'interpretazione, sensi diversi di questa espressione. v. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2020, 100 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, 85 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 272 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 283 ss.; G. B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, 281 ss.

[9] V. R. DWORKIN, *Questioni di principio*, cit., 49 ss.

[10] Ad esempio, v. F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 49/1995, 37 ss.; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011, 187 ss.: i due autori propongono un'idea particolare, e piuttosto ristretta, dell'argomento dell'intenzione del legislatore, secondo cui questo argomento dovrebbe essere utilizzato per individuare, considerando le informazioni di cui sicuramente erano in possesso gli autori di un testo di legge, il nucleo certo di significato delle disposizioni contenute in questo testo, ossia i casi ai quali quegli autori avrebbero potuto fare riferimento. Questa proposta ha, evidentemente, un carattere prescrittivo.

legislatore così ottenuto non renderebbe conto del senso in cui gli interpreti intendono il sintagma "volontà del legislatore".

Riguardo al "legislatore" provvisto di intenzioni di cui parlano gli interpreti, mi sembra insomma ragionevole la conclusione secondo cui esso non consiste in un'entità reale, ma costituisce una figura fittizia che assume i caratteri che giudici e giuristi di volta in volta gli assegnano attribuendogli un certo modo di esprimersi, determinate credenze, determinati atteggiamenti, determinate finalità. È possibile che quel modo di esprimersi, quelle credenze, quegli atteggiamenti, quelle finalità appartengano effettivamente a una parte degli individui che compongono l'organo legislativo, o talvolta a tutti costoro, ma ciò non vale a rendere reale la figura del "legislatore" evocata dagli interpreti, così come il personaggio di un romanzo storico resta il frutto dell'attività creativa di un romanziere anche se alcune delle sue azioni sono state effettivamente compiute da un individuo reale che portava il suo stesso nome[11].

Come è stato spesso evidenziato, la figura del "legislatore" che emerge dalle argomentazioni interpretative tende ad assumere tratti stereotipi e ideali, in quanto persegue efficacemente i suoi scopi, non produce norme contrastanti con altre norme, non agisce per finalità riprovevoli e, anzi, cerca di dare attuazione a valori condivisibili[12]. Questa figura, ad esempio, persegue il bene comune e tra i suoi scopi non vi è, in alcuna circostanza, quello di offrire vantaggi ai finanziatori del partito di maggioranza o di tutelare gli interessi economici del capo di questo partito. In ordinamenti provvisti di un controllo di legittimità costituzionale, nei quali al vecchio "dogma" della legge si è sostituito il "dogma" della Costituzione e nei quali una legge può essere considerata illegittima per la sua "irragionevolezza", questi caratteri ideali del "legislatore" si sono certamente affievìoliti, ma non sono scomparsi.

3. *L'intenzione del legislatore come limite dell'interpretazione*

Il fatto che il legislatore cui si appellano gli interpreti sia una finzione non implica che l'interpretazione della legge debba ritenersi completamente diversa dall'interpretazione conversazionale per il fatto che solo questa è parte di un'attività di cooperazione tra due soggetti, cioè un parlante che cerca di farsi intendere da un ascoltatore e un ascoltatore che cerca di intendere ciò che il parlante cerca di fargli intendere. Indubbiamente, l'interpretazione della legge non è interamente orientata alla comprensione di ciò che il legislatore intende comunicare e, tuttavia, si può affermare che l'attività interpretativa eseguita da giudici e giuristi è caratterizzata da forme rilevanti di cooperazione con il legislatore, in quanto è volta, in una certa misura, a comprendere ciò che costui intende comunicare.

[11] L'idea che il legislatore evocato dagli interpreti corrisponda a una figura fittizia emerge, in vario modo, in più di un'analisi critica del concetto di intenzione del legislatore. Già all'inizio del secolo scorso scriveva C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 46: «Ogni atto interpretativo [...] consiste in una sintesi autonoma che ha la conseguenza di creare l'immagine di un "legislatore". Il legislatore viene con ciò costruito, non semplicemente ricostruito». Una elaborazione chiara e accurata (anche se, a mio avviso, non persuasiva sotto ogni aspetto) di quest'idea si trova in C. CANALE, *Legislative Intent*, cit., 58 ss.

[12] Come affermano M. DASCAL, J. WRÓBLEWSKI, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and Law*, in *Law and Phil.*, 7/1988, 205, il legislatore cui fa riferimento l'interprete «è non solo un presunto soggetto agente storicamente esistito, ma anche un costrutto normativo, poiché possiede le proprietà di un "soggetto agente razionale"». Sull'idea del legislatore razionale (o di figure possibili di legislatore razionale) come presupposto dell'interpretazione, vedi N. BOBBIO, *Il buon legislatore*, in *Lo Stato*, 2018, 11, 197 ss.; C. S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, 85 ss.; L. NOWAK, *De la rationalité du législateur comme élement de l'interprétation juridique*, in *Logique et analyse*, 12/1969, 80 ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Rationalité et souverainité du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique*, in *Riv. int. fil. dir.*, 72/1985, 228 ss.

A questo riguardo, mi pare che possano essere sostenute le seguenti tesi: (1) è possibile che giudici e giuristi eseguano un'attività interpretativa caratterizzata da cooperazione con il legislatore, in quanto è possibile che, tramite questa attività, essi individuino norme che inglobano norme che il legislatore intendeva produrre o che coincidono con queste; (2) è necessario che i giudici eseguano un'attività interpretativa provvista abbastanza spesso di un esito di questo genere affinché la legge costituisca una fonte del diritto nell'ordinamento in cui essi operano.

Per chiarire queste tesi, è opportuno tenere presente una distinzione tra due attività cui si fa in genere riferimento parlando di interpretazione giuridica: l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica[13]. Manca un accordo sulla precisa distinzione di queste due attività, ma qui basterà dire che tramite l'interpretazione in senso stretto viene ricavata da una disposizione D una norma corrispondente a uno dei possibili significati di D, cioè una norma che D è in grado di esprimere, mentre tramite la costruzione giuridica viene ottenuta da una o più disposizioni, o più precisamente da norme che una o più disposizioni sono in grado di esprimere, una norma che quelle disposizioni non sono in grado di esprimere o un'eccezione, parimenti inespressa, a una norma che una disposizione è in grado di esprimere[14]. L'interpretazione in senso stretto porta, cioè, all'individuazione di norme che possono ritenersi espresse dai testi normativi, mentre la costruzione giuridica porta all'individuazione di norme inespresse o di eccezioni inespresse a norme espresse (norme inespresse ed eccezioni inespresse che, in qualche senso, vengono considerate implicite in quei testi).

Il fatto che gli interpreti ricavino norme inespresse dai testi normativi appare evidente quando essi dichiarano di colmare una lacuna, cioè di sopperire con una norma inespressa a un'assenza di norme espresse relative a un determinato caso, o quando risalgono da una o più norme a un principio, non formulato in quei testi, che le giustifica. Anche la precisa distinzione tra norme espresse e norme inespresse è oggetto di disaccordi[15], ma qui, senza esaminarli o tantomeno cercare di risolverli, mi limito a esprimere l'opinione che sia inopportuno tracciare questa distinzione facendo affidamento sul modo in cui giudici e giuristi presentano le norme che individuano tramite l'attività interpretativa. Faccio due esempi per chiarire questa opinione: se un interprete afferma che tra i furti commessi "mediante introduzione in un edificio o in un altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora", per i quali una disposizione prevede una certa pena, sono da includere furti commessi in bar, edicole, ristoranti e farmacie, non mi sembra che si possa fare affidamento sull'affermazione dell'interprete e ritenere che la norma da lui individuata sia effettivamente espressa da quella disposizione (infatti, non mi pare che il termine "privata dimora" sia in grado di

[13] Riprendo la distinzione tra interpretazione in senso stretto e costruzione giuridica da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 32 ss.

[14] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 32 ss., assume che la distinzione tra l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica corrisponda sia a una distinzione tra argomenti interpretativi provvisti di caratteri diversi, ossia tra gli argomenti interpretativi in senso stretto e gli argomenti costruttivi, sia a una distinzione tra risultati interpretativi di tipo diverso, ossia tra norme espresse e norme inespresse. Si può però obiettare che gli argomenti costruttivi consentono di individuare non solo norme inespresse, ma anche norme espresse, e che tramite gli argomenti interpretativi in senso stretto gli interpreti individuano non solo norme espresse, ma anche norme inespresse (v. E. DICIOTTI, *Norme espresse, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2020, 1, 73 ss.; G. PINO, *Norme inespresse*, entrambi in *Analisi e diritto*, 2020, 1, 106 ss.). Sarebbe però inopportuno soffermarsi qui su questo problema.

[15] Vedi, in particolare, la discussione svoltasi, a partire dalla distinzione tracciata da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 155 ss., sulla rivista *Analisi e diritto*, 2020, 1, con gli scritti di M. BARBERIS, *Norme implicite: il perché e il percome*; ID., *Norme implicite e de-positivizzazione. Soluzioni, dissoluzioni, problemi aperti*; D. CANALE, *Norme implicite e de-positivizzazione. Soluzioni, dissoluzioni, problemi aperti*; E. DICIOTTI, *Norme espresse, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione*; G. PINO, *Norme inespresse*; R. GUASTINI, *"Postilla"*.

designare bar, edicole, ristoranti o farmacie)[16]; egualmente non mi sembra che si possa fare affidamento su quanto dice un interprete secondo cui la seguente disposizione: "Senza licenza del questore è vietato dare in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico rappresentazioni teatrali o cinematografiche" è da intendere, considerando il fatto che l'art. 21 Cost. conferisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero, nel senso che il questore può negare la licenza solo per i rischi che le rappresentazioni teatrali o cinematografiche indicate dalla disposizione possono causare per la libertà di circolazione, per l'igiene, per la quiete e l'incolumità pubblica (non mi pare, infatti, che le parole di quella disposizione indichino un limite qualsivoglia ai poteri del questore)[17].

Comunque sia, a prescindere dalla precisa distinzione che vogliamo tracciare tra le norme espresse e le norme inespresse, si può sostenere che, tramite l'interpretazione in senso stretto, è sempre possibile ricavare da una disposizione D varie norme espresse, tra loro alternative, ma che queste norme inglobano in genere, o forse sempre, norme corrispondenti a un "nucleo certo" del significato letterale di D, cioè di quel significato di cui D è provvista conformemente alle regole della lingua in cui i testi di legge sono formulati.

Il fatto che i metodi o gli argomenti dell'interpretazione in senso stretto comunemente utilizzati consentano di attribuire significati diversi ai testi normativi, ossia di ricavare da questi testi norme espresse tra loro alternative, pare innegabile. Si deve infatti constatare che continuamente giudici e giuristi si trovano in disaccordo sul contenuto dei testi di legge poiché, utilizzando l'uno o l'altro argomento interpretativo, attribuiscono significati diversi alle medesime disposizioni.

Il fatto che ai testi di legge possano essere attribuiti significati diversi non esclude però il fatto che questi testi abbiano un significato letterale, cioè un significato individuabile applicando le sole regole che sono generalmente osservate da chi produce un testo e in base alle quali è possibile identificare enunciati e testi costituiti da sequenze di enunciati che intrattengono tra loro relazioni tali da poter essere considerati come elementi di un discorso coerente[18]. Tra queste regole sono da includere non solo quelle semantiche e sintattiche che consentono di intendere una singola disposizione come un insieme di parole provviste di un significato, ma anche quelle che consentono di intendere, ad esempio, che una parola contenuta in una disposizione indica la stessa cosa cui fa riferimento un'altra parola contenuta in una disposizione precedente, che una certa disposizione indica la conseguenza giuridica di un caso indicato da una precedente disposizione, che una disposizione pone un'eccezione a quanto viene stabilito da una precedente disposizione. Ad esempio, le regole per cui il "danno" menzionato nell'art. 2044 cod. civ. non è diverso dal "danno ingiusto" di cui si parla nell'art. 2043 cod. civ., il "danneggiato" cui fa riferimento l'art. 2056 cod. civ. è colui che ha subito il "danno ingiusto" cui fa riferimento l'art. 2043 cod. civ., il "danno non patrimoniale" indicato dall'art. 2059 cod. civ. è una specie del "danno ingiusto" indicato dall'art. 2043 cod. civ., cosicché la prima di queste due disposizioni pone un'eccezione a quanto stabilito dalla seconda.

Il significato letterale di una disposizione è sempre, in qualche misura, incerto: innanzitutto, è possibile che una disposizione sia ambigua[19]; inoltre, il significato delle parole che compongono una

[16] Per queste interpretazioni estensive del termine "provata dimora", v. Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2015, n. 6210; Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2014, n. 7293; Cass. pen., Sez. II, 26 maggio 2015, n. 24763; Cass. pen., Sez. IV, 25 giugno 2009, n. 27908.

[17] V. Corte cost., 8 luglio 1957, n. 121.

[18] È opportuno dire che questo non è il solo modo in cui i giuristi parlano di significato letterale: v. P. CHIASSONI, *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, 38 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 95 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990, 208 ss.; T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, cit., 113 ss.; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione*, Ets, Pisa, 2013, 36 ss.

[19] Sull'ambiguità dei testi normativi, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 351 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 124 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it. Einaudi, Torino, 1965, 117 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 107 ss.

disposizione è sempre, in qualche misura, indeterminato[20]; infine, possono risultare equivoche le relazioni che una disposizione intrattiene con le disposizioni che la precedono e con quelle che la seguono nel testo di legge. Tuttavia, una disposizione appare quasi sempre provvista di un significato letterale che, nonostante la sua parziale indeterminatezza, è caratterizzato da un "nucleo certo". In altri termini, se una disposizione D viene intesa nel suo significato letterale, quasi sempre esprime una norma N *secundum litteram* che, dato il "nucleo certo" del significato letterale, certamente associa una qualche conseguenza giuridica a un determinato insieme di casi, mentre non è chiaro, data l'indeterminatezza di quello stesso significato, se associ o non associ quella conseguenza giuridica a un altro insieme di casi. I casi ai quali è certo che una disposizione faccia riferimento, se intesa nel suo significato letterale, possono essere detti "certi" o "paradigmatici"; i casi ai quali non è certo che faccia riferimento possono essere detti "dubbi" o "marginali".

Ora, se una disposizione D esprime, conformemente alle regole della lingua, una norma *secundum litteram* N che non è certo se sia o non sia applicabile a determinati casi ma che è certamente applicabile ad altri casi, si può anche affermare che D certamente esprime norme più specifiche di N e relative ai casi "certi" di N (mentre è incerto che D esprima norme più specifiche di N e relative ai casi "dubbi" di N). Banalmente, se una disposizione D dice che è vietato l'ingresso dei veicoli in un determinato parco, si può rilevare che D esprime una norma *secundum litteram* N che è parzialmente indeterminata, perché ci sono cose che non è certo se debbano o non debbano essere considerate come veicoli, ma se N è certamente applicabile a cose come le automobili, i camion e i motocicli, si può anche affermare che D esprime certamente norme più specifiche di N relative alle automobili, ai camion e ai motocicli: la norma secondo cui è vietato alle automobili di entrare nel parco; la norma secondo cui è vietato ai camion di entrare nel parco; la norma secondo cui è vietato ai motocicli di entrare nel parco. Queste norme più specifiche corrispondono al "nucleo certo" del significato letterale di D.

È indubbiamente possibile che un giudice o un giurista ricavino da una disposizione una norma espressa che ingloba il "nucleo certo" del significato letterale di quella disposizione, ossia le norme corrispondenti a tale "nucleo" di significato. Anzi, da un lato si può rilevare che le norme espresse individuate da giudici e giuristi generalmente inglobano almeno in parte il "nucleo" del significato letterale delle disposizioni da cui vengono ricavate; dall'altro lato, pare assai ragionevole l'idea che una norma non possa ritenersi espressa da una disposizione se non ingloba almeno in parte questo "nucleo" di significato.

Ragionevolmente, cioè, tra le norme *post interpretationem*, ossia le norme individuate tramite l'interpretazione in senso stretto da giudici e giuristi, e le norme *secundum litteram*, espresse dalle disposizioni nel loro significato letterale, possono darsi solo le seguenti relazioni: è possibile che una norma *post interpretationem* N_i, ricavata da una disposizione D, coincida con la norma *secundum litteram* N_l espressa da D e, dunque, ricomprenda nel proprio campo di applicazione tutti i casi "certi" della norma N_l; è possibile che una norma *post interpretationem* N_i, ricavata da una disposizione D,

[20] Vengono spesso distinti due tipi di indeterminatezza del significato dei testi normativi, uno dovuto alla vaghezza del significato di ogni parola che faccia riferimento a classi di cose o fatti, l'altro dovuto al senso valutativo di molte parole e sintagmi presenti nei testi normativi. Tra i lavori dedicati alla vaghezza delle norme, v. T. A. O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit.; J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *California L. R.*, 82/1994, 509 ss.; G. WILLIAMS, *Language and the Law*, in *Law Quart. R.*, 61/1945, 181 ss. e 293 ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Fuzziness of Legal System*, in U. KANGAS (a cura di), *Essays in Honor of Kaarle Makkonen*, numero monografico di *Oikeustiede*, 16, 1983. Per quanto concerne la questione dei termini valutativi, generalmente identificati col nome di "clausole generali", si possono vedere, tra i testi più recenti, E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. dir., Ann. V*, Milano, 2012, 183 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 299 ss.; F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010. Ai fini del discorso svolto in queste pagine, non è necessario tenere conto di questa distinzione.

sia diversa dalla norma *secundum litteram* N_l espressa da D e, tuttavia, ricomprenda nel proprio campo di applicazione almeno una parte dei casi "certi" della norma N_l.

Ci sono vari modi in cui una norma *post interpretationem* N_i, ricavata da una disposizione D, può differenziarsi dalla norma *secundum litteram* N_l espressa da D: la norma N_i può ricomprendere nel proprio campo di applicazione alcuni casi "dubbi" o tutti i casi "dubbi" della norma N_l; la norma N_i può non ricomprendere nel proprio campo di applicazione alcuni casi "dubbi" o tutti i casi "dubbi" della norma N_l; la norma N_i può ricomprendere nel proprio campo di applicazione alcuni casi "dubbi" della norma N_l e, al tempo stesso, non ricomprendervi altri casi "dubbi" della norma N_l; se si adotta un certo modo di distinguere le norme espresse dalle norme inespresse, è infine possibile che la norma N_i ricomprenda nel proprio campo di applicazione alcuni casi cui la norma N_l è certamente non applicabile, oppure non ricomprenda nel proprio campo di applicazione alcuni casi "certi" della norma N_l. Anche se non è chiaro quale sia la misura in cui possono verificarsi queste differenze tra le norme *post interpretationem* e le norme *secundum litteram*, non sembra però che risulterebbe accettabile, né per una teoria dell'interpretazione giuridica né per gli stessi interpreti, l'affermazione che una norma *post interpretationem* N_i è espressa da disposizione D se N_i stabilisce una conseguenza giuridica diversa da quella indicata dalla norma *secundum litteram* N_l espressa da D, o se N_i stabilisce la conseguenza giuridica indicata da N_l per una classe di casi del tutto diversa da quella indicata da N_l. La posizione, spesso sostenuta, secondo cui il significato letterale pone un limite all'attività degli interpreti appare insomma corretta se intesa in riferimento all'interpretazione in senso stretto[21], poiché è ragionevolmente impossibile individuare norme espresse che non inglobino, almeno in parte, il "nucleo certo" del significato letterale delle disposizioni.

Ebbene, si può a questo punto notare che giudici e giuristi cooperano con il legislatore quando ottengono da una disposizione, tramite l'interpretazione in senso stretto, una norma espressa, poiché questa norma, inglobando almeno in parte il "nucleo certo" del significato letterale di quella disposizione, presumibilmente ingloba anche norme che il legislatore intendeva produrre.

Dal fatto che gli interpreti evocano un autore fittizio dei testi di legge quando ascrivono intenzioni al legislatore non segue che nessuna intenzione possa essere ascritta al legislatore inteso come un insieme di individui in carne ed ossa. Sebbene ci siano in larga parte ignote le credenze, gli atteggiamenti, gli scopi e insomma le particolari intenzioni di tutti coloro che hanno partecipato all'approvazione di un testo di legge, è molto probabile che ognuno di essi, o almeno ognuno di quelli che avevano una qualche conoscenza del testo approvato, intendesse le disposizioni contenute in quel testo in un significato abbastanza prossimo a quello letterale. Si può immaginare che nessuno di essi intendesse esattamente allo stesso modo degli altri ogni disposizione e ogni parola contenuta nei testi di legge, ma non è certamente azzardata l'ipotesi che, in linea di massima, la gran parte di essi intendesse esprimere, per mezzo delle disposizioni approvate, quel "nucleo certo" del significato di cui queste sono provviste conformemente alle regole linguistiche.

Ove si accetti questa ipotesi, si può affermare che il legislatore coopera con i soggetti cui sono indirizzati i testi normativi in quanto formula questi testi conformemente alle regole di una lingua, allo scopo di far sì che costoro intendano le norme che egli intende produrre. E si può inoltre affermare che giudici e giuristi cooperano con il legislatore quando individuano norme *post interpretationem* che corrispondono al significato letterale delle disposizioni o inglobano almeno in

[21] Un'idea di questo genere è espressa, in varie forme, da molti autori: tra questi, K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1970, 237 ss.; A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, II ed., Hart, Oxford-Portland, 2005, 95 ss.; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, 373 ss.; A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 106 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso*, Giappichelli, Torino, 2015, 189; B. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, cit., 160 ss.; G. PINO, *Teoria analitica del diritto. I: La norma giuridica*, Ets, Pisa, 2016, 31 ss.; F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, trad. it. il Mulino, Bologna, 2000, 102 ss.; V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica*, Ets, Pisa, 2012, 28 ss.; G. ZACCARIA, *Postdiritto*, il Mulino, Bologna, 2022, 192 ss.

parte il "nucleo certo" di questo significato. A questo "nucleo certo" di significato corrispondono infatti norme che il legislatore intendeva produrre.

Per completare il quadro è però necessario prendere in considerazione, oltre all'interpretazione in senso stretto, anche la costruzione giuridica, cioè un'attività con cui è possibile individuare norme inespresse che hanno ad oggetto casi certamente non disciplinati da norme *secundum litteram*, ma anche norme inespresse ed eccezioni inespresse relative a casi "certi" delle norme *secundum litteram*, cioè norme inespresse che stabiliscono per questi casi una disciplina diversa da quella prevista dalle norme *secundum litteram* ed eccezioni inespresse che, similmente, privano questi casi di tale disciplina. Un risultato analogo può essere ottenuto anche per mezzo dell'interpretazione in senso stretto, poiché anche una norma *post interpretationem* ricavata da una disposizione D può escludere dal proprio campo di applicazione alcuni casi "certi" della norma *secundum litteram* espressa da D, privando questi casi della disciplina stabilita da quest'ultima norma. Tramite la costruzione giuridica è però possibile erodere il "nucleo certo" del significato letterale di una disposizione più di quanto sia possibile tramite l'interpretazione in senso stretto. Banalmente, data una disposizione D secondo cui è vietato l'ingresso di veicoli in un certo parco, pare difficile sostenere che D esprime una norma secondo cui l'ingresso nel parco è permesso ad ambulanze, automezzi dei vigili del fuoco e delle forze dell'ordine, camion dei giardinieri, carrarmati in tempi di guerra, mentre è certamente possibile sostenere che questi permessi dipendono da norme inespresse o eccezioni inespresse alla norma espressa da D: ad esempio, norme inespresse derivabili da qualche valore o principio del diritto, oppure eccezioni inespresse derivabili dalla *ratio* della stessa norma espressa da D. Insomma, se l'interpretazione in senso stretto consente di mutare in una certa misura il contenuto letterale dei testi di legge, la costruzione giuridica consente di farlo in misura maggiore e, tendenzialmente, fino al punto di sovvertire totalmente tale contenuto.

Quali siano i limiti in cui la costruzione giuridica consente di mutare o sovvertire i contenuti dei testi di legge è una domanda cui non è possibile dare una risposta precisa. Basti, a questo riguardo, un'osservazione relativa all'individuazione di norme inespresse a partire dagli scopi, ovvero dalla *ratio*, delle norme espresse.

L'interprete può attribuire uno scopo a una norma e poi, assumendo che questo scopo debba essere realizzato (ad esempio, perché tale è la volontà del legislatore), individuare norme inespresse relative a casi non disciplinati da quella norma o norme ed eccezioni inespresse che restringono il campo di applicazione di quella norma. Se alla norma che vieta l'ingresso dei veicoli nel parco viene attribuito lo scopo di proteggere la sicurezza e la salute dei visitatori, è poi possibile sostenere, sulla base di questo scopo, che il divieto si estende ai cavalli e agli elefanti, mentre dal divieto sono esclusi automezzi dei pompieri e ambulanze, per il fatto che questi veicoli servono appunto a salvaguardare la sicurezza e la salute dei visitatori. Ragionamenti di questo genere potrebbero però essere condotti in modo tale da ottenere il risultato di svuotare quasi completamente o completamente le norme espresse del loro contenuto[22]. Ad esempio, se si assume che la disposizione secondo cui è vietato l'ingresso dei veicoli nel parco abbia lo scopo di proteggere la sicurezza dei visitatori, non si potrebbe argomentare che questo scopo può essere realizzato anche obbligando i veicoli a procedere a una velocità inferiore ai dieci chilometri all'ora e poi concludere, adducendo anche qualche altro valore o principio considerato rilevante, che da quella disposizione deve essere ricavata la norma secondo cui i veicoli devono procedere nel parco a una velocità inferiore ai dieci chilometri all'ora? Data una

[22] Uno degli aspetti dell'interpretazione teleologica su cui non posso soffermarmi, ma che assume grande rilevanza per la questione che sto affrontando, viene così evidenziato da L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, II ed., Cedam, Padova, 2012, 71 ss.: «l'interpretazione teleologica ha [...] un'irriducibile vocazione sistematica: fatto il primo passo oltre la lettera, salita a un primo fine settoriale, l'interpretazione teleologica inizia una difficilmente resistibile ascesa verso fini superiori, anzi verso un fine supremo. Ogni fine, nelle cose umane, è infatti sempre a sua volta mezzo, o caso particolare, rispetto a un fine più ampio. [...] E credo si possa dimostrare che in tal modo l'interpretazione teleologica arrivi sempre alla norma-fine ultimo: "agisci per favorire il bene comune"».

disposizione secondo cui lo Stato deve avere forma repubblicana, non si potrebbe assumere che questa disposizione abbia lo scopo di garantire una forma di governo in cui il capo dello Stato è un individuo che, agli occhi di una vasta maggioranza, è in grado di rappresentare il proprio paese, e poi ad un certo momento sostenere che, tutto considerato, questa forma di governo è quella monarchica, traendo così da quella disposizione una norma contraria alla norma che essa esprime? Possiamo convenire che la risposta a queste domande debba essere negativa, ma il problema è quale sia il fondamento di questa risposta, giacché non sembra che sia possibile individuare un limite certo alle attività della costruzione giuridica o un criterio per distinguere ragionamenti accettabili e ragionamenti inaccettabili, tra i ragionamenti che per la loro struttura appaiono egualmente riconducibili a quelle attività.

Ebbene, a questo riguardo si può fare un'osservazione non irrilevante: sebbene la costruzione giuridica avvenga tramite ragionamenti che sembrano consentire un completo sovvertimento del contenuto letterale dei testi di legge, questi ragionamenti non sono solitamente condotti dai giudici e dai giuristi in modo tale da produrre un tale risultato. Può talvolta accadere che questi ragionamenti portino all'individuazione di norme inespresse o di eccezioni inespresse che determinano un'erosione quasi completa o addirittura completa del "nucleo certo" del significato letterale espresso da una disposizione, ma nella gran parte dei casi questo "nucleo" resta, almeno in una certa misura, intatto. In altri termini, le norme individuate e applicate dai giudici in genere inglobano, almeno in parte, questo "nucleo" di significato, cosicché la loro attività può ritenersi caratterizzata da cooperazione con il legislatore.

Ma c'è di più: il fatto che i giudici cooperano con il legislatore nel modo che ho chiarito può essere considerato non come contingente, ma come necessario affinché la legge costituisca una fonte del diritto nell'ordinamento giuridico in cui essi operano.

Per chiarire perché questa cooperazione dei giudici con il legislatore è non contingente, ma necessaria, immaginiamo un ordinamento giuridico in cui i giudici individuano le norme che applicano tramite ragionamenti della costruzione giuridica condotti a partire da testi prodotti da un certo organo, cui viene dato il titolo di "legislatore", ma questi ragionamenti portano sempre all'individuazione di norme inespresse che contraddicono tutto ciò che quei testi esprimono conformemente alle regole della lingua in cui sono formulati. Un ordinamento di questo genere appare non solo estremamente improbabile, ma anche difficile da immaginare, per più di una ragione. Ai nostri fini, però, saranno sufficienti due considerazioni.

La prima considerazione è di tipo concettuale: mi sembra che, in questo ordinamento, risulterebbe inappropriato qualificare la legge come fonte del diritto. Dato il modo in cui comunemente concepiamo le fonti del diritto, mi sembra infatti che determinati testi, normalmente contraddistinti dal particolare procedimento con cui sono prodotti, possano annoverarsi tra le fonti del diritto solo se contengono, almeno in una certa misura, norme effettivamente applicate dai giudici o da altri organi giuridici[23]. E, conseguentemente, mi pare inoltre che l'affermazione secondo cui esistono determinate norme sulla produzione giuridica, in base alle quali sono identificabili le fonti del diritto, possa essere fatta solo se conformemente a quelle norme viene eseguita un'attività il cui prodotto è costituito da norme effettivamente applicate dai giudici o da altri organi giuridici. Si potrebbe forse affermare che, nell'ordinamento che abbiamo immaginato, i testi prodotti dal "legislatore" sarebbero fonte del diritto nel senso che le norme applicate dai giudici, pur non essendo contenute in questi testi, verrebbero individuate al termine di ragionamenti eseguiti a partire da questi testi. Mi sembra però che questo sarebbe un senso assai peculiare di "fonte del

[23] Simile a questa è la nota obiezione che H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. (con il *Poscritto* dell'autore) Einaudi, Torino, 2002, 168 ss., ipotizzando un gioco della discrezionalità dell'arbitro (*game of the scorer's discretion*), rivolge allo scetticismo sulle norme.

diritto", in qualche misura simile a quello in cui il termine "fonte del diritto" viene comunemente utilizzato, ma non coincidente con esso[24].

La seconda considerazione è di ordine empirico, e ha dunque il carattere di un'ipotesi relativa a ciò che avverrebbe nell'ordinamento che abbiamo immaginato. Ebbene, l'ipotesi è che in questo ordinamento verrebbe rapidamente a cessare, se non fosse già cessata, la produzione di testi apparentemente normativi da parte del "legislatore", per la semplice ragione che verrebbe a mancare la funzione per cui la legge viene prodotta e, pertanto, risulterebbe insensata l'attività del "legislatore". Si può immaginare una prosecuzione di questa attività in una società molto diversa dalla nostra, in cui gli omaggi alle antiche tradizioni o determinati valori simbolici o rituali sovrastassero ogni considerazione di utilità materiale, ma non nelle società contemporanee di cui abbiamo diretta esperienza.

Ebbene, considerazioni analoghe potrebbero essere fatte riguardo a un ordinamento parzialmente diverso da quello prima immaginato, in cui le norme individuate e applicate dai giudici inglobassero talvolta il "nucleo certo" del significato letterale delle disposizioni, ma eventi di questo genere fossero tanto rari da poter essere reputati puramente contingenti e casuali. Anche in questo ordinamento, infatti, non ci sarebbe ragione di intravedere, tra il contenuto dei testi prodotti dal "legislatore" e le norme applicate dai giudici, un legame tale da giustificare l'affermazione che la legge è fonte del diritto e da rendere sensata l'attività del "legislatore".

Insomma, affinché la legge possa essere considerata come una fonte del diritto e affinché in una società appaia ragionevole investire risorse in una attività di legislazione, mi pare che debba esserci un legame sufficientemente stretto tra le norme individuate e applicate dai giudici e i testi prodotti dal "legislatore": un legame che verrebbe a mancare se queste norme non inglobassero frequentemente il "nucleo certo" del significato letterale dei testi di legge. Non credo che la presenza di questo "nucleo" di significato nelle norme applicate dai giudici costituisca il solo elemento del legame di cui parlo, ma credo che costituisca uno dei suoi elementi fondamentali.

4. *Qualche osservazione sull'intenzione dell'Assemblea costituente nell'interpretazione costituzionale*

Nei due precedenti paragrafi ho sostenuto che gli interpreti della legge fanno riferimento a una figura fittizia di autore dei testi di legge quando parlano della volontà del legislatore e che, tuttavia, nella loro attività di individuazione delle norme di legge cooperano necessariamente con gli individui, in carne ed ossa, che hanno partecipato alla creazione dei testi di legge. Ciò può essere sostenuto anche riguardo agli interpreti della Costituzione: anch'essi fanno riferimento a una figura

[24] Questo argomento, presentato in una forma leggermente diversa (v. E. DICIOTTI, *Il realismo giuridico e l'interpretazione della legge*, in *Analisi e diritto*, 2014, 61) nell'ambito di una critica del cosiddetto scetticismo estremo in materia di interpretazione, è stato considerato privo di fondamento da P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth*, cit., 121 ss. Non è però chiaro se Chiassoni contesti l'argomento da me effettivamente avanzato o un suo travisamento (nel qual caso, mi dolgo per non essere stato sufficientemente chiaro). Egli dice che solo l'adozione di un'ideologia formalista dell'interpretazione consente di sostenere che l'attività legislativa sia «a (true, genuine, effective) source of law *if, and only if*, it not only produces statutory provisions, but it also produces statutory norms, corresponding [...] to the literal meaning of statutory provisions». Se, dicendo così, egli intende respingere l'idea secondo cui l'attività legislativa può essere considerata una fonte del diritto solo se i giudici individuano e applicano in ogni circostanza norme perfettamente corrispondenti al significato letterale dei testi di legge, ritengo che la sua posizione sia corretta (sebbene poco interessante, per la sua ovvietà), ma che non sia in contrasto con l'argomento da me avanzato. Se, invece, egli intende respingere l'idea secondo cui l'attività legislativa può essere considerata una fonte del diritto solo se una parte non esigua delle norme individuate e applicate dai giudici corrisponde al significato letterale dei testi di legge, allora la sua posizione contrasta con il mio argomento, ma non mi pare che nelle sue pagine sia indicata qualche ragione per accettare la sua posizione.

fittizia di autore del testo costituzionale quando parlano dell'intenzione dell'Assemblea costituente e, tuttavia, nella loro attività di individuazione delle norme costituzionali cooperano necessariamente con gli individui, in carne ed ossa, che hanno partecipato alla creazione del testo costituzionale. Si può però osservare che, nell'interpretazione costituzionale, i richiami alle intenzioni dell'Assemblea costituente risultano meno frequenti e meno rilevanti dei richiami alle intenzioni del legislatore nell'interpretazione della legge, e che l'attività di cooperazione degli interpreti con gli autori del testo costituzionale appare più debole e sfuggente dell'attività di cooperazione degli interpreti con gli autori dei testi di legge.

Nelle argomentazioni interpretative della Corte costituzionale non mancano richiami all'intenzione dell'Assemblea costituente[25], né qualche generica dichiarazione intorno all'importanza di queste intenzioni per l'individuazione delle norme costituzionali[26]. Tuttavia, questi richiami sono poco frequenti e risultano raramente decisivi per l'individuazione di una norma costituzionale espressa o inespressa[27].

Se si prendono in considerazione le sentenze della Corte costituzionale dell'ultimo decennio, o più precisamente quelle del periodo compreso tra il 2014 e il 2024, si deve notare che solo in una decina l'intenzione dell'Assemblea costituente viene addotta per giustificare qualche conclusione riguardo ai contenuti della Costituzione[28].

Va detto, inoltre, che il richiamo all'intenzione dell'Assemblea costituente è del tutto pleonastico in almeno due di queste sentenze, poiché a questo organo viene attribuito uno scopo che è, per così dire, intrinseco nel testo costituzionale e non svolge alcun ruolo nell'identificazione del significato di una qualsiasi disposizione. In una di queste sentenze viene affermato che l'Assemblea costituente ritenne pacificamente opportuno l'inserimento nella Costituzione di una disposizione relativa alla bandiera nazionale e che, erigendo il tricolore nazionale a simbolo dell'unità nazionale, escluse «che tale strumento di identificazione possa essere mutato dalla maggioranza del momento»[29]. E, com'è evidente, non è necessario richiamare l'intenzione dell'Assemblea costituente per sostenere che l'attuale simbolo dell'unità nazionale non può essere mutato per effetto di una legge ordinaria: le cose stanno così per il semplice fatto che quel simbolo dell'unità nazionale è indicato da una disposizione costituzionale. L'altra sentenza contiene la seguente affermazione: «Non vi è dubbio che la libertà di manifestazione del pensiero, di cui è espressione la libertà di stampa, costituisce un valore centrale del nostro sistema costituzionale, come è stato riconosciuto [...] dalla stessa Assemblea costituente, che significativamente ha ritenuto di dover adottare la legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), a tutela di tale libertà»[30]. E anche a questo riguardo vale l'osservazione fatta in precedenza: una lettura del testo costituzionale è sufficiente per concludere

[25] V. M. MANCINI, *Alla ricerca dell'"intenzione del legislatore" nella giurisprudenza della Corte costituzionale: orientamenti di fondo e casi emblematici*, in questa stessa rivista.

[26] V. Corte cost., 10 novembre 1992, n. 429, dove si afferma che l'interpretazione della Costituzione «non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico-politica».

[27] Il fatto che l'argomento dell'intenzione dell'Assemblea costituente si accompagni in genere ad altri argomenti e svolga un ruolo ausiliario emerge anche dall'analisi di alcune sentenze della Corte costituzionale eseguita da M. MANCINI, *Alla ricerca dell'"intenzione del legislatore"*, cit.

[28] Basandomi sui Risultati della ricerca PRIN 2022: *Looking for Legislative Intent: An Empirical Account*, a cura di F. ASTA, L. MARCHETTONI, B. MAZZOLAI, M. F. TROPEA, ho individuato le seguenti sentenze provviste di qualche interesse ai fini del mio discorso (per il fatto che, in esse, il richiamo dell'intenzione dell'Assemblea costituente assume un qualche rilievo nell'individuazione del contenuto del testo Costituzionale): Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1; Corte cost., 29 gennaio 2014, n. 12; Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6; Corte cost., 4 ottobre 2018, n. 183; Corte cost., 25 luglio 2019, n. 206; Corte cost., 17 marzo 2021, n. 41; Corte cost., 26 marzo 2021, n. 48; Corte cost., 23 luglio 2021, n.172; Corte cost., 20 febbraio 2023, n. 25; Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119.

[29] Corte cost., 4 ottobre 2018, n. 183.

[30] Corte cost., 25 luglio 2019, n. 206.

che la libertà di stampa costituisce un valore costituzionale (se, poi, questo valore sia centrale o non centrale nel sistema costituzionale è una questione che non ha alcun rilievo nell'argomentazione della Corte), né pare che ci sia il bisogno di rendere questa conclusione più convincente ricordando che l'Assemblea costituente, oltre ad approvare l'attuale art. 21 della Costituzione, adottò una legge a tutela della libertà di stampa. A ciò si deve aggiungere che in un'altra sentenza il richiamo all'intenzione dell'Assemblea costituente, pur non essendo pleonastico, non svolge alcun ruolo, neppure minimo, nell'interpretazione costituzionale. La Corte, infatti, accertando l'illegittimità di una norma della legge n. 168 del 2017, attribuisce all'Assemblea costituente un certo orientamento in materia di usi civici al solo fine di esprimere un iniziale apprezzamento per questa legge: «la legge n. 168 del 2017 ha dato [...] specifico risalto all'interesse collettivo, assegnando la titolarità dei diritti di uso civico sia in re propria sia in re aliena alla collettività, per il tramite di enti esponenziali di diritto privato, giungendo a configurare come "comproprietà inter-generazionale" (art. 1, comma 1, lettera c) proprio quel paradigma della proprietà collettiva, che aveva animato il dibattito dell'Assemblea Costituente (specie nella terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, sedute del 25 e 27 settembre 1946)»[31].

Per quanto concerne le sentenze restanti, che sarebbe troppo lungo esaminare una per una, due osservazioni appaiono interessanti. La prima osservazione è che in queste sentenze l'intenzione dell'Assemblea costituente viene immancabilmente desunta dai lavori preparatori, per cui l'argomento dell'intenzione dell'Assemblea costituente non prende le molte forme che l'argomento dell'intenzione del legislatore assume nell'interpretazione della legge. La seconda osservazione è che l'intenzione dell'Assemblea costituente viene quasi sempre addotta al solo scopo di rafforzare un'interpretazione letterale delle disposizioni costituzionali; essa svolge un compito leggermente diverso solo in una sentenza, dove viene richiamata per enfatizzare la rilevanza di un aggettivo presente nell'art. 32 Cost., comma 2, al fine di precisare il significato di questa disposizione.

In quest'ultima sentenza, la Corte ricorda come l'attuale secondo comma dell'art. 32 avesse la seguente formulazione nella proposta adottata dalla Commissione per la Costituzione: «Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge»; e come «per effetto di un emendamento presentato nel plenum dell'Assemblea [...] si ritenne di modificare la struttura della disposizione e [...] di introdurre [in essa] il termine "determinato"», pervenendo così alla sua definitiva formulazione: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Affermando che questo emendamento aveva lo scopo, «nell'intendimento del suo promotore (primo firmatario, on. Caronia)», di garantire alla disposizione «una formulazione "più precisa" (seduta del 24 aprile 1947)», la Corte ribadisce il fatto che «la "determinazione" del trattamento non è scelta delegabile a fonti sub-legislative», per poi concludere che «la previsione di un obbligo di profilassi vaccinali che non specifichi per quale scopo (ovvero per prevenire l'infezione di quale malattia) la somministrazione è pretesa non può che rendere "indeterminato" il trattamento sanitario imposto, e dunque vanificato quel carattere di precisione che la stessa Assemblea Costituente ha inteso imprimere nella riserva di legge ex art. 32 Cost.»[32]. Anche in questa circostanza, comunque, si può affermare che l'intenzione dell'Assemblea costituente non svolge un ruolo decisivo per l'attribuzione di un preciso significato a una disposizione costituzionale, poiché l'esigenza della "determinatezza" del trattamento sanitario imposto dalla legge avrebbe potuto essere argomentata anche evidenziando solo la presenza dell'aggettivo "determinato" nel secondo comma dell'art. 32 e non pare che la conclusione riguardo al modo in cui deve essere intesa questa disposizione venga particolarmente rafforzata dal richiamo a quella intenzione. Si può anche affermare che in queste sentenze, sebbene all'Assemblea costituente venga in genere attribuita l'intenzione di usare le parole delle disposizioni costituzionali nel loro significato

[31] Corte cost., 15 giugno 2023, n. 119.
[32] Corte cost., 20 febbraio 2023, n. 25.

letterale, il concetto di intenzione dell'Assemblea costituente soffre della stessa indeterminatezza che caratterizza il concetto di intenzione del legislatore, nell'uso che ne fanno gli interpreti della legge. A sostegno di questa affermazione sarà sufficiente richiamare, a titolo di esempio, due sentenze su cui mi sono prima soffermato. In una di esse, il fatto che nell'Assemblea costituente si svolse un dibattito sulla proprietà collettiva basta alla Corte costituzionale per ascrivere all'Assemblea costituente un atteggiamento favorevole riguardo alla configurazione che viene data ai diritti di uso civico dalla legge 168 del 2017. Nell'altra, l'approvazione di un emendamento relativo all'art. 32 Cost. basta alla Corte costituzionale per ascrivere all'Assemblea costituente l'intenzione di attribuire all'aggettivo "determinato", contenuto in questa disposizione, un valore particolare, tale da reggere il peso di una conclusione cui, in verità, sarebbe stato possibile pervenire anche senza attribuire quel valore a quell'aggettivo. L'idea che tutti i partecipanti all'Assemblea costituente condividessero effettivamente, nel momento dell'approvazione del testo costituzionale, l'atteggiamento e l'intenzione che vengono loro ascritti in queste due sentenze appare, se non arbitraria, assai difficile da sostenere.

Per quanto concerne l'attività di cooperazione degli interpreti con l'Assemblea costituente, concepita come un insieme di individui in carne ed ossa e provvisti dell'intenzione comune di esprimere determinate norme tramite le disposizioni costituzionali, si può rilevare che tale attività si manifesta in modo meno chiaro e netto dell'attività di cooperazione dell'interprete della legge con il legislatore. Il fatto che essa non manchi appare evidente: nessun interprete ricava dal testo costituzionale norme che contrastano totalmente con il significato letterale delle disposizioni costituzionali; in altri termini, il "nucleo certo" di questo significato risulta almeno in parte inglobato dalle norme che vengono generalmente ottenute tramite l'interpretazione costituzionale. Il fatto che essa sia più debole dell'attività di cooperazione con il legislatore riscontrabile nell'interpretazione della legge è, però, non meno evidente.

Per chiarire le cause di questa differenza tra l'interpretazione della Costituzione e l'interpretazione della legge, sarebbe necessario un discorso lungo e complesso riguardo a ciò che rende il testo costituzionale diverso dai testi di legge e al diverso atteggiamento degli interpreti della Costituzione e degli interpreti della legge. Non potendo qui intraprendere questo discorso, mi limito a ricordare brevemente alcune cause più volte evidenziate. In primo luogo, la Costituzione viene attualmente concepita non come un semplice insieme di regole espresse dalle disposizioni costituzionali, ma come un complesso di norme in cui una posizione elevata viene assunta da principi e valori espressi e inespressi, i quali, pur lasciando una certa discrezionalità al legislatore, sono tendenzialmente in grado di disciplinare ogni attività di quest'organo e dei comuni cittadini. Questa concezione si manifesta in un'attività di interpretazione o, come qualcuno ha detto, di "sovrainterpretazione" della Costituzione il cui esito è sovente l'individuazione di norme costituzionali la cui relazione con il dettato costituzionale appare assai incerta[33]. In secondo luogo, i vincoli posti dal significato letterale del testo costituzionale all'attività dell'interprete sono, generalmente, più deboli dei vincoli posti all'interprete dai testi di legge, sia per il fatto che il significato letterale di molti termini contenuti nelle disposizioni costituzionali è fortemente indeterminato sia per il fatto che molte di queste disposizioni esprimono norme o principi contrastanti, la cui armonizzazione può essere ottenuta solo grazie a una continua opera degli interpreti. Accade dunque che, da un lato, quei termini rendano piuttosto esiguo e talvolta quasi evanescente il "nucleo certo" del significato letterale delle disposizioni che li ospitano e, dall'altro lato, l'interprete debba frequentemente risolvere le incompatibilità tra le norme o principi espressi dalle disposizioni costituzionali assumendo che una norma ponga a un'altra norma un'eccezione tale da escludere dal campo di applicazione di quest'ultima casi ai quali essa sarebbe applicabile se la disposizione che la esprime fosse semplicemente intesa nel suo significato letterale.

[33] R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, 195 ss.

Gaetano Carlizzi

Intenzione del legislatore e interpretazione penalistica*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ricognizione del report penalistico prodotto all'esito del PRIN. – 2.1. Pronunce selezionate e pronunce di interesse. – 2.2. Tipo di legislatore e tipo di intenzione. – 2.3. Fonte, giustificazione e peso dell'argomento. – 3. Funzioni ermeneutiche dell'intenzione del legislatore. – 4. Limiti d'uso dell'intenzione del legislatore nell'interpretazione sostanzialpenalistica.

This article draws on the report prepared as part of the PRIN "Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account", which focuses on the use of legislative intent in the criminal case law of the Court of Cassation in the decade 2014-2023. After making some meta-methodological considerations on the criteria used by the report to select the relevant judgments, the article focuses on two theoretical issues. On the one hand, with regard to the functions that the legislator's intent can perform in judicial interpretation in general, it distinguishes between a selective, a constitutive, and a conformative function. On the other hand, with regard to the limits of using the intention of the legislator in criminal interpretation in particular, the article first of all highlights that this question can only arise in cases where the intention of the legislator operates in a constitutive function; secondly, it resolves it differently depending on whether the meaning thus identified and the literal meaning have one or other of the following four relationships: heterogeneity, interference, generality or specificity.

1. *Premessa*

Le seguenti riflessioni muovono dagli esiti del PRIN *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*, promosso dalle Università Bocconi, Statale di Milano, di Brescia, di Siena e Ca' Foscari. Tale progetto, volto ad accertare la frequenza e l'incidenza del ricorso all'intenzione del legislatore nelle pronunce delle Corti supreme depositate nell'arco del decennio 2014-2023, si è tradotto in report distinti a seconda del settore disciplinare considerato[1].

In questa sede mi rivolgerò al *report penalistico*, interessato sin dall'apertura ai "risultati complessivi della ricerca da un punto di vista quantitativo, rimandando l'analisi qualitativa ad altra sede"[2]. Più precisamente, vorrei fornire qualche spunto di riflessione, sia per una migliore comprensione dei risultati dell'analisi quantitativa, sia in vista dello svolgimento di quella qualitativa. Al riguardo, dopo aver esposto e commentato i criteri utilizzati per selezionare le suddette pronunce e i dati più interessanti tratti dalla ricognizione statistica di queste ultime (§ 2), cercherò di mettere a fuoco le funzioni che l'intenzione del legislatore ha assolto e può assolvere nell'attività decisionale delle Corti (§ 3), nonché i limiti entro i quali ciascuna di tali funzioni può trovare spazio nel nostro sistema penale, incentrato su ben precisi principi di garanzia (§ 4).

---

* Testo della relazione presentata al Convegno "L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana", Università "Ca' Foscari" di Venezia - Campus economico "San Giobbe", 5 febbraio 2026.

[1] Per una introduzione, v. D. CANALE, *Alla ricerca dell'intenzione del legislatore: un'indagine empirica*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2, 2025, p. 10 s., cui si rinvia anche per approfondimenti bibliografici.

[2] Con particolare riguardo al supremo organo della nomofilachia penale, cfr. l'articolo della studiosa che ha sottoscritto il suddetto report: F. ASTA, *L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Cassazione penale Sezioni Unite: un'indagine empirica*, ivi, pp. 13-29; per il supremo consesso della nomofilachia civile, cfr. L. MARCHETTONI, *L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, anni 2014-2023. Uno studio empirico*, ivi, pp. 31 ss.; per il massimo organo della Giustizia amministrativa, cfr. M.F. TROPEA, *L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: un'indagine empirica*, ivi, pp. 55-73.

2. *Ricognizione del report penalistico prodotto all'esito del PRIN*

I criteri utilizzati per selezionare le pronunce della Cassazione nelle quali l'intenzione del legislatore è venuta in rilevo nel decennio in esame sono ben riassunti nel suddetto resoconto. Essi si caratterizzano essenzialmente sul piano testuale, consistendo in 23 coppie di termini (es.: "volontà legislatore", "scopo riforma", ma anche "scelta politica" ecc.), valorizzate se ricorrenti a due a due, nell'arco di 5 parole, eventualmente più di una volta, all'interno di ciascuna pronuncia.

Dalla selezione così operata sono stati ricavati i seguenti dati.

2.1. *Pronunce selezionate e pronunce di interesse*

Sul totale delle pronunce depositate dalle Sezioni Unite nel decennio considerato, quelle *selezionate* in base al descritto criterio *lessicale* rappresentano oltre la metà (57%). Tale risultato, tuttavia, non trova pieno riscontro a livello *concettuale*, in quanto le pronunce in cui l'*intenzione del legislatore* compare come *argomento interpretativo* ammontano a meno di un quarto di quelle depositate (22%). Per il resto, essa, in una delle vesti terminologiche duali indicate, figura come espressione introdotta da soggetti diversi dal Collegio giudicante (cd. *argomento menzionato*) o, addirittura, come mera espressione di facciata, priva di legami effettivi con l'accertamento della volontà legislativa (cd. *falso positivo*). Considerato che l'analisi statistica delle pronunce delle *Sezioni semplici* ha restituito *risultati analoghi*, tale dato è stato considerato dal resoconto come un indizio della *scarsa rilevanza* dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Cassazione.

Tanto premesso, è interessante svolgere qualche riflessione sulle coppie terminologiche utilizzate in funzione selettiva, che hanno ovviamente condizionato in maniera determinante i risultati statistici raccolti. Innanzitutto, è evidente, anche perché ripetutamente dichiarato, oltre che conforme all'impronta teorica più che lessicografica dell'indagine compiuta, che gli autori del report erano interessati ad approfondire l'uso giurisprudenziale, non già dell'*espressione* "intenzione del legislatore" e di locuzioni simili (es.: "intenzione dell'Assemblea costituente"), bensì dell'*argomento* interpretativo dell'intenzione del legislatore.

In secondo luogo e correlativamente a ciò, viene da chiedersi se, nella scelta delle chiavi di ricerca, essi abbiano inteso approfondire l'argomento che fa leva sul vero e proprio legislatore come figura *soggettiva* (effettiva o ideale) oppure sulla legge come figura *oggettiva*[3]. La risposta a questa domanda può servire, innanzitutto, per una disamina più ordinata delle classificazioni statistiche e dei giudizi valutativi talvolta espressi nel report. In effetti, sotto il primo profilo, sarebbe interessante capire se esso abbia considerato come "falso positivo" il caso in cui, in una delle pronunce selezionate sulla base di una delle coppie concettuali indicate, sia emerso il ricorso in funzione interpretativa al concetto oggettivo di "*ratio legis*". Sotto il secondo profilo, per concludere, come il report ha fatto, che l'argomento dell'intenzione del legislatore ha rivelato una scarsa incidenza nell'interpretazione giurisprudenziale, occorre, di nuovo, stabilire a quali condizioni un certo ragionamento corrisponde all'argomento dell'intenzione del legislatore. Purtroppo, a causa della inevitabile concisione del testo, non è possibile trarre conclusioni certe circa l'opinione dei suoi autori, ma ci si deve limitare ad abbozzare semplici ipotesi.

Ora, a me pare che essi si siano fatti guidare da una visione essenzialmente *soggettivistica* dell'intenzione del legislatore, ossia l'abbiano intesa come volontà, finalità o scopo di un individuo

[3] Su tale differenza, con varietà di accenti, cfr. G. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, pp. 272 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, 2021, pp. 281 ss.; E. DICIOTTI-A. SARDO-V. VELLUZZI, *L'interpretazione giuridica. Teoria e tecnica*, Carocci, 2025, pp. 247 ss.; D. CANALE-G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, 2020, pp. 97 ss.

ben determinato, effettivo (l'Assemblea costituente che ha redatto la Costituzione del 1948; il Parlamento della tale legislatura che ha emanato la tale legge; ecc.) oppure ideale (il legislatore razionale, il legislatore buono ecc.). Ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, in quanto più della metà delle coppie terminologiche usate in funzione selettiva (*12* su 23) verte su ciò a cui ha mirato l'autore di un testo, quasi sempre identificato col "legislatore" ("volontà legislatore", "scopo legislatore", "legislatore intende" ecc.). In secondo luogo, perché, nella maggior parte (*8*) delle restanti (11) coppie terminologiche, compaiano locuzioni che rinviano, non tanto alla volontà della legge quale realtà oggettivata (come sarebbe avvenuto usando "scopo della legge", "*ratio legis*" ecc.), quanto allo scopo di un atto ben situato nel tempo, dunque, in definitiva, del suo autore ("finalità riforma", "volontà novella" ecc.).

Ciò non toglie che questa seconda serie di chiavi di ricerca, unitamente a quelle estremamente residuali (*3*), sembra non del tutto funzionale alla selezione delle pronunce in cui ricorre il vero e proprio argomento dell'intenzione del legislatore in funzione interpretativa. Le prime, in quanto contenenti termini che ben potrebbero avere un significato prevalentemente oggettivistico (es.: "finalità [della] riforma" ben potrebbe stare per "*ratio* [della] riforma"). Le seconde, in quanto, addirittura, prive di riferimenti a elementi volitivi o teleologici ("assemblea costituente", "revisione costituzionale") oppure ad atti normativi ("scelta politica").

Ad ogni modo, sempre con spirito collaborativo, rilevo che sarebbe più di tutto utile spiegare, nei futuri sviluppi del report, per quale ragione i loro autori hanno deciso di concentrarsi sull'intenzione del legislatore quale finalità soggettiva, anziché sullo scopo della legge quale finalità di una realtà oggettivata. Forse il ricorso al primo concetto è stato considerato interessante perché ritenuto espressivo di una certa concezione del diritto (imperativistica, volontaristica ecc.) dei Collegi che hanno reso le pronunce selezionate?

2.2. *Tipo di legislatore e tipo di intenzione*

Secondo il resoconto in esame, il *tipo di legislatore* al quale si riferiscono le pronunce selezionate è, sia nel caso delle Sezioni Unite, sia in quello delle Sezioni semplici, *quasi sempre quello storico*, mentre *solo in via eccezionale* viene in rilievo il *legislatore attuale* oppure quello *ideale* (nelle varianti del legislatore ragionevole[4], razionale[5], buono[6] o simili). Più precisamente: con la prima espressione, si è designato l'autore *effettivo* del testo del *passato* interpretato; con la seconda, l'autore *effettivo* di un altro testo, *contemporaneo*, perlopiù di interpretazione autentica; col terzo, l'autore *ipotetico* dello stesso testo interpretato, concepito come soggetto dotato di speciali virtù deliberative.

Questo risultato sollecita almeno due considerazioni. Innanzitutto, anch'esso sembra condizionato dalle preliminari scelte teoriche dei ricercatori, in questo caso ben esplicitate. Mi riferisco all'ammissione di aver ritenuto che la pronuncia di turno facesse riferimento al legislatore storico in assenza di specificazioni, e a quello ideale in presenza di esse. Sennonché, tale decisione, portata alle estreme conseguenze, potrebbe comportare un certo numero di falsi positivi riguardo al legislatore storico. Il punto è che il *legislatore storico* e quello *ideale*, se sul piano *concettuale* sono chiaramente distinguibili (l'uno essendo effettivo, l'altro ipotetico), *in concreto* possono distinguersi nettamente oppure essere molto affini o, addirittura, coincidere. Il primo caso si dà quando il legislatore storico ha dato chiaramente prova di essere *sprovveduto*, il secondo quando ha mostrato di agire con la *diligenza* e il *buon senso comuni*, il terzo quando ha raggiunto l'*apice virtuoso* del

[4] Cass., Sez. Un., 15 giugno 2022, n. 23400.

[5] Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343. Nella letteratura filosofico-giuridica, cfr., per tutti, F. FERRARO, *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi. Un'introduzione teorica*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 107 ss.

[6] Su tale figura, cfr. N. BOBBIO, *Il buon legislatore*, in *Lo Stato*, 2018, pp. 203 ss.

legislatore ideale. Pertanto, ritenere che, ogniqualvolta una delle pronunce selezionate parla di "legislatore" *tout court*, intenda riferirsi al legislatore storico, potrebbe essere fuorviante.

Piuttosto, l'inquadramento del relativo argomento come basato sull'intenzione del legislatore ideale o di quello storico dovrebbe avvenire secondo i criteri poco sopra illustrati. Premesso che, a causa della natura ipotetica del legislatore ideale, tale problema discretivo si pone soltanto nei casi in cui l'intenzione da classificare viene individuata sulla base di un ragionamento controfattuale, vengono in mente soprattutto due tipi di ragionamento[7]. Il primo tipo si basa sulla premessa "*se il legislatore avesse voluto stabilire la tale cosa, avrebbe usato le tali parole nella disposizione interpretata*". Esso funziona quando il legislatore non ha usato le tali parole, perché, a rigore, bisogna concludere per *modus tollens* che il legislatore non ha voluto disporre la tale cosa. Sennonché, la situazione non è sempre così semplice. In particolare, se il legislatore storico era *sprovveduto* e l'interprete ne era a conoscenza, può presumersi che questi abbia fatto riferimento al legislatore *ideale*. Se, invece, il legislatore storico era di *diligenza e buon senso comuni* e l'interprete ne era a conoscenza, allora possono darsi due evenienze. O le condizioni oggettive in cui il legislatore si è trovato a operare gli consentivano di rendersi conto, con l'uso della diligenza e del buon senso comuni, della necessità di utilizzare le tali parole (es.: perché le ha usate per disporre la stessa cosa in un'altra disposizione della medesima legge), e in tal caso può presumersi che l'interprete consapevole anche di ciò abbia fatto riferimento al legislatore *storico*. Oppure le condizioni oggettive in cui il legislatore si è trovato a operare non gli consentivano quanto detto (es.: perché le tali parole erano state usate per disporre, sì, la stessa cosa, ma in una disposizione di un testo normativo prodotto da un altro legislatore, magari molto tempo prima), e allora può presumersi che l'interprete consapevole anche di ciò abbia fatto riferimento all'intenzione del legislatore *ideale*, l'unico capace di dominare l'intero ordinamento e di disporre in coerenza con esso.

Questi schemi ricostruttivi non vogliono costituire un'inutile complicazione, ma solo fare un po' di chiarezza in un campo ancora avvolto da una certa oscurità. Il punto è che, quando una pronuncia fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore, non sempre è facile comprendere a quale intenzione si riferisce, né, di conseguenza, come l'ha classificata il suo lettore. La mia proposta è che la classificazione di tale intenzione come appartenente al legislatore storico oppure a quello ideale è un'operazione molto delicata e complessa, assimilabile all'indagine storico-psicologica, da condurre, pertanto, con l'ausilio dei tipici indicatori degli atteggiamenti soggettivi, che è ragionevole ritenere siano stati applicati dai commentatori delle pronunce.

Un discorso analogo vale per l'altro tipo di ragionamento controfattuale con cui si può individuare l'intenzione del legislatore da utilizzare in funzione interpretativa. Esso si basa sulla diversa premessa "*se il legislatore si fosse rappresentato la tale cosa, che in realtà non si è rappresentato, avrebbe voluto includerla nella/escluderla dalla portata della disposizione interpretata*". Per limiti di spazio, tuttavia, non possono sviluppare un discorso simile a quello svolto a proposito del precedente tipo di ragionamento.

Veniamo alla seconda considerazione sollecitata dalla constatazione che il legislatore al quale le pronunce di legittimità selezionate hanno fatto riferimento è quasi sempre il legislatore storico. Al riguardo, mi chiedo se tale risultato dipenda non solo dalla suddetta scelta degli autori del report di dare per scontata questa classificazione in assenza di specificazioni, ma anche dalla previa rinuncia a criteri di cernita prettamente oggettivistici, come i citati "scopo legge" e "*ratio legis*". A me pare, infatti, che l'*intenzione del legislatore ideale* si collochi a metà strada tra lo *scopo del legislatore storico* e *la ratio legis*. Così, l'intenzione del legislatore ideale e quella del legislatore storico

[7] Sull'uso di tali tipi di ragionamento nella ricerca dell'intenzione del legislatore, cfr., in generale, D. CANALE-G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Anal. e dir.*, 2014, pp. 195 ss.; per approfondimenti sul "caso Palmer", D. CANALE, G. TUZET, *Legislative Intentions and Counterfactuals: Or, What One Can Still Learn from Dworkin's Critique of Legal Positivism*, in *Ratio Juris*, 1, 2023, pp. 26 ss.

condividono il carattere soggettivo della finalità valorizzata in funzione ermeneutica. L'intenzione del legislatore ideale e la *ratio legis* condividono il carattere "sublimato", dato che la *ratio legis* è in genere concepita come lo scopo pratico che la legge, intesa quale realtà oggettivata, cioè ormai sganciata dalle contingenze del suo autore e della sua epoca, non può non perseguire se vuole adempiere alla sua funzione di strumento di giustizia. Se questo è vero, se cioè la *ratio legis* ha una forte connotazione idealistica, non può escludersi che, inserendo tale locuzione o locuzioni simili come chiave di ricerca, sarebbero state selezionate decisioni che, dietro al relativo paravento terminologico, intendevano in realtà riferirsi all'intenzione del legislatore ideale. Tutto ciò, ancora una volta, a riprova del fatto che la *selezione lessicale* delle pronunce da esaminare può costituire soltanto il primo passo di una ricerca come quella in esame, al quale deve far seguito una più penetrante *analisi concettuale* (cioè del modo in cui i termini selettivi sono stati intesi dalla pronuncia di turno) e *applicazione concettuale* (cioè del modo in cui i concetti individuati dall'analisi sono stati applicati ai dati valorizzati dalla sentenza per accertare la finalità di turno).

Veniamo ora al *tipo di intenzione* cui si riferiscono le pronunce selezionate. Essa corrisponde di regola, anche qui senza differenze significative da Collegio a Collegio, alla cd. "*intenzione comunicativa*", mentre solo in via eccezionale si considera l'"*intenzione teleologica*" o quella "*controfattuale*".

Al riguardo si impongono almeno tre osservazioni. La prima riguarda il significato delle espressioni "intenzione comunicativa" e "intenzione teleologica", che pare corrispondere a quello delle espressioni "*intenzione semantica*" (o "psicologica") e, rispettivamente, "*intenzione pratica*". In sostanza, nel primo caso si tratta di ciò *che il legislatore intendeva dire*, cioè del modo in cui ha inteso utilizzare certe parole, al di là del fatto di esserci riuscito. Nel secondo caso, invece, si tratta di *ciò che il legislatore intendeva fare*, ossia del risultato pratico da lui perseguito, consista esso in un mutamento del mondo (es.: riduzione del numero delle persone che vivono sotto la soglia di povertà) oppure nel suo impedimento (es.: prevenzione di gesti di violenza nelle manifestazioni sportive)[8].

La successiva osservazione è che questo dato statistico *sfata un primo luogo comune* registrabile nella cultura dei giuristi. In effetti, nelle opere dogmatiche, ma anche in diverse opere di teoria dell'interpretazione giuridica, quando si parla di "intenzione del legislatore", ci si riferisce sovente alla finalità teleologica o pratica. È invece meno frequente che quella espressione appaia associata alla volontà di usare certe parole in un determinato modo.

Questo risultato demitizzante costituisce l'ennesima conferma della utilità di indagini empiriche come quella in esame.

La terza e ultima osservazione riguarda l'*intenzione controfattuale*, la cui presenza nelle pronunce selezionate era da attendere, se è vero quanto detto poco sopra a proposito del ruolo del ragionamento ipotetico nell'accertamento sia dell'intenzione del legislatore storico, sia dell'intenzione del legislatore ideale[9]. Anzi, come meglio vedremo nel § 2.3, tale schema ricorre molto di frequente nelle pronunce esaminate, in particolare nella forma "sistematico-semiotica", la quale valorizza il fatto che, se il legislatore avesse voluto disporre la tale cosa, avrebbe usato le tali parole, in quanto altrove, in altre disposizioni con cui ha voluto disporre la tale cosa, ha usato proprio le tali parole.

[8] Su tale differenza, concepita come differenza tra intenzione (*stricto sensu*) e scopo, cfr., per tutti, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 276. Nella giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 18 novembre 2021, n. 42414.

[9] Sull'intenzione controfattuale, cfr. Cass., Sez. Un., 15 giugno 2022, n. 23400.

2.3. *Fonte, giustificazione e peso dell'argomento*

Nel resoconto sono presentati anche i risultati statistici relativi alla fonte, alla giustificazione e al peso dell'argomento dell'intenzione del legislatore.

Per "*fonte dell'argomento*" si intende il luogo (fisico o ideale) che, secondo l'interprete che fa uso dell'intenzione del legislatore, dovrebbe racchiuderla ed esprimerla. Tale elemento è stato registrato dal report solo quando l'argomento è sembrato aver svolto effettivamente una funzione interpretativa, ossia non aver costituito un mero "artificio retorico", usato dall'interprete per imputare a un'autorità il risultato interpretativo raggiunto per altra via[10]. Esso ha condotto a risultati diversi per la giurisprudenza delle Sezioni unite e, rispettivamente, delle Sezioni semplici.

Nell'ambito della prima, la fonte *più valorizzata*, addirittura nel 51% dei casi, è il *collegamento con altre disposizioni di rango primario* (appartenenti, nel 35% dei casi, allo stesso testo in cui si inserisce la disposizione interpretata, nel restante 16% dei casi, ad altri testi). Al secondo posto si collocano le *varie specie di lavori preparatori* (relazioni ministeriali ai codici[11], relazioni illustrative o di accompagnamento alle leggi[12], dossier delle Commissioni parlamentari[13] ecc.), valorizzate nel 27% dei casi, in particolare quando hanno ricostruito la "storia legislativa", ossia le modifiche intervenute nel testo della disposizione interpretata nel corso della sua approvazione[14]. Seguono le *conseguenze dell'applicazione della norma* (valorizzate, in genere, in relazione al legislatore ideale, che non potrebbe aver voluto soluzioni foriere di conseguenze socialmente dannose o manifestamente ingiuste[15]: 6%), la *giurisprudenza* (cioè il modo in cui l'intenzione del legislatore è stata intesa nei precedenti che hanno fatti applicazione della disposizione interpretata: 4%) e l'*occasio legis* (ossia il fenomeno contingente che ha sollecitato l'intervento riformistico: 4%).

Nell'ambito della giurisprudenza delle *Sezioni semplici*, la graduatoria risulta solo in parte diversa, per ordine e proporzioni: se il *collegamento con altre disposizioni* conserva il primato (37%), al secondo posto si colloca la *giurisprudenza* (18%), poi la *storia legislativa* (12%) e solo alla fine i *lavori preparatori* (8%).

Al di là di queste sottili differenze tra le due serie di pronunce, ciò che colpisce maggiormente è, ancora una volta, la valenza *demitizzante* della ricerca empirica. Mi riferisco alla messa in crisi della convinzione, alimentata soprattutto dalla manualistica di teoria dell'interpretazione, che il *deposito privilegiato* dell'intenzione del legislatore si trovi nei lavori preparatori. Non è così: esso risiede piuttosto nel collegamento con altre disposizioni, ossia nel *confronto sistematico*.

Sennonché, a me pare che soprattutto le pronunce delle Sezioni Unite in materia penale sospingano alla conclusione che tale confronto sia operato non solo, come assume il resoconto, col *significato* di altre disposizioni di legge, ma anche, anzi in misura ancora maggiore, con la loro *formulazione*. A questo riguardo, propongo di parlare di un "*uso sistematico dell'argomento dell'intenzione del legislatore*" e di operare una distinzione tra una variante semantica e una variante semiotica. La variante *semantica* ricorre quando l'interprete cerca di individuare il significato di una disposizione valorizzando l'intenzione del legislatore e muovendo dall'assunto che quest'ultima debba individuarsi tenendo conto anche del ruolo che le stesse parole oppure parole ricadenti nel loro stesso "campo lessicale" rivestono in altre disposizioni. In altri termini, nella variante in esame,

[10] Quest'ultima tendenza sembra alquanto frequente: cfr., ad esempio, Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2022, n. 4616; Cass., Sez. Un., 18 novembre 2019, n. 46595; Cass., Sez. Un., 21 luglio 2016, n. 31669.

[11] Cass., Sez. Un., 14 luglio 2023, n. 30753.

[12] Cass., Sez. Un., 9 novembre 2018, n. 51063; Cass., Sez. Un., 1° giugno 2018, n. 24782; Cass., Sez. Un., 24 novembre 2015, n. 46624.

[13] Cass., Sez. Un., 1° settembre 2016, n. 36272.

[14] Cass., Sez. Un., 10 luglio 2019, n. 30475; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770; Cass., Sez. Un., 1° settembre 2016, n. 36272; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2015, n. 29316.

[15] Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343.

possono darsi due casi. O si parte dal presupposto che il legislatore, avendo usato una stessa parola o locuzione in due diverse disposizioni, abbia inteso (es.: "con violenza" nell'art. 294 e nell'art. 628 c.p.) o non abbia inteso (es.: "possesso" nell'art. 646 c.p. e nel codice civile), alla luce del rispettivo contesto sistematico, usarla nella stessa accezione. Oppure si parte dal presupposto che il legislatore, avendo usato una certa parola o locuzione in una determinata disposizione, e avendone usata un'altra semanticamente contigua alla prima in un'altra disposizione, abbia inteso usarle in accezioni tali da garantire a ciascuna un campo applicativo preciso, non sovrapponibile a quello dell'altra, né latore di conseguenze assurde (es.: per garantire ciò nel caso dei concetti di "detenzione" *ex* art. 624 c.p. e di "possesso" *ex* art. 646 c.p., bisogna ritenere che il legislatore del 1930 abbia inteso usare entrambi in un'accezione diversa da quella civilistica[16]).

La variante *semiotica* dell'uso sistematico dell'intenzione del legislatore, che è quella che sembra ricorrere più di frequente nella giurisprudenza delle Sezioni Unite[17], si ha, invece, allorché l'interprete, valorizzando il fatto che la disposizione interpretata non contiene certe espressioni, mentre un'altra disposizione le contiene (es.: "può", riferito al potere del giudice di disporre la confisca), trae la conclusione che il legislatore ha inteso far valere tali espressioni, dunque statuire una certa cosa, solo nel secondo caso, non anche nel primo (con la conseguenza, nell'esempio appena proposto, che la confisca è facoltativa solo nel secondo caso, mentre nel primo è obbligatoria).

Ciò posto, a ben vedere, l'uso sistematico-semiotico dell'argomento dell'intenzione del legislatore presenta forti somiglianze con quello dell'*argomento a contrario*. Volendo tracciare una linea di confine, si può dire che il primo si distingue dal secondo perché assume, non già che il legislatore non abbia voluto dire ciò che non ha detto nella disposizione interpretata, bensì che non abbia voluto dire nella disposizione interpretata ciò che ha detto soltanto in un'altra disposizione. In altri termini, alla base dei due argomenti sembrano esserci due diverse *presupposizioni comunicative*[18]: nel primo caso, quella specifica secondo cui ogni parlante fa attenzione a omettere nel proprio discorso parole già dette altrove, perché non vuole esprimere di nuovo i contenuti di allora; nel secondo caso, quella generica secondo cui ogni parlante dice lo stretto necessario ai fini comunicativi.

Veniamo ora alla *giustificazione dell'argomento* dell'intenzione del legislatore, ossia alla ragione giuridica che le pronunce selezionate dagli autori del report ha addotto per farlo valere *tout court* oppure a preferenza di altri parimenti utilizzabili. Il dato statistico saliente è che tale giustificazione risulta in genere *pretermessa* nel primo caso, e *raramente esplicitata* nel secondo. Questa duplice tendenza è stata registrata in termini analoghi sia nell'ambito della giurisprudenza delle Sezioni unite[19], sia in quello delle Sezioni semplici, sicché può essere considerata generale.

Anche a questo duplice riguardo il resoconto sollecita alcune riflessioni. Innanzitutto, il relativo dato statistico non stupisce più di tanto, dato che corrisponde alla *tendenza*, *ormai radicata* nella *prassi giudiziaria*, a impiegare direttamente gli argomenti interpretativi, senza indicare il fondamento giuridico di tale uso e/o della preferenza accordata al relativo argomento rispetto ad altri con esso concorrenti.

In secondo luogo e con riguardo alla giustificazione del semplice uso, questa tendenza può *forse spiegarsi* con l'apparente "banalità" del principale fondamento evocabile a tal fine, che si risolve nell'art. 12 disp. prel. c.c. In effetti, il nostro ordinamento non offre altre disposizioni

[16] Ancora insuperato in materia: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 47 ss.

[17] Cfr. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2021, n. 42415; Cass., Sez. Un., 2 settembre 2020, n. 24990; Cass., Sez. Un., 1° settembre 2016, n. 36272; Cass., Sez. Un., 24 novembre 2015, n. 46624.

[18] Su tali dinamiche, ma segnalando la differenza tra comunicazione conversazionale e comunicazione legislativa, cfr., per tutti, F. POGGI, *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, ETS, 2020, pp. 121 ss.

[19] Per un'eccezione, cfr. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, che richiama l'art. 12 disp. prel. c.c.

sull'interpretazione della legge in generale, ma solo disposizioni sull'interpretazione della legge in altri settori (es.: art. 1 c.p., relativo al principio di tassatività, che riguarda, sì, direttamente l'*applicazione* normativa, ma implica pure un divieto di interpretazione extraletterale) oppure sull'interpretazione di atti diversi dalla legge (es.: artt. 1362-1371 c.c., in materia di interpretazione del contratto).

In terzo luogo e con riguardo alla giustificazione della scelta di ricorrere all'argomento dell'intenzione del legislatore a preferenza di altri argomenti, la tendenza ad addurla raramente sembra ingiustificata. Infatti, come mostrano gli studi sull'art. 12 disp. prel. c.c., tra i principali problemi che esso pone vi è proprio quello della individuazione e fondazione di un complesso di criteri con cui stabilire, nel caso di conflitto tra i risultati dell'interpretazione letterale e dell'interpretazione intenzionale, quali debbano prevalere[20].

Resta da considerare il *peso dell'argomento* dell'intenzione del legislatore nelle pronunce selezionate dal report, inteso come incidenza che esso ha avuto nell'adozione della decisione di turno. Al riguardo, posto che tale peso può essere nullo, esclusivo o *concorrente con quello di altri argomenti*, nella *stragrande maggioranza* dei casi esso è risultato appartenere al terzo tipo, ancora una volta senza significative differenze tra Sezioni unite (94%) e Sezioni semplici (91%). In quest'ordine di casi, l'argomento dell'intenzione del legislatore si è presentato soprattutto in concorso con quello letterale e con quello sistematico, dando luogo a una convergenza o sinergia di argomenti verso un medesimo risultato interpretativo.

Siffatta tendenza, sia per le sue proporzioni, sia per il suo carattere generale nella giurisprudenza di legittimità, è certamente di grande importanza. Essa solleva nondimeno l'esigenza di chiarire, già sul piano concettuale, cosa distingue l'argomento dell'*intenzione del legislatore* dagli *altri argomenti* con esso più spesso concorrenti (letterale e sistematico), nonché in *cosa si traduce* esattamente la loro *sinergia*.

Per rispondere a tutti questi interrogativi, occorre precisare le funzioni assolte dall'intenzione del legislatore quando opera come argomento interpretativo. A ciò è dedicato il prossimo paragrafo.

3. *Funzioni ermeneutiche dell'intenzione del legislatore*

Precisare le funzioni dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo non è semplice per varie ragioni. In primo luogo, perché, come visto nel § 2, i concetti di "intenzione" e di "legislatore" sono plurivoci. In secondo luogo e soprattutto, perché le pronunce giurisprudenziali e gli stessi lavori teorici di rado si soffermano sul problema.

Volendo stilare una tassonomia il più possibile completa, propongo di considerare le seguenti tre funzioni, le quali appaiono tutte in linea di principio compatibili con la previsione dell'art. 12 disp. prel. c.c.:

A) *selettiva*. In tal caso si muove da una pluralità di possibili significati letterali, e l'intenzione del legislatore serve essenzialmente, da sola o in concorso con ulteriori criteri ermeneutici (es.: adeguamento costituzionale[21]), a far prevalere il significato che vi corrisponde maggiormente.

Il relativo argomento può essere schematizzato come segue:

[20] Sul punto, cfr. G. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 307 ss.; E. DICIOTTI-A. SARDO-V. VELLUZZI, *L'interpretazione giuridica*, cit., pp. 303 ss.

[21] Per un'interessante pronuncia nella quale l'intenzione del legislatore è stata ricostruita alla luce dell'esigenza di adeguamento dell'interpretazione alle norme costituzionali (secondo una logica così riassumibile: "*il legislatore, tra i tanti possibili significati, non può non aver avuto in mente quello conforme a Costituzione*"), cfr. Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2023, n. 49686.

- "*A ogni disposizione va attribuito, tra i suoi molteplici possibili significati letterali, quello più congruente con ciò che il legislatore intendeva dire/fare*";

- "*il significato della disposizione D più congruente con ciò che il legislatore intendeva dire/fare è* S^1"

- "*alla disposizione D va attribuito il significato* S^1".

Considerato, ad esempio, il singolo termine "violenza" *ex* art. 628 c.p., e assunto che esso possa esprimere *letteralmente* sia il significato stretto di "energia fisica (forza corporea o mezzo fisico) usata per incidere [sulla] capacità di autodeterminazione", sia quello lato di "[qualunque mezzo con] cui si pone la persona nell'incapacità, totale o parziale, di autodeterminazione"[22], il secondo significato (che, solo tra i due, comporta la punibilità per rapina di chi ricorre alla cd. violenza impropria, ossia all'ipnotizzazione, alla narcotizzazione ecc.) potrebbe essere preferito al primo qualora si ritenesse che esso corrisponda all'intenzione semantica o pratica del legislatore.

B) *costitutiva*. Tale funzione ricorre quando l'intenzione del legislatore consente di individuare in maniera diretta e autonoma un significato della disposizione interpretata che non corrisponde ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, tanto da concorrere con questi ultimi.

Il corrispondente argomento può essere schematizzato come segue:

"*A ogni disposizione possono essere attribuiti non solo i significati che essa esprime letteralmente, ma anche uno o più significati corrispondenti a ciò che il legislatore intendeva dire/fare con la sua introduzione*";

"*il significato corrispondente a ciò che il legislatore intendeva dire/fare con la disposizione D è* S^1";

"*alla disposizione D può essere attribuito, tra l'altro, il significato* S^1".

Limitandoci anche qui all'interpretazione di un singolo termine, un esempio istruttivo è offerto dai lavori preparatori del c.p., dai quali si ricava l'intenzione del legislatore di usare "sottrarre" nell'art. 624 c.p. anche nel senso, a ben vedere estraneo all'area dei suoi possibili significati *letterali*, di occultare *in loco*[23]. In questo senso, chi, trovandosi a casa di una persona, mette in tasca un bene prezioso lasciato incustodito sul tavolo può essere già per questo punito per furto, mentre non potrebbe esserlo a una stregua puramente letterale. In effetti, credo che si possa convenire sul fatto che "sottrarre" una cosa non può significare nasconderla restando nella sfera di controllo della vittima.

Ad ogni modo, anche se quest'ultima conclusione non fosse condivisa, ciò non inficerebbe la validità della tesi secondo cui l'intenzione del legislatore può costituire un significato irriducibile a quelli letterali e concorrente con essi. Inoltre, è importante ribadire che ammettere tale ruolo non significa giustificare la scelta di fondare la decisione sul significato intenzionale. Una volta ammessa l'utilizzabilità del significato intenzionale autonomo, resta da stabilire se e perché esso debba prevalere o non rispetto a quelli letterali concorrenti.

C) *conformativa*. In questo caso l'intenzione del legislatore non serve a scegliere tra, o a incrementare, i possibili significati già individuati letteralmente, bensì a plasmare uno di essi. La diversità rispetto ai due casi precedenti, in particolare rispetto al secondo, è fondamentale soprattutto in diritto penale, dove, come anticipato e come meglio vedremo nel § 4, le disposizioni incriminatrici possono essere usate solo per colpire fatti che rientrano in uno dei loro possibili significati letterali. In effetti, nel caso in esame, l'intenzione del legislatore opera proprio – per dir così – nel corpo del significato letterale, nel tacito assunto ideologico-ermeneutico che esso si determini anche secondo le regole d'uso linguistico del legislatore, non solo dei comuni parlanti.

---

[22] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 290 s.

[23] *Lavori preparatori del Codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte II, Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 438.

Questa idea, peraltro, non è nuova, essendo stata sostenuta da grandi giuristi, per giunta penalisti, come Karl Binding e Gustav Radbruch, i quali, pur muovendo da differenti presupposti teorici e politici, teorizzarono parimenti la configurabilità di un *significato letterale giuridico* della legge, ossia di un significato attribuibile, sì, alle sue parole, ma nell'accezione che il legislatore vi ha associato[24]. Illuminante è l'esempio radbruchiano del concetto di "feto" rilevante in materia di interruzione della gravidanza, il quale non può certo coincidere con quello biologico[25].

Il significato letterale giuridico è dunque il senso che le parole della legge esprimono quando si ha riguardo non solo ai loro modi d'suo comuni, ma anche al fatto che esse sono state inserite in un ordinamento che si è dotato di certi contenuti e in vista di determinati scopi. In breve: il *significato letterale giuridico* è il senso letterale comune modellato in modo da essere coerente con quei contenuti e congruente con questi scopi, sempre che siano entrambi chiaramente *riconoscibili*, cioè espressi. Diversamente, si esulerebbe dal concetto di "letteralità" e si entrerebbe in conflitto con l'esigenza di garantire la *certezza di libere scelte d'azione del consociato* che ispira il principio di tassatività e, più in generale, di legalità. È inutile dire che la funzione in esame, a differenza di quella selettiva e similmente a quella costitutiva, consente di individuare un significato che ben può affiancarsi, e di fatto solitamente si affianca, ai possibili significati letterali in senso stretto della disposizione. Ne deriva che, anche qui, l'interprete deve ricorrere a un criterio di preferenza per stabilire quale dei significati in concorso merita di essere applicato in via esclusiva.

L'argomento relativo può essere schematizzato come segue:

"*A ogni disposizione può essere attribuito, tra l'altro, un significato letterale giuridico, corrispondente al senso che le sue parole esprimono tenendo conto non solo del modo in cui vengono comunemente usate, ma anche della necessità di adeguare questo modo agli altri contenuti espressi dall'ordinamento in cui la stessa disposizione si inserisce e agli scopi espressamente perseguiti dal suo autore*";

"*Il senso che le parole della disposizione D esprimono, tenendo conto… è* S^1";

"*Alla disposizione D può essere attribuito il significato letterale* S^1".

Alla luce di questa tassonomia, possiamo riprendere alcune delle *questioni* poste in precedenza, in particolare quella relativa alle *differenze*, ma anche alla *sinergia* tra l'*argomento dell'intenzione del legislatore*, da un lato, e quello *letterale* e il cd. argomento *sistematico*, dall'altro lato. La questione va risolta diversamente a seconda che l'argomento dell'intenzione del legislatore rivesta funzione:

A) *selettiva*. In tal caso la differenza concettuale rispetto all'*argomento letterale* può essere garantita in maniera diversa a seconda che si tratti di intenzione semantica oppure pratica. Così, l'argomento *intenzionale semantico* individua ciò che il legislatore voleva dire con la disposizione introdotta; quello *intenzionale pratico* individua ciò che il legislatore voleva fare con tale disposizione; l'argomento *letterale* individua ciò che la disposizione introdotta effettivamente dice.

D'altro canto, se si condivide l'idea, avanzata nel § 2.3, di un uso sistematico dell'argomento dell'intenzione del legislatore, ossia che quest'ultima possa essere individuata anche attraverso un confronto tra la disposizione interpretata e altre disposizioni dell'ordinamento, la differenza tra il cd. *argomento sistematico* e i due tipi di *argomenti intenzionali in esame* sembra corrispondere a quella tra il mezzo e il fine. In altre parole, mentre questi ultimi sono argomenti autonomi, ossia capaci di condurre di per sé all'individuazione di un significato, mentre il primo è un argomento ausiliario, destinato a servire a essi o ad altri consimili argomenti autonomi (es.: a individuare la *ratio legis* valorizzata dall'argomento teleologico-oggettivo). Ma se è così, se cioè il cd. argomento sistematico

[24] Sul punto, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, in *Diacronìa*, 1, 2022, pp. 60 nt. 143, 70 nt. 177.

[25] G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932[3]), ediz. it. a cura di G. Carlizzi-V. Omaggio, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 133.

costituisce essenzialmente una modalità d'uso di altri tipi di ragionamento, in particolare di quelli intenzionali, viene da chiedersi se vale ancora la pena di concepirlo come vero e proprio argomento interpretativo[26]. Infine, se, come sono propenso a fare, oltre a questa configurazione dell'argomento sistematico, si accetta anche l'idea del significato letterale giuridico poco sopra espressa, la *differenza* tra l'*uso sistematico dell'intenzione del legislatore* e il ricorso all'*argomento letterale giuridico* va colta nel fatto che, nel primo caso, i risultati dei collegamenti sistematici valorizzati in funzione ermeneutica non sono chiaramente riconoscibili, mentre nel secondo lo sono.

Quanto alla *sinergia* tra l'uso dell'argomento intenzionale (semantico o pratico) e quello degli altri argomenti menzionati, poiché nel caso di funzione selettiva questi sono tutti volti alla cernita di un medesimo significato, essa risiede nella *convergenza* dei risultati dell'argomento intenzionale e del cd. argomento sistematico verso uno dei risultati dell'argomento letterale (comune o giuridico). In altre parole, in tal caso, ciò che il legislatore voleva dire o fare con una certa disposizione, tenuto conto anche dei collegamenti sistematici che la legano ad altre disposizioni, risulta coincidente con una delle cose che la stessa disposizione effettivamente dice.

B) *costitutiva*. La differenza rispetto al caso di uso in funzione selettiva risiede nel fatto che, in quello in esame, ciò che il legislatore voleva dire o fare, tenuto conto anche dei nessi sistematici, diverge da tutto ciò che la disposizione da lui introdotta dice effettivamente.

Se questo è vero, se cioè la funzione costitutiva entra in gioco per definizione quando il legislatore non è riuscito a far dire alla legge ciò che voleva dire o fare, allora, al presente livello, tra interpretazione intenzionale e interpretazione letterale non può esservi sinergia, ma soltanto *conflitto*.

C) *conformativa*. Poiché l'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore in funzione conformativa produce risultati analoghi a quelli descritti per l'uso in funzione costitutiva, vale qui, *mutatis mutandis*, il discorso appena svolto nel punto B), cioè che anche tra l'uso in esame e il ricorso all'argomento letterale comune *non può esservi convergenza*. In effetti, posto che sia nel caso di uso in funzione conformativa, sia nel caso di uso in funzione costitutiva viene a galla un significato alternativo ai possibili significati letterali in senso stretto della disposizione interpretata, essi si distinguono soltanto per la natura del significato che individuano: il primo conduce a un significato letterale in senso lato, il secondo, invece, a un significato extraletterale.

4. *Limiti d'uso dell'intenzione del legislatore nell'interpretazione sostanzialpenalistica*

Il discorso svolto nel § 3 riguarda l'interpretazione in generale. Per l'*interpretazione penalistica* valgono regole peculiari, che risultano particolarmente stringenti quando essa ha ad oggetto disposizioni penali sostanziali[27]. Tali regole si compendiano nel *principio* costituzionale, dunque

[26] Sull'argomento sistematico (o, meglio, sulla famiglia degli argomenti sistematici), cfr. le diverse posizioni di G. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 296 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., pp. 281 ss.; E. DICIOTTI-A. SARDO-V. VELLUZZI, *L'interpretazione giuridica*, cit., pp. 287 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., pp. 119 ss.

[27] La letteratura in materia si fa sempre più nutrita. Qui ci si limita a rinviare ai seguenti lavori: R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sist. Pen.*, 28 giugno 2022, pp. 1 ss.; C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 4, 2021, pp. 1807 ss.; O. DI GIOVINE, *«Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Quest. Giust.*, 4, 2018, pp. 55 ss.; F. GIUNTA, *Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, in *Criminalia*, 2016, pp. 157 ss.; M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*. Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, pp. 633 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, pp. 126 ss.; V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *disCrimen*, 18 novembre 2020, pp. 21 ss.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018, pp. 6 ss.; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile*

inviolabile, *di tassatività*, la cui espressione più importante è il *divieto di analogia in malam partem*. Per convincersi che si tratti soltanto dell'espressione più importante, non dell'unica (come si ritiene, invece, quando si identificano i due precetti), basti considerare che la legge può essere applicata a casi che non rientrano in alcuno dei suoi possibili significati letterali, non solo valorizzando la *eadem ratio*, ma anche utilizzando direttamente un certo significato extraletterale, magari di stampo intenzionale.

In questa sede, per limiti di spazio, non mi occuperò dei limiti che l'argomento dell'intenzione del legislatore, considerato in una delle tre funzioni illustrate nel § 3, incontra nell'intero sistema criminale, composto dal diritto penale sostanziale e da quello processuale[28]. Piuttosto, mi concentrerò proprio sui limiti che tale argomento incontra quando viene usato nell'*interpretazione sostanzialpenalistica*.

Al riguardo, per cercare di svolgere anche qui un discorso proficuo, è necessario procedere per gradi. Preliminarmente va chiarito che il *problema dei limiti non si pone* nei casi in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore è usato in funzione *selettiva* oppure *conformativa*. Nel primo ordine di casi, perché l'argomento è usato per definizione solo entro la sfera dei possibili significati letterali, sicché non comporta alcun rischio di violazione del principio di tassatività. Nel secondo ordine, invece, perché il significato letterale giuridico cui conduce l'uso dell'argomento, ammesso che si accetti la configurabilità del primo, è, appunto, pur sempre un significato letterale, sicché, di nuovo, non confligge col principio di tassatività.

Concentrandoci dunque sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore in funzione *costitutiva*, per comprenderne i limiti di operatività, occorre compiere un passo che in genere viene omesso nelle trattazioni del tema, non solo penalistiche, ma anche teorico-ermeneutiche. Bisogna, cioè, distinguere a seconda del *tipo di relazione che può darsi tra il significato intenzionale e quello letterale* (qui e di seguito assumerò per semplicità che quest'ultimo sia sempre unico)[29]. Più precisamente, può darsi che il *significato intenzionale sia*:

A) *eterogeneo rispetto a quello letterale*, essendo definito da caratteristiche completamente diverse (A-B-C v. D-E-F) e abbracciando, pertanto, fatti del tutto differenti da quelli del secondo. Nei temini della filosofia del linguaggio tradizionale, d'impronta fregeana, tale rapporto si dà quando i due significati hanno un'*intensione* (insieme di caratteristiche definitorie) e un'*estensione* (insieme di casi applicativi) *del tutto differenti*. Riprendendo un esempio fatto in precedenza, ammettiamo che "sottrarre" *ex* art. 624 c.p. possa significare, *letteralmente*, "privare stabilmente della possibilità di godere e disporre", *intenzionalmente*, "occultare *in loco*". Per quanto detto, ogni volta che c'è occultamento *in loco*, non si dà privazione stabile, e viceversa.

Dato che in tal caso il significato *intenzionale estende* la portata di quello *letterale*, rendendo punibili fatti che non lo sono alla stregua di esso, se l'interprete lo *sostituisce* a quest'ultimo, cioè lo applica al fatto da decidere in vece di quest'ultimo, si pone in contrasto col principio di tassatività, che – è bene ripeterlo – ha rango costituzionale e carattere inviolabile. Ne deriva che l'uso sostitutivo

---

avversione del giudice per la legalità, in *Criminalia*, 2016, pp. 164 ss., 182 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, 2006, pp. 529 ss.; F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2 gennaio 2021, pp. 2 ss.

[28] Sui rapporti tra le due forme di legalità, cfr. M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2, 2017, pp. 455 ss.; su quella rituale, cfr. D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, ivi, pp. 421 ss.

[29] Il discorso che segue mette a profitto i risultati raggiunti dalla teoria del concorso di norme, in particolare nel diritto penale, grazie alla monumentale opera di F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966. Per un tentativo di schematizzazione, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Gli incerti confini tra giurisdizione militare e giurisdizione ordinaria*, in *Rass. Giust. Milit.*, *Suppl.* (*Giurisdizione militare e costituzione: la connessione tra reati e tra procedimenti nel diritto vivente*), 4, 2023, pp. 71 ss.

di significati intenzionali del tutto eterogenei rispetto a quelli letterali *non può essere ammesso* in diritto penale.

Analogo discorso va fatto nel caso in cui l'interprete, anziché sostituire il significato *intenzionale* del tutto eterogeneo rispetto a quello *letterale*, *lo abbina* a quest'ultimo, così producendo un macrosignificato, da un lato, composto da due *intensioni* alternative e incompatibili ("x" significa A-B-C, *letteralmente*, oppure D-E-F, *intenzionalmente*), dall'altro, di *estensione* maggiore di quelle dei significati che lo compongono. L'operazione ermeneutica è *inammissibile* in diritto penale se si traduce nell'applicazione al fatto da decidere del capo dell'alternativa corrispondente al significato intenzionale.

B) *interferente con quello letterale*, in quanto condivide con esso alcune caratteristiche definitorie, ma non altre (A-B-C v. D-B-E), di modo che ciascuno di essi si applica ora a un gruppo di fatti comuni all'altro, ora a un gruppo di fatti rispettivamente proprio ed esclusivo. In tal caso, insomma, i due significati hanno *intensioni* ed *estensioni solo parzialmente coincidenti*. Riprendendo una questione affrontata dalla nota pronuncia Corte cost. 98/2021, poniamo che il termine "convivente" *ex* art. 572 c.p. possa significare, *letteralmente*, "coabitante", *intenzionalmente*, "legato ad altri da rapporti sentimentali che portano a trascorrere molto tempo insieme". In effetti, come possono esservi conviventi nel primo senso che lo sono anche nel secondo (es.: fidanzati innamorati che vivono sotto lo stesso tetto), così possono esservi conviventi nel primo senso che non lo sono nel secondo (es.: colleghi di lavoro che vivono sotto lo stesso tetto per dividere le spese), e viceversa (es.: fidanzati innamorati che vivono ancora a casa delle rispettive famiglie e solo occasionalmente dormono insieme).

In tal caso, se l'interprete sostituisce il significato *intenzionale* a quello *letterale* (A-B-C) oppure li abbina (A-B-C o D-B-E), e applica al fatto da decidere il significato intenzionale quale elemento semplice o, rispettivamente, quale componente prevalente del significato complesso, egli *estende* di nuovo l'area letterale della punibilità, così finendo per compiere un'operazione *inammissibile* in diritto penale, come quelle illustrate in precedenza.

C) *generico rispetto al significato letterale*, in quanto presenta tutte le caratteristiche di questo, salvo una, che manca (A-B v. A-B-C), sicché risulta *intensivamente più stretto* ed *estensivamente più ampio*. Rielaborando un recente caso giudiziario[30], poniamo che, ai fini del reato di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), "cosa mobile" possa significare, *letteralmente*, "entità che occupa una porzione di spazio, può essere spostata da un luogo a un altro e ha una consistenza corporale" (A-B-C), *intenzionalmente*, "entità che occupa una porzione di spazio e può essere spostata da un luogo a un altro" (A-B)[31]. Ho parlato di rielaborazione, perché la Cassazione ha ritenuto che anche il secondo significato sia letterale, mentre, a mio avviso, esso può avere tutt'al più un fondamento intenzionale. In effetti, la corporalità è costitutiva della cosa mobile perché è presupposta dalla trasferibilità, la quale richiede che l'entità che viene trasferita conservi la sua identità dalla partenza all'arrivo, mentre il campo elettromagnetico in cui consiste il file informatico prima del trasferimento non è lo stesso campo che si ha dopo il trasferimento, bensì è una mera riproduzione del primo, che in effetti permane.

Qui, ancora una volta, se l'interprete sostituisce il significato *intenzionale* a quello *letterale* (parlare di abbinamento non avrebbe senso, dato il rapporto di genere a specie che corre tra di essi), finisce per *ampliare* l'ambito letterale della punibilità, dunque per violare il principio di tassatività. Pertanto, anche questa operazione *non può essere tollerata* in diritto penale.

D) *specifico rispetto al significato letterale*, in quanto, al contrario del caso immediatamente precedente, presenta, oltre a tutte le caratteristiche di questo, almeno una caratteristica aggiuntiva

[30] Sul punto, cfr., per tutti, G. GENTILE, *Sull'appropriazione indebita di file informatici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2020, pp. 570 ss.

[31] Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959.

(A-B-C v. A-B), sicché risulta *intensivamente più ampio* ed *estensivamente più stretto*. Se si segue la visione tradizionale, che rifiuta la configurabilità di un significato letterale giuridico, un esempio del tipo di rapporto in esame è offerto da una sentenza della Cassazione del 2019. Valorizzando la collocazione dell'art. 624 c.p. nel Titolo XIII del codice, sui "Delitti contro il patrimonio" (ossia, per quanto detto in precedenza, un dato sistematico indicativo dell'intenzione semantica del legislatore), i giudici di legittimità hanno affermato che, ai fini del furto, "profitto" significa "utilità intesa in senso economico/patrimoniale"; di qui l'irrilevanza delle gratificazioni prive di valore pecuniario (es.: soddisfacimento di desideri di rivalsa, dispetto, sgarbo ecc.)[32]. Tale significato (*intenzionale*), secondo quanto sottinteso dalla pronuncia in esame, si contrappone al più ampio significato *letterale* del termine "profitto", identificabile, come le Sezioni Unite hanno chiarito nel 2023, in "qualunque vantaggio anche di natura non patrimoniale perseguito dal suo autore"[33].

In questo caso, a differenza dei tre precedenti, la preferenza accordata al significato intenzionale determina una *restrizione* dell'area letterale della punibilità. Ciò comporta l'*ammissibilità* dell'operazione anche in diritto penale, ma *non necessariamente* la sua *correttezza ermeneutica*. Nulla toglie, infatti, che la soluzione restrittiva prescelta su base intenzionale si riveli scorretta sotto altri profili, ad esempio perché lesiva di valori costituzionali diversi dalla tassatività, che ben possono giustificare la riabilitazione del significato letterale.

[32] Cass., Sez. V, 11 giugno 2019, n. 25821.
[33] Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2023, n. 41570.

Francesca Asta, Francesco Ferraro, Silvia Zorzetto

Razionalità legislativa e intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale. - 2.1. Sintesi dei risultati della ricerca empirica. - 2.2. Legislatore ideale-razionale e sistema. - 2.3. Razionalità e tipi di intenzione. - 3. Modelli di legislatore razionale. - 3.1. La giurisprudenza alla luce del modello minimalista di Nowak. - 3.2. La giurisprudenza alla luce del modello di legislatore razionale di Carlos Santiago Nino. - 3.3. Non solo finzioni: la capacità esplicativa dei modelli di Nowak e Nino. - 3.4. Gli apporti ulteriori dell'approccio massimalista. - 4. Giudici-legislatori: poteri e argomenti concatenati. - 4.1. Analisi empirica e qualitativa. - 4.2. Legislatore *uno actu* vs assimilato. - 4.3. Fattori di metamorfosi. - 4.4. Dimensioni espressa/inespressa. - 4.5. Normazione e ragion pratica. - 5. Conclusioni. - 5.1. Modelli della razionalità legislativa nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale. - 5.2. Razionalità del legislatore e precedenti giudiziari.

The paper focuses in particular on the use of the argument of legislative intent in the decisions of the Italian Criminal Court of Cassation, with the aim of analysing how the legislator and its presumed and controversial rationality are conceived. The argument of legislative intent is characterised by abstract and ideal elements that can be traced back to various theoretical models of legislative rationality, such as instrumental and linguistic rationality. Some models of legislative rationality developed in legal philosophy are compared with the assumption of a rational legislator in judicial reasoning. With some exceptions, where the intention of the legislator is conceived by the deciding body, such intention is normally the result of constructions of judicial origin. The paradigm of the rational legislator appears intrinsically linked to the justificatory dimension of law, both in terms of the reasoning behind laws and of the reasoning and justification behind judicial decisions.

1. *Introduzione*

Il presente contributo trae origine dal progetto di ricerca *PRIN - Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*[1], sull'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana degli ultimi dieci anni (2014-2023)[2]. Il complessivo progetto si propone di analizzare, attraverso una ricerca empirica quali-quantitativa, come l'argomento dell'intenzione del legislatore venga costruito dalle Corti e impiegato nelle motivazioni dei giudici, per confrontare i risultati empirici con le differenti teorie sull'intenzione del legislatore e sull'interpretazione giuridica[3].

* Questa ricerca è stata finanziata dall'Unione Europea - Next Generation EU, Mission 4 Component 1, CUP G53D23002380006. Bando PRIN 2022 prot. 2022ZPA2N4.

Autori: Francesca Asta, assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano, paragrafo 2; Francesco Ferraro, professore associato, Università degli Studi di Milano, paragrafo 3; Silvia Zorzetto, professoressa ordinaria, Università Telematica Pegaso, paragrafo 4. I paragrafi 1 e 5 sono frutto del lavoro congiunto.

[1] Il progetto ha coinvolto: Università Commerciale "Luigi Bocconi" Milano, Università degli Studi di Milano, Università degli Studi di Siena, Università degli Studi di Brescia, Università "Ca' Foscari" Venezia.

[2] Il progetto ha analizzato la giurisprudenza delle seguenti autorità giurisdizionali: Corte di Cassazione penale, Corte di Cassazione civile, Consiglio di Stato e Corte costituzionale.

[3] I risultati qui esposti sono riferiti a due campioni di analisi distinti, uno per le Sezioni Unite penali e uno per le sezioni penali I-VII. Per una panoramica completa sulla metodologia impiegata e sui risultati generali della ricerca, si veda il

In questo scritto ci si concentra in particolare sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nelle decisioni della Corte di Cassazione penale (Sezioni Unite e sezioni I-VII), con l'obiettivo di analizzare come viene concepito il legislatore e la sua presunta e controversa razionalità.

Lo studio delle motivazioni dei giudici mostra come l'argomento dell'intenzione legislatore sia caratterizzato da elementi astratti e ideali che possono essere ricondotti a diversi modelli teorici di razionalità legislativa, come quella strumentale e linguistica. Dai risultati della ricerca emerge che, molto spesso l'idealizzazione del legislatore da parte dell'interprete è mediata dal riferimento all'elaborazione giurisprudenziale e si colloca in un ragionamento di tipo sistematico.

Il contributo si articola a partire dall'esposizione sintetica dei risultati della ricerca empirica e da un'analisi qualitativa di alcune decisioni delle sezioni semplici della Cassazione penale, in cui emerge il riferimento alla razionalità legislativa. L'analisi mette in evidenza la relazione fra legislatore razionale e argomento sistematico e illustra le variazioni della razionalità legislativa connesse all'impiego dell'intenzione di tipo comunicativo o teleologico (§2). Nel paragrafo §3 si presentano alcuni modelli di razionalità legislativa elaborati in ambito filosofico-giuridico e si confrontano tali modelli con la presupposizione, implicita o esplicita, di un legislatore razionale, così come essa emerge dal ragionamento giudiziale nel campione di sentenze esaminato. Tali modelli sono intesi, in alcuni casi, come meramente descrittivi, in quanto ricostruiscono la tesi del legislatore razionale così come essa si configura nella dogmatica giuridica; in altri, come valutativi e prescrittivi, nel senso che offrono criteri per valutare la razionalità legislativa e delineano ideali di legislazione razionale.

Nel paragrafo §4 si analizzano le motivazioni giudiziali del campione selezionato al fine di testare ulteriormente gli esiti della ricerca empirica e la utilità esplicativa dei modelli teorici. Lo studio meta-giurisprudenziale qualitativo conferma gli usi argomentativi censiti e la coesistenza di diversi modelli di razionalità. Inoltre, in particolare, mostra che i richiami compiuti dai giudici all'intenzione del legislatore s'intrecciano con l'uso dei precedenti giudiziali. Salvo talune eccezioni, in cui l'intenzione del legislatore è concepita dall'organo decidente, normalmente essa è frutto di costruzioni complesse e variabili di fonte giurisprudenziale.

In conclusione (§5), il paradigma del legislatore razionale appare intrinsecamente connesso con la dimensione giustificativa del diritto, sia sotto il profilo della motivazione delle leggi, che dal punto di vista della motivazione e giustificazione delle decisioni giudiziarie.

2. *L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale*

2.1. *Sintesi dei risultati della ricerca empirica*

I risultati complessivi della ricerca mostrano come l'argomento dell'intenzione del legislatore abbia in generale poca rilevanza nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale, svolgendo un ruolo accessorio all'interno delle motivazioni. Questa conclusione deriva da una serie di elementi emersi dall'analisi. In primo luogo, l'argomento dell'*intentio legislatoris* è utilizzato in modo interpretativo[4] in un numero limitato di sentenze, rispetto alle decisioni complessive emesse dalla

contributo: "*L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corte apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca*" in questa Rivista.

[4] Si consideri che, in seguito a una scelta metodologica, l'argomento è considerato interpretativo se l'autorità giudiziaria lo utilizza in modo non accessorio nel ragionamento giuridico, sia introducendo essa stessa l'argomento, sia appropriandosi di un argomento introdotto da un altro soggetto. È stato invece considerato "argomento solo menzionato", l'argomento introdotto da un soggetto diverso dall'autorità giudicante (Procura, difesa, altra autorità giudiziaria) che viene citato, ma non entra nel percorso argomentativo della motivazione. Nei casi in cui al ricorrere

Corte di Cassazione penale. Questo dato emerge chiaramente rispetto alle Sezioni Unite penali: su 270 sentenze emesse nel decennio analizzato, è stato selezionato un campione di 154 sentenze, di cui solo 59, il 21,9% del totale, impiegano l'argomento dell'intenzione del legislatore nel ragionamento interpretativo. Anche nelle altre sezioni penali[5] (sezioni I-VII) l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore è limitato, in quanto solo nel 33% dei casi[6] l'argomento è usato in modo interpretativo.

Inoltre, quando viene effettivamente utilizzato, l'argomento dell'intenzione del legislatore non è quasi mai determinante nell'economia della motivazione[7], ma concorre con altri argomenti interpretativi, tipicamente con l'argomento sistematico[8] e l'argomento letterale. La presenza di una concatenazione di argomenti diversi all'interno delle motivazioni giurisdizionali non è certo un dato sorprendente, è noto che l'utilizzo di una serie di argomenti concorrenti svolge la funzione di rafforzare il ragionamento giuridico e di giustificare la decisione[9]. Tuttavia, nelle argomentazioni analizzate, la volontà del legislatore è quasi sempre connotata da elementi astratti e ideali, in quanto l'argomento dell'intenzione del legislatore è nella grande maggior parte dei casi fondato sul rimando ad altre disposizioni[10], e solo in misura minore sono richiamati i lavori preparatori o altri elementi relativi al contesto storico-sociale di approvazione della legge. I risultati relativi alle sezioni semplici si distinguono per la rilevanza dei precedenti giurisprudenziali, che vengono citati spesso[11] per ricostruire la volontà del legislatore, aggiungendo così un ulteriore livello di distanza fra l'interprete e l'autore della legge. L'utilizzo dell'argomento dell'*intentio legislatoris* risulta perciò, sia limitato da un punto di vista quantitativo, che di scarso impatto, sotto un profilo qualitativo, riducendosi il più delle volte a mero espediente retorico all'interno di un ragionamento di tipo sistematico.

2.2. *Legislatore ideale-razionale e sistema*

I risultati generali della ricerca mostrano, come accennato, che il richiamo alla volontà del legislatore è caratterizzato da una certa idealizzazione della figura del legislatore. Tuttavia, per scelta metodologica, il legislatore è stato qualificato come ideale solo quando nell'argomentazione emergevano espressioni ambigue caratterizzate da elementi astratti e normativi[12]. In tutti gli altri

della parola chiave nel testo non corrisponde un effettivo impiego dell'argomento interpretativo, sia perché la locuzione è inserita in un contesto del tutto estraneo alla volontà del legislatore, sia perché il riferimento si sostanzia in una mera parafrasi per indicare il testo di legge, l'argomento è stato considerato un "falso positivo".

[5] Non è stato possibile ricavare un dato analogo per il campione delle altre sezioni penali, in quanto, a causa della maggiore numerosità delle decisioni, si è deciso di analizzarne un campione statistico, composto di 1012 provvedimenti fra ordinanze e sentenze.

[6] Questo dato si riferisce al totale delle citazioni in cui ricorre una parola chiave, 1084 citazioni così composte: argomenti solo menzionati (54%), argomenti interpretativi (33%), falsi positivi (13%).

[7] Nel 94% dei casi nel campione delle Sezioni Unite e nel 91% dei casi nel campione delle sezioni I-VII.

[8] Per argomento sistematico, si intende l'argomento interpretativo che desume il significato di una disposizione sulla base della sua collocazione nell'ordinamento giuridico, visto come un sistema complesso nel cui contesto viene posta la norma. Si tratta di un criterio ermeneutico che può declinarsi in diverse modalità, ragion per cui si parla di famiglia di argomenti sistematici. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 296-306. Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002.

[9] Infatti, dai dati della ricerca emerge che anche gli altri argomenti interpretativi, come l'argomento sistematico, letterale e teleologico, sono usati in concomitanza nella costruzione dell'argomentazione.

[10] Il richiamo alle altre disposizioni è in assoluto la fonte dell'argomento più ricorrente. Per un quadro completo dei risultati si rimanda a "*L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corte apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca*" in questa Rivista.

[11] Nel campione di analisi delle sezioni I-VII la giurisprudenza è la seconda fonte dell'argomento più ricorrente (18%), dopo il riferimento ad altre disposizioni di rango primario.

[12] Per convenzione sono state individuate le seguenti categorie: legislatore storico, legislatore attuale, legislatore ideale variamente connotato come ideale-razionale, ideale-buono, ideale-giusto o ideale-altro.

casi si è optato per il legislatore storico; di conseguenza questa è la categoria più ricorrente nelle argomentazioni dei giudici[13], anche se molto spesso l'argomento è costruito sulla base del riferimento ad altre disposizioni o ai precedenti giurisprudenziali.

I casi in cui il legislatore è stato qualificato come ideale sono estremamente rari, il 5% nel campione delle Sezioni Unite (12 casi) e il 3% (25 casi) nel campione delle sezioni semplici, il tipo prevalente è quello del legislatore ideale-razionale[14].

Quando il legislatore è considerato ideale-razionale, l'argomento secondo la volontà del legislatore si connota in modo peculiare; Il ragionamento interpretativo è costruito attraverso la comparazione di una certa interpretazione con elementi ulteriori – la coerenza e la ragionevolezza – che rimandano a un modello normativo di legislatore razionale. Si riporta il seguente passaggio come esempio:

«Mette conto sottolineare inoltre che il legislatore, se avesse voluto intendere la riparazione dell'ingiusta detenzione come risarcimento dei danni, avrebbe dovuto richiedere, per coerenza, l'onere per il danneggiato di fornire la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo (…) ma ciò si sarebbe posto in contraddizione con l'esigenza (fondata non solo su una precisa disposizione della nostra Costituzione - art. 24 Cost., comma 4 - ma anche sull'art. 5, comma 5 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e sull'art. 9, n. 5 del Patto internazionale dei diritti civili e politici) di garantire un adeguato ristoro a chi sia stato ingiustamente privato della libertà personale senza costringerlo a complicate controversie sull'esistenza dell'elemento soggettivo e sulla determinazione dei danni»[15].

In questa sentenza di inammissibilità del ricorso sulla riparazione per l'ingiusta detenzione, l'argomento dell'intenzione del legislatore si inserisce in un ragionamento controfattuale, che presuppone la volontà del legislatore sulla base della coerenza dell'ordinamento e della conformità della norma a fonti gerarchicamente superiori. Si tratta di una classica argomentazione sistematica, a cui viene affiancato l'argomento dell'*intentio legislatoris*.

La correlazione fra argomento dell'intenzione del legislatore e argomento sistematico è un aspetto che caratterizza in generale le motivazioni analizzate nella ricerca[16], tuttavia, quando il legislatore è di tipo ideale-razionale la connessione è particolarmente evidente. Ciò emerge da diversi elementi: la presenza di criteri come la coerenza e la ragionevolezza, il riferimento ad altre disposizioni come fonte dell'argomento e il fatto che l'argomento dell'intenzione del legislatore concorre con l'argomento sistematico[17]. In particolare, nel campione relativo alle sezioni semplici, nel 58% dei casi[18] in cui i giudici fanno ricorso alla volontà del legislatore razionale ai fini della decisione, la fonte dell'argomento è costituita dal riferimento ad altre disposizioni e quasi sempre l'argomento concorre con un argomento sistematico[19]. In questo senso è esemplificativo il passaggio di una motivazione che nega la concessione della maggiore riduzione di pena a titolo di liberazione anticipata "speciale", per i condannati a reati particolarmente gravi:

«Militano in tal senso, oltre che l'espressa intenzione del legislatore, la concatenazione della formulazione legislativa ed insuperabili esigenze di tenuta sistematica della disciplina (…) In altri

[13] Nel campione delle Sezioni Unite il legislatore storico ricorre nel 94% dei casi, i risultati relativi alle altre sezioni confermano questa tendenza, il legislatore è qualificato come storico nel 97% dei casi.

[14] In generale, le altre categorie del legislatore ideale-buono e ideale-giusto non sono mai state riscontrate, mentre in pochissimi casi il tipo di legislatore è ideale-altro o non determinabile.

[15] Cass. pen., sez. IV, sent. 12 febbraio 2014, n. 6811.

[16] Infatti, è emerso che l'argomento dell'intenzione del legislatore concorre molto spesso con un argomento di tipo sistematico.

[17] Nel campione delle Sezioni Unite ciò avviene nel totale dei casi in cui ricorre il legislatore ideale-razionale.

[18] 12 casi su 21.

[19] In un caso concorre solo con l'argomento letterale. L'argomento letterale ricorre in sei casi, spesso in correlazione con l'argomento sistematico.

termini sostenere che non esiste per i condannati per i reati di cui all'art. 4-bis Ord. Pen. alcuna disposizione che escluda per il passato il maggior beneficio, risulterebbe in contrasto non solo con l'intenzione del legislatore, ma con la stessa obiettiva *intentio legis* enucleabile dalla lettura coordinata del testo normativo, altrimenti del tutto lacunoso e irragionevole»[20].

L'argomentazione della Corte muove esplicitamente da esigenze di coerenza e completezza dell'ordinamento in cui l'intenzione del legislatore sembra di fatto sovrapporsi a un'argomentazione di tipo sistematico. D'altra parte, è interessante notare che nell'incipit della motivazione, i giudici ritengono di dover premettere che «la formulazione del testo normativo a seguito degli emendamenti apportati con la legge di conversione non possa dirsi felice». Questo inciso si pone in contraddizione con il successivo richiamo «all'espressa intenzione del legislatore», mentre appare in linea con un'interpretazione di tipo sistematico che compensa la mancanza di chiarezza del legislatore. La stessa argomentazione è ripresa quasi letteralmente in altre due sentenze[21] emesse dalla Sezione I nell'arco di circa un anno.

2.3. *Razionalità e tipi di intenzione*

Nell'analizzare le modalità in cui la Corte utilizza l'argomento dell'intenzione del legislatore, è stato rilevato, oltre al tipo di legislatore, anche il tipo di intenzione, distinguendo fra intenzione comunicativa, intenzione teleologica e intenzione controfattuale[22]. In generale, il tipo di intenzione largamente prevalente è quello comunicativo; l'intenzione teleologica ricorre in meno di un terzo dei casi, mentre l'intenzione controfattuale ha una rilevanza marginale. Queste proporzioni sono mantenute anche quando il legislatore è di tipo ideale-razionale[23].

Nei casi in cui il legislatore è ideale-razionale e l'intenzione è comunicativa, la figura del legislatore razionale appare funzionale a preservare esigenze di chiarezza e precisione. Si vedano per esempio le seguenti citazioni di motivazioni:

«Del resto, potrebbe ritenersi illogico interpretare in senso più ampio la previsione dell'art. 24, commi 4 e 5 (...) se il legislatore avesse voluto prevedere l'uso della pec come modalità di deposito generalizzata di tutti gli atti del processo penale a qualunque ufficio indirizzati, avrebbe manifestato in modo chiaro tale volontà»[24].

«Sarebbe, allora, del tutto irragionevole ritenere che del rinvio del dibattimento disposto fuori udienza debba essere dato avviso all'imputato contumace o assente personalmente e non al difensore che lo rappresenta. Siffatta "distinzione" non troverebbe alcuna giustificazione e si porrebbe in aperta antitesi e senza alcuna previsione espressa con il principio della rappresentanza dell'imputato contumace. La correttezza di tale interpretazione è confermata dal fatto che laddove il legislatore ha voluto che l'imputato, benché contumace (ora assente), sia destinatario diretto di

[20] Cass. pen., sez. I, sent. 25 marzo 2015, n. 12575.

[21] Cass. pen., sez. I, sent. 18 giugno 2015, n. 25870; Cass. pen., sez. I, sent. 12 maggio 2016, n. 19816.

[22] Ai fini della ricerca, si è ravvisata un'intenzione comunicativa ogniqualvolta si attribuisce al legislatore un'intenzione inerente al testo della legge. L'intenzione teleologica, invece, è stata configurata come l'intento di conseguire un obiettivo esterno. L'intenzione controfattuale, che può essere anche configurata come un argomento controfattuale, rappresenta una sottospecie di intenzione, essendo possibile sia un'intenzione controfattuale di tipo comunicativo che di tipo teleologico, ed è stata definita in base al fatto di muovere da un'ipotesi contraria ai fatti, ossia relativa a un evento che non si è realizzato.

[23] In particolare, nei 25 argomenti in cui il legislatore è ideale-razionale, selezionati nel campione delle sezioni I-VII, l'intenzione è comunicativa in 19 casi, è teleologica in 6 casi e controfattuale-comunicativa in 8 casi. Nelle Sezioni Unite, su 12 casi in cui il legislatore è ideale-razionale, l'intenzione è comunicativa in 11 casi e teleologica in un caso, mentre l'intenzione controfattuale-comunicativa ricorre in due casi.

[24] Cass. pen., sez. I, sent. 19 novembre 2020, n. 32566.

determinati atti compiuti nel corso del dibattimento, lo ha previsto espressamente (si pensi alle nuove contestazioni)»[25].

In particolare, nella seguente decisione di accoglimento del ricorso della difesa in tema di reati ambientali, la Corte deve stabilire a quale esatto periodo di tempo fa riferimento la locuzione "anno", e quindi se si riferisce a dodici mesi oppure all'anno solare, al fine di verificare se l'imputato ha adempiuto o meno agli obblighi previsti dalla legge di settore. I giudici ritengono che l'espressione sia da intendersi come anno civile, sulla base della seguente argomentazione:

«Se il legislatore avesse invece inteso fare riferimento ad un lasso di tempo di durata annuale avente una differente decorrenza – in ipotesi, quella dell'ultima verifica di conformità effettuata – avrebbe dovuto statuirlo con una diversa, più chiara, previsione»[26].

Il ragionamento dei giudici continua attraverso il rimando a situazioni analoghe, in cui la Provincia ha previsto esplicitamente un riferimento temporale per determinare il termine entro cui adempiere agli obblighi previsti. Successivamente, tuttavia, l'argomentazione si fonda su un precedente giurisprudenziale della stessa sezione[27], che aveva riguardato un'altra disposizione, sempre con riferimento al significato dell'espressione "una volta all'anno" in relazione all'adempimento di obblighi di legge:

«Del resto, questa Corte si è in tal senso già pronunciata con riguardo al significato da attribuirsi ad un'analoga disposizione (…) Ed invero, si è al proposito affermato che detta previsione comporta che, ove il gestore ritenga di optare per la possibilità di presentare una sola relazione annuale e ciò non sia già avvenuto nel corso dell'anno di riferimento, detta presentazione non può essere differita oltre la data del 31 dicembre»[28].

In ultima analisi quindi, il richiamo alla volontà del legislatore razionale è fondato sui precedenti giurisprudenziali, la giurisprudenza diventa così un ulteriore filtro che connota il legislatore idealizzato dall'interprete.

Nei casi in cui l'Intenzione è teleologica, la razionalità legislativa appare funzionale alla realizzazione di scopi sociali e all'efficacia della norma rispetto al conseguimento di determinati obiettivi perseguiti dal legislatore.

Per esempio, in questa decisione sull'ammissibilità dell'aggravante della transnazionalità nelle fattispecie associative, lo scopo del legislatore nazionale è individuato nella repressione delle associazioni criminali transnazionali, in conformità alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale di Palermo, recepita dalla legislazione interna:

«È logico ritenere che la ratio essendi dell'intervento risieda nella scelta di politica criminale diretta principalmente a reprimere i fenomeni delinquenziali associativi proiettati al di fuori degli Stati nazionali oltre a sanzionare più gravemente reati comuni commessi con il contributo fornito da un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato»[29].

Anche in questo caso è presente il riferimento alla coerenza del legislatore, in quanto la Corte fonda il suo ragionamento sul presupposto che l'interpretazione fornita è coerente con gli scopi della Convenzione di Palermo:

«Da ciò consegue che è di certo coerente con gli scopi della Convenzione di Palermo ritenere (e dunque non escludere) che l'aggravante della transnazionalità sia astrattamente configurabile nelle fattispecie associative allo stesso modo con il quale l'aggravante è configurabile, a condizioni esatte,

[25] Cass. pen., sez. II, sent. 4 marzo 2020, n. 8729. In questa decisione emerge come l'interprete operi un ragionamento di tipo sistematico, considerando il combinato disposto di diverse disposizioni.

[26] Cass. pen., sez. III, sent. 26 agosto 2019, n. 36400.

[27] Infatti, in questo caso la fonte dell'argomento è costituita dalla giurisprudenza.

[28] Cass. pen., sez. III, sent. 26 agosto 2019, n. 36400.

[29] Cass. pen., sez. IV, sent. 14 giugno 2022, n. 23132.

in relazione ai reati-fine commessi in esecuzione del programma di delinquenza ideato dall'associazione per delinquere, cui il reato scopo accede»[30].

In altri casi il modello del legislatore razionale è ricostruito attraverso un rimando al valore dell'effettività. Per esempio, in una sentenza relativa all'utilizzabilità degli atti di indagini compiuti oltre la scadenza dei termini di legge nei procedimenti contro ignoti, la Corte ritiene utilizzabili gli atti compiuti dalla Procura, sulla base dello scopo del legislatore, individuato nell'identificazione dell'autore del reato e ricollegato all'effettività dell'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

«La ratio dell'assoggettamento delle indagini a limiti cronologici, nel contesto di uno stretto e penetrante controllo da parte del giudice, è rinvenibile nell' intento di predisporre uno strumento di efficace contrasto di un'eventuale inerzia del P.M., al fine dell'effettivo rispetto del canone di obbligatorietà dell'azione penale; risulterebbe del tutto confliggente con tale prospettiva la sanzione della inutilizzabilità per il compimento di atti di investigazione dopo la scadenza del termine, che, però, consentendo l'identificazione degli autori del reato, realizzano proprio lo scopo voluto dal Legislatore, e cioè la tutela effettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale. Le Sezioni Unite hanno escluso l'applicabilità dell'art. 414 c.p.p. nel caso di archiviazione per essere ignoti gli autori del reato (…) Nella giurisprudenza di legittimità si è già affermato il principio, con riferimento alla operatività dell'art. 407 c.p.p., comma 3, che, nei procedimenti a carico di ignoti, l'omessa presentazione nel termine di legge, da parte del P.M., della richiesta di archiviazione o di autorizzazione a proseguire le indagini non comporta alcun tipo di sanzione processuale (Sez. 1, Sentenza n. 2837 del 16/12/2004 Ud. dep. 28/01/2005). Si è conseguentemente ritenuto che, a maggior ragione, si deve escludere l'applicabilità dell'art. 407 c.p.p., comma 3, nell' ipotesi di specie, perché manca un soggetto indagato, portatore di uno specifico interesse alla sollecita chiusura dell'attività d'indagine e perché il compimento di atti di investigazione dopo la scadenza del termine che, come nel caso di specie, consentono l'identificazione degli autori del reato, realizzano proprio lo scopo voluto dal Legislatore cioè la tutela effettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale. Se si affermasse un principio diverso si creerebbe una differenza tra le due ipotesi ingiustificata e assurda»[31].

Si nota che la ricostruzione della volontà del legislatore – connotato come un legislatore ideale-razionale che persegue l'effettività delle norme – è anche in questo caso operata attraverso un rimando ai precedenti giurisprudenziali. In particolare, i giudici argomentano *a fortiori* sulla base di precedenti giurisprudenziali, che affermano il principio dell'utilizzabilità degli atti compiuti dal PM nei procedimenti a carico di ignoti, nonostante la richiesta di archiviazione o di autorizzazione a proseguire le indagini, sia stata presentata oltre i termini di legge.

In un'altra decisione relativa alla possibilità del giudice di legittimità di pronunciarsi sulle statuizioni civili in seguito all'abrogazione del reato, la Corte risolve la questione in senso positivo, attraverso un ragionamento di tipo sistematico, in cui la volontà del legislatore è dedotta sulla base della presupposta coerenza degli scopi del legislatore:

«Nella normativa in esame è evidente che il legislatore, mosso dalla esigenza deflattiva dei contenziosi, ha dato attuazione a quanto stabilito alla L. n. 67 del 2014, art. 2, comma 3 in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili (…) non si può sostenere che un legislatore che ha avuto come finalità primaria quella di "alleggerire" gli uffici giudiziari non abbia avuto anche la logica esigenza di non moltiplicare il contenzioso civile»[32].

[30] Cass. pen., sez. IV, sent. 14 giugno 2022, n. 23132. I giudici concludono tuttavia per escludere la sussistenza dell'aggravante della transnazionalità nel caso concreto.

[31] Cass. pen., sez. V, sent. 27 gennaio 2020, n. 3232

[32] Cass. pen., sez. V, Sent. 9 giugno 2016, n. 24029.

3. *Modelli di legislatore razionale*

Come si è detto, nel campione preso in esame l'argomento dell'intenzione legislativa è riferito espressamente, nella stragrande maggioranza dei casi, al legislatore storico o attuale e non, invece, al legislatore razionale (o, più in generale, al legislatore "ideale"). Nondimeno, la ricostruzione dell'intenzione legislativa si appoggia molto spesso alla presupposizione del *modello dogmatico* del legislatore razionale. Infatti, malgrado i riferimenti espliciti siano al legislatore come autore in concreto della legge, molti dei caratteri a esso attribuiti per poter ricostruire un'intenzione legislativa sono caratteri ideali, propri di un agente che si può considerare "razionale" in uno o più dei sensi che saranno adesso indagati.

La studiosa polacca Slawomira Wronkowska ha parlato del legislatore razionale come uno dei diversi significati attribuiti al termine "legislatore" o, in altre parole, uno tra diversi concetti di legislatore. Per "razionalità" si deve intendere in questo caso, spiega Wronkowska, non una specifica caratteristica delle azioni di un certo soggetto, bensì il fatto che le attività del soggetto siano guidate esclusivamente dalla sua conoscenza e dai suoi giudizi valoriali; tra tutte le possibili alternative, questi sceglie l'azione che, in base alla propria conoscenza, conduce ai risultati che reputa preferibili[33]. Detto altrimenti, è razionale il legislatore le cui decisioni sono il frutto di un ragionamento che parte da determinate premesse fattuali e normative (queste ultime dettate dai valori che si intende perseguire) e giunge a conclusioni logicamente coerenti con le premesse. La razionalità così delineata è stata chiamata *interna* da Jerzy Wróblewski, in quanto fondata sulle conoscenze e sui valori del soggetto agente; laddove, invece, la razionalità *esterna* si basa sulle conoscenze e sui valori di un osservatore esterno. Il giudizio di razionalità interna non mette in discussione le premesse del ragionamento, né sotto il profilo fattuale né sotto quello normativo[34].

Questa ricostruzione della razionalità legislativa corrisponde a una concezione che è stata chiamata *minimalista* o strumentale, in quanto le norme giuridiche sono viste come puri mezzi, più o meno adeguati, per il raggiungimento di fini politici, i quali non sono discussi (cioè, non sono l'oggetto del giudizio di razionalità)[35].

3.1. *La giurisprudenza alla luce del modello minimalista di Nowak*

Un modello minimalista di razionalità legislativa è stato elaborato da un altro autore polacco, Leszek Nowak, il quale ha parlato delle norme razionali come norme "empiricamente adeguate": l'adeguatezza empirica consiste nella capacità di una norma di far sì che i soggetti destinatari realizzino lo stato di cose voluto dal legislatore. Si può parlare di legislazione razionale soltanto quando le norme aumentano la probabilità che i soggetti destinatari realizzino quello stato di cose e tale probabilità, in ogni caso, non è mai più bassa di un certo livello considerato accettabile dal legislatore stesso[36]. Naturalmente, è necessario che l'entrata in vigore della norma aumenti la probabilità che lo stato di cose desiderato si realizzi[37]. Come si vede, nel modello di Nowak non è

[33] S. WRONKOWSKA, *The Rational Legislator as a Model for the Rational Lawmaker*, in Z. Ziembinski (a cura di), *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, Rodopi, Amsterdam, 1987, 147 ss., spec. 149.

[34] Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Decision and Its Justification*, in *Logique et Analyse*, 53-54, 1971; ID., *A Model of Rational Law-Making*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65, 2/1979, spec. 188.

[35] Cfr. G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa: crísis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, spec. 279-286; anche V. ZAPATERO GÓMEZ, *De la jurisprudencia a la legislación*, in *Doxa*, 15-16, 1994, spec. 788-789.

[36] Cfr. L. NOWAK, *A Concept of Rational Legislator*, in Z. Ziembinski (a cura di), *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, cit.

[37] Se tale probabilità rimane, invece, identica, si può parlare di norma empiricamente ridondante; se tale probabilità, addirittura, diminuisce, si può parlare di norma empiricamente fallita (cfr. ivi, 140).

contemplata la desiderabilità *per se* dello stato di cose desiderato dal legislatore, per cui la razionalità presupposta è di tipo interno. Nei termini sopra utilizzati, la razionalità in questo modello è valutata rispetto alla probabilità di realizzazione dell'intenzione teleologica del legislatore e, quindi, all'efficacia della norma.

Ora, secondo Nowak, nel ragionamento dei giuristi, oltre ad assumersi la razionalità legislativa come adeguatezza empirica delle norme, si assumono implicitamente anche alcune condizioni di "ordinamento razionale" delle norme, pure basate sull'assunzione della loro razionalità. Tali condizioni determinano la validità delle norme stesse. Per esempio, il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, sia esso codificato o meno nell'ordinamento di riferimento, deriva comunque dall'assunzione di razionalità legislativa: se il legislatore razionale produce una norma in un dato momento *t* e, in un successivo momento *t'*, produce un'altra norma, incompatibile con la prima, allora la vecchia norma non può più considerarsi valida. Non solo: dall'assunzione di razionalità legislativa deriva anche che, se il legislatore produce una norma che sanziona la violazione di un'altra norma, quest'ultima deve considerarsi valida.

Nel modello di Nowak, dalla validità di una norma prodotta dal legislatore razionale segue anche la validità di tutte le norme che siano sue *conseguenze logiche* e/o *conseguenze strumentali*[38]. Tale assunzione può ritenersi esemplificata, nel campione di sentenze esaminato, in uno dei passaggi sopra citati, dove la Corte osserva che un legislatore «mosso dall'esigenza deflattiva dei contenziosi», il quale quindi «ha avuto come finalità primaria quella di 'alleggerire' gli uffici giudiziari», non può non aver avuto «anche la logica esigenza di non moltiplicare il contenzioso civile»[39]. Un ulteriore esempio è offerto dal passaggio, pure già citato, relativo all'utilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre la scadenza del termine iniziale, nell'ambito di un procedimento contro ignoti. Nell'ipotesi di specie, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'art. 407 c.p.p., comma 3, non solo per mancanza di uno specifico soggetto indagato, portatore di un interesse alla sollecita chiusura delle indagini, ma anche perché il compimento di atti di investigazione dopo la scadenza del termine, che consentano l'identificazione degli autori del reato, realizza proprio «lo scopo voluto dal Legislatore e cioè la tutela effettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale». Infatti, la *ratio* dell'assoggettare le indagini a limiti cronologici, argomenta la Corte, è proprio quella di «contrasto di un'eventuale inerzia del P.M., ai fini dell'effettivo rispetto del canone di obbligatorietà dell'azione penale»[40]. Traducendo tale argomentazione nei termini del modello di Nowak, si può dire che la norma che permette di utilizzare atti d'indagine compiuti oltre la scadenza inizialmente fissata (che consentano l'identificazione degli autori di un reato) è *conseguenza strumentale* della norma che prescrive l'azione penale (rendendola oggetto di un obbligo), in quanto la prima è strumentalmente necessaria all'efficacia della seconda. Dalla razionalità del legislatore come adeguatezza empirica delle norme discende, quindi, che si debba considerare valida la prima norma, proprio come si considera valida la seconda.

Si deve osservare che, in questi casi, la presupposizione di razionalità come validità delle norme che conseguono (logicamente o strumentalmente) da norme valide non è utilizzata per ricostruire la volontà legislativa, bensì per ricavare da quest'ultima alcune conseguenze argomentative. I fini del legislatore razionale sono assunti preliminarmente e ricostruiti per altre strade – come si è detto, attraverso un rimando ai precedenti giurisprudenziali – e da questi fini sono ricavate ulteriori conseguenze argomentative. Applicando questo modello di legislatore ideale, si argomenta a partire da norme valide e, specificamente, dalla necessaria adeguatezza empirica di queste nel conseguire gli scopi del legislatore, ossia nel realizzare le sue intenzioni teleologiche. Inoltre, il modello è applicabile non soltanto quando l'intenzione legislativa è riferibile al legislatore ideale, bensì anche

[38] Cfr. ivi, 141.
[39] Cass. pen., sez. V, sent. 9 giugno 2016, n. 24029, punto 11.
[40] Cass. pen., sez. V, sent. 27 gennaio 2020, n. 3232, punto 2.

quando ci si riferisca al legislatore storico: si tratta, infatti, di un modello estremamente minimalista di razionalità strumentale che non implica l'assunzione di caratteri che spesso sono difficilmente attribuibili ai legislatori storici, come la precisione linguistica o la coerenza; così come non è implicato che gli scopi politici della legislazione siano sempre razionali, o che i valori da essa perseguiti siano sempre condivisibili.

3.2. *La giurisprudenza alla luce del modello di legislatore razionale di Carlos Santiago Nino*

Diverso è l'uso, invece, della presupposizione di razionalità legislativa che viene fatto quando si assume una concezione meno minimalista del legislatore razionale, quale è quella offerta dal giurista e filosofo del diritto argentino Carlos Santiago Nino nella propria ricostruzione del modello dogmatico del legislatore razionale. Secondo Nino, il modello di legislatore presupposto dai giuristi nel loro lavoro interpretativo e argomentativo presenta ben tredici diversi caratteri fondamentali[41]. 1) Il legislatore è presupposto, in primo luogo, come *singolo*, malgrado il fatto che i partecipanti al processo legislativo siano numerosi e, spesso, in disaccordo su questioni rilevanti. 2) Inoltre, il legislatore è visto come *imperituro*, malgrado il fatto che i legislatori in carne e ossa non lo siano. 3) In terzo luogo, il legislatore è *unico*: le leggi sono tutte riferibili alla sua unica volontà, pur essendo state prodotte in momenti diversi e spesso lontani nel tempo. 4) Il legislatore è anche *cosciente*, ossia consapevole, e conosce tutti i dettagli di tutte le norme che produce. 5) Inoltre, è *finalisticamente orientato*, poiché con ciascuna norma persegue sempre scopi definiti. 6) Il legislatore è visto, inoltre, come *onnisciente*, poiché conosce e prevede qualsiasi circostanza fattuale, anche futura, dell'applicazione delle norme. 7) È pure *onnipotente*, poiché la sua volontà rimane vigente a meno che egli stesso non la limiti o la deroghi. 8) Il legislatore razionale è anche fondamentalmente *giusto*: se l'applicazione di una norma sembra portare a risultati ingiusti in un caso concreto, bisogna supporre che la volontà legislativa consenta di distaccarsi dai significati letterali delle disposizioni per evitare tali risultati. 9) Inoltre, il legislatore è visto come *coerente* e la sua volontà non incorre in contraddizioni. 10) È anche considerato *onnicomprensivo*, in quanto non lascia nessun caso privo di regolazione. 11) È un legislatore *economico*, nel senso che non detta norme ridondanti. 12) È inoltre *operativo*, nel senso che le norme che detta non sono mai prive di applicabilità. 13) Infine, il legislatore è visto come *preciso*, nel senso che, al di là delle imperfezioni del linguaggio utilizzato, la sua volontà è sempre univoca.

È chiaro, sottolinea Nino, che nessuna di queste caratteristiche corrisponde alla realtà dei legislatori storici, ma tutte riflettono un costrutto puramente ideale. I legislatori non sono singoli, imperituri o unici; spesso non conoscono i dettagli delle norme approvate; non sempre perseguono scopi definiti, al di là delle loro personali ambizioni politiche; non sono, ovviamente, onniscienti né onnipotenti (in quanto la loro volontà è limitata da altri partecipanti al processo legislativo e dai legislatori successivi); possono essere considerati giusti o ingiusti, in base ai criteri valutativi che si adottano; si contraddicono e contraddicono altri legislatori; non sono onnicomprensivi e lasciano situazioni prive di regolazione, perché non le hanno previste o non le hanno considerate rilevanti; sono spesso ridondanti; non sempre dettano norme applicabili (per ragioni empiriche, tecniche o logiche); infine, a causa dell'uso del linguaggio naturale, le norme sono espresse spesso in modo impreciso e ambiguo.

Quella del legislatore razionale è, pertanto, una finzione. Si tratta, tuttavia, di una finzione che svolge, secondo Nino, funzioni precise e irrinunciabili nel ragionamento giuridico: su tutte, quella di

[41] Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, spec. 85-86.

adattare il diritto a circostanze mutevoli e a nuovi standard valutativi, riferendo tuttavia le interpretazioni sempre a un'unica volontà permanente dietro l'intero ordinamento giuridico[42].

Non sorprende, quindi, che, sebbene il riferimento al legislatore razionale come legislatore ideale sia nettamente minoritario nel campione di sentenze esaminato, tuttavia i caratteri di razionalità legislativa indicati da Nino ricorrano anche quando la volontà legislativa sia riferita al legislatore storico[43]. In particolare, nel campione di sentenze esaminato, le presupposizioni incluse in tale modello sembrano utilizzabili per la ricostruzione dell'*intenzione controfattuale* del legislatore. Nel campione esaminato, per esempio, ci si riferisce alla precisione come caratteristica presupposta del linguaggio legislativo, nella sentenza sopra citata in cui la Corte si riferisce all'interpretazione del d.m. 27 settembre 2010 adottato dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, recante Definizione dei criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica. L'art. 2, comma 3, del decreto in questione dispone che «la caratterizzazione di base è effettuata in corrispondenza del primo conferimento e ripetuta ad ogni variazione significativa del processo che origina i rifiuti e, comunque, almeno una volta l'anno» ed il successivo art. 3, comma 2, prevede che «la verifica di conformità è effettuata dal gestore...con la medesima frequenza prevista dal comma 3 dell'art. 2». Occorre valutare se sia corretta l'interpretazione data nella sentenza impugnata, per cui la verifica di conformità del rifiuto dev'essere effettuata ogni dodici mesi, oppure quella dell'imputato, per cui l'obbligo dev'essere soddisfatto una volta per ogni anno solare, inteso come periodo che va dal 1° gennaio al 31 dicembre. Ebbene, come si è visto, la Corte accoglie l'interpretazione per cui il riferimento all'anno deve intendersi nel secondo senso, poiché se il legislatore avesse invece inteso riferirsi ad un lasso temporale di 365 giorni «avrebbe dovuto statuirlo con una diversa, più chiara, previsione»[44]. Dunque, il legislatore è presupposto come preciso e tale caratteristica può essere utilizzata per ricostruire la sua volontà o intenzione controfattuale, ossia un'intenzione che, assumendo la precisione linguistica, è puramente ipotetica e muove da un'ipotesi contraria ai fatti. Lo stesso può dirsi dell'argomentazione della Corte in un altro caso, in cui il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 81 c.p. con riferimento all'aumento di pena per la continuazione esterna con reato già oggetto di precedente condanna (associazione di tipo mafioso). A giudizio del ricorrente, la pena base su cui calcolare l'aumento ai sensi dell'art. 81 c.p. doveva essere indicata in quella riportata con la precedente condanna, in quanto in occasione di quella era stata riconosciuta un'aggravante non sussistente, invece, nella condanna successiva. Ebbene, secondo la Corte, «la violazione più grave va individuata in astratto, in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse»; la valutazione di maggior gravità si deve basare sulla comminatoria più grave. Ciò segue dall'«interpretazione letterale dell'art. 81 c.p., contenente il riferimento alla 'violazione più grave' e non alla 'pena più grave', espressione quest'ultima che sarebbe stata più appropriata, qualora il legislatore avesse voluto attribuire alla pena da infliggere in concreto (…) l'efficacia determinatrice della più grave violazione». Pertanto, operando la comparazione con riferimento alla norma in vigore al momento della commissione dei rispettivi fatti, è la violazione contestata successivamente a doversi qualificare come più grave, per il minimo edittale più alto[45]. L'argomento controfattuale, quindi, si basa anche in questo caso sulla presunzione di precisione del linguaggio legislativo.

Il presupposto della coerenza è richiamato, invece, in un'altra sentenza del campione. Anche in questo caso, quella che viene ricostruita è l'intenzione controfattuale. La Corte ribadisce che la riparazione per l'ingiusta detenzione non ha natura di risarcimento del danno, bensì «di semplice

[42] Cfr. ivi, 89.

[43] Come è stato già osservato in §2.1, dai dati della ricerca emerge come anche la figura del legislatore storico risulti quasi sempre idealizzata dall'interprete.

[44] Cass. pen., sez. III, sent. 26 agosto 2019, n. 36400, punto 3.

[45] Cass. Pen., sez. V, sent. 7 maggio 2014, punto 11.3.

indennità o indennizzo in base a principi di solidarietà sociale per chi sia stato ingiustamente privato della libertà personale». Sottolinea, infatti, «che il legislatore, se avesse voluto intendere la riparazione dell'ingiusta detenzione come risarcimento dei danni, avrebbe dovuto richiedere, per coerenza, l'onere per il danneggiato di fornire la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo, fondante la responsabilità per colpa o per dolo, nelle persone che hanno agito e dell'entità dei danni subiti». Ciò, tuttavia, avrebbe contraddetto l'esigenza «di garantire un adeguato ristoro a chi sia stato ingiustamente privato della libertà personale senza costringerlo a complicate controversie sull'esistenza dell'elemento soggettivo e sulla determinazione dei danni»[46].

3.3. *Non solo finzioni: la capacità esplicativa dei modelli di Nowak e Nino*

Dunque, la presupposizione di razionalità legislativa, nel campione osservato, sembra svolgere due funzioni diverse. Quando si tratta di una razionalità intesa come pura adeguatezza strumentale delle norme per il raggiungimento dei fini intesi dal legislatore, come da modello di Nowak, l'assunzione di razionalità serve a ricavare determinate conseguenze argomentative e interpretative a partire dall'intenzione legislativa. Quando, invece, il modello di legislatore razionale assunto include caratteri come la precisione e la coerenza, inclusi nel modello di Nino, esso è utilizzato per ricostruire quella stessa intenzione legislativa. È il caso di ribadire ancora una volta che il legislatore razionale è un presupposto presente non solo nelle argomentazioni in cui si attribuisce una certa intenzione a un legislatore ideale, bensì anche in quelle in cui l'intenzione è riferita al legislatore storico o a quello attuale. Del modello di Nino, inoltre, elementi sempre presupposti sono la singolarità del legislatore (intesa come singolarità della sua intenzione), la sua coscienza o consapevolezza (riferita a tutti gli elementi delle norme prodotte), l'orientamento finalistico. D'altro canto, anche nel modello di Nowak sono implicitamente presupposti questi tre elementi: non è possibile, infatti, parlare di adeguatezza empirica delle norme rispetto ai fini oggetto dell'intenzione legislativa, se quell'intenzione non è identificata come singolare, se la produzione di norme non è assunta come consapevole, o se le norme non sono orientate al perseguimento di certi fini.

Rispetto al modello ricostruito da Nino, quello più minimalista offerto da Nowak presenta la caratteristica di essere riferito, secondo l'autore, non a un'entità idealizzata, ma ai partecipanti in carne e ossa della legislazione come processo. Secondo Nowak, infatti, la scienza giuridica presuppone una concezione della razionalità analoga a quella delle altre scienze umane, come l'economia. Tuttavia, la peculiarità della scienza giuridica è che l'assunzione della razionalità del legislatore non è soggetta a falsificazione: non si tratta di un'ipotesi vera e propria, ma di una specie di dogma (Nowak parla, infatti, di "quasi-ipotesi")[47]. Se in economia, per esempio, si rileva che un certo agente non si comporta nei modi previsti dal modello dell'azione razionale, se ne constata l'irrazionalità e si rinuncia ad applicare il modello. Invece, secondo Nowak, i giuristi (e i giudici in particolare) devono sempre trovare una soluzione a ogni caso che si presenta, basata sul materiale giuridico disponibile. Non possono, quindi, ammettere l'irrazionalità del legislatore e l'irresolubilità di un problema. La funzione del dogma è, quindi, di giustificare varie operazioni di interpretazione in senso stretto e/o di costruzione giuridica[48] finalizzate alla soluzione dei casi. I giuristi riferiscono la presupposizione di razionalità al legislatore storico o a quello attuale.

[46] Cass. Pen., sez. IV, sent. 12 febbraio 2014, n. 6811, punto 4. Lo stesso argomento in un caso analogo è utilizzato dalla Corte anche in Cass. pen., sez. IV, sent. 16 marzo 2020, n. 10237.

[47] L. NOWAK, *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, in *Logique et Analyse*, 12, 45/1969, spec. 82-83.

[48] Sulla distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

Secondo Nino, invece, il legislatore menzionato nell'argomentazione giuridica non è il legislatore (potremmo dire) in carne e ossa, storico o attuale che sia, bensì è un "termine teorico" privo di riferimento semantico fattuale[49]. Si tratterebbe di una mera entità linguistica che, grazie ai suoi attributi, sarebbe utile a svolgere certe funzioni: per esempio, quella di collegare legislatore storico e legislatore attuale in un'unica figura, dalla cui volontà promanano tutte le norme vigenti. Tale volontà è vincolata, per un verso, alle intenzioni del legislatore storico e, per altro verso, può essere adattata alle mutevoli circostanze attuali e a eventuali cambiamenti di standard valoriali[50].

Il legislatore razionale del modello di Nino, quindi, è una figura puramente fittizia, mentre in quello (più minimalista) di Nowak gli attributi della razionalità si riferiscono al legislatore storico e a quello attuale. Tuttavia, si noti che anche in questo secondo caso si parla di un modello idealizzato: infatti, si presuppongono comunque caratteri come quello della singolarità (c'è un'unica intenzione legislativa) e dell'orientamento finalistico (le norme perseguono certi scopi, non sono mai del tutto inutili o puramente ridondanti). Del resto, nella grande maggioranza dei casi del campione il riferimento è a un legislatore storico, come si è detto, non a una figura ideale. Come si è detto sopra, i risultati della ricerca mostrano che il richiamo all'intenzione legislativa è sempre caratterizzato, in certa misura, da una idealizzazione della figura del legislatore.

Senza questi caratteri essenziali di singolarità e orientamento finalistico, oltreché di consapevolezza delle norme prodotte, è anche dubbio che si possa parlare in generale di un'intenzione legislativa. Quest'ultima, che Max Radin considerava notoriamente una «finzione trasparente e assurda»[51] e che, nelle parole di Claudio Luzzati, dev'essere giudicata soltanto come «una metafora»[52], presuppone comunque la possibilità di identificare un singolo soggetto a cui attribuire l'intenzione, oltre a requisiti minimi dell'orientamento finalistico delle norme e della loro conoscenza da parte di chi le produce.

Infine, si deve osservare che il modello dogmatico ricostruito da Nino permette di rendere conto del fatto che, come mostrato dal campione di sentenze preso in esame, quando si riferiscono all'intenzione di un legislatore ideale, i giudici tendono a ricostruire tale intenzione ricorrendo all'argomentazione sistematica. Ciò si spiega adottando la concezione del legislatore razionale come finzione teorica, utile a unificare l'ordinamento riferendone tutte le norme a una medesima volontà e, al contempo, ad adattare l'interpretazione a contesti mutevoli.

3.4. *Gli apporti ulteriori dell'approccio massimalista*

Diverso è, invece, il ruolo del requisito sostanziale della giustizia all'interno dei modelli di legislatore razionale. Questo requisito risponde a una concezione della razionalità legislativa che Gema Marcilla Córdoba ha chiamato "massimalista", la quale include una "razionalità etica" come oggetto di valutazione da parte dei giuristi[53]. Il noto giurista e filosofo del diritto spagnolo Manuel Atienza ha proposto un modello di analisi della razionalità legislativa che ha avuto grande successo e che include elementi della razionalità strumentale o "debole" insieme alla razionalità etica, all'interno di uno schema su più "livelli". Tale modello non delinea una caratterizzazione del dogma del legislatore razionale, ma piuttosto stabilisce un ideale regolativo per la valutazione della

[49] C.S. Nino si riferisce alla teoria di Alf Ross, per cui numerosi termini del linguaggio giuridico sono privi di riferimento fattuale, ma costituiscono utili strumenti tecnici di presentazione che consentono di abbreviare il riferimento a situazioni normative complesse e di collegare linguisticamente certi fatti condizionanti alle loro conseguenze giuridiche: cfr. A. Ross, *Tû-tû*, in *Harvard Law Review*, 70, 1957.

[50] Cfr. C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., spec. 89.

[51] M. Radin, *Statutory Interpretation*, in *Harvard Law Review*, 43, 6/1930, spec. 870.

[52] C. Luzzati, *Del giurista interprete*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. 134.

[53] Cfr. G. Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa*, cit., spec. 279-286.

razionalità legislativa[54]. In particolare, Atienza applica il proprio modello sia alla valutazione del risultato del processo legislativo (le leggi) sia all'analisi dell'argomentazione nei dibattiti parlamentari.

Il processo legislativo è esaminato da Atienza come serie d'interazioni tra diversi elementi: legislatore, destinatari delle norme, sistema giuridico, scopi, valori. Ognuno di questi elementi è visto sotto profili distinti, d'accordo con i diversi livelli di razionalità.

Il primo livello (R1) è quello della razionalità *linguistica.* Il legislatore è visto come emittente di un messaggio; i destinatari delle norme sono visti come riceventi di tale messaggio; il sistema giuridico è visto come insieme di messaggi o enunciati; gli scopi sono la chiarezza e la precisione; il valore perseguito è quello della comunicazione.

Il secondo livello (R2) è quello della razionalità *giuridico-formale* (o *sistematica*). Il legislatore è visto come organo produttore di diritto (quello che Wronkowska chiama legislatore in senso "dogmatico")[55]; i destinatari delle norme sono individui e organi a cui le leggi sono indirizzate; il sistema giuridico è visto come insieme di norme formalmente valide; gli scopi sono completezza (assenza di lacune), coerenza (assenza di antinomie), coesione; i valori perseguiti sono sicurezza giuridica e prevedibilità.

Il terzo livello (R3) è quello della razionalità *pragmatica.* Il legislatore è visto come organo cui si presta obbedienza; i destinatari sono l'apparato burocratico e i cittadini che prestano obbedienza; il sistema giuridico è visto come insieme di norme effettive (cioè osservate e applicate di fatto) e di comportamenti osservabili, conformi alle norme; lo scopo è l'obbedienza al diritto; i valori sono il mantenimento dell'ordine e dell'efficacia del diritto.

Il quarto livello (R4) è quello della *razionalità teleologica.* Il legislatore è visto come insieme di portatori di diversi interessi ed esigenze sociali; i destinatari sono tutti coloro che sono colpiti dalla regolamentazione degli interessi ed esigenze in questione; il sistema giuridico è visto come insieme di mezzi per conseguire scopi sociali; gli scopi sono i diversi obiettivi sociali e politici da perseguire; i valori sono riconducibili all'efficienza sociale, ossia la massimizzazione degli effetti desiderati e la minimizzazione di quelli indesiderati.

Infine, il quinto livello (R5) è quello della *razionalità etica* o *assiologica.* Il legislatore è visto come autorità legittima; i destinatari sono i soggetti di un obbligo morale di obbedire alle leggi; il sistema giuridico è un insieme di norme, decisioni pubbliche e istituzioni, valutabili sotto il profilo etico; gli scopi sono libertà, eguaglianza e giustizia; i valori sono di tipo etico e possono includere la dignità umana, il consenso sociale e molti altri.

Approcci propriamente minimalisti alla razionalità legislativa escludono del tutto la possibilità di valutare la razionalità dei valori ultimi etico-politici perseguiti dalla legislazione, ossia escludono il livello R5 della razionalità assiologica. Tali approcci tracciano una distinzione netta tra quelli che Eugenio Bulygin considerava "problemi tecnico-giuridici" (da un lato) e "problemi etico-politici" (dall'altro) della legislazione[56]. Approcci minimalisti "stretti" considerano esclusivamente problemi linguistici e di coerenza sistematica (livelli R1 e R2). Questi problemi sono quelli tipicamente affrontati negli studi sulla tecnica di redazione legislativa o *drafting* delle leggi[57]. Approcci minimalisti meno stretti considerano anche i livelli R3 e R4 di razionalità pragmatica e teleologica, aprendosi anche ad aspetti di carattere sociologico. Infine, approcci massimalisti considerano anche valori

[54] Cfr. M. Atienza, *Contribución para una teoría de la legislación*, in *Doxa*, 6, 1989; Id., *Argumentación y legislación*, in A. Menéndez (a cura di), *La proliferación legislativa. Un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 89 ss.; Id., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, spec. 182 ss.; Id., *Practical Reason and Legislation*, in *Ratio Juris*, 5, 1992; Id., *Un modelo de análisis de la argumentación legislativa*, in *La legislación en serio*, 163 ss.

[55] S. Wronkowska, *The Rational Legislator as a Model for the Rational Lawmaker*, cit., spec. 148.

[56] E. Bulygin, *Teoría y técnica de legislación*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021, spec. 411-413.

[57] Cfr. G. Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa*, cit., spec. 281 e nota.

etico-politici, come la giustizia, quali possibili oggetti di studio teorico e di giudizio di razionalità. Secondo Atienza stesso, il livello R5 di razionalità etica o assiologica può riferirsi alla conformità ai valori costituzionali[58]. Da questo punto di vista, un modello massimalista di razionalità legislativa non è più solamente impiegato per trarre alcune conseguenze dall'intenzione legislativa presupposta (come nel modello minimalista di Nowak), né per ricostruire tale intenzione (come nel caso dell'applicazione di criteri come la precisione linguistica e la coerenza, presenti nel modello di Nino), bensì per giudicare l'accettabilità degli stessi fini della legislazione.

È stato osservato che questi cinque livelli corrispondono ad altrettanti canoni o criteri o argomenti interpretativi classici. La razionalità linguistica corrisponde all'argomento letterale; la razionalità sistematica, all'argomento sistematico; la razionalità pragmatica, all'argomento teleologico; la razionalità teleologica, all'argomento intenzionalista con riferimento al legislatore storico; la razionalità etica, infine, all'argomento dell'interpretazione conforme alla costituzione. Vi è dunque una corrispondenza tra il modello ideale o normativo di razionalità legislativa e quello presupposto nelle operazioni di interpretazione e costruzione giuridica[59]. Tuttavia, come si è osservato, nei riferimenti intenzionalisti a essere presupposti sono anche criteri linguistici, sistematici e pragmatici.

4. *Giudici-legislatori: poteri e argomenti concatenati*

4.1. *Analisi empirica e qualitativa*

Considerando in via atomica le rilevazioni empiriche, la giurisprudenza costituisce la seconda fonte dell'argomento più rilevante nelle motivazioni delle sezioni semplici, la prima essendo il diretto riferimento a fonti normative in senso stretto (disposizioni di documenti normativi di vario rango nella gerarchia delle fonti; cfr. supra § 2.1.). Indagare gli usi dei precedenti giudiziari aiuta a interpretare gli esiti quantitativi e a chiarire ulteriormente come il legislatore (ideale-razionale) viene realmente concepito nella prassi.

Per motivi di economia del discorso, di seguito si analizzano le motivazioni delle 25 sentenze della Corte di Cassazione penale, pronunciate a sezioni semplici, in cui – secondo la metodologia della ricerca – si è censito l'argomento della intenzione del legislatore ideale-razionale. Quanto si dirà ha tuttavia una portata più ampia valendo anche per la giurisprudenza delle Sezioni Unite penali[60].

In via preliminare, va ricordato che i precedenti giudiziari non sempre sono citati in modo espresso o esattamente in prossimità dei riferimenti sintattici alla intenzione del legislatore. Questo aspetto, peraltro noto e diffuso, per un verso, impone di prendere con cautela i risultati statistici; per altro verso, rende i dati empirici indicatori interessanti a livello qualitativo. Non solo facilita la rilevazione dei c.d. "falsi negativi" o "positivi" (ossia situazioni in cui si registra una significativa asimmetria tra elementi sintattici e funzioni argomentative), ma consente di indagare più in profondità la struttura delle motivazioni

Inoltre, i riferimenti ai precedenti giudiziari possono essere specifici ovvero generici, "finti" o errati, e possono essere usati a vari propositi, senza necessariamente riproporre nel caso *target* lo stesso ragionamento o argomento usato nel caso *source*[61]. Per questi e molti altri motivi, non vi sono

[58] Cfr. M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, spec. 715.

[59] Cfr. J.L. Díez Ripollés, *Rationality in Criminal Law Making. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative Process*, in A.D. Oliver-Lalana, *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, Cham, 2019, 51 ss., spec. 61-62.

[60] Per brevità, nelle successive note, saranno citate pronunce singole, ma pressoché tutte le sentenze del campione sono rilevanti a diversi propositi; inoltre, si citeranno solo taluni arresti a Sezioni Unite in via meramente esemplificativa a conferma.

[61] Cfr. S. Zorzetto, *Precedenti giudiziari e argomentazione*, Mucchi, Modena, 2024.

automatismi ed è di regola difficile rintracciare regolarità nella costruzione o nella identificazione dei legislatori ideali-razionali fatti propri dai giudici.

L'analisi dei precedenti giudiziari comunque conferma alcune conclusioni della ricerca empirica.

4.2. *Legislatore uno actu vs assimilato*

In particolare, sia pure in una minoranza di casi, i giudici concepiscono i legislatori ideali-razionali anche a prescindere (da quello che altri giudici dicono o fanno). Esiste insomma la figura del legislatore ideale-razionale *uno actu* (non contaminato da altri apporti giudiziali). Stando ai campioni censiti, questa figura appare in presenza di novità normative, dove non c'è (ancora) giurisprudenza[62] e, in via episodica, dove i giudici utilizzano i precedenti come argomenti laterali[63], o per discostarvisi[64].

Viceversa, specialmente rispetto a istituti consolidati o normative risalenti, il legislatore ideale-razionale finisce per essere "cristallizzato", di sentenza in sentenza[65]. L'accumularsi di richiami e citazioni nel tempo può far sì che il legislatore storico venga idealizzato (secondo le opinioni dei giudici) e/o che il legislatore ideale-razionale sia una fusione complessiva degli ideali di razionalità dei giudici.

Come si è ricordato, il confine tra legislatore storico e ideale-razionale è complesso da tracciare, specialmente dove l'elemento storico non è ancorato a dati (documenti) storici dotati di ufficialità e chiaramente identificabili quali sono i documenti che compongono l'iter approvativo di una legge. Anche quando si dà questo caso non è affatto escluso, né raro che la concezione del legislatore sia comunque idealizzata da parte dei giudici, facendo riferimento a concezioni diffuse nella prassi

[62] Così ad es. Cass. pen., sez. I, sent. 19 novembre 2020, n. 32566 affronta un problema nuovo generato dalla riforma, ossia il deposito di "tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati" mediante posta elettronica certificata *ex* art. 24, co. 4 e 5 D.L. n. 137/2020 nel caso di atti della fase *ex* art. 415-*bis* c.p.p., rivolti all'ufficio della Procura della Repubblica. Nella specie, il problema operativo deriva da lacune attuative della riforma, non impeccabile a livello di coordinamento: l'argomento decisivo è di ordine sistematico e gerarchico, quale correttivo di un legislatore "storico" imperfetto.

[63] Ad es. Cass. pen., sez. III, sent. 26 agosto 2019, n. 36400 si cimenta con il significato da attribuirsi alla locuzione "una volta all'anno" e, quindi, se la verifica di conformità di un rifiuto dovesse eseguirsi ogni dodici mesi intesi come 12 mesi di calendario solare decorrenti da un certo *dies a quo*, ovvero una volta in ciascun anno solare senza altri vincoli. Secondo i giudici, il riferimento "all'anno" deve intendersi come anno civile, dal 1° gennaio al 31 dicembre, «poiché se il legislatore avesse invece inteso fare riferimento ad un lasso di tempo di durata annuale avente una differente decorrenza - in ipotesi, quella dell'ultima verifica di conformità effettuata - avrebbe dovuto statuirlo con una diversa, più chiara, previsione». Si noti che, come argomenti ancillari, la sentenza fa sì riferimento a un precedente, ma tutto considerato laterale perché riguardava, per espressa ammissione della Corte, il significato da attribuirsi ad altra (per quanto "analoga") disposizione, nonché all'interpretazione condivisa dall'organo di vigilanza. I due argomenti ancillari, congiuntamente, riflettono la esigenza di ulteriori conferme *ex auctoritate*.

[64] Cass. pen., sez. II, sent. 4 marzo 2020, n. 8729 a proposito dell'art. 465 c.p.p. per le ipotesi di rinvio fuori udienza disposte dibattimento agli imputati già dichiarati assenti. Il comma 2 prevede testualmente che «Il provvedimento è comunicato al pubblico ministero e notificato alle parti private, alla persona offesa e ai difensori». La Corte cita un precedente del 2007 relativo all'ordinanza di anticipazione dell'udienza adottata fuori udienza, da notificarsi a tutti gli imputati, oltre che ai difensori a pena di nullità, per discostarvisi. Nel frangente, i giudici escludono la nullità assumendo come decisivo il principio della rappresentanza da parte del difensore dell'imputato contumace o assente in assenza di diversa previsione espressa: «La correttezza di tale interpretazione è confermata dal fatto che laddove il legislatore ha voluto che l'imputato, benché contumace (ora assente), sia destinatario diretto di determinati atti compiuti nel corso del dibattimento, lo ha previsto espressamente (si pensi alle nuove contestazioni)». Cfr. art. 520 c.p.p.

[65] Ad esempio, in tema di sindacato della Corte di cassazione in materia di "travisamento del fatto" (come distinto dal "travisamento della prova"), la giurisprudenza è oramai auto-referenziale e la "volontà del legislatore" è richiamata come un *leitmotiv*: cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 26 agosto 2019, n. 36400; che cita Cass. pen., sez. VI, sent. 26 giugno 2012, n. 25255, la quale, a sua volta cita Cass. pen., sez. VI, sent. 1 agosto 2006, n. 27429; Cass. pen., sez. V, sent. 23 ottobre 2007, n. 39048. Vedi anche per altri usi del precedente laterali rispetto all'argomento della intenzione del legislatore: Cass. pen., sez. II, sent. 4 marzo 2020, n. 8729.

giurisprudenziale[66]. Per converso, la presenza di un alto tasso di autoreferenzialità dei giudici, per cui decisioni sono assunte mutuando precedenti su precedenti, non elimina il fatto che la intenzione del legislatore storico conti e conservi rilevanza. Ne sono indizi, ad esempio, i riferimenti al tenore letterale delle disposizioni compiuti a distanza di tempo in contesti in cui il diritto giurisprudenziale è copioso[67].

4.3. *Fattori di metamorfosi*

Le due situazioni del legislatore concepito *uno actu* e assimilato (dalla/nella giurisprudenza) rappresentano quindi poli estremi di uno spettro variegato in cui più fattori giocano ruoli rilevanti[68].

[66] Cfr. Cass. pen., sez. V, sent. 9 giugno 2016, n. 24029 motiva dando atto che «nell'applicazione della legge si deve tener conto dell'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi), nella relazione illustrativa di accompagnamento allo schema del decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma della L. 28 aprile 2014, n. 67, art. 2, comma 3, è stato ritenuto come il D.Lgs. n. 72016, art. 12, comma 1, possa essere applicato anche per le condotte già rilevanti penalmente, purché 'il relativo procedimento penale sia tuttora pendente'»; quanto precede non è sufficiente, né decisivo, tanto che costituisce solo la fine del ragionamento. La motivazione si regge sull'analisi della complessiva riforma del D.Lgs. n. 7/2016 e sui principi generali ricavati da sentenze della Corte costituzionale (che prescindono dalla riforma essendo a essa anteriori).

[67] Così ad es. Cass. pen., sez. V, sent. 7 maggio 2014, n. 18837 in tema di reato continuato richiama e conferma la giurisprudenza consolidata su come individuare la violazione più grave, e cioè «in astratto, in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse». Per i giudici, questo «approdo ermeneutico si fonda sull'interpretazione letterale dell'art. 81 c.p., contenente il riferimento alla 'violazione più grave' e non alla 'pena più grave', espressione quest'ultima che sarebbe stata più appropriata, qualora il legislatore avesse voluto attribuire alla pena da infliggere in concreto - tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 c.p. -l'efficacia determinatrice della più grave violazione».

[68] Significativa è ad es. Cass. pen., sez. III, sent. 27 aprile 2016, n. 17189. Per quanto rileva ai presenti fini, i giudici ritengono manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*nonies* c.p. che prevede in sostanza una pena accessoria perpetua "in ogni caso" ivi contemplato (cfr. «La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-octies e 609-undecies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609-quater e 609-quinquies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori»; da leggersi in combinato con l'art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p.: «Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria». I giudici difendono la scelta legislativa considerandola ragionevole perseguendo un interesse pubblico meritevole di protezione. I riferimenti espressi alla volontà del legislatore, come quelli congiunti alla *ratio* della norma, costituiscono una sintetica parafrasi della motivazione di Cass. pen., sez. III, sent. 28 maggio 2012, n. 20292. Quest'ultimo approfondisce la novella dell'art. 609-*nonies*, co. 1 e 3, c.p. introdotto dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38 per verificare se la nuova norma abbia inteso derogare all'art. 445 c.p.p. contemplando l'obbligatorietà delle pene accessorie anche nel caso in cui la pena applicata non superi due anni. La risposta è affermativa ed è motivata mediante un ulteriore precedente (Cass. pen., sez. III, sent. 5 novembre 2009, n. 48526). Qui sta il "cuore" della motivazione: «Si deve anche rilevare che tale modifica si appaleserebbe inutile ove il legislatore avesse inteso fare effettivamente riferimento solo alle ipotesi di "patteggiamento allargato" in quanto, nel caso in cui la pena inflitta superi i tre anni, l'art. 445 c.p.p. autonomamente già contempla l'applicazione delle pene accessorie, escludendole, al comma 1, solo per il caso in cui la pena patteggiata non superi i due anni. E dunque - tenuto anche conto dello spirito della riforma intervenuta nel 2006 – si deve ritenere, in conformità a quanto sostenuto dal procuratore ricorrente, che a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 8 citato, per i reati di violenza sessuale si sia in realtà inteso derogare alla regola generale, rendendo obbligatoria l'applicazione delle pene accessorie indicate nell'art. 609 nonies c.p. anche nel caso in cui la pena concordata non superi i due anni». L'argomento della deroga viene dai giudici successivi

Tra questi in particolare il fattore tempo è tendenzialmente importante, e talvolta decisivo. Immaginare una metamorfosi lineare tra l'uno e l'altro polo con l'andar del tempo sarebbe senz'altro semplicistico. A titolo orientativo, tuttavia, per un verso, conferma la concezione e ideologia classica di distribuzione dei poteri tra legislativo e giudiziario (vale a dire la concezione declamata dalla stessa giurisprudenza secondo cui la stessa non è fonte del diritto)[69]; per altro verso, spiega il cosiddetto diritto vivente, cioè la progressiva emancipazione della giurisprudenza[70]. A mano a mano che l'intervento legislativo diviene meno recente si riduce anche la deferenza verso il relativo potere.

Oltre al fattore tempo, la ricerca empirica mostra la rilevanza di fattori istituzionali nella metamorfosi dal legislatore concepito *uno actu* al legislatore assimilato (dalla/nella giurisprudenza). Ad esempio, influisce sulle attitudini dei giudici verso il legislatore il fatto di trovarsi in un contesto di riforma complessiva di una disciplina[71], o che il problema ermeneutico-applicativo sia puntuale, legato a un sintagma, un comma o una disposizione[72].

---

presentato sotto forma di *ratio* / volontà del legislatore nel senso di irrigidire il quadro sanzionatorio a maggior tutela dei minori vittime di delitti di violenza.

[69] Vedi Cass. pen., sez. III, sent. 20 giugno 2025, n. 23110 sulla interpretazione della giurisprudenza quale fonte del diritto, nomofilachia, *overruling* in ambito penale con un significativo travaso dal contesto civile.

[70] Ad esempio Cass. pen., sez. IV, sent. 9 novembre 2022, n. 42262 a proposito del requisito della «autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi» di cui all'art. 292 co. 1, lett. c), c.p.p. Richiama il "diritto vivente" (con relativi precedenti) secondo cui «impone al giudice di esplicitare le ragioni per cui egli ritiene di poter attribuire al compendio indiziario un significato coerente all'integrazione dei presupposti normativi per l'adozione della misura, ma non implica la necessità di una riscrittura 'originale' degli elementi indizianti o di quelli riferiti alle esigenze cautelari». Secondo i giudici, sempre sulla base di precedenti, è ammissibile trasporre in maniera pedissequa profili espositivi del fatto come indicati nella richiesta del pubblico ministero: la «tecnica del c.d. copia-incolla non è *ex se* indicativa di una mancanza di autonoma valutazione del giudice della cautela; il concetto di autonoma valutazione espresso dal legislatore non può che essere inteso come valutazione "non condizionata" che è cosa ben diversa da una valutazione 'non conforme'».

[71] Ad es. Cass. Pen., sez. I, sent. 25 febbraio 2022, n. 6925 a proposito della modifica dell'art. 10, co. 1e 2 ord. pen. (L. 26 luglio 1975, n. 354 e s. m. e i.) a opera del D.Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, art. 11, comma 1, lett. c), afferma, sulla scorta di precedenti, che sono «illegittime le disposizioni che, con riferimento ai detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato di cui alla L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, limitano a una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-quater dell'art. 41-bis citato, all' interno delle sale destinate alla socialità, dovendo la permanenza all'aperto e la socialità essere tenute distinte, in quanto preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati». Il testo previgente prevedeva: «Ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta. Tale periodo di tempo può essere ridotto a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali»; quello novellato: «Ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere all'aria aperta per un tempo non inferiore alle quattro ore al giorno. Per giustificati motivi la permanenza all'aperto può essere ridotta fino a due ore al giorno con provvedimento del direttore dell'istituto». S'aggiungeva un problema ermeneutico collegato circa l'art. 14-*quater*, co. 4, lett. f), introdotto dal 2004 e non modificato nel 2018: «… la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10 …», nonché all'art. 41-*bis*, co. 2-quater, lett. f), per l'inciso «ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10», ossia la natura di tale rinvio (recettizio-fisso o non recettizio-mobile). I giudici richiamano le presunzioni sul rinvio sancite dalla giurisprudenza costituzionale, per rammentare che non sono presunzioni decisive «spetta[ndo] all'interprete indagare sull'intento del legislatore, al fine di stabilirne, nel caso concreto, la natura». Il rinvio viene considerato non recettizio (i.e. mobile e non abrogato) sulla base di argomenti sistematici. A titolo di completezza, la Corte Costituzionale, con sentenza 25 febbraio - 18 marzo 2025 (in G.U. 1ª s.s. 19/03/2025, n. 12), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), primo periodo, ord. pen. Proprio limitatamente all'inciso «ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10».

[72] Ad es. Cass. Pen., sez. I, sent. 27 giugno 2019, n. 28223 in tema di espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione ai sensi del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 16, co. 5, fa riferimento a precedenti, in ottica di interpretazione conforme euro-unitaria/CEDU, per affermare che le cause ostative alla sua applicazione, *ex* artt. 19, co. 1 e 2, non hanno natura tassativa. Ma, poi, nell'esaminare esattamente la lett. c), co. 2, art. 19 (rapporto di convivenza tra il soggetto espellendo e il coniuge o il parente entro il secondo grado di nazionalità italiana), afferma che «l'inevitabile conflitto esistente tra l'interesse pubblico sotteso all'espulsione, costituito dall'esigenza di ridurre la condizione di

Un altro aspetto istituzionale influente è la gerarchia delle fonti e, più precisamente, dei poteri che vengono in rilievo: il legislatore, come noto, non è "isolato" né illimitato e in molte circostanze non è nemmeno il potere di produzione normativa preminente. Il legislatore viene idealizzato tenendo conto di questi condizionamenti e la sua razionalità viene conformata di conseguenza[73].

Influiscono sull'ideale-razionale del legislatore anche la considerazione di principi generali o schemi di ragionamento consolidati per prassi giurisprudenziale come il principio delle *lex specialis*[74]. Vista la radice logica del ragionamento basato su genere prossimo e differenza specifica[75], e la sua ricaduta sistematica, esso ben si presenta a supportare concezioni ideali-razionali del legislatore.

Anche a prescindere dai richiami espliciti alla deroga, alla *lex specialis* o comunque al rapporto tra norme speciali e generali, i giudici mostrano di ragionare tipicamente in chiave sistematica. Questo a prescindere, vuoi che il sistema di riferimento sia o appaia ai loro occhi frammentario, armonico, esteso o circoscritto. Si noti che procedere in chiave sistematica non impedisce alla fine del ragionamento, di pervenire a conclusioni a-sistematiche (erratiche o confliggenti con il sistema). Esiti di questo genere comunque presuppongono un sistema di partenza. Usando una coppia concepita ad altro proposito (processo *vs* prodotto), come nel caso della interpretazione non vi sono automatismi tra processi e prodotti, così si può ragionare secondo una mentalità sistematica, per pervenire a esiti contrari al sistema. Anche per opporsi occorre pur sempre avere un bersaglio![76]

Un altro principio giurisprudenziale rilevante dal quale gemma una certa concezione di legislatore ideale-razionale è quello "guida di redazione dei testi normativi, secondo cui di regola l'unità base dell'atto normativo è l'articolo e i commi hanno autonomia concettuale nei limiti del criterio della progressione logica degli argomenti trattati"[77]. Come è evidente, questo principio – oltre ad ascrivere

---

sovraffollamento penitenziario nei confronti dei soggetti ritenuti, in ragione del titolo di reato, di minore pericolosità sociale, e quello connesso alle relazioni familiari e ai diritti dei componenti del nucleo è stato già risolto, nell'esercizio di una non irragionevole scelta di politica giudiziaria, dallo stesso legislatore, che ha definito specificamente le condizioni in presenza delle quali l'interesse all'adozione del provvedimento di espulsione può ritenersi recessivo».

[73] Ad esempio, la intenzione del legislatore nazionale è desunta, per la interpretazione-applicazione delle leggi interne di ratifica dei trattati, dal contesto internazionale di partenza. Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 14 giugno 2022, n. 23132 che fa propria la motivazione del precedente delle Sezioni Unite (Cass. pen., S.U., 31 gennaio 2013, n. 18374). L'ambito di applicazione dell'aggravante della transnazionalità rispetto alle fattispecie associative, oltre che ai reati-fine, è determinata sulla base degli scopi perseguiti dalla comunità internazionale con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12 - 15 dicembre 2000) e ratificata dall'Italia con la L. 16 marzo 2006, n. 146.

[74] Si veda ad es. Cass. pen., sez. III, sent. 13 marzo 2019, n. 10954 che si cimenta con un "caso facile" relativo all'ambito applicativo dell'art. 448 co. 2-*bis*, c.p.p., introdotto dalla Legge 23/06/2017, n. 103 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario». La disposizione è concepita come norma speciale derogatoria prevalente su quella generale di cui all'art. 606, co. 1, c.p.p. Si noti che, in questo caso, l'intervento si situa nel contesto della riforma, che contempla anche una specifica disciplina transitoria (comma 51) proprio per la disposizione novellata (comma 50). Su queste basi, di natura essenzialmente sistematica e "storica", i giudici considerano la scelta del legislatore razionale, ponderata e chiara; nel frangente, i riferimenti a precedenti, pur citati, e pochi vista la recenza, svolgono un ruolo argomentativo marginale.

[75] Lo schema si basa sulla relazione di inclusione logica tra classi: cfr. per approfondimenti, S. ZORZETTO, *La norma speciale*, ETS, Pisa, 2010.

[76] Questa è una caratteristica generale del mondo normativo. Agire in funzione di norme, deviarvi e violarle, presuppone che una norma vi sia: P. DI LUCIA, *Agire in-funzione-di-norme*, in A.G. Conte, P. Di Lucia, A. Incampo, G. Lorini, W. Żełaniec, *Ricerche di filosofia del diritto*, a cura di L. Passerini Glazel, Torino, Giappichelli, 164-178.

[77] Cass. pen., sez. I, sent. 18 giugno 2015, n. 25870 a proposito delle modifiche apportate alla disciplina della liberazione anticipata speciale in sede di conversione, con L. n. 10 del 2014 al D.L. n. 146 del 2013. Per quanto, come si è visto *supra*, la formulazione del testo normativo, a seguito degli emendamenti, secondo i giudici, «non può dirsi felice» nel senso che dà luogo a interpretazioni disomogenee, i giudici fanno leva sul principio dell'unità della disposizione e sull'"intenzione del legislatore" e "obiettiva *intentio legis*" desunti dal confronto testuale tra disposizione del d.l. non convertito e legge di conversione. Si noti che il principio viene ricavato da una concatenazione di precedenti e considerato espressivo di «insuperabili esigenze di tenuta sistematica» (Cass. pen., sez. I, sent. 12 maggio 2016, n. 19816 e Cass. pen., sez. I, sent. 25 marzo 2015, n. 12575; Cass. pen., sez. I, sent. 19 dicembre 2014, n. 3130).

al legislatore un certo ideale di razionalità linguistica – poggia su un ideale di diritto logico-razionale, in cui si assume che il diritto dovrebbe essere costruito (e, dunque, interpretarsi e applicarsi) in modo ordinato, coerente e secondo consequenzialismo logico.

I giudici attribuiscono intenzioni al legislatore anche muovendo dalla cultura giuridica tradizionale. Istituti e costruzioni dogmatiche consolidate o comunque ritenute vigenti sono utilizzate come puntelli per sostenere una data intenzione del legislatore. Sebbene, anche in questo caso, non vi siano automatismi, salve prove contrarie esplicite, tendenzialmente si presume che la legislazione si conformi e sia congruente alle costruzioni dogmatiche[78].

4.4. *Dimensioni espressa/inespressa*

Un aspetto saliente trasversale alla casistica è dato dalla rilevanza della prova di sostituzione o per differenza. In ciò, i giudici mostrano sensibilità semiotica e di dare peso notevole alle parole e alle differenze lessicali[79]. Di qui, la già accennata rilevanza di ragionamenti che in senso lato seguono uno schema "contro-fattuale". Essendo in discussione questioni interpretative, in realtà i "fatti" sono più propriamente assunzioni linguistiche e, più esattamente, pragmatiche.

Il ragionamento si fonda su premesse di razionalità linguistica che attengono essenzialmente al fenomeno della ridondanza[80]. Vale a dire, semplificando moltissimo, cosa è necessario dire/non dire espressamente per soddisfare gli obiettivi comunicativi[81].

---

[78] Ad esempio Cass. pen., sez. IV, sent. 16 marzo 2020, n. 10237 e Cass. pen., sez. IV, sent. 12 febbraio 2014, n. 6811 si rifanno a precedenti per ribadire che la riparazione per ingiusta detenzione non ha natura di risarcimento del danno ma di semplice indennità o indennizzo: «il legislatore, se avesse voluto intendere la riparazione dell'ingiusta detenzione come risarcimento dei danni, avrebbe dovuto richiedere, per coerenza, l'onere per il danneggiato di fornire la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo, fondante la responsabilità per colpa o per dolo, nelle persone che hanno agito e dell'entità dei danni subiti». I giudici "approvano" la scelta del legislatore perché un onere probatorio aggravato, quale quello del risarcimento del danno rispetto all'indennizzo, ridurrebbe le possibilità di effettivo ristoro.

[79] Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 4 luglio 2019, n. 29300 a proposito della interpretazione della lett. f), co. 2-*quater*, art. 41-*bis* ord. pen. «adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti». La decisione si basa sul richiamo al principio sancito da un precedente (caso Guarino) nonché sulla sintassi. Secondo i giudici, sarebbe stato «dimostrato sulla base del costrutto sintattico e dell'uso della punteggiatura nella disposizione normativa che il divieto di scambio di oggetti ha portata generale e che, pertanto, non è ammessa una diversa interpretazione che ne restringa l'ambito applicativo al caso di eterogeneità dei gruppi di socialità. Il Legislatore ha inteso escludere, con scelta non sindacabile in quanto non irragionevole, che lo scambio di oggetti, sia pure all' interno dello stesso gruppo di socialità, possa essere utilizzato come forma di comunicazione non verbale e, come tale, di assai più difficile leggibilità nello svolgimento dei necessari controlli a cui i detenuti sono sottoposti». In questa decisione, «Non si ravvisano, pertanto, le premesse per assecondare interpretazioni che, in nome dell'esigenza di conformità costituzionale, si pongano in contrasto con il testo normativo il quale, nel significato espresso dal senso letterale delle espressioni di cui si compone, detta un divieto ragionevole e compatibile con la finalità precipua del regime detentivo di cui all'art. 41-bis Ord. Pen.». Si noti che lo stesso anno 2019 la stessa Sezione I, con Cass. pen., sez. I., ord. 29 maggio 2019, n. 43436 sollevava questione di costituzionalità proprio sul punto, richiamando la stessa giurisprudenza Guarino, considerando il dubbio di costituzionalità sul dato letterale (espressivo della intenzione del legislatore) non manifestamente infondato. Poi la Corte Costituzionale, con sentenza 5 - 22 maggio 2020, n. 97 (in G.U. 1ª s.s. 27/05/2020, n. 22), ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata "la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti" anziché "la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità"».

[80] Per un approfondimento, v. ad es. S. ZORZETTO, *Repetita Iuvant? Sulle ridondanze nel diritto*, Giuffrè, Milano, 2016.

[81] Ad esempio, Cass. pen., sez. II, sent. 16 luglio 2019, n. 31281: a proposito della locuzione "entro dieci giorni dalla ricezione degli atti", introdotta al comma 5-*bis* dell'art. 311 c.p.p. nel 2015, per la decisione nel giudizio di rinvio in

Nel caso del diritto, gli obiettivi comunicativi sono essenzialmente scopi normativi (di politica del diritto: legislativa e/o giudiziaria)[82]. La logica sottostante è in senso lato teleologica. Senza assumere un obiettivo comunicativo (quale che sia la funzione espressiva: informare qualcuno, descrivere qualcosa a prescindere da riceventi o destinatari, prescrivere, etc.) valutare la ridondanza sarebbe privo di senso, se non impraticabile. Far perno su intuizioni di base su chi vuol dire cosa a chi e a che *pro* è necessario anche solo per chiedersi e, a maggior ragione, per rispondere se e cosa eventualmente cambia tra "concreto" / "concreto e attuale", tra "una volta all'anno" / "ogni dodici mesi", "violazione" / "punizione", "continuano" / "riprendono", e così via[83].

Non è, peraltro, solo un tema di parole o concetti. Come mostra la ricerca, la felicità o meno delle formule con cui i legislatori esprimono le proprie intenzioni (cioè, se i loro discorsi, obiettivi di politica legislativa vanno a segno) dipendono anche enormemente dalla sintassi infra e meta-testuale[84]. Ne sono testimonianza le ambiguità sintattiche e l'ascrizione di significati diversi alla "collocazione" nel testo di qualsiasi grafema, compresi i segni di interpunzione (diverso è «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità»)[85].

Il linguaggio giuridico in ogni epoca tecnicizza, per taluni aspetti, questo fenomeno connaturato al funzionamento delle lingue naturali: ne sono testimonianza proprio i numerosi brocardi o massime, di origine giurisprudenziale/dottrinale, che da secoli percorrono le culture giuridiche. Tra questi vi è l'adagio *ubi (lex) voluit dixit, ubi noluit tacuit*[86].

---

materia di misure cautelari. I giudici basano la decisione sulla adesione a un indirizzo interpretativo (quello *in thesi* largamente maggioritario), di cui richiamano una serie di principi "giurisprudenziali", di matrice sistematica e teleologica. Tra di essi vi è la «finalità che il legislatore del 2015 ha ritenuto di perseguire - tutt'altro che irragionevolmente – con la riforma»: cioè, porre rimedio all'assetto precedente di origine giurisprudenziale sancito dalle Sezioni Unite a partire dal 1996.

[82] Come mostra la ricerca empirica, ed è stato essenziale per la sua realizzazione, si deve considerare che questi scopi sono espressi con una terminologia varia e ambigua che può dare luogo a casi di sovra e sotto-inclusione (fini, finalità, *rationes*, funzioni, obiettivi, scelte, intenzioni, volontà, etc.).

[83] Cfr. ad es. Cass. pen., S.U., sent. 9 luglio 2015, n. 29316, parte del campione censito per le Sezioni Unite con la ricerca, evidenzia che le discussioni sul significato e sulla portata della variazione lessicale da "continuano" a "riprendono" in sede di conversione e nei dossier nel Comitato per la Legislazione sono irrilevanti se si discute non già di successione di norme penali nel tempo (*lex mitior*), bensì di abrogazione e re-incriminazione, per cui diventa decisivo il principio costituzionale d'irretroattività della legge penale incriminatrice.

[84] Un altro caso interessante, censito con la ricerca, relativo alle Sezioni Unite (Cass. pen., S.U., sent. 24 settembre 2018, n. 40982 riguarda la volontà del legislatore in relazione ai commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater* dell'art. 12 T.U. Imm., al fine di comprendere se si tratti di fattispecie autonome di reato o circostanze aggravanti: «in mancanza di una manifestazione espressa della volontà del legislatore», per i giudici, «occorre ricavare tale volontà da indici significativi, elaborati da giurisprudenza e dottrina in mancanza di indicazioni normative sui criteri di distinzione».

[85] Corte cost., sent., 22 maggio 2020, n. 97.

[86] Ad es. Cass. pen., sez. IV, sent. 17 marzo 2016, n. 11402 a proposito delle modifiche apportate all'art. 186 C.d.S., co. 7, introdotto dal D.L. n. 92 del 2008, conv. dalla L. n. 125 del 2008: *i.e.* inserimento del seguente periodo «La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione», in aggiunta al previgente «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c)». La Corte decide facendo propri i principi delle Sezioni Unite che composero il pregresso contrasto giurisprudenziale. Sulla scorta delle Sezioni Unite i giudici ritengono che i due rinvii al comma 2, lett. c) compiuti dai diversi periodi del comma 7 trovino «giustificazione nell'intento del legislatore di mantenere entro limiti edittali più contenuti, in ragione della distinta oggettività giuridica dei reati, la durata della sanzione nell'ipotesi in cui la condotta criminosa non sia strettamente correlata all'utilizzo del veicolo, ma si sostanzi nella frapposizione di un ostacolo»; si nota che l'art. 186-*bis*, inserito dalla L. n. 120 del 2010, art. 33, comma 2, con il quale il legislatore, nell'accentuare la repressione nei confronti di alcune particolari categorie di conducenti indicati, non solo ha previsto il trattamento sanzionatorio della contravvenzione di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici

D'altronde, il brocardo presenta delle varianti: i giudici non mancano di rilevare casi in cui più che darsi «un legislatore volutamente silenzioso», «si è avuto un legislatore che ha parlato in maniera occasionale e poco coerente, offrendo la tangibile sensazione che alcune fattispecie "analoghe" possano essergli sfuggite»[87]. I silenzi – como noto – sono suscettibili d'interpretazioni plurime e anche opposte, così ordinariamente e a maggior ragione nel contesto giuridico.

La ricerca empirica conferma, insomma, che le intenzioni dei legislatori, specialmente ideali-razionali, dipendono in modo importante dalla dimensione implicita del linguaggio giuridico e si costruiscono per comparazione e confronto con quanto risulta espresso. I margini di manovra dei giudici tra "il detto" e "il non detto" sono notoriamente ampi e va ricordato che, dal punto di vista logico, "il detto" costituisce una limitazione.

"Il non detto" di per sé, infatti, si caratterizza per la infinitazione del negativo per cui ha indeterminatezza al massimo grado. Di regola, comunque, "il non detto" si circoscrive in via pragmatica, su base convenzionale usando altri elementi a mo' di siepe concettuale. Per questo, per ascrivere intenzioni oltre il "detto", hanno un peso notevole i ragionamenti dei giudici condotti in chiave sistematica, procedendo per differenze e somiglianze, tra disposizioni diverse[88].

Per quanto la forza di questi argomenti, come noto, sia relativa, ciascuno essendo controvertibile, essi sono indicatori di intuizioni linguistiche e/o presunzioni sull'uditorio. Tali indicatori operano in direzioni potenzialmente opposte. Tanto più le intuizioni sono (di fatto o per ipotesi) robuste e convergenti nel contesto pragmatico specifico, e tanto più fungono da chiusura argomentativa[89]. In

- in gran parte mutuato dall'art. 186, comma 7 - in termini più rigorosi - ma, con immediato rilievo in questa sede, ha stabilito che, qualora non sia possibile confiscare il veicolo perché appartenente a persona estranea al reato, la durata della sospensione della patente di guida (da sei mesi a due anni) è raddoppiata (art. 186-*bis*, comma 6). Ciò significa, per il Supremo Collegio, che «quando il legislatore ha inteso determinare la sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida con limiti edittali superiori rispetto a quelli indicati nell'art. 186 C.d.S., comma 7, lo ha esplicitamente previsto, in tal modo lasciando ragionevolmente presumere che, nella fattispecie in esame, abbia invece operato una precisa scelta e non abbia inteso procedere ad un rinvio ad altra norma».

[87] Vedasi Cass. pen., sez. V, ord. 22 ottobre 2025, n. 34463 e i precedenti ivi citati, in particolare la Sentenza a Sezioni Unite Ricchiuto in tema di impugnazione delle misure di prevenzione. Come noto, il brocardo *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* è considerabile una versione intenzionalista dell'argomento *a contrario* e può servire per interpretare *a contrario* in senso debole o in senso forte. Se lo si usa in senso interpretativo debole, per dire che il legislatore è appunto rimasto silente, si genera una lacuna che è colmabile, ad esempio, mediante un ragionamento analogico (*ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*). L'uso a contrario in senso forte supporta invece la costruzione di fattispecie tassative e norme eccezionali, non estensibili in via analogia (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. 24 settembre 2025, n. 31869 e Cass. pen. S.U., sent. 19 luglio 2012, n. 41461, ivi citate a proposito dell'art. 441-*bis* c.p.p.).

[88] Così, per esempio, ci si orienta per stabilire chi come P.M. ha il potere di impugnare: se qualsiasi pubblico ministero, il procuratore della Repubblica presso il tribunale e il procuratore generale presso la Corte di appello (cfr. artt. 311 e 570 c.p.p.): Cass. pen., S.U., sent. 6 aprile 2023, n. 14840.

[89] Ad esempio, Cass. pen., sez. I, sent. 24 luglio 2023, n. 31904 a proposito del pericolo di reiterazione di cui all'art. 274 c.p.p., co. 1, lett. c. (la versione *post* novella 2015 prevede "concreto e attuale", la versione previgente prevedeva solo "concreto"), ribadisce i precedenti secondo cui "realizza una endiadi, rappresentando essenzialmente un richiamo all'osservanza - da parte del giudice - di un presupposto già presente nel sistema "sub specie concretezza". Secondo i giudici, «[l]a volontà del legislatore del 2015 è animata da un finalismo meramente rafforzativo di un dovere argomentativo già presente nel sistema, posto che un pericolo per dar luogo ad una limitazione della libertà personale deve essere - per logica - concreto ed attuale, pena la negazione della stessa natura della misura cautelare, che è quella di limitarlo. E si limita qualcosa che esiste ora, non qualcosa che potrebbe venire in essere un domani. Piuttosto, l'evoluzione della interpretazione della disposizione di legge in esame si è mossa verso la individuazione dei contenuti del giudizio prognostico, posto che in taluni arresti interpretativi si è menzionata la necessità di valorizzare non solo la concreta capacità di riproduzione della condotta illecita in capo al soggetto, ma anche l'esistenza di 'occasioni prossime' idonee a facilitare la riproduzione del comportamento che si vuole inibire». Come si vede volontà/fini del legislatore sono in realtà epifenomeni e la sostanza è data dagli orientamenti giudiziari di politica criminale.

questi casi, sovente vengono presentate in termini di ragionevolezza nel senso di ovvietà per l'uditorio[90].

Viceversa, quanto più il tasso di ridondanza non è condiviso tra i partecipanti alla pratica linguistica, tanto più è controverso cosa è necessario o no dire e non dire. In questi casi, gli adagi in parola rivelano tutta la loro fragilità sul piano logico e la loro dipendenza pragmatica: il loro uso, nei casi meno conflittuali, determina oneri argomentativi aggravati; nei casi più conflittuali, innesca critiche d'irragionevolezza[91].

Naturalmente, va considerato che nei discorsi giuridici, a differenza che in quelli ordinari, gli scopi o intenzioni dei parlanti vanno intese in senso lato perché i parlanti non sono "persone in carne e ossa": questo non vale solo per i legislatori (nei sistemi parlamentari[92]), ma anche per i giudici. Per motivi giuridico-istituzionali, conta la carica-funzione, non la "persona in carne e ossa" anche in presenza di situazioni monocratiche (che altro non sono che organi unipersonali). Analogamente, le intuizioni linguistiche che emergono dai discorsi giuridici e, in particolare, dalle motivazioni giudiziarie sono diverse da quelle presenti in una conversazione ordinaria. Sono, se si vuole, meta-intuizioni, cioè, sono discorsi dei giudici sulle intuizioni linguistiche che un utente si assume abbia dato in un certo contesto e comunità linguistica (a seconda dei casi, composta da parlanti qualsiasi e/o giuristi). Di qui tra le tante discussioni, ben note, quella sul se i significati letterali debbano intendersi alla stregua dei significati ordinari o tecnico-specialistici, se il senso comune ordinario prescinda dal patrimonio di intuizioni tecnico-giuridiche diffuse in ciascuna società e se quindi i termini ordinari, di uso anche giuridico (come, ad esempio, residenza o abitazione) siano intesi dai parlanti qualsiasi sul serio senza alcuna contaminazione giuridica.

4.5. *Normazione e ragion pratica*

Importa notare la tendenza, da parte dei giudici, ad ascrivere al legislatore intenzioni in molti casi in cui viene in rilievo il modo in cui essi stessi devono procedere: i metodi interpretativi-

[90] Si veda ad esempio Cass. pen., sez. II, sent. 22 dicembre 2017, n. 57295 a proposito della soppressione delle parole "relative ai reati cui la condanna si riferisce" nel comma 1 dell'art. 535 c.p.p., a opera della L. 18 giugno 2009, n. 69. La Corte cita precedenti (i quali, a loro volta, a catena, fanno riferimento ad altri precedenti: cfr. così Cass. pen., sez. V, sent. 22 marzo 2013, n. 28081; Cass. pen. sez. III, sent. 19 maggio 2015, n. 36359; Cass. pen., sez. VI, sent. 25 settembre 2009, n. 39682), per ribadire che la soppressione non è diretta a porre a carico del condannato anche le spese processuali concernenti reati a lui non imputabili, o per i quali non è intervenuta condanna, bensì è conseguenza della soppressione del comma 2. Dalla soppressione, i giudici ricavano che il legislatore abbia considerato superflua la precisazione, contenuta nel comma 1. I giudici pensano che sarebbe "irragionevole" ritenere che «il legislatore abbia voluto per le spese relative a reati connessi o al concorso nello stesso reato modificare la regola di imputazione, sostituendo al vincolo di solidarietà il criterio di accollo 'pro quota' per poi accollare implicitamente all' imputato addirittura le spese per reati per i quali non ha subito condanna». Come si vede, in questa circostanza, il ragionamento prende anche una venatura *a fortiori*.

[91] Ad esempio Cass. pen., sez. V, sent. 24 luglio 2015, n. 32691 a proposito della corretta interpretazione, nel caso di reato permanente, dell'art. 657, comma 4, c.p.p.: «In ogni caso sono computate soltanto la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire». La Corte conferma «il consolidato insegnamento di questa Corte per cui l'istituto della fungibilità delle pene o della custodia cautelare espiate senza titolo non è applicabile ai reati permanenti quando la permanenza sia cessata dopo l'espiazione senza titolo»; sempre sulla base di precedenti e considerando la costruzione dogmatica fatta propria dalla prassi, «in ipotesi di reato permanente, data la sua struttura unitaria, non è possibile operare una scomposizione in una pluralità di reati, anteriori e posteriori alla esecuzione dello stato detentivo rivelatosi senza titolo, e, di conseguenza, non può computarsi la pena espiata senza titolo al reato permanente che si protragga anche oltre tale carcerazione». La "ratio" è prevenire "crediti di pena" che possano agevolare la commissione di fatti criminosi nella consapevolezza della assenza di conseguenze sanzionatorie. Ciò premesso, «allora sarebbe quanto meno singolare (ma invero irragionevole) concludere che il legislatore abbia voluto riservare una disciplina diversa al reato permanente».

[92] Ma non solo: il legislatore – quand'anche incarnato in una sola persona come può avvenire in sistemi monocratici o autocratici – non è comunque *sic et simpliciter* la persona stessa. Chiunque sia, un "sovrano" parla in quanto tale.

argomentativi da utilizzarsi, i propri poteri-doveri di motivazione sia in diritto, sia nell'accertamento dei fatti e nella valutazione probatoria, nonché i poteri e limiti procedurali[93].

In questa opera di auto-delimitazione del potere giudiziario, possono innescarsi corto-circuiti sulle intenzioni dei legislatori: con metamorfosi marcate tra legislatori storici e ideali-razionali.

Si consideri, ad esempio, la questione dell'applicabilità della sanzione processuale della inutilizzabilità prevista *ex* art. 407, co. 3, c.p.p.[94], al caso in cui il P.M. abbia svolto atti di indagine dopo la scadenza del termine senza aver richiesto e ottenuto la proroga del termine scaduto.

Nel 2020, i giudici motivano sulla base di precedenti dando continuità, a loro dire, alla "opzione ermeneutica" sancita a Sezioni Unite (Cass. Pen., S.U., sent. 28 marzo 2006, n. 13040). Per i giudici del 2020, «la previsione normativa di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il termine di durata, ed in assenza di proroga, non trova applicazione nei procedimenti contro ignoti, sulla base dei seguenti, condivisibili, rilievi: la ratio dell'assoggettamento delle indagini a limiti cronologici, nel contesto di uno stretto e penetrante controllo da parte del giudice, è rinvenibile nell'intento di predisporre uno strumento di efficace contrasto di un'eventuale inerzia del P.M., al fine dell'effettivo rispetto del canone di obbligatorietà dell'azione penale; risulterebbe del tutto confliggente con tale prospettiva la sanzione della inutilizzabilità per il compimento di atti di investigazione dopo la scadenza del termine, che, però, consentendo l'identificazione degli autori del reato, realizzano proprio lo scopo voluto dal Legislatore, e cioè la tutela effettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale. Si è conseguentemente ritenuto che, a maggior ragione, si deve escludere l'applicabilità dell'art. 407 c.p.p., comma 3, nell'ipotesi di specie, perché manca un soggetto indagato, portatore di uno specifico interesse alla sollecita chiusura dell'attività d'indagine e perché il compimento di atti di investigazione dopo la scadenza del termine che, come nel caso di specie, consentono l'identificazione degli autori del reato, realizzano proprio lo scopo voluto dal Legislatore e cioè la tutela effettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale. Se si affermasse un principio diverso si creerebbe una differenza tra le due ipotesi ingiustificata e assurda»[95].

Si noti che le Sezioni Unite avevano affrontato la questione della legittimità del decreto con cui il G.I.P., nell'autorizzare il P.M. a proseguire le indagini in un procedimento a carico di ignoti, apponga un termine per il loro svolgimento[96].

Il ragionamento delle Sezioni Unite è tutto nel senso di estendere la disciplina del procedimento contro persone note a quello contro ignoti e ciò sulla base della intenzione del legislatore storico, ricavata dagli indicatori testuali[97] e dai lavori preparatori[98]. Secondo le Sezioni Unite «emerge con

---

[93] Cfr. ad esempio Cass. pen., sez. IV, sent. 7 gennaio 2020, n. 126 a proposito dell'art. 219 C.d.S., co. 3-*ter*: «Quando la revoca della patente di guida è disposta a seguito delle violazioni di cui agli articoli 186, 186-bis e 187, non è possibile conseguire una nuova patente di guida prima di tre anni a decorrere dalla data di accertamento del reato». I giudici decidono sulla base dei loro precedenti, per stabilire che i tre anni devono intendersi decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza. A favore di ciò osservano che «La formula scelta dal legislatore non sembra riferibile agli uffici dell'amministrazione, che si occupano della ricostruzione dei fatti ma rimettono poi necessariamente ogni valutazione al giudice penale». Soprattutto, la soluzione si giustifica in quanto «coerente con le esigenze implicite nel sistema della vigilanza sull'uso della patente di guida, in quanto assicura l'effettività della sanzione amministrativa, evitando contemporaneamente un utilizzo opportunistico delle impugnazioni davanti al giudice penale».

[94] Testualmente: «Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, non possono essere utilizzati gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine per la conclusione delle indagini preliminari stabilito dalla legge o prorogato dal giudice».

[95] Cass. pen., sez. V, sent. 27 gennaio2020, n. 3232.

[96] Cass. pen., S.U., sent. 28 marzo 2006, n. 13040.

[97] Cfr. art. 415, co. 3, c.p.p., introdotto con la riforma del 1999: nel procedimento contro ignoti si «osservano in quanto applicabili» tutte le disposizioni del titolo VIII del libro V relative alla chiusura delle indagini preliminari: la testuale previsione «denota, all'evidenza, la scelta di voler assimilare, fino al limite della compatibilità, la disciplina (della chiusura) delle indagini contro ignoti a quella prevista per le indagini contro noti» (Cass. pen., S.U., sent. 28 marzo 2006, n. 13040).

[98] «Che il rinvio operato dalla norma de qua debba intendersi in questo senso e che, in particolare, ricomprenda l'intero regime sui termini delle indagini […] è confermato in modo decisivo dai lavori parlamentari (già efficacemente

chiarezza che il legislatore del 1999 ha inteso operare un riassetto in senso unitario del regime giuridico dei due tipi di indagine, contro noti e contro ignoti, estendendo al secondo procedimento tutte le norme regolatrici del primo che non siano con esso incompatibili e ampliando corrispondentemente l'area d'intervento del giudice. Con tale scelta si è realizzato (…), l'adeguamento della normativa sulle indagini contro ignoti ai principi espressi dalla Corte costituzionale in ordine all'archiviazione, vista come un istituto diretto sì a evitare la celebrazione di un processo superfluo, ma nel rigoroso rispetto della regola, imposta dallo stesso principio di uguaglianza, dell'obbligatorietà dell'azione penale, implicante che il controllo di legalità effettuato dal giudice, a cui nulla deve essere sottratto, riguardi pienamente anche la "legalità dell'inazione" (sent. 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88). […] Nel sistema così delineato, l'assoggettamento delle indagini a limiti cronologici, nel contesto di uno stretto e penetrante controllo da parte del giudice, risulta evidentemente funzionale non solo al contenimento in un lasso di tempo predeterminato della condizione di chi a dette indagini sia individualmente sottoposto, ma anche all'efficace contrasto di un'eventuale inerzia del p.m., al fine dell'effettivo rispetto del canone di obbligatorietà dell'azione penale».

Confrontando i due casi è evidente che le questioni trattate sono diverse (e il giudice del 2020 ne dà peraltro atto). Le argomentazioni in ambo i casi e per vie differenti riflettono concezioni di politica giudiziaria: un *favor* maggiore o minore rispetto ai poteri dei P.M. circa la intenzione del legislatore del 1999. L'una visione (2020) può apparire una evoluzione dell'altra (2006) con uno slittamento da un legislatore storico (ancora presente nel 2006) a uno ideale-razionale (nel 2020). Quest'ultimo viene costruito essenzialmente sulla base di principi generali e in chiave eticamente orientata.

La rassegna casistica esaminata conferma un altro snodo della dinamica tra potere giudiziario e legislativo. I legislatori e le loro intenzioni sono considerati ragionevoli o non ragionevoli dai giudici in base ad assunzioni di ragionevolezza-razionalità ideal-tipiche tutte interne alla prassi giudiziaria. Nonostante il fenomeno sia noto a tutti, esso merita di essere ricordato perché non è affatto ovvio né necessario. Dipende dall'assetto istituzionale che si è venuto a creare e dagli stili argomentativi delle corti apicali. Così, ad esempio, secondo la giurisprudenza, nel giudizio di cassazione l'imputato non può chiedere la sospensione del procedimento con la messa alla prova di cui all'art. 168-*bis* c.p.[99]; questo si è ritenuto valere anche nei giudizi di impugnazione pendenti alla data di entrata in

richiamati da sez. VI, 12 dicembre 2002, dep. 14 gennaio 2003, n. 2997, P.M. in proc. ignoti) riguardanti la modifica della normativa in discorso e dal nesso che lega tale modifica ai principi espressi dalla Corte costituzionale in ordine all'istituto dell'archiviazione. Dagli atti relativi alla seduta del 30 settembre 1999 dell'Assemblea del Senato risulta, invero, che l'originaria norma contenuta nel corpo dell'art. 415, primo comma, che imponeva ancora di osservare 'in quanto applicabili le disposizioni degli artt. 405, 406 e 407', venne modificata dall'accoglimento di una proposta emendativa del Relatore Pinto, che sopprimeva il riferimento agli artt. 405, 406, 407 e inseriva nell'articolo 415 un comma 2 bis (poi divenuto comma 3), prescrivente l'osservanza, in quanto applicabili, di tutte le 'altre disposizioni di cui al presente titolo': proposta emendativa che – come risulta dall'intervento dello stesso Relatore –, lungi dallo scaturire da dubbi in senso restrittivo circa l'applicabilità degli artt. 405, 406 e 407 al procedimento contro ignoti, aveva invece lo scopo di 'evitare che il solo riferimento' ai detti articoli potesse 'escludere l'applicabilità delle altre disposizioni relative alla fase del procedimento, di cui al titolo VIII dell'intero libro V', in favore della quale, con riferimento all'art. 409, comma 4, aveva avuto modo di pronunciarsi la "Corte costituzionale con la sentenza n. 409 del 1990» (Cass. pen., S.U., sent. 28 marzo 2006, n. 13040).

[99] L'art. 464-*bis* c.p.p. (Sospensione del procedimento con messa alla prova) prevede quanto segue: «1. Nei casi previsti dall'articolo 168-bis del Codice penale l'imputato, anche su proposta del pubblico ministero, può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Se il pubblico ministero formula la proposta in udienza, l'imputato può chiedere un termine non superiore a venti giorni per presentare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. 2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo oppure, nel procedimento di citazione diretta a giudizio, fino alla conclusione dell'udienza predibattimentale prevista dall'articolo 554-bis. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è

vigore di tale istituto (L. 28 aprile 2014, n. 67), «in quanto trattasi di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore e non palesemente irragionevole, come tale insindacabile»[100]. In questo, come in molti altri casi, l'ideale-razionale di legislatore viene espresso in termini di ragionevolezza, e non è qui possibile entrare nella pluridecennale e irrisolta discussione su se e cosa distingua ragionevolezza e razionalità. Importa di più notare che in ogni caso sarebbe irragionevole / irrazionale un legislatore che legiferasse in modo ingiustificato. La circostanza di assumere un legislatore ideale (ragionevole o razionale, poco cambia in proposito) presuppone – come minimo – che delle ragioni purchessia a base della normazione vi siano. E non vi è alcuna incompatibilità, anzi, tra discrezionalità politica e razionalità-ragionevolezza del legislatore. Se c'è un minimo comune denominatore alle varie figure di legislatore ideale – che operi in aree di discrezionalità politica o meno, e in via razionale o ragionevole – è la necessità di giustificazione delle norme.

5. *Conclusioni*

5.1. *Modelli della razionalità legislativa nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale*

Questo articolo si proponeva di analizzare l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale nell'ultimo decennio, alla luce del canone della razionalità del legislatore. Nella prima parte dell'esposizione, i risultati della ricerca empirica sono stati messi a confronto con alcuni modelli teorici di razionalità legislativa.

Gli esiti della ricerca hanno messo in evidenza come l'intenzione del legislatore non abbia un grande impatto quantitativo nelle decisioni analizzate e, soprattutto, come la figura del legislatore sia caratterizzata da elementi astratti e ideali. Infatti, anche nelle argomentazioni in cui ci si riferisce al legislatore storico, la volontà legislativa risulta quasi sempre connotata da elementi ideali. Nello specifico, risulta determinante che nella grande maggioranza dei casi, quando i giudici argomentano secondo l'intenzione del legislatore non richiamano i lavori preparatori o il contesto storico di approvazione della legge, ma fondano il ragionamento sul riferimento ad altre disposizioni e ai precedenti giurisprudenziali.

Tale dato può essere meglio compreso alla luce del modello di razionalità legislativa proposto da Nino: la razionalità del legislatore è una finzione necessaria a mantenere l'unità di un diritto sempre più complesso e variabile, attraverso il riferimento a un'unica volontà che permea l'ordinamento giuridico. D'altra parte, che la stessa intenzione legislativa sia una finzione, è stato già messo in evidenza in letteratura[101]. In questa prospettiva è possibile leggere la rilevanza che assume l'argomento sistematico nella giurisprudenza della Corte di Cassazione penale. Infatti, i risultati generali della ricerca[102] mostrano che molto spesso l'argomento *dell'intentio legislatoris* è utilizzato insieme all'argomento sistematico. Questa tendenza è ancora più marcata nei casi in cui il richiamo alla volontà legislativa fa riferimento a un modello di legislatore ideale-razionale e quando, come si è visto, i criteri di coerenza, ragionevolezza o completezza dell'ordinamento sono citati esplicitamente nel ragionamento giuridico. La stretta connessione fra legislatore razionale e

formulata entro il termine e con le forme stabiliti dall'articolo 458, comma 1. Nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione. [omissis]».

[100] Cass. pen., sez. V, sent. 21 marzo 2016, n. 11910 che richiama *ex plurimis*, Cass., pen., sez. fer., sent. 9 settembre 2014, n. 42318; Cass., pen., sez. V, sent. 9 giugno 2015, n. 35721, Cass., pen., sez. VI, sent. 22 ottobre 2014, n. 47587.

[101] Per esempio, da Max Radin e Claudio Luzzati, cfr. §3.3.

[102] Si rimanda a "L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corte apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca" in questa Rivista.

argomento sistematico è evidente in alcuni casi emblematici, in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore sembra di fatto sovrapporsi ad argomentazioni di tipo sistematico[103].

I modelli dogmatici di razionalità legislativa di Nowak e di Nino hanno dimostrato di avere una capacità esplicativa delle pratiche argomentative dei giudici e delle diverse funzioni che svolge il riferimento al legislatore razionale nelle motivazioni.

Il modello di Nowak, di tipo minimalista, identifica la razionalità legislativa nella capacità di una norma di far sì che i soggetti destinatari realizzino lo stato di cose voluto dal legislatore. Inoltre, anche le norme che sono conseguenza logica o strumentale della norma prodotta dal legislatore razionale, devono essere considerate valide. Questo modello risulta naturalmente molto pregnante quando l'argomento dell'intenzione del legislatore viene utilizzato in chiave teleologica. In particolare, dall'analisi delle decisioni analizzate emerge che in questi casi la presupposizione di razionalità della norma non viene utilizzata per ricostruire la volontà del legislatore, ma per ricavare dall'*intentio* legislativa di tipo teleologico delle conseguenze argomentative.

Il modello di razionalità legislativa proposto da Nino si presenta, invece, più complesso e ricco rispetto al minimalismo di Nowak. Nino propone tredici qualità fondamentali del legislatore razionale, fra cui coscienza, onniscienza, coerenza e precisione del legislatore. Queste ultime caratteristiche si riscontrano in alcune decisioni analizzate, in cui l'intenzione del legislatore è di tipo comunicativo e l'interprete assume la precisione e la chiarezza del linguaggio legislativo quali criteri interpretativi. Come già osservato, questo tipo di operazione è tipicamente svolta nell'ambito di un ragionamento controfattuale. In questo caso, il criterio della razionalità legislativa è funzionale alla ricostruzione della stessa intenzione legislativa.

I criteri di razionalità analizzati nei modelli di Nowak e Nino sono inclusi nella prospettiva massimalista di Atienza, che propone un modello di analisi della razionalità legislativa, costruito a livelli crescenti. Nel modello di Atienza si riscontrano i criteri della precisione e della chiarezza del legislatore (razionalità linguistica), della coerenza e della completezza dell'ordinamento (razionalità giuridico-formale o sistematica) e della efficienza o effettività strumentale delle norme (razionalità strumentale). Infine, l'ultimo livello, della razionalità etica o assiologica si collega al criterio della conformità ai valori costituzionali. Questo livello presuppone una diversa funzione della razionalità legislativa, non limitata a trarre alcune conseguenze dall'intenzione legislativa presupposta (come nel modello minimalista di Nowak), né a ricostruire tale intenzione (come nel caso dell'applicazione di criteri come la precisione linguistica e la coerenza, presenti nel modello di Nino), bensì per giudicare l'accettabilità degli stessi fini della legislazione.

5.2. *Razionalità del legislatore e precedenti giudiziari*

La seconda parte del contributo si concentra sull'uso dei precedenti giudiziari nelle motivazioni, al fine di chiarire ulteriormente la concezione del legislatore razionale emergente dalle decisioni analizzate.

Come sopra osservato, dai risultati della ricerca emerge che i giudici fanno spesso ricorso ai precedenti giurisprudenziali nel ricostruire l'intenzione del legislatore. I richiami alla volontà legislativa rispecchiano una varietà eterogenea d'idealizzazioni del legislatore, la cui figura è sovente un distillato di elaborazioni giurisprudenziali.

Le pratiche argomentative della Corte di Cassazione penale possono essere lette attraverso le categorie del legislatore *uno actu* e del legislatore assimilato. Nel primo caso ci si riferisce alla circostanza, piuttosto rara nel campione esaminato, in cui i giudici fanno riferimento al legislatore razionale senza considerare la giurisprudenza. Per esempio, quando si tratta di novità legislative e quindi non ci sono ancora precedenti sulla questione, oppure quando i precedenti sono usati dai

[103] Cfr. §2.2.

giudici come argomenti laterali o da respingere. La seconda ipotesi, denominata del legislatore assimilato è, invece, molto più frequente e consiste nel ricostruire la volontà del legislatore attraverso il richiamo a reti o catene di precedenti giudiziari. In questo modo, soprattutto quando si tratta di istituti consolidati, in cui la giurisprudenza è copiosa, la figura del legislatore è idealizzata dall'interprete, sulla base delle opinioni e degli ideali di razionalità elaborati da altri giudici.

Un fattore determinante è costituito dal tempo trascorso dall'entrata in vigore di una disciplina, per cui, applicando uno schema semplificato, il legislatore *uno actu* nel tempo tenderebbe a diventare legislatore assimilato, attraverso la progressiva emancipazione della giurisprudenza e l'evolversi del diritto vivente rispetto all'intervento legislativo. Sebbene si tratti di una visione scarnificata di un fenomeno ben più complesso, questa ricostruzione è coerente con il principio di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, che del resto costituisce il fondamento ideologico dell'argomento secondo l'intenzione del legislatore.

L'analisi mette in evidenza, anche da questo punto di vista, come la ricostruzione della volontà legislativa attraverso i precedenti giudiziari, rimane ancorata al riferimento all'ordinamento giuridico, utilizzando argomenti che si riferiscono al criterio gerarchico, di conformità o di specialità e, quindi, a uno schema argomentativo sistematico[104]. Il confronto fra norme avviene in diversi casi attraverso il riferimento a un ideale di razionalità linguistica, in cui assume massima rilevanza la formulazione letterale della disposizione, valorizzando eventuali ridondanze e differenziazioni nel lessico giuridico. In particolare, la dimensione implicita del linguaggio - il non detto - diventa spesso elemento centrale per determinare l'*intentio legislatoris*, anche se questo tipo di operazioni, ampiamente discrezionali, sono sempre inserite in una concatenazione di argomentazioni di tipo sistematico.

In conclusione, l'argomento dell'intenzione legislatore appare irriducibilmente connotato da forme di idealizzazione, decifrabili secondo diversi modelli di razionalità legislativa. Dalla razionalità di tipo strumentale rispetto allo scopo della norma, alla razionalità linguistica che si collega a ragionamenti di tipo sistematico, fino a una razionalità "giurisprudenziale", secondo logiche del tutto interne alla prassi giudiziaria. In ogni caso, il paradigma del legislatore razionale si inscrive nella dimensione giustificativa del diritto, sia dal punto di vista dell'organo legislativo e quindi alle motivazioni/giustificazioni della legge, che dalla prospettiva del giudice e della giustificazione della decisione giudiziaria. Occorre tuttavia sottolineare una differenziazione: mentre nell'attuale cultura giuridica, la decisione giudiziaria è caratterizzata dalla necessità di motivazione razionale, lo stesso non può dirsi della legislazione. Per tale ragione la motivazione/giustificazione della legge è molto meno evidente e finisce talvolta per essere attribuita al legislatore dall'interprete sulla base di percorsi argomentativi che sono inerenti a una logica razionale-giudiziaria e in ultima istanza, funzionali a legittimare la decisione.

[104] La ricerca corrobora le analisi meta-giurisprudenziali che da tempo mettono in luce nell'argomentare dei giudici i collegamenti tra intenzione del legislatore, suoi scopi (c.d. *rationes*) e le plurime tecniche di "interpretazione sistematica". Si può notare dagli usi dei precedenti che l'interpretazione sistematica appare talora "servente" rispetto all'intenzione del legislatore e, altre volte, vale viceversa, essendo plurime le possibili combinazioni tra l'una e l'altra anche a seconda della sottesa nozione di 'sistema': sul punto si v. lo studio di V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. pp. 85-87 e 169 ss.

Valentina Calderai

La mappa e il territorio. Note sull'intenzione del legislatore nel diritto privato

SOMMARIO: 1. La volontà del legislatore in un'indagine quantitativa. – 2. La mappa tardo-novecentesca. – 3. Quattro itinerari nella giurisprudenza di legittimità. – 4. L'intenzione del legislatore in un ordinamento policentrico.

Building on the findings of the PRIN research project Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning, this paper offers a qualitative, diachronic, and institutional analysis of the role of legislative intent (IdL) in Italian private law. Quantitative data from the Civil Court of Cassation (2014–2023) depict legislative intent as a predominantly auxiliary argument, employed in a communicative function with reference to the historical legislator. The paper takes this map as a starting point for a ground-level inquiry into the case law of the Court, tracing four itineraries across areas shaped by major reforms: corporate law, employment law, adoption, and competition law. The case analysis reveals a significant gap between the late-twentieth-century theoretical framework on the relationship between the Civil Code and special legislation. Historical legislative intent does not always guide the self-integration of special law; in certain cases, it is neutralised by the ab auctoritate reasoning, embedded in the doctrine of «diritto vivente»; while in EU-derived law it appears redundant in light of the principle of effectiveness developed by the Court of Justice. The reasons for this gap lie in the polycentric configuration of the legal order, driven by European integration and the European Convention on Human Rights: a legal order in which the differentiation of normative systems intertwines with the differentiation of law-making centres, principles are distributed across a constellation of national and supra-national instruments, and legal interpretation takes on the character of the opera aperta. In this context, legislative intent in its objective sense (ratio legis) retains an important role but has lost its primacy, while historical legislative intent is now arguably relevant only in the case of individual-measure statutes (leggi-provvedimento).

1. *La volontà del legislatore in un'indagine quantitativa*

I risultati del progetto PRIN *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning* disegnano una mappa esaustiva dell'impiego dell'argomento dell'intenzione del legislatore (IdL) nelle corti di massima istanza nel decennio 2014-2023, utilissima alla riflessione teorica e applicativa.

Per quanto riguarda la Cassazione civile, le chiavi di ricerca hanno permesso di estrarre 337 decisioni (5-7% del totale) che fanno uso effettivo dell'IdL. La distribuzione per peso mostra che l'argomento occorre in funzione concorrente (67,5%) più che determinante (18,3%). In una percentuale significativa di casi (14,2%) l'interpretazione secondo l'intenzione è ritenuta non persuasiva o soccombe ad altri argomenti interpretativi. Il "legislatore" è quasi esclusivamente quello storico (94,4%), mentre l'intenzione comunicativa prevale su quel che bettianamente[1] potremmo definire l'intento pratico o la *ratio legis* (64,6% contro 35,4%).

Quanto alle fonti sulla base delle quali l'intenzione è costruita, la giurisprudenza domina con il 28%, seguita dal significato di altre disposizioni (17,1%), dai lavori preparatori (8,3%), dalla storia

[1] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, p. 261 e ss.: «L'intenzione del legislatore sta qui a designare […] lo scopo pratico che la legge si propone di conseguire: fuor di metafora e a prescindere da ogni mitica personificazione o finzione, l'intenzione del legislatore sta ad indicare il problema pratico, del quale la norma da interpretare rappresenta la soluzione. […] Lo scopo o problema pratico risolto è anche ciò che si designa come ratio legis […]».

legislativa (% 6,1)[2]; nel 23% dei casi manca l'indicazione della fonte. Nel 95,7% dei casi, infine, il ricorso all'argomento intenzionalista non è espressamente giustificato e l'art. 12 disp. prel. c. c. è citato solo sporadicamente[3].

In sintesi, la mappa dell'IdL restituisce l'immagine di un argomento prevalentemente ausiliario, utilizzato in funzione comunicativa, al fine di precisare il risultato dell'interpretazione testuale, con riferimento al legislatore "storico". Una ulteriore elaborazione dei dati potrebbe forse mettere in luce uno spazio di indeterminazione tra IdL e altri argomenti interpretativi. Dal report sulla Cassazione civile si evince ad esempio che in pressapoco un quarto dei casi manca l'indicazione della "fonte" dell'intenzione: questo dato, combinato con la casistica, minoritaria ma significativa (35,4%), in cui l'intenzione denota la *ratio* o il risultato pratico della legge, potrebbe corrispondere a un'area in cui l'IdL si risolve in sostanza alternativamente nell'argomento teleologico o nell'argomento testuale[4].

2. *La mappa tardo-novecentesca*

In queste pagine, tuttavia, non mi occuperò di aspetti quantitativi. Invece, vorrei imbastire sui dati messi in luce dal rapporto sulla Cassazione civile una riflessione di carattere qualitativo, diacronico e istituzionale. Per definizione, infatti, i dati aggregati non catturano le variabili rilevanti sul "terreno", che pure esercitano una influenza notevole sulla scelta, sul peso relativo, sulla forza persuasiva degli argomenti. Tali variabili possono essere grossolanamente suddivise in variabili materiali, relative alla dialettica tra il diritto formalmente in vigore e rapporti sociali, e variabili istituzionali, relative all'assetto dei poteri tra i soggetti coinvolti nella produzione del diritto e alla organizzazione delle fonti. A queste ultime sono dedicate le riflessioni che seguono.

Il confronto a distanza tra due classici restituisce le coordinate fondamentali della "mappa" del diritto italiano tardo-novecentesco sull'interpretazione giudiziale, al cui rispetto misurare le continuità, gli scostamenti, le rotture. Giovanni Tarello, filosofo e storico dell'età della codificazione, fissa l'acme dell'IdL nell'Ottocento, nella breve stagione della saldatura tra affermazione dello Stato di diritto nazionale, principio di legalità, positivismo legalista: «nei casi in cui l'aderenza alla lettera avrebbe provocato contraddizioni [...] si riteneva potesse farsi luogo, con cautela, anche ad una

[2] L'analisi delle decisioni delle sezioni semplici, condotta su un campione di 341 provvedimenti estratti da oltre 305.000, conferma sostanzialmente questo dato, con una accentuata prevalenza della giurisprudenza (41,4%) e la sostanziale irrilevanza dei lavori preparatori (1,3%).

[3] Il confronto con la giurisprudenza costituzionale restituisce tratti comuni e differenze significative. L'argomento intenzionalista occorre in 497 decisioni su un totale di 2.772 (17,9%). Anche qui domina il legislatore storico (97,2%), con prevalenza dell'intenzione comunicativa (63,7%). La differenza più marcata riguarda le fonti: il «significato di altre disposizioni» – ivi inclusi i riferimenti alla Costituzione, al diritto dell'UE e alle fonti internazionali (particolarmente la CEDU) – rappresenta il 76,5% delle occorrenze, mentre i lavori preparatori, inclusi quelli dell'Assemblea costituente, si arrestano al 6,4%. Quanto alla giustificazione, emerge una differenza importante: i principi e valori dell'ordinamento costituzionale rappresentano il riferimento prevalente (429 casi), mentre l'art. 12, disp. prel. c.c., è citato in sole 10 decisioni, a conferma della centralità del bilanciamento tra principi nel sindacato di costituzionalità. L'IdL risulta concorrente nell'83,1% dei casi e determinante in appena 18 decisioni.

[4] Tra le tante: Cass. civ. n. 3276/1979: «Ai lavori preparatori può riconoscersi valore unicamente sussidiario nell'interpretazione di una legge, giacché – se da essi possono trarsi elementi giovevoli, ai fini dell'individuazione del significato precettivo di singola disposizione normativa e della ratio che le giustifica – l'utile ricorso ai lavori preparatori, trova tuttavia un limite in ciò che la volontà da essi risultante non può sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge, quale emerge dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (voluntas legis), da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (voluntas legislatoris)». Analogamente, quando la Consulta ricostruisce l'intenzione del legislatore con riferimento al significato di altre disposizioni dell'ordinamento (la Carta, il diritto europeo, il diritto internazionale, le leggi di settore) la volontà legislativa è il risultato di un'inferenza fondata sull'argomento sistematico.

interpretazione e spiegazione secondo la mente del legislatore storico [...] usando sia l'indagine dei lavori preparatori, sia anche la tecnica, che nasce in questo clima, del cosiddetto "combinato disposto" di più articoli» [5]. Per Natalino Irti, civilista e teorico della de-codificazione, l'IdL conosce una fase di espansione in coincidenza con l'ascesa dello Stato regolatore novecentesco e la proliferazione delle leggi speciali, organizzate in sistemi autonomi, secondo una logica di razionalità strumentale: «l'intenzione del legislatore è tutt'uno con questa scelta di scopi: non – si badi – in una 'ratio' generale, comune all'intero sistema o a gruppi organici di istituti, ma in un singolo e specifico scopo»[6].

L'apparente contrasto si scioglie considerando che gli Autori rammentati utilizzano l'IdL in due diverse accezioni e cioè, rispettivamente, l'intenzione di un legislatore storicamente determinato e l'intenzione obbiettivata nella *ratio legis specialis*[7]. Da questa acquisizione discende una variabile rilevante. I modi di concretizzazione dell'IdL dipendono anche dall'assetto delle fonti del diritto: detto altrimenti, le fonti controllano l'uso degli argomenti. La volontà del legislatore storico si è affermata infatti come tecnica di soluzione delle ambiguità, delle oscurità, delle antinomie risultanti dall'interpretazione letterale della legge nel quadro della grande semplificazione delle fonti realizzata dai codici di prima generazione sotto l'impulso di sovrani assoluti[8]. Presto, tuttavia, l'idea (e l'ideologia) secondo la quale è prerogativa della scienza giuridica indagare, sviluppare, trasmettere la conoscenza delle categorie ordinanti del diritto civile ha ripreso il sopravvento: il BGB è il culmine della reazione sapienziale, condotta a colpi interpretazione sistematica, al tentativo di affermare la prerogativa del legislatore sul diritto privato[9]. Il Codice civile italiano del 1942 si inscrive in quella tradizione e questa è, in ultima analisi, la ragione per cui ancora oggi l'IdL ha un ruolo trascurabile nell'interpretazione giudiziale degli istituti classici del diritto civile: proprietà, successioni, obbligazioni, contratto, fatto illecito. La funzione prevalentemente ancillare (più che determinante) dell'IdL nel rapporto sulla Cassazione civile corrobora dunque l'ipotesi del declino dell'argomento della volontà del legislatore storico nell'interpretazione del Codice civile formulata da Giovanni Tarello. Il Codice è il luogo elettivo dell'argomento sistematico in sinergia con l'interpretazione testuale: l'interprete argomenta in termini di coerenza dei risultati dell'interpretazione rispetto alle categorie del diritto civile, di ordine relativo delle disposizioni, di relazioni (coerenza, compatibilità, specialità, gerarchia) tra istituti e tra norme – nella cornice di orientamenti giurisprudenziali. L'intenzione del legislatore cede alla razionalità oggettivata nel testo e validata dalla giurisprudenza.

Per converso, svolgendo il filo del ragionamento di Natalino Irti, ci aspetteremmo d'incontrare l'IdL, intesa come *ratio legis*, in chiara posizione di preminenza nella casistica sull'interpretazione delle leggi speciali. Una ricognizione del territorio restituisce tuttavia risultati ambivalenti, irriducibili

[5] G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 403 ss., 411 ss.

[6] N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Roma-Bari, 1994[4], p. 17.

[7] Seguendo G. TARELLO, *Introduzione al linguaggio precettivo*, in *Diritto*, cit., 143 ss., 167 ss., diremo che enunciazioni diverse l'enunciato «Nell'applicare la legge si deve attribuire il senso fatto palese dalla intenzione del legislatore» esprimono proposizioni diverse, secondo che l'espressione «intenzione del legislatore» sia intesa in senso 'storico' o in senso 'obbiettivo-funzionale'.

[8] L'osservazione di FRITZ SCHULZ, *History of Roman legal science*, Oxford, 1953[2], trad. it., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 512, a proposito del diritto romano post-classico – «Sotto una monarchia assoluta tutto il diritto tende ad essere pensato come un precetto regio» – descrive bene quel che accadde in Francia al principio del XIX secolo, a dispetto del fatto che nella percezione dei giuristi l'incorporazione del diritto romano-comune razionalizzato nel Code Napoleon non avesse al principio il senso di un esproprio consumato a danno delle fonti sapienziali: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1957, p. 66 ss.; P. Grossi, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del Diritto)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 1 ss.

[9] B. WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektoratsrede 1884)*, in *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p. 100 e ss.

a uno schema unitario. Proverò a illustrarli attraverso quattro itinerari scelti "a campione" nella giurisprudenza di legittimità in settori segnati da incisive riforme: società commerciali, lavoro subordinato, adozione, concorrenza.

3. *Quattro itinerari nella giurisprudenza di legittimità*

Nei primi anni del secolo, un importante intervento legislativo ha, com'è noto, radicalmente modificato l'assetto del diritto societario italiano, all'insegna dell'ampliamento dell'autonomia statutaria, della semplificazione e della flessibilità delle discipline applicabili in relazione alle esigenze economiche delle imprese, della competitività delle organizzazioni imprenditoriali di piccole e medie dimensioni[10]. Si consideri ora, su questo sfondo, la decisione della Cassazione che ha esteso alla società per azioni la postergazione dei finanziamenti dei soci, introdotta dalla riforma limitatamente alle società a responsabilità limitata (art. 2467 c.c.), ove tale soluzione sia in concreto giustificata dall'esame dei rapporti economici, indipendentemente dalla forma societaria prescelta[11]. Nell'economia di queste riflessioni è interessante osservare come l'estensione della disposizione al caso non previsto sia, per così dire, attivata dal rilievo attribuito alla *ratio* della postergazione – «regolare i fenomeni di sottocapitalizzazione» – a conferma della tesi secondo la quale le leggi di riforma danno vita a microsistemi unitari e organici, in via di principio suscettibili di auto-integrazione[12], sotto il controllo del parametro delle finalità dell'intervento riformatore. Fin qui *nihil sub sole novi*: il territorio conferma la rappresentazione della mappa.

Dalla riforma del diritto societario alla riforma del mercato del lavoro per mezzo del contratto a tempo indeterminato «a tutele crescenti»: il cosiddetto *Jobs Act*[13]. La questione esaminata da una nota decisione della Cassazione, si compendia nell'aggettivo «materiale»[14]: se, cioè, la disposizione che circoscrive la reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato all'ipotesi della «insussistenza materiale del fatto contestato» (art. 3, comma secondo, D. Lgs. n. 23/2015) abbia vie più ristretto i margini della tutela reale rispetto alla legge di riforma dell'art. 18, quarto comma, dello Statuto dei Lavoratori, che limita la reintegrazione all'ipotesi dell'«insussistenza» pura e semplice, senza aggettivi, «del fatto contestato»,[15].

Dal punto di vista esegetico-ricostruttivo è un interrogativo ozioso. Tutti sanno come l'interpolazione dell'aggettivo «materiale» nella riforma del 2015 mirasse precisamente a sottrarre i licenziamenti soggetti al *Jobs Act* all'interpretazione sistematica della nozione di "insussistenza del fatto contestato" consolidatasi nella giurisprudenza sull'art. 18 novellato, che aveva indotto a considerare giuridicamente insussistente il fatto nudo, irrilevante sotto il profilo disciplinare o altrimenti privo degli elementi qualificanti l'illiceità: né imputabile, insomma, né antigiuridico[16]. La

[10] D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366). Riferimenti essenziali, nell'immediatezza dell'approvazione della riforma, si leggono in G. ALPA, *La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 217 ss.; A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 641 ss.; P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 57 ss.; D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law, modello comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 527 ss.

[11] Cass. civ., sez. I, n. 14056/2015 (conformi: Cass. n. 16291/2018 e Ordinanza di Cassazione Civile Sez. n. 6926/2025)

[12] N. IRTI, *L'età*, cit., 129 ss.

[13] D. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183: cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti. Torniamo ai fondamenti* in *Costituzionalismo.it*, 1/2015; L. L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 507 ss.

[14] Corte di Cassazione, sez. lavoro, n. 12174/2019; in senso conforme: ord. n. 30469/2023.

[15] Legge 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*

[16] Corte di Cassazione, sez. lavoro, n. 10019/2016.

risposta alla *questio iuris*, fatta «palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (art. 12 , comma primo, disp. prel. c.c., è univoca: il legislatore aveva inteso «restringere al minimo la discrezionalità valutativa del giudice»[17] e tale volontà era stata recepita da una parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità[18].

Ma il punto di vista adottato dalla Corte è l'antitesi di un progetto esegetico-ricostruttivo. L'autorità dell'interpretazione secondo il «significato proprio delle parole» è dismessa nel seguente passaggio: «pur dovendosi valutare il tenore letterale della nuova disposizione» l'espressione "fatto materiale contestato" non può che riferirsi «alla stessa nozione di "fatto contestato" come elaborata dalla giurisprudenza di legittimità» sullo Statuto dei lavoratori, «che costituisce, all'attualità, diritto vivente». A sua volta, il rinvio al diritto vivente è la premessa della *reductio ad absurdum* (argomento apagogico o del legislatore razionale) dell'«intenzione del legislatore» intesa in senso storico, per mezzo di un'argomentazione controfattuale: «il medesimo criterio razionale» che nell'interpretazione dell'art. 18 St. Lav. ha indotto la Giurisprudenza di legittimità a ritenere implausibile «che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità […] induce il convincimento […] che la irrilevanza giuridica del fatto, pur materialmente verificatosi, determina la sua insussistenza anche ai fini e per gli effetti previsti dal D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 3, comma secondo»[19].

Il "diritto vivente" viene qui in risalto nel primo dei due sviluppi analizzati da Luigi Mengoni, di sintesi per la partecipazione della giurisprudenza alla posizione del diritto, cui negli ordinamenti di *civil law* va riconosciuta l'autorità puramente istituzionale di «argomento *ab auctoritate* di grande peso, ancorché non vincolante», soggetto a controllo di coerenza sistematica[20]. Anche in questi limiti, l'approdo finale è la riscrittura dei canoni fondamentali d'interpretazione della legge: nell'applicare la legge – afferma ora il Giudice – il parametro di controllo è il significato attribuito al testo dalla giurisprudenza consolidata di legittimità (argomento *ab auctoritate*), eventualmente prevalente sul diverso significato, voluto dal legislatore ma non suffragato da un fondamento sistematico e costituzionale adeguato[21]. L'IdL è invocata – se pure lo è – nella versione addomesticata del Legislatore razionale.

L'analisi del caso mostra una evidente discrepanza tra il territorio e la sua rappresentazione tardo-novecentesca. L'interpretazione dell'«insussistenza materiale del fatto contestato» alla luce della giurisprudenza sull'art. 18 novellato dello Statuto dei lavoratori solo in apparenza corrobora l'ipotesi del microsistema, portatore di un linguaggio idiosincratico e di una propria logica. È vero il contrario: a fronte di un *ius speciale* intento a isolare la materia del recesso del datore di lavoro dalla disciplina generale del rapporto obbligatorio, al punto da fare del prestatore di lavoro il «debitore

[17] S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro «a tutele crescenti» (parzialmente) conformato a Costituzione*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2019, p. 2 ss., 19.

[18] Prima del Jobs Act la tesi dell'insussistenza del fatto in quanto tale era stata avanzata da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 10 maggio 2018, n. 11322.

[19] In termini di analisi dell'argomentazione si tratta di una ricostruzione controfattuale dell'IdL, funzionale all'integrazione della disciplina applicabile con una norma di segno opposto alla norma espressa dalla disposizione di legge. Cfr. D. CANALE, G. TUZET, *Legislative Intentions and Counterfactuals: Or, What One Can Still Learn from Dworkin's Critique of Legal Positivism*, in *Ratio Iuris*, 2023, 26 ss.

[20] L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1994, p. 141 ss., 149 s., 152. Il secondo sviluppo, collegato al primo, è la *doctrine* del diritto vivente che si è consolidata nella giurisprudenza costituzionale «come sintesi verbale del problema dei rapporti con la funzione interpretativa delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa in ordine all'identificazione della norma sottoposta al controllo di costituzionalità» (ivi, p. 153 ss.).

[21] Sul tema della sinergia tra la giurisprudenza e le decisioni della Consulta v. S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro «a tutele crescenti»*, cit., p. 10 ss.

più penalizzato del nostro ordinamento giuridico»[22], la giurisprudenza interpreta la norma di settore alla luce delle categorie generali del diritto civile: imputabilità, antigiuridicità, importanza dell'inadempimento.

Il terzo itinerario è nella giurisprudenza sulla filiazione adottiva, dove lo jato tra il pluralismo dei modelli familiari diffuso nella società e la volontà programmaticamente espressa nelle leggi, che modellano la capacità di adottare sul paradigma della procreazione naturale nella famiglia coniugale, costringe da tempo la giurisprudenza a rivestire un ruolo «più di correzione che di supplenza»[23]. Goccia a goccia, sono caduti gli automatismi e le preclusioni che regolavano i requisiti soggettivi degli adottanti e l'assolutezza della cessazione dei rapporti con la famiglia d'origine, nell'adozione piena; la deroga all'unità dello stato filiale, nell'adozione speciale, la prerogativa eterosessuale e coniugale nella *stepchild adoption*. La sedimentazione delle decisioni ha inciso profondamente sulla struttura e la funzione del modello autoctono di adozione. Il fine, residuale nell'impianto originario della legge, di dare certezza e stabilità a rapporti di cura e di affetto maturati in contesti familiari eccentrici rispetto al modello della famiglia coniugale, si è esteso e consolidato fino a costituire un secondo pilastro, quasi interamente giurisprudenziale, della filiazione adottiva[24].

Qui vorrei però soffermarmi su un istituto alla periferia di questi sviluppi tumultuosi. L'adozione della persona maggiore di età è una fattispecie di matrice romanistica, presente ancora nel Codice civile del 1942 (artt. 291-314 c.c.), alla stregua di «"rimedio benigno" posto a disposizione di coloro che non hanno avuto figli o li hanno perduti e che, a causa dell'età, non potranno probabilmente averne in avvenire»[25]. La stessa relativa marginalità dell'istituto consente di osservare il dispositivo di neutralizzazione dell'IdL, senza le interferenze generate dal dibattito pubblico sui temi più controversi della filiazione nel discorso pubblico.

---

[22] L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in ADL, 2015, p. 507 ss., 508.

[23] F. VIGLIONE, *Una stagione costituente per il nuovo diritto delle adozioni: il tassello della monoparentalità*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2025, 1007 ss., 1010. Adde: F. ASTONE, *Modelli di adozione e superamento dell'*imitatio naturae *(Corte Cost., 28 settembre 2023, n. 183)*, in *Giur. Cost*., 2023, pp. 2750-2759.

[24] Questa nuova, diversa funzione è garantita anche se lo stato filiale è costituito all'estero, in conformità alla legge di un ordinamento che autorizza l'accesso a una pratica di procreazione artificiale non autorizzata nel diritto interno, sulla base di un solo presupposto: la verifica preliminare dell'idoneità del genitore puramente intenzionale a farsi carico della responsabilità parentale. Da ultimo, la Consulta ha sottratto all'adozione speciale la costituzione dello stato del figlio nato in Italia da procreazione assistita eterologa realizzata all'estero da una donna col consenso della compagna, ritenendo che in assenza di ricorso alla maternità surrogata vengano meno le ragioni di contrasto con l'ordine pubblico costituzionale. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 68 del 22 maggio 2025, commentata da A. SCHILLACI, *Un quadro sempre più nitido: la Corte costituzionale e l'omogenitorialità femminile*, in *Diritti comparati*, 2025. Questa decisione può bene essere letta come il finale di un «crescendo rossiniano» (così E. QUADRI, *Considerazioni sull'intervento della Corte costituzionale in tema di adozioni internazionali*, in *Nuova Giur. Civ. comm.,* 2025, 1002-1006, p. 1002) di pronunce dei giudici di legittimità che da tempo autorizzano la trascrizione piena e automatica del certificato di nascita straniero anche nei confronti della compagna di colei che ha partorito (Cass. civ., sez. I, n. 19599 del 2016; n. 14878 del 2017) sul fondamento di un'assunzione di responsabilità che si manifesta nel consenso prestato alla fecondazione assistita in una cornice di vita familiare, né – a differenza della surrogazione di maternità – trova ostacoli nei principi fondamentali dell'ordinamento. Resta per conseguenza attratta al regime dell'adozione speciale la costituzione dello stato nei confronti del genitore puramente intenzionale nella surrogazione di maternità, percepita come un «estremo rimedio» (così M. MANTOVANI, *Lo stato di figlio (artt. 231-249*), in Comm. Schlesinger, Milano, 2022, p. 45). È un "sacrificio" (ammesso che l'adozione possa considerarsi tale) non irragionevole, ove si consideri con realismo la circostanza che l'industria della surrogazione di maternità presuppone atti negoziali coercibili di disposizione di diritti inviolabili, oltretutto direttamente efficaci nei confronti di terzi, estranei agli accordi e massimamente vulnerabili, nei cui confronti la sola garanzia giurisdizionale si riduce nel migliore dei casi a un vaglio meramente formale sul contratto. In tema: V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e* Drittwirkung *dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ*., 2022, p. 478 ss.

[25] G. CATTANEO, *Adozione*, in *Dig. civ*., Torino, 1987, § 3.

Nel 2020 una sentenza della Corte di Cassazione[26] ha disposto, con interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 291 c.c., che la soglia inferiore dei 18 anni tra adottante e adottato può essere ragionevolmente superata dal giudice in considerazione delle circostanze del caso concreto, salvo incorrere in «un'indebita ed anacronistica ingerenza dello Stato» nella vita familiare, in contrasto con l'art. 30 Cost. e l'art. 8 CEDU. Come sempre in questi casi, la preferenza per la tecnica dell'interpretazione conforme rispetto all'incidente di costituzionalità[27] ha sollevato i dubbi in quanti temono il sostanziale aggiramento della divisione del lavoro e dei poteri tra il legislatore, il giudice di legittimità e il giudice delle leggi [28]. Va pur detto che la Corte non fa nulla per dissipare questo timore, dove afferma che l'intenzione «vetusta ed anacronistica» del legislatore va intesa «in senso oggettivo, imponendo la ricerca di un significato conforme alla ratio legis o meglio alla ratio iuris», ravvisata nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità sulla L. n. 184 del 1983. L'accumularsi delle decisioni ha in verità inciso profondamente sulla struttura e la funzione del modello autoctono di filiazione adottiva. Il fine, residuale nell'impianto originario della legge, di dare certezza e stabilità a rapporti di cura e di affetto maturati in contesti familiari eccentrici rispetto al modello della famiglia coniugale, si è esteso e consolidato fino a costituire un secondo pilastro dell'adozione. Nella prospettiva di questo studio, questa decisione disegna sulla mappa un percorso argomentativo inverso (dall'interpretazione giurisprudenziale della legge speciale al Codice civile) rispetto alla giurisprudenza sulla reintegrazione del lavoratore licenziato (dalle categorie generali del Codice civile alla legge speciale): per entrambe, tuttavia, l'IdL storico cede al diritto vivente.

L'ultimo itinerario è una sentenza molto nota delle Sezioni Unite sui rimedi esperibili nei confronti della controparte bancaria da parte del fideiussore che ha stipulato un contratto in conformità al modello validato dall'A.B.I., considerato dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato in violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE[29]. L'interesse della decisione discende dalla rilevanza attribuita dal Giudice all'intenzione del legislatore: «il legislatore sia comunitario che nazionale […] ha inteso impedire un "risultato economico", ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere» (§ 2.16). Nell'argomentazione della Corte, tale intendimento giustifica una reazione non limitata al risarcimento del danno, *sub specie* di nullità speciale del contratto di fideiussione, sia pure circoscritta alle clausole riproduttive dell'intesa vietata. Dalla finalità della normativa antitrust le Sezioni Unite traggono conseguenze rimediali forti, in adesione all'uso regolatorio del diritto privato come strumento di lotta alle condotte anticoncorrenziali, nel quadro

[26] Cass. Civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7667, commentata da E. Bellisario, *Ancora sul superamento dei limiti dell'adozione di maggiorenni: la lettura costituzionalmente orientata (e disapplicazione immediata) dell'art. 291 c.c. (Nota a Cass. Civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7667),* in *Corriere giur*., 2020, p. 1342 ss.

[27] Su tutte, nella giurisprudenza più recente: Cass. Civ., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 11, sul potere di interdizione attribuito al genitore titolare della responsabilità genitoriale all'adozione da parte del genitore puramente intenzionale (art. 46, comma secondo, l. n. 183/1984) nel caso dei bambini nati da fecondazione artificiale non autorizzata dall'ordinamento italiano. La Corte ha ritenuto che l'effetto ostativo del dissenso possa essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento. Criticamente sul punto: E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei* best interests of the child *come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 365 ss., 371.

[28] Infatti, la reazione della Corte costituzionale non si è fatta attendere. Nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 291, primo comma, nella parte in cui non consente al giudice di ridurre l'intervallo di età tra adottante e adottato «nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli», la Corte ha ribadito che il tenor e letterale dell'interpretazione segna il limite dell'interpretazione conforme e impone il ricorso all'incidente di costituzionalità: Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, § 3 della parte *in diritto*. In dottrina: BELLISARIO, *Ancora sul superamento*, cit., 1342.

[29] Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994., su cui v. i commenti di M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, p. 13 ss.; E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus e intesa antitrust: la sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 2021*, in Persona e mercato, 2023, p. 64 ss.

generale delle misure dirette a instaurare e garantire il funzionamento del mercato interno (art. 26 TFUE)[30].

Questa decisione potrebbe essere letta come una conferma dello schema della volontà obbiettivata nella *ratio legis* nel diritto fortemente settorializzato dell'Unione europea, se l'intenzione del legislatore "storico" non fosse praticamente assente dalla *palette* degli argomenti della Corte di Giustizia[31].

Le ragioni di questa deliberata omissione vanno ravvisate sia nella complessa negoziazione informale tra Commissione, Parlamento e Consiglio – il "trilogo" – che precede la fase legislativa propriamente detta, sia e soprattutto nella natura dinamica del progetto di integrazione europea, come disegnato nei Trattati e interpretato dai Giudici del Lussemburgo[32]. Nell'interpretazione del diritto europeo la CGUE argomenta teleologicamente, sulla base di obbiettivi che essa stessa concorre a identificare.

L'ultima considerazione corrobora la tesi della dipendenza degli argomenti (anche) dall'assetto delle fonti. Nell'art. 19, primo comma, TUE è scritto che la Corte di Giustizia «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati».

Al pari del vincolo del giudice «an Gesetz und Recht» nell'art. 20, terzo comma, della Costituzione di Bonn[33], ma con una direzione di senso diversa, la formula «deliberately goes beyond a mere positivist concept of law»[34], e in tal senso è stata efficacemente adoperata dalla Corte[35]. Che la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo sia fonte del diritto dell'Unione Europea è una "verità" giuridica, non una tesi di teoria generale: una *Soll-Satz* relativa a una *Soll-Norm*[36], retta da una disposizione di rango costituzionale, applicata dalla Corte per costituire, modificare, estinguere regole efficaci negli ordinamenti nazionali in forza di principi certo non preesistenti, ma neppure inventati di sana pianta.

4. *L'intenzione del legislatore in un ordinamento policentrico*

[30] H.-W. Micklitz, *The Constitutional Transformation of the Private Law Pillars through the ECJ*, in Hugh Collins, a cura di, *European Contract Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Cambridge, 2017, p. 50 ss.

[31] Criticamente, M. VAN DEN BRINK, *Justice, Legitimacy and the Authority of Legislation within the European Union*, in *The Modern Law Review*, 2019, p. 293 ss. e ID., *Legislative Authority and Interpretation in the European Union*, Oxford, 2024.

[32] Cfr. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, London, 2011, 217 ss., 231: « In EU law, intention-based argumentation is complicated further by the aspirational language of the EU Treaties: as the Treaties expressly foresee 'an ever closer union', this can be presented as cutting the ground from under any suggestion that the intention behind any treaty provision is most likely to be found in a construction based on the travaux, other supporting documentation or evidence about the actual intentions of the politicians governing the signatory countries at the time. All these considerations may explain why the Court of Justice does not normally expressly invoke arguments from intention».

[33] Dove il riferimento al «diritto» apre uno spazio di discrezionalità per il Giudice, che in assenza di una disposizione applicabile al caso è chiamato a giudicare – nelle parole di una celebre decisione – «nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den "fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft"»: BVerfGE 34, 269. Le radici teoriche di questo orientamento si leggono in K. LARENZ E K. W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1995[3], p. 153 ss. Una analisi critica delle radici storiche e delle implicazioni costituzionale: B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2005 (1968) 114 ss.; ID., *Die neuen Herren - Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts*, «Zeitschrift für Rechtsphilosophie», 3, 2005, 1.

[34] N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2015, 2.

[35] Cfr. M. VAN GERWEN, *About Rules and Principles, Codification and Legislation, Harmonization and Convergence, and Education in the Area of Contract Law*, in *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, a cura di A. Arnull, P. Eeckhout, e T. Tridimas, Oxford, 2008, p. 400 ss.

[36] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, 88 ss.

Le considerazioni che precedono possono essere integrate in un orizzonte teorico più vasto.

Natalino Irti ha rappresentato in pagine memorabili il tramonto dell'«ideologia tolemaica», fondamento della rappresentazione del rapporto tra Codice e leggi speciali nello Stato liberale di diritto[37], e l'ascesa del poli-sistema nello Stato regolatore: «un numero non definibile di piccoli sistemi, raccolti ed unificati dal tipo di interessi protetti»[38]. L'intenzione del legislatore, da accertare in relazione alla *ratio legis specialis*, nell'ordinamento poli-sistematico domina l'interpretazione delle leggi speciali esterne al Codice civile, che resta invece la provincia dell'interpretazione testuale e sistematica.

L'indagine condotta fin qui revoca in dubbio la prima parte di questa ricostruzione. Talvolta l'IdL guida l'auto-integrazione del diritto speciale (postergazione dei finanziamenti soci), in altri casi è neutralizzata dall'argomento *ab auctoritate* inscritto nella formula del diritto vivente (Jobs Act, adozione del maggiorenne), mentre nel diritto di matrice europea (inefficacia dei contratti stipulati a valle di intese anticoncorrenziali) è ridondante rispetto all'argomentazione orientata alle conseguenze che si compendia nel principio di effettività (della norma, del rimedio, del diritto soggettivo o in termini generali della tutela)[39]. In luoghi significativi, che un'indagine più estesa e approfondita potrebbe certamente moltiplicare, la mappa non rappresenta fedelmente il territorio.

Le ragioni della discrepanza risalgono alla configurazione policentrica dell'ordinamento sotto l'impulso dell'integrazione europea[40] e del diritto convenzionale[41]. La delega al giudice interno del controllo diffuso di conformità del diritto interno al diritto dell'Unione ha neutralizzato i dispositivi ortodossi di recezione, basati sul principio delle limitazioni revocabili di sovranità (art. 11 Cost.). «Vere e proprie corti comunitarie decentrate»[42], i giudici chiamati a interpretare e applicare il diritto europeo non sono il braccio dell'ordinamento nazionale prestato all'ordinamento europeo, ma organi giurisdizionali di un «ordinamento giuridico di tipo nuovo» (*van Gend & Loos*, 1963), «integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri» (*Costa*, 1964). In un tale frangente, la tendenza alla differenziazione in sistemi normativi autonomi, amplificata e rafforzata nel diritto dell'Unione Europea[43], s'intreccia alla differenziazione delle fonti di produzione, delle giurisdizioni,

[37] N. Irti, *L'età,* cit., 37.

[38] Ivi, p. 149.

[39] F. Episcopo, *Varieties of effectiveness and their impact on private law adjudication*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2023, p. 350 ss., 367.

[40] Dopo la prima costituzionalizzazione del secondo dopoguerra (L. Raiser, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 71 ss. e L. Mengoni, *Forma Giuridica e Materia Economica*, in *Studi in Onore di Alberto Asquini*, III, a cura di D. Pettito, Padova, 1963, 1075 e ss.), il Trattato di Maastricht (1992) è il baricentro di un nuovo *funktionswandel,* inaugurato dall'Atto Unico (1987) e calibrato sulla tutela dei consumatori, che ivi attinge lo stato di politica della Comunità (art. 129a = art. 169 TUE), su basi formalmente autonome dal completamento del mercato interno (art. 100a = 114 TFUE).

[41] E. Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, p. Torino, 2017, p. 131 ss.

[42] L. Antoniolli*, Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 2007, 419 ss., 431, 436 s.

[43] Il diritto dell'Unione europea è un potente fattore di differenziazione del diritto nazionale, in senso orizzontale (per statuti soggettivi: piccole e medie imprese, lavoratori, consumatori, gruppi a rischio di discriminazione) e verticale (per settori economici: mercati finanziari, energia, telecomunicazioni, trasporti, dispositivi medici e farmaci, dati, intelligenza artificiale, e così via): H.-W. Micklitz-Y. Svetiev, *A self-sufficient European Private Law – A viable Concept?*, EUI Working Paper 2012/31 (ERC-ERPL 01/2012); H.-W. Micklitz-Y. Svetiev-G. Comparato (eds.), *European Regulatory Private Law – The Paradigm Tested*, EUI-ERC Law 2014/04, H.-W. Micklitz-G. Comparato-Y. Svetiev (eds.), *European regulatory private law: autonomy, competition and regulation in European private law*, EUI-ERC 2016/06; H.-W. Micklitz, *European European Regulatory and Private Law - Between Neoclassical Elegance and Postmodern Pastiche*, in M. Kuhli, M. Schmidt, a cura di, *Vielfalt im Recht*, Berlin, 2022, p. 75 ss., 86: ««there is not one law of the regulated markets but different laws each dealing with one specific market – despite the common origin, the belief that transforming state monopolies into competitive markets provides for better prices and better quality to customers».

delle istituzioni preposte all'esecuzione del diritto. Policentrico, in altre parole, non è il sistema delle norme ma l'ordine giuridico[44].

È un ordinamento impropriamente detto multilivello[45], secondo il paradigma classico del governo federale. L'immagine – «incredibilmente povera e sfacciatamente fortunata»[46] – della pluralità dei livelli presuppone capziosamente quel che dovrebbe essere dimostrato: l'esistenza di una struttura verticale, uno *Stufenbau*, sì che sarebbe sempre possibile e doveroso interpretare le norme secondo una direttiva di coerenza, quasi fossero parti di un sistema gerarchicamente ordinato[47]. Tale condizione è tuttavia solo in parte[48] e con molte difficoltà[49] soddisfatta nell'ordinamento europeo, in forza dei principi dell'effetto diretto e dal primato funzionale, laddove nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo la mancanza di un smeccanismo di *judicial review* delle leggi nazionali imprime al diritto convenzionale la forma di un ordine fortemente policentrico: con le ambiguità, le frizioni, i rischi di schismogenesi insite nell'esistenza di intuizioni diverse e al limite incompatibili dei diritti fondamentali[50]. Nella stessa Unione europea, peraltro, l'organizzazione reticolare dei poteri, il negoziato tra istituzioni, la condivisione e l'aggiustamento reciproco di responsabilità, competenze, schemi di azione[51], prevalgono sulla concentrazione delle fonti e della giurisdizione, secondo criteri che rispecchiano le conoscenze tecniche dei regolatori, il coinvolgimento dei destinatari della regolamentazione, gli obbiettivi dell'intervento[52]. Soprattutto nel diritto dei mercati regolati e della sicurezza dei prodotti la dimensione tecnica e transnazionale delle discipline di settore impone il coinvolgimento di soggetti privati (comitati di esperti, organizzazioni rappresentative dei produttori, associazioni non-governative) in modalità ibride di legislazione: «*Hybrids* are the direct result of delegated lawmaking»[53]. Il principio di legittimazione

[44] La nozione di sistema policentrico è in Irti, *L'età*, cit., p. 33 e ss.

[45] Criticamente: L. Azoulaï, *Introduction*, in *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, a cura di L. Azoulaï, 1, 13 ss.; O. Beaud, *The Allocation of Competences in a Federation*. *A General Introduction*, ibid., 19, dove la relativizzazione del problema della allocazione delle competenze apre uno spazio teorico per l'analisi dell'esercizio effettivo delle funzioni *outside and beyond* l'ordine delle competenze fissato nei Trattati. Adde: V. Mak, *Pluralism in European Private Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, 220.

[46] P. Femia, *Benito Cereno in Bucovina*, in *Il diritto frammentato*, a cura di Febbrajo e Gambino, Milano, 2013, p. 23 e ss., 56.

[47] G. della Cananea, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, ZaöRV 70 (2010), 283 ss., 307 ss.

[48] Limitatamente cioè alle materie conferite alla competenza dell'Unione dai Trattati: Weiler, *Transformations*, cit., p. 2413 ss.; Dehousse, *The European Court of Justice*, London, 1998, 177; Calderai, *L'eclissi in una luce diversa*, *Riv. dir. civ.*, 2016, 1621 ss.

[49] In relazione al contrasto tra libertà fondamentali e diritti sociali: Navarretta, *Libertà fondamentali*, cit., 892 ss.

[50] Il classico riferimento nella letteratura è L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harv. L. Rev*. (1978-1979), 353 ss. Nel solco di Fuller l'immagine edulcorata del «dialogo tra le Corti» può bene essere interpretata come un caso particolare di «adjudication parasitic on contract»: ricerca negoziata di soluzioni di compromesso. In chiave forse ancora più (gius)realista C. Camardi, *Diritti fondamentali e status delle persone,* in *Riv. crit. dir. priv*., 2015, p. 7 e ss., 54, osserva: «l'interpretazione dei diritti fondamentali nel contesto europeo è nel concreto consegnata ad un oligopolio di magistrature che rispondono ciascuna ad una propria "regola"».

[51] Cfr. L. Boucon, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in *The question of Competence*, cit., 168, 175 ss.

[52] C. F. Sabel e J. Zeitlin, *Experimentalist Governance*, in *The Oxford Handbook of Governance*, a cura di D. Levi-Faur, Oxford, 2012, 169.

[53] H. W. Micklitz, *Rethinking the public/private divide*, in *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari, Cambridge, 2014, pp. 271 e ss., 290. Sul nesso tra ascesa dei regolatori privati e i limiti del diritto statuale: F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, 38 *Journal of Law and Society*, 2011, 20; Id., *The Many Features of Transnational Private Rule-Making: Unexplored Relationships between Custom, Jura Mercatorum and Global Private Regulation*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law,* 2015, vol. 36, p. 875 ss.

si sposta dalla rappresentanza politica alla competenza tecnico-professionale, al decentramento territoriale, al coinvolgimento dei regolati[54].

È un ordinamento a geometria variabile: federale nelle materie riservate dai Trattati alla competenza dell'Unione[55], internazionalistico in quelle presidiate dalla cooperazione intergovernativa e dalla Convezione europea dei diritti dell'Uomo, nazionale in tutte le altre: non una *Grundnorm*, ma tante *Grundnormen*, quante sono le materie distribuite tra la competenza dell'Unione e quella degli Stati membri; non uno *Stufenbau* rigido, ma una geometria escheriana, una struttura elastica che si adatta alle finalità istituzionali e all'efficacia ponderata dell'intervento nazionale rispetto all'intervento unionale. Questi paradossi kelseniani non si sciolgono nell'orizzonte epistemico del pluralismo istituzionale. La neutralizzazione dei dispositivi di integrazione automatica dei diritti nazionali per mezzo del controllo diffuso falsifica la formula d'impronta romaniana degli «ordinamenti coordinati e comunicanti» adottata dalla Corte costituzionale ancora al principio degli anni Novanta del secolo scorso[56]. Se il normativismo applicato all'integrazione europea evoca una geometria impossibile, l'istituzionalismo restituisce l'immagine di un arcipelago vulcanico, dove isole di sovranità unitaria rompono la superficie della sovranità statuale, «degradandola» a semplice autonomia[57]. In forza dei principi di efficacia diretta e supremazia, l'espressione "diritto europeo" non è più una formula «riassuntiva ed ellittica» per «la crescente omogeneità dei diritti statali»[58].

Nell'ordinamento policentrico i principi del diritto sono distribuiti in una costellazione di documenti di rango costituzionale – nazionali, europei, convenzionali – ciascuno col proprio interprete ufficiale. Rimossa la relazione biunivoca tra unità sistematica e ordinamento nazionale del diritto, da due secoli pietra angolare dell'educazione e della scienza giuridica[59], la composizione in un disegno razionale e unitario è uno scopo finale, un *telos*, cui le singole decisioni tendono nel migliore dei casi asintoticamente. In modo analogo, l'esigenza delle Corti sovranazionali di disporre di nozioni insieme comuni e autonome dalle tradizioni giuridiche nazionali rende in certa misura fluidi e indeterminati i concetti ordinatori e le categorie del diritto civile. La Corte del Lussemburgo è stata giustamente assimilata al laboratorio di un esperimento permanente, «where new or adapted legal constructs are invented, tried and assessed»[60]. Al tempo stesso, l'interdipendenza caratteristica delle situazioni policentriche – «each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions»[61] – fa sì che lo sperimentalismo del Giudice sovranazionale si comunichi al Giudice nazionale, indipendentemente, è importante osservare, dalla rilevanza delle fonti unitarie nella materia *sub judice*[62].

---

[54] K. Tuori, *Transnational Law: on legal hybrids and legal perspectivism*, in M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari, *Transnational law*, cit., p. 11 e ss.

[55] J.H.H. Weiler, *The Transformations of Europe*, in *Yale L.J.*, vol. 100, 1991, 2413 ss.

[56] C. Cost., 4 Luglio 1989, n. 389.

[57] S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14 ss., 21. Uno sviluppo si legge in U. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 188 ss. Sul mutamento e la complessità del diritto contemporaneo «in un quadro che ormai sfugge alle grandi e contrapposte opzioni sistematiche della teoria moderna del diritto»: U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. Dir.*, 2006, p. 361 ss.

[58] N. Irti, *Norme e luoghi*, Roma-Bari, 2001, 79 s.

[59] Cfr. C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 173, sulla «difficoltà di azionare i dispositivi teorici sui quali si basa la riconduzione a sistema fuori del contesto di uno Stato sovrano unitario».

[60] H.W. Micklitz, C. Sieburgh, *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, 2017, p. 1 ss., 45.

[61] L. Fuller, *Adjudication*, cit., p. 395.

[62] Sulle proiezioni del principio di effettività della tutela nel diritto privato nazionale, v. per il quadro di teoria generale del diritto privato: C. M. Bianca, *Realtà sociale ed effettività della norma*, vol. I, Milano, 2002, p. 35 e ss.; G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto sostanziale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 ss. Adde, nei sottosistemi del diritto privato, senza pretesa di completezza: C. Scognamiglio, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti, danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1120 e ss.; S. Pagliantini, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 112 e ss.; nel diritto del lavoro: G. Armone, *Il*

Il principio della soggezione del giudice «soltanto» alla legge nell'art. 101, secondo comma, della Carta non si pone in questa luce in contrasto col modello di *juris-dictio* racchiuso nell'art. 19 TUE secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia[63]. Il potere-dovere di garantire il rispetto del "diritto" è un officio, inscritto nella funzione giurisdizionale, e non è direttamente inciso da una norma costituzionale a tutela dell'indipendenza del potere giudiziario. È vero invece che l'applicazione della legge presuppone un rapporto «intensionale» col fatto[64]: un «senso», o «modo di darsi dell'oggetto»[65], che eccede il senso «fatto palese significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». La partecipazione del giudice alla formazione del diritto per mezzo di norme individuali costitutive[66] insiste su un sostrato roccioso di logica del linguaggio. Queste stesse stesse ragioni devono indurre a respingere l'esaltazione unilaterale del momento dell'applicazione, quand'anche nell'accezione di "diritto vivente", a favore di una «costruzione complessa del principio di legalità»[67]. L'illusione di chiudere il significato del diritto in una formula, che rinvia ora alla legge, ora alla giurisdizione, ora alla scienza giuridica, senza considerare la «forma di vita» che le esprime[68], trascura la natura storica, sociale e diffusa del governo delle azioni umane. Per riprodurre continuamente le condizioni di appartenenza a una tradizione di frammenti di testo e di decisione c'è bisogno di un saper-fare verificato nella prassi e trasmesso nell'educazione: istituzioni, concetti dogmatici, modelli di decisione, modi di argomentazione – i «paradigmi interni alla giuridicità comprensivamente intesa»[69] – senza i quali non sarebbe possibile ragionare di disposizioni, norme, precedenti, perché non avremmo un linguaggio adatto allo scopo. L'interpretazione e l'applicazione del diritto assumono per questo aspetto la fisionomia dell'«opera aperta»[70]: le forme deliberatamente incompiute che sostituiscono i principi generali e le categorie dogmatiche rigide conferiscono al giudice nazionale un potere di iniziativa e un campo di azione, là dove non si tratta di interpretare un «dato positivo» pienamente organizzato, ma di concorrere alla formazione del diritto applicabile.

In un ordinamento siffatto, l'ermeneutica giuridica ha «rotto gli ormeggi» con la psicologia dell'autore, come l'ermeneutica generale[71]. Con la possibile eccezione delle leggi-provvedimento, l'accertamento dell'intenzione del legislatore storico per mezzo dei lavori preparatori raramente occorre nella parte motiva della sentenza come ragione dirimente, benché sia ragionevole supporre che soprattutto nei casi difficili essa concorre con altri elementi nella *background knowledge* della

principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, p. 1 e ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. Dir. priv*., 2018, p. 1071 ss.

[63] Cfr. art. 97, primo comma, Grund Gesetz. Per opposte prese di posizione nella dottrina tedesca: W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, a cura di W. Hassemer, Neumann/Saliger (Hrgs.), Heidelberg, 2019[9], p. 227; B. RUTHERS, *Die Neuen Herren – Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, in *Zeitschrift für Recht und Philosophie*, 2005, 1.

[64] Nel senso di G. FREGE, *Sinn und Bedeutung*, in *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, 25 ss. La questione se la priorità nell'interpretazione debba essere accordata al fatto o alla legge si semplifica alla luce della distinzione tra senso e significato.

[65] FREGE, *Sinn und Bedeutung*, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, 25 ss.

[66] H. KELSEN, *Dottrina*, cit., 384 s.

[67] E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 171.

[68] I limiti di un'opposizione che da decenni struttura la teoria giuridica s'intendono alla luce della grammatica dell'espressione 'seguire una regola': L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*, London, 1999 (1953[1]), p. 198. Significanti e significati, lasciati a se stessi, restano «sospesi nell'aria» e non decidono il senso delle leggi e dei precedenti. Sul concetto di forma di vita in Wittgenstein, v. ora A. BONCOMPAGNI, *Wittgenstein on Forms of Life*, Cambridge, 2022.

[69] U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto*. *Appunti per un corso di "Teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019, p. 413.

[70] U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 1997[4], 31 ss.

[71] P. RICOEUR, *Il modello del testo: l'azione sensata considerata come un testo*, in *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Milano, 1993, p. 177 ss., 181.

decisione. Dal punto di vista istituzionale, il declassamento dell'argomento dell'IdL concreto è il correlato della dissolvenza dei caratteri individuali della legislazione, che a sua volta è una funzione della complessità del procedimento di formazione delle leggi, e del sempre più consapevole concorso delle Corti superiori alla formazione del diritto.

La volontà del legislatore intesa in senso oggettivo, per così dire de-psicologizzata e proiettata nel tempo presente, conserva invece un ruolo quantitativamente e qualitativamente importante nell'interpretazione delle leggi di settore, ma ha perduto il primato di cui ha goduto nella breve stagione dello Stato regolatore. Quanto più i criteri di soluzione dei conflitti, non sempre «codificati in modo certo», includono «gerarchie informali» e «relazioni circolari e ricorsive tra ordinamenti»[72], affidate alla giurisprudenza delle Corti superiori, tanto più l'intenzione del legislatore diventa una strategia argomentativa tra le altre. Nell'applicazione del diritto interno, queste operazioni di precisazione, composizione, ricomposizione dei significati delle norme e delle relazioni tra sistemi di norme sono oggi governate soprattutto dal dispositivo del diritto vivente; nel diritto nazionale di matrice europea queste stesse operazioni sono dominate dall'una o l'altra delle tante manifestazioni del principio di effettività, messo a punto dalla Corte di giustizia nella veste di custode dei Trattati.

[72] U. BRECCIA, *Immagini*, cit., 380.

Damiano Canale, Leonardo Marchettoni, Giovanni Tuzet

Intenzioni legislative e ragionamento controfattuale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'intenzione controfattuale del legislatore: un quadro teorico di riferimento. 3. I risultati della ricerca empirica. 4. Intenzioni legislative controfattuali e argomentazione *a contrario*. 5. L'uso dell'intenzione controfattuale del legislatore nell'argomento *a contrario* "forte" e nell'argomento *a contrario* "debole". 6. Conclusioni.

This paer analyzes the use by the United Sections of the Court of Cassation of the civil law of the argument of the legislator's intention in its counterfactual variant, that is, referring to how the legislator would have intended to regulate a certain situation had it been considered. After characterizing this argument from a theoretical perspective, the article highlights how its use is very limited (39 occurrences out of approximately 6,500 provisions in the period considered), with a prevalence of references to an "ideal" legislator over a "historical" one. In the argumentative practice of the United Sections of the civil law, the legislator's counterfactual intention is used both to determine the content of the interpreted provision and to support "strong" and "weak" arguments to the contrary. Conversely, there are no instances of the argument of a productive nature, i.e., one capable in itself of filling gaps. The investigation highlights the parasitic nature of the argument, whose strength and relevance depends on other arguments, primarily of a systematic and teleological nature.

1. *Introduzione*

Il presente lavoro si propone di rendere conto dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore (di seguito IdL), nella sua variante controfattuale, da parte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile nell'arco degli anni 2014-2023. Nella prima parte del lavoro, viene sinteticamente richiamato un elementare quadro teorico che permette di classificare le diverse istanze dell'argomento in relazione alle accezioni di "intenzione" e di "legislatore" di volta in volta adottate. L'analisi dei risultati ottenuti nell'ambito della ricerca empirica "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*", documentata nelle parti successive del lavoro, mostra che l'argomento ha un'incidenza quantitativamente limitata e opera in prevalenza come strumento meramente interpretativo o come supporto a forme di argomentazione *a contrario*, piuttosto che come tecnica "produttiva" di integrazione dell'ordinamento. In definitiva, l'IdL controfattuale si dimostra strettamente dipendente e dunque parassitario rispetto ad ulteriori strategie argomentative, sistematiche e teleologiche in particolare.

2. *L'intenzione controfattuale del legislatore: un quadro teorico di riferimento*

È considerazione di senso comune che quando il legislatore emana una legge, questa sia la legge che il legislatore intendeva emanare. Inoltre, i giudici spesso affermano di interpretare la legge o altre fonti del diritto – come la Costituzione, i regolamenti, o le disposizioni sovra-nazionali –

* Questa ricerca è stata finanziata dall'Unione Europea - *Next Generation EU*, Missione 4, Componente 1, CUP J53D23006110001, Bando PRIN 2022 prot. 2022ZPA2N4.

Damiano Canale e Giovanni Tuzet sono professori ordinari di filosofia del diritto presso l'Università Bocconi di Milano; Leonardo Marchettoni è assegnista di ricerca in filosofia del diritto presso la stessa università.

conformemente all'intenzione dell'autorità che le ha emanate, utilizzando tale affermazione per giustificare le loro decisioni. Se osservato con più attenzione, tuttavia, l'argomento dell'IdL rivela un carattere poliedrico: esso ammette numerose varianti, ciascuna delle quali consente di giustificare operazioni diverse compiute dalle corti in sede interpretativa o applicativa.

Una strategia per individuare tali varianti consiste nel distinguere il significato che acquistano i termini 'intenzione' e 'legislatore' in ciascuna di esse. Con riguardo al primo termine, è possibile distinguere fra:

1. intenzione *comunicativa* o *semantica*, che si concentra sul significato dei termini utilizzati nella disposizione;
2. intenzione *teleologica*, che riguarda lo scopo o l'obiettivo che il legislatore intendeva raggiungere mediante l'emanazione della disposizione.

L'intenzione comunicativa si riferisce a ciò che il legislatore intendeva *dire* con le parole della legge. L'intenzione teleologica riguarda invece ciò che il legislatore intendeva *fare* mediante la legge, ovvero gli effetti che voleva conseguire. L'intenzione teleologica si distingue ulteriormente in teleologica soggettiva – lo scopo che il legislatore storico intendeva perseguire – e teleologica oggettiva – lo scopo oggettivo del testo di legge, spesso indicato con il lemma "*ratio legis*", che si ritiene sganciato dalla volontà del soggetto che ha prodotto il testo. Occorre aggiungere che il riferimento alla *ratio legis* può comportare un allontanamento non solo dal dato strettamente letterale ma anche dall'intenzione teleologica soggettiva, spesso con il risultato di sostituire la politica del diritto dell'interprete a quella effettivamente perseguita dagli organi legislativi. Per dar conto di queste situazioni, è opportuno distinguere l'argomento dell'*intentio legislatoris*, nelle sue varianti, dall'argomento dell'*intentio legis*. Quest'ultimo, nel far riferimento a una "intenzione intrinseca" del testo, costituisce, a seconda dei casi, una variante dell'argomento sistematico o dell'argomento per principi[1]. La metafora dell'intenzione del testo rinvia, in realtà, alle relazioni che i contenuti di quest'ultimo intrattengono coi contenuti di altri testi, ovvero con norme inespresse che la giurisprudenza ritiene appartenere all'ordinamento.

Invece, per quanto riguarda il tipo di legislatore considerato, è possibile distinguere fra:

1. legislatore *storico*, ossia l'autorità responsabile della stesura o approvazione della legge;
2. legislatore *ideale*, ossia un legislatore ipotetico, connotato da razionalità e/o giustizia e che opera in modo ottimale (spesso se ne parla in contrapposizione al legislatore storico);
3. legislatore *attuale*, ossia l'autorità legislativa attualmente in carica, talvolta invocata per sostenere una reinterpretazione alla luce dei contesti dell'applicazione.

Se il riferimento al legislatore storico realizza la variante più propriamente "psicologica" dell'argomento dell'IdL[2], l'appello al legislatore ideale realizza invece una sorta di "oggettivazione" dei criteri di razionalità e di giustizia che permette di valicare la lettera della legge, o di confermarne il contenuto convenzionalmente attribuitovi. E questo a prescindere dalla circostanza che tali criteri siano espressione delle credenze e dei desideri dell'interprete, o vengano invece ricavati, spesso in modo implicito, mediante l'ausilio di ragionamenti di tipo sistematico o basati su principi.

Infine, per quanto riguarda i contesti delle intenzioni, ovverosia gli scenari entro i quali è collocata dall'interprete la loro formazione, è possibile distinguere fra:

1. intenzione *fattuale*, quando la ricerca dell'IdL insiste su uno scenario coincidente con il mondo reale e si applica a fattispecie effettivamente disciplinate dalla legge;
2. intenzione *controfattuale*, quando la ricerca dell'IdL si applica a fattispecie non disciplinate dalla legge – oppure per chiarire il significato del testo quando esso è vago, ambiguo, generico – entro uno scenario controfattuale, che prende in considerazione l'intenzione ipotetica del legislatore

[1] Vedi V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, 125 ss.
[2] G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 364 ss.

storico o di un legislatore ideale in un mondo alternativo a quello reale, che può essere configurato dall'interprete in modi diversi[3].

Nella giurisprudenza italiana le intenzioni "fattuali" del legislatore storico tendono a essere trattate come dati di supporto rispetto alla lettera dei testi, o come interpretazioni a questa alternative, con una forza persuasiva che dipende dalla coerenza con le altre fonti e con i principi dell'ordinamento. Le intenzioni "controfattuali", invece, agiscono spesso come strumenti euristici o retorici, impiegati per colmare lacune o per evitare risultati ritenuti irragionevoli.

Secondo Riccardo Guastini, mentre il ricorso all'IdL nei contesti fattuali è idoneo soprattutto a suggerire un'interpretazione diversa da quella letterale, l'argomento dell'IdL controfattuale sarebbe in sostanza una tecnica per colmare le lacune[4]. Ma a questa sottovariante "produttiva" – se il legislatore disciplinasse/avesse disciplinato la materia, lo farebbe/avrebbe fatto diversamente, pertanto la materia va disciplinata diversamente dal caso regolato – si può accostare una sottovariante negativa, o *a contrario* – se il legislatore volesse/avesse voluto disciplinare la materia diversamente lo farebbe/avrebbe fatto, ma non lo fa/ha fatto, pertanto si applica la disciplina data[5]. Una distinzione, questa, sulla quale dovremmo tornare più oltre.

In generale, l'argomentazione nei contesti controfattuali pone rilevanti problemi di controllabilità. Sotto il profilo logico, questi problemi dipendono dal fatto che nella logica classica e intuizionista vale il principio *ex falso sequitur quodlibet*: da una premessa falsa è possibile dedurre qualsiasi affermazione[6].

Di conseguenza, come si fa a decidere se un condizionale la cui premessa è falsa è impiegato validamente?

È facile rendersi conto del fatto che simili difficoltà rischiano di spalancare la strada all'arbitrio dell'interprete. Ma come alcuni di noi hanno sottolineato[7], l'impiego degli argomenti dell'IdL controfattuale non è privo di vincoli: anche i condizionali controfattuali devono rispettare standard inferenziali interni al discorso giuridico e non possono essere fondati su mere supposizioni circa ciò che il legislatore "avrebbe voluto". Qualora questo accadesse, l'argomento risulterebbe assai debole, incapace di giustificare la conclusione raggiunta dal giudice.

In tal senso, l'argomento dell'IdL si configura come una strategia discorsiva a "gradiente di normatività", che può oscillare tra il livello descrittivo (ricostruzione storica) e quello valutativo (proiezione ideale), e la cui legittimità dipende dalla capacità dell'interprete di mantenere trasparente il passaggio dall'uno all'altro piano. Tale prospettiva consente di comprendere come la varietà di accezioni e di contesti individuata nel presente lavoro rifletta non solo differenze terminologiche, ma anche differenti modi di intendere la relazione fra volontà legislativa e razionalità giuridica.

---

[3] Riprendiamo la dicotomia intenzione fattuale/controfattuale da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 275-76. Le espressioni 'argomento dell'intenzione controfattuale del legislatore', 'IdL controfattuale', 'intenzione legislativa controfattuale', ecc., denotato in questo articolo un ragionamento che ha un enunciato condizionale controfattuale tra le sue premesse, e la cui conclusione è costituita da un enunciato che esprime l'intenzione che il legislatore si suppone avrebbe avuto nello scenario controfattuale considerato.

[4] *Ibid*.

[5] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2020, 103-05.

[6] Il corposo dibattito filosofico in tema di condizionali controfattuali testimonia questa difficoltà. Vedi W. STARR, *Counterfactuals*, in E.N. Zalta, U. Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2022 Edition.

[7] Più specificamente, sulle difficoltà dell'argomento dell'IdL controfattuale, vedi D. CANALE, G. TUZET, "Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale", *Analisi e diritto*, 2014, 195-209.

3. *I risultati della ricerca empirica*

L'analisi empirica condotta nell'ambito del progetto "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*" ha rivelato dettagli interessanti relativamente al modo in cui l'argomento dell'IdL controfattuale è stato impiegato dai giudici delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile nell'arco degli anni 2014-2023[8].

L'incidenza dell'argomento dell'IdL controfattuale è minima. Come è stato osservato altrove[9], si sono registrate soltanto 39 occorrenze di argomenti dell'IdL controfattuale a fronte di una popolazione di partenza di 6.500 provvedimenti. All'interno di queste 39 occorrenze, in 16 casi la Corte ha fatto riferimento al legislatore "storico", e in 23 a un legislatore "ideale"[10].

Nei 16 casi in cui il legislatore è "storico"[11], il soggetto dell'argomento è il legislatore in quanto autore della disposizione da interpretare. L'argomento allora si presenta in due varianti.

La prima variante, più comune, ha la seguente forma, o una forma a questa riconducibile[12]:

(1a)

se il legislatore avesse inteso/voluto X, allora avrebbe scritto Y

ma non l'ha scritto

_____

quindi non ha inteso X

Per esempio, in Cass. civ. Sez. Unite, ord. n. 6028/2022, il giudicante scrive:

[s]e il legislatore avesse voluto distinguere tra iscrizioni, nel Registro e iscrizioni nel REA, avrebbe senz'altro inserito una disposizione specifica, ma non ha ritenuto di farlo, essendo chiaro l'intento

[8] Per una descrizione dettagliata delle procedure seguite e un'esposizione completa dei risultati si rinvia al saggio di F. ASTA, L. MARCHETTONI, B. MAZZOLAI e M.F. TROPEA nel presente fascicolo.

[9] Ivi, sez. 4.1.b.

[10] Per il significato di queste distinzioni vedi Ivi, sez. 3.4.

[11] Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 19980/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 24707/2015; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 2052/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 15815/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 26988/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 760/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 3556/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 10936/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 21854/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 28575/2018; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 8230/2019; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 18674/2019; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 18675/2019; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 6028/2022; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 33719/2022; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 20501/2023.

[12] Per esempio: Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 15815/2016: "La scelta operata dal legislatore del 1988 si rivela tuttavia priva di senso ove la si voglia ritenere preordinata a tutelare anche la dignità e la reputazione dei soggetti che, in varia guisa, partecipano al processo", che può esser parafrasata come: "Se il legislatore del 1988 avesse voluto tutelare anche la dignità e la reputazione dei soggetti che, in varia guisa, partecipano al processo, avrebbe operato una scelta diversa"; Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 33719/2022: "Il limite dell'ottanta per cento è, peraltro, aumentabile sino al cento per cento in presenza di garanzie integrative offerte dalla parte mutuataria, il che è un primo elemento contrario alla valutazione della disposizione in termini di inderogabilità, in assenza di elementi testuali inequivocabilmente indicativi della volontà del legislatore primario di conformare direttamente il contenuto specifico dell'oggetto del contratto con i mutuatari o, al contrario, di porre una regola di condotta per le banche erogatrici del credito, tenute a rispettarla in quanto sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia", che può esser parafrasata come: "Se il legislatore primario avesse voluto conformare direttamente il contenuto specifico dell'oggetto del contratto …, avrebbe introdotto elementi testuali inequivocabilmente indicativi di tale volontà"; Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 21854/2017: "L'assenza di previsione espressa di un potere di controllo del giudice dell'esecuzione, cioè del giudice della giurisdizione civile, cui il provvedimento del pubblico ministero è trasmesso (ma non diversa considerazione vale per le altre misure di sospensione e proroga, quando il provvedimento favorevole del pubblico ministero venga in considerazione in processi cognitivi), deve essere intesa nel senso della volontà del legislatore che sull'esercizio del potere provvedimentale del pubblico ministero, in quanto esso si colloca sul piano della giurisdizione penale, il giudice civile (e, quindi, in primis quello dell'esecuzione), non possa avere alcuna possibilità di controllo", che può esser parafrasata come: "Se il legislatore avesse voluto che il giudice civile avesse qualche possibilità di controllo sull'esercizio del potere provvedimentale del pubblico ministero, avrebbe introdotto una previsione espressa."

perseguito (…). Il quadro normativo sopra riportato conferma ulteriormente l'intento del legislatore di assicurare una gestione unitaria del Registro delle Imprese e del Rea.

Qui l'argomento controfattuale è impiegato per sostenere che il legislatore non ha voluto distinguere tra diverse iscrizioni, quindi la sua intenzione era di assicurare una gestione unitaria del Registro delle Imprese e del Rea.

La seconda variante ha una forma che può essere schematizzata come segue:

(1b)

se il legislatore avesse inteso/voluto X, allora ne deriverebbe la conseguenza Y

ma Y è implausibile

_____

quindi non ha inteso X

Per esempio, in Cass. civ. Sez. Unite, sent. n. 8230/2019, il giudicante scrive:

In tale arresto, è stata, in particolare, esclusa la fondatezza della tesi, secondo cui accanto a tale nullità avrebbe dovuto ravvisarsi una nullità sostanziale (per la difformità della costruzione rispetto al titolo abilitativo), sul rilevo che ove "il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il "filtro" della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche", evidenziando che, in tal modo, si sarebbe svuotata la portata precettiva della previsione della conferma degli atti e così vanificato "l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto".

In questo passaggio, l'ipotesi della nullità sostanziale dell'atto viene respinta non per difetto di prova storica della corrispondente intenzione del legislatore, desumibile dai lavori preparatori o da altri materiali para-legislativi, quanto piuttosto perché ciò condurrebbe a un esito ritenuto incompatibile con la funzione della disciplina e con l'equilibrio di interessi che essa persegue. Da ciò deriva, peraltro, l'esigenza in capo al giudice di motivare autonomamente (e non meramente di asserire) l'implausibilità della conseguenza prospettata.

Consideriamo ora i 23 casi in cui il legislatore è "ideale"[13]: l'argomento non fa cioè riferimento all'intenzione di un legislatore reale quanto piuttosto a un legislatore fittizio[14], che opera in maniera coerente con la *ratio* della norma così come essa viene ricostruita dall'interprete. L'argomento viene allora formulato in questa forma, o comunque in una forma a questa riconducibile[15]:

[13] Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 2907/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 3308/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 11021/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 15942/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 15943/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 20449/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 23676/2014; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. di remissione n. 335/2015; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 6494/2015; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 11373/2015; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 14268/2015; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14920/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14921/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14922/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14923/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14924/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Ord. n. 14925/2016; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 19087/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 19162/2017; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 15895/2019; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 25021/2019; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 12903/2021; Cass. civ., Sez. Unite, Sent. n. 8472/2022.

[14] Per una caratterizzazione del "legislatore ideale" e del "legislatore razionale" come finzioni, rinviamo a D. CANALE, *Legislative Intent, Collective Intentionality and Fictionalism*, in T. Marques, C. Valentini (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law*, Routledge, London-New York, 2022, 45-68.

[15] Per esempio, Cass. civ. Sez. Unite, Sent., n. 15895/2019,: "La circostanza che la domanda […] non sia ulteriormente connotata in termini di "giudiziale" non è fatto in sé neutro e consente, già in prima battuta, di affermare che, riferendosi alla "domanda", il legislatore non abbia voluto unicamente riferirsi alla notificazione dell'atto con cui si inizia un giudizio, come invece ha fatto, a proposito dell'interruzione della prescrizione, nell'art. 2943, comma 1" , che può esser parafrasata come: "Quando il legislatore ha voluto unicamente riferirsi alla notificazione dell'atto con cui si inizia un giudizio, qualifica la domanda come "giudiziale", come nel caso dell'art. 2943, comma 1".

(2)
quando il legislatore ha inteso X, allora lo ha detto espressamente
(e se questa occasione il legislatore lo avesse inteso, lo avrebbe detto)
ma in questa occasione non lo ha detto

_____

quindi, in questa occasione non ha inteso X[16]

Il seguente passaggio esemplifica efficacemente questa variante dell'argomento:

> *il legislatore, ogni volta che ha inteso escludere un determinato tipo di atto dall'applicazione della normativa sanzionatoria dettata in via generale, lo ha detto espressamente. L'interprete, perciò, non può estendere la deroga al di là dei casi espressamente previsti dalla legge ("ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit") (Cass. civ. Sez. Unite, Sent., n. 25021/2019).*

La ricostruzione fin qui proposta della prassi argomentativa della Corte di Cassazione Civile consente di formulare due osservazioni. In primo luogo, sia quando il legislatore è di tipo "storico", sia quando è di tipo "ideale", la forma logica dell'argomento è quella del *modus tollens* (a → b, ~b, dunque ~a)[17]. Riguardo a questo aspetto, vale la pena sottolineare come l'uso di questa struttura inferenziale conferisce all'argomento una parvenza di solidità logica, dal momento che, date le premesse, la conclusione segue necessariamente. Al contempo, tuttavia, nella pratica interpretativa l'aspetto controverso è costituito dalla prima premessa dell'argomento (a → b), che non può essere data per scontata e il cui proferimento genera, quindi, un rilevante onere argomentativo in capo al giudice. Ne consegue che il *modus tollens* non costituisce qui una garanzia della forza e della bontà dell'argomento, quanto piuttosto una *struttura di controllo* che rende evidente dove si concentra l'onere argomentativo: nella giustificazione del condizionale da cui l'argomento muove, e nella motivazione della negazione del conseguente.

Più in generale, preme osservare come nella prassi decisionale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile italiana l'argomento dell'IdL controfattuale non operi, primariamente, come strumento di accesso all'intenzione del legislatore storico, ma piuttosto come un vincolo di coerenza nell'interpretazione del giudice: il ragionamento controfattuale serve a testare la compatibilità di una certa lettura del testo interpretato sia con la lettera sia con la *ratio* della norma, così come ricostruite dall'interprete, imponendo a quest'ultimo di rendere esplicite le premesse che giustificano la conclusione. Ne segue che la forza persuasiva dell'argomento non dipende tanto dall'etichetta intenzionalistica che lo contraddistingue, quanto piuttosto dalla solidità delle premesse di sfondo – linguistiche, sistematiche e assiologiche – che rendono plausibile il legame controfattuale su cui si fonda la sua conclusione.

4. *Intenzioni legislative controfattuali e argomentazione* a contrario

Ci si potrebbe chiedere se l'intenzione controfattuale del legislatore costituisca un vero e proprio argomento interpretativo, utilizzato dai giudici per giustificare l'attribuzione di significato a una disposizione delle fonti, oppure un metodo per colmare lacune mediante l'ausilio di una congettura riguardo al modo in cui il legislatore avrebbe provveduto, laddove avesse considerato il caso non espressamente regolato[18]. È ovviamente discutibile se questi casi costituiscano un'istanza

[16] Vale la pena notare che (2) è una parafrasi di (1a) ottenuta sostituendo al riferimento al legislatore autore della disposizione un riferimento a una figura ideale di legislatore.

[17] Più precisamente, l'obiettivo è quello di ricondurre la fattispecie in esame a uno schema generale, secondo il pattern che si può identificare come *inclusive intention*, sub *a*, in D. CANALE, G. TUZET, *Inferring the Intention. Or, What Law the Legislature Could Have Intended to Make*, in *Dignitas*, 47-48/2010, 254-72.

[18] Cfr. ancora R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 275-76. Occorre intendersi tuttavia sul significato di "lacuna": il termine può fare riferimento alle cosiddette *lacune normative*, vale a dire all'assenza di una norma che regoli

dell'argomento del legislatore oppure una forma di argomentazione *a contrario*, in ossequio al brocardo *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Tanto più che la conclusione dell'argomento è spesso giustificata in modo assai sommario, tramite la sola indicazione delle disposizioni nelle quali il legislatore è intervenuto in modo attivo.

Per chiarire questo aspetto, è utile distinguere dal punto di vista teorico gli argomenti *interpretativi* dagli argomenti *integrativi*. Sono interpretativi gli argomenti che giustificano l'attribuzione di significato a un testo normativo. Essi riguardano cioè il contenuto che il testo esprime, e vengono tipicamente usati per risolvere i problemi di ambiguità, vaghezza, genericità e indeterminatezza contestuale che possono affliggere i testi normativi interpretati[19]. Gli argomenti integrativi servono invece per colmare lacune, ovverosia per costruire, mediante un ragionamento, una norma inespressa idonea a disciplinare un caso non regolato da altre norme. La norma così costruita non esprime il contenuto di alcun enunciato delle fonti ma è considerata, nondimeno, appartenente all'ordinamento[20].

Sotto il profilo teorico, è agevole notare come l'argomento dell'IdL controfattuale si presti a essere usato come argomento interpretativo. Assumiamo, ad esempio, che il legislatore abbia emanato la disposizione "È vietato produrre rumori molesti nelle ore notturne". Un termine come 'molesto' ha un contenuto vago: il suo ambito di applicazione non ha confini netti e ammette casi *borderline*, nei quali non è chiaro se il termine si applichi o meno. In linea generale, potremmo convenire che riprodurre musica ad alto volume nel cuore della notte in un appartamento, scatenando le proteste di tutti i condomini, costituisce chiaramente un 'rumore molesto', mentre parlare a bassa voce in casa alle 23:30 chiaramente non lo è. Tuttavia, un bambino che piange ripetutamente di notte, o un'aspirapolvere acceso alle 22:45 per 10 minuti, non è chiaro se ricada o meno entro l'estensione di tale espressione. L'argomento dell'IdL controfattuale può venire in aiuto all'interprete in casi del genere nella forma seguente:

'Se il legislatore avesse considerato il caso C, lo avrebbe disciplinato mediante la norma espressa NE ricavata dalla disposizione D'.

In casi come questi, l'argomento non viene usato per colmare una lacuna ma per determinare il contenuto linguistico di un testo in caso di ambiguità, vaghezza o altra forma di indeterminatezza. Qualora il testo sia ambiguo, l'argomento è idoneo a giustificare la scelta, da parte dell'interprete, di uno dei contenuti che il testo può esprimere; in caso di vaghezza, l'argomento è d'ausilio nello stabilire se un caso non chiaramente regolato ricade nell'ambito di applicazione della norma, ovvero ne è escluso; in caso di altre forme di indeterminatezza di tipo contestuale, infinem l'argomento consente di precisare gli elementi del contesto che concorrono a determinare il contenuto linguistico.

---

una fattispecie giuridicamente rilevante alla luce di altre norme (cfr. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2005, cap. I, § 7); ovvero alle lacune tecniche, che consistono nell'assenza di una norma che costituisce una condizione necessaria per l'efficacia o per l'effettività di un'altra norma; ovvero alle cosiddette lacune assiologiche, vale a dire all'assenza di una norma che *dovrebbe esserci* secondo la valutazione del giudice. Per una dettagliata classificazione di questi tipi di lacuna, vedi P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, cap. III. L'argomento che stiamo considerando entra in gioco nel caso delle lacune normative, ma può anche essere usato per colmare una lacuna tecnica o segnalare una lacuna assiologica.

[19] Per una distinzione tra queste diverse forme di indeterminatezza del contenuto dei testi giuridici, vedi, per tutti, Luzzati, *La vaghezza delle norme*, *

[20] Sulla distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica, come pure tra norme espresse e norme inespresse, vedi R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 411 ss.; D. CANALE, *Norme espresse e norme inespresse. Un'analisi concettuale*, in *Analisi e diritto*, 2020, 1, pp. 13-42.

In linea di principio, tuttavia, l'argomento che stiamo considerando può essere utilizzato anche per colmare lacune, ovverosia per costruire una norma inespressa che disciplina un caso non espressamente regolato dall'ordinamento. Ove venga usato in questo modo, l'argomento IdL controfattuale acquista la seguente forma:

'Se il legislatore avesse considerato il caso non regolato L, lo avrebbe disciplinato mediante una norma inespressa NI'

Ove NI corrisponde all'intenzione del legislatore così come controfattualmente ricostruita dal giudice sulla base, tipicamente, di considerazioni di tipo sistematico, teleologico, o basate su principi. È interessante notare, tuttavia, che non ricorre alcun uso di questa versione dell'argomento da parte delle SU della Corte di cassazione nel decennio considerato dalla ricerca. L'intenzione controfattuale del legislatore non viene cioè mai utilizzata per colmare *direttamente* lacune. Ciò può trovare una spiegazione nel carattere fortemente creativo che avrebbe una mossa di questo tipo, che aprirebbe amplissimi margini di discrezionalità in capo alla Corte, difficilmente giustificabili nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano.

Non di meno, l'argomento dell'IdL controfattuale viene utilizzato dalla Corte a supporto di un altro argomento che può svolgere una funzione integrativa in caso di lacuna: mi riferisco all'argomento *a contrario* (AAC). Vediamo in che modo.

SI consideri, ad esempio, la norma espressa 'I cittadini possono riunirsi liberamente'. Il medesimo diritto spetta anche ai non cittadini? Assumendo che nessuna altra norma espressa regoli il caso, il giudice potrebbe ragionare *a contrario* nel modo seguente:

(1) Se cittadino, permesso di riunione

(2) Pertanto, se non cittadino, divieto di riunione

In questa forma, tuttavia, l'argomento incorre nella fallacia della negazione dell'antecedente e la sua conclusione non è dunque giustificata. Serve una premessa aggiuntiva affinché la conclusione segua validamente dalle premesse, escludendo i non cittadini dall'ambito di applicazione del permesso di riunione. L'argomento dell'IdL controfattuale può essere utilizzato a tale scopo, ad esempio con queste formulazioni:

(1'.1) Se il legislatore avesse inteso attribuire ai non cittadini il diritto di riunione, l'avrebbe detto. Ma non l'ha fatto.

(1'.2) Tutte le volte che il legislatore ha inteso attribuire un diritto a una classe di soggetti, l'ha scritto. Ma in questo caso non è successo.

Tanto (1'.1) quanto (1'.2) giustificano l'interpretazione di (1) come un bicondizionale (1'), dal quale segue la conclusione (2).

(1) Se cittadino, permesso di riunione

(1') Se e soltanto se cittadino, permesso di riunione

(1'.1) Se il legislatore avesse inteso attribuire ai non cittadini il diritto di riunione, l'avrebbe detto. Ma non l'ha fatto.

(1'.2) Tutte le volte che il legislatore ha inteso attribuire un diritto a una classe di soggetti, l'ha scritto. Ma in questo caso non è successo.

(2) Pertanto, se non cittadino, divieto di riunione

In questi casi, l'intenzione del legislatore ricostruita controfattualmente viene utilizzata per inferire cosa il legislatore non intendeva dire o realizzare con riguardo alla fattispecie non espressamente regolata. Tuttavia, l'IdL controfattuale non costituisce qui, in senso stretto, un argomento *a contrario* che identifica la norma inespressa (2). L'IdL così elaborata viene usata per giustificare una premessa di un AAC.

5. *L'uso dell'intenzione controfattuale del legislatore nell'argomento* a contrario *"forte" e nell'argomento* a contrario *"debole"*

Si potrebbe tuttavia osservare che l'argomento *a contrario* non sempre viene utilizzato dalle corti per giustificare la costruzione di una norma inespressa. Non meno che l'argomento dell'intenzione del legislatore, anche l'AAC ammette delle varianti, ciascuna delle quali svolge funzioni diverse nel ragionamento giuridico, e può essere utilizzata per perseguire scopi distinti[21]. Per semplicità, in questa sede distingueremo due varianti dell'AAC, denominate in letteratura, rispettivamente, "forte" e "debole". Nella variante *forte*, l'argomento giustifica la costruzione di una norma inespressa dotata di contenuto opposto rispetto alla norma di partenza, così come accade nell'esempio considerato nel paragrafo precedente. Nella variante *debole*, invece, l'argomento conduce a constatare che i casi non riconducibili alla lettera della disposizione non sono da questa disciplinati: si è cioè in presenza di una lacuna, la quale potrà essere colmata mediante l'ausilio di tecniche argomentative diverse, ad esempio per via analogica. È importante sottolineare come le condizioni alle quali la conclusione è giustificata siano diverse nelle due versioni dell'argomento. Nel caso della versione "forte", la conclusione è giustificata soltanto se le proprietà rilevanti del caso non espressamente regolato sono incompatibili, alla luce della *ratio* della norma, con le proprietà rilevanti del caso regolato. La conclusione della versione "debole" dell'AAC è invece giustificata soltanto se non si dà tale relazione di incompatibilità. In definitiva, la variante "forte" dell'argomento può essere considerata giustificata soltanto se la distinzione introdotta dall'interprete tra casi espressamente regolati e casi non espressamente regolati verte su proprietà rilevanti rispetto alla *ratio* della norma, e incompatibili fra di loro[22].

Questa caratterizzazione dell'AAC trova conferma negli argomenti controfattuali introdotti dai giudici delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Vediamo alcuni esempi.

L'operatività del meccanismo dell'IdL controfattuale per giustificare la variante "debole" dell'AAC è pienamente evidente nella già citata ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 6028 del 23 febbraio 2022. La vicenda nasce dal ricorso di un'imprenditrice contro il diniego di iscrizione della propria attività di affittacamere nel Registro delle Imprese e contro l'avvio di procedimenti volti a inibire l'attività di agente immobiliare. In precedenza, il TAR Veneto aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, ma il Giudice del Registro delle Imprese presso il Tribunale di Venezia aveva sollevato conflitto, osservando che nel caso di specie si trattava di provvedimenti che implicavano valutazioni attinenti alla tenuta del Repertorio Economico Amministrativo (REA), e dunque atti sottoposti alla giurisdizione amministrativa.

Le Sezioni Unite, conformandosi alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ribaltano la decisione del TAR, dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario per tutti i provvedimenti impugnati. La Corte, in particolare, sottolinea che, contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice del Registro delle Imprese, non sussiste alcuna distinzione, ai fini della giurisdizione, tra le iscrizioni nel Registro delle Imprese e quelle nel REA. In questo quadro si colloca l'adozione di un argomento dell'IdL controfattuale con riguardo all'art. 2192 c.c., alla L. 3 maggio 1985, n. 204 e al D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581.

[21] Per un'analisi più dettagliata delle varianti dell'AAC, e le loro diverse classificazioni, rinviamo a D. CANALE, G. TUZET, *A Contrario Arguments*, in L. Duarte d'Almeida, R. Chang, L. Bermejo-Luque, E. MacDonald, F. Perin Shecaira (eds.), *Research Handbook on Legal Argumentation*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2025, 213-226; G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (a cura di), *L'unità del diritto: Massimo Severo Giannini e la teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1994, 177-272; H. JANSEN, *E Contrario Reasoning: The Dilemma of the Silent Legislator*, in *Argumentation*, 19/2005, 485-496.

[22] D. CANALE, G. TUZET, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario,* in *Ars Interpretandi*, 15/2010, 189-205.

Il Collegio condivide tale impostazione e ritiene che le differenziazioni operate dal Tribunale tra iscrizioni nel Registro delle Imprese e iscrizioni nel Repertorio Economico Amministrativo (REA) non hanno senso perché per espressa volontà del legislatore, tutti i rimedi giudiziali da esperire avverso la mancata iscrizione dell'impresa da parte dell'ufficio del registro nonché contro il decreto del giudice del registro sono stati devoluti alla cognizione del giudice ordinario … Se il legislatore avesse voluto distinguere tra iscrizioni, nel Registro e iscrizioni nel REA, avrebbe senz'altro inserito una disposizione specifica, ma non ha ritenuto di farlo, essendo chiaro l'intento perseguito … Il quadro normativo sopra riportato conferma ulteriormente l'intento del legislatore di assicurare una gestione unitaria del Registro delle Imprese e del REA e quindi sarebbe contrario ad ogni logica di concentrazione delle tutele operare distinzioni tre le controversie in tema di iscrizioni nel Registro delle Imprese e denunzie da iscriversi nel REA.

La Corte chiarisce che il REA ha la funzione di integrare il Registro delle Imprese con informazioni economiche e statistiche, e che il legislatore ha previsto un regime di tutela unitario davanti al giudice ordinario per entrambi i registri. Pertanto, conclude la Corte, la distinzione tra iscrizioni nel Registro delle Imprese e iscrizioni nel REA, su cui si imperniava il ragionamento del Giudice del Registro delle Imprese, non è giustificata.

Il nodo del contendere è qui rappresentato da un duplice AAC. Il Giudice del Registro delle Imprese fa leva su un AAC forte, sostenendo che la distinzione tra iscrizioni nel Registro delle Imprese e iscrizioni nel REA preclude l'applicazione della disciplina generale. In risposta, la Corte sostiene che il silenzio del legislatore apre soltanto una lacuna normativa, la quale però può essere facilmente colmata dal momento che l'intento perseguito appare chiaro. L'utilizzo del condizionale controfattuale ha il compito di esplicitare l'assunto cardine, secondo il quale la distinzione proposta non è rilevante rispetto alla *ratio* della norma.

Il Giudice del Registro delle Imprese enfatizza un profilo che vale a differenziare la situazione della ricorrente rispetto a quella delle cause riservate al giudice ordinario, cioè che nel caso di specie il giudice è chiamato a fornire valutazioni discrezionali tipiche della giurisprudenza amministrativa. Sotto questo profilo, pertanto, il caso in esame sarebbe contrassegnato da una proprietà incompatibile – quella di richiedere valutazioni discrezionali attinenti alla tenuta del REA – con quella dei casi sottoposti alla giurisdizione ordinaria.

In risposta la Corte depotenzia la differenziazione operata dal Tribunale sulla base dell'assunto secondo il quale considerazioni sistematiche rendono evidente l'IdL di assicurare una gestione unitaria del Registro delle Imprese e del REA, sottoponendo tutto il contenzioso alla giurisdizione del giudice ordinario. Vale la pena di sottolineare che, se si ricostruisce in questo modo la *ratio* della norma, la distinzione introdotta dal Tribunale tra iscrizioni nel Registro delle Imprese e iscrizioni nel REA non coglie proprietà incompatibili tra loro; pertanto, la Corte appare giustificata nell'adozione di una forma debole di AAC.

In definitiva, pertanto, il perno del ragionamento sviluppato dalla Corte è costituito da suggestioni tratte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e da considerazioni sistematiche, a partire dalle quali gli ermellini ricostruiscono l'intento unitario perseguito dal legislatore nel disciplinare la materia oggetto della controversia. Tale intento, a sua volta, consente di superare l'AAC forte utilizzato dal Tribunale per giustificare la sua decisione. In questo contesto, il ricorso all'IdL consente di affrontare direttamente, in senso critico, l'argomentazione del Tribunale, e la forma controfattuale è funzionale a cogliere la mancanza di rilevanza della distinzione tra iscrizioni nel Registro delle Imprese e iscrizioni nel REA rispetto alla ricostruzione dell'intenzione del legislatore proposta dalla Corte.

Più in generale, si può osservare che l'argomento dell'IdL controfattuale viene qui utilizzato per mettere a fuoco e precisare l'attitudine del legislatore nei confronti dele proprietà rilevanti del caso da decidere. La finalità è generalmente quella di prevenire o criticare un AAC forte, evidenziando

che la disciplina del caso non espressamente regolato da esso introdotta non trova riscontro nell'intenzione del legislatore. Questa caratterizzazione trova rispondenza sia nei casi nei quali il legislatore è di tipo "storico", e quindi l'argomento controfattuale ha forma (1a) o (1b)[23], che nei casi nei quali il legislatore è di tipo "ideale" e l'argomento assume forma (2)[24].

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, tuttavia, non mancano casi nei quali l'IdL controfattuale viene utilizzata per introdurre un AAC forte, mediante il quale si argomenta che una certa fattispecie deve essere disciplinata in maniera opposta a quanto prescritto da una regola generale. Uno dei casi emblematici in cui si riscontra questo uso dell'IdL controfattuale è rappresentato dall'ordinanza n. 14925 del 2016, che risolve un regolamento preventivo di giurisdizione proposto nell'ambito di un giudizio nel quale era in discussione la natura dell'assegno vitalizio spettante ai consiglieri regionali cessati dal mandato. La vicenda trae origine da un giudizio promosso da due ex consiglieri della Regione Trentino-Alto Adige dinanzi al Tribunale ordinario di Trento. I ricorrenti contestavano la richiesta di restituzione di somme erogate a titolo di attualizzazione del vitalizio, ricalcolate in base a una nuova legge regionale (L.R. n. 4/2014) che aveva introdotto criteri più restrittivi. Tuttavia, la Regione e il Consiglio regionale avevano eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sostenendo che la competenza spettasse alla Corte dei Conti, in quanto giudice speciale delle "pensioni pubbliche". In risposta, la Suprema Corte ha sostenuto che, *in assenza di una specifica norma che attribuisca tali controversie alla Corte dei Conti*, opera il principio dell'unicità della giurisdizione, che attrae la fattispecie nella competenza del giudice ordinario; pertanto, le controversie relative alla rideterminazione o alla restituzione degli assegni vitalizi dei consiglieri regionali appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, poiché tali somme non costituiscono trattamenti pensionistici derivanti da un rapporto di pubblico impiego. Infatti, "il legislatore, quando ha voluto estendere la giurisdizione della Corte dei conti oltre i rapporti pensionistici in senso stretto, ha emanato al riguardo puntuali disposizioni di legge".

In pratica, la Corte sostiene che la distinzione tra assegno vitalizio e trattamento pensionistico coglie una proprietà rilevante rispetto alla *ratio* della disposizione che assegna alla Corte dei Conti giurisdizione sulle pensioni pubbliche e definisce due insiemi incompatibili di prestazioni. Mentre la pensione deriva da un rapporto di lavoro subordinato, infatti, il vitalizio si ricollega all'esercizio di un mandato pubblico elettivo. Come conseguenza, la giurisdizione sui vitalizi deve essere attribuita secondo una regola dotata di un contenuto opposto rispetto alla norma speciale che definisce la competenza della Corte dei Conti, e quindi secondo la regola generale che investe il giudice ordinario. L'impiego del condizionale controfattuale ha qui la funzione di esporre l'asimmetria che

[23] In questi casi, l'impiego del condizionale "Se il legislatore avesse inteso/voluto X, allora avrebbe fatto Y" è funzionale a esporre il contesto nel quale le proprietà rilevanti sarebbero incompatibili; "Sostiene che, se il legislatore avesse davvero inteso prevedere la infalcidiabilità del credito per IVA in ogni concordato preventivo, avrebbe inserito la deroga nell'art. 160 L. Fall., non nell'art. 182 ter destinato alla disciplina della sola transazione fiscale" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 760/2017); "La ricorrente censura direttamente l'interpretazione del Consiglio di Stato, osservando … che se il legislatore avesse voluto disporre anche per i concessionari in essere l'obbligo immediato alla scadenza dei contratti di appalto in corso, avrebbe esplicitamente previsto l'obbligo di indire la procedura ad evidenza pubblica per tutti gli affidamenti, nuovi o in scadenza, di servizi e forniture, come previsto per i nuovi concessionari" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 18675/2019); "Essa è giustificata per il fatto che, se il legislatore avesse voluto ricollegare all'apertura non autorizzata di un pozzo, la conseguenza dell'automatica riduzione in pristino, cioè la sua eliminazione, avrebbe dovuto prevedere l'automatismo di tale sanzione" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 10936/2017).

[24] "Conferma della correttezza di tale conclusione si ricava, d'altra parte, sempre sul piano dell'interpretazione letterale della legge, dalla considerazione che il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditarie all'applicazione della normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 25021/2019); "Quando il legislatore ha voluto dar rilievo processuale a tali stati cognitivi lo ha fatto con norme specifiche, che hanno anche previsto un procedimento volto a tale accertamento" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 11021/2014); "ove i l legislatore ha voluto disegnare una disciplina speciale anche per i l giudizio d i secondo grado, lo ha fatto espressamente, come, a d esempio, per il rito del lavoro" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 3308/2014).

ricorre tra assegno vitalizio e trattamento pensionistico, mostrando che manca l'intento di estendere la competenza della Corte dei Conti che ricorre invece in relazione ad altre prestazioni[25].

6. *Conclusioni*

In definitiva, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile degli anni 2014-2023 l'utilizzo del ragionamento controfattuale nell'ambito di argomenti che fanno riferimento all'intenzione del legislatore è quantitativamente limitato ma si presenta con una struttura di particolare interesse. In linea teorica, l'IdL controfattuale ha la funzione di giustificare l'interpretazione di una disposizione o, in alternativa, di colmare lacune nell'ordinamento. Rilevante, nella giurisprudenza qui considerata è la sua connessione con gli argomenti *a contrario*, posto che il richiamo alle intenzioni controfattuali serve spesso ad argomentare contro l'estensione di una disciplina a fattispecie non espressamente regolate, o contro l'introduzione di distinzioni non previste dal legislatore. Sta di fatto, comunque, che la ricostruzione dell'IdL è giustificata da ulteriori strategie argomentative che chiamano in causa, di volta in volta, suggestioni mutuate dalla giurisprudenza precedente, considerazioni di natura sistematica, teleologica, ecc.

Da questo punto di vista, la differenza con le forme "produttive" di IdL controfattuale discusse in letteratura – se il legislatore disciplinasse/avesse disciplinato la materia lo farebbe/avrebbe fatto diversamente, pertanto la materia va disciplinata diversamente – è sostanziale. Soltanto in rapporto alle forme produttive si pongono le criticità segnalate in altra sede, criticità che attengono alla peculiare semantica dei condizionali controfattuali[26]. In questo caso, infatti, il giudice deve giustificare la "plausibilità" del nesso istituito dal condizionale, mentre nel caso delle forme *a contrario* vi è un onere argomentativo "in negativo", per così dire: il giudice argomenta che se il legislatore avesse voluto dire o fare una certa cosa l'avrebbe detta o fatta, ed essendo che non l'ha detta o fatta, il legislatore non intendeva dirla o farla (*modus tollens*). Ma naturalmente anche in questi impieghi dell'argomento occorrono ragioni per assumere che il legislatore si sarebbe comportato in un certo modo. Il dato comune è rappresentato dal fatto che in entrambi i casi l'argomento dell'IdL è dipendente da ulteriori strategie argomentative.

[25] AAC forti sotto forma di IdL controfattuale vengono introdotti dai giudici della Corte di Cassazione anche in altre occasioni: "La tesi restrittiva trova, d'altro canto, elemento di ulteriore, ancorché indiretto, conforto nel rilievo che, quando legislatore ha inteso estendere l'applicazione dell'agevolazione in oggetto a situazioni non inquadrabili nel relativo dato letterale, lo ha fatto in maniera esplicita" (Cass. civ. Sez. Unite, Ord. n. 11373/2015); "Come già rilevato, infatti, la fattispecie prevista dall'art. 2 , comma 1 , lett. q) citato, richiede come presupposto, oltre alla gravità ed alla ingiustificatezza, solo la reiterazione del ritardo e non (anche) l'abitualità di tale condotta, dovendo peraltro considerarsi, anche in ragione del fatto che la materia disciplinare è ispirata ai principi di tipicità e di legalità di matrice penalistica, che quando il legislatore ha inteso fare riferimento ad una condotta abituale, lo ha fatto espressamente" (Cass. civ. Sez. Unite, Sent. n. 14268/2015).

[26] Vedi D. CANALE, G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Analisi e diritto*, 2014, 196-209.

Andrea Morrone

L'*intentio legislatoris* al tempo della ragionevolezza: il valore della coerenza dell'*ordo iuris*

SOMMARIO: 1. Il problema dell'intentio legislatoris nel quadro dei problemi dell'interpretazione. - 2. L'intentio legislatoris nelle ricerche sulla giurisprudenza. - 3. Il tempo della ragionevolezza: l'orizzonte di senso delle teorie dell'interpretazione (e sull'intentio legislatoris). - 4. Le conseguenze della ragionevolezza: dalla voluntas alla ratio. - 5. Il fine della ragionevolezza del diritto e dell'interpretazione: la coerenza dell'ordo iuris. - 6. Per concludere.

The present paper aims to analyze the use of the interpretative argument of the legislator's intention within the framework of interpretation theories and by the Constitutional Court, with particular regard to the relationship with the criterion of reasonableness

1. *Il problema dell'intentio legislatoris nel quadro dei problemi dell'interpretazione*

Il problema dell'intenzione del legislatore può essere considerato un aspetto particolare del tema generale dell'interpretazione giuridica.

La riflessione su quest'ultimo è caratterizzata da una serie di opposizioni. Ne elenco alcune.

Soggettivo *versus* oggettivo. L'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore è soggettiva; quella secondo la lettera della legge è oggettiva[1].

In questo senso, almeno nella sua genealogia, può essere letto l'art. 12 delle preleggi al codice civile italiano. Lì non pare esserci una opposizione, semmai una gerarchia di valori, che assegna al testo il primato sull'intenzione del legislatore. L'una e l'altra, tuttavia, sono riconducibili ad un'unica volontà normativa che – si suppone, da chi quella norma aveva concepito (fin dal *Code Napoléon*) – assisterebbe l'atto normativo in quanto espressione della volontà dello Stato. Presi in assoluto, tuttavia, soggettivo e oggettivo sono valori in conflitto. L'interpretazione giuridica è destinata a oscillare tra l'uno e l'altro polo, contenendoli entrambi.

Legislatore *versus* interprete. La storia del diritto è lotta per il potere. In particolare, una lotta per il potere di *creare il diritto* che, nella modernità, diventa ancora più interessante, perché si tratta di creare *nuovo* diritto. Chi è il legislatore? Chi è l'interprete? L'illuminismo e le rivoluzioni borghesi hanno diviso le due funzioni, separando il legislatore (sovrano) dal giudice ("interprete" o "bocca della legge", a seconda della tradizione inglese o francese)[2]. Tutta la storia del costituzionalismo occidentale si regge su questa dicotomia e sui continui scambi di veste tra legislatore e interprete.

[1] Se si seguono le indicazioni di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, 115, l'interpretazione soggettiva è diretta a scoprire il significato secondo l'intenzione ovvero in base all'idea che ispirò l'autore e che questi voleva comunicare; l'interpretazione oggettiva a stabilire il significato comunicato, quello insito nella comunicazione. La prima dunque attiene alla volontà, la seconda alla dichiarazione. Ma la differenza – seguendo l'A. – non sta nella contrapposizione tra significato voluto e dichiarato (o comunicato), il primo inaccessibile, il secondo variabile in ragione dell'interprete. Per Ross la differenza riposa sui "dati interpretativi presi in esame": in quella soggettiva sono qualsiasi circostanza che possa lumeggiare il significato (a partire dai lavori preparatori), in quella oggettiva solo i "dati discernibili nella situazione in cui chi riceve la comunicazione percepisce l'enunciato", ossia il senso "immanente". Invero, proprio perché esclude certi dati interpretativi aggrappandosi "solo" al testo, è l'interpretazione oggettiva a condurre a risultati più indefiniti, lasciando più "libero" il giudice ("l'interpretazione oggettiva è più soggettiva di quella soggettiva": *ivi* 135, 148).

[2] Cfr. il mio studio sulla sovranità: A. MORRONE. *Sovranità*, relazione al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *RivistaAIC*, n. 3/2017, 1 ss., nonché in *Annuario 2016 – Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Napoli, Jovene, 2017, 3 ss.

Le teorie sulla collaborazione, tornate in voga anche in tempi recenti[3], non hanno eliminato la radicale differenza tra legislazione e interpretazione, e non hanno superato i conflitti tra legislatore e giudice.

Interpretazione giuridica *e* interpretazione costituzionale. La "costituzione" è una "legge"? La legge è una costituzione? La costituzione, come fonte suprema, rigida e garantita, ha permesso di separare la legge da essa. Ma, pure, di distinguere due forme di interpretazione a seconda dell'oggetto. Ha anche riattualizzato la contrapposizione tra legislatore e giudice: non più ordinati gerarchicamente (modello francese), o egualmente sottoposti alla costituzione (modello inglese). Anche se il giudice resta soggetto soltanto alla legge (nel senso della predeterminazione necessaria della fattispecie legale), il giudice interpreta la legge in modo conforme a costituzione (o altro "parametro" superiore) o può contestare la legge quando questa contrasta con la costituzione (o altro "parametro" superiore). Tra i giudici, però, il giudice costituzionale è un "giudice speciale" perché si occupa della costituzione (e non di una legge qualsiasi)[4]. L'interpretazione costituzionale è legislazione costituzionale[5]? Non importa rispondere qui[6]. Ne consegue una nuova opposizione tra legislatore, giudici, e giudice costituzionale (nell'attuazione costituzionale). E, quindi, una *nuova* teoria dell'interpretazione[7]. L'aspetto più interessante, ai nostri fini, è il seguente: il "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale e l'interpretazione "conforme a…", due aspetti caratterizzanti le tendenze del nostro tempo, riducono lo spazio dell'interpretazione letterale e storica[8]. Ma, come vedremo, non si tratta soltanto di questo: a dominare oggi la questione dell'interpretazione è la "ragionevolezza del diritto".

Quelle ricordate e altre opposizioni ricorrenti insistono tutte sul medesimo problema (che la storia non ha risolto e non risolverà in via definitiva): qual è la natura dell'interpretazione giuridica?

---

[3] Cfr. A. KAVANAGH, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, su cui il simposio di discussione tra G. REPETTO, *Sul costituzionalismo collaborativo: una prospettiva continentale*, in *Quad. cost.*, 4/2025, 995 ss.; M. CARTABIA, *La collaborazione fra poteri come principio costituzionale*, *ivi*, 1005 ss.; C. FASONE, *Il costituzionalismo collaborativo tra Ue e Stati membri alla prova della* rule *of law backsliding*, *ivi*, 1013 ss., e la risposta della stessa A. KAVANAGH, *Collaborative Constitutionalism as Practice and Principle*, *ivi*, 1023.

[4] Sulla specialità della Corte costituzionale H. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, trad. it., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 190.

[5] Tesi sostenuta da C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cura di M. CROCE, A. SALVATORE, trad. di Matteo Bozzon, Macerata, Quodlibet, 2026, 89.

[6] Ne ho discusso ampiamente in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, 170 ss., nonché in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, Giappichelli, 67.

[7] Per la mia opinione cfr. A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2022, 81, dove invito a distinguere tra "interpretazione del diritto", "interpretazione di una costituzione" e "interpretazione delle fonti normative in rapporto ad una costituzione". In letteratura la questione può dirsi aperta tra i sostenitori dell'unità o della divisione della teoria interpretativa. Cfr. G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

[8] Quanto all'*intentio legislatoris*, va precisato che il "diritto vivente" e l'interpretazione "conforme a" riducono lo spazio del legislatore storico, ma non del legislatore attuale, la cui "inattività" (ossia il mancato esercizio del potere legislativo in una direzione diversa da quella del diritto vivente) andrebbe interpretata come "una sorta di manifestazione di volontà per fatto concludente che proprio nella norma vivente trova il suo contenuto". Così M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e diritto vivente*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 40-42. Si può dire, meglio, che l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza (diritto vivente) vale fintanto che il legislatore non decide di intervenire con un proprio atto legislativo, diretto proprio a modificare (nel senso largo di correggere, integrare, sostituire) la norma vivente. Questo discorso conferma che, se il diritto è esperienza (A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 115 ss.), alla sua formazione cooperano tutti i fattori giuridici rilevanti nella vita di un'organizzazione giuridica.

Come sappiamo, le risposte possibili sono le seguenti: conoscenza, attuazione, creazione di norme. Richiamarsi all'*intentio legislatoris*, alla *voluntas legis*, alla *ratio legis*, ai principi, all'equità, alla ragionevolezza ecc. può servire, di volta in volta, alla causa di una delle possibili risposte al quesito generale sulla natura dell'interpretazione.

2. L'*intentio legislatoris nelle ricerche sulla giurisprudenza*

I risultati empirici della ricerca Prin che oggi ci vengono presentati, tra i tanti, possono ricondursi essenzialmente a due considerazioni di sintesi.

La prima. L'interpretazione in base all'intenzione del legislatore è nella giurisprudenza (costituzionale, ordinaria, speciale) assolutamente marginale. Volgendo lo sguardo agli usi della Corte costituzionale, quella notazione diventa ancora più marcata, specie se si considerano i casi in cui il giudice si è servito dell'*intentio legislatoris* a fini "determinanti" della decisione. Sono stati individuati soli 18 casi contro gli oltre 600 selezionati in cui, invece, quello psicologico è un argomento concorrente con altri (e ben più rilevanti) argomenti. Nel giudizio di costituzionalità, in genere, l'argomento dell'*intentio legislatoris* è introdotto generalmente dal giudice *a quo*, poi dalle parti. La Corte costituzionale se ne tiene alla larga, vista la sua ambiguità, salvo affermare recisamente che i "lavori preparatori" non sono decisivi[9].

Semmai, essa si serve più incisivamente dell'intenzione del Costituente. Anche in questo caso, tuttavia, lo fa molto raramente, e, piuttosto, con esiti rafforzativi del "testo" di specifiche disposizioni, o per contenere la creatività della giurisprudenza medesima[10]. Usi, dunque, in senso oggettivo o, meglio, *in funzione oggettivante*, per rafforzare il senso dell'enunciato.

Vale la pensa di insistere sul punto. Alcuni casi aiutano a comprendere le applicazioni della giurisprudenza in questo ambito. Nel decidere dell'ammissibilità del referendum abrogativo sulla disposizione della legge elettorale proporzionale che stabiliva il voto di preferenza plurima, la Corte costituzionale ha ritenuto prevalente il testo sull'*intentio legislatoris*, per come risultante dai lavori preparatori (dai quali, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe emersa la volontà di aggiungere le leggi elettorali all'elenco di quelle per le quali l'art. 75 Cost. vieta il referendum abrogativo)[11].

---

[9] Cfr. Corte cost., sent. 18 gennaio 1977, n. 34, p. 4 del *Considerato in diritto*: "i lavori preparatori - anche quando il loro tenore è inequivoco - pur non essendo privi di rilievo, non rivestono tuttavia importanza decisiva ai fini della ricostruzione del significato da attribuire alle norme giuridiche, poiché queste, una volta emanate, assumono un valore autonomo e vanno quindi interpretate non già secondo le opinioni personali dei partecipanti alla loro elaborazione ma secondo il contenuto che risulta dalla loro formulazione e dal sistema nel quale sono inserite.". Ancora, Corte cost., sent. 19 gennaio 1995, n. 15: p. 3 del *Considerato in diritto*: "Quale che sia il valore da attribuire ai lavori preparatori - peraltro in questo caso non chiari né inequivoci - essi non sono risolutivi per la interpretazione della legge, né vincolano successive leggi interpretative, le quali possono liberamente muovere nell'area oggettivamente compresa tra le possibili varianti di senso compatibili con il testo legislativo.".

[10] In Corte cost., sent. 10 novembre 1992, n. 429, relativamente al significato da attribuire al concetto di "appartenenza alle Forze armate" indicata dall'art. 103 ai fini della giurisdizione dei Tribunali militari estesa anche agli appartenenti alle Forze armate, si legge: "La ricostruzione dell'intenzione del Costituente, in regime di costituzione rigida, è essenziale per misurare la compatibilità tra disposizione di legge e precetto costituzionale. L'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico-politica.". Sull'uso dell'*intentio legislatoris* in funzione contenitiva della creatività di nuovi parametri costituzionali, L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori*, *cit.*, 143 e 148.

[11] Corte cost., sent. 2 febbraio 1991, n. 47, dove si legge: "Qualsiasi ricostruzione delle vicende subite dall'emendamento volto ad includere «le leggi elettorali» tra quelle espressamente sottratte dalla Costituzione alla possibilità di abrogazione per via referendaria, come pure qualsiasi supposizione circa le sorti di tale emendamento o qualsiasi discussione in ordine alla portata dei poteri del Comitato di redazione, non consente, a parte l'innegabile

Allorché è stata riconosciuta in capo al Presidente della Repubblica una sfera di riservatezza intangibile da parte dell'autorità giudiziaria, il giudice delle leggi ha bandito l'utilizzabilità del mero criterio letterale quale canone per interpretativo (ritenuto un "metodo primitivo sempre"), *a fortiori* nel caso di disposizioni costituzionali, "che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica". In questo caso – che riguarda l'assenza di una specifica disposizione su una prerogativa presidenziale, riconosciuta, ciò nondimeno, implicita nella posizione del Capo dello Stato – la decisione ha sottolineato la necessità di una "interpretazione sistematica" quale metodo che "consente una ricostruzione coerente dell'ordinamento costituzionale"[12].

Nella decisione sulla grazia, la Corte costituzionale ha desunto in via decisiva una norma – quella sul potere di grazia anche *sostanzialmente* presidenziale – fondata nella prassi o in una vera e propria consuetudine costituzionale, in contraddizione sia con l'intenzione del Costituente, sia con il testo dell'art. 89 Cost. (per come letto, fino a quel momento, dalla maggior parte degli interpreti)[13].

Alla luce di questa casistica si possono trarre queste conclusioni: il testo scritto *prevale* su qualsiasi intento originario contrario; testo e *intentio* vanno comunque interpretati sistematicamente secondo il principio di *coerenza*; *intentio* e testo normativo *valgono in concreto*, secondo la "norma vivente" riconosciuta ed enunciata dal giudice (e non smentita dal legislatore)[14]. Si tratta di osservazioni di portata generale.

Nell'ambito delle disposizioni costituzionali, comunque, l'*intentio legislatoris* rileva se è quella del "Costituente", meno se si tratta di risalire alla volontà del legislatore di revisione costituzionale (operazione, peraltro, meno facile da compiere, vista la tendenziale penuria di documenti preparatori relativi alle modifiche costituzionali, anche di quelle più rilevanti)[15]. Un discorso analogo può farsi anche per l'intenzione del legislatore ordinario.

Comunque, anche la presente ricerca conferma che l'*intentio legislatoris* si riferisce solitamente al legislatore *storico* (per il 97% dei casi selezionati), non a quello *attuale*, o *ideale*. Così come, in ogni caso, il tempo dell'applicazione delle disposizioni normative condiziona (in negativo) tanto la percentuale dei casi di ricorso *al*, quanto la rilevanza *dell*'argomento psicologico[16]. Il testo vale nelle sue interpretazioni e applicazioni consolidati, e questo contribuisce ad accentuare la sua oggettivizzazione, e a marginalizzare il dato soggettivo (riferibile all'autore dell'atto normativo).

interesse storico-istituzionale, di condividere la prima ragione di inammissibilità prospettata. A questa Corte non è dato, infatti, di riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale, quale sancito dalla votazione finale del 27 dicembre 1947. La Costituzione vale per ciò che risulta scritto in quel testo, promulgato dal Capo provvisorio dello Stato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.".

[12] Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1. Sull'uso dell'interpretazione teleologica, arricchita da criteri storici e logico-sistematici, al fine di estendere la portatale letterale della legge, Corte cost., sent. 16 maggio 1984, n. 143.

[13] Corte cost, 18 maggio 2006, n. 200.

[14] Nel caso della grazia presidenziale si può aggiungere che la norma vivente stabilita dalla Corte costituzionale, pur in contrasto con l'*intentio legislatoris*, è comunque compatibile con il testo dell'art. 89 Cost. (la controfirma, come dice la Corte, non viene meno, ma cambia natura).

[15] Cfr. L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore*, *cit.*, 153, mettendo a confronto la revisione del Titolo V, Parte II della Costituzione e la modifica dell'art. 111 Cost. (quest'ultima ritenuta dall'A. meno ambigua rispetto alla prima in base alle risultanze documentali parlamentari).

[16] Se, secondo A. ROSS, *Diritto e giustizia*, *cit.*, 136, "i lavori preparatori scemeranno di importanza con l'invecchiare delle leggi", allora "l'interpretazione soggettiva della legge (…) assume il carattere di interpretazione storica": con la conseguenza ulteriore che il giudice riterrà preferibile sottrarsi alla volontà del legislatore storico per accedere ad un'interpretazione più in linea con lo "spirito nuovo". Ciò è particolarmente rilevante per le disposizioni costituzionali – aggiunge sempre Ross – per le quali questo distacco temporale tra le origini e il presente può condurre a modifiche tacite della Costituzione.

La seconda. Negli usi della giurisprudenza il significato dell'espressione "intenzione del legislatore" non è affatto univoco, come non lo è, del resto, nella stessa letteratura scientifica[17]. Ciò vale anche e soprattutto per il significato tradizionale, quello che tende a far coincidere il referente della formula nel legislatore storico: ciò serve per contrapporre una volontà soggettiva ad un'oggettiva? Del resto, come diceva Emilio Betti, il legislatore storico o attuale, altro non è se non un "mito" o un "fantasma"[18]. In concreto, nella giurisprudenza sono rinvenibili diversi "usi" dell'espressione sintetica, e delle sue varianti empiriche.

A queste considerazioni si può aggiungere un ulteriore dato, rilevante ai fini di quanto verrò dicendo. La ricerca sull'*intentio legislatoris*, alla luce delle due conclusioni riportate, dimostra che il fenomeno non si possa chiudere all'interno della cultura del volontarismo o dell'imperativismo. Esso supera quelle esperienze. Assume manifestazioni diverse, che meritano di essere monitorate e approfondite. La sua ricorrenza nelle motivazioni dei giudici ci restituisce la problematica dell'interpretazione, intesa come ricerca di una coerenza metodologica e teleologica tra oggetto, soggetto e contesto. Ciò corrisponde al fatto che l'interpretazione del diritto è un'attività che implica l'interferenza e la confluenza di dati diversi e, quindi, la continua mediazione tra dati (i "segni" da interpretare), senza che possa affermarsi l'esistenza di uno come determinante. Sarebbe come ammettere che, nel processo gnoseologico, fosse possibile accedere ad *una sola verità*. L'*intentio legislatoris* sottende una pretesa di verità imposta all'interprete (imperativismo, volontarismo), mentre è, più correttamente, uno degli elementi per ricostruire significati (o verità) comunque relativi.

Si potrebbe contestare che l'*intentio legislatoris* manifesti l'esigenza di assicurare la separazione dei poteri legislativo e giudiziario, con la conseguenza che ricorrere ad essa equivalga deontologicamente a garantire una "deferenza" del giudice verso il legislatore. È un buon argomento. Nondimeno, non sono sicuro che questa funzione spetti (solo o soprattutto) all'argomento psicologico, e non, piuttosto, all'atto legislativo e all'enunciato positivo considerati come espressione di una funzione normativa. Quale che sia il punto di vista, resta il fatto che un'esigenza costituzionale di deferenza è irrelata al principio di divisione e, in particolare, all'irriducibilità dell'interpretazione alla legislazione (ma non viceversa). Se creare nuovo diritto è un potere esclusivo del legislatore (per le radici democratiche che lo sostengono nella modernità), sia pure limitato da "principi" (di ordine costituzionale, europeo, internazionale ecc.), l'interpretazione è un'attività diffusa tra tutti i soggetti di un'organizzazione giuridica, tra cui spicca certamente il giudice, la cui legittimità sussiste nella misura in cui è e resta "interpretazione", e non si trasforma in una normazione positiva.

La deferenza del giudice verso il legislatore, dunque, è un valore fondamentale che può e deve essere mantenuto altrimenti, senza attribuire all'argomento psicologico più di quanto esso stesso implichi (e che, in ogni caso, può essere raggiunto direttamente, e meglio, per altra via). Peraltro, non va neppure sottovalutato che ciò che chiamiamo intenzione del legislatore è sempre il risultato di un'interpretazione svolta da un interprete. Con la conseguenza che, quella deferenza verso il legislatore che si vorrebbe raggiungere valorizzando l'argomento psicologico, non è nient'altro che ciò che stabilisce l'interprete medesimo.

---

[17] Cfr. ad esempio: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè 1980, 364 e 370, distingue tra argomento psicologico che riguarda il legislatore storico o concreto e argomento teleologico che si riferisce ai fini della legge o del legislatore astratto. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè 2011, 272 parla di "presunta" intenzione del legislatore utilizzabile (*contro* l'interpretazione letterale) o come argomento autonomo o ausiliario. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino 2007, 85, separa tra intenzione semantica (dire) e intenzione teleologica (fare) e tra legislatore storico, ideale, attuale.

[18] Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949, 19.

3. *Il tempo della ragionevolezza: l'orizzonte di senso delle teorie dell'interpretazione (e sull'intentio legislatoris)*

Qualsiasi discorso sull'interpretazione, compreso quello sull'*intentio legislatoris*, va situato storicamente, collocato all'interno di uno specifico *Zeitgeist*, che caratterizza la vita di una determinata organizzazione giuridica.

Oggi questo impegno scientifico va fatto tenendo presente che l'epoca attuale è caratterizzata dal dominio della "ragionevolezza del diritto". Uso la parola "ragionevolezza" non solo perché è quella italiana ricorrente (e, almeno su questo, possiamo vantare con orgoglio il nostro nazionalismo). Ma, anche perché la ragionevolezza è un concetto sintetico utile, che permette di comprendere al suo interno tutti quelli che normalmente si utilizzano per esprimere aspetti del suo significato generale: proporzionalità, bilanciamento, coerenza, congruenza, adeguatezza, idoneità, necessità, natura delle cose, ecc.[19].

La ragionevolezza del diritto non è patrimonio esclusivo del giudice costituzionale (o di altre istituzioni che svolgono funzioni analoghe) né, più in generale, di qualsiasi giudice in quanto tale. È un'esigenza diffusa in qualsiasi organizzazione giuridica contemporanea – probabilmente intrinseca al fenomeno giuridico in sé e per sé – che connota, in senso stretto, l'attività volta a rispondere al quesito "*quid iuris*?".

La ragionevolezza del diritto è il contenuto dell'interpretazione giuridica oggi (se, almeno convenzionalmente, siamo d'accordo nel dire che l'interpretazione sia un'attività normativa perché in funzione di una decisione risolutiva di un problema giuridico concreto[20]).

Di quale ragionevolezza parliamo? In che senso la ragionevolezza applicata nell'interpretazione del diritto interferisce con il tema dell'*intentio legislatoris*? E, più in generale, sull'interpretazione giuridica e sull'interpretazione costituzionale?

4. *Le conseguenze della ragionevolezza: dalla voluntas alla ratio*

Il primo nodo che la ragionevolezza del diritto ci chiede di sciogliere riguarda il fatto che, con essa, il discorso giuridico si focalizza sulla "ragione" e sulla "razionalità" delle formule giuridiche legislative, l'una e l'altra assunte come criteri informatori del fenomeno giuridico. Non mi interessa qui approfondire se ragionevolezza e razionalità si confondano, o se il concetto di ragione implicato nel concetto di ragionevolezza sia quello di "ragione pura" o di "ragione pratica"[21].

Assumere la ragionevolezza a base dei nostri compiti interpretativi implica contrapporre "volontà" e "razionalità" (*voluntas* e *ratio*). Dal punto di vista dell'interpretazione, l'opposizione è tra la volontà della legge e quella del legislatore, da un lato, e la razionalità della legge e quella del legislatore dall'altro.

Se così è, le concezioni volontaristiche sono in radicale opposizione con la ragionevolezza del diritto. Sostenere che l'interpretazione si appoggi sulla volontà della legge o su quella del legislatore equivale a contraddire il canone della ragionevolezza. Quest'ultimo esige una norma ragionevole e non una norma espressione di una volontà normativa (contenuta in un enunciato o manifestata in

[19] Ho cercato di argomentare questa tesi in A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè 2001.

[20] Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, *cit*., 83.

[21] Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

qualche modo da un legislatore)[22]. Da questo punto di vista, si può spiegare la marginalità del ricorso a quei concetti (*volontas legis* o *legislatoris*) nella giurisprudenza costituzionale: essi sono inadeguati a sostenere valutazioni compatibili con il principio di ragionevolezza. Diversamente, cioè, abbandonando il volontarismo, e assumendo che il significato della norma dipenda non dalla *voluntas legis* o *legislatoris* ma bensì dalla *ratio legis* o *legislatoris*, gli spazi di rilevanza di questi due ultimi concetti riemergono. Detto diversamente: i discorsi intorno alla ragionevolezza del diritto sono coerenti con concezioni dell'interpretazione incentrate sulla *ratio legis* o *legislatoris*. Forse, anche per questo motivo, possiamo trovare ricorrenze quantitativamente e qualitativamente maggiori nella giurisprudenza analizzata. Qui sorge una questione ulteriore e diversa. Quando parliamo di "*ratio legis*" o di "*ratio legislatoris*", a cosa ci riferiamo?

La tendenza empirica è quella di risolvere la seconda nella prima, nel senso che, quantomeno, l'intenzione del legislatore (*intentio*, *mens*, *voluntas*, *ratio*, che dir si voglia) si risolve in contenuti che contribuiscono a chiarire lo scopo della norma giuridica espressa. Qualunque cosa significhi *intentio legislatoris*, ciò non è (non deve essere) contro il testo dell'enunciato normativo, ma in funzione della sua comprensione e, soprattutto, in vista della chiarificazione della sua *ratio legis*.[23]

Detto ciò, cosa intendiamo per *ratio legis* di una norma? La *ratio* intrinseca o estrinseca? La *ratio* obiettiva o soggettiva? La *ratio* della norma individuata in via autonoma o in via eteronoma?

Come anticipato sopra, la prassi della giurisprudenza tende a risolvere gli elementi volontaristici dell'enunciato nella *ratio legis*[24]. In genere, l'intenzione del legislatore non è estratta e utilizzata contro il testo della norma, bensì per rafforzarne il significato che essa stessa è in grado di esprimere. O, al contrario, non risultano casi evidenti *ictu oculi* di significati desunti dall'*intentio legislatoris* non solo contro quelli traibili dalla norma positiva, ma anche applicati in luogo dei secondi.

5. *Il fine della ragionevolezza del diritto e dell'interpretazione: la coerenza dell'ordo iuris*

Volgiamo lo sguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

La ragionevolezza ha assunto qui almeno tre forme principali: l'eguaglianza-ragionevolezza, la razionalità-coerenza, il bilanciamento degli interessi. Secondo il mio punto di vista (diverso da chi tende a negare una morfologia della ragionevolezza, e a sciogliere la relativa problematica nei diversi e casuali "strumenti" emergenti dalla casistica), queste forme della ragionevolezza condividono una trama unitaria[25].

---

[22] Argomenti in questo senso anche in A. Ross, *Diritto e giustizia*, *cit.*, 131: "il giudice intenderà e interpreterà la legge quanto più possibile alla luce della propria coscienza giuridica sostanziale, così da poter riconoscere la propria decisione non solo come 'corretta', ma anche come 'giusta' o 'socialmente desiderabile'. Se il disaccordo fra la coscienza giuridica formale e quella materiale supera certi limiti, il giudice potrà anche allontanarsi dai chiari confini segnati dalle parole o dall'intenzione del legislatore".

[23] Una prova si ha riflettendo sull'interpretazione autentica, il modo per imporre la volontà prescrittiva del legislatore all'interprete (con la consacrazione di una norma in una disposizione positiva). La Corte costituzionale riconosce valida l'interpretazione autentica solo se entro in confini del testo interpretato (per limitare lo stesso legislatore interpretante, e per non far espropriare il giudice della sua funzione). Se, dunque, neppure con una interpretazione autentica il legislatore può modificare i confini del testo della disposizione interpretata, *a fortiori* non si potrebbe utilizzare l'*intentio legislatoris* (ricorrendo, ad esempio, ai lavori preparatori) per manipolare il contenuto della norma positiva.

[24] Per V. Speziale, 2014, *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *Lavoro e diritto*, 280, "esiste un diritto vivente uniforme (con precedenti contrari assenti o rarissimi) sul fatto che l'intenzione del legislatore deve essere intesa in senso oggettivo come 'volontà obiettiva della legge' e non come volontà o opinioni dei soggetti che concretamente hanno approvato il testo normativo, in un contesto nel quale i lavori preparatori svolgono una funzione secondaria ai fini dell'interpretazione".

[25] La tesi che dissolve la ragionevolezza negli strumenti utilizzati dalla giurisprudenza è quella di G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè 2000; per la "morfologia della ragionevolezza" cfr. A. Morrone, *Il custode*, *cit.*

La ragionevolezza è il dispositivo che permette di *mediare* tra norme costituzionali, norme legislative, e contesto. Le prime sono essenzialmente norme di principio. Le seconde sono le norme degli atti fonte (primari) che attuano i principi costituzionali. Il contesto indica sia il caso concreto che si tratta di risolvere alla luce delle norme costituzionali e legislative, sia il contesto sociale, politico ed economico in cui la decisione va assunta. Il contesto comprende il caso e la realtà storica e sociologica di riferimento, corrispondente alla coscienza sociale comune[26].

La ragionevolezza implica un procedimento interpretativo diretto alla valutazione di tutti i tre lati dell'esperienza giuridica: principi, norme, contesti. In estrema sintesi, il suo fine (la *ratio* della ragionevolezza) è la loro "coerenza" ("*coherence*"). Questo è, altrimenti detto, il senso di un ordinamento giuridico come ordine coerente di parti[27]. Questo è, altresì, il *proprium* dell'interpretazione come "totalità e coerenza della comprensione giuridica"[28]. La coerenza è un valore di civiltà senza il quale le norme di un ordinamento "degradano al livello di gregge senza pastore"[29].

La norma va interpretata come parte dell'unità dell'ordinamento giuridico vivente. La costituzione stessa può essere intesa come "veicolo di vita", il cui significato va stabilito "non dalle intenzioni originarie dei suoi estensori, bensì dalle esigenze e dalle novità emergenti dalla vita"[30]. La ragionevolezza è il contenuto dell'interpretazione, perché la norma "ragionevole" applicabile è la norma legislativa coerente con i principi e con il contesto.

Quali sono le conseguenze della ragionevolezza sull'interpretazione?

Centrale, nelle valutazioni di ragionevolezza, è sempre la *ratio* normativa (*ratio legis* o *ratio iuris*: rispettivamente, la ragione della norma legislativa o del principio costituzionale[31]). Il significato in cui quest'ultimo concetto è assunto dalla giurisprudenza costituzionale non è il fine in sé e per sé, bensì il fine in vista del risultato pratico che l'interprete è chiamato a realizzare. Non il fine della norma positivizzata (testuale o formale), o quello perseguito da un presunto legislatore ("telos" psicologico), ma il fine della norma positiva applicabile al caso da decidere (materiale), valutato alla stregua dei principi costituzionali[32].

---

[26] E. BETTI, *Interpretazione*, *cit.*, 214 avrebbe usato in proposito l'espressione "natura delle cose".

[27] Per D. Carusi, *Pereira, l'ordine delle cose e la legge di Hume*, in *Ragion pratica*, 2013, 283, il dover essere del legislatore è l'eguaglianza-ragionevolezza di trattamento: l'intenzione del legislatore di cui parla l'art. 12 delle preleggi "deve essere intesa come permanente rinvio all'immagine presuntiva di un legislatore rispettoso dell'eguaglianza, dalla cui opera esulino arbitrarie disparità di trattamento".

[28] E. BETTI, *Interpretazione*, *cit.*, 17; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, Cedam, 2012, 77.

[29] Corte cost., sent. 30 novembre 1982, n. 204.

[30] A. M. SCHLESINGER JR., *La presidenza imperiale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1980, 27.

[31] Sulla "ragione normativa sovraordinata", dei principi costituzionali espressi o inespressi, come limite alla "capacità espansiva del potere legislativo" (il cui carattere "indefinito" è ritenuto poggiare perciò su un "falso presupposto"), Corte cost., sent. 10 luglio 1964, n. 72.

[32] Il caso della "guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti" (Corte cost., sent. 29 gennaio 2026, n. 10) dimostra bene che la Corte costituzionale ha potuto interpretare la fattispecie penale *restrittivamente*, assumendo un significato determinato non (tanto) dall'*intentio legislatoris* (chiara solo nell'esprimere la volontà di superare i problemi applicativi della precedente formulazione che richiedeva l'accertamento di uno stato di alterazione psicofisica) ma neppure dalla *littera legis* (che permetteva un divieto "sovrainclusivo"), ma partendo dalla ratio legis "obiettiva" (tutelare l'incolumità pubblica), rendendolo compatibile con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria offensività, e riconoscendolo non impedito dal testo medesimo delle relative disposizioni. Cfr. p.n. 15.3 e ss. diritto. Si può aggiungere che avendo ritenuto necessaria una valutazione di generale idoneità della sostanza stupefacente accertata a determinare in un assuntore medio l'alterazione psico-fisica (p.n. 15.4), la Corte costituzionale ha individuato una norma che non solo è diversa da quella abrogata (che imponeva la dimostrazione dello stato di alterazione), ma pure non corrispondente né all'*intentio legislatoris* né alla lettera delle nuove disposizioni che volevano, invece, evitare proprio quell'apprezzamento, punendo qualsiasi caso di guida successiva all'assunzione di sostanze stupefacenti. La finalità di tutela ha permesso di individuare la norma ragionevole in virtù dei principi costituzionali e dell'*id quod plerumque accidit* (contesto).

La *ratio* normativa funge tanto da orientamento della disciplina quanto da criterio di valutazione dell'interpretazione-applicazione riferita al problema pratico da risolvere ("*rationem legis veram reddere, non tantum scilicet cum sit lata, sed etiam cur sit tuenda*"[33]).

La ragionevolezza impone all'interprete di rendere coerente la massima di decisione desunta dalla norma positiva coi principi costituzionali e con il contesto. Il peso di entrambi può variare in concreto. In un ordinamento a costituzione scritta e rigida i principi dovrebbero avere una posizione primaria. Nelle situazioni-limite, quando i principi non soccorrono, la decisione giudiziale può essere fondata sul caso[34]. La ragionevolezza, talora, si risolve nel canone di "equità" applicato al diritto costituzionale.

I criteri di ragionevolezza, come i criteri interpretativi, sono funzionali alla coerenza dell'ordinamento giuridico. Ciò che conta non sono i mezzi, ma il fine complessivo. La coerenza dell'*ordo iuris*.

6. *Per concludere*

L'uso della ragionevolezza consente di attenuare o superare le opposizioni concettuali che assillano la problematica dell'interpretazione? Permettono di mettere in una luce diversa il tema dell'intenzione del legislatore?

Quelle opposizioni sono frutto di incrostazioni del pensiero. Sono false e fuorvianti.

Soggettivo v. oggettivo? Questa giustapposizione perde di rilevanza alla luce del canone della *ratio iuris*. Potremmo dire "né, né" oppure "e, e": ciò che conta, davvero, nel processo interpretativo, mediante l'utilizzazione di tutti i dati dell'esperienza giuridica, è l'individuazione della *ratio iuris,* che consente all'interprete di determinare la norma ragionevole necessaria a decidere il caso nel contesto.

Legislatore v. interprete? V'è una gerarchia? Il legislatore può essere interprete (non solo nel caso di una legge di interpretazione autentica, ma ogni qualvolta si tratta di interpretare la Costituzione per attuarla mediante la posizione di norme giuridiche[35]). Legislatore e interprete sono istituzionalmente organi separati, perché ontologicamente diverse sono la normazione e l'interpretazione (la funzione), e diverso è il tipo di discrezionalità irrelata alla rispettiva attività. Piuttosto, la ragionevolezza implica una collaborazione (da ricercare continuamente) tra il legislatore e l'interprete nell'unitaria funzione di concretizzazione del diritto. Il legislatore non può farlo senza un interprete; l'interprete non senza un legislatore.

Interpretazione costituzionale v. interpretazione giuridica? L'interpretazione, guardata dal punto di vista della ragionevolezza del diritto, contempla metodi analoghi in entrambi i casi, che possono avere oggetti diversi (la costituzione, la legge) e che, perciò, possono implicare varianti (interpretare principi non è lo stesso che interpretare regole, anche interpretare regole in funzione di principi), ma che condividono un medesimo fine: la coerenza dell'*ordo iuris*.

Quid est interpretatio dunque? Conoscere, applicare, creare diritto? Dipende. La conoscenza è il presupposto dell'interpretazione, la creazione normativa il suo limite (perché altrimenti sarebbe legislazione e non più interpretazione), l'applicazione la sua funzione. Questa attività interpretativa, più ancora della legislazione, trova nel principio di coerenza dell'ordine giuridico il suo fine. La coerenza orienta le valutazioni e le decisioni giurisprudenziali.

---

[33] Così G. W. LEIBNIZ cit. E. BETTI, *Interpretazione*, *cit.*, 168.

[34] La vicenda "Cappato/DJ Fabo", risolta dalla Corte costituzionale nella coppia di decisioni ord. 16 novembre 2018, n. 207 e sent. 22 novembre 2019, n. 242, rappresenta il prototipo in cui la massima di decisione è stata costruita a partire dal caso concreto.

[35] Si parla in proposito di "interpretazione resa dal legislatore": cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, *cit.*, 307.

La ragionevolezza del diritto ha reso ancora più evidenti queste caratteristiche proprie dell'interpretazione. Né il legislatore, né l'interprete determinano la coerenza, essa è il contenuto della ragionevolezza del diritto, la sua essenza, che l'uno e l'altro devono *sentire*, affinché le rispettive decisioni siano orientate, nel tempo e nello spazio, verso l'esperienza.

Mariella Lamicela

Il rilievo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giustificazione delle soluzioni interpretative elaborate dalla Consulta sulla questione del "fine vita" *

SOMMARIO: 1. Il rilievo argomentativo del rinvio alla volontà del legislatore nella ricerca del significato della norma giuridica. - 2. Delimitazione dell'oggetto d'indagine. - 3. Il rinvio all'intenzione del legislatore in chiave soggettiva e in chiave oggettiva nell'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale. - 4. Il dialogo ideale con la volontà del legislatore, tra primato della volontà discrezionale del legislatore e inerzia legislativa. - 5. L'argomento dell'intenzione del legislatore in senso oggettivo e l'argomento analogico: i connotati *ri-costruttivi* dell'approccio interpretativo della Corte. - 6. Le puntualizzazioni argomentative sviluppate nelle pronunce n.135/2024 e n. 66/2025. - 7. Considerazioni conclusive sulla rilevanza, la "giustezza" e l'efficacia del ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore.

Inspiring from the analysis of a group of Constitutional Court decisions concerning the protection provided by our legal system to the freedom of individual self-determination in choosing to die with the help of others, this paper aims to evaluate the impact and effectiveness of using the argument of legislative intent in the interpretation of legal norms. It examines the set of arguments put forward by the Court in support of its decisions, verifying how the direct or indirect reference to the legislative intent combines and interacts with the reference to other interpretative arguments in justifying its interpretative approach.

1. *Il rilievo argomentativo del rinvio alla volontà del legislatore nella ricerca del significato della norma giuridica*

La *presente* riflessione ha per oggetto la valutazione, per un verso, dell'incidenza e, per altro verso, dell'efficacia del ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore nella interpretazione della norma giuridica. A questo scopo, si prenderà spunto dall'analisi di un gruppo di decisioni della Corte costituzionale, selezionato per l'identità del tema affrontato, ovvero la questione del trattamento da riservare alla richiesta di aiuto a congedarsi dalla vita, che sia stata manifestata in modo libero e consapevole da una persona affetta da malattia irreversibile, fonte di sofferenze percepite come intollerabili, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale[1].

Prima di avviare tale analisi, tuttavia, pare opportuno fornire qualche sommaria indicazione metodologica, con particolare riferimento al modo in cui in questa sede si intende affrontare il tema dell'intenzione del legislatore, così come ai principali limiti funzionali connessi all'utilizzo di tale argomento interpretativo.

Il rinvio all'intenzione del legislatore denota solitamente l'aspirazione a fondare il giudizio interpretativo sulla ricostruzione della volontà dell'ente cui è affidato il compito di produrre le norme giuridiche[2]. Indicare il significato della norma attraverso l'individuazione dell'intenzione del legislatore sembra rivelare l'ambizione a conoscere il contenuto della norma oggetto di interpretazione risalendo alla sua fonte di produzione, come se fosse possibile coglierne il profilo

* Questa ricerca è stata finanziata dall'Unione Europea - *Next Generation EU*, Missione 4, Componente 1, CUP H53D23002990001, Bando PRIN 2022. prot. 2022ZPA2N4.

[1] Sono queste le condizioni che - come si vedrà - delimiterebbero, alla luce di Corte Cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 8, l'ambito problematico in relazione al quale verificare l'esistenza e l'eventuale conformità costituzionale di soluzioni normative pertinenti.

[2] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020, 99.

genetico, l'intima struttura precettiva impressa alla stessa norma con l'atto di volontà che ne fonda la specifica formulazione[3]. Poiché, d'altra parte, l'atto fonte della produzione normativa è espressione della sovranità di cui, negli ordinamenti democratici moderni, è detentrice l'intera comunità sociale (al tempo stesso, autrice e destinataria dei precetti giuridici), la ricerca dell'intenzione del legislatore sembra volta ad attribuire alla norma un significato precettivo inattaccabile, in quanto diretta emanazione del sovrano[4].

Con il ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore l'interprete mostra, per un verso, di ritenere che il testo contenente la norma sia anche depositario di un preciso significato[5], da svelare proprio attraverso la ricostruzione della volontà che della stessa norma ha giustificato la produzione[6]. Per altro verso, l'interprete mostra di operare al servizio del potere sovrano, rispettando il primato del potere legislativo che nella tripartizione dei poteri tipicamente connota il modello istituzionale dello Stato di Diritto[7]. Con ciò, potrebbe anche dirsi che l'interprete mostra di riconoscere al fenomeno giuridico una natura eminentemente politica e, sulla base di codesto riconoscimento, mostra di considerare i significati delle norme giuridiche altrettante tracce dei modi in cui la comunità sociale, la *polis*, intende regolare la sua organizzazione interna e le condotte dei suoi componenti[8].

Di certo, l'approccio alla giustificazione dell'attività interpretativa presupposto dall'adozione dell'argomento dell'intenzione del legislatore suscita una serie di obiezioni. Innanzitutto, quella

[3] Avverte tuttavia P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, 503, che "nell'attuale organizzazione giuridica (…), «il legislatore» non è, come è noto, *un* individuo della specie umana, dotato di una volontà nel senso psicologico del termine. La locuzione «intenzione del legislatore», in quanto usata nel primo comma dell'art. 12 disp. prel. c.c., non può che avere un significato traslato". Ritiene che non sia possibile conoscere la volontà del legislatore mediante l'attività interpretativa, E. DICIOTTI, *Le giustificazioni interpretative nella pratica dell'interpretazione giuridica*, in *Etica e Politica*, 1/2006, 8. D'altronde, a questo proposito non pare superfluo ricordare che, nella sistematica giuridica del nostro ordinamento, la fonte di produzione della norma giuridica non è un soggetto ma un atto o un fatto. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 157 ss.

[4] In N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, 69, l'Autore ricorda che l'individuazione del soggetto che pone la regola giuridica in quello o in quelli che in una data comunità esercitano il potere sovrano ovvero "il potere che non riconosce in quella determinata società, rispetto a quei membri, nessun potere superiore", si colloca tra le soluzioni formulate dalla scienza giuridica riguardo alla questione del tratto che caratterizzerebbe e distinguerebbe la regola giuridica dalla regola morale o dalla regola di costume. Data la convergenza, tipica della modernità, tra monopolio statuale del potere di produrre la norma giuridica e di assicurarne l'applicazione, tale soluzione comporterebbe che, nell'epoca moderna, "il diritto in senso stretto diventa sempre più diritto statale, il diritto statale in senso stretto diventa sempre più diritto legislativo" (Ivi, 83).

[5] Cfr. E. DICIOTTI, cit., 8.

[6] Cfr. C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Giappichelli, Torino, 2008, 229 ss.

[7] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, cit., 99-100. A proposito della teoria della separazione dei poteri e della "specializzazione" dell'esercizio della funzione giurisdizionale sostenuta da Montesquieu - per cui al giudice non sarebbe consentito intromettersi nell'esercizio delle funzioni assegnate agli altri due poteri – tuttavia, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004, 1, si sofferma su "la *contraddizione fondamentale* che alberga nel cuore della cultura giuridica contemporanea (…): il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo".

[8] Indagando il tema del fondamento del diritto attraverso l'applicazione del paradigma dell'autoreferenzialità "che introduce alla comprensione della creazione sociale dei significati sociali come specifica dimensione dello *storico-sociale*" , P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, 9 ss., afferma che "ogni società possiede ed elabora una *dimensione normativa*; producendo significati e valori produce regole e norme di comportamento, a partire dal linguaggio, il primo codice della comunicazione sociale. Tra questi significati, alcuni assumono un valore particolare, fondativo dell'immagine che essa costruisce di sé (…). Anche le norme giuridiche sono significate sociali. Differiscono dagli altri per essere significati sociali *sanzionati*, *stabilizzati*, cui la società affida il compito di conservare il nucleo centrale della significazione sociale" (ivi, 15).

riguardante la difficoltà di definire la volontà di un ente che non ha natura monocratica ma ha natura assembleare[9], per cui la formulazione della norma il più delle volte corrisponde ad un compromesso linguistico, il quale, a sua volta, si presta a molteplici soluzioni interpretative, tra loro non necessariamente compatibili[10]. A codesta obiezione si può aggiungere quella dell'eccessiva rigidità imposta dall'argomento dell'intenzione del legislatore all'attività interpretativa, obiezione dalla quale discenderebbe l'ulteriore rilievo critico in virtù del quale sarebbe il caso da regolare a doversi adattare al dato normativo, piuttosto che il contrario[11], evidenziando inoltre un'estraneità e uno scollamento dalla realtà sociale dello stesso dato normativo, tanto maggiore quanto più ampia sia la distanza temporale tra il momento della sua produzione ed il momento della sua applicazione. E, infine, può accennarsi alla considerazione della sostanziale coincidenza dell'approccio presupposto dall'impiego dell'argomento dell'intenzione del legislatore con l'indirizzo teorico del positivismo giuridico. Coincidenza dalla quale si deduce, per un verso, la paradossale incertezza degli indirizzi legislativi, data la dipendenza dei contenuti normativi dal cangiante orientamento della maggioranza politica; e, per altro verso, il riconoscimento di una tendenziale onnipotenza alla volontà del legislatore, proprio in una fase storica connotata, tuttavia, dal progressivo decadimento della capacità del legislatore di esprimere una volontà intelleggibile[12].

È diffusa l'idea che l'approccio dell'interprete sia diverso quando gli argomenti giustificativi della lettura del significato della norma non vertano sull'individuazione dell'intenzione soggettiva del legislatore[13]. È vero, infatti, che anche il ricorso ad argomenti diversi, quali ad esempio l'argomento teleologico o l'argomento sistematico[14], può presupporre l'idea che il significato della norma sia oggettivamente dato e compito dell'interprete, come nel caso della ricostruzione dell'intenzione del

[9] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, cit., 105 ss.; E. DICIOTTI, cit., 9; V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, 40.

[10] Cfr. E. BETTI, cit., 165, ove si afferma che "quando la legge emanata viene dall'interprete riferita al «legislatore», più che evocare una finzione o la personificazione di un fantasma, si vuole in realtà ricomprendere in questa espressione di comodo l'insieme di quegli interessi della comunità, che nella legge hanno trovato protezione e quindi vanno dall'interprete tenuti presenti". In senso analogo, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 366-367, il quale osserva che, in questi casi, "si attua nella sostanza una delegazione di potere normativo agli operatori dell'interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico".

[11] Cfr. C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit., 236 ss., la quale, tuttavia, contrasta energicamente il rilievo critico dell'eccessiva rigidità connaturata a soluzioni interpretative che si fondino sull'argomento dell'intenzione del legislatore, affermando, con specifico riguardo all'interpretazione del testo costituzionale, che "nella grande maggioranza dei casi, il richiamo alla volontà storica dell'assemblea costituente è impiegato in *negativo*: (…) perché dagli atti dell'assemblea costituente risulta che sul punto il costituente nulla volle, lasciando libero il legislatore. Ne è riprova il fatto che l'argomento originalista sulla costituzione svolge spesso funzione ancillare rispetto all'argomento della discrezionalità del legislatore" (Ivi, 246).

[12] Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2015, 51 ss.

[13] Con specifico riguardo all'interpretazione sistematica, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm*. Diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2011, 296, riferisce che "grosso modo, si dice sistematica ogni interpretazione che mostri di desumere il significato di una data disposizione dalla sua collocazione nel «sistema» del diritto: talvolta, nel sistema giuridico nel suo complesso; più frequentemente, in un sotto-sistema del sistema giuridico complessivo, cioè nell'insieme delle disposizioni che disciplinano una determinata materia, o che sono riferibili a un determinato «istituto»".

[14] Autorevole Dottrina definisce l'argomento teleologico come "quello per cui a un enunciato normativo deve attribuirsi quel significato che corrisponde al fine proprio della legge di cui l'enunciato è documento", specificando che i fini «della legge» vanno ricostruiti "a partire dal testo della legge o da una classificazione dei fini o interessi che il diritto protegge, anziché da documenti diversi (…) concepiti come indizi della volontà di un individuo o di un'assemblea intesa concretamente". Cfr. G. TARELLO, cit., 370. Nel delineare il significato dell'argomento sistematico, invece, si suole precisare, in premessa, l'esistenza di molteplici tipologie di interpretazioni fondate su tale argomento, in virtù della molteplicità dei concetti di sistema cui di volta in volta l'interprete sceglie di fare riferimento. Per approfondimenti sul punto, cfr. G. TARELLO, cit., 376 ss.; P. CHIASSONI, cit., 597 ss.; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, 70 ss.

legislatore, sia ricercare e riportare "in chiaro" quel significato[15]. Ma è altrettanto vero che, adottando argomenti interpretativi diversi da quello dell'intenzione del legislatore, è più facile imbattersi in un'interpretazione del diritto come fenomeno oggettivo autonomo, dotato di una propria logica, indipendente dalle ragioni politiche che hanno determinato la sua produzione ed idonea a rappresentarlo sia in senso statico che in senso dinamico/evolutivo[16].

A differenza di quanto potrebbe sostenersi a proposito dell'intenzione del legislatore, argomenti diversi si prestano altresì ad assecondare un diverso presupposto metodologico, coincidente con l'idea che il significato della norma giuridica non possa che essere ricavato dalla sua applicazione al caso concreto da trattare[17], potendosi così valorizzare l'attitudine per qualcuno "inventiva"[18], per altri creativa, dell'interprete, in funzione dell'effettività della norma giuridica ovvero della sua idoneità ad offrire la giusta soluzione del caso concreto[19].

Mentre, cioè, l'indagine circa la *mens legis(latoris)* dovrebbe presupporre l'applicazione della norma al caso concreto sulla base di un significato precettivo ritenuto espressivo della volontà del legislatore e per questo vincolato alla sua deduzione "lineare" dalla formulazione astratta e generale della norma stessa, il ricorso ad argomenti giustificativi dell'interpretazione diversi non escluderebbe, viceversa, la definizione di significati normativi a partire da un procedimento

[15] Sui diversi argomenti interpretativi cui l'interprete può fare ricorso al fine di giustificare la soluzione interpretativa alla quale è pervenuto, tra gli innumerevoli contributi, cfr. G. TARELLO, cit., 341 ss.; R. GUASTINI, cit., 267 ss.; V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., 30 ss.; D. CANALE, G. TUZET, cit., 69 ss.; E. DICIOTTI, *cit.*

[16] Riferisce criticamente V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 42 che "i seguaci dell'interpretazione teleologico oggettiva si sono preoccupati principalmente di criticare con dovizia di argomenti la tesi soggettiva, specie al fine di escludere la rilevanza dei lavori preparatori, ma poco hanno detto per indicare i criteri utili a rintracciare la o le finalità oggettive della legge". D'altra parte, si osserva che "la volontà storica vera e propria del legislatore non si possiede mai con certezza. Ciò che l'interprete conosce è solo la dichiarazione. La volizione attribuita al legislatore è la volizione che si attribuirebbe a un «uomo medio» astrattamente costruito che emette quella dichiarazione". Cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, II, *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1999, 193.

[17] In questo caso, secondo E. DICIOTTI, cit., 7, la questione interpretativa deve essere intesa come questione pratica, ovvero questione relativa "al modo in cui le cose devono stare o sarebbe bene che stessero. (…) Significa ritenere che gli interpreti non possono determinare il contenuto dei testi di legge se non applicando norme e tenendo conto di valori di un certo genere". Secondo l'approccio ermeneutico all'interpretazione del diritto, d'altra parte, quest'ultimo non può essere oggetto di interpretazione in quanto "il diritto *consiste* nella sua interpretazione, nel senso che è solo attraverso la sua interpretazione (e, aggiungiamo, la sua applicazione) che esso *si* dice, si dà come diritto". Così, T. GAZZOLO, *Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi*, in *Diacronìa*, 1/2022, 141. Doveroso a riguardo il rinvio a T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione e applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 154, dove l'illustre Autore chiarisce che "l'interpretazione – sempre necessaria – non si pone come specchio rispetto al dato, ma come sempre nuova formulazione di norma in continuità col dato (…). La norma così è sempre e solo quella interpretativamente formulata in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme". In senso analogo, L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 17, ribadisce che tra il «comprendere» e l'«applicare» la norma esiste un legame indissolubile "determinato dal carattere di struttura linguistica aperta proprio degli enunciati normativi: il loro significato non può essere compreso pienamente se non quando il testo sia evocato per la soluzione di un caso concreto e messo in relazione con i dati di fatto (extratestuali) emergenti dal suo ambito normativo, definito dal segmento di realtà sociale individuato come campo di applicazione della norma".

[18] Cfr. P. GROSSI, *La* invenzione *del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2017, 831 ss.

[19] Per G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, 283, "si deve indagare il testo sino a quando non si è raggiunto il confine dell'effettività. Spingendosi, quando è necessario, oltre la fattispecie con un *«sillogismo critico»* che ampli la premessa maggiore con principi precettivi, sino a creare una *regola contestuale*. In senso analogo, cfr. N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2017, 851, secondo il quale "la regola nasce nel momento della sua applicazione in relazione alle peculiarità del caso". Id., *Elogio della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2021, 73 ss.

"circolare", che dal caso concreto risalga alla regola per poi giungere alla sua conformazione sulla base dell'incontro tra *testo e contesto*[20].

A ben vedere, tuttavia, un'analisi focalizzata sulle peculiarità funzionali e i limiti dei singoli argomenti interpretativi, per quanto utile alla conoscenza degli strumenti a disposizione dell'interprete impegnato nell'individuazione del significato della norma giuridica, non sembra idonea a cogliere e restituire a pieno la complessità dell'attività interpretativa ovvero la molteplicità dei piani argomentativi che – il più delle volte – connettendosi, la connotano. Soprattutto, per quel che qui interessa, un'indagine che guardi all'argomento dell'intenzione del legislatore come fosse un argomento autosufficiente[21], capace di condurre alla meta senza bisogno di ricorrere ad ulteriori argomenti che ne supportino gli esiti, ricercando – in prospettiva oggettiva – ora le finalità perseguite dalla norma, ora la coerenza sistematica del suo significato, ora i margini della sua possibile estensione o la sua idoneità a favorire un'integrazione evolutiva dell'ordinamento, non pare affatto appagante[22]. E lo è ancora meno quando, come nel caso in specie, l'interprete è il giudice costituzionale e l'oggetto dell'interpretazione, alla luce dell'intenzione del legislatore o della sua omessa manifestazione, sono le coordinate normative dalle quali ricavare il trattamento di casi concreti privi di una corrispondente disciplina positiva.

D'altronde, a distogliere da una considerazione singolare dell'argomento dell'intenzione del legislatore, eventualmente contrapposta a quella di altri argomenti, come quello teleologico o quello sistematico, contribuisce anche la circostanza che lo stesso argomento dell'intenzione del legislatore potrebbe risolversi nel rinvio ad una "logica oggettiva", soprattutto ove esso sia utilizzato in alcune sue varianti che, facendo leva sull'ambiguità del significato attribuibile all'espressione "legislatore", si connotino per l'identificazione dell'intenzione indagata, di volta in volta, con quella che ipoteticamente sarebbe l'intenzione del legislatore "attuale" o del legislatore "ideale" o "razionale"[23]. Con ciò non si intende di certo sottovalutare che l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, nell'enumerare i canoni interpretativi che l'interprete è chiamato ad osservare quando ricerca il significato della norma giuridica da applicare al caso concreto, oltre che alla lettera del testo e alla sua organizzazione sintattica, si limita ad invocare attenzione all'intenzione del legislatore[24], senza fare menzione espressa di alcun altro argomento giustificativo. Piuttosto, poiché questa circostanza non preclude affatto la possibilità che nella prassi gli argomenti a sostegno dell'interpretazione proposta siano molteplici, essa induce ad ipotizzare che eventuali altri argomenti operino comunque a supporto dei canoni interpretativi espressamente indicati dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, se necessario anche integrandosi tra loro[25], essendo

[20] Cfr. B. PASTORE, *Interpretazione giuridica e dipendenza contestuale del significato*, in *Diritto e Questioni pubbliche* 2/2017, 347 ss. Sull'applicazione di questo approccio alle peculiarità dell'attività interpretativa del giudice delle leggi, cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 115 ss.

[21] Cfr. R. GUASTINI, cit., 273.

[22] A questo proposito, cfr. A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris,* 4/2008, 422 ss.

[23] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, cit., 101 ss.; P. CHIASSONI, cit., 504 ss. Quanto ai fattori che concorrono alla valorizzazione del ricorso all'argomento della volontà del legislatore in senso oggettivo, M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e diritto vivente*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 20, rileva che "la sovrapposizione della legalità costituzionale alla legalità legale sul piano della teoria delle fonti, con la conseguente ridefinizione (…) dei rapporti tra giudici e legislatore, ha certamente prodotto una svalutazione della concezione soggettiva dell'intenzione di quest'ultimo". D'altra parte, osserva criticamente che rappresentare la volontà del legislatore appellandosi alla *ratio legis* "non è che un modo per eludere, accantonare, o sabotare la politica del diritto effettivamente perseguita dagli organi legislativi, sostituendo ad essa la politica del diritto dell'interprete", R. GUASTINI, cit., 275.

[24] Sul rapporto tra i canoni interpretativi espressamente richiamati dall'art. 12, 1° comma, delle disposizioni preliminari al Codice civile, cfr. V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., 59 ss.

[25] Cfr. D. CANALE, G. TUZET, cit., 71, i quali osservano che "gli argomenti interpretativi assai di rado vengono usati uno alla volta. Specie in sede argomentativa, essi vengono utilizzati in concatenazione tra loro: vengono, cioè, stilate catene di argomenti, che si prestano a essere valutate proprio sulla base della relazione tra le parti che le compongono".

allo stesso modo difficile rilevare nella prassi un utilizzo singolare e autonomo degli argomenti interpretativi diversi da quello letterale e da quello volto a cogliere, oltre il dato testuale, l'indirizzo della volontà del legislatore.

Occorre precisare, inoltre, che, indagando l'incidenza e l'efficacia dell'argomento dell'intenzione del legislatore nell'accezione appena delineata, si intende innanzitutto concentrare l'attenzione sull'approccio presupposto dall'utilizzo di tale argomento giustificativo, che sia o meno supportato da un più o meno composito bagaglio di ulteriori argomenti giustificativi. Si proverà, cioè, ad evidenziare come la scelta di spiegare un certo indirizzo interpretativo mediante il ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore comporti la costante preferenza per un approccio *ri-costruttivo* del significato della norma, anche là dove la volontà del legislatore sia indagata attraverso l'individuazione della logica che oggettivamente presiede al dettato normativo e al sistema del quale quest'ultimo è parte, e non si connoti, invece, per un approccio *costruttivo* alla regola da applicare, teso a modellarne quanto più possibile i contenuti secondo le specificità del caso concreto.

Nella stessa prospettiva, si proverà altresì ad esplicitare il fondamento della veridicità o quantomeno dell'attendibilità degli esiti interpretativi cui conduce il riferimento all'intenzione del legislatore[26], sia che la sua *ri-costruzione* faccia leva sull'analisi di indici soggettivi, quali sono considerati i lavori preparatori[27], sia che essa, sulla scorta del ricorso congiunto ad ulteriori argomenti interpretativi, si pretenda ispirata dalla logica intrinseca del fenomeno giuridico, come plasmata dalla *ratio legis* o volontà del legislatore in senso oggettivo.

Si è anticipato che la riflessione prenderà spunto da alcune recenti pronunce della Consulta, le quali riguardano, in particolare, la misura della tutela che il nostro ordinamento riconosce alla libertà di autodeterminazione individuale nella scelta di morire chiedendo l'aiuto altrui.

Tre sono i dati dai quali si prenderanno le mosse al fine di affrontare la questione dell'incidenza e dell'efficacia del ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore. Essi sono la scarsa frequenza del richiamo espresso all'intenzione del legislatore (ordinario) tra gli argomenti impiegati per giustificare i risultati interpretativi raggiunti dal giudice delle leggi; il costante rilievo assegnato da quest'ultimo al riconoscimento costituzionale della discrezionalità legislativa nella disciplina delle materie indicate; la chiara definizione dei vincoli costituzionali entro i quali la discrezionalità legislativa andrebbe esercitata.

Proprio sulla scorta di tali dati, si proverà a ridimensionare il peso della distinzione tra l'argomento interpretativo volto alla ricostruzione, in senso "soggettivo", della volontà storica del legislatore e argomenti volti invece a svelare il significato della norma giuridica valorizzando, in senso "oggettivo", la funzione attribuitale dal legislatore e la sua capacità di adattamento ai mutamenti della realtà da regolare. Si proverà altresì a dimostrare che l'argomento dell'intenzione del legislatore, soffrendo gli stessi limiti di tutti gli altri argomenti interpretativi ma presentando anche alcune specifiche potenzialità, è un "arnese" di cui l'interprete non può fare a meno nello svolgimento della sua attività, coniugando il suo utilizzo a quello di altri argomenti interpretativi, al fine di approssimare

[26] Entra qui in gioco, inevitabilmente, la questione della misura creatività dell'interprete e del discrimine che corre tra creatività e discrezionalità nell'esercizio dell'attività che gli compete. Di notevole interesse, sul tema, la riflessione condotta da G. PINO, *Creatività dell'interpretazione giuridica?*, in *Lo Stato – Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, 1/2022, 164 ss., il quale, per un verso, si interroga sulla possibilità di distinguere tra interpretazioni corrette e sbagliate, concludendo che tale distinzione "è, spesso, incerta, controversa e dipendente da giudizi di valore", (Ivi, 169). Per altro verso, ragiona sui diversi significati attribuibili al concetto di creatività interpretativa, provando, sulla base di tali distinzioni, a relativizzare la questione dell'incidenza della creatività giudiziale sui temi della separazione dei poteri e della gerarchia delle fonti del diritto nell'ordinamento statuale. In argomento, sia consentito anche il rinvio a M. LAMICELA, *Il dibattito italiano sulla postmodernità giuridica. Qualche considerazione sulla "creazione" della regola giuridica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2/2022, 217 ss.

[27] Sulla scarsa attendibilità dei lavori preparatori nella ricerca della volontà del legislatore, per tutti cfr. R. SACCO, cit., 192.

quanto più possibile la definizione del significato della norma giuridica se non alla sua "giustizia", quantomeno alla sua "giustezza"[28], fino a prova contraria. Infine, si proverà ad estrapolare un modello interpretativo che, sul piano delle tecniche argomentative adoperate per giustificare i significati normativi individuati, oltre a presentarsi come il frutto di una sapiente composizione di più argomenti interpretativi, sul piano dei presupposti metodologici osservati, mostri di aspirare all'interazione cooperativa tra i poteri dello Stato, seppure nel persistente rispetto della loro necessaria separazione.

2. *Delimitazione dell'oggetto d'indagine.*

Prima di avviare l'esame della giurisprudenza costituzionale sul tema dell'aiuto di terzi alla morte medicalmente assistita, giova precisare che la prospettiva d'analisi prescelta impone di lasciare sullo sfondo il diffuso disappunto manifestato, dalla maggior parte dei commentatori, riguardo ai contenuti delle decisioni della Corte costituzionale che si sono succedute dal 2018 ad oggi. Oggetto principale d'interesse, infatti, non sarà tanto la valutazione della maggiore o minore efficacia delle conclusioni cui la Corte è pervenuta a proposito della delicatissima questione dei margini di liceità da riconoscere all'aiuto di terzi a congedarsi dalla vita. Oggetto principale d'interesse saranno, piuttosto, le tecniche argomentative adottate e la loro maggiore o minore efficacia nella giustificazione delle soluzioni interpretative proposte, con particolare riguardo al ruolo giocato dall'argomento dell'intenzione del legislatore.

I giudizi critici cui si accennava hanno riguardato, ora le forzature procedurali e sostanziali di cui la Corte sarebbe stata autrice[29], ora le tante incertezze che continuerebbero a connotare l'accertamento delle eventuali responsabilità penali[30], ora, infine il rischio che le indicazioni fornite in materia dalla Corte, nelle more di un intervento disciplinare organico ad opera del legislatore, si trasformino irrimediabilmente in un viatico al riconoscimento di un diritto soggettivo alla morte medicalmente assistita, in spregio al valore fondamentale e intangibile della vita e della dignità umana[31]. Rilievi critici non sono stati risparmiati neanche da parte di chi, comunque, ha ritenuto le

[28] Secondo E. DICIOTTI, cit., 5, "Una giustificazione interpretativa può essere avanzata da un interprete per conseguire scopi diversi (prendere una buona decisione riguardo a un caso concreto, mettere in luce la propria abilità, vincere una causa ecc.) ma vi è uno scopo che essa inevitabilmente presenta: quello determinato dalla pretesa di giustezza che accompagna il proferimento dei giudizi interpretativi, cioè quello di mostrare che un giudizio interpretativo è giusto (nel senso di non sbagliato)".

[29] Molto critiche nei riguardi della particolare tecnica decisionale sperimentata con l'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, le considerazioni di E. BILLOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.* 4/2019, 463 ss.; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 marzo 2019. Ugualmente critiche sui contenuti della successiva decisione, Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato Dj Fabo*, in *Famiglia e Diritto* 3/2020, 244 ss.; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

[30] Con specifico riferimento a Corte Cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, cfr. A. VALLINI, *Il «caso Cappato»: la Consulta autorizza e «disciplina» il suicidio assistito*, in *Giur. it*. 5/2020, 1198 ss.; M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra poteri dello Stato*, in *Famiglia e diritto* 3/2020, 232 ss.

[31] Cfr. E. BILLOTTI, cit., 472 ss. Sul punto, si vedano anche, in un intervento precedente le decisioni della Corte costituzionale sul fine vita, le considerazioni di A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.* 2/2013, 458, il quale si chiede se "certi strumenti giuridici, come il consenso informato e il biotestamento (…) non siano un veicolo, sintomatico di una certa stanchezza culturale e di una propensione a istituzionalizzare la *Hilflosigkeit* dei più deboli, per ribaltare il diritto alla vita in un diritto a morire per mano altrui, diritto il cui risvolto sarebbe un dovere di dare la morte". A questo proposito, osserva

pronunce della Corte un fondamentale contributo al riconoscimento giuridico della libertà di autodeterminazione individuale[32], in contesti nei quali la scelta libera e consapevole di congedarsi dalla propria esistenza si ritiene rappresenti una manifestazione non già di spregio, bensì di attaccamento alla "sacralità" della vita[33].

Nessuna di queste valutazioni, tuttavia, mostra di dedicare particolare attenzione all'analisi del peso e delle implicazioni degli argomenti utilizzati a giustificazione degli indirizzi interpretativi formulati dalla Corte. Al contrario, indipendentemente dal maggior o minor favore suscitato da siffatti indirizzi, sembra che ciascuna delle suddette valutazioni sia in buona parte condizionata da una precisa idea dell'assortimento di valori da collocare a presidio della regolazione di una materia così complessa e delicata, nonché dell'ordine in cui tali valori dovrebbero essere composti e reciprocamente bilanciati[34].

La prospettiva che presiede all'indagine che qui si intende svolgere è diametralmente opposta. Il tema della legittimità della richiesta d'aiuto a terzi per porre fine alla propria esistenza è qui solo uno spunto – seppure, per ovvie ragioni, estremamente coinvolgente – utile a selezionare un gruppo omogeneo di decisioni giudiziali, nell'ambito del quale indagare l'*an* e il *quomodo* in cui il richiamo all'intenzione del legislatore costituzionale si coniughi con quello all'intenzione del legislatore ordinario e il modo in cui tali due argomenti interagiscano con altri argomenti interpretativi. L'obiettivo che con questa riflessione ci si prefigge, cioè, non è prendere parte al dibattito sul bilanciamento tra il valore supremo della vita umana – ritenuto intangibile[35] – e la tutela del diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale[36], chiamando in causa l'inevitabile disputa sulla

puntualmente D. CANALE, *L'aiuto medico a morire alla prova dell'argomento del pendio scivoloso*, in Sistema Penale, 6 agosto 2024, 138, che "l'uso dell'argomento del pendio scivoloso è utile nella misura in cui rende l'opinione pubblica avvertita riguardo alle possibili conseguenze avverse di una scelta pubblica. Questo argomento è invece dannoso quando viene usato per impedire l'innovazione giuridica e il cambiamento sociale sulla base di credenze che sono ingiustificate".

[32] Particolarmente ficcanti appaiono le considerazioni critiche formulate da M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2/2020, 359, secondo il quale "la sentenza n. 242/2019 delinea una nuova figura che presenta rilevanti ambiguità e distonie, tali da determinare la nascita di quella che, allo stato, non si può non qualificare come una fattispecie equivoca". Lo stesso Autore, a proposito della successiva sentenza, Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, individua nella portata da riconoscersi all'autodeterminazione del paziente, nel perimetro e nel senso profondo di alcuni principi contenuti nella l. n. 219/2017 e nella nozione e nelle implicazioni del concetto di dignità soggettiva, le questioni rispetto alle quali "l'impianto della pronuncia non convince". Cfr. Id., *Furfanti, Cavalieri, Gentili: il "passo di lato" della Consulta nell'esausto dibattito sullo statuto del fine-vita*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2024, 1242. Con specifico riferimento a Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, cit. si veda anche F. GIARDINA, *Riflessioni sulla sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale: un'occasione perduta?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2024, 1227, la quale addebita alle eccessive cautele e ai "capziosi distinguo" la scarsa chiarezza delle motivazioni elaborate dalla Corte.

[33] Cfr. M. DONINI, Libera nos a malo. *I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in Sistema Penale, 10 febbraio 2020, 3, il quale afferma che "secondo una politica dei piccoli passi (…), singole vicende umane e processuali stanno smontando pezzo dopo pezzo l'impianto tradizionale non già della sacralità della vita - che rimane sempre molto sacra anche se immersa in una nuova cultura - quanto della sua indisponibilità".

[34] Per una efficace rappresentazione dei valori fondamentali inevitabilmente coinvolti nella riflessione sulla legittimità della c.d. "morte medicalmente assistita", cfr. G.M. FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure…?*, in M. Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011, 5 ss.

[35] Tra i tanti, cfr. L. EUSEBI, cit., 7.

[36] Ma, a riguardo, precisa che il dibattito "non verte più, come in passato, sul conflitto tra il principio di autodeterminazione del malato e il principio di sacralità della vita. La questione centrale è diventata quella di garantire una decisione *libera* e *consapevole* del malato con riguardo alla fine della sua vita, in modo da evitare che l'esercizio di una libertà si converta nel suo contrario, ovverosia in abusi nei confronti dei soggetti deboli", D. CANALE, *L'aiuto medico a morire alla prova dell'argomento del pendio scivoloso*, cit., 131. In prospettiva diversa da quella adottata dal precedente Autore, anche M. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corr. giur.* 2/2020, 147, sembra ritenere necessario aggiornare i termini del dibattito, in quanto le pronunce della Corte costituzionale del 2018 e del 2019, rivendicherebbero "la primazia del diritto alla vita, la cui portata attuale si impone su altri valori, e in particolare sul principio di autodeterminazione".

declinazione del valore della dignità umana in senso soggettivo o oggettivo[37], sulla scorta di uno schema argomentativo modellato in funzione dell'indirizzo che si intende sostenere. Piuttosto, in questa sede ci si propone di esaminare l'armamentario argomentativo messo in campo dalla Corte a sostegno delle proprie decisioni, nel tentativo di verificare, in particolare, quanto il richiamo, diretto o indiretto, alla volontà del legislatore contribuisca a giustificare l'indirizzo interpretativo formulato.

Non è escluso, d'altro canto, che proprio un approccio siffatto alla questione possa contribuire ad indicare un sentiero fruttuoso sul quale incamminarsi, in uno "spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale"[38], alla ricerca di una soluzione normativa che, in considerazione dell'estrema complessità della materia, sia il più possibile equilibrata[39].

3. *Il rinvio all'intenzione del legislatore in chiave soggettiva e in chiave oggettiva nell'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale.*

Nella giurisprudenza costituzionale inaugurata con l'ordinanza del 2018 l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore segue una curva discendente, per cui alcuni riferimenti presenti nelle motivazioni delle due pronunce del 2018 e del 2019, vengono progressivamente meno nelle pronunce successive, fino a scomparire del tutto.

Sia nell'ordinanza 207/2018 che nella sentenza 242/2019 il principale rinvio all'argomento dell'intenzione del legislatore è indotto dalla volontà di confutare la tesi dell'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., sostenuta dal giudice rimettente proprio sulla base dell'attribuzione al legislatore storico del 1930 della volontà di tutelare la vita umana – attraverso la previsione del reato di aiuto al suicidio – in modo meramente strumentale alla realizzazione di superiori interessi collettivi ed in spregio alla libertà di autodeterminazione del singolo.

In particolare, il giudice della legge non esclude che, data l'ideologia fascista ispiratrice del regime del tempo, una simile intenzione, in senso soggettivo, concorra a connotare la fattispecie normativa. Sostituendo la prospettiva funzionale della *ratio legis* a quella soggettiva del legislatore storico, però, egli afferma altresì che "l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio", in virtù dell'indiscutibile valore assegnato alla vita umana "assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere"[40]. Così, mediante la valorizzazione delle finalità che si ritengono oggettivamente impresse alla norma dal legislatore, si accede ad un'interpretazione costituzionalmente conforme[41], cioè ad un significato normativo sistematicamente coerente ai valori

[37] Per un pregevole tentativo di conciliare, in materia, la necessità imprescindibile di una connotazione soggettiva della dignità umana con un *dover-essere* della dignità, cfr. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, 94 ss.

[38] Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 11.

[39] Cfr. C. CUPILLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2018, 4.

[40] Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 6 delle motivazioni. A proposito dell'individuazione dello scopo o *ratio legis* da parte dell'interprete, pur riconoscendone l'estrema problematicità, V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 478, coerentemente alla "concezione scettico moderata dell'interpretazione giuridica" che Egli dichiara di voler perseguire, giunge alla conclusione che "la determinazione di finalità soggettive o oggettive resta interpretativa, ossia riferita al significato della disposizione normativa, e non sconfina così nell'arbitrio, se non scavalca il testo della disposizione stessa, se individua finalità, scopi, riconducibili alla o compatibili con la *cornice dei significati*" (il corsivo è nostro).

[41] Si tratta notoriamente di una specifica modalità di interpretazione sistematica, volta alla selezione, tra più significati possibili della norma, di quelli che si mostrano coerenti con i significati espressi da norme di rango superiore. Cfr. V.

personalistici che informano la Carta costituzionale. Ciò comporta inevitabilmente l'attribuzione di un rilievo minore all'argomento della volontà del legislatore inteso in senso soggettivo, seppure tale ridimensionamento sia finalizzato, con specifico riguardo al dissenso della Corte dalle argomentazioni del rimettente sull'illegittimità costituzionale della norma, solo a coniugare funzionalmente l'intenzione legislativa indagata con le finalità perseguite dal legislatore costituente[42].

La necessità di adeguare il risultato interpretativo raggiunto a situazioni concrete "inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta"[43] – determinate dagli sviluppi che hanno riguardato la scienza medica e le tecnologie di cui quest'ultima si avvale – impone subito dopo un cambio di prospettiva, senza che, tuttavia, ciò comporti una riduzione della centralità dell'argomento dell'*intentio legis*. Il sentiero sul quale la Corte si incammina non manca, cioè, di segnalare la persistente propensione a fondare le proprie decisioni sul dialogo ideale con il depositario del potere di produzione e di conformazione ai propri intendimenti delle norme giuridiche.

L'importanza dell'argomento giustificativo dell'*intentio legis* nel ragionamento condotto dalla Corte emerge, in particolare, dalla ricerca di tracce che, anche indirettamente, rivelino la volontà del legislatore nel complicato bilanciamento tra tutela del valore della vita umana, garanzia della libertà di autodeterminazione individuale, principio di solidarietà sociale e tutela del diritto fondamentale alla salute, nei limiti del rispetto della persona umana.

La traccia in questo senso senz'altro più significativa è individuata nel rinvio all'espressa dichiarazione delle finalità perseguite dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, che dispone norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento[44]. Al fine di garantire l'effettivo esercizio del diritto alla dignità e all'autodeterminazione nella gestione della salute personale, quell'atto prevederebbe già, all'art. 1, che chi sia capace di agire possa sottrarsi a trattamenti sanitari che ritenga inutilmente invasivi o possa chiederne l'interruzione al medico con il quale intrattiene una specifica "relazione di cura e di fiducia", anche nell'ipotesi in cui una scelta di tal genere vada a scapito della sua sopravvivenza. In quest'ultimo caso, il medico è tenuto ad informare la persona interessata – ed eventualmente i suoi familiari – delle conseguenze della scelta effettuata e della sua revocabilità in qualsiasi momento, ma è al contempo tenuto a rispettare la volontà del proprio interlocutore, anche nel caso in cui quest'ultima non sia oggetto di ripensamento. A ciò si aggiunga che, ai sensi del successivo art. 2, in caso di "prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati", essendo costui espressamente autorizzato dall'art. 2, 2° comma a ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, al fine di fronteggiare "sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari". Ebbene, poiché tale tipo di intervento palliativo non può che ritenersi autorizzato anche quando le sofferenze da

---

VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 482, il quale osserva che "è questo un primo modo di intendere la nozione di interpretazione adeguatrice, ossia adeguamento come assenza di incompatibilità tra norme di rango gerarchico differente".

[42] Rileva criticamente che, in quanto derivata da una scelta discrezionale, "l'interpretazione adeguatrice, lungi dall'essere doverosa, è giustificata solo quando si accorda con il significato comune delle parole o dell'intenzione del legislatore" R. GUASTINI, cit., 295, il quale fonda tale considerazione sulla convinzione che "l'ordinamento in quanto sistema non preesiste all'interpretazione e alla costruzione giuridica: il «sistema» giuridico altro non è che il risultato delle attività sistematorie dei giuristi".

[43] Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 8.

[44] Cfr. Corte Cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 8, ove si ricorda che "la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, segnatamente in forza della recente L. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento): legge che si autodichiara finalizzata alla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 1, comma 1)."

contrastare siano provocate dalla scelta di sottrarsi o di interrompere un trattamento di sostegno vitale, il giudice delle leggi giunge alla conclusione che la legge n. 219/2017 intenda ammettere già un'ipotesi di "accompagnamento attivo" alla morte, seppure finalizzato solo ad evitare alla persona interessata le insopportabili sofferenze che tipicamente caratterizzano l'intervallo temporale tra l'interruzione o la mancata attivazione del trattamento di sostegno vitale e l'esito, comunque irrimediabile, della morte.

È noto che proprio questo argomento sia stato ritenuto sostanzialmente indimostrato e per questa ragione sia stato oggetto di accese critiche in dottrina[45]. Si è obiettato, in particolare, l'arbitraria attribuzione alla l. n. 219/2017 di una *ratio legis* diversa da quella che le sarebbe propria, frutto dell'equiparazione di due situazioni concrete ritenute, invece, tra loro del tutto inassimilabili. Tale obiezione, tuttavia, andrebbe a sua volta adeguatamente convalidata, stante le interpretazioni divergenti cui la nozione di "relazione di cura" e la sua esatta estensione si prestano. Per un verso, infatti, l'art. 1, 2° co. può essere letto come specifica concretizzazione del diritto all'autodeterminazione individuale, sancito dal 1° comma dello stesso articolo, anche nelle cure di malattie irreversibili nella loro fase terminale. E, in questo caso, appare invero legittimo affermare che nel dovere del medico di "promuovere ogni azione di sostegno al paziente" che abbia scelto di rifiutare o di richiedere l'interruzione di un trattamento sanitario, secondo quanto disposto dall'art. 1, 5° co. della l. n. 219/2017, possa rientrare anche un comportamento professionalmente "attivo" nel rispondere alla richiesta di accedere ad una morte medicalmente assistita, considerato l'identità del destino infausto cui la persona interessata va incontro, anche in assenza di tale comportamento[46]. Al contrario, ove il riferimento alla relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico di cui all'art. 1, 2° co. della l. n. 219/2017 sia letto come sanzione di un semplice dovere di cooperazione terapeutica del medico nei riguardi del paziente, funzionale a corroborare la fiducia e l'affidamento di quest'ultimo nella professionalità del proprio interlocutore medico, è evidentemente più agevole sostenere che la legge escluda un'estensione della competenza medica alla realizzazione della volontà del paziente di congedarsi dalla vita senza subire le indicibili sofferenze che altrimenti precederebbero quel destino comunque certo, ritenendo che a fronte di un simile intento suicidiario non si possa che lasciare spazio al decorso naturale verso la morte.

Ancor meno convincente appare sul punto la denuncia del travisamento di cui il giudice delle leggi sarebbe stato artefice nei riguardi dell'intenzione del legislatore ordinario, alla luce di quanto dichiarato dalla relatrice di maggioranza nel corso del dibattito parlamentare – invero assai lungo e

[45] Cfr. L. EUSEBI, cit., 6, il quale, addebitando alla Corte una "oggettiva forzatura di ciò che prevede la l. 219/2017", afferma che l'ordinanza lascerebbe intendere l'avvenuto riconoscimento, mediante quella legge, "di un *diritto* (coinvolgente i terzi) a morire". Analogamente, A. MORRONE, cit., 250, imputa alla Consulta di incorrere "in due cortocircuiti: attribuisce alla L. n. 219/2017 una finalità diversa da quella che le è propria; assimila tra loro due situazioni che sono *eterogenee* (*rifiutare le cure* ai sensi dell'art. 32 Cost. e *chiedere di morire* mediante trattamenti diretti e immediati, che, in sé e per sé, *non sta* in quella disposizione di principio, oltreché nell'ordinamento costituzionale o in quello sovranazionale, per stessa ammissione della Consulta)".

[46] Non pare convincente, in proposito obiettare che ciò contrasterebbe con l'esclusiva dedizione alla tutela della vita cui obbligherebbe la deontologia medica, cfr. G. RAZZANO, cit., 13, E. BILOTTI, cit., 468, in quanto, seppure l'art. 1,6° co. della l. 219/2017 preveda che "Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali", l'esclusione di un obbligo professionale non può essere in alcun modo assimilato all'esclusione della facoltà di assistenza empatica del paziente che, in condizioni di piena consapevolezza, chieda di essere risparmiato dalle sofferenze che lo separano dal momento, comunque irrimediabile, della morte. Non solo è da dimostrare che la deontologia professionale vieti una simile condotta, ove si consideri che la richiesta del paziente manifesti la sua volontà di *vivere* in un certo modo un destino comunque già scritto e incontrovertibile anche per la scienza medica; ma occorre anche evidenziare la necessaria prevalenza di una fonte legale, cui siano ascrivibili i significati normativi indicati dalla Consulta, su una fonte normativa di *soft law* quale quella di natura deontologica.

animato – a proposito della materia oggetto di disciplina nel testo di legge[47]. È utile ricordare, a riguardo, le già rilevate difficoltà relative sia all'individuazione del significato attribuibile all'espressione "intenzione del legislatore"[48], sia alla riconoscibilità di una volontà soggettiva univoca in capo ad un organismo naturalmente plurale quale è un'assemblea parlamentare[49]. D'altronde, proprio siffatte difficoltà spiegano il frequente ricorso dell'interprete all'identificazione, in senso oggettivo, della volontà legislativa con le finalità perseguite dal legislatore o *ratio legis*.

Ebbene, la Consulta sembra optare proprio per questo indirizzo, offrendo una lettura dell'*intentio legis* espressa dalla l. 219/2017 che, a suo indiscutibile favore, annovera all'art. 1 la tutela, non solo del diritto alla vita e alla salute, ma anche del diritto alla dignità e all'autodeterminazione della persona, come obiettivo da realizzare, coniugandolo con i principi costituzionali di indubbia matrice personalistica sanciti dagli artt. 2,13, 32.

4. *Il dialogo ideale con la volontà del legislatore, tra primato della volontà discrezionale del legislatore e inerzia legislativa*

Stante l'accertata esistenza, nel dato normativo, di una traccia del modo in cui il legislatore intenda offrire una composizione, costituzionalmente conforme, degli interessi in gioco, nel caso in cui a chiedere di congedarsi dalla vita sia una persona "affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di decisioni libere e consapevoli"[50], la Corte preconizza quella che la successiva sentenza 2019/242 definisce "una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa [ex art. 580 c. p.]"[51]. L'incompatibilità con la fonte normativa primaria risiederebbe infatti nella parte in cui la fattispecie del reato di aiuto al suicidio non esclude la punibilità di chi cooperi attivamente alla realizzazione della morte medicalmente assistita di persone che si trovino nelle condizioni poc'anzi indicate, ritenute dal giudice delle leggi "legittimanti" una simile richiesta d'aiuto, proprio sulla scorta dell'*intentio* – in senso oggettivo – ispiratrice della legge n.219/2017. Il riconoscimento formale di tale incompatibilità, tuttavia, è sottoposto ad una sospensione "a termine" [52], dovuta all'auspicio che nel

[47] Cfr. L. EUSEBI, cit., 7, ove si rinvia al resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017, consultabile in *camera.it*. In quella sede la relatrice, On. Lenzi dichiara parere contrario ad una serie di emendamenti volti ad introdurre nel sistema giuridico la fattispecie eutanasica, con l'argomento, invero difficilmente contestabile e, al tempo stesso, ben poco pertinente alle argomentazioni della Corte, dell'assoluta estraneità alla volontà dei proponenti il testo normativo di riconoscere rilevanza giuridica alla pratica dell'eutanasia.

[48] Cfr. Sui problemi teorici e pratici sollevati dall'argomento dell'intenzione del legislatore, cfr. D. CANALE, G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Analisi e Diritto*, 2014, 198 ss. Sul punto, si veda anche P. CHIASSONI, cit., 503 ss.

[49] Si veda s*upra*, nt. 9.

[50] Cfr. Corte cost., ord., 16 novembre 2018, n. 207, § 8.

[51] Cfr. Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242, § 2.3.

[52] Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 10, che lega il dilazionamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale all'obiettivo di evitare un sostanziale effetto di inammissibile liberalizzazione di ogni forma di aiuto al suicidio, quantomeno nell'intervallo temporale - dall'estensione del tutto imprevedibile - che separerebbe l'immediata dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c. p. dall'approvazione di una disciplina organica della materia da parte del legislatore. Il tentativo, senz'altro inconsueto, di sollecitare per questa via il legislatore ad attivarsi, affinché la rilevata lacuna normativa sia colmata non è apprezzato da A. RUGGERI, cit., 2, in quanto, non solo "non è chiaro cosa mai legittimi in un tempo successivo la Corte a sostituirsi al legislatore stesso"; ma, pur ammettendo la legittimità di tale sostituzione, non è neanche chiaro perché lo stesso Collegio "non vi possa (e debba) porre mano, senza indugio alcuno, tanto più che è poi pur sempre consentito al legislatore di apportarvi le innovazioni giudicate opportune (…), sia pure nel rispetto dei «principi e dei criteri direttivi» somministratigli dal giudice costituzionale".

frattempo il legislatore provveda alla definizione di nuove norme sulla delicatissima materia, nel rispetto delle coordinate assiologiche indicate dalla Costituzione.

Nello svolgersi delle considerazioni della Corte, così come nel susseguirsi delle sue decisioni future, invero, è costante il richiamo della competenza e della discrezionalità del legislatore nell'individuazione del difficile equilibrio normativo tra la tutela del valore supremo della vita umana, con specifico riferimento alle persone di cui siano note le oggettive condizioni di vulnerabilità[53], e il rispetto della libertà soggettiva delle persone che, vivendo in condizioni irreversibili di particolare sofferenza fisica e psichica, preferiscano scegliere di morire, chiedendo a questo scopo l'aiuto di terzi, piuttosto che continuare a vivere un'esistenza "sfigurante", irrimediabilmente lesiva della propria dignità personale[54].

Si sa, però, che il pressante invito rivolto al legislatore dall'ordinanza 207/2018, perché la competenza e la discrezionalità evocate fossero effettivamente esercitate è rimasto lettera morta. La reazione della Corte non è scontata: l'inerzia legislativa sembra elevata a manifestazione di volontà, oggetto di valutazione e di espressa censura da parte del giudice delle leggi[55]. L'ostinato silenzio dell'organo depositario della funzione legislativa riguarda, infatti, una materia che, a causa del suo complesso e inestricabile intreccio con valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, non ammette di rimanere affidata ad un assetto normativo tanto incerto quanto quello generato dalla pur necessaria dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sull'aiuto al suicidio, seppure nei limiti anticipati dall'ordinanza 207/2018[56].

Si tratta della premessa che fonda un'indubbia assunzione di responsabilità (di) politica (del diritto). Poiché, in qualità di custode della costituzione, la Corte mostra di ritenere che il silenzio del legislatore in materia sia causa di intollerabile ambiguità nella garanzia dell'effettività di fondamentali valori costituzionali, essa sceglie di offrire indicazioni normative ai giudici sempre più spesso impegnati nella soluzione di casi concreti attinenti ad ipotesi di aiuto di terzi a procurare il trapasso, da una fase terminale della vita carica di insostenibili sofferenze, alla morte. Eppure, ove si

[53] Proprio con riferimento al profilo della vulnerabilità, M. BIANCA, cit., 151 rileva con preoccupazione l'indeterminatezza delle pronunce della Corte del 2018 e del 2019 sulle persone che potrebbero legittimamente aiutare il paziente a congedarsi dalla vita.

[54] Cfr. M. AZZALINI, cit., 357 ss.

[55] Seppure con riferimento al diverso contesto del confronto tra potere legislativo e potere giudiziario nell'attività di conformazione dei significati espressi nel corso del tempo dalle regole giuridiche, l'idea che l'inerzia del legislatore possa essere interpretata, *a contrario*, come una manifestazione di volontà soggettiva del legislatore attuale è stata sostenuta da M. CAVINO, cit., 40-41. Tale autorevole Dottrina, attribuendo la più recente evoluzione dei significati normativi all'incessante produzione giurisprudenziale del "diritto vivente", più che alla frequenza dell'iniziativa legislativa, ha ritenuto di poter leggere nella sostanziale inerzia del legislatore una manifestazione di silenzioso assenso nei riguardi del costante adeguamento dei contenuti normativi espressi dall'ordinamento giuridico da parte della giurisdizione impegnata di volta in volta nella loro applicazione. Si argomenta, in proposito, che, al fine di bilanciare efficacemente il protagonismo giudiziale del "diritto vivente", al legislatore basterebbe altrimenti azionare lo strumento della legge di interpretazione autentica ogni volta che ritenga un indirizzo interpretativo in contrasto con i propri intendimenti normativi.

[56] Facendo riferimento all'inutile decorso del tempo concesso al Parlamento dall'ordinanza del 2018 al fine di riscrivere la disciplina della fattispecie di aiuto al suicidio in modo da realizzare un bilanciamento dei valori e dei principi costituzionali adeguato alla complessità etica delle nuove situazioni generate dall'evoluzione della scienza e delle tecnologie mediche, Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242 afferma che "Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, *alla quale spetta la priorità*". (il corsivo è nostro). Sul punto, è particolarmente critico A. MORRONE, cit., 252, il quale reputa "l'esigenza di scongiurare «abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità» come segno di "un atteggiamento paternalistico (…), messo a sistema, *legittimandolo*, mediante la consueta collocazione del presente giudizio nella pregressa giurisprudenza". Il riferimento è alla sentenza n. 27 del 1975, la quale dichiarò parzialmente illegittimo l'art. 546 c. p., relativo alla fattispecie penale di "aborto della donna consenziente", successivamente abrogato dalla l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, e le sentenze n. 96 e n. 229 del 2015, in materia di procreazione medicalmente assistita.

perseveri nell'analisi dei registri argomentativi praticati, non pare che codesta assunzione di responsabilità (di) politica (del diritto) scoraggi la Corte dal proseguire il suo dialogo ideale con il legislatore ordinario e i suoi intendimenti.

Nell'incedere argomentativo della Consulta, al contrario, la volontà del legislatore sembra rimanere protagonista. Non solo quando essa assume le sembianze dell'inerzia legislativa, di fatto rivelatrice di una volontà in palese e paradossale contrasto con la necessità di riservare attenzione normativa a valori personalistici massimamente tutelati dalla Costituzione. Ma anche quando l'inammissibilità del vuoto normativo così determinato induce la Corte ad un'operazione di evidente equilibrismo istituzionale, sollecitandola a fornire "in proprio" criteri di chiaro contenuto disciplinare, seppure ciò avvenga mediante un'attività che qui si ritiene più di *ri-costruzione* che non di *costruzione* di significati normativi pertinenti[57]. Si noti d'altronde che siffatti significati normativi non solo sono destinati – *medio tempore* – a supplire l'assenza della norma legale, ma sono altresì e inevitabilmente destinati a condizionare la volontà del legislatore, se e quando il legittimo depositario della sovranità nazionale decida di intervenire con una normativa organica in materia.

Ebbene, rispetto al dato dell'inerzia legislativa, la rilevanza dell'argomento si gioca nell'ambito di un confronto che, se dal punto di vista sostanziale è senza dubbio di matrice politica – tra intendimenti del potere legislativo e valori o *rationes* della fonte normativa costituzionale, come interpretati dalla Consulta – dal punto di vista formale, rimanda pur sempre alla vincolatività degli imperativi derivanti dalla gerarchizzazione delle fonti normative[58], ovvero alla prevalenza dei contenuti normativi costituzionali sui contenuti normativi legali, di cui, nella specie, non può essere tollerata la violazione.

Rispetto alla *ri-costruzione* dei significati normativi utili a colmare la rilevata lacuna disciplinare, invece, ancora una volta la Corte conferma di ritenere che il modo di procedere più appropriato al proprio ruolo istituzionale e alla propria funzione sia, comunque, quello di non abbandonare il

[57] Occorre ricordare, invero, l'opinione di autorevole Dottrina secondo la quale "l'interpretazione creativa consiste nel «costruire» - a partire da norme esplicite, cioè espressamente formulate dalle autorità normative - norme inespresse". Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, 411 ss. La stessa Dottrina considera "attività genuinamente cognitiva", ovvero interpretativa, solo quella che deduce in senso logico da una norma espressa una norma inespressa, senza che sia necessario l'aggiunta di ulteriori premesse. Sulla base di tale approccio, dunque, anche l'uso dell'argomento analogico, come l'attività di concretizzazione di principi, comportando un ragionamento non deduttivo, sarebbe inevitabilmente dotato di natura "normopoietica". In diversa prospettiva, può osservarsi, tuttavia, che il ragionamento presupposto dall'argomento analogico, così come quello presupposto dalla connessa attività di concretizzazione di principi, richieda un'integrazione di significati normativi nell'ordinamento che, seppure sia operazione da distinguere doverosamente da quella deduttiva in senso stretto, concorra anch'essa, a condizione di essere adeguatamente argomentata, all'individuazione di significati normativi interni al sistema e non giustapposti creativamente dall'esterno. Cfr. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, I, 1942, 53 ss., ora anche in Id., *Scritti*, II, Giuffrè, Milano, 2002, 185 ss.

[58] A riguardo, si è osservato criticamente che, attraverso un simile modo di procedere, i giudici della legge finiscano paradossalmente per tradire l'imperativo, che viceversa dovrebbe ispirare costantemente il loro mandato, del primato del dettato costituzionale, nella parte in cui, in particolare, quest'ultimo delimita chiaramente, in un accurato gioco di pesi e contrappesi, poteri e funzioni dei diversi organi costituzionali. Cfr. A. RUGGERI, cit., 2, ove si sostiene che l'esigenza prioritaria affermata dalla Corte di fornire indicazioni su una compiuta regolazione della materia all'insegna della legalità costituzionale sancirebbe definitivamente "*il primato della politica, anche quella dei massimi garanti del sistema, sul primato della Costituzione*". Data la molteplicità e la delicatezza dei valori chiamati inevitabilmente in causa dalla materia, tuttavia, andrebbe adeguatamente dimostrato che l'adozione di una diversa tecnica decisoria, fonte di un diverso esito sostanziale del giudizio, si sarebbe sottratta ad una analoga critica. Condivisibile è invece il rilievo, correttamente formulato dall'autorevole Dottrina citata (Ivi, 4-5), secondo il quale la scelta di delineare i criteri in base ai quali considerare legittimo l'eventuale comportamento "attivo" di terzi, richiesto per accelerare il momento - comunque prossimo e inevitabile - della morte, segni chiaramente l'abbandono della c. d. dottrina delle "rime obbligate". Da tale dottrina, infatti, discenderebbe il dovere della Corte di astenersi dalla formulazione di suggerimenti normativi tutte le volte in cui, rispetto alla regolazione di una data materia, non siano riconoscibili soluzioni costituzionalmente vincolanti. Analogamente, si veda A. MORRONE, cit., 252 ss. Ma, sul punto, si veda *infra*, nt. 71.

dialogo con il legislatore ordinario. Il dato dal quale muovere alla ricerca di indizi utili a delineare "i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato"[59], allora, non può che essere nuovamente quello positivo, rappresentato dalla l. n. 219/2017.

5. *L'argomento dell'intenzione del legislatore in senso oggettivo e l'argomento analogico: i connotati ri-costruttivi dell'approccio interpretativo della Corte*

Come osservato, nell'ordinanza del 2018, ma anche nella sentenza del 2019, il rinvio all'intenzione del legislatore assolve una rilevante funzione giustificativa di alcune delle conclusioni raggiunte. Si è visto altresì che esso è costantemente proposto in termini oggettivi, sia pure in prospettiva diverse. Quando si tratta di stabilire la legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., la prospettiva prescelta è quella della conformazione della volontà del legislatore ordinario ai valori perseguiti dal legislatore costituente. Quando, viceversa, si tratta di rinvenire tracce degli intendimenti sinora maturati dal legislatore a proposito del modo in cui conciliare la tutela del valore fondamentale della vita umana con il diritto altrettanto fondamentale all'autodeterminazione individuale, anche nella fase terminale della vita, è la *ratio* impressa al dato normativo dal legislatore ordinario a riflettere i contorni della volontà del legislatore.

Ora, ai fini dell'indagine che qui si svolge, può essere utile precisare ulteriormente che, nel caso del riferimento alla *ratio legis*, l'argomento sembra connotare il percorso interpretativo intrapreso dalla Corte in modo peculiare. Più che proporsi quale argomento principale e decisivo, infatti, esso pare assolvere una funzione ancillare nei riguardi dell'adozione di un altro argomento interpretativo, quello analogico[60], con un duplice obiettivo. In primo luogo, quello di argomentare, sulla scorta degli indizi normativi offerti dalla l. n. 219/2017, la riconoscibilità di margini di liceità dell'aiuto del terzo a realizzare l'obiettivo del trapasso dalla vita alla morte. In secondo luogo, quello di colmare la lacuna normativa riscontrata con riguardo alle procedure volte ad accertare la riconducibilità di richieste di aiuto di quel tipo entro i suddetti margini di liceità.

Si vuol dire, in altri termini, che sia nell'ordinanza n. 207 del 2018, che nella sentenza n. 242 del 2019, l'argomento dell'*intentio legis* è oggetto di considerazione. E tuttavia, tale considerazione è talvolta diretta, consistendo nel rinvio alla volontà del legislatore, espressa dalla lettura costituzionalmente conforme dell'art. 580 c. p.; talaltra indiretta, ovvero funzionale all'applicazione di un diverso argomento giustificativo della rappresentazione dei significati normativi rintracciati e ricomposti dalla Corte.

Una prima esemplificazione in quest'ultima direzione è offerta dall'ordinanza n. 207 del 2018, nella parte, esaminata in precedenza, in cui si giustifica la parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., anche sulla base del rinvio al particolare bilanciamento che la legge

[59] Cfr. Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242, § 4.

[60] L'analogia è il procedimento interpretativo, espressamente menzionato dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, che permette "l'accrescimento interno di un sistema legislativo ed il suo migliore adattamento alla realtà sociale". Cfr. N. BOBBIO, cit., 2. Per questa ragione, D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 153, sostengono che, in realtà, "l'argomento analogico (…) non è un argomento interpretativo, bensì integrativo del diritto. Presuppone una lacuna determinata da previa argomentazione (…) e conduce a colmare una lacuna". Una rappresentazione particolarmente efficace del procedimento analogico così come inteso in questa sede è proposta in M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, I, in *Jus*, IV, 1941, 534, ove si rileva che "Chi osservi il momento iniziale e finale dell'operazione che dà luogo all'analogia, trova (…) una norma che di per sé sarebbe insufficiente a qualificare una data situazione di fatto, e che in virtù di altra norma-principio acquista tale forza", precisandosi poi che "l'analogia, in quanto mezzo d'integrazione, pone proposizioni giuridiche, che inserendosi nell'ordine delle ipotesi normative di un sistema, vengono a disciplinare situazioni di fatto per le quali non v'è esplicita normazione: sotto tale aspetto può dunque dirsi che esse completano le singole ipotesi normative".

n. 219/2017 *autodichiara* di essere finalizzata a realizzare in relazione alla tutela dei diritti fondamentali alla vita, alla salute, alla dignità personale e all'autodeterminazione individuale, "nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 1, comma 1)"[61]. L'intendimento legislativo così individuato giustifica un indirizzo interpretativo che, per passaggi logici successivi, giunge a ritenere di poter ricondurre al comportamento medico attivo, che la l. n. 219/2017 espressamente prevede in caso di rifiuto o di interruzione volontaria di trattamenti sanitari da cui dipenda la sopravvivenza del paziente, anche quella specifica condotta attiva che sarebbe necessaria, ove espressamente richiesto dalla persona interessata, a procurare l'esito infausto cui comunque quella stessa persona è destinata, evitandole di subire indicibili sofferenze nell'intervallo temporale tra il rifiuto o l'interruzione del trattamento terapeutico e la morte.

Si argomenta, infatti, che negare l'equiparabilità tra il comportamento attivo volto a ridurre le sofferenze del paziente mediante il ricorso alla sedazione profonda e continua ed il comportamento volto, invece, a procurare l'immediato commiato dalla vita, della persona che consapevolmente abbia richiesto aiuto in tal senso, evitando la fase intermedia delle sofferenze intollerabili e della sedazione profonda, sarebbe inammissibile perché lesivo dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza[62].

Non ci si spinge certo a fondare una simile conclusione ipotizzando a riguardo un'inespressa volontà legislativa favorevole alla formalizzazione di una fattispecie di aiuto alla morte medicalmente assistita. Piuttosto, si ricorre al principio di ragionevolezza al fine di escludere, per contrarietà all'art. 3 cost., il trattamento diseguale di due situazioni tra loro assimilabili proprio alla luce della *ratio legis* individuata alla base del provvedimento[63], facendo così emergere la contrarietà di un divieto

[61] Cfr. Corte Cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, § 8. Già prima dell'adozione della l. n. 219/2017, d'altra parte, autorevole Dottrina riteneva che il bilanciamento tra valori e principi poi realizzato da quel provvedimento fosse chiaro nel disegno costituzionale, "teso a tenere insieme autodeterminazione terapeutica e solidarietà nei confronti dei deboli". Cfr. C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 62.

[62] Secondo autorevole Dottrina, "Nel punto di passaggio dalla morale al diritto il controllo del criterio di «ragionevolezza» ha la funzione di impedire l'infiltrazione nell'ordinamento di fondamentalismi di ogni specie, etici, politici o economici". Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., 120. Con riguardo alla ragionevolezza, N. BOBBIO, cit., 6, ricorda che Il riconoscimento del ragionamento per analogia come procedimento giuridico lecito, se non addirittura obbligatorio, riposa su uno dei postulati a cui s'ispira l'attività interpretativa: il legislatore è un essere ragionevole, intendendosi per «essere ragionevole» un essere che: 1° si pone liberamente dei fini; 2° sceglie i mezzi più idonei per raggiungere il fine. Quando l'interprete estende la disciplina di un caso espresso a un caso non espresso, e per far ciò risale alla ragione sufficiente della norma, compie un atto di fiducia nella ragionevolezza del legislatore".

[63] Riflettendo sul concetto di ragionevolezza, ne evidenzia puntualmente la plasticità S. ZORZETTO, *Ragionamento giuridico e ragionevolezza*, in A. Caratta, M. De Caro, G. Pino (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, RomaTrePress, Roma, 2022, 20. L'Autrice rileva che "non vi è un genere al quale ricondurre il ragionevole. I suoi rapporti con il razionale sono, come noto, contestati. Piuttosto, come rivela la etimologia della parola, essa ha un nesso con il concetto di ragione (pratica). (…) È possibile individuare più sensi interconnessi di ragionevole e ogni uso si sviluppa entro una cornice metaetica e poggia su determinate assunzioni sulla razionalità e natura umana e sulle abilità e capacità intellettive e pratiche di interazione e comprensione degli individui". A proposito del principio di ragionevolezza, in chiave marcatamente assiologica, N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2018, 27 ss., afferma che "il criterio di ragionevolezza, al di là della sua apparente genericità, colloca il procedimento interpretativo nell'orizzonte della storia e nel necessario contesto di una trama di rapporti interpersonali, in altri termini segnalando l'essenziale giuridicità di qualsiasi esperienza sociale". In prospettiva analoga, si veda anche P. PERLINGIERI, *Fonti e Interpretazione*, in, Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, ESI, Napoli, 2020, 398 ss. e G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, 45 ss., il quale invoca un costante controllo del metodo della sussunzione, "espressione della mera razionalità e della logica", alla luce della ragionevolezza, cioè "di una valutazione funzionale e assiologica delle premesse del ragionamento (norme, atti e fatti normativi) e delle soluzioni alle

assoluto di aiuto al suicidio alla soluzione normativa – implicitamente ritenuta costituzionalmente conforme – che la l. n. 219/2017 formula a proposito di una richiesta di aiuto del tutto equiparabile[64]. Si tratta, a ben vedere, di un indirizzo interpretativo elaborato per colmare un evidente vuoto normativo. Esso si avvale del richiamo ai principi costituzionali, ma al contempo, nel farlo, si affida proprio al modo in cui il legislatore, esercitando le proprie competenze e la propria discrezionalità, ha ritenuto di voler concretizzare quei principi[65]. Lo strumento argomentativo che meglio si presta a questo tipo di operazione ermeneutica è quello della analogia, che – per un verso – serve ad evidenziare, in funzione demolitoria, l'irragionevolezza del divieto assoluto di aiuto al suicidio *ex* art. 580 c. p. e – per altro verso – è adottato, in funzione *ri-costruttiva*, per equiparare il caso privo di disciplina al caso contemplato dalla legge, in virtù dell'idoneità della *ratio* che ispira la disciplina dell'intervento medico attivo di sedazione profonda continua a legittimare anche il diverso intervento medico attivo, consistente nell'immediata realizzazione di un esito che, per quanto infausto, è comunque inevitabile[66].

La lacuna normativa che la Corte evidenzia riguarda una situazione concreta "inimmaginabile" al tempo in cui il legislatore ha soffermato la sua attenzione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio, e che attualmente è ancora del tutto priva di una diretta considerazione giuridica[67]. In questo contesto, ai

quali il medesimo ragionamento conduce. (…) Al fine di assicurare un diritto inteso «non come puro rispetto di una legalità formale, ma come giustizia» secondo Costituzione". Ivi, 49.

[64] Cfr. Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242, cit. § 9, ove si legge che "entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce (…) per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)".

[65] In questa prospettiva, la tecnica interpretativa adottata sembra rispondere ad alcuni degli enunciati formulati da autorevole Dottrina nel tentativo di precisare lo statuto normativo che tipicamente caratterizzerebbe i principi. Cfr. G. D'Amico, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'Amico, S. Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, 10 ss. Ci si riferisce, in particolare, all'enunciato secondo il quale "*Un principio non può (in genere) applicarsi «immediatamente» (per poter fungere da criterio di valutazione dell'azione dei consociati deve essere prima trasformato in una «regola» più specifica)*", cui subito dopo segue che "*La «regola» che viene individuata in sede di «applicazione» di un principio si determina attraverso un «bilanciamento» (con altri principi pertinenti al caso)*".

[66] In questo caso, ai principi evocati e al loro contenuto normativo pare si possa riconoscere una qualità a sua volta "normogenetica", ovvero "l'attitudine a giustificare altre norme (altre norme già esistenti, nei confronti delle quali il principio è individuato come la *ratio*; oppure altre norme – implicite – che l'interprete stesso dovrà formulare in via argomentativa a partire dal principio stesso)". Cfr. G. Pino, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica,* in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2011, 107-108.

[67] Ci si potrebbe legittimamente interrogare sulla natura della lacuna che l'ordinamento presenterebbe a proposito delle ipotesi di richiesta d'aiuto a terzi nel congedarsi dalla vita prese in considerazione dalla Corte. Ovvero ci si potrebbe chiedere se si possa parlare dell'assenza di una norma certa, in quanto applicando l'art. 580 c. p. il trattamento da riservare al caso sarebbe opposto a quello che invece sembrano suggerire i principi ispiratori della l.219/2017, o se, invece e a nostro avviso più verosimilmente, preso atto della naturale imperfezione o incompletezza dell'ordinamento giuridico - cfr. N. Bobbio, cit., 96-97 - si debba parlare di una lacuna politica o ideologica, nel senso dell'assenza di una norma adeguata a regolare la specificità del caso che richiede di essere considerato giuridicamente. Per R. Guastini, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus- Journal for constitutional Theory and Philosophy of Law*, 14/2010, 6, "Le lacune assiologiche (…) sembrano dipendere dall'interpretazione due volte, o in duplice senso. Da un lato, dipendono dall'interpretazione nel senso che chi afferma l'esistenza di una lacuna assiologica presuppone una determinata interpretazione - normalmente restrittiva - del testo. Dall'altro, dipendono dall'interpretazione nel senso che chi afferma, a livello di metalinguaggio, che quella data lacuna è precisamente assiologica, e non normativa, presuppone a sua volta una interpretazione distinta - normalmente letterale - del medesimo testo". Secondo tale Autore, dunque, le lacune assiologiche non preesistono all'attività interpretativa, ma ne sarebbero piuttosto l'effetto. Poiché, tuttavia, "Qualunque giurista accorto (positivista o no, poco importa) non può ignorare che l'interpretazione involge

fini dell'indagine che qui si svolge, appare degno di nota che la Corte non solo certifica i limiti normativi della fattispecie penale delineata dall'art. 580 c. p., ma giustifica anche tale accertamento evidenziando il dato positivo rappresentato dalla specifica mediazione legale voluta e attuata dalla l. 2017/219 rispetto ad alcuni principi costituzionali assolutamente rilevanti in materia. La Corte, per motivare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., avrebbe potuto scegliere, in alternativa, di richiamare quegli stessi principi in via diretta, ovvero sul piano della "legalità costituzionale"[68]. Ma una scelta simile, avendo come effetto la creazione diretta della norma giuridica, volta a dare concretezza ai principi richiamati in supplenza del legislatore ordinario[69], avrebbe comportato un'alterazione dell'equilibrio costituzionale tra poteri e competenze istituzionali, del tutto incoerente all'obiettivo, costantemente dichiarato e fedelmente perseguito, di tenere sempre vivo il dialogo instaurato con il legislatore nella ricerca della soluzione giuridica più adeguata al delicatissimo problema esaminato[70].

La seconda prospettiva nella quale l'argomento dell'intenzione del legislatore assume rilevanza indiretta, ispirando ancora una volta un procedimento interpretativo analogico è, d'altra parte, quella dell'elaborazione di una possibile modalità di trattamento del caso in cui, nell'ambito della relazione di cura e di fiducia intrattenuta con il medico, la persona che si trovi nelle condizioni indicate nelle pronunce del 2018 e del 2019 e che abbia scelto di rinunciare alla propria esistenza, per via del rifiuto o dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, manifesti la richiesta di aiuto

valutazioni" (Ivi, 8), dalla cui formulazione dipenderebbe l'individuazione nel sistema normativo di lacune assiologiche, si dovrebbe poter concludere che qualsiasi tecnica interpretativa possa condurre alla rilevazione di una lacuna assiologica. Con specifico riferimento al procedimento interpretativo di cui si tratta nel testo, sembra si possa convenire che "il ragionamento analogico può avere un peso rilevante (…) per quelle lacune assiologiche che nell'ordinamento italiano sono riconducibili al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi *ex* art. 3, 1° comma, Cost.". Cfr. V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 510.

[68] Cfr. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 4/1985, 1008, il quale osserva che "La vigenza di una legalità costituzionale impone un'interpretazione della norma ordinaria e comunque di grado inferiore alla luce degli interessi e dei valori costituzionalmente rilevanti, sì che fermarsi alla lettera chiara o al senso proprio delle parole (…) o all'intenzione del legislatore passato o presente, significherebbe porsi al di fuori della legalità".

[69] Sostenendo lo *status* di norma giuridica dei principi, M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *ODC* 2/2018, 21, chiarisce efficacemente che "la tesi che configura i principi come norme, pur aventi certe caratteristiche peculiari, impone poi di costruire i principi stessi nel rispetto del vincolo del diritto positivo (costituzionale ed europeo), pur con quegli spazi di discrezionalità interpretativa che rimangono connaturati all'attività della giurisprudenza; la tesi che nega la configurazione dei principi come norme tende invece a svincolare il ragionamento per principi dal vincolo di continuità con le fonti positive e a giustificare una diretta creatività giurisprudenziale". Per L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., 128-129, i principi costituzionali sarebbero una "specie del genere norma giuridica" nella quale "la fattispecie della norma-principio (…) è delimitata esclusivamente dal contenuto del diritto o del bene garantito ed ha la funzione di esprimerne la potenziale portata protettiva, la cui attualità nel caso considerato dovrà essere argomentata con la tecnica logico-pratica del bilanciamento con altri interessi o beni costituzionalmente tutelati". Di contro, nega che i principi costituzionali possano essere rappresentati come norme giuridiche N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2018, 23 ss., il quale, auspicando l'emancipazione dell'interprete dai vincoli imposti dalla teoria delle fonti, invoca il riferimento diretto ai principi costituzionali, dai quali trarre di volta in volta la regola da applicare al caso, in base alla specifica composizione/concretizzazione che di codesti principi è suggerita all'interprete dal contesto sociale, cioè dai valori che nel momento storico in cui l'interprete opera informano il legame e la convivenza sociale. La negazione della natura di norme giuridiche dei principi, d'altra parte, si rinviene già in E. BETTI, cit., 205 ss.

[70] Secondo A. PISU, *Fine vita. La Corte costituzionale si rivolge al legislatore inaugurando una nuova stagione di «relazionalità istituzionale»*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2019, 129, "Facendo uso dei suoi poteri di gestione del processo costituzionale, la Consulta ha così inaugurato una nuova stagione di «relazionalità istituzionale» con il legislatore, sollecitando quello spirito collaborativo tra organi dello Stato che, nel rispetto delle prerogative di ciascuno, può consentire un dinamico sviluppo dell'ordinamento giuridico".

a *vivere* immediatamente il momento terminale della propria esistenza, sottraendosi alle sofferenze e allo sfiguramento cui altrimenti la propria persona sarebbe esposta.

A questo proposito, nella sentenza del 2019 si reputa che "in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018"[71]. Essa mostra piena consapevolezza di esporsi in tal modo al rilievo critico di esercitare una funzione che la Costituzione riserva in via esclusiva al legislatore[72]. Per questa ragione, il proprio inusuale interventismo è giustificato sottolineando l'impossibilità di attendere ulteriormente l'intervento del legislatore ordinario, considerato l'inammissibile menomazione che la semplice estromissione dell'art. 580 c. p. dall'ordinamento determinerebbe nei riguardi della protezione dei diritti fondamentali[73].

Per procedere nella direzione annunciata, la Corte non esita a riproporre lo schema del dialogo ideale con il legislatore ordinario già sperimentato per giustificare la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c. p.

È così che la l. 2017/219 e le finalità che la stessa *autodichiara* di perseguire divengono il principale argomento giustificativo della proposta disciplinare contenuta nella sentenza 242 del 2019. La Corte, come già visto, non manca di precisare che le sue indicazioni rappresentano unicamente "criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento"[74]. E, in questo contesto, le coordinate normative entro le quali essa continua ad auspicare che il legislatore intervenga con una disciplina organica sono delineate proprio a partire dall'opera di concretizzazione di valori e principi costituzionali rilevanti in materia sinora discrezionalmente *voluta* dal legislatore, secondo quanto dichiarato all'art. 1 della l. n. 219/2017[75]. L'elaborazione dei criteri disciplinari cui ci

[71] Cfr. Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242, motivazioni in diritto, § 4.

[72] Considerato che sul tema oggetto del giudizio la Corte escluda l'esistenza di una soluzione interpretativa "necessitata" dall'applicazione dei precetti costituzionali, si è rilevata la contraddittorietà della pronuncia del 2019 con l'indirizzo delle c.d. "rime obbligate", elaborato dallo stesso giudice delle leggi nella sentenza n. 109 del 1986, ove si legge in particolare che, nel caso di una sentenza additiva, le considerazioni della Corte non possono essere "frutto di una valutazione discrezionale" ma devono conseguire necessariamente al giudizio di legittimità, "sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione *logicamente necessitata* e spesso implicita nella *potenzialità interpretativa* del *contesto* normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore". Cfr. G. RAZZANO, cit., 7. A riguardo, tuttavia, si ricorda che è risalente l'orientamento interpretativo in virtù del quale "L'intervento della Corte costituzionale non può trovare ostacolo nella circo-stanza che, in linea astratta, siano prospettabili plurime soluzioni alternative per evitare un vuoto normativo conseguenza di una pronuncia di accoglimento. A fronte della violazione di diritti costituzionali, infatti, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore e idonee, quindi, a porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, ferma restando la facoltà del legislatore di intervenire con scelte diverse. Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, poiché posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio". (*Precedenti citati: sentenze n. 99 del 2019, n. 40 del 2019, n. 233 del 2018, n. 222 del 2018, n. 41 del 2018, n. 236 del 2016, n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011*). Cfr. *Repertorio ragionato delle massime delle pronunce costituzionali*, Corte Costituzionale – Ufficio del massimario, Anni 2016-2024, 72

[73] Cfr. Corte cost., sent. 27 novembre 2019, n. 242, cit. § 4.

[74] *Ibidem*.

[75] Secondo l'opinione di D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 149 ss., il ragionamento analogico si basa, invero, su argomenti interpretativi quali l'argomento teleologico, l'argomento consequenzialista che prescinde dagli scopi del legislatore o l'argomento sistematico. Si è già più volte osservato, tuttavia, che, anche in ragione delle

si dovrà attenere per regolare la delicatissima materia, dunque, va condotta, ancora una volta, non tanto in base ad un'applicazione diretta dei principi costituzionali, quanto in base all'applicazione analogica della specifica mediazione legislativa di quei principi[76], nella misura in cui essa risulti già operata e si mostri utile allo scopo perseguito, rappresentato, nella specie, dalla prefigurazione di "una «procedura medicalizzata» estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo"[77].

6. *Le puntualizzazioni argomentative sviluppate nelle pronunce n.135/2024 e n. 66/2025.*

L'argomento dell'*intentio legis* riveste un'importanza decisamente minore nelle pronunce in cui la Corte costituzionale è stata chiamata, negli anni successivi, ad occuparsi nuovamente della definizione dei margini giuridici entro i quali sia possibile riconoscere la liceità della condotta di un terzo che cooperi alla realizzazione del decesso di una persona, su richiesta libera e consapevole di quest'ultima.

Il riferimento all'argomento giustificativo appena menzionato compare ancora nelle motivazioni in diritto della sentenza n. 50 del 2022, pronunciata con riguardo all'ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo di parte dell'art. 579 c. p., che sancisce il reato di omicidio del consenziente. In linea con le pronunce del 2018 e del 2019, la volontà del legislatore storico sembra richiamata essenzialmente al fine di ribadire la necessità di darne una lettura coerente al dettato costituzionale.

La norma disposta dall'art. 579 c. p., così come quella disposta dal successivo art. 580 c. p., sarebbe finalizzata alla tutela del valore supremo della vita umana[78], da riconoscersi come "matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona"[79]. Il richiamo serve, in particolare, a spiegare la natura di norma «costituzionalmente necessaria» dell'art. 579 c. p., in quanto volta all'assicurazione di un livello minimo di tutela del diritto fondamentale alla vita, ovvero di una situazione giuridica di importanza apicale, di cui si impone la garanzia dell'effettività soprattutto nei riguardi delle persone in condizioni di particolare fragilità, esposte più di altre al rischio di essere indotte alla scelta di congedarsi dalla vita in modo avventato e per nulla meditato[80]. L'eventuale abrogazione della norma, al contrario, avrebbe l'effetto inammissibile di sancire "la piena

oggettive difficoltà connesse alla conoscenza effettiva della volontà del legislatore, spesso quest'ultima viene identificata attraverso l'individuazione delle finalità, ovvero della *ratio legis*, che la disposizione legale mostra di voler perseguire.

[76] Valorizza l'attenzione così mostrata alla tecnica del bilanciamento di diritti e valori, nel rispetto dell'assiologia costituzionale, A. GORGONI, *L'aiuto al suicidio tra vita, autodeterminazione, integrità e dignità del malato*, in *Giur. it.* 5/2020, 1053 ss.

[77] Potrebbe sorgere il dubbio che si sia fatto ricorso più ad un'interpretazione estensiva che non all'applicazione di un argomento analogico. E, invero, a proposito della distinzione tra interpretazione analogica e interpretazione estensiva, V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 514 ss., osserva correttamente che "non è agevole sapere sino a quale punto l'estensione operata resti interpretativa e quando invece divenga analogica (vale a dire integrativa)". In questo caso, tuttavia, pare sia legittimo affermare che l'estensione di cui si legge nel testo della pronuncia sia effetto di un ragionamento analogico, piuttosto che di un'interpretazione estensiva. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, infatti, sembra coincidere con quello limpidamente descritto da autorevole Dottrina proprio per distinguere il procedimento analogico dall'interpretazione estensiva: mentre in quest'ultima si estende puramente e semplicemente l'applicazione di una norma ad un caso espressamente non contemplato, "nell'analogia apparentemente si applica (estende) una norma in virtù di una norma principio superiore, in realtà l'estensione è una conseguenza dell'applicazione del principio. (…) In quanto consegue l'applicazione del principio, l'estensione analogica può avvenire solo entro la ragione normativa del principio; per cui la norma che si estende conserva la sua individualità, e non può estendersi nella parte del contenuto che sta fuori della ragione normativa del principio". Cfr. M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 535.

[78] Cfr. Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 50, § 5.3.

[79] Cfr. Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238.

[80] Cfr. Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 50, cit. § 5.3.

disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo"[81].

Ancora una volta l'argomento dell'*intentio legis*, nei limiti in cui esso rileva, è declinato in chiave palesemente oggettiva e funzionale, senza che manchi il consueto appello alla centralità dell'attività legislativa e alla discrezionalità del suo esercizio. Secondo la Corte, infatti, spetta esclusivamente al legislatore la scelta dell'intensità da accordare alla tutela del valore supremo della vita umana, così come la definizione del tipo di bilanciamento da perseguire nella contestuale tutela di altri valori fondamentali, tra i quali in primo luogo il diritto all'autodeterminazione individuale, decisivi nel connotare in modo marcatamente personalistico la costituzione repubblicana.

Proprio per questo, il vuoto normativo determinato dall'eventuale abrogazione per via referendaria della norma che al momento sancisce il reato di omicidio del consenziente sarebbe inammissibile[82]. Seppure, infatti, quella norma esprima solo uno dei possibili modi per dare rilievo al valore supremo della vita[83], la sostituzione o la modifica del livello minimo di tutela, costituzionalmente necessaria, che essa garantisce non può che richiedere un nuovo intervento positivo del legislatore.

Il rinvio all'argomento della volontà del legislatore è, infine, del tutto assente negli ultimi due giudizi formulati rispettivamente nel 2024 e nel 2025[84]. Indagando le ragioni del suo mancato utilizzo, però, da entrambe le pronunce emerge la priorità conferita dalla Consulta al tentativo di chiarire definitivamente il senso dell'«equilibrismo» praticato in passato, per coniugare, anche sulla scorta del rinvio all'argomento dell'intenzione del legislatore, l'urgenza di rimuovere un *vulnus* intollerabile nella tutela di valori e diritti fondamentali della persona sanciti dalla costituzione con la doverosa astensione dall'esercizio di una competenza disciplinare ritenuta appannaggio esclusivo della volontà discrezionale del legislatore.

In entrambe le occasioni il giudizio di legittimità richiesto dai giudici *a quo* riguarda formalmente l'art. 580 c. p.[85]. Ma, vertendo sul significato attribuibile a quella disposizione, in virtù della lettura fattane dalla Corte, il procedimento di rimessione pare auspicare, in realtà, la riconsiderazione del perimetro entro il quale le decisioni del 2018 e del 2019 hanno ravvisato, per un verso, la parziale incostituzionalità dell'articolo del Codice penale che sancisce il reato di aiuto al suicidio e, per altro verso, un ambito di limitata liceità di quello stesso aiuto. Sicché, in entrambe le occasioni, la Consulta

[81] Cfr. Corte cost., sent. 2 marzo 2022, n. 50, § 3.2.

[82] Come, tra l'altro, correttamente osserva S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2022, 950, "dal quesito derivava un nuovo art. 579 c.p. che avrebbe tipizzato solo talune ipotesi di vizi della volontà, senza nulla dire sui requisiti di accertamento del consenso; un siffatto esito risultava tanto più grave, in quanto l'attuale comma 3 dell'art. 579 non esaurisce certo i casi di consenso invalido, mentre nella formulazione proposta essi avrebbero assunto una natura tassativa, per definizione sottratta a interpretazioni analogiche in *malam partem*".

[83] A proposito del modo in cui la Corte rappresenta i valori personalistici in gioco e gli effetti inammissibili che un esito abrogativo della disposizione oggetto della richiesta referendaria avrebbe sul loro attuale bilanciamento legale, particolarmente critico è M. AZZALINI, *La "scala Shepard" del fine vita. La Consulta e l'impervia* road map *dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2022, 426.

[84] Cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135 e Corte cost., sent. 21 maggio 2025, n. 66.

[85] Il caso esaminato dal giudice *a quo* che ha sollecitato la pronuncia 135/2024 riguardava la collaborazione di un terzo, finalizzata a consentire di congedarsi dalla vita ad una persona affetta da sclerosi multipla in stato avanzato, la quale aveva deliberamento cercato tale cooperazione, per quanto la sua esistenza non dipendesse da trattamenti sanitari di sostegno vitale. I casi esaminati dal giudice *a quo* che ha sollecitato la pronuncia 66/2025, invece, riguardavano l'aiuto dello stesso tipo prestato da un terzo a due persone affette da patologie ugualmente irreversibili, che erano causa di gravi sofferenze e, in prospettiva, di morte certa. Questa situazione aveva indotto le persone interessate a ricercare la cooperazione altrui nel morire, dopo aver rifiutato l'avvio di trattamenti ritenuti del tutto inutili (ennesimo ciclo chemioterapico e posizionamento PEG), in quanto idonei solo a prolungare uno stato frustrante di sofferenza fisica e psicologica e di dipendenza da altri, prima dell'esito comunque certo del decesso.

è chiamata indirettamente a misurarsi con il grado di attendibilità degli argomenti giustificativi elaborati a supporto delle soluzioni interpretative a suo tempo proposte.

È noto che quelle soluzioni interpretative hanno definito i presupposti sostanziali alla cui ricorrenza si è ritenuta subordinabile la non punibilità dell'aiuto di terzi a congedarsi dalla vita[86] e che, d'altra parte, esse hanno individuato i responsabili e le modalità della "procedura medicalizzata" volta a verificare in concreto l'effettiva riconoscibilità di tutti i presupposti utili ad autorizzare l'avvio della pratica finalizzata a procurare la morte medicalmente assistita.

Da più parti, in particolare, si è rilevato criticamente che uno dei quattro presupposti sostanziali – quello della dipendenza da trattamenti sanitari di sostegno vitale – sarebbe stato frutto dell'eccessivo condizionamento esercitato dai casi specificamente esaminati dal giudice *a quo* sulle soluzioni prospettate dal giudice delle leggi[87]. Come se quest'ultimo, al fine di scansare il rischio di sostituirsi al legislatore nella definizione di fattispecie normative dotate di adeguata astrazione in materia, abbia finito per preferire l'adozione, invero funzionalmente altrettanto impropria, di un approccio meramente giudiziale. Ne sarebbe conseguita la predisposizione di indicazioni, per il trattamento giuridico della richiesta di morte medicalmente assistita, incerte ed idonee a determinare gravi discriminazioni tra persone che richiedono la collaborazione di terzi nel morire, avendo rifiutato o chiesto di interrompere una terapia sanitaria di sostegno vitale, e persone che, viceversa, malgrado la soddisfazione degli altri requisiti individuati dalla pronuncia del 2018 e confermati dalla pronuncia del 2019, non possano accedere a quella stessa collaborazione poiché non sottoposti o destinati ad essere sottoposti ad una terapia di sostegno vitale[88].

Quanto alla "procedura medicalizzata", d'altra parte, si è osservato altrettanto criticamente il rischio della burocratizzazione dell'esercizio di un diritto fondamentale[89], oltre che l'effetto di riduzione della persona a mero corpo oggetto di "dominio dispositivo non solo e non tanto dell'individuo, ma dell'autorità amministrativa"[90].

Ebbene, può senz'altro riconoscersi la condivisibilità della maggior parte di tali rilievi. Ciò che in questa sede più importa, però, è il modo in cui la Corte, nelle due pronunce, si premura di argomentare la conferma della legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., come interpretato (e integrato) dalle pronunce del 2018 e del 2019.

La Corte sembra obiettare che sarebbe stato del tutto contraddittorio invocare l'intervento discrezionale del legislatore in materia, dettando, allo stesso tempo, vincoli normativi di inevitabile rilevanza costituzionale, volti a delimitare le ipotesi in cui l'aiuto di terzi a morire non debba configurarsi come un reato[91]. Piuttosto, data la persistente inerzia del legislatore in relazione alla

[86] Si ricorda che i quattro presupposti utili a rendere legittima la richiesta di aiuto a congedarsi dalla vita sono, in base alle pronunce del 2018 e del 2019, a) l'essere affetto da una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che la persona ammalata trovi assolutamente intollerabili, (c) l'essere tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, (d) restando capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

[87] Particolarmente critico in proposito A. MORRONE, cit., 249, il quale denuncia, in particolare, "*un altro modo* di fare giustizia costituzionale: la scelta compiuta dalla Corte costituzionale va nella direzione per cui è dal caso che nasce il diritto e non, viceversa, il diritto a predeterminare la legalità delle condotte umane".

[88] Segnala l'alta problematicità del requisito della "dipendenza tra trattamenti di sostegno vitale", A. VALLINI, cit., 1204. Analogamente, cfr. F. GIARDINA, cit., 1229; M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, cit., 363.

[89] Cfr. F. CONSULICH, *La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'*overruling: *il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2024, 1090 ss.

[90] Cfr. M. ESPOSITO, *"Morte a credito": riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito*, in federalismi.it, 14/2024, 110.

[91] Proprio questo argomento, però, è stato vivacemente contestato in Dottrina, in quanto, già con riferimento all'ordinanza del 2018, si è scritto che essa rappresenterebbe, di fatto, una «ordinanza-delega», nella quale "i vincoli sono invero tanti e tali che per il Parlamento non c'è alcuno spazio per l'esplicarsi della sua scelta politica: la Corte gli chiede di legiferare sotto dettatura". Cfr. C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 6/2018, 2481.

concretizzazione normativa di valori prioritari attinenti alla persona umana, il giudice delle leggi ha ritenuto doveroso determinare esclusivamente "criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato", utili a trattare giuridicamente le richieste di tutela provenienti dai singoli, senza per questo rischiare di interferire nell'esercizio dell'attività legislativa, se e quando essa si sarebbe manifestata concretamente[92].

Dovrebbe, allora, apparire più chiara la ragione per la quale la Corte abbia scelto di rispondere alle ordinanze di rimessione concentrando la propria attenzione sulle fattispecie concrete che hanno avuto il merito di far emergere le problematiche, in passato inimmaginabili, relative alla conciliazione tra diritto fondamentale alla vita, dignità umana e libertà di autodeterminazione individuale. Malgrado l'esposizione al rischio di conseguire, per questa via, risultati applicativi parziali e potenzialmente discriminatori, l'impressione è che il giudice delle leggi abbia ritenuto questo l'unico margine di manovra entro il quale potersi esprimere legittimamente. Così come, sia nell'indagine sul fondamento di liceità dell'aiuto di terzi a procurare la fine della vita ad una persona che lo richieda, sia nell'individuazione delle modalità di verifica concreta della ricorrenza dei presupposti di liceità di quell'aiuto, si è ritenuto che accreditare le soluzioni interpretative formulate rinviando analogicamente alle indicazioni ricavabili dal dato legale fosse il modo migliore di certificare la natura meramente *ri-costruttiva* e non *costruttiva* delle conclusioni raggiunte. Giammai, dunque, con le proprie pronunce, la Corte avrebbe inteso riconoscere "un generale diritto di terminare la propria vita in ogni situazione di sofferenza intollerabile, fisica o psicologica, determinata da una patologia irreversibile"[93]. L'indirizzo interpretativo maturato sarebbe dovuto servire solo ad indicare le coordinate normative entro le quali affrontare i casi sottoposti ai giudici ordinari, non certo a definire nuove fattispecie giuridiche di cui verificare la coerenza alla costituzione.

È grazie a tali argomenti, d'altronde, che al giudice delle leggi riesce di escludere la violazione del divieto di impugnazione delle decisioni della Corte costituzionale sancito dall'art. 137, 3° co., cost.[94], integrabile, nella specie, attraverso la formulazione di una nuova pronuncia sul tema. L'ordinanza di rimessione che dà adito alla sentenza n. 135 del 2024, in effetti, può ben generare l'impressione di essere diretta alla sollecitazione di un giudizio di sostanziale ripensamento delle soluzioni disciplinari suggerite in passato[95]. Tuttavia, sottraendosi a tale potenziale "trappola argomentativa", la Corte conferma che l'integrazione dell'art. 580 c. p., operata dalla Corte con le decisioni del 2018 e del 2019, contestualmente al riconoscimento della sua parziale incostituzionalità, non impedisca l'arricchimento, in via interpretativa, del catalogo relativo alle ipotesi di inapplicabilità dell'art. 580 c. p.

La Consulta, cioè, per un verso, non disconosce le giustificazioni argomentative adottate in passato per supportare la definizione del perimetro entro il quale individuare le situazioni concrete in cui il ricorso alla morte medicalmente assistita deve ritenersi ammissibile. Per altro verso, rivendicando la natura meramente interpretativa e non già "creativa" delle conclusioni raggiunte

[92] Secondo A. RUGGERI, *La Consulta equilibrista sul filo del fine-vita. (A prima lettura di Corte cost. 135 del 2024)*, in questa *Rivista*, Studi 2024/II, 932, "la Corte qui (…) fa implicitamente notare che la «supplenza» anche nella circostanza odierna esercitata non avrebbe avuto ragion d'essere qualora il legislatore si fosse già da tempo attivato per dar vita ad una disciplina lungamente attesa".

[93] Cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, § 7.1 e Corte cost., sent. 21 maggio 2025, n. 66, § 6.1. Sulla tenacia con la quale la Corte difende gli indirizzi interpretativi elaborati nelle sue precedenti pronunce, cfr. C. TRIPODINA, *Suicidio medicalmente assistito: essere, o non essere, tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale? Questo il dilemma*, in *Giur. cost*., 4/2024, 1472.

[94] Cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, § 3.

[95] Seppure il giudice rimettente abbia negato che la propria domanda sia surrettiziamente volta ad impugnare la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzione, in violazione dell'art. 137, 3° co., Cost., è stata ritenuta evidente la normatività delle soluzioni proposte dalle pronunce del giudice delle leggi e, in ragione di ciò, è stata posta "la questione della compatibilità dell'art. 137 Cost. con atti della Corte costituzionale che non corrispondano alla funzione di cui all'art. 134 Cost., perché non si limitano a cassare disposizioni (o anche solo norme)". Cfr. M. ESPOSITO, cit., 88.

nel 2018 e riproposte nel 2019, riconosce la possibilità di puntualizzarne i contenuti valorizzando l'elasticità del significato attribuibile alla locuzione "trattamenti di sostegno vitale" [96]. Con un'ennesima operazione di "equilibrismo", cioè, la Corte accredita la possibilità di un'interpretazione estensiva di quella locuzione, facendo leva sulla *ratio* che ispira la considerazione della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale tra i requisiti idonei ad ammettere la liceità dell'aiuto di terzi a procurare la morte a chi liberamente e consapevolmente ne abbia fatto richiesta[97].

La preoccupazione principale della Corte sembra, però, rimanere quella di non oltrepassare il confine che separa l'attività *ri-costruttiva*, di mera precisazione del significato già attribuito alle indicazioni disciplinari contenute nelle sue precedenti pronunce[98] – applicabili nelle more di un intervento del legislatore – dall'attività di *costruzione* di nuovi significati normativi. Per questo, ancora una volta domina l'approccio casistico e ancora una volta è indubbio il rischio della produzione di incertezze, incongruenze e parzialità definitorie[99], seppure, forse nel tentativo di ridurre l'impatto di tale rischio, la Corte non manchi di ribadire l'importanza della procedura medicalizzata di accesso alla pratica della morte medicalmente assistita, richiamando i soggetti che amministrano quella procedura alle rispettive responsabilità nel verificare, caso per caso, la ricorrenza dei presupposti legittimanti la richiesta di aiuto nel congedarsi dalla vita[100].

Specularmente, il giudice delle leggi nega la configurabilità di ipotesi di morte medicalmente assistita in presenza di fattispecie analogicamente inassimilabili a quella, già disposta dalla l. n. 219/2017, che, ammettendo il rifiuto o la richiesta del paziente di interruzione della somministrazione di un trattamento di sostegno vitale, implicitamente riconosce già la libertà della scelta di morire. È il caso delle persone che, pure affette da malattie degenerative del sistema

[96] Cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, § 8, ove si legge che "il paziente ha il diritto fondamentale di rifiutare ogni trattamento sanitario praticato sul proprio corpo, indipendentemente dal suo grado di complessità tecnica e di invasività. Incluse, dunque, quelle procedure che sono normalmente compiute da personale sanitario, e la cui esecuzione richiede certo particolari competenze oggetto di specifica formazione professionale, ma che potrebbero essere apprese da familiari o *«caregivers»* che si facciano carico dell'assistenza del paziente". Ritiene, pertanto, che "ciò che conta è rinvenire, in quelle [procedure] già esistenti e in quelle che in futuro la medicina dovesse individuare *ex novo*, *l'idoneità salvifica* mediante *limitazione della corporeità* del paziente", F. CONSULICH, cit., 1084.

[97] Rileva a riguardo che "l'impressione in generale è che i giudici costituzionali abbiano di nuovo tentato una difficile «quadratura del cerchio»: sia pur assumendo esplicitamente come interesse prioritario il diritto alla vita, giungono nei fatti a conclusioni che mirano ad ampliare il contenuto del diritto all'autodeterminazione terapeutica". Cfr. L. GROSSI, *I "trattamenti di sostegno vitale" nel suicidio medicalmente assistito: la sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale,* 7-8/2025, 2281-2282.

[98] Osserva che la sentenza 135/2024 "sembra voler fornire una sorta di interpretazione autentica, circa le forme di sostegno vitale, come indicato nella sentenza del 2019", M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*, in *Famiglia e diritto*, 12/2024, 1083. Dello stesso avviso C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 1476. Entrambi gli Autori citati rilevano, d'altra parte, che, trattandosi di un'interpretazione autentica formulata nell'ambito di una sentenza interpretativa di rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 579 c. p., per quanto utile a precisare gli intendimenti della Corte ispiratori delle indicazioni disciplinari fornite nel 2019, sulla scorta di quanto già affermato nel 2018, la precisazione del significato attribuibile a quelle indicazioni non presenta, per la giurisdizione ordinaria e di legittimità che sia chiamata a darvi applicazione, alcuna vincolatività. Sul punto si sofferma anche L. GROSSI, cit., 2279.

[99] Tra le incongruenze, L. GROSSI, cit., 2282 evidenzia correttamente che "la Corte costituzionale individua un limite al diritto di autodeterminazione in favore della protezione di quei soggetti che, perché malati o anziani o soli, rischiano di avvertire se stessi come un "peso" per i propri familiari, ma, sull'opposto versante dell'interpretazione dei trattamenti di sostegno vitale, ne viene esteso il contenuto a tutte quelle pratiche apprese dai c.d. *caregivers*, attraverso una nozione funzionale che valorizza i rapporti tra cura e sopravvivenza. Posto che la "pressione sociale indiretta" tende ad essere assai maggiore nei confronti di chi si trovi in uno stato di "dipendenza" da altri, l'equilibrio individuato tra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione non solo non pare convincente, ma anzi rischia di portare ad una eterogenesi dei fini"

[100] In questo senso, cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 2024, n. 135, § 9 e Corte cost., sent. 20 maggio 2025, n. 66, § 7.

nervoso in stato avanzato, non soddisfino il requisito della dipendenza della propria esistenza da trattamenti sanitari di sostegno vitale, neppure nell'accezione estesa proposta dalla Corte.

Ciò non implica indifferenza all'intollerabilità delle sofferenze e alla prostrazione vissuta in questi casi. Piuttosto, ciò segnala il limite, evidentemente considerato intrinseco e invalicabile, dello "spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale" evocato sin dalla formulazione dell'ordinanza n. 207 del 2018. Limite oltre il quale è chiaro che la Corte rifiuta di spingersi, in assenza della manifestazione di diversi intendimenti legislativi.

7. *Considerazioni conclusive sulla rilevanza, la "giustezza" e l'efficacia del ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore*

Come dichiarato da subito, l'obiettivo dell'indagine era verificare la rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore nel procedimento di interpretazione della norma giuridica, condotto, nella specie, dal giudice delle leggi. Più in particolare, ci si prefiggeva di accertare le condizioni per assicurare la "giustezza" del risultato interpretativo proposto e l'efficacia del ricorso a quell'argomento giustificativo nella ricostruzione dei significati normativi ricercati.

Ebbene, quanto alla rilevanza dell'argomento nelle giustificazioni delle soluzioni interpretative raggiunte, la scarsa frequenza del ricorso esplicito all'intenzione del legislatore ordinario, a prima vista, indurrebbe a ritenere che l'interprete abbia riposto nell'utilizzo dell'argomento trattato una fiducia proporzionata all'esiguità dei passaggi argomentativi in cui esso risulta testualmente richiamato. Un'analisi più attenta, tuttavia, impone di non sottovalutare la peculiarità del giudizio cui la Corte costituzionale è chiamata, peculiarità determinata dalla necessità di pronunciarsi riguardo al grado di conformità della norma legale al dettato costituzionale[101]. Può considerarsi naturale, dunque, anche a causa dell'oggettiva difficoltà legata all'individuazione della volontà soggettiva del legislatore[102] – di cui più volte si è detto – che l'indagine verta prevalentemente sui profili oggettivi della norma e, in primo luogo, sulla funzione che quest'ultima assolve, da ricercarsi, in ottica sistematica, anche in connessione con valori e principi fondamentali espressi dalla norma di rango primario. Ciò però, lo si è visto, non necessariamente implica una minore attenzione dell'interprete nei riguardi della volontà del legislatore. Piuttosto, tale attenzione sembra indirizzata in prevalenza nei riguardi dei connotati oggettivi dell'argomento considerato[103], così da agevolare, per un verso, l'operazione di certificazione o, al contrario, di disconoscimento della conformità della norma legale ai contenuti della fonte normativa sovraordinata, cui comunque la manifestazione dell'*intentio legis* soggiace. E così da valorizzare, per altro verso, l'elasticità della norma, ovvero la sua idoneità,

[101] Sull'incidenza delle gerarchie normative sull'interpretazione logico-sistematica, con specifico riguardo al canone della coerenza, cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., 151 ss., il quale ricorda che "l'interprete può considerare le gerarchie materiali ed assiologiche non solo al fine di evitare determinazioni di significato confliggenti, ma allo scopo di accreditare determinazioni di significato dell'enunciato di rango inferiore che consentano «l'attuazione», «la valorizzazione» della norma di rango superiore".

[102] Ammonisce G. TARELLO, cit., 367 che "è certo più agevole determinare cosa *non* è stato voluto, di cosa *è* stato voluto".

[103] Più precisamente, ci si riferisce alla variante dell'argomento psicologico che fa leva sull'intenzione teleologica del legislatore ovvero sulle finalità perseguite attraverso la produzione della norma. Cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit., 101 ss. Nell'ambito delle decisioni esaminate, se, con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., l'argomento dell'intenzione teleologica del legislatore (storico) non può che essere utilizzato in combinazione con l'argomento sistematico della coerenza tra significati ricavabili da norma di rango legale e norma di rango costituzionale, lo stesso argomento è riferito espressamente al legislatore attuale quando vengono ricercati spunti normativi utili a ricostruire il quadro disciplinare entro il quale, nelle more dell'intervento del legislatore, dovranno essere trattati i casi sottoposti ai giudici rimettenti di aiuto di terzi nel procurare la morte di chi ne abbia fatto liberamente e consapevolmente richiesta.

indipendentemente dal passare del tempo, ad offrire soluzioni a problemi e conflitti sociali del tutto inediti nel momento di produzione della norma.

Si è osservato, d'altra parte, che un indice del rilievo conferito al richiamo della volontà del legislatore può essere rappresentato indirettamente anche dall'assiduo riferimento alla discrezionalità che la Costituzione riconosce al legislatore ordinario nell'attività di concretizzazione dei valori e dei principi che essa colloca alla base dell'ordinamento giuridico repubblicano[104]. Tale dato, se poco o nulla rivela dell'effettivo contenuto della volontà del legislatore, è di certo *condito sine qua non* della rilevanza di quella volontà nella conformazione del significato della norma giuridica. Sicché, anche quando si trova costretta a confrontarsi con l'inerzia del legislatore e malgrado l'assidua invocazione di una sua iniziativa, la Corte sembra ancora una volta ribadire l'importanza della ricerca di tracce dell'intenzione del legislatore, al fine di definire significati normativi utili ad indirizzare il giudice nella soluzione concreta dei casi a lui sottoposti.

Ciò emerge, per un verso, dalla ferma stigmatizzazione del silenzio del legislatore a fronte dell'urgente necessità, imposta dal progresso inarrestabile della scienza e della tecnica, di suggerire nuove ipotesi di bilanciamento dei valori fondamentali della vita e della salute umana, della libertà di autodeterminazione individuale e della solidarietà sociale nelle attività di cura della persona. L'omessa espressione di chiari intendimenti in proposito contrasterebbe con la responsabilità affidata dal costituente proprio al legislatore ordinario quanto alla concretizzazione – discrezionale ma irrinunciabile – dei precetti costituzionali pertinenti in materia.

Certo, pur di rimediare all'insostenibile vuoto normativo così evidenziatosi, la Corte ha compiuto la scelta, senz'altro anomala, di assumersi una responsabilità disciplinare in supplenza del legislatore. Nel farlo, però, essa si è costantemente ispirata al pieno rispetto dell'autonomia e della discrezionalità del depositario del potere legislativo, impegnandosi nella ricerca di indici dell'*intentio legis* comunque rinvenibili nel sistema.

È così che, per altro verso, la Corte rinvia alle finalità che il legislatore ha "autodichiarato" di perseguire attraverso la legge n. 219/2017, integrando, altresì, questo riferimento con l'utilizzo di un altro strumento giustificativo, quello dell'analogia. Esso consente alla volontà del legislatore di continuare a fondare, almeno indirettamente, le argomentazioni sviluppate dalla Corte, nella misura in cui le soluzioni interpretative proposte sono conformate agli intendimenti manifestati dal legislatore nella regolazione di situazioni che, seppure non coincidenti con quelle bisognose di risposte da parte dei giudici rimettenti, comportano la concretizzazione normativa di valori e principi costituzionali ugualmente idonei alla regolazione dei casi che quegli stessi giudici devono affrontare e risolvere.

Non pare, dunque, si possa dubitare della rilevanza dell'argomento della volontà del legislatore, tra quelli adottati a supporto del procedimento interpretativo condotto dalla Corte. Naturalmente è impossibile verificare la "giustizia" degli esiti interpretativi formulati. Sul fronte dell'attendibilità – se si vuole, della "giustezza"[105] – del ricorso a tale argomento giustificativo, invece, la valutazione sembra possa essere positiva.

In tutte le pronunce analizzate, l'interprete si mostra consapevole della intensa sollecitazione alla quale il proprio indirizzo interpretativo sottopone il principio della separazione dei poteri, così come dell'inevitabile esposizione al rilievo di aver invaso l'ambito di competenza del legislatore, creando

[104] Ragionando sulla concezione di costituzione presupposto dall'impiego dell'argomento originalista, applicato all'interpretazione del testo costituzionale, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit. 27, riferisce di una concezione "recessiva" ovvero "una concezione tale per cui la costituzione non avrebbe affatto la missione di assicurare che ogni conflitto sociale sia da essa placato, risolto o comunque disciplinato, ma che al contrario percepisce come evenienza fisiologica il fatto che, anche dopo la sua emanazione, «il corpo sociale resti "pluralistico"» (…) offrendo come strumento di pacificazione del conflitto il procedimento legislativo".

[105] Si veda *supra*, nt. 28.

nuove fattispecie normative utili a riconoscere e regolare ipotesi di aiuto lecito nel procurare la morte altrui[106]. La Corte, tuttavia, non arretra dalla scelta di sfruttare fino in fondo i margini consentiti dall'ordinamento per mettere il sistema giuridico nelle condizioni di continuare ad assolvere la propria essenziale funzione di regolazione sociale, facendo fronte alle inevitabili incompletezze normative che il passare del tempo e l'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche possono far emergere. Piuttosto, per contrastare i rilievi critici e i rischi appena segnalati, essa si cimenta in un sapiente esercizio di equilibrismo argomentativo: le soluzioni interpretative applicabili ai casi sollevati davanti ai diversi giudici *a quo* si propongono naturalmente come costituzionalmente conformi, senza tuttavia presentare carattere necessitato. Lo spazio d'azione riservato alle scelte discrezionali del legislatore, ove esso intenda intervenire per dettare una disciplina organica della materia, è salvaguardato, seppure nel doveroso rispetto dei vincoli normativi derivanti dai valori e dai principi sanciti dalle sovraordinate norme costituzionali.

Il risultato dell'esercizio intrapreso non è naturalmente esente da limiti e ambiguità applicative, già ampiamente segnalati nel corso dell'indagine. Gli uni e le altre, però, sembrano rappresentare più l'ineluttabile prezzo da pagare alla scelta di avviare un percorso di "leale e dialettica collaborazione istituzionale" con il legislatore, che non gli indici della fallacia argomentativa delle soluzioni interpretative proposte.

Quale, infine, l'efficacia del rilievo riservato – ora in via diretta, ora in via mediata – all'argomento giustificativo dell'intenzione del legislatore?

Alla luce di quanto sinora osservato, si può affermare che l'effetto peculiare dell'argomento, nel supportare l'attribuzione di significato alla norma oggetto d'indagine da parte dell'interprete, risieda nella sua idoneità a ricercare e favorire il dialogo e l'interazione cooperativa tra poteri, comportando bensì, per ciascuna istituzione coinvolta, una maggiore assunzione di responsabilità rispetto al rischio di reciproci sconfinamenti, ma restituendo altresì un modello virtuoso di interpretazione della legge, fonte inesauribile di stimolo nell'opera di approssimazione del diritto alle questioni conflittuali caratterizzanti in forme sempre nuove la realtà sociale[107].

Nel caso dei contrasti relativi alla liceità dell'aiuto nel procurare la morte di una persona affetta da patologia irreversibile che ne faccia liberamente e consapevolmente richiesta, la Corte, stante l'assenza di precise indicazioni normative a riguardo, avrebbe potuto affidare la risposta agli interrogativi posti dai giudici rimettenti alla diretta ricostruzione sistematica dei valori e dei principi fondamentali espressi dalla Carta costituzionale, facendo così prevalere i significati espressi dalla "legalità costituzionale" su quelli eventualmente ricavabili dalla "legalità legale"[108].

---

[106] Si veda *supra*, nt. 29.

[107] A riguardo, può essere utile ricordare che già T. ASCARELLI, cit., 156, nel ritenere "vano negare il peso delle valutazioni dell'interprete, ché sono appunto queste che determinano via via nuove interpretazioni, nuove norme, reale sviluppo del diritto anche rispetto a testi rimasti (…) lessicalmente identici (…)", definisce l'attività interpretativa "un processo inesauribile al quale partecipano legislatore, giudice, giurista." Analogamente, A. Belfiore, cit., 432, sostiene che "l'art. 12 disp. prel. propone all'interprete un ruolo attivo all'interno di una prospettiva di tipo *cooperativo*, sicché, già per lo stesso legislatore, il precetto, enucleato al termine del procedimento ermeneutico, non si configura né come esito di una mera scelta (di un mero giudizio) di valore dell'interprete, né, all'opposto, come risultato di un'operazione di calcolo".

[108] Tra le due forme di legalità, quella "costituzionale" e "quella "legale", da tempo autorevole Dottrina segnala una tensione strisciante, che comporterebbe la progressiva sostituzione della prima con la seconda, a causa del dilagare, su diretta sollecitazione della Corte costituzionale, dell'interpretazione conforme a costituzione ad opera della giurisdizione ordinaria. Cfr. M. LUCIANI, F*unzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 8. Ma prima, si veda anche Id.*, Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, 501 ss. L'ipotesi presentata nel testo riguarda l'eventualità che la stessa Corte costituzione si potesse rendere artefice di tale sostituzione, in nome del ruolo che riveste di custode dei significati costituzionali.

A seconda del tipo di ricostruzione sostenuta, si sarebbe potuto pervenire alla negazione di qualsiasi margine di riconoscimento della liceità dell'aiuto nel procurare la morte ad altri, valorizzando la sacralità della vita umana ed una nozione di dignità umana coniugata in senso rigorosamente oggettivo. All'opposto, si sarebbe potuto esaltare la connotazione personalistica della Costituzione, evidenziando la centralità della libertà di autodeterminazione individuale in ogni forma di realizzazione singolare della personalità umana, anche se coincidente con una scelta estrema e irreversibile. O ancora, e infine, pur nel riconoscimento di ampi margini di manovra nella definizione legislativa di una disciplina organica della materia, si sarebbe potuto abdicare alla formulazione di qualsiasi soluzione operativa, in attesa di un'iniziativa in tal senso del legislatore.

Nelle prime due ipotesi, tuttavia, la Corte avrebbe creato significati normativi positivi che, in quanto espressivi della volontà legislativa corrispondente alla fonte primaria dell'ordinamento, avrebbero finito per sovrastare e inibire definitivamente la corrispondente manifestazione di volontà sovrana del legislatore[109]. Nell'ultima ipotesi, viceversa, piuttosto che eccedere nel potenziamento della vincolatività del dettato costituzionale, la Corte avrebbe finito per eccedere nel depotenziamento di quella stessa vincolatività, rischiando di compromettere l'effettività della tutela delle persone più fragili e bisognose di protezione nell'esercizio consapevole della propria autonomia. Comunque, in tutte le ipotesi considerate, le soluzioni interpretative proposte, in quanto frutto di un incedere solipsistico, sarebbero state esposte ad un *deficit* di giustificazione. A fronte di un eccesso di potenziamento della vincolatività dei precetti costituzionali, esso avrebbe riguardato la legittimazione all'esercizio di un compito di concretizzazione normativa che la Costituzione formalmente affida al legislatore ordinario. Mentre, a fronte dell'eccesso opposto, il *deficit* avrebbe riguardato la ragione del mancato impegno nella garanzia dei diritti inviolabili delle persone fragili, massimamente esposte all'adozione di scelte tanto poco ponderate quanto irreversibili.

Il richiamo della volontà (discrezionale) del legislatore nell'argomentazione a supporto delle decisioni della Corte mostra un percorso interpretativo idoneo ad evitare questi esiti, permettendo di coniugare una preziosa assunzione di responsabilità nella formulazione di soluzioni interpretative immediatamente applicabili, con il persistente rispetto delle competenze esclusive del legislatore e delle sue intenzioni, nella definizione di un bilanciamento tra valori costituzionali che si ritenga il più appropriato a creare la regola da applicare a questioni tanto inimmaginabili in passato quanto, oggi, drammaticamente attuali.

[109] Argomentando a proposito delle critiche mosse dalla teoria *gius-realista* alla teoria *originalista* dell'interpretazione, C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit., 21, osserva che "il testo costituzionale vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che mai furono nella mente dei costituenti. Quello che il costituente non ha scritto non ha deciso. E la scelta democratica è libera".

Marco Mancini

Alla ricerca dell'"intenzione del legislatore" nella giurisprudenza della Corte costituzionale: orientamenti di fondo e casi emblematici*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il ricorso in chiave "originalista" all'argomento dell'"intenzione del legislatore" nelle decisioni della Corte relative alla forma di governo. - 3. Il ricorso all'"intenzione del legislatore" nell'interpretazione delle fonti normative. - 3.1. Leggi di interpretazione autentica, incidenza sui processi in corso e uso improprio della funzione legislativa. - 3.2. Le leggi-provvedimento e la "ragion sufficiente" posta a fondamento del loro intervento. - 3.3. Il raffronto di coerenza "teleologica" tra decreto legislativo e legge delega. 3.4. - L'omogeneità materiale e teleologica del decreto-legge. - 4. Considerazioni conclusive.

The present paper aims to analyze the use of the interpretative argument of the legislator's intention by the Constitutional Court, with particular regard to the jurisprudential orientations relating to the form of government and primary normative sources.

1. *Introduzione*

Il lavoro si propone di analizzare le modalità di utilizzo dell'argomento interpretativo dell'"intenzione del legislatore" da parte della Corte costituzionale. L'analisi riguarderà prevalentemente la giurisprudenza relativa all'ultimo decennio e si concentrerà su alcune tematiche specifiche ritagliate all'interno dei settori della forma di governo e delle fonti del diritto.

Occorre preliminarmente indicare, seppur in modo sintetico, cosa si intende per "intenzione del legislatore" e operare alcune precisazioni al riguardo. Dal punto di vista classificatorio, l'"intenzione del legislatore"[1] viene annoverata tra gli argomenti ermeneutici utilizzati dall'interprete per chiarire il significato di un enunciato normativo, laddove l'argomento letterale desumibile dal testo si riveli inidoneo allo scopo. Si tratta di una sorta di congettura formulata dall'interprete per attribuire ad un testo normativo un significato preciso asseritamente corrispondente a quello intenzionalmente voluto dal legislatore, del quale si riconosce la superiorità in ossequio al principio di separazione dei poteri.

Esistono molteplici varianti di questo argomento interpretativo sia sul piano oggettivo, in relazione al significato ascrivibile al termine "intenzione", che su quello soggettivo, in relazione al significato ascrivibile al termine "legislatore". Sotto il primo profilo, l'"intenzione" può essere di tipo "semantico", "teleologico" o "sistematico" a seconda che riguardi rispettivamente il significato di uno specifico termine inserito nel testo normativo (ciò che il legislatore intendeva dire), la finalità che il legislatore intende perseguire con quella disciplina (ciò che il legislatore intendeva fare, cioè l'effetto che voleva conseguire) oppure la collocazione ordinamentale di tale disciplina. Sotto il secondo profilo, il tipo di "legislatore" cui si intende fare riferimento solitamente è quello "storico", cioè l'autorità normativa precisamente identificata che ha prodotto la disciplina. Rivestono invece carattere del tutto residuale i richiami al legislatore "attuale", vale a dire quello in carica al momento di svolgimento dell'operazione interpretativa, del quale si evidenziano le intenzioni per così dire

* *La ricerca è stata realizzata nell'ambito del NextGenerationEU – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Componente 2, Investimento 1.1 Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) - CUP Master N. J53D23006110001 - Codice Progetto 2022ZPA2N4, Codice Progetto unità Venezia H53D23002990001.*

[1] Riguardo alla quale, *ex multis*, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 272 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, II ed., Torino, 2020, 97 ss.

"negative", inerenti al fatto che non è intervenuto per modificare la disciplina storica; o al legislatore "idealizzato", "razionale" o "giusto" che sia, vale a dire quello che, qualora intendesse disciplinare la materia, lo farebbe appunto in modo razionale ed equo. Il richiamo a legislatori diversi da quello "storico" comporta peraltro il ricorso anche ad un'intenzione di tipo "controfattuale"[2], che muove, cioè, da un'ipotesi contraria ai fatti, relativa ad un evento che non è realmente accaduto[3].

Vi sono poi problemi di non secondario rilievo afferenti all'esatta individuazione della *voluntas legis* in presenza di un legislatore collettivo quali sono i Parlamenti, la cui volontà manifestata all'esterno è la risultante della sommatoria delle singole intenzioni della molteplicità di individui che li compongono. Non essendo possibile ricostruire l'"intenzione" in base agli stati mentali interni del legislatore ma soltanto una "intenzione" presunta ragionevolmente attribuibile ad un insieme di individui in base alle loro manifestazioni esterne, occorre interrogarsi in ordine agli strumenti utilizzabili, alle fonti da cui è possibile trarla. Un ruolo di rilievo al riguardo rivestono i documenti che accompagnano le diverse fasi dell'*iter* legislativo e in particolare, ovviamente, i lavori preparatori[4], ricostruibili sulla base di vari elementi quali gli interventi in Aula o in Commissione dei parlamentari, le relazioni di accompagnamento dei disegni di legge, le relazioni illustrative delle proposte di emendamento ecc.[5].

Per quanto riguarda, infine, il procedimento interpretativo vero e proprio, al fine di valutare la correttezza dell'*iter* logico- argomentativo occorrerà prestare attenzione a due profili. Anzitutto, "a monte", occorre distinguere se l'argomento interpretativo in parola sia stato suggerito dal giudice *a quo* e successivamente apprezzato e discusso dalla Corte; oppure rilevato "d'ufficio" dalla Corte stessa e utilizzato per dirimere la questione in assenza di una precedente menzione da parte del giudice *a quo*. Successivamente, "a valle", per quanto concerne l'esito cui conduce il ricorso all'argomento interpretativo dell'"intenzione del legislatore", occorre rivolgere l'attenzione al peso che esso riveste nell'ambito dell'*iter* logico-argomentativo. Può trattarsi, infatti, di un peso "determinante", laddove assolva un rilievo pressoché esclusivo nella ricostruzione e determinazione del significato dell'enunciato normativo; oppure "concorrente", laddove contribuisca alla determinazione del significato dell'enunciato normativo assieme ad altri criteri interpretativi quali quelli letterali, sistematici o per principi. Occorre peraltro segnalare, con specifico riferimento al giudizio della Corte costituzionale, che non di rado l'argomento dell'"intenzione del legislatore"

[2] Tale tipo di "intenzione" parte da un antecedente falso, perché il legislatore non ha disciplinato la fattispecie. Sul ragionamento "controfattuale" v. D. CANALE, G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Anal. dir.*, 2014, 195 ss.

[3] Alla combinazione tra i due elementi è connessa la distinzione tra volontà del legislatore storico, per così dire in carne e ossa, e volontà della legge o *ratio legis*, ossia il motivo, lo scopo per cui una norma è stata emanata o il principio o valore che è diretta a tutelare, da valutarsi nel momento in cui la norma è destinata a ricevere applicazione. Si tratta della distinzione tra "intenzione teleologica soggettiva" e "intenzione teologica oggettiva" risalente a R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1978, 190 ss., sulla quale v. V. VELLUZZI, *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Disposizioni sulla legge in generale*, in AA. VV. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, vol. I, Torino, 2012, 453 ss. V. anche G. ZAGBREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991, 72 ss.; V. COLUSSI, P. ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, V ed., Padova, 1995, 21, i quali parlano di «*risultato pratico*» che la norma intende conseguire; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 312 ss. Critico nei riguardi del riferimento alla volontà della legge che si risolve, soprattutto in relazione alle norme di più recente emanazione, in un tentativo per «eludere, accantonare, o sabotare la politica del diritto effettivamente perseguita dagli organi legislativi, sostituendo ad essa la politica del diritto dell'interprete», R. GUASTINI, *Interpretare*, cit., 275.

[4] Riguardo ai quali v. F. MOLTENI, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 384 ss.; L. PEGORARO, *Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 9/1988, 1441 ss.

[5] Ben nota sul punto la critica di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1958, 135. Del resto, anche gli orientamenti giurisprudenziali sono univoci nell'attribuire al ricorso ai lavori preparatori una valenza meramente sussidiaria rispetto alla volontà obiettivamente espressa dalla legge, quale si trae dal suo dato letterale e logico. V. al riguardo, tra le prime, Cass. civ., sent. 21 maggio 1988, n. 3550; Cass. civ., sent. 27 febbraio 1995, n. 2230.

assume una funzione strumentale e servente rispetto all'applicazione di alcune specifiche e peculiari tecniche di giudizio della Corte quali lo scrutinio di ragionevolezza e il bilanciamento di principi e valori.

Per quanto concerne il rapporto in cui l'argomento interpretativo in parola si trova con gli altri enunciati nell'art. 12 delle Preleggi e in particolare con quello letterale e quindi in relazione all'ordine di applicazione degli stessi, la tesi alla fine prevalsa nella giurisprudenza comune[6] è quella di attribuire al criterio dell'"intenzione del legislatore" una funzione sussidiaria ed integrativa. Riguardo all'interpretazione delle disposizioni costituzionali, cui viene riconosciuto un carattere di specificità, l'argomento dell'intenzione del Costituente assume invece la configurazione di principale strumento ermeneutico, come si evince dagli orientamenti della Corte[7] che, in una celebre pronuncia che si andrà ad analizzare di qui a breve[8], ha definito l'interpretazione letterale «un metodo primitivo sempre … ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica».

Tutti i profili cui si è fatto sinora cenno si combinano variamente nella giurisprudenza della Corte ogniqualvolta ricorre all'argomento interpretativo in parola. L'analisi, però, come detto, si concentrerà soltanto su alcuni, specifici filoni giurisprudenziali, rispetto ai quali si cercherà di comprendere soprattutto quale peso la Corte abbia attribuito all'"intenzione del legislatore" nella decisione del caso rimesso alla sua cognizione.

2. *Il ricorso in chiave "originalista" all'argomento dell'"intenzione del legislatore" nelle decisioni della Corte relative alla forma di governo*

La Corte ha fatto ricorso all'argomento interpretativo in parola in alcune decisioni sulla forma di governo[9]. Una prima peculiarità di questi orientamenti giurisprudenziali risiede nel fatto che si sviluppano prevalentemente in sede di conflitti di attribuzione interorganici, ove si discute della spettanza delle attribuzioni costituzionali in contesa nell'ambito di controversie connotate da elevati profili di politicità. La seconda deriva invece dal fatto che l'attività interpretativa svolta dalla Corte per dirimere il conflitto ha ad oggetto disposizioni costituzionali connotate da un elevato tasso di laconicità, genericità ed indeterminatezza, per la corretta lettura delle quali non può prescindersi dal rivolgere l'attenzione anche ad ulteriori fonti di integrazione quali le convenzioni costituzionali, i regolamenti parlamentari e finanche le leggi.

Le decisioni della Corte che assumono rilievo sotto questo profilo e meritano pertanto di essere richiamate sono quattro, tre delle quali più risalenti e una più recente.

La prima riguarda la risoluzione del c.d. "caso Mancuso" avente ad oggetto la questione relativa alla legittimità ed ammissibilità o meno dell'istituto della sfiducia al singolo Ministro[10].

---

[6] V. *ex pluribus* Cass. civ., sent. 10 maggio 2003, n. 7176; Cass. civ., sent. 3 giugno 2011, n. 12136. Riguardo alle diverse tesi e ai diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi sul tema v. V. VELLUZZI, *Commento*, cit., 492 ss.

[7] Corte cost., sent. 10 novembre 1992, n. 429, ove si legge testualmente che «la ricostruzione della intenzione del Costituente, in regime di costituzione rigida, è essenziale per misurare la compatibilità tra disposizione di legge e precetto costituzionale. L'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico-politica». Riguardo a tale pronuncia v. M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/1992, 525 ss.

[8] Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1, riguardo alla quale v. *infra*, nota 15.

[9] In tema v., in particolare, L. G. SCIANNELLA, *L'argomento dell'original intent nella giurisprudenza costituzionale in tema di forma di governo*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 43 ss.

[10] Si allude a Corte cost., sent. 18 gennaio 1996, n. 7, riguardo alla quale v. S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/1996, 67 ss.; S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni e la politica*, ivi, 74 ss.; G. D'ORAZIO, *Il*

Nel pervenire alla conclusione dell'ammissibilità dell'istituto in parola la Corte ricorre, tra gli altri, proprio all'argomento dell'"intenzione del legislatore". Il riferimento, chiaro ed esplicito, è alla volontà del legislatore storico (Assemblea Costituente), ricostruita sulla scorta dei lavori preparatori. In particolare, si richiamano i lavori della Commissione Forti, all'esito dei quali si sottolineò l'inopportunità di esplicitare l'esistenza di una responsabilità politica dei Ministri a fianco di quella dell'intero Governo, preferendo piuttosto rimettere la questione al piano dei principi non scritti; il progetto originario della Commissione dei settantacinque, ove si prevedeva che la fiducia parlamentare dovesse investire il Primo Ministro e i Ministri, modificato poi con la previsione del solo Governo; alcuni emendamenti volti ad escludere, quale conseguenza del voto contrario ad una proposta governativa, le dimissione del Governo «o del Ministro interessato». Il giudice costituzionale sembrerebbe quindi appellarsi ad un'"intenzione" di tipo "teleologico" che però non pare potersi desumere né esplicitamente né implicitamente dagli elementi richiamati, dai quali al più può trarsi il convincimento che il Costituente, alla fine, non abbia voluto prendere posizione sul tema. Del resto, è la Corte stessa ad affermare, ricorrendo in tal modo ad una sorta di "intenzione controfattuale", che la mancata previsione dell'istituto della sfiducia individuale non lo pone al di fuori del quadro costituzionale e anzi che la mancata presa di posizione al riguardo non ha pregiudicato le modalità attuative della forma di governo in tal senso.

L'argomento interpretativo in parola, quindi, non risulta di per sé risolutivo o dirimente, tant'è che la Corte immediatamente dopo vi affianca quello logico-sistematico andando a verificare se la sfiducia individuale possa «reputarsi elemento intrinseco al disegno tracciato negli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione, suscettibile di essere esplicitato in relazione alle esigenze poste dallo sviluppo storico del governo parlamentare». La risposta in senso positivo deriva proprio dalla lettura in combinato disposto delle richiamate disposizioni costituzionali, dalla quale si evince l'esistenza di una responsabilità politica di tipo collegiale in capo all'intera compagine governativa e di una responsabilità politica individuale dei singoli Ministri quali vertici dei rispettivi dicasteri. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, con una sorta di ragionamento circolare, si richiamano ancora una volta i lavori preparatori per evidenziare come il termine «individuale» abbia sostituito quello originariamente previsto, «personale» e per sottolineare come non si tratti di una modifica puramente lessicale bensì sostanziale siccome indicativa della volontà di istituire una correlazione tra responsabilità collegiale e individuale «nel comune quadro della responsabilità politica». Attività collegiale del Governo e attività individuale dei Ministri debbono raccordarsi per consentire il perseguimento di un unitario indirizzo politico cui concorrono Parlamento e Governo. Nel caso di insorgenza di un conflitto tra questi ultimi, pertanto, si configurano strumenti di risoluzione a disposizione tanto del Governo, quali le dimissioni collegiali o individuali del singolo Ministro, quanto del Parlamento, quale la sfiducia diretta a colpire la compagine governativa nel suo complesso oppure il singolo Ministro nell'esercizio delle sue attribuzioni. Una volta riconosciuta l'esistenza di una responsabilità individuale in capo ai singoli Ministri, quindi, se ne debbono trarre le relative conseguenze in termini di sfiducia.

Peraltro, *ad adiuvandum*, la Corte si avvale anche del richiamo ad alcune fonti integrative della disposizione costituzionale quali i regolamenti parlamentari e in particolare quello della Camera che prevede espressamente la mozione di sfiducia individuale, e le prassi applicative, quali quelle del Senato, ove si è fatto a volte ricorso all'istituto in parola sulla scorta del parere conforme della Giunta per il regolamento. Si tratta di elementi richiamati e utilizzati siccome ritenuti conformi al sistema costituzionale, diretti ad integrare ed inverare le norme e i principi contenuti agli artt. 92, 94 e 95

Ministro dissenziente tra Governo e Parlamento, in *Dir. soc.*, 2/1996, 153 ss.; A. PISANESCHI, *Nuovi criteri in tema di legittimazione dei singoli Ministri al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato e "moderata" apertura al controinteressato*, in *Giust. civ.*, 1996, 1261 ss.; F. DONATI, *Unità di azione del Governo e responsabilità politica dei singoli ministri alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 1996*, in *Quad. cost.*, 2/1997, 357 ss.

Cost. e che assurgono al rango di vere e proprie convenzioni costituzionali, siccome frutto di comportamenti costantemente ripetuti nel tempo e consolidati o comunque retti da criteri comuni, in situazioni identiche o analoghe[11].

In conclusione, la Corte in questa pronuncia richiama l'"intenzione" del legislatore "storico" in senso "teleologico" ma se ne avvale come argomento concorrente, recessivo rispetto a quello logico-sistematico senz'altro prevalente.

Altra pronuncia nella quale la Corte si è avvalsa del richiamo all'"intenzione del legislatore" è quella relativa alla qualificazione del potere di grazia[12]. Come noto, la conclusione cui è pervenuta al riguardo è che l'atto di concessione della misura di clemenza individuale è di esclusiva spettanza presidenziale e la controfirma del Ministro della giustizia assume valore puramente notarile, siccome volta esclusivamente ad attestare la regolarità dell'istruttoria e dell'*iter* procedurale.

Ebbene, proprio in avvio dell'*iter* motivazionale la Corte richiama i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente relativi all'art. 87, comma 11, Cost. con il precipuo scopo di dimostrare l'intenzione di trasporre l'istituto della grazia all'interno del testo costituzionale secondo una linea di sostanziale continuità rispetto all'epoca statutaria. L'art. 8 dello Statuto albertino, infatti, nell'attribuire al Monarca il potere di «far grazia e commutare le pene», ne sottraeva l'esercizio al potere giudiziario e all'applicazione della legge per rimetterlo piuttosto al giudizio equitativo del Re. A conferma della sottrazione dell'esercizio di tale potere al circuito decisionale giudiziario, l'art. 826 del c.p. del 1865 prevedeva che le istanze di grazia fossero dirette al Re e presentate al Ministro di Grazia e Giustizia. L'evoluzione determinatasi già in epoca statutaria aveva peraltro condotto alla configurazione della grazia non come potere di natura personale, svincolato come tale dal concorso di altri organi costituzionali nel suo esercizio, bensì come atto adottato in via di prerogativa dal Monarca nella veste di Capo dello Stato e sottoposto quindi al principio generale della responsabilità ministeriale. Tali caratteristiche ad avviso della Corte sono rimaste immutate in seguito all'introduzione della Carta costituzionale del 1948, ove si prevede la necessaria sottoposizione alla controfirma ministeriale di tutti gli atti del Presidente della Repubblica, ivi inclusi quelli di sua esclusiva spettanza, una volta definiti "di prerogativa".

Anche in questo caso, l'argomento interpretativo dell'"intenzione del legislatore" non assume un peso determinante all'interno della motivazione concorrendo piuttosto con altri alla fine prevalenti. La questione dirimente, infatti, rappresentata dall'individuazione dell'effettivo titolare del potere di grazia, implica il previo chiarimento dei rapporti tra il Capo dello Stato, chiamato ad emanare il relativo provvedimento, e il Ministro della Giustizia, chiamato a curare l'istruttoria, a predisporre materialmente il documento, a sottoscriverlo e a curarne l'esecuzione. Per fare ciò, la Corte reputa essenziale chiarire la funzione cui è preordinata la grazia. Anche in questo caso, si attribuisce un peso preponderante all'argomento logico-sistematico, relativo alla collocazione della figura del Capo dello Stato nella forma di governo italiana, ricostruita attraverso il puntuale riferimento alla prassi applicativa dell'istituto sviluppatasi in epoca repubblicana[13]. Alla qualificazione della grazia quale

[11] Per inciso, nella pronuncia in parola si rinviene anche un altro richiamo all'"intenzione del legislatore" nella parte in cui, nel chiarire le attribuzioni costituzionali del Ministro di Grazia e Giustizia ex art. 110 Cost., si individua la *ratio* di tale disposizione costituzionale nella necessità di delimitare il suo campo di intervento rispetto a quello del Consiglio Superiore della Magistratura.

[12] Corte cost., sent. 18 maggio 2006, n. 200, riguardo alla quale v. G. M. SALERNO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti problematici della sentenza della Corte costituzionale in tema di concessione della grazia*, in *Giur. cost.*, 5/2006, 2017 ss.; M. RUARO, *La competenza presidenziale in tema di grazia: dai valori costituzionali di riferimento alle implicazioni sul "modus procedendi"*, ivi, 2024 ss.; M. BETZU, *Il potere di grazia: sull'eccesso di potere del decreto presidenziale*, in *Quad. cost.*, 4/2006, 788 ss.

[13] Si è assistito, al riguardo, ad una parabola evolutiva contrassegnata dal passaggio da un originario utilizzo dell'istituto quale strumento di politica penitenziaria, al successivo recupero della sua funzione di strumento diretto a soddisfare eccezionali esigenze di natura umanitaria.

provvedimento di clemenza individuale privo di connotati di politicità e ispirato piuttosto a finalità umanitarie connesse al senso di umanità e alla finalità rieducativa che devono caratterizzare la pena ex art. 27 Cost.[14] non può non conseguire, per ragioni strettamente connesse alla configurazione della nostra forma di governo, l'attribuzione della titolarità del relativo potere al Capo dello Stato, organo *super partes* estraneo al circuito dell'indirizzo politico, come tale maggiormente idoneo a valutare la sussistenza dei presupposti umanitari necessari per l'emanazione del provvedimento.

Anche in questa pronuncia, pertanto, è possibile scorgere alcuni profili ermeneutico-applicativi che si ripetono e si consolidano e consentono di cominciare a delineare un *modus operandi* della Corte, laddove ricorra all'argomento dell'"intenzione del legislatore" per dirimere controversie relative alla forma di governo. Tali "invarianti" sono rappresentate: dal richiamo all'"intenzione" del legislatore "storico", ricostruita mediante l'analisi dei lavori preparatori; dal riferimento ad un'"intenzione" di tipo "teleologico"-"sistematico" più che "semantico"; dal peso non rilevante ma al più concorrente attribuito all'argomento interpretativo *de quo* nel contesto dell'*iter* logico-argomentativo; dall'utilizzo delle fonti integrative delle disposizioni costituzionali, *in primis* delle prassi applicative.

La terza vicenda di interesse è quella relativa al conflitto tra Procura di Palermo e Presidente della Repubblica originato dall'intercettazione casuale, nello svolgimento di attività di indagine nei riguardi di un terzo, di alcune conversazioni telefoniche del Capo dello Stato[15]. La Costituzione non contiene alcuna prescrizione specifica relativa ad un divieto assoluto di intercettazione delle comunicazioni del Capo dello Stato. Al fine della risoluzione del conflitto, quindi, occorreva attribuire un significato preciso al silenzio serbato dalla Costituzione sul punto per poi risalire alla volontà, all'"intenzione" implicitamente manifestata al riguardo dal Costituente. L'"intenzione del legislatore", pertanto, in questo caso, più che uno strumento utilizzato nell'ambito del percorso argomentativo diretto ad interpretare una disposizione costituzionale costituiva piuttosto l'esito del processo interpretativo, che si fonda su altri criteri.

In primis, a mo' di premessa metodologica, si richiama la necessità di ricorrere in ogni sede giurisdizionale, ivi inclusa quella costituzionale, all'interpretazione giudiziale conforme alla Costituzione, da operarsi in riferimento non alle singole norme isolatamente considerate bensì all'intero sistema costituzionale. Da tale premessa discende, quale corollario, l'utilizzo del criterio sistematico al fine di ricostruire, in base all'insieme dei principi costituzionali, la figura e il ruolo del Capo dello Stato all'interno del sistema costituzionale (*rectius*, della forma di governo) italiano.

Ed è proprio sulla scorta dell'interpretazione sistematica che la Corte perviene alla conclusione dell'esistenza nell'ordinamento costituzionale di un divieto assoluto di intercettazione (e quindi di valutazione, utilizzazione e propalazione all'esterno) delle comunicazioni presidenziali con conseguente obbligo di loro immediata distruzione, in base a due distinti argomenti. Il primo attiene

---

[14] Si esprime in senso favorevole al riguardo A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 772 ss. *Contra*, in senso critico, G. U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Rivista Aic*, 21 marzo 2007; M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, 2/2007, 190 ss.

[15] Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1, riguardo alla quale v. A. PACE, *Intervento orale come difensore della Procura della Repubblica di Palermo nel conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 1/2013, 48 ss.; M. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla sentenza n. 1/2013, con cui la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo*, ivi, 50 ss.; U. DE SIERVO, *Una buona sentenza a tutela della libertà del Presidente della Repubblica*, ivi, 64 ss.; L. CARLASSARE, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, ivi, 59 ss.; A. D'ANDREA, *Attività informale e iper-riservatezza del Presidente della Repubblica: il via libera della Corte con qualche slancio di* troppo, ivi, 77 ss.; F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, ivi, 1247 ss.; P. FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni "casuali" del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale, ivi, 1287 ss.; F. MODUGNO, Una rassegna di dottrina sulla sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, ivi, 3933 ss.

al ruolo di "magistrato di persuasione" attribuito al Capo dello Stato nel nostro ordinamento, implicante l'esercizio di poteri di stimolo, persuasione e moderazione che si estrinsecano non solo e non tanto nell'emanazione di specifici atti formali ma anche e soprattutto in attività informali delle quali deve essere assicurata la discrezione e riservatezza per garantirne l'efficacia. Il secondo deriva dal confronto con il regime di preclusione dell'utilizzo di determinati mezzi invasivi di prova previsto dalla Costituzione riguardo ad altri organi costituzionali, in particolare i parlamentari e i membri del Governo. Sul punto, la Corte interpreta la mancata previsione di strumenti diretti a rimuovere la preclusione all'utilizzo (quale la richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza prevista per i parlamentari) e la mancata limitazione per categorie di reati quali espressioni dell'inderogabilità della sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali[16], la cui unica eccezione è quella prevista dall'art. 12, l. cost. n. 1/1953, ove si prevede la possibilità per il Comitato parlamentare, a seguito della sospensione dalla carica del Presidente messo in stato di accusa, di deliberare l'intercettazione delle sue comunicazioni laddove ritenuto necessario per l'accertamento dei reati di alto tradimento o attentato alla Costituzione ex art. 90 Cost. Ragionando *a contrario*, quindi, la Corte arguisce che nei riguardi delle altre fattispecie non sia ipotizzabile un livello di tutela inferiore.

La peculiarità di questo caso risiede nel fatto che la Corte, dinanzi al silenzio della Costituzione finisce col darle voce, attribuendo a tale silenzio un preciso significato e ascrivendo quindi al Costituente una sorta di "intenzione implicita", siccome non altrimenti desumibile da altri elementi espressi. Al fondo della motivazione sviluppata dal giudice costituzionale vi è un ragionamento "controfattuale" in applicazione del quale si perviene a ritenere che ove il Costituente avesse inteso disciplinare il regime delle intercettazioni delle comunicazioni presidenziali lo avrebbe fatto nel senso di prevedere un divieto assoluto. Al di là della correttezza o meno del merito costituzionale della soluzione del conflitto, sul piano della metodologia interpretativa tale modo di procedere presta il fianco ad un'obiezione critica. Il rischio insito in generale in ogni opzione interpretativa "controfattuale" è quello di mascherare sotto le spoglie dell'"intenzione del legislatore" un argomento interpretativo che è in realtà il frutto del giudizio dell'interprete, finendo così con il sovrapporre e confondere i due piani che invece dovrebbero essere tenuti ben distinti. Il giudice costituzionale, quindi, in spregio al suo ruolo di *viva vox Constitutionis*, anziché limitarsi a dare voce alla Carta finisce per parlare al posto suo.

Ultima decisione di rilievo è quella resa nel 2021[17], all'esito di un giudizio di legittimità costituzionale nel corso del quale la Corte si è trovata ad affrontare, seppur in via incidentale, al fine della valutazione della rilevanza e ammissibilità, la *vexata quaestio* relativa all'inclusione o meno nell'ambito applicativo dell'art. 66 Cost., e quindi all'assoggettamento o meno alla verifica dei poteri, degli atti e delle attività posti in essere nel corso della fase "preparatoria" del procedimento elettorale per il rinnovo delle Camere.

La Corte, nel pervenire alla conclusione negativa, attribuisce primario rilievo all'argomento dell'"intenzione del legislatore" "storico", ricostruita attraverso il puntuale richiamo ai lavori

[16] «Non si tratta quindi di una lacuna, ma, al contrario, della presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato».

[17] Si allude a Corte cost., sent. 26 marzo 2021, n. 48, riguardo alla quale v. A. SAITTA, *Alla ricerca del giudice delle controversie pre-elettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2/2021, 631 ss.; A. PISANESCHI, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, ivi, 640 ss.; G. DELLEDONNE, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale: chiarimenti, discontinuità e problemi aperti*, ivi, 652 ss.; L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in questa *Rivista*, Studi 2021/I, 283 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, Studi 2021/II, 658 ss.; M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 409 ss.

preparatori dell'Assemblea Costituente e in particolare agli interventi degli On. Ambrosini e Codacci Pisanelli nella seduta della seconda Sottocommissione del 19 settembre 1946, sulla scorta dei quali ritiene di individuare l'"intenzione" "semantica" e al contempo "teleologica" del Costituente nella volontà di assoggettare alla convalida riservata soltanto le valutazioni relative ai titoli di ammissione degli eletti (*rectius*, di coloro che vengono proclamati eletti), con esclusione quindi dei soggetti partecipanti alla fase "preparatoria" che rivestono al più, la qualifica di meri candidati o addirittura neppure quella in caso di loro esclusione dalla partecipazione alla competizione elettorale.

L'argomento interpretativo in parola anche in questo caso non assume rilievo prevalente ed esclusivo ma concorre in misura paritaria con altri due. Il primo dei quali è quello letterale, fondato sull'interpretazione testuale della disposizione costituzionale, nella quale si fa espressamente riferimento ai «componenti» delle Camere e quindi, evidentemente, agli eletti una volta eletti. Il secondo è quello sistematico, che assume rilievo nella misura in cui la Corte ricorda come l'istituto della verifica dei poteri rivesta carattere derogatorio rispetto alla «"grande regola" del diritto al giudice e alla tutela giurisdizionale effettiva dei propri diritti, in quanto scelta che appartiene ai grandi principi di civiltà del tempo presente» e deve essere pertanto interpretato ed applicato in senso restrittivo e chiamato ad operare soltanto in via eccezionale laddove occorra tutelare i valori costituzionali implicati dall'art. 66 Cost., vale a dire l'autonomia ed indipendenza delle Camere riguardo alla risoluzione delle controversie relative alla loro composizione.

Volendo trarre alcune sintetiche conclusioni al riguardo è possibile affermare che la Corte manifesta una vocazione, una propensione fortemente "originalista"[18], attraverso il richiamo all' "intenzione" del legislatore "storico", puntualmente e rigorosamente ricostruita mediante i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, nei riguardi della quale esprime un'indubbia deferenza. Rivolge inoltre l'attenzione a tutti e tre i tipi di "intenzione", sia quella "semantica", sia quella "teleologica" sia quella "sistematica", a volte richiamandole congiuntamente. Quanto al peso rivestito nell'*iter* motivazionale a sostegno delle decisioni, l'argomento in parola non assume mai un rilievo esclusivo o determinante bensì concorrente con altri, *in primis* quello letterale e quello logico-sistematico. In alcuni casi la Corte mitiga il rischio di "pietrificazione" dell'interpretazione costituzionale derivante dall'approccio strettamente "originalista" introducendo elementi di interpretazione evolutiva attraverso il richiamo alle fonti integrative delle disposizioni costituzionali, che ne esaltano i margini di flessibilità ed elasticità, quali i regolamenti parlamentari, le convenzioni costituzionali e le prassi applicative generatesi nel corso dei decenni.

3. *Il ricorso all'"intenzione del legislatore" nell'interpretazione delle fonti normative*

3.1. *Leggi di interpretazione autentica, incidenza sui processi in corso e uso improprio della funzione legislativa*

Per quanto riguarda l'interpretazione delle fonti di rango primario, un primo profilo di interesse concerne l'utilizzo stesso della funzione normativa, laddove il legislatore provveda ad emanare una

[18] Riguardo alla dottrina statunitense dell'*original intent* v. almeno, in una letteratura sterminata, R. BORK, *Neutral principles and some Fist Amendment problems*, in *Ind. Law Journ.*, 47/1971, 1 ss.; W. REHNQUIST, *Political battles for judicial indipendence*, in *Washington Law Review*, 1975, 835 ss.; R. BERGER, *Government by judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendament*, Cambridge, 1977; R. BORK, *Original intent and the Constitution*, in *Humanities*, 1986, 175 ss.; A. SCALIA, *Common-Law Courts in a civil law system: the role of United States Federal Courts in interpretating the Constitution and laws*, in A. SCALIA, *A matter of interpretating. Federal Courts and the law*, Princeton, 1997, 40 ss. Nella dottrina italiana, almeno, A. M. POGGI, *L'"intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"original intent of the framers"*, in *Dir. pubbl.*, 1/1997, 161 ss.; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, Torino, 2000, 314 ss.

legge di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata precettiva di disposizioni preesistenti di dubbio significato e apparentemente provvista di carattere retroattivo[19].

L'adozione di tale tipo di legge comporta sul piano costituzionale una serie di problematiche di non secondario rilievo soprattutto nella misura in cui, attribuendo con efficacia *erga omnes* in via autoritativa un determinato significato ad una norma antecedente, si determina un'impropria sostituzione del potere legislativo a quello giudiziario.

Proprio per questo motivo la Corte costituzionale assoggetta le leggi di interpretazione autentica ad uno *strict scutiny* di ragionevolezza, volto ad accertare la sussistenza di una serie di condizioni idonee a legittimare la loro adozione[20].

Anzitutto, la Corte sottolinea trattarsi di una tecnica normativa di carattere eccezionale, riconoscibile anzitutto mediante l'autoqualificazione come tale della legge di interpretazione autentica, di per sé però non decisiva[21]. Al di là di tale elemento formale, infatti, è necessaria la ricorrenza di una serie di stringenti requisiti di carattere sostanziale. Occorre anzitutto che la disposizione interpretativa sia introdotta allo scopo di risolvere un contrasto giurisprudenziale formatosi sulla disposizione oggetto di interpretazione, elemento anch'esso di per sé non dirimente[22]. A prescindere, infatti, dall'esistenza o meno di un contrasto giurisprudenziale, affinché una disposizione possa qualificarsi di interpretazione autentica occorre che si mantenga entro i confini testuali della disposizione interpretata e sia diretta ad esprimere uno tra i possibili significati estrapolabili dalla stessa, tra le possibili varianti di senso insite nel testo originario. L'obiettivo è insomma quello di chiarire il senso di norme preesistenti ovvero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata, allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo[23]. Ed è proprio tale carattere "dichiarativo" di un significato normativo in qualche misura già insito nella

---

[19] Sul tema v., *ex multis*, C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli atti giuridi*ci, Roma, 1947; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1993; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2002; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2005; R. RUSSO, *Le leggi di interpretazione autentica al vaglio del rasoio di Occam*, Milano, 2017.

[20] Riguardo agli orientamenti della Corte costituzionale v. R. ROMBOLI, *In tema di legittimità delle leggi di interpretazione autentica*, in *Foro it.*, 10/2006, 2972 ss.; G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 4/2012, 1072 ss.

[21] Corte cost., sent. 17 dicembre 2013, n. 314; Corte cost., sent. 10 giugno 2016, n. 132; Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., sent. 6 luglio 2020, n. 133; Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n. 4, riguardo alla quale v. S. CAFIERO, *Ancora in tema di interpretazione autentica e retroattività legislativa, tra passi in avanti e perduranti incertezze*, in *Osservatorio AIC*, 4/2024, 265 ss.; C. cost., sent. 29 ottobre 2024, n. 169.

[22] Corte cost., sent. 6 luglio 2020, n. 133; Corte cost., sent. 10 marzo 2022, n. 61, riguardo alla quale v. A. LAURO, "*In eligendo non fit interpretatio". Da una illegittima interpretazione autentica alla "certezza del diritto in materia elettorale"*, in *Giur. cost.*, 2/2022, 724 ss.; Corte cost., sent. 22 aprile 2022, n. 104.

[23] Corte cost., sent. 22 novembre 2000, n. 525; Corte cost., sent. 23 maggio 2008, n. 170; Corte cost., sent. 11 giugno 2010, n. 209; Corte cost., sent. 21 ottobre 2011, n. 271; Corte cost., sent. 17 dicembre 2013, n. 314; Corte cost., sent. 26 settembre 2014, n. 227; Corte cost., sent. 10 giugno 2016, n. 132; Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 15; Corte cost., sent. 20 luglio 2018, n. 167, riguardo alla quale v. A. FEDELE, V. MASTROIACOVO, *E' interpretativa solo la legge che individua una possibile variante di senso di quella interpretata*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1758 ss.; Corte cost., sent. 20 aprile 2020, n. 70; Corte cost., sent. 6 luglio 2020, n. 133; Corte cost., sent. 22 aprile 2022, n. 104. Come precisa Corte cost., sent. 10 febbraio 2023, n. 18, riguardo alla quale v. D. PIVA, *Il sindacato di ragionevolezza ab intrinseco e ab estrinseco delle leggi di interpretazione autentica*, in *Giur. cost.*, 1/2023, 239 ss., una disposizione «può qualificarsi di interpretazione autentica quando opera la selezione di uno dei plausibili significati di una precedente disposizione, quella interpretata, la quale sia originariamente connotata da un certo tasso di polisemia e, quindi, sia suscettibile di esprimere più significati secondo gli ordinari criteri di interpretazione della legge. In tal senso, la disposizione interpretativa si limita ad estrarre una delle possibili varianti di senso dal testo della disposizione interpretata e la norma, che risulta dalla saldatura tra le due disposizioni, assume tale significato sin dall'origine, dando luogo ad una retroattività che, nella logica del sintagma unitario, è solo apparente».

disposizione interpretata a distinguere le norme di interpretazione autentica da quelle innovative a carattere retroattivo, dirette viceversa ad ascrivere alla disposizione interpretata un significato nuovo e diverso da quelli enucleabili dal testo originario[24].

Appare quindi evidente l'importanza assunta dalla ricostruzione dell'"intenzione del legislatore" ai fini della qualificazione delle leggi di interpretazione autentica e della valutazione della loro legittimità costituzionale.

Anzitutto, lo scrutinio stretto di ragionevolezza deve estendersi fino ad accertare che la legge interpretativa (ma più in generale le leggi con efficacia retroattiva[25]) non vada a ledere altri interessi fondamentali di rango costituzionale, primo tra tutti quello di affidamento del cittadino[26], cui è strettamente connesso quello di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Tale scrutinio deve essere condotto mediante l'applicazione sinergica ed integrata dei principi costituzionali e di quelli convenzionali[27], perché anche la Corte di Strasburgo ritiene giustificata l'introduzione di norme retroattive nella misura in cui abbia come obiettivo quello di correggere l'imperfezione di una norma, un'imperfezione della tecnica legislativa[28].

Si è sviluppato un copioso orientamento giurisprudenziale relativo all'accertamento della legittimità o meno delle leggi ad effetto retroattivo in ragione della loro incidenza su norme destinate a ricevere applicazione in giudizi e processi ancora pendenti e suscettibili quindi di ledere proprio l'affidamento di una delle parti processuali che confidava nella precedente, diversa interpretazione delle stesse fino a quel momento invalsa o prevalente. Sotto quest'ultimo profilo, come ha avuto modo di ribadire la Corte in una recente pronuncia[29], il problema non si pone riguardo a norme dirette a disciplinare rapporti tra privati perché non si può in alcun modo desumere che il legislatore, con l'introduzione della norma interpretativa, abbia inteso favorire una parte a scapito dell'altra[30].

La questione si configura viceversa in termini radicalmente diversi laddove l'intervento legislativo interpretativo incida su una norma destinata a ricevere applicazione in numerosi giudizi ancora pendenti in cui sia parte la p.a. Sotto questo profilo la Corte ritiene che il legislatore non possa intervenire per influenzare sostanzialmente l'esito di determinate controversie alterando la posizione delle parti nei giudizi ancora in corso, in spregio ai principi costituzionali che presiedono ai

[24] Corte cost., sent. 4 aprile 1990, n. 155, riguardo alla quale v. M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1/2018, 1990, 963 ss.; Corte cost., sent. 11 giugno 2010, n. 209; Corte cost., sent. 6 luglio 2020, n. 133; Corte cost., sent. 10 marzo 2022, n. 61; Corte cost., sent. 22 aprile 2022, n. 104; Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n. 4.

[25] Del tutto indifferente al riguardo risulta infatti la distinzione in riferimento agli esiti dello scrutinio di legittimità costituzionale, come sottolineato da Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., sent. 9 maggio 2019, n. 108; Corte cost., sent. 20 aprile 2020, n. 70; Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n. 4.

[26] Come noto, gli orientamenti consolidati della Corte richiedono la verifica della sussistenza di quattro condizioni al fine di verificare l'incidenza delle leggi con efficacia retroattiva sul legittimo affidamento e più precisamente: il grado di consolidamento della situazione soggettiva originaria incisa dall'effetto retroattivo (Corte cost., sent. 20 maggio 2016, n. 108; Corte cost., sent. 1° dicembre 2017, n. 250; Corte cost., sent. 26 aprile 2018, n. 89); la prevedibilità della modifica retroattiva (Corte cost., sent. 27 giugno 2013, n. 160; Corte cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 16; Corte cost., sent. 5 luglio 2022, n. 169); la proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi perseguiti (Corte cost., sent. 9 maggio 2019, n. 108; Corte cost., sent. 5 novembre 2021, n. 210; Corte cost., sent. 5 luglio 2022, n. 169); la considerazione del contesto complessivo delle circostanze di fatto e di diritto, soprattutto laddove l'assetto dei rapporti definito dalle leggi vigenti abbia determinato risultati non conformi al criterio di equità (Corte cost., sent. 23 febbraio 1989, n. 56). Tali condizioni sono state di recente richiamate da Corte cost., sent. 23 aprile 2024, n. 70, riguardo alla quale v. T. SICA, *Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta*, in *Giur. it.*, 1/2025, 35 ss.

[27] Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n. 4; Corte cost., sent. 21 novembre 2024, n. 184.

[28] Corte EDU, 27 agosto 2004, *OGIS-Institut Stanislas e altri c/ Francia*; Corte EDU, 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society ed altri c/ Regno Unito*, ove si specifica la necessità di evitare che possano trarsi indebiti vantaggi dall'*effet d'aubaine* dovuto a tale imperfezione.

[29] Corte cost., sent. 21 novembre 2024, n. 184.

[30] Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 12; Corte cost., sent. 13 giugno 2022, n. 145.

rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo e a quelli di effettività della tutela giurisdizionale e di parità delle parti[31]. In questo caso, al fine di verificare se vi sia stato un uso distorto, improprio, della funzione legislativa, la Corte, similmente a quanto avviene nel sindacato sull'eccesso di potere, si avvale di una serie di indici sintomatici volti a rivelare la reale intenzione del legislatore, che assume pertanto al riguardo un rilievo preponderante[32]. Occorre prestare attenzione, anzitutto, alle modalità e alla tempistica dell'intervento legislativo, qualora ad esempio sia avvenuto ad enorme distanza di tempo dall'entrata in vigore delle disposizioni oggetto di interpretazione autentica; del pari significativa risulta l'erronea autoqualificazione della norma come norma di interpretazione autentica. Questi ed altri elementi, considerati singolarmente o nel loro complesso, lasciano trasparire la reale ed esclusiva finalità dell'intervento legislativo, quella di condizionare l'esito di giudizi pendenti di cui sia parte la p.a., senza che ciò possa trovare una ragionevole giustificazione nella necessità di tutelare altri beni o interessi di rango costituzionale, tra i quali non possono peraltro rilevare motivi finanziari, volti a contenere la spesa pubblica o a reperire risorse per fare fronte ad esigenze di carattere eccezionale[33]. Sul punto, il giudice convenzionale ritiene che soltanto «imperative ragioni di interesse generale», da interpretarsi con estremo rigore, possano giustificare interventi legislativi retroattivi diretti ad incidere sui giudizi in corso[34]. Significativamente, una recente pronuncia[35] ha sottolineato come la finalità distorta dell'intervento legislativo possa essere desunta anche e soprattutto, in prima battuta, proprio dai lavori preparatori della legge.

Sul piano dell'applicazione pratica, la casistica desumibile dalla giurisprudenza della Corte risulta nutrita. Per limitarci ad alcuni casi recenti, di estremo interesse risulta la declaratoria di illegittimità costituzionale[36] di una legge (autoqualificatasi) di interpretazione autentica, con la quale si intendeva sostanzialmente sanare con efficacia retroattiva una delibera del CIPE di fissazione del prezzo dei farmaci, annullata in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato siccome ritenuta fondata su parametri di riferimento non pertinenti. In questo caso, la Corte ha ritenuto evidente l'intento del legislatore di eludere il giudicato amministrativo e di condizionare l'esito, in assenza di motivi di interesse generale, dei numerosi giudizi risarcitori promossi dalle aziende farmaceutiche di cui era parte l'amministrazione sanitaria, intento desumibile sia dalla tempistica dell'intervento legislativo (ad oltre quattro anni di distanza dall'entrata in vigore delle norme oggetto di interpretazione) sia dalle sue modalità (introduzione, *pro futuro* e a regime, di una disciplina di determinazione del prezzo dei medicinali identica a quella indicata dal giudice amministrativo). La pronuncia in parola attribuisce rilievo determinante ai lavori preparatori, dai quali si evincerebbe che il legislatore sarebbe stato mosso dall'esclusivo intento di superare le ragioni di illegittimità accolte dal giudice amministrativo e di "sterilizzare" conseguentemente gli effetti della relativa pronuncia. La Corte ritiene addirittura che si trattasse di un intento espressamente dichiarato, siccome chiaramente indicato nel dossier del Servizio studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Quindi, per riassumere, in questo caso la Corte ricorre all'"intenzione del legislatore" in senso

[31] Corte cost., sent. 4 luglio 2014, n. 191; Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 12; Corte cost., sent. 23 marzo 2021, n. 46; Corte cost., sent. 28 ottobre 2021, n. 201; Corte cost., sent. 6 maggio 2024, n. 77.

[32] Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 12; Corte cost., sent. 12 luglio 2019, n. 174; Corte cost., sent. 13 giugno 2022, n. 145; Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n. 4.

[33] Corte cost., sent. 4 luglio 2013, n. 170; Corte cost., sent. 9 maggio 2019, n. 108; Corte cost., sent. 12 luglio 2019, n. 174; Corte cost., sent. 13 giugno 2022, n. 145. Corte EDU, 29 marzo 2006, *Scordino e altri c. Italia*, § 132; Corte EDU, 11 luglio 2006, *Cabourdin c. Francia*, § 37); Corte EDU, 9 aprile 2007, *Arnolin c. Francia*; Corte EDU, 16 aprile 2007, *Chiesi S.A. c. Francia*; Corte EDU, 21 settembre 2007, *Scanner de l'Ouest Lyonnais c. Francia;* Corte EDU, 25 febbraio 2010, *Lilly France c. Francia*; Corte EDU, 28 novembre 2011, *Agrati c. Italia*.

[34] Corte EDU, 14 febbraio 2012, *Arras c/ Italia*, § 48.

[35] Corte cost., sent. 6 maggio 2024, n. 77. V. anche Corte cost., sent. 13 giugno 2022, n. 145; Corte cost., sent. 11 gennaio 2024, n.4.

[36] Corte cost., sent. 6 maggio 2024, n. 77.

"teleologico", ricostruendola sulla scorta dei lavori preparatori, e la utilizza come argomento concorrente, seppur in qualche modo prevalente rispetto agli altri, al fine di pervenire alla decisione.

Conclusivamente sul punto si osserva come l'"intenzione del legislatore" venga utilizzata, riguardo alle leggi di interpretazione autentica, quale argomento interpretativo diretto a sostenere la ragionevolezza o meno della scelta legislativa. In tal caso, come ha avuto modo di chiarire la Corte in più occasioni[37], il sindacato di legittimità costituzionale implica un grado di ragionevolezza particolarmente elevato, che non si traduce e sostanzia soltanto nella mancanza di arbitrarietà bensì nella sussistenza di adeguate e ragionevoli motivazioni a sostegno dell'intervento legislativo, tanto più stringenti quanto più l'effetto "retroattivo" incide sui rapporti preteriti e sul legittimo affidamento dei soggetti interessati.

3.2. *Le leggi-provvedimento e la "ragion sufficiente" posta a fondamento del loro intervento*

Le leggi-provvedimento sono fonti normative primarie connotate, seppur nella varietà di possibili configurazioni che ne impedisce la riconducibilità ad un *genus* unitario[38], da un contenuto di carattere provvedimentale, puntuale e concreto, e assimilabili più ai provvedimenti amministrativi che alle leggi, attraendo alla sfera legislativa ciò che è solitamente rimesso all'autorità amministrativa[39].

La Corte costituzionale ritiene astrattamente legittimo il ricorso alle leggi-provvedimento rilevando l'insussistenza di disposizioni costituzionali dirette a determinare una riserva di provvedimento, *rectius* di adozione di atti puntuali e concreti, in capo agli organi amministrativi o esecutivi[40]. In ragione dei molteplici profili di dubbia compatibilità costituzionale sussistenti al riguardo[41] e del carattere di eccezionalità che le contraddistingue[42], la Corte assoggetta però in concreto le leggi-provvedimento ad uno *strict scrutiny* di costituzionalità (tanto più stretto quanto più marcata è la natura provvedimentale della disposizione)[43], che attiene alla non arbitrarietà e

[37] Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 69; Corte cost., sent. 10 giugno 2016, n. 132; Corte cost., sent. 13 luglio 2016, n. 173; Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., sent. 9 maggio 2019, n. 108, riguardo alla quale v. S. MABELLINI, *La retroattività "riparatrice", ovvero...si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU in tema di legislazione retroattiva?*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1937 ss.

[38] V. sul punto G. ARCONZO, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 84. Ad avviso di A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, II ed., Bologna, 155 ss., sono possibili tre tipologie di leggi-provvedimento, che si diversificano in base al loro contenuto e in particolare in base alla diversa combinazione degli elementi dialettici astrattezza/concretezza, da un lato, e generalità/particolarità, dall'altro: «norma generale e concreta», «norma particolare e astratta», «norma particolare e concreta».

[39] Si tratta, più precisamente, di leggi che incidono su un numero limitato di destinatari o addirittura su una singola posizione giuridica (sul punto, *ex pluribus*, Corte cost., sent. 10 ottobre 2014, n. 231, riguardo alla quale v. G. FONTANA, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3786 ss.; Corte cost., sent. 9 febbraio 2018, n. 24; Corte cost., sent. 16 luglio 2019, n. 181). Come ha avuto modo di chiarire più di recente Corte cost., sent. 25 luglio 2022, n. 186, «si tratta di una "norma singolare" - "del caso singolo o a fattispecie esclusiva" - e dal carattere, propriamente, personale, che rinuncia alla sua naturale attitudine alla generalità». Riguardo a tale pronuncia v. G. U. RESCIGNO, *Quattro distinte ragioni (una fondamentale) per dichiarare incostituzionale con la sentenza n. 186 del 2022 una legge-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 4/2022, 2058 ss.; A. G. ARABIA, *La Corte ritorna sul tema della motivazione della legge, ovvero sulla necessità «che siano intellegibili all'esterno le ragioni» alla base di una disposizione-provvedimento*, ivi, 2079 ss.

[40] *Ex pluribus*, al riguardo, Corte cost., sent. 19 maggio 2017, n. 114.

[41] Rilevati *ab initio* da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, 156 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1986, 180 ss.

[42] Sottolineato sin da Corte cost., sent. 25 maggio 1957, n. 60.

[43] Corte cost., sent. 13 luglio 2007, n. 267, riguardo alla quale v. S. SPUNTARELLI, *Leggi provvedimento, funzione giurisdizionale e cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Giur. cost.*, 4/2007, 2619 ss., e G. ARCONZO, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento (in margine alla sent. 267 del 2007)*, ivi, 2629 ss.; Corte

ragionevolezza della scelta legislativa e si sostanzia in un test scomposto in tre passaggi. Prima ancora del consueto giudizio di congruità, *sub specie* di conformità del mezzo approntato rispetto allo scopo perseguito, e di proporzionalità, *sub specie* di ragionevole proporzione tra strumento prescelto e obiettivo da conseguire anche in vista del minor sacrificio possibile di altri principi o valori costituzionali, la Corte valuta il proposito del legislatore, quella che definisce la "ragione sufficiente"[44], idonea a giustificare la scelta di ricorrere a una legge-provvedimento. In questo caso, pertanto, la ricerca dell'"intenzione del legislatore" risulta strumentale allo scrutinio di ragionevolezza. Si tratta di un'intenzione di tipo chiaramente "teleologico" siccome riferita allo scopo che il legislatore intendeva perseguire con l'emanazione della legge-provvedimento. In assenza di un obbligo di motivazione della legge, si va alla ricerca della causa ultima, della giustificazione della norma[45], quale strumento di ausilio dell'interprete, desumibile dai lavori preparatori o da altri criteri e indicatori idonei a rendere intellegibili le regioni dell'intervento normativo di carattere provvedimentale, gli interessi oggetto di tutela e la *ratio* ispiratrice[46]. Il richiamo ai lavori preparatori è funzionale alla ricerca dell'"intenzione del legislatore" "storico", mentre il richiamo ad altri criteri o indicatori schiude le porte ad un'intenzione anche di tipo "sistematico", ascrivibile al legislatore "attuale" o addirittura a quello "razionale".

Sul piano dell'applicazione pratica, un caso di estremo interesse è quello relativo al c.d. "decreto Morandi", deciso dalla Corte nel 2020[47]. Rilevano le argomentazioni addotte dalla Corte a sostegno della declaratoria di infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi delle disposizioni con cui il decreto-legge impugnato escludeva la società concessionaria della gestione del tratto autostradale interessato (Autostrade per l'Italia) e le società collegate dalle attività di demolizione, ricostruzione e ripristino del viadotto Polcevera. Si trattava di diposizioni normative di carattere chiaramente provvedimentale, per cui la Corte in prima battuta ribadisce il proprio consolidato orientamento in ordine alla necessità di uno scrutinio stretto di costituzionalità e ai contenuti e limiti del sindacato, per poi ricorrere ad un utilizzo del tutto peculiare dell'argomento dell'"intenzione del legislatore". Nella ricerca dei criteri ispiratori della scelta legislativa provvedimentale, infatti, precisa che non è sufficiente limitare il sindacato al percorso motivazionale esplicito, andando a verificare la validità e congruità della motivazione, quale si evince dal corredo lessicale diretto a giustificare la scelta. Occorre piuttosto andare a ricercare la «motivazione obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai motivi, storicamente contingenti, e, eventualmente, ulteriore rispetto alla formula verbale con cui il legislatore storico cerca di esprimerla». Conseguentemente, «il sindacato di costituzionalità sulla norma provvedimentale diviene davvero effettivo solo se attinge alla razionalità oggettiva della disposizione censurata, per come essa vive nell'ordinamento e per gli effetti che vi produce». Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto tutt'altro che irragionevole, incongrua e sproporzionata la scelta legislativa di rivolgersi al mercato per affidare la ricostruzione a terzi anziché alla società concessionaria, tenuta a procedere ai sensi del contratto di concessione. Si tratta infatti di una scelta

cost., sent. 2 luglio 2008, n. 241, riguardo alla quale v. G. U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la Corte cambi opinione*, in *Giur. cost.*, 4/2008, 2877 ss.; Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 137, riguardo alla quale v. S. SPUNTARELLI, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*, in *Giur. cost.*, 3/2009, 1478 ss.; Corte cost., sent. 20 novembre 2013, n. 275; Corte cost., sent. 25 luglio 2022, n. 186.

[44] Da ultimo, sul punto, Corte cost., sent. 25 luglio 2022, n. 186.

[45] Come si preoccupa di precisare Corte cost., sent. 27 luglio 2020, n. 168, riguardo alla quale v. F. ASTONE, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giur. cost.*, 4/2020, 1909 ss.; L. LIPPOLIS, *La nuova giurisprudenza costituzionale sulle leggi-provvedimento: verso un effettivo "scrutinio stretto" di costituzionalità*, in *Dir. soc.*, 2020, 837 ss.

[46] In tale ultimo senso v. Corte cost., sent. 22 luglio 2010, n. 270; Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., sent. 20 novembre 2013, n. 275; Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 182; Corte cost., sent. 29 marzo 2021, n. 49.

[47] Si allude a Corte cost., sent. 27 luglio 2020, n. 168.

motivata dalla eccezionale situazione di gravità derivata dal crollo del ponte che non si traduce in una sanzione a carico della società concessionaria prima dell'accertamento delle sue eventuali responsabilità, bensì in una soluzione cautelare frutto di un'equilibrata sintesi tra interessi diversi, nella quale assume rilievo decisivo il *deficit* di fiducia nei riguardi della società stessa quale incaricata della custodia del bene perito. Si ritiene insomma, in conclusione, che alla base della scelta legislativa vi sia un'idonea ragione giustificatrice, consistente non «nell'accertare la responsabilità per trarne effetti sanzionatori ma nel regolare l'affidamento dei lavori di ricostruzione del ponte». A prescindere dalla risoluzione del caso concreto, assume rilievo il fatto che la Corte non vada alla ricerca dell'intenzione "teleologica" (*original intent*) o "semantica" (*original meaning*) del legislatore "storico", ma cerchi di obiettivizzare l'intenzione calandola nel contesto ordinamentale complessivo. In tal modo, il criterio ermeneutico dell'"intenzione del legislatore" si confonde con quello sistematico o comunque risulta strumentale allo stesso.

3.3. *Il raffronto di coerenza "teleologica" tra decreto legislativo e legge delega*

Un'altra applicazione peculiare del criterio interpretativo di cui si discute riguarda i decreti legislativi[48], con particolare riferimento al loro rapporto con la legge delega.

Tra i contenuti necessari della legge delega vi sono i principi e criteri direttivi, che hanno lo scopo di delimitare il potere discrezionale del Governo nel darvi attuazione[49]. Alla luce dei consolidati orientamenti della Corte[50], il decreto legislativo deve costituire e rappresentare un coerente sviluppo, un completamento della legge delega, nella logica di una fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi[51]. Riguardo al margine di sviluppo e completamento rimesso al

[48] Riguardo ai quali, *ex multis*, v., E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, 1956; L. PALADIN, voce *Decreto legislativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 263 ss.; A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, 1972; ID., voce *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 939 ss.; A. CELOTTO, E. FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 697 ss.; P. CARETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Milano, 2003; N. MACCABIANI, *La legge delegata: vincoli costituzionali e discrezionalità*, Milano, 2005; F. POLITI, voce *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, *Post. Agg.*, vol. XI, Roma, 2006, 1 ss.; E. ROSSI (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa: contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padova, 2011.

[49] Circa i maggiori o minori margini di discrezionalità del Governo, in base al maggiore o minore grado di specificità e precisione dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega v., di recente, Corte cost., sent. 27 luglio 2023, n. 166, riguardo alla quale v. G. U. RESCIGNO, *Questioni curiose in tema di legge di delegazione e relativo decreto legislativo alla luce della sentenza n. 166/2023*, in *Giur. cost.*, 4/2023, 1705 ss.

[50] Corte cost., sent. 23 maggio 1985, n. 158; Corte cost., sent. 24 luglio 1995, n. 362; Corte cost., sent. 31 maggio 2000, n. 163; Corte cost., sent. 19 dicembre 2006, n. 426; Corte cost., sent. 11 aprile 2008, n. 98; Corte cost., sent. 19 dicembre 2008, n. 426; Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 10, riguardo alla quale v. G. TARLI BARBIERI, *Storia di una delega "inutile"? Lo "strano caso" deciso dalla sent. 10/2018 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2018, 150 ss.; Corte cost., sent. 14 novembre 2018, n. 198; Corte cost., sent. 20 maggio 2020, n. 96; Corte cost., sent. 26 maggio 2020, n. 142; Corte cost., sent. 25 giugno 2021, n. 133; Corte cost., sent. 16 giugno 2022, n. 150; Corte cost., sent. 4 giugno 2024, n. 98, riguardo alla quale v. G. GOTTI, *I confini del potere legislativo delegato. Recenti linee di tendenza*, in Osservatorio sulle Fonti, 2/2025, 141 ss.

[51] «Il legislatore delegato … è chiamato a sviluppare, e non solo ad eseguire, le previsioni della legge di delega, potendo così ben svolgere un'attività di riempimento normativo, che è pur sempre esercizio delegato di una funzione legislativa». Così Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 104, riguardo alla quale v. G. SERGES, *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, in *Giur. cost.*, 3/2017, 1082 ss., e G. TARLI BARBIERI, *L'"erompere" dell'attività normativa del Governo alla luce della sent. n. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, ivi, 1091 ss.; Corte cost., sent. 14 novembre 2018, n. 198; Corte cost., sent. 9 aprile 2019, n. 79; Corte cost., sent. 3 giugno 2024, n. 96.

legislatore delegato, la Corte ha precisato che quest'ultimo non deve limitarsi ad una mera «scansione linguistica» delle disposizioni contenute nella legge delega[52].

Per quanto concerne il sindacato di legittimità costituzionale sulla conformità tra le due fonti, la Corte ha precisato che implica lo svolgimento di due processi ermeneutici paralleli relativi rispettivamente alla legge delega e alle disposizioni del decreto legislativo, da interpretare nel significato compatibile con la prima[53].

Al fine di verificare la coerenza tra le due fonti, occorre pertanto primariamente procedere alla precisa individuazione dei principi e criteri direttivi, che può avvenire anche *per relationem*, vale a dire mediante il rinvio ad altri atti normativi o ad altre disposizioni della legge delega, purché di contenuto sufficientemente specifico[54]. In secondo luogo, occorre compiere l'operazione di raffronto tra tali principi e criteri direttivi e le disposizioni del decreto legislativo, al fine di verificare l'eventuale sussistenza del vizio di eccesso di delega, definito dalla Corte una «figura comprensiva»[55] di tutte le possibili difformità tra i due atti.

La Corte individua diversi canoni ermeneutici utilizzabili ai fini del riscontro di compatibilità, tra i quali trova spazio anche l'"intenzione del legislatore", e ne stabilisce anche una precisa sequenza applicativa. In particolare, precisa che non si deve ricorrere al solo criterio letterale, perché il riscontro non può e non deve avvenire in base ad un «raffronto testuale», bensì sotto un profilo «squisitamente teleologico»[56]. Occorre pertanto procedere ad un sindacato di tipo finalistico-teleologico, condotto alla stregua del principio di ragionevolezza, al fine di verificare che il potere delegato sia stato esercitato «in modo conforme alle finalità che l'hanno determinato e non divergente da tali finalità»[57], che vi sia insomma una identità di *ratio* tra legge delega e decreto legislativo[58]. La delega, insomma, come ha ribadito ancora di recente la Corte[59], deve essere interpretata in chiave sistematica e teleologica.

---

[52] Così Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 10; Corte cost., sent. 22 novembre 2018, n. 212; Corte cost., sent. 20 maggio 2020, n. 96; Corte cost., sent. 26 maggio 2020, n. 142; Corte cost., sent. 25 giugno 2021, n. 133; Corte. cost., sent. 28 dicembre 2021, n. 260; Corte cost., sent. 16 giugno 2022, n. 150; Corte cost., sent. 22 febbraio 2024, n. 22; Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 149.

[53] Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 250; Corte cost., sent. 13 aprile 2017, n. 84; Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 10; Corte cost., sent. 14 novembre 2018, n. 198; Corte cost., sent. 10 luglio 2019, n. 170, riguardo alla quale v. F. LUCIANÒ, *Le "coordinate ermeneutiche" delineate dalla Corte costituzionale sulla delega legislativa: note a margine delle sentenze nn. 79 e 170 del 2019*, in *federalismi.it*, 22/2019, 1 ss.; Corte cost., sent. 20 maggio 2020, n. 96; Corte cost., sent. 26 maggio 2020, n. 142; Corte cost., sent. 25 giugno 2021, n. 133; Corte cost., sent. 16 giugno 2022, n. 150; Corte cost., sent. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost., sent. 22 febbraio 2024, n. 22; Corte cost., sent. 10 maggio 2024, n. 84; Corte cost., sent. 4 giugno 2024, n. 98; Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 149.

[54] Corte. cost., sent. 13 maggio 1987, n. 156; Corte cost., sent. 24 gennaio 1989, n. 87; Corte cost., sent. 1° luglio 1993, n. 299.

[55] Secondo la nota espressione adoperata da Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 3, riguardo alla quale v. C. MORTATI, *In tema di competenza e di limiti del sindacato sugli eccessi di delega legislativa*, in *Giur. cost.*, 2/1957, 11 ss.

[56] Questa formula viene ripetuta costantemente a partire da Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 77.

[57] Corte cost., sent. 23 febbraio 1970, n. 28; Corte cost., sent. 24 gennaio 1989, n. 87; Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 77; Corte cost., sent. 6 aprile 1993, n. 141; Corte cost., sent. 7 luglio 1995, n. 305; Corte cost., sent. 11 aprile 2008, n. 98; Corte cost., sent. 6 dicembre 2012, n. 272.

[58] Corte cost., sent. 10 gennaio 1989, n. 40, riguardo alla quale v. G. BIANCO, *Margini alla discrezionalità del legislatore delegato o discrezionalità senza margini del giudice delle leggi*?, in *Giur, it.*, 1/1990, 523 ss.

[59] Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 149. In precedenza, in tal senso, Corte cost., sent. 4 ottobre 2018, n. 182, riguardo alla quale v. P. CARNEVALE, *Salvar l'insalvabile. La Corte costituzionale, la delega salva-leggi e l'incostituzionalità per accertamento del diritto vigente. Lo strano caso della sentenza n. 182 del 2018*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2019, 12 ss.

Attraverso plurime pronunce[60], alcune delle quali di recente emanazione[61], si è pervenuti a delineare un vero e proprio test di controllo che si compone di diversi passaggi. E così, in prima battuta, nell'interpretazione dei criteri direttivi della legge delega occorre prendere le mosse dal dato letterale, dalla lettera del testo normativo, cui si affianca l'interpretazione sistematica sulla base della *ratio legis*, emergente dal contesto complessivo della legge di delega e dalle finalità che persegue. Il controllo sul superamento dei limiti della delega deve quindi partire dal dato letterale per poi passare ad un'indagine teleologica-sistematica diretta a verificare che l'attività del legislatore delegato non abbia ecceduto i margini di discrezionalità consentiti, mantenendosi viceversa nell'alveo delle scelte di fondo desumibili dalla *ratio* della delega e coerente con la stessa[62]. Occorre pertanto tenere conto del complessivo contesto normativo entro il quale si inseriscono i principi e criteri direttivi della delega e le finalità che li ispirano, «ciò che non solo rappresenta la base e il limite delle norme delegate, ma offre anche criteri di interpretazione della loro portata»[63]. La Corte conclude quindi in modo icastico che «tra elemento letterale e quello funzionale-teleologico esiste un rapporto inversamente proporzionale: meno preciso e univoco è il primo, più rilevante risulta il secondo»[64].

In conclusione, quindi, per individuare la reale portata dei principi contenuti nella legge delega e la *ratio* da cui traggono ispirazione è necessario in ultima analisi risalire all'intenzione "teleologica" del legislatore delegante. Tra gli elementi all'uopo utilizzabili trova ampio spazio il riferimento ai lavori preparatori che, precisa la Corte, sono utilizzabili come dati ermeneutici orientativi per ricostruire il dibattito precedente all'approvazione della legge delega e per contribuire alla sua esegesi[65], pur non potendo prevalere sul suo tenore testuale emergente dal dato letterale e logico o esprimerne un'interpretazione autentica[66].

Sul piano applicativo, un caso esemplificativo di notevole rilievo è costituito dalla questione decisa dalla Corte con la sentenza n. 7 del 2024, laddove ha ritenuto incensurabile siccome conforme ai principi della legge delega la scelta del legislatore delegato di sopprimere la tutela reintegratoria e di mantenere soltanto quella indennitaria in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori. La questione ruotava attorno alla corretta interpretazione dell'espressione "licenziamenti economici", riguardo ai quali soltanto la legge delega aveva previsto il mantenimento della sola tutela indennitaria. Al riguardo la *ratio* della delega, l'intenzione "teleologica" del legislatore delegante viene ricostruita ricorrendo ai diversi criteri ermeneutici

[60] Tra le altre, Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 230, riguardo alla quale v. P. CARNEVALE, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230 del 2010*, in *Giur. cost.*, 4/2010, 3611 ss.; Corte cost., sent. 5 giugno 2013, n. 119; Corte cost., sent. 9 luglio 2013, n. 184; Corte cost., sent. 4 giugno 2014, n. 153; Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 146; Corte cost., sent. 23 marzo 2016, n. 59; Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 250; Corte cost., sent. 26 luglio 2021, n. 174; Corte cost., sent. 2 dicembre 2021, n. 231; Corte cost., sent. 22 aprile 2022, n. 105, riguardo alla quale v. A. ALBERTI, *Deleghe al riassetto e natura dei principi/criteri direttivi. Riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 105 del 2022*, in *Nomos*, 2/2022, 1 ss.; Corte cost., sent. 14 luglio 2022, n. 175.

[61] Corte cost., sent. 10 maggio 2024, n. 84; Corte cost., sent. 3 giugno 2024, n. 96; Corte cost., sent. 16 luglio 2024, n. 129; Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 149.

[62] Corte cost., sent. 26 maggio 2020, n.142.

[63] Formula ripetuta in modo tralaticio in Corte cost., sent. 4 giugno 2014, n. 153; Corte Cost., sent. 24 settembre 2015, n. 194; Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 250; Corte cost., sent. 13 aprile 2017, n. 84; Corte cost., sent. 30 gennaio 2018, n. 10; Corte cost., sent. 25 giugno 2021, n. 133; Corte cost., sent. 26 luglio 2021, n. 174; Corte cost., sent. 2 dicembre 2021, n. 231; Corte cost., sent. 22 aprile 2022, n. 105; Corte cost., sent. 14 luglio 2022, n. 175; Corte cost., sent. 27 luglio 2023, n. 166; Corte. cost., sent. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost., sent. 22 febbraio 2024, n. 22.

[64] In tal senso, da ultimo, Corte cost., sent. 22 febbraio 2024, n. 22.

[65] Corte cost., sent. 10 luglio 2019, n. 170. Un riferimento ai lavori preparatori vi è anche in Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 104; Corte cost., sent. 14 novembre 2018, n. 198, riguardo alla relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo; Corte cost., sent. 26 luglio 2021, n. 174.

[66] Corte cost., sent. 13 marzo 2014, n. 47; Corte cost., sent. 25 novembre 2016, n. 250; Corte cost., sent. 26 maggio 2017, n. 127; Corte cost., sent. 24 ottobre 2019, n. 223; Corte cost., sent. 20 maggio 2020, n. 96.

nell'ordine indicato nelle pronunce passate in rassegna. E così, sulla scorta dei lavori preparatori, in particolare dalle indicazioni dei relatori nelle due Camere e dai pareri sullo schema di decreto delle rispettive Commissioni parevano emergere indicazioni discordanti al riguardo. Passando al piano letterale, la Corte rileva trattarsi di un'espressione di grande ampiezza semantica, adoperabile in senso onnicomprensivo e quindi idonea ad includere sia i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, sia i licenziamenti collettivi con riduzione di personale per ragioni di impresa. A risultare decisivo è pertanto l'argomento logico-sistematico, in base al quale si perviene ad affermare la conformità delle disposizioni impugnate con la finalità della legge delega, che è quella di incentivare le nuove assunzioni e superare il precariato. Si tratta di un coerente sviluppo e completamento della disciplina dei licenziamenti economici individuali e collettivi, mentre sarebbe risultata asimmetrica una disciplina differenziata diretta a conservare la tutela reintegratoria per i licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta e a sostituirla con quella meramente indennitaria per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. Quest'ultima sarebbe stata una scelta in contrasto con la logica delle riforme intervenute al riguardo, che è quella di riservare la tutela reintegratoria soltanto ai licenziamenti illegittimi e soltanto per i casi di violazioni più gravi e più facilmente riconoscibili. L'argomento dell'intenzione "teleologica" del legislatore, in questo caso, ricostruito anche con l'ausilio dei lavori preparatori, assume un peso se non determinante certamente rilevante ai fini della decisione, in concorso con quello logico-sistematico.

3.4. *L'omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*

Considerazioni in parte analoghe a quelle appena svolte possono valere anche riguardo ai decreti-legge e alle relative leggi di conversione[67].

Come ben noto, vi è un rapporto di corrispondenza biunivoca tra i presupposti costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza giustificativi dell'adozione del decreto-legge[68] e il contenuto normativo di quest'ultimo atto e della relativa legge di conversione. Ciò implica in prima battuta che tutte le disposizioni del decreto-legge devono avere un contenuto corrispondente al titolo e quindi strettamente connesso alla situazione straordinaria che sono dirette a fronteggiare; in seconda battuta, che anche il contenuto prescrittivo delle disposizioni della legge di conversione, inclusi gli emendamenti eventualmente introdotti, deve essere caratterizzato dalla medesima omogeneità tanto rispetto al titolo del decreto-legge e ai presupposti di adozione esplicitati nel preambolo, quanto ai suoi contenuti precettivi.

---

[67] Riguardo ai quali, in una letteratura sterminata, v. almeno L. PALADIN, voce *Decreto-legge*, in *Nov. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, 286 ss.; C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 831 ss.; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreto-legge*, Milano, 1970; G. CIAURRO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Milano, 1989; A. CELOTTO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, Post. Agg., vol. XI, Roma, 2001; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge: la decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003; A. CELOTTO, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009.

[68] Da ultimo Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 146, ha sottolineato al riguardo «l'esigenza di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità, che rappresenta la necessaria legittimazione del decreto-legge nel sistema costituzionale delle fonti» e ricordato che «il Governo, ai sensi dell'art. 77 Cost., adotta il decreto-legge sotto la sua responsabilità, in forza di un'autonoma scelta politica. Non si possono predeterminare, pertanto, i casi straordinari di necessità e di urgenza che legittimano il ricorso a tale strumento. La stessa locuzione adoperata dall'art. 77 Cost. presenta un largo margine di elasticità, idoneo a ricomprendere una pluralità di situazioni, che non possono essere imbrigliate entro schemi rigidi». Riguardo a tale pronuncia v., almeno, A. CELOTTO, *La Camicia di Nesso, Mortati e l'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 4/2024, 1533 ss.; M. CECILI, *La mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza del decreto-legge nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, Studi 2024/III, 1195 ss.

Tale limite assolve il precipuo scopo di porre rimedio al fenomeno dei c.d. "decreti *omnibus*", all'interno dei quali venivano inserite una molteplicità di disposizioni definite "intruse", "estranee", "*extravagantes*". Disposizioni, cioè, che non presentano alcun legame con la situazione di straordinaria necessità ed urgenza posta a fondamento del decreto-legge siccome connotate da un contenuto normativo del tutto disomogeneo ed incoerente rispetto a quello delle altre in assenza di qualsivoglia specifica ragione giustificativa[69]. Tale fenomeno integra evidentemente una delle principali manifestazioni di abuso della decretazione d'urgenza[70] perché, in assenza di un qualsivoglia plausibile legame con la situazione straordinaria che costituisce la *ratio* giustificatrice del decreto-legge, l'inserimento al suo interno di disposizioni di tal fatta è unicamente motivato dalla volontà governativa e/o parlamentare di consentirne (evidentemente per ragioni strettamente politiche) una rapida approvazione.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale riferita alle caratteristiche dell'omogeneità e del relativo sindacato di legittimità offre interessanti spunti in ordine all'applicazione del canone interpretativo dell'"intenzione del legislatore".

Il requisito dell'omogeneità viene infatti utilizzato dalla Corte come uno degli «indici intrinseci o estrinseci» idonei a rivelare la sussistenza o, viceversa, in sua assenza, l'«evidente mancanza» dei presupposti di necessità urgenza o «la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione» che, alla luce dell'*overruling* del 1995[71], determina non soltanto l'illegittimità originaria del decreto-legge ma, a cascata, per *vitio in procedendo*, anche quella della legge di conversione, in precedenza ritenuta viceversa provvista di efficacia sanante rispetto a questo tipo di vizio.

Gli orientamenti della Corte si sono sviluppati con particolare riguardo alla legge di conversione, in relazione all'utilizzo improprio del potere di emendamento dei decreti-legge. Sin dalla prima pronuncia intervenuta sul punto[72] la Corte ha affermato che le Camere, in sede di conversione, non possono alterare l'omogeneità di fondo del decreto-legge con emendamenti «del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario» in quanto l'oggetto della legge di conversione deve coincidere con quello del decreto-legge. Alla sentenza "capostipite" sono seguite numerose altre declaratorie di illegittimità da parte della Corte[73], che non sono riuscite però a porre un freno

[69] Corte cost., sent. 15 dicembre 2010, n. 355, riguardo alla quale v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovverosia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, 1 ss.

[70] Sul punto v. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Dir. soc.*, 1978, 241 ss. e, più di recente, A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997.

[71] Corte Cost., sent. 27 gennaio 1995, n. 29, riguardo alla quale v. C. NASI, *La Corte costituzionale fra vizi della legge di conversione e vizi della legge di sanatoria ex art. 77, u. c., Cost.*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 3682 ss. V. anche Corte cost., sent. 23 maggio 2007, n. 171, riguardo alla quale v. almeno, tra gli innumerevoli commenti, R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 7-8/2007, 1986 ss.; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Foro it.*, 10/2007, 2664 ss.; F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, 3/2007, 1676 ss.

[72] Corte cost., sent. 16 febbraio 2012, n. 22, relativa ad un emendamento al decreto "milleproroghe", riguardo alla quale v. R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti-legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 279 ss.; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti-legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, ivi, 292 ss.; S.M. CICCONETTI, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione?*, in questa *Rivista*, Studi 2012, 1 ss.; A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, *ibidem*; G. SERGES, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, *ibidem*; D. CHINNI, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, *ibidem*.

[73] Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge con la quale, in sede di conversione di un decreto-legge sulle Olimpiadi invernali di Torino, si inserivano emendamenti volti a modificare la disciplina in materia di stupefacenti e quindi di contenuto palesemente disomogeneo, riguardo alla quale v. D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., A. CELOTTO, *Uso e abuso della*

all'abuso in parola, oggetto ormai di ripetuti richiami al Governo e al Parlamento da parte del Presidente della Repubblica[74].

Nell'ambito degli orientamenti maturati al riguardo è possibile scorgere alcune invarianti di fondo. Anzitutto, poiché il sindacato di legittimità ha ad oggetto la legge di conversione, il raffronto di omogeneità si svolge tra quest'ultima e il decreto-legge convertito e in relazione a una molteplicità di elementi dello stesso quali il titolo, il preambolo (ove risultano indicate le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza che ne hanno giustificato l'emanazione), il contenuto e la *ratio*.

In secondo luogo, e conseguentemente, l'omogeneità assume una duplice configurazione. Materiale-oggettiva-contenutistica, da un lato. Finalistica-oggettiva-teleologica, dall'altro. Nell'un caso, la coerenza intrinseca delle disposizioni deriva dall'unitarietà delle fattispecie materiali straordinarie disciplinate; nell'altro, viceversa, dal comune intento che le ispira, vale a dire quello di fronteggiare una situazione d'urgenza anche con interventi eterogenei ma univocamente diretti verso il medesimo obiettivo. Il decreto-legge e la legge di conversione, quindi, pur in assenza di un'omogeneità oggettiva, risulterebbero legittimi in presenza di un'omogeneità teleologica[75]. Proprio riguardo a questo specifico profilo, relativo all'identificazione della *ratio* giustificatrice dell'intervento normativo d'urgenza, assume rilievo l'argomento interpretativo di cui si discute, nella sua accezione "comunicativa-semantica" ma soprattutto in quella "teleologica".

In terzo ed ultimo luogo, la Corte ricorre ad una serie di indici interni ed esterni volti a costituire, nel loro complesso, solidi punti di riferimento per evitare che il sindacato di legittimità sulla sussistenza o meno dei presupposti costituzionali vada a sovrapporsi alla valutazione politica del Governo in sede di adozione del decreto-legge e del Parlamento in sede di conversione. I criteri

---

conversione in legge, in federalismi.it, Focus Fonti del diritto, 11 luglio 2014, F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in federalismi.it, 11 luglio 2014; Corte cost., sent. 15 luglio 2015, n. 154; Corte cost., sent. 6 maggio 2016, n. 94, riguardo alla quale v. G. SERGES, *"Decisioni rinneganti", interpretazione conforme, omogeneità normativa e rilevanza del titolo del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 3/2016, 875 ss.; Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 247, riguardo alla quale v. G. D'ALESSANDRO, *Evanescenza del concetto di "materia finanziaria" e piano di rientro del disavanzo sanitario delle Regioni. Ancora sui limiti all'ammissibilità dell'inserimento di disposizioni eterogenee in sede di conversione dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 6/2019, 3081 ss., e L. TRUCCO, *"Omogeneità" normativa e decretazione d'urgenza. Tra "moral suasion" presidenziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2/2020, 285 ss.; Corre cost., sent. 9 dicembre 2022, n. 245, riguardo alla quale v. A. DE NICOLA, *La Corte costituzionale torna sulle disposizioni "intruse" o "estranee" inserite in sede di conversione del decreto-legge: appunti a margine della sentenza n. 245 del 2022*, in Nomos, 1/2023; Corte cost., sent. 11 dicembre 2023, n. 215, riguardo alla quale v. A. MAZZOLA, *I controlli in sede di conversione del decreto-legge*, in Nomos, 2/2024.

[74] Sulla necessità di un rigoroso scrutinio di eventuali norme "intruse", espressione di una legislazione caotica e disorganica idonea a pregiudicare la certezza del diritto si è pronunciata di recente Corte cost., sent. 25 luglio 2024, n. 146.

[75] Corte cost., sent. 27 giugno 2018, n. 137: «l'omogeneità, dunque, non presuppone che il decreto-legge riguardi esclusivamente una determinata e circoscritta materia, ma che le sue disposizioni si ricolleghino ad una finalità comune e presentino un'intrinseca coerenza dal punto di vista funzionale e finalistico»; Corte cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, secondo cui il riconoscimento dei presupposti costituzionali «resta collegato ad una intrinseca coerenza delle norme contenute nel decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico. L'urgente necessità del provvedere può riguardare, cioè, una pluralità di norme accomunate o dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero dall'intento di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata, che richiede interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione». Riguardo a tale pronuncia v. D. CHINNI, *Un caso di sindacato sulla necessità relativa ex art. 77, secondo comma, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1/2022, 111 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza. Un tentativo di analisi sinottica a margine di Corte cost., sent. n. 8 del 2022*, in questa Rivista, Studi 2022/II, 872 ss.; A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in Nomos, 1/2022.

elaborati al riguardo[76] sono sostanzialmente quattro relativi rispettivamente: a) alla coerenza delle norme rispetto al titolo del decreto-legge e al suo preambolo; b) all'omogeneità contenutistica o funzionale delle norme rispetto al resto del decreto-legge; c) all'utilizzo dei lavori preparatori, ivi inclusa la relazione illustrativa del disegno di legge di conversione[77]; d) al carattere ordinamentale o di riforma della norma.

A titolo esemplificativo, tra le pronunce più recenti pare utile richiamare la n. 139 del 2024[78], con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei riguardi di una disposizione che prevedeva l'istituzione e il riparto di un fondo per il ripiano del superamento dei tetti di spesa imposti alle Regioni e alle Province autonome per l'acquisto di dispositivi medici (c.d. *payback*). La Corte ha escluso l'evidente carenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza ravvisando il carattere dell'omogeneità del decreto sulla scorta di molteplici indici, interni ed esterni. Anzitutto, sul piano materiale-oggettivo, la disciplina in parola si inserisce armonicamente nel contesto di riferimento e in particolare nel Capo II del decreto, denominato "Disposizioni in materia di salute", le cui disposizioni sono connotate da una matrice razionalmente unitaria, nella misura in cui sono dirette ad interferire sul buon andamento del servizio sanitario globalmente inteso, indicendo su un aggregato di primaria importanza della spesa. L'omogeneità viene riscontrata anche sotto il profilo teleologico-finalistico. *In primis*, infatti, la disciplina risponde alla indifferibile necessità di garantire l'efficienza del SSN proclamata nel Preambolo. In secondo luogo, nei lavori preparatori vengono nitidamente esplicitate le ragioni del ricorso alla decretazione d'urgenza, in una materia caratterizzata da un'incessante evoluzione normativa e da un considerevole impatto sull'efficienza del SSN. In terzo ed ultimo luogo, la relazione illustrativa di accompagnamento al d.d.l. governativo chiarisce l'obiettivo di «porre rimedio in via definitiva alle criticità e difficoltà connesse al vigente quadro normativo relativo al ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici, mediante un intervento volto a sostenere il bilancio delle singole regioni attraverso l'istituzione di un fondo, per l'anno 2023, che verrà poi ripartito per ogni regione».

4. *Considerazioni conclusive*

Al termine dell'analisi è possibile osservare che la Corte utilizza l'argomento interpretativo dell'"intenzione del legislatore" con modalità differenti in relazione ai due ambiti cui si è prestato attenzione.

Riguardo alle questioni connesse alla forma di governo, rispetto alle quali rileva l'interpretazione diretta delle disposizioni costituzionali con tutte le sue specificità, la Corte adotta un approccio di tipo "originalista". Il legislatore cui si riferisce è infatti quello "storico", l'Assemblea Costituente, e la fonte utilizzata per ricostruirne l'intento, perlopiù di carattere "semantico", sono i lavori preparatori. In un caso specifico, quello della grazia, la Corte richiama addirittura l'antecedente ordinamento statutario. La Corte, quindi, nella ricostruzione della forma di governo, cerca di mantenersi quanto più possibile aderente alla volontà originaria dei Costituenti, attribuendo all'argomento interpretativo in parola un peso se non esclusivo quantomeno rilevante. Al fine, però, di evitare un'interpretazione cristallizzata e pietrificata di disposizioni che, per la laconicità dei loro contenuti e per la loro stessa natura, si prestano a dinamiche evolutive, la Corte vi affianca altri argomenti

[76] Riassunti da *Corte cost., sent. 31 luglio 2020, n. 186*, e più di recenti riproposti da Corte cost., sent. 18 luglio 2024, n. 133.

[77] Riguardo a tale specifico indice v. Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., sent. 15 maggio 2018, n. 99; Corte cost., sent. 23 dicembre 2019, n. 288.

[78] Corte cost., sent. 22 luglio 2024, n. 139, riguardo alla quale v. R. PINARDI, *La Corte e il venir meno del vizio di incostituzionalità (a margine di una pronuncia di "legittimità costituzionale sopravvenuta")*, in questa *Rivista*, Studi 2024/III, 1015 ss.

concorrenti. In particolare, risulta frequente il ricorso all'argomento sistematico-evolutivo, mediante il quale la Corte opera una ricostruzione degli istituti attraverso il loro inserimento nel contesto complessivo della trama della forma di governo e l'utilizzo di fonti "integrative" delle disposizioni costituzionali quali i regolamenti parlamentari e la prassi o le vere e proprie convenzioni costituzionali che connotano i rapporti reciproci tra gli organi di vertice dell'ordinamento costituzionale.

Diverso è l'approccio serbato dalla Corte nell'interpretazione delle fonti normative primarie. Riguardo ai diversi profili presi in considerazione, infatti, la Corte pone maggiormente l'accento su un'accezione "teleologica" dell'"intenzione del legislatore", mediante l'individuazione della *ratio* della norma oggetto di interpretazione, della finalità che attraverso di essa si intende perseguire. Le fonti attraverso le quali viene individuata l'intenzione "teleologica" sono rappresentate, oltre che dalla lettera della norma e dai lavori preparatori, dal contesto normativo sistematico all'interno del quale è inserita. In questi casi, l'argomento interpretativo in parola assume un peso ed un rilievo se non esclusivo quantomeno preponderante.

Quanto appena detto risulta evidente anzitutto in riferimento alle leggi di interpretazioni autentica, rispetto alle quali l'individuazione delle finalità che il legislatore intende perseguire risulta strumentale al compimento dello scrutinio di ragionevolezza e dell'operazione di bilanciamento di interessi costituzionali confliggenti, onde scongiurare un utilizzo improprio e in senso lato abusivo della funzione legislativa stessa, diretto ad incidere sull'esito di giudizi pendenti di cui sia parte la p.a.

Considerazioni analoghe valgono riguardo alle leggi-provvedimento, a loro volta assoggettate ad uno *strict scrutiny* di ragionevolezza nella formulazione del quale assume rilievo preliminare l'individuazione di quella che la Corte definisce la "ragion sufficiente", vale a dire la causa ultima di giustificazione del ricorso all'intervento provvedimentale. Si tratta chiaramente di un'intenzione di tipo "teleologico", strettamente coincidente con la *ratio* ispiratrice della norma di carattere provvedimentale.

Di particolare rilievo ed interesse risulta l'utilizzazione dell'argomento interpretativo in parola riguardo agli atti con forza di legge. Specificamente, la Corte ricorre spesso all'"intenzione del legislatore" nelle operazioni di raffronto di coerenza tra legge delega e decreto legislativo e di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione. Nell'un caso, infatti, il sindacato è di tipo finalistico-teleologico siccome diretto precipuamente a verificare che il potere delegato sia stato esercitato in modo conforme alle finalità che lo hanno ispirato e che vi sia in ultima analisi una identità di *ratio* rispetto alla legge delega. Nell'altro, parimenti, il raffronto di omogeneità viene spesso condotto non tanto sul piano materiale-oggettivo quanto piuttosto su quello finalistico-teleologico, essendo diretto a verificare la sussistenza di una comune finalità che avvince le disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione.

Conclusivamente, riguardo agli specifici profili della giurisprudenza costituzionale presi in considerazione è stato possibile pervenire all'individuazione di alcune invarianti di fondo nell'utilizzo dell'argomento interpretativo dell'"intenzione del legislatore", seppur nella varietà di accezioni cui la Corte ricorre e nel diverso peso che gli attribuisce all'interno dell'*iter* logico-motivazionale.

È bene però ribadire, a mò di *caveat*, che si tratta di esiti parziali ed inappaganti, in quanto l'argomento interpretativo in parola viene utilizzato dalla Corte in modo altrettanto specifico e peculiare negli orientamenti sviluppatisi riguardo ad altri profili materiali di disciplina che non sono stati analizzati quali quelli relativi, a titolo meramente esemplificativo, alla tutela giurisdizionale dei diritti e ai rapporti tra Stato e Regioni.

Brando Mazzolai

La XII disposizione transitoria e finale tra intenzione del legislatore storico e applicazione giurisprudenziale

SOMMARIO - 1. Introduzione - 2. L'interprete costituzionale tra vincolo testuale e costruzione normativa - 3. Il dibattito in Assemblea Costituente sulla XII disposizione transitoria e finale - 4. Dalla XII disposizione transitoria alla legislazione ordinaria: percorsi di attuazione dell'intenzione storica del legislatore costituente -5. L'intenzione del legislatore e il divieto di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale - 6. L'intenzione del legislatore e il divieto di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza penale - 7. La decisione delle Sezioni Unite n. 16153 del 18 gennaio 2024 -8. Considerazioni conclusive sull'attualità costituzionale della XII disposizione transitoria e finale.

The paper examines the interpretative role of legislative intent in judicial reasoning within the Italian legal system, with specific reference to the* XII Transitional and Final Provision of the Constitution *prohibiting the reorganization of the fascist party. Through a reconstruction of the* Constituent Assembly debates *and subsequent legislative developments (Scelba, Reale, and Mancino laws), the study traces the historical evolution of the antifascist constitutional principle and its regulatory enforcement. The analysis highlights how the* intention of the historical legislator *– once conceived as a safeguard of democratic legality – has progressively evolved into a* dynamic hermeneutical tool*, mediating between textual fidelity and constitutional values. By examining* key decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court*, the paper shows that judicial reasoning often relies on the legislator's psychological will but also on a rationally reconstructed normative purpose coherent with constitutional principles. The study thus argues that the invocation of legislative intent serves as a* justificatory argument *supporting interpretive choices within a pluralistic legal order.

1. *Introduzione*

Nell'ambito della cultura giuridica occidentale contemporanea, è principio consolidato che l'attribuzione di significato ad un enunciato normativo costituisca un'operazione interpretativa essenziale, affidata primariamente all'attività del giurista, quale mediatore fra il testo della legge e il suo divenire all'interno della società[1]. In parallelo, il dovere del giudice di motivare le proprie decisioni, solennemente affermato dall'art. 111, comma sesto, della Costituzione, non si riduce a mero adempimento formale[2], ma implica che ogni provvedimento giurisdizionale sia sorretto da una

[1] «Ogni attività interpretativa presuppone una scelta, e ogni scelta giuridica, se vuole essere razionale, deve essere argomentata. L'argomentazione non elimina la discrezionalità, ma la vincola». A. CANALE – G. TUZET, *Ragionamento e interpretazione giuridica,* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 13.

[2] Emblematica, al riguardo, è la recente sentenza della Cass., sez. III civ., 3 giugno 2025, n. 14876, la quale ha ribadito che la motivazione di un provvedimento giurisdizionale può ritenersi conforme ai parametri costituzionali purché rispetti il cosiddetto "minimo costituzionale", vale a dire che consenta di individuare chiaramente l'iter logico-giuridico seguito dal giudice nella formazione del proprio convincimento. Sul punto, la Corte richiama l'insegnamento delle Sezioni Unite civili secondo cui la violazione di tale soglia minima determina nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione, ancorché il provvedimento risulti formalmente esistente (cfr. Cass., Sez. unite, 7 aprile 2014, n. 8053). In tali casi, la motivazione non può essere surrogata da congetture interpretative dell'interprete, né può essere integrata mediante ricostruzioni ipotetiche del percorso argomentativo del giudice.

costruzione argomentativa coerente con il sistema giuridico di riferimento: «un diritto senza giudice, cioè senza applicazione, non sarebbe diritto; sarebbe letteratura»[3].

Così i "metodi" o le "tecniche" di interpretazione vanno intesi come strumenti argomentativi volti a fornire ragioni a sostegno dell'interpretazione prescelta, in relazione ad una determinata tradizione giuridica e ad uno specifico contesto culturale[4]. Interpretare una norma non significa limitarsi al rispetto della sua lettera in un'operazione meramente contemplativa del testo, ma implica un complesso processo argomentativo di attribuzione di significato, volto a rendere la disposizione applicabile e comprensibile in relazione ai destinatari del suo comando e al contesto ordinamentale di riferimento[5].

Nell'ordinamento giuridico italiano, e più precisamente nel Codice civile, l'art. 12 delle Preleggi richiama esplicitamente due dei principali canoni interpretativi della tradizione ermeneutica giuridica: il canone letterale, secondo cui l'interprete deve attenersi al significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e il canone teleologico che impone di considerare l'intenzione del legislatore. Non è tuttavia chiaro quale sia il rapporto di preferenza tra il metodo letterale e quello intenzionale e/o teleologico, infatti entrambi i metodi risultano ammissibili, senza che sia previsto un criterio gerarchico che consenta di privilegiare l'uno rispetto all'altro[6].

In numerosi casi, l'argomento letterale non risulta di per sé persuasivo né conclusivo, poiché è sempre operazione complessa per l'interprete determinare il "senso comune" delle parole[7]. Tale difficoltà si accentua quando la disposizione normativa contiene termini tecnici, espressioni

[3] «Che nel diritto non vi sia applicazione senza interpretazione può apparire chiaro, fino alla banalità; meno chiaro, ma altrettanto vero, è però anche l'inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione. L'essenza del diritto e in questo nesso, nel quale si manifesta il suo valore pratico». G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2014, 293.

[4] Il riferimento al "contesto culturale" va inteso non come richiamo a mere contingenze storiche o sociologiche, bensì come rimando all'insieme di valori giuridici espressi dalla Costituzione: «Essa, soprattutto attraverso le sue norme di principio e di valore, è il quadro culturale entro il quale deve collocarsi l'interpretazione tanto dei casi quanto del diritto. Anch'essa, tuttavia, è oggetto d'interpretazione e dunque, il terreno d'unificazione culturale ch'essa offre è anch'esso sottoposto alle tensioni che derivano dall'evoluzione della cultura e dalle fratture che in essa storicamente si verificano. Non è dunque la soluzione definitiva, ma è già qualcosa, sempre che la costituzione sia presa dagli interpreti come una cosa seria». G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio,* Torino, Einaudi, 2018, 324.

[5] In questo senso si considera centrale la lezione di P. Grossi che invitava i giuristi a concepire il diritto non come un procedimento che si compie con la sola produzione di norme ma come fenomeno storico e sociale, che si realizza con il "momento interpretativo", interno alla formazione della realtà complessa della norma: «Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscono l'interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva, che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di soggetti. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando». P. Grossi, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffré, 2001, 130.

[6] Sul tema dell'applicazione dell'art. 12 delle preleggi la dottrina è ormai sterminata e pertanto si richiamano in prima battuta i testi condivisi all'interno del gruppo di ricerca sul tema dell'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale: *ex multis* cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giappichelli, Torino, 2011; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa, 2013; P. Perlingeri (a cura di), *Sul significato e sulla funzione degli artt. 12, 13 e 14 delle Preleggi nel sistema giuridico italiano,* ESI, Napoli, 2009; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge, in Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffré, Milano, 1980; G. CHIASSONI, *Commento agli artt. 12 e 14 delle Disposizioni preliminari al Codice civile*, in G. Alpa, R. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, Giuffré, Milano, 2005.

[7] «Imporre all'interprete il metodo letterale è, da una parte, un'ovvietà (si potrebbe mai dire il contrario: che l'interprete può trascurare il significato delle parole o dare alle parole un significato quale che sia?) e, dall'altra, un'ingenuità, perché proprio il significato delle parole costituisce un problema». Così G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 240.

linguistiche vaghe oppure vocaboli obsoleti, risalenti a epoche storiche o contesti culturali ormai superati[8].

Il richiamo all'intenzione del legislatore risulta utile ogniqualvolta si voglia preservare il contenuto da interpretare dall'ineludibile ambiguità e vaghezza dei predicati linguistici ("non c'è linguaggio senza inganno"[9]) utilizzati per comporre i testi normativi. Altre volte, invece, l'argomento interpretativo dell'*intenzione del legislatore* si pone in aiuto della motivazione giudiziale come argomento *ad adiuvandum* o a sostegno della meritevolezza della decisione.

Dal punto di vista ordinamentale, il richiamo all'intenzione del legislatore viene tradizionalmente giustificato in funzione del principio di separazione dei poteri, in quanto consente di preservare la distinzione tra la fase di produzione normativa, propria del potere legislativo, e quella di applicazione del diritto, affidata al potere giudiziario. In questo quadro si trova, da una parte, il Legislatore rappresentato dall'insieme di Governo e Parlamento, con la funzione di produrre testi normativi, e, dall'altra, l'ordinamento giudiziario, a cui spetta il compito di interpretare e applicare le leggi ai casi concreti. In questo senso si afferma che l'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è conforme al principio di legalità formale[10] "in senso stretto", che richiede una netta distinzione tra l'esercizio della funzione normativa, attività essenzialmente politica, e la funzione interpretativa dei giudici che è invece attività tecnico-giuridica.

È stato, però, autorevolmente osservato che un affidamento esclusivo all'argomento basato sull'intenzione del legislatore può rilevare, almeno in linea teorica, l'adesione ad una concezione "*imperativistica del diritto*"[11], inteso come mero insieme di comandi provenienti dall'autorità sovrana. Tale impostazione implicherebbe un "*atteggiamento di deferenza*"[12] nei confronti della volontà del legislatore, riducendo l'attività interpretativa a un'operazione di ricostruzione della *voluntas legislatoris.* Pertanto, l'impiego dell'argomento basato sull'intenzione del legislatore, oltre

[8] A tal proposito, si possono richiamare due significativi passaggi giurisprudenziali che evidenziano l'esigenza, da parte dei giudici, di ricorrere a canoni interpretativi ulteriori rispetto a quello meramente letterale. Per esempio nella sentenza della Corte di Cass., sez. I, n. 7981 del 2014 si afferma che: «essendo da tempo divenuto del tutto desueto il noto canone in *claris non fit interpretatio*, l'art. 12 delle preleggi – laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore – non privilegia il criterio interpretativo letterale, poiché evidenzia, attraverso il riferimento all'intenzione del legislatore, un essenziale richiamo alla coerenza della norma e del sistema. Il dualismo, irrisolto dall'art. 12 delle preleggi, tra lettera ("significato proprio delle parole secondo la connessione di esse") e spirito o ratio ("intenzione del legislatore"), è stato invero sciolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti attraverso la svalutazione del primo criterio, rilevandosi l'inadeguatezza della stessa idea di interpretazione puramente letterale». Un secondo esempio emblematico è rappresentato dalla sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale in materia di conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura della Repubblica di Palermo, nella quale si afferma che: «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica». Cfr. Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1, punto 5 del Considerato in diritto.

[9] La citazione è contenuta nel romanzo di I. CALVINO, *Le città invisibili*, Torino, Einaudi, 1972, 43.

[10] Come osserva Calamandrei «in tutti gli ordinamenti in cui la legge è il *prius* e la sentenza è il *posterius*, e in cui quindi sono separati, cronologicamente ed organicamente, il momento della formulazione e quello della applicazione del diritto, la funzione giudiziaria si trova ad essere necessariamente separata dalla politica […] quel duro lavoro di ricever l'urto incomposto delle forze politiche […] è riservato alla fucina del legislatore». P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto,* in S. Calamandrei (a cura di), *Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 78.

[11] «In secondo luogo - interpretazione intenzionale o psicologica - si può sostenere che l'una (e non l'altra) delle due norme in competizione corrisponde all'intenzione dell'autorità normativa: la sua intenzione 'semantica', ciò che voleva dire. Intenzione che si può evincere almeno, così si suppone, dai 'lavori preparatori'. Questo argomento presuppone, da un lato, una concezione imperativistica del diritto (il diritto come insieme di comandi del 'sovrano') e, dall'altro lato, un atteggiamento di deferenza verso la volontà del legislatore (in senso materiale)». R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 135.

[12] Ivi.

a non offrire soluzioni definitive, può dar luogo a ulteriori difficoltà, sia sul piano teorico che su quello applicativo, nel delicato ambito dell'interpretazione giuridica.

In merito ai problemi dell'argomento dell'intenzione del legislatore, alcuni autori individuano innanzitutto un problema ontologico, che pone l'interprete nel difficile compito di individuare a quale tipo di autorità o entità è riconducibile il soggetto legislatore[13]. Questo perché nelle società giuridiche contemporanee anche gli organi c.d. *monocratici* sono inevitabilmente espressione di strutture collettive che partecipano all'elaborazione dei testi normativi. Infatti, i testi di legge sono prodotti, di norma, da organi collegiali: un conto è il monarca come legislatore individuale, al quale possono essere ovviamente imputati stati mentali come le intenzioni, e un'altra cosa è il Parlamento come legislatore collettivo, cui non è possibile attribuire un'intenzione unitaria se non in termini di costruzione convenzionale o finzione argomentativa.

L'esistenza di una pluralità di soggetti chiamati alla produzione normativa, pone l'interprete di fronte alla difficoltà di identificare concretamente il legislatore: si pensi per esempio alle commissioni parlamentari in sede referente e deliberante, ai provvedimenti assunti dal Consiglio dei Ministri o agli atti normativi delle assemblee regionali, che non possono avere una sola intenzione ascrivibile ad un singolo soggetto-legislatore ma sono la sintesi di differenti posizioni politiche raggiunte a seguito di dibattiti, votazioni o altre procedure democratiche[14].

Per questo, l'ascrizione di una intenzione ad una autorità normativa può facilmente essere contestata in quanto anche i testi di legge sono frutto dell'incontro di stati mentali, convinzioni personali e intenzioni diverse e il loro contenuto risulta essere l'inevitabile risultato di compromesso tra diverse forze politiche.

Così entra in gioco il secondo problema di carattere epistemico che attiene alla possibilità stessa di ricostruire e rendere conoscibili le intenzioni che hanno concorso alla formazione della volontà normativa[15].

L'intenzione del legislatore non è oggetto di un accertamento empirico, ma il risultato di un procedimento inferenziale, fondato su dati testuali e contestuali e inevitabilmente mediato dall'interprete. Il suo richiamo non assolve dunque a una funzione probatoria, bensì giustificativa:

[13]«Se il legislatore fosse una singola persona individuale, la quale prepara da sola le leggi, non ci sarebbe problema. Ma in realtà non esiste il legislatore singolo, e le leggi sono in gran parte preparate e discusse da persone che non sono membri della legislatura. Per la nascita della legge basta che il disegno nella sua forma finale abbia ottenuto dal Parlamento il numero di voti richiesto. La reale volontà del legislatore risiede in ultima istanza nei membri delle Camere che deliberano il disegno di legge proposto. Ma in che misura la storia del disegno di legge può fornire informazioni sull'atteggiamento assunto da queste persone, che forse non hanno neanche reso noto la loro posizione, ma hanno soltanto votato, magari per routine, a favore del disegno di legge?» A. Ross, *Diritto e giustizia,* Einaudi, Torino, 1965, 135.

[14] Nello stesso senso, è impossibile attribuire univocamente uno scopo unitario a una legge, come invece si poteva concepire nei contesti storici in cui la funzione normativa era concentrata nelle mani di un sovrano assoluto, come un re o un imperatore. Anche laddove oggi l'atto normativo o para-normativo provenga da un organo formalmente monocratico – si pensi, ad esempio, al Presidente della Repubblica – occorre tener conto che le decisioni assunte non sono mai il frutto esclusivo della volontà individuale del titolare dell'organo, ma sono piuttosto il risultato di un processo istruttorio e consultivo complesso. In questo processo assumono un ruolo determinante gli uffici di supporto, come l'Ufficio legislativo o il Segretario Generale della Presidenza della Repubblica, i quali svolgono analisi giuridiche, formulano pareri e contribuiscono a orientare le scelte formali dell'organo. Ne consegue che, anche in questi casi, parlare di un'intenzione "personale" del legislatore risulterebbe improprio e riduttivo, poiché la volontà normativa è frutto di una composizione collegiale, tecnica e politica, che sfugge a una mera riconduzione soggettiva della volontà del singolo.

[15] «Risulta spesso impossibile stabilire con assoluta certezza lo scopo di una legge. Lo scopo è evidente specie in quelle misure prese dal legislatore odierno per intervenire tecnicamente ed amministrativamente nella vita di comunità: leggi economiche, leggi sindacali ed industria leggi sull'edilizia ecc. D'altra parte, nelle norme giuridiche concernenti le nostre istituzioni giuridiche fondamentali, profondamente radicate nella tradizione culturale, appare spesso impossibile discernere uno scopo quale sia. Per esempio quale è lo scopo delle nostre leggi sul divorzio, sul matrimonio, la proprietà e le successioni. Non si può dire altro che banalità ed ovvie perifrasi: per esempio, lo scopo delle norme sul divorzio è di avere un ragionevole accesso al divorzio. Il fatto è che gli istituti giuridici fondamentali esistono come postulati culturali, e non in quanto servono ad un qualche scopo sociale». Cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia,* cit., 139.

non serve a ricostruire una volontà storica in senso psicologico, ma a legittimare l'opzione interpretativa prescelta all'interno di una razionalità argomentativa coerente con l'ordinamento. Il problema centrale non è, pertanto, se le intenzioni legislative siano conoscibili in senso assoluto, quanto piuttosto quali intenzioni debbano rilevare ai fini interpretativi e a quale livello di astrazione esse debbano essere ricostruite[16]. Salvo i casi in cui siano esplicitamente desumibili dal testo normativo, le intenzioni legislative risultano difficilmente accessibili, soprattutto quando si tratti di disposizioni risalenti nel tempo. In tali ipotesi, l'interprete può fare ricorso ai lavori preparatori, ma per individuare indicazioni utili alla ricostruzione delle posizioni assunte nella preparazione della legge[17].

In ultima analisi emerge anche un problema di titolarità nell'esercizio del potere politico tra organi costituzionali che mette in crisi l'interprete nella ricerca dell'intenzione dell'autorità che ha prodotto una disposizione normativa. Tra l'iniziativa di natura politica e il procedimento in sede legislativa quale è la volontà che prevale? Se la volontà di legiferare proviene dalla maggioranza di governo, l'intenzione del legislatore è soltanto quella dell'esecutivo o piuttosto si deve tener conto della sintesi trovata nell'iter parlamentare di adozione del testo normativo? Per esempio come comportarsi negli ordinamenti a forma di governo parlamentare in cui si assiste a una progressiva centralità del potere esecutivo nell'esercizio della funzione legislativa e quindi ad una progressiva svalutazione del dibattito parlamentare?

Anche la nozione di "legislatore" si presta a differenti accezioni[18]. Nel linguaggio giuridico corrente, essa designa l'organo che, in un determinato momento storico, ha elaborato e approvato il testo normativo oggetto di interpretazione. In questa prospettiva, si fa riferimento al legislatore storico, intendendo la volontà espressa da coloro che, "in carne e ossa", hanno partecipato al processo di formazione della legge. La ricostruzione della relativa volontà può essere agevolata dall'analisi dei lavori preparatori, vale a dire del complesso dei materiali prodotti nel corso dell'iter legislativo – progetti di legge, emendamenti, attività delle commissioni, dibattiti assembleari, relazioni, studi e dossier di supporto – che documentano il processo decisionale e le ragioni poste a fondamento dell'approvazione della norma. Tali fonti, pur costituendo una testimonianza diretta del percorso legislativo, non sono tuttavia esenti da ambiguità e criticità interpretative, potendo riflettere posizioni frammentarie, compromessi politici o finalità non sempre riconducibili a un'intenzione unitaria[19].

Alla luce di quanto precede, si può ritenere che nonostante la complessità e la molteplicità delle varianti argomentative riconducibili all'idea di "intenzione del legislatore", rimane possibile rintracciare nei documenti normativi un'intenzione ragionevolmente attribuibile al legislatore. Tale possibilità non presuppone l'esistenza di una volontà storica univoca, ma si fonda sulla capacità dell'interprete di ricostruire razionalmente uno scopo normativo coerente con il testo e con il

[16] In questi termini D. CANALE, G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Analisi e diritto*, 2014, 198.

[17] «Quando le affermazioni dei lavori preparatori di una legge sono decisive? Quando non esistono sufficientemente rilevanti per disconoscerle!». Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia,* cit., 144.

[18] «La dottrina dell'intenzione legislativa soffre di una duplice indeterminatezza: non è chiaro se per "intenzione" si debba intendere ciò che si è detto, ciò che si è voluto dire, o il fine che si voleva raggiungere; né è chiaro se per "legislatore" si debba intendere il Parlamento storico, il legislatore ideale, o la stessa comunità giuridica». Cfr. P. CHIASSONI, *Le ragioni del diritto. Logica dell'interpretazione giuridica,* Giappichelli, Torino, 2011, 145. Cfr. anche G. PINO, *Interpretazione della legge e discorso giuridico*, Giappichelli, Torino, 2010.

[19] «Per ricercare l'intenzione del legislatore si fa sovente appello ai lavori preparatori, ossia ai testi che costituiscono la testimonianza dell'iter di approvazione del testo di legge e delle ragioni che hanno condotto a tale approvazione. L'uso dei lavori preparatori per individuare l'intenzione del legislatore nasconde, però, varie insidie. Per prima cosa, essi sono degli enunciati non estranei a problemi di vaghezza e di equivocità, per questo interpretabili in vari modi. In secondo luogo, i lavori preparatori possono dare indicazioni non solo molteplici, ma pure contrastanti» Cfr. V. VELLUZZI, *Gli argomenti nell'interpretazione giuridica. Una rassegna critica,* in Stato chiesa e pluralismo confessionale, 2024, 146-147.

sistema. Ciò vale anche quando la disciplina in esame sia risalente nel tempo, come nel caso della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, la cui interpretazione continua a richiedere uno sforzo di attualizzazione delle intenzioni originarie in coerenza con i principi costituzionali vigenti[20].

2. *L'interprete costituzionale tra vincolo testuale e costruzione normativa*

Nel primo paragrafo si è esaminata la struttura dell'argomentazione giuridica partendo dall'art. 12 delle Preleggi, inteso come regola generale di interpretazione valida per ogni livello normativo. In questa prospettiva, non si è ancora considerata la specificità delle norme costituzionali, che, per la loro natura e funzione, seguono traiettorie ermeneutiche differenti[21].

L'interpretazione delle norme costituzionali si distingue da quella delle fonti legislative ordinarie per via della particolare struttura linguistica e della funzione sistemica all'interno dell'ordinamento democratico e pluralista quale è il nostro[22]. Le disposizioni costituzionali – soprattutto quelle che

[20] Il grande interesse della dottrina italiana rispetto alla XII Disp. è dimostrata dai numerosi scritti che si sono occupati del tema. Tra gli altri si segnala: G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in MediaLaws, 1/2019; F. BLANDO, *Movimenti neofascisti e difesa della democrazia*, in Costituzionalismo.it, 1/2014; L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente attualità del reato di manifestazioni fasciste ex art. 5 legge Scelba*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2014; F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano*, in Osservatorio AIC, 2014; D. PICCIONE, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2017; M. BONINI, *La democrazia alla prova dei suoi valori: ripudiare il partito neonazista tedesco senza scioglierlo*, in Osservatorio AIC, 2/2017; F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in Osservatorio AIC, 2018; M.G. NACCI, *Contrassegni politico-elettorali, simboli fascisti e XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Note a margine di un recente caso di esclusione ex post dalle elezioni della lista «Fasci Italiani del Lavoro*, in federalismi.it, 2018; A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2018; B. PITINGOLO, *La democrazia italiana di fronte al saluto romano. Alcune note a margine di Cass. sez. un. n. 16153 del 2024*, in MediaLaws, 2024; A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2023; S. CURRERI, *Costituzione e neo-fascismo: quando il saluto fascista è reato?,* in MediaLaws, 2024, 132 ss.

[21] «È altrettanto indubitabile che l'art. 12 esprime un punto di vista coerente soltanto con l'idea del diritto come legge positiva, emanata dal potere normativo dello Stato […]. L'attività interpretativa della Costituzione prescinde dunque dal punto di vista della tradizione legalistica, codificato nell'art. 12 delle preleggi, articolo che la Corte costituzionale non si è mai preoccupata di prendere in considerazione, al fine di stabilirne la sua utilizzabilità con riguardo alle proprie attività interpretative, essendo stato, in quanto tale, semplicemente ignorato». G. ZAGREBELSKY, *La Legge e la sua giustizia*, cit., 266.

[22] Sul tema del linguaggio della Costituzione e delle sue implicazioni interpretative, la letteratura è ampia e articolata. In particolare, è stato messo in luce come il testo costituzionale si caratterizzi per un lessico accessibile e democratico e per una struttura semantica e testuale aperta, che affida all'interprete un ruolo essenziale di ricostruzione del significato normativo degli enunciati costituzionali. Tra i contributi di riferimento, *ex multis*: cfr. M. AINIS, *Le parole della Costituzione,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; T. DE MAURO, *Introduzione alla Costituzione della Repubblica italiana (1947)*, Torino, UTET, 2006; P. CARETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa University Press, 2016; G. MELIS E G. TOSATTI (a cura di), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2021; I. DE CESARE, *Il linguaggio costituzionale tra testo e interpretazione*, Wolters-Kluwer-Cedam, Milano, 2024; A. RUGGERI, La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma, Torino, Giappichelli, 1999. Per gli sviluppi più recenti, si vedano inoltre i contributi raccolti negli Atti del XXXVII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lingua, linguaggi diritti*, Ed. Scientifica, Napoli, 2023, nonché in particolare: B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in Rivista AIC, 2/2022; J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione, tra lessico e testualità*, in Rivista AIC, 3/2022; R. Zaccaria, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale,* in Rivista AIC, 1/2023; C. SALAZAR, *La lingua del diritto*, in Rivista AIC, 1/2023; O Spataro, *Il linguaggio della Corte costituzionale. Note sparse su alcuni aspetti dell'esperienza recente*, in Rivista AIC, 2/2023.

formulano principi – si presentano come enunciati dotati di un elevato tasso di generalità e vaghezza per la loro "connaturata attitudine generativa" che è tendenzialmente inesauribile[23].

La vaghezza semantica costituisce un tratto strutturale del linguaggio costituzionale, funzionale alla capacità delle Carte costituzionali di durare nel tempo e di adattarsi a contesti storici e sociali mutevoli[24]. I Costituenti elaborarono i principi e le altre disposizioni costituzionali proprio nella consapevolezza che una loro formulazione aperta ne avrebbe garantito l'elasticità applicativa[25] e la capacità di proiettarsi oltre il momento storico contingente, attribuendo alla Costituzione, per usare la nota espressione di Piero Calamandrei, uno sguardo "presbite"[26].

L'attività interpretativa dei principi costituzionali richiede l'impiego di tecniche argomentative complesse, fondate su criteri sistematici, teleologici e spesso, su operazioni di bilanciamento tra principi in potenziale conflitto[27]. L'interprete quindi, non si limita a svolgere una funzione meramente ricognitiva, ma riveste un ruolo interpretativo e poi applicativo essenziale, individuando, tra le molteplici letture del testo, quella maggiormente compatibile con la coerenza interna dell'ordinamento giuridico[28]. Alcuni autorevoli autori ritengono per questo motivo che l'attività interpretativa dei giudici costituzionali goda di una particolare "specificità"[29] in quanto non soltanto parametrata ai criteri interpretativi dettati dall'art. 12 delle preleggi ma anche e soprattutto dalla «dialettica tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative [e] contesti»[30].

Si è pertanto detto che l'art. 12 delle preleggi con la nuova giurisprudenza costituzionale ha subìto "un autentico assedio dottrinale" al fine di "annichilirne ogni suo afflato normativo"[31]; la logica delle

---

[23] G. Silvestri, *Relazione conclusiva al XXXVII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lingua Linguaggi Diritti",* in Rivista AIC, 1/2023, 252.

[24] «Le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale. Sebbene anche le leggi – fatta eccezione per quelle che si qualificano dichiaratamente e volutamente temporanee - siano pensate per durare, solo la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno». Cfr. M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in Osservatorio sulle fonti, 2013.

[25] In riferimento al tema dell'elasticità delle Costituzioni rigide, intesa come capacità del testo costituzionale di adattarsi al mutamento del contesto storico-sociale attraverso l'interpretazione, G. Amato*, L'elasticità delle Costituzioni rigide*, in Nomos, 1/2016.

[26] P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione*, in Scritti e discorsi politici, La Nuova Italia, Firenze, 1966, 533.

[27] «Le disposizioni costituzionali sono strutturalmente vaghe, indeterminate e bisognose di completamento. Non contengono norme, ma solo spunti normativi». R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 39.

[28] «I principi si riconoscono […] pur sempre ex post, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento, la cui complessiva natura si rende apprezzabile solo in chiusura dei processi interpretativi". A Ruggeri*, Interpretazione e ragionevolezza*, in Costituzionalismo.it, 2006.

[29] La letteratura giuridica sul tema della "specificità" dell'interpretazione costituzionale è particolarmente ampia e concorde nel riconoscere la distanza metodologica e funzionale di tale attività ermeneutica rispetto ai criteri tradizionali fissati dall'art. 12 delle Preleggi. Tra i contributi più autorevoli si vedano: R. Guastini, *Interpretare e argomentare,* capp. I-IV, *A proposito di interpretazione costituzionale,* cit.; F. Modugno, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Jovene, Napoli, 2008; G. U. Rescigno, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007; M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit.; A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (cur.), *Interpretazione costituzionale*, cit; A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in Costituzionalismo.it, 2/2007; R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006; R. Nania, P. Saitta, *Interpretazione costituzionale*, in S. Cassese (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006. Per ulteriori approfondimenti sul tema dell'interpretazione, si rinvia, più in generale, agli autorevoli scritti di E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffré, Milano, 1971; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980; M. Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Giuffré, Milano, 1982; A. Vignudelli, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 2011.

[30] Così A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 451.

[31] Cfr. A. Vignudelli, M. Barberis*, Nuovi dialoghi sull'interpretazione*, Mucchi Editore, Modena, 2013, 33.

Preleggi "è stata completamente ribaltata dalla Costituzione repubblicana"[32]. Tale evoluzione giurisprudenziale si è svolta a vantaggio di quel processo interpretativo irreversibile, meglio noto come la "costituzionalizzazione del diritto"[33], orientato alla salvaguardia della coerenza sistemica dell'ordinamento con i valori costituzionali[34].

Infatti a differenza delle fonti normative di primo grado, i principi costituzionali godono di alcune caratteristiche precipue che "complicano" la loro applicazione in sede giudiziale. Sono norme fondamentali, nel senso che sono idonee a giustificare una pluralità di regole e non richiedono a loro volta alcuna giustificazione. Sono formulate come norme categoriche, ossia non prevedono espressamente conseguenze giuridiche dalla loro applicazione. Sono defettibili o derogabili in quanto l'applicazione è sempre condizionata ad un loro concreto bilanciamento. Per tali caratteristiche i principi mal si prestano ad essere applicati direttamente a casi individuali concreti senza una previa specificazione dei loro enunciati[35].

L'affermarsi di una legalità costituzionale e sovranazionale ha posto l'autorità giudicante ordinaria di fronte ad un'ampia gamma di possibilità interpretative scaturenti dalla "densità del potenziale normogeno"[36] offerto dall'ordinamento costituzionale.

Il pluralismo dei metodi interpretativi rifugge l'idea di un diritto statico sottoposto a categorie giuridiche fisse e funge da raccordo tra la legge e le aspettative sociali in cui il diritto è immerso.

---

[32] L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 28.

[33] Sul tema della costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico e delle sue implicazioni per la teoria dell'interpretazione, cfr. R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002. Viceversa particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la riflessione di M. BARBERIS, il quale risponde alle critiche rivolte alla giurisprudenza costituzionale in merito al presunto monopolio interpretativo della Costituzione da parte dei costituzionalisti e alla difficoltà di individuare criteri condivisi per distinguere le interpretazioni costituzionalmente corrette da quelle arbitrarie o ideologicamente orientate: «Per decenni, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la maggioranza dei giuristi italiani ha ritenuto che l'art. 12 si applicasse all'interpretazione di tutto il diritto italiano: quindi anche all'interpretazione della Costituzione. Questa opinione è però progressivamente cambiata, in virtù della giurisprudenza della Corte costituzionale e in sintonia con i processi di costituzionalizzazione del diritto […] Prima della costituzionalizzazione, forse si poteva ancora dire che i giuristi interpretassero il diritto italiano sulla base dell'art. 12; ma dopo la costituzionalizzazione, mi pare non si possa più dirlo: i giuristi italiani, infatti, fanno ricorso almeno a un terzo criterio, irriducibile ai precedenti, quello della conformità a Costituzione». Cfr. M. BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.

[34] In questa direzione si colloca, in termini emblematici, la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale, che, nel pronunciarsi sul conflitto di attribuzioni tra la Procura della Repubblica di Palermo e l'Ufficio della Presidenza della Repubblica, ha ribadito come: « La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria - determinandone la illegittimità in caso di contrasto - ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme […] La conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Cfr. Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1, p. 8.1 del considerato in diritto.

[35] «I principi costituzionali, non avendo precise condizioni di applicazione ed essendo quindi altamente indeterminati, non possono essere direttamente applicati a specifiche controversie. Anzi, è frequente che, nei giudizi costituzionali, i principi debbano essere confrontati con regole, ossia con norme dotate di una diversa struttura logica, il che rende difficile (se non impossibile) il confronto». R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, in *Roma 3 E-Press*, 2002.

[36] Come osservano Nania e Saitta, la grande maggioranza delle norme costituzionali si presenta con una "*densità dal potenziale normogeno*", vale a dire offre agli interpreti un ampio spazio per generare norme secondarie e applicative. Cfr. R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, cit., 3209.

«L'eclettismo metodologico, che domina la vita degli ordinamenti giuridici odierni, non è il risultato impuro della corruzione dell'idea stessa del diritto […] ma la conseguenza di una concezione del diritto più complessa, all'interno della quale i metodi svolgono la funzione di tenere insieme questa complessità»[37].

Tale "eclettismo metodologico" sposta necessariamente l'attenzione dalla natura del diritto alla funzione e ruolo dell'interprete che sarà comunque tenuto a rispettare principi e regole interpretative prestabilite all'interno dell'ordinamento costituzionale: «il pluralismo dei metodi non è dunque la porta spalancata all'arbitrio interpretativo ma la condizione affinché la giurisprudenza possa perseguire il suo compito»[38].

Nella giurisprudenza costituzionale si trova evidenza di tutto ciò. Il giudice ordinario non è chiamato a svolgere un mero sillogismo giuridico, ma è tenuto ad esplorare tutte le possibilità ermeneutiche idonee a ricondurre la disposizione normativa a un significato ragionevolmente compatibile con la Costituzione e i suoi valori: «l'interpretazione atomisticamente considerata lascia, dunque, il posto ad una molteplicità di interpretazioni, ciascuna aperta a raggiera a tutte le altre e tutte assieme appunto facendo il "sistema", nella varietà dei rimandi di sensi che gli enunciati si fanno l'un l'altro e senza sosta»[39]. In altre parole la Corte richiede che il giudice, prima di sollevare la questione di costituzionalità, abbia esplorato tutte le possibilità interpretative (e quindi utilizzato tutti i metodi interpretativi a sua disposizione) per addivenire a un'interpretazione della legge conforme alla Costituzione. È in questo quadro che si colloca il noto principio, secondo cui: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali[40]».

Infatti soltanto se la lettera della disposizione non consente l'interpretazione conforme a Costituzione, il giudice non potrà che sollevare la questione di costituzionalità e la Corte, ove condivida la ricostruzione offerta dal giudice, non potrà che accoglierla. «Nell'opera di selezione del significato il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione si muove in una duplice direzione: in negativo, portando ad escludere, a confutare, le soluzioni che si pongano in contrasto con la Costituzione; in positivo, inducendo ad individuare come possibili norme ricavabili dal testo quelle conformi a Costituzione»[41]. Viceversa, solo laddove la Corte costituzionale accerti che l'interpretazione conforme «si è effettivamente rivelata insufficiente ad eliminare le incompatibilità tra disciplina legislativa di una fattispecie e i principi costituzionali», sia a causa della "*resistenza insuperabile*" opposta dalla lettera della norma, sia per effetto del consolidarsi di un diritto vivente incostituzionale, le spetterà esercitare l'"*interpretazione decisoria*", ovvero "*la c.d. ultima parola*"[42].

Come deve intendersi allora il compito affidato al giudice ordinario di allineare la disposizione legislativa alla legalità costituzionale in confronto a quanto previsto all'art. 101 comma II della Costituzione, secondo cui "*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*"? Naturalmente l'*andare oltre* la lettera della disposizione normativa, aderendo al sistema dei principi della Costituzione, non

[37] G. ZAGREBELSKY, *La Legge e la sua giustizia*, cit., 250.

[38] Ivi, 251

[39] A. RUGGERI, *L'interpretazione costituzionale*, cit.,12.

[40] Cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 356 par. 4 del considerato in diritto.

[41] M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione sulla lettura dell'art.12 delle preleggi*, in D. CANANZI, R. RIGHI, *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, Giuffré, Milano, 2012, 1302.

[42] «Nel nostro ordinamento giuridico, così come in altri in cui la Costituzione è "garantita", è istituito un organo che è chiamato ad essere interprete privilegiato della Costituzione; privilegiato dalla circostanza di avere l'ultima parola in punto di interpretazione e applicazione del testo costituzionale nella sua interezza, quanto meno all'interno dell'ordinamento stesso. Così, le argomentazioni e le tecniche utilizzate da questo speciale Giudice acquisiscono un ruolo e una forza particolare – appunto, specifica – nel circuito ermeneutico di attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali». F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, Jovene, Napoli, 2008, 62.

significa "tradire" la legge bensì adeguarne il contenuto nel rispetto della superiore legalità costituzionale[43].

Di certo, l'apertura sempre più marcata dell'ordinamento interno verso le fonti sovranazionali comporta un accresciuto impegno, da parte del giudice nazionale, nell'attività di interpretazione e coordinamento delle fonti, non solo di matrice normativa, ma anche e soprattutto giurisprudenziale.

Si delinea così una funzione giudiziaria sempre più orientata al dialogo tra ordinamenti, ove la legalità si declina non solo nella fedeltà alla legge statale, ma anche nel rispetto dei vincoli derivanti dai principi costituzionali e dai parametri sovranazionali. Tutto ciò comporta un inevitabile ampliamento della discrezionalità del giudice ordinario[44], tanto nella scelta del significato da attribuire alle disposizioni applicabili al caso concreto, quanto nella selezione delle tecniche ermeneutiche più idonee a garantire la conformità della propria pronuncia al complesso sistema delle fonti e alla struttura multilivello dell'ordinamento giuridico.

Accanto alla tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione, nella giurisprudenza costituzionale si distinguono altre due forme di argomentazione costituzionalmente orientata: quella del bilanciamento tra principi e quella del controllo di ragionevolezza[45].

Con riferimento a quest'ultima, la Corte costituzionale fa frequente ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore, impiegandolo nella motivazione giudiziale per valutare la coerenza logica e sistematica di una disposizione rispetto al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1, Cost. Il sindacato di ragionevolezza si fonda su un metodo argomentativo differente, riconducibile alla natura relazionale del principio di uguaglianza e alla sua funzione di garanzia contro l'arbitrio e l'eccesso di discrezionalità legislativa.

Tale giudizio si configura come un controllo di coerenza interna dell'ordinamento, volto a verificare che la scelta legislativa rispetti il principio di eguaglianza ragionevole, in virtù del quale ogni parificazione o differenziazione di trattamento deve trovare una giustificazione razionale in relazione alla finalità perseguita dalla norma. In questa prospettiva, il giudizio della Corte si concentra sull'operato del legislatore storico, al fine di accertare se la disciplina legislativa determini ingiustificate disparità di trattamento o, specularmente, irragionevoli assimilazioni di situazioni diverse[46]. Per sviluppare tale operazione ermeneutica i giudici costituzionali prendono in

[43] «Il giudice, nel salvare la legge mediante un'interpretazione conforme a Costituzione, non viola il principio di legalità, ma ne rispetta una forma più alta, quella derivante dalla Carta fondamentale». G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 194. «Il diritto costituzionale ha imposto al giudice di non arrestarsi alla lettera della legge, ma di assumere la responsabilità della sua conformità ai principi supremi dell'ordinamento: la legalità non è più rigidità, ma adesione ragionata a un sistema valoriale». ivi, 182. «La soggezione del giudice alla legge ex art. 101 Cost. implica una legalità che non è cieca osservanza del testo normativo, ma adesione al sistema dei principi costituzionali che la legge stessa deve rispettare». L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 2002, 243.

[44] «L'obbligo del giudice di rispettare la legge si declina oggi come dovere di garantire il rispetto dei principi costituzionali, anche a costo di un'attività interpretativa che comporta margini inevitabili di discrezionalità» L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Teoria del diritto, Laterza, Roma-Bari, 2007, 527.

[45] La letteratura sul rapporto tra interpretazione costituzionale e principio di ragionevolezza è estremamente ampia e pertanto si richiamano unicamente alcuni contributi ritenuti maggiormente pertinenti rispetto al tema trattato. In particolare si veda L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992.

[46] Sul significato e la portata del giudizio di ragionevolezza si cfr. Corte cost., sent. 28 marzo 1996, n. 89, punto 3 del considerato in diritto ove si afferma che «il giudizio di eguaglianza […] è in sé un giudizio di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere: ove la disciplina positiva si discosti dalla funzione che la stessa è chiamata a svolgere nel sistema e ometta, quindi, di operare il doveroso bilanciamento dei valori che in concreto risultano coinvolti, sarà la stessa "ragione" della norma a venir meno, introducendo una selezione di regime giuridico priva di causa giustificativa e, dunque, fondata su scelte arbitrarie che ineluttabilmente perturbano il canone dell'eguaglianza […] Se dall'analisi della motivazione scaturirà la verifica di una

considerazione la ratio della norma, ossia la ragione, il motivo, lo scopo, il risultato pratico per cui una certa norma è stata emanata.

L'indagine dello spirito della legge è spesso svolta a partire dalla volontà del legislatore (ordinario o costituente) che l'interprete può indagare anche a partire dal contenuto dei lavori preparatori dei progetti di legge[47]. Il giudizio sull'operato del legislatore è così sottoposto al vaglio dell'interprete per volontà delle parti in giudizio che propongono al giudicante l'immagine di un legislatore come (in)giusto, (in)coerente, (ir)ragionevole e (ir)razionale e in ragione di questi requisiti determinano la o le finalità della legge.

Analogamente al controllo di ragionevolezza, anche il bilanciamento tra principi presenta una struttura logica di tipo relazionale, riconducibile, in termini astratti, a uno schema ternario, in cui si confrontano due principi costituzionali contrapposti e una norma legislativa da applicare. A differenza del giudizio di ragionevolezza, tuttavia, nel bilanciamento l'interprete è chiamato a confrontare principi costituzionali di pari rango, collocati in una situazione di potenziale tensione, in rapporto ad una disposizione legislativa la cui applicazione risulta condizionata all'esito di tale ponderazione[48]. Resta fermo che, nell'operazione di bilanciamento, l'interprete è vincolato all'identità valoriale dell'ordinamento costituzionale, quale emerge dal complesso dei principi fondamentali della Carta, tra i quali assume rilievo centrale la tutela dell'ordinamento democratico.

Un esempio emblematico di tale tecnica di ponderazione tra principi costituzionali si rinviene nella sentenza n. 74 del 1958 della Corte costituzionale, nella quale i giudici costituzionali furono chiamati a scrutinare la legittimità dell'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645 (legge Scelba), recante il divieto delle manifestazioni esteriori di carattere fascista, alla luce della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Come vedremo nel prosieguo, in quella occasione la Corte costituzionale, nel confronto tra la libertà di manifestazione del pensiero e l'esigenza di tutela dell'ordinamento democratico, riconobbe a quest'ultima un rilievo preminente, in quanto funzionale alla salvaguardia dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e coerente con l'identità antifascista della Carta[49].

3. *Il dibattito in Assemblea Costituente sulla XII disposizione transitoria e finale*

Appare opportuno, a questo punto dell'analisi, esaminare gli atti dei lavori dell'Assemblea costituente al fine di ricostruire la genesi della XII disposizione transitoria e finale. Tale indagine si

carenza di "causa" o "ragione" della disciplina introdotta, allora e soltanto allora potrà dirsi realizzato un vizio di legittimità costituzionale della norma, proprio perché fondato sulla "irragionevole" e per ciò stesso arbitraria scelta di introdurre un regime che necessariamente finisce per omologare fra loro situazioni diverse o, al contrario, per differenziare il trattamento di situazioni analoghe».

[47] Vale la pena però tenere a mente il monito che «l'appello alla volontà del legislatore non è che una tra le tante tecniche argomentative: spesso serve a legittimare decisioni già prese, non a orientarle». R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2011, 77.

[48] «Resta inteso che il principio scartato non è annullato né abrogato: è semplicemente non-applicato in quel dato contesto: in altre parole, la gerarchia assiologica stabilita dalla Corte non è assoluta, non vale ora e per sempre. Al contrario, essa è flessibile, mobile, instabile: dipende dal caso in discussione» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, cit., 181).

[49] Nel solco di tale orientamento giurisprudenziale, si veda anche Cons. Stato, sez. II, 30 maggio 2024, n. 7687, che ha ritenuto conforme a Costituzione un regolamento comunale volto a subordinare la concessione di spazi pubblici alla dichiarazione, da parte dei richiedenti, di adesione ai valori costituzionali e di ripudio dell'ideologia fascista e nazista, valorizzando il bilanciamento tra libertà di partecipazione politica e tutela dell'ordinamento democratico repubblicano. Cfr. A. CAUDURO, *Concessione di spazi pubblici e dichiarazione di ripudio del fascismo. sulla dichiarazione di ripudio del fascismo nella richiesta di concessione di spazi pubblici (nota a consiglio di stato, sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687)*, in *Giustizia Insieme*, 2025.

configura come passaggio essenziale per l'individuazione della volontà del legislatore storico, secondo un'impostazione ermeneutica incentrata sulla ricostruzione di tale volontà, di tipo teleologico-soggettivo[50].

La lettura dei testi dattiloscritti dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente si propone di ricostruire la volontà del legislatore storico[51], intesa quale espressione dell'intenzione soggettiva degli autori materiali della norma – i costituenti – che parteciparono attivamente alla fase deliberativa e redazionale della XII disposizione transitoria e finale[52].

Innanzitutto giova ricordare come il primo comma della XII disposizione era destinato a confluire nell'art. 49 della Costituzione, inserito nel Titolo IV sui Rapporti Politici. Il dettato testuale della disposizione che vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista» esprime, infatti, tutta la definitività del comando e mal si concilia con il carattere transitorio affidatogli, solo in un secondo momento, dai costituenti[53].

Come detto, la norma era stata inizialmente discussa nella prima sottocommissione incaricata di predisporre le disposizioni in materia di partiti politici e libertà di associazione[54]. Solo nel testo finale

---

[50] «La versione più moderata della tesi "intenzionalista", ricorrendo ad una intenzione standard, presunta, del legislatore, comporta una inevitabile idealizzazione dell'intenzione che risulta determinata, quindi, sulla base di qualità attribuite convenzionalmente ad un legislatore modello, diluendo se non addirittura smarrendo del tutto il nesso con i soggetti autori del testo di legge. Non è esente da perplessità pure l'uso del criterio della maggioranza: non si può dare per scontato che vi sia una intenzione della maggioranza, o che tutti i soggetti che hanno approvato un certo documento avessero l'intenzione di perseguire gli stessi scopi e che questa intenzione risulti in maniera inequivocabile, univoca, dai lavori preparatori». V. VELLUZZI, *Preleggi – Artt. 12, 13, 14*, in G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Giuffré, Milano, 2012, 477.

[51] I dibattiti dell'Assemblea Costituente sono consultabili in *open access* sul portale online *La nascita della Costituzione* e sul sito ufficiale dell'archivio digitale della *Camera dei deputati*.

[52] Come è stato più volte rilevato in dottrina, neppure un'analisi accurata dei lavori preparatori – comprensivi dei resoconti parlamentari, delle relazioni illustrative, dei verbali e degli atti connessi all'iter legislativo – consente sempre di ricostruire in modo certo e affidabile l'intenzione del legislatore storico. Gli stessi documenti ufficiali possono riflettere posizioni divergenti, compromessi politici o mere dichiarazioni strumentali, rendendo problematica ogni pretesa di desumerne una volontà unitaria e inequivoca. In termini emblematici si esprime A. Ross, il quale osserva criticamente: «In che misura i lavori preparatori possono fornire indicazioni sulle "intenzioni del legislatore? Se il legislatore fosse una singola persona individuata, la quale prepara da sola le leggi, non ci sarebbe problema. Ma in realtà non esiste il legislatore singolo e le leggi sono preparate e discusse da persone che non sono membri della legislatura […] La soluzione può essere trovata in una convenzione. Una volta ammessa l'importanza dei lavori preparatori, questa convenzione offre una base per concludere ragionevolmente che la passività dei membri che hanno votato può venire intesa come approvazione delle opinioni esposte nelle relazioni e in altre parti dei lavori preparatori». A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 135.

[53] Sul tema della apparente transitorietà della XII disp. trans. e finale autorevole dottrina ha ben sottolineato come il divieto di riorganizzazione del partito fascista non sia legato soltanto al contesto storico del secondo dopoguerra, ma costituisca un principio strutturale dell'ordine costituzionale repubblicano: «Nonostante il riferimento alle precise vicende storiche che si sono concretate nell'avvento e nella caduta del regime fascista in Italia conferisca a questa disposizione carattere contingente, la portata giuridica del suo I° comma non è quella di una norma transitoria dato che la sua efficacia non è limitata nel tempo, né in virtù della previsione di un termine, né attraverso la configurazione (esplicita o implicita) di una sorta di condizione risolutiva. Se infatti è innegabile che il fascismo, al pari di tutti fenomeni politico culturali al cui genere esso appartiene, è collegato all'epoca storica ed all'ubicazione geografica corrispondenti al suo concreto sviluppo, ciò non significa che una previsione giuridica come quella in esame non possa essere collegata anche a sviluppi futuri, le cui modalità di realizzazione sono del tutto imprevedibili e non possono pertanto essere analiticamente limitate». Cfr. A. PIZZORUSSO, *XII Disposizione transitoria e finale*, in G. Branca (cur), *Commentario alla Costituzione*, Laterza, Bologna-Roma, 1976, 198.

[54] Come è stato già osservato, il divieto costituzionale rappresentava l'elaborazione legislativa finale di un percorso già avviato dal legislatore monarchico che, nel 1943, all'alba della caduta del regime, aveva disposto la soppressione del Partito nazionale fascista. Il primo atto normativo è infatti il r.d.l. n. 704 del 2 agosto 1943, adottato a soli sette giorni dalla riunione del Gran Consiglio che determinò la caduta di Mussolini, con cui Vittorio Emanuele III, re d'Italia e di Albania e imperatore d'Etiopia, decretava: «*Il Partito nazionale fascista è soppresso*». Veniva poi emanato il d.l.l. n. 195 del 26 aprile 1945, con cui il luogotenente generale del Regno, Umberto II (al quale Vittorio Emanuele, nel giugno del

del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei '75, prima del passaggio in Assemblea, essa veniva rimossa per esigenze di carattere redazionale andando a comporre la XII disp. transitoria e finale. La scelta politica venne criticata fortemente da Piero Calamandrei che durante la discussione in assemblea del 4 marzo 1947 intervenne così: «Non so perché questa disposizione sia stata messa fra le transitorie: evidentemente può essere transitorio il nome «fascismo», ma voi capite che non si troveranno certamente partiti che siano così ingenui da adottare di nuovo pubblicamente il nome fascista per farsi sciogliere dalla polizia. Se questa disposizione deve avere un significato, essa deve esser collocata non tra le disposizioni transitorie, e non deve limitarsi a proibire un nome, ma deve definire che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica»[55].

Dalla lettura del dibattito della I Sottocommissione emerge, in via generale, la particolare attenzione dei costituenti per il riconoscimento del pluralismo politico. Le posizioni espresse si collocavano nell'orizzonte di una democrazia aperta e inclusiva, favorevole al libero confronto delle idee, nella convinzione che «ogni limitazione posta al principio della libertà costituisce un pericolo»[56]. In tale contesto, le proposte volte a disciplinare normativamente l'organizzazione interna dei partiti politici furono progressivamente accantonate, in quanto ritenute suscettibili di trasformarsi in strumenti di compressione della libertà di associazione e di alterazione della pluralità della rappresentanza politica, con effetti potenzialmente lesivi del principio democratico. In questo senso l'On. Togliatti affermò che: «vertendo la discussione sull'argomento più delicato dell'organizzazione dello Stato democratico, non si deve formulare un articolo che possa fornire pretesto a misure antidemocratiche, prestandosi ad interpretazioni diverse. Afferma che, mentre oggi si conoscono i partiti esistenti, domani potrebbe svilupparsi in Italia un movimento nuovo, anarchico, per esempio, e si domanda su quali basi lo si dovrebbe combattere. È del parere che dovrebbe essere combattuto sul terreno della competizione politica democratica, convincendo gli aderenti al movimento della falsità delle loro idee, ma non si potrà negargli il diritto di esistere e di svilupparsi, solo perché rifiuta alcuni dei principî contenuti nella formula in esame»[57].

I dibattiti in Assemblea costituente risultano orientati a delineare un sistema politico aperto e tollerante, entro il quale potessero concorrere tutti i partiti, con l'unica eccezione legata al movimento fascista[58], cui era precluso ogni possibilità di ricostituzione.

1944, all'indomani della liberazione di Roma, aveva affidato le funzioni sovrane), stabiliva: «Chiunque ricostituisce, sotto qualsiasi forma o denominazione, il partito fascista o ne promuove la ricostituzione è punito con la reclusione da dieci a venti anni». Successivamente, il Trattato di pace tra l'Italia e le potenze alleate del 10 febbraio 1947 obbligava l'Italia a non permettere sul proprio territorio la rinascita di organizzazioni fasciste. Infine, la l. del 3 dicembre 1947 – entrata in vigore dopo il 2 giugno 1946, dunque a Repubblica proclamata e mentre la Costituente discuteva la XII disposizione – ribadiva in sostanza il divieto del d.l.l. 26 aprile 1945, rimanendo in vigore fino all'adozione della legge Scelba del 1952. Cfr. P. BORGNA, *Relazione al corso di formazione per insegnanti, Il fascismo dopo il fascismo,* Torino, Liceo C. Cavour, 16 febbraio 2024.

[55] P. CALAMANDREI, intervento in *Assemblea Costituente* del 4 marzo 1947.

[56] C. MARCHESI, intervento in *Assemblea Costituente* del 21 maggio 1947.

[57] P. TOGLIATTI, intervento in *Assemblea Costituente* del 19 novembre 1946.

[58] «L'introduzione di un sistema di sanzioni contro il fascismo rappresentò l'attuazione di un punto fondamentale del programma dei partiti che dell'opposizione al fascismo avevano fatto il punto principale della loro azione politica, nell'ambito dei Comitati di Liberazione Nazionale e poi nei governi nazionali operanti a partire dalla liberazione di Roma. Essa rappresentò altresì l'adempimento dell'obbligo assunto dallo Stato italiano con l'art. 17 del Trattato di Pace (reso esecutivo con d.lgs. c.p.s. 28 novembre 1947, n. 1430), il quale stabilì che l'Italia la quale, in conformità dell'art. 30 della Convenzione di armistizio, ha preso le misure per sciogliere le organizzazioni fasciste in Italia, non permetterà, in territorio italiano, la rinascita di simili organizzazioni, siano esse politiche, militari o militarizzate, che abbiano per oggetto di privare il popolo dei suoi diritti democratici». A. PIZZORUSSO, *XII disposizione transitoria e finale,* in G. Branca (a cura di), cit., 197.

La prima proposta di introdurre un esplicito divieto costituzionale emerse nel corso del dibattito sull'articolo 18 Cost. relativo alla libertà di associazione, quando l'On. Mancini propose di vietare le "associazioni a carattere militare e fascista", giustificando così la propria scelta: «ci si dichiara tutti antifascisti, si parla sempre di antifascismo e, quando si tratta poi di fare una manifestazione verbale antifascista nella legge costituzionale sorta in antitesi al fascismo, la si evita come se essa potesse destare preoccupazioni o allarmi. Certe pavidezze non si comprendono. L'altro motivo, di natura essenzialmente giuridica, è il seguente: se si limita il divieto alle associazioni militari e non si parla di associazioni fasciste, si potrebbe intendere da qualcuno che queste sono consentite. Ritiene perciò che il divieto debba essere esteso esplicitamente alle associazioni a carattere fascista o neofascista, che vanno profilandosi sul nostro orizzonte politico»[59].

La proposta venne inizialmente criticata da alcuni costituenti per la vaghezza terminologica del divieto di ricostituzione rivolto alle "associazioni a carattere militare e fascista" (tra gli altri, gli interventi degli on. Marchesi[60], Moro[61] Lucifero[62]). Anche i costituenti Giuseppe Dossetti e Giorgio La Pira richiamarono l'attenzione sui rischi di una formulazione eccessivamente generica del divieto di riferimento al partito fascista, temendo che una clausola troppo ampia potesse, nel tempo, prestarsi a interpretazioni arbitrarie o strumentali, tali da consentire l'esclusione dal confronto democratico di movimenti politici "non graditi", qualificati come fascisti in via meramente pretestuosa[63].

Ad orientare in modo decisivo il dibattito in Assemblea costituente fu l'intervento dell'on. Togliatti il quale insistette sull'opportunità di circoscrivere l'ambito applicativo del divieto «ad un fatto preciso storicamente determinato» quale era stata la costituzione del partito fascista «perché si deve escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico»[64]. Con tale impostazione, egli respinse l'idea che il riferimento al fascismo introducesse un concetto indeterminato, valorizzandone invece la riconducibilità a una realtà storica concreta, «ad un fatto e non ad un concetto. Il movimento e il partito fascista sono determinati storicamente, se ne conoscono il programma,

[59] P. MANCINI, intervento in *Assemblea Costituente* del 4 marzo 1947.

[60] L'on. Marchesi afferma di non poter accogliere la proposta di Mancini, perché «il fascismo adesso non si chiama più con tale nome. Potrebbe rispuntare, come rispunta, sotto altre denominazioni. Se si determina l'articolo con un'espressione così vaga quale quella di associazioni a carattere fascista, si dà al fascismo autentico e sostanziale il permesso di associarsi». C. Marchesi, intervento in *Assemblea Costituente* del 25 settembre 1946.

[61] L'on. Moro si preoccupò di sottolineare come tra le organizzazioni a carattere militare potessero rientrare anche le organizzazioni giovanili e pacifiche (come quelle dei *boys scouts*), suggerendo di circoscrivere l'ambito applicativo del divieto alle sole formazioni con fini paramilitari o insurrezionali: «dovrebbe esser chiaro anche per il futuro legislatore che il divieto si intende per quelle associazioni che perseguono un addestramento militare vero e proprio, e che siano pronte ad impugnare le armi». A. MORO, intervento in *Assemblea Costituente* del 4 marzo 1947.

[62] L'on. Lucifero espresse forti perplessità in merito alla formulazione che vietava le "organizzazioni di carattere militare", rilevando come tale espressione potesse prestarsi a interpretazioni arbitrarie. Egli osservava che: «Un'organizzazione di tipo militare potrebbe non essere anche un'organizzazione armata, e tra l'altro è già vietata dal complesso delle leggi penali. […] Chi stabilisce se una determinata organizzazione sia di carattere militare? Con questa formula si lascia la via aperta a tante possibilità di interpretazione, e potrebbe accadere che, ad un certo momento, il legislatore o il potere esecutivo, volendo colpire un'organizzazione che non gli fa comodo mantenere e che non è a carattere militare, si sforzi di ritrovare in essa appunto questo carattere. Per questi motivi ritengo che sia opportuno omettere la proposizione in questione». R. LUCIFERO, intervento in *Assemblea Costituente* del 4 marzo 1947.

[63] In particolare Dossetti mette in guardia i colleghi costituenti dal fatto che «non saranno i Commissari ad interpretare i termini della formula in discussione, ma altri uomini politici i quali, quando si trovassero di fronte ad un partito comunista non più governato dall'onorevole Togliatti, il quale oggi può richiamarsi ai suoi 25 anni di antifascismo, potrebbero ritenere che esso nel suo indirizzo riproducesse il partito fascista, e volessero sopprimerlo proprio in base alla formula proposta dall'onorevole Togliatti. Pertanto è perplesso circa l'opportunità di adottare tale formula». Cfr. ON. DOSSETTI intervento in *Assemblea Costituente* del 19 novembre 1946. Nella medesima seduta anche l'on. La Pira faceva notare candidamente che «vi è chi crede perfino di ravvisare le sembianze del fascismo proprio nel partito comunista».

[64] P. TOGLIATTI, intervento in *Assemblea Costituente* del 19 novembre 1946.

l'attività, l'azione, i quadri; se un partito sorgesse con simili manifestazioni, sarebbe facile riconoscere in esso il partito fascista»[65].

Ebbene la discussione finale si orientò nella direzione sostenuta da Togliatti, il quale, superando le riserve manifestate dagli altri costituenti, insistette sulla necessità di ancorare il divieto costituzionale alla specifica esperienza storica legata al partito fascista. A suo avviso, era essenziale escludere ogni possibile ambiguità interpretativa, specificando che il riferimento doveva essere al partito «quale si è manifestato nella realtà politica del Paese dal 1919 al 1943 e non è quindi possibile alcuna interpretazione equivoca»[66]. Proprio per rafforzare tale collegamento al dato storico, Togliatti propose una modifica lessicale della disposizione, suggerendo di sostituire il riferimento a *'un partito fascista'* con la formula più precisa *'del partito fascista'*, così da evitare che il divieto potesse essere esteso in modo improprio a formazioni politiche non riconducibili all'esperienza del regime.

All'esito di tale percorso argomentativo, i costituenti accolsero la soluzione di riferire il divieto costituzionale al fascismo quale fenomeno storico determinato, ponendo fine alle incertezze emerse nel dibattito. La scelta trovò riscontro anche nella formulazione definitiva adottata in sede di coordinamento del Progetto di Costituzione, nella quale l'inserimento dell'aggettivo "*disciolto*" in riferimento al "*partito fascista*", rafforzò il legame della disposizione con la concreta esperienza storica del regime.

Il carattere eccezionale della XII disposizione transitoria e finale mette in luce, in modo inequivocabile, la connotazione esplicitamente antifascista della Costituzione repubblicana, segnando una netta presa di distanza rispetto a quelle posizioni, emerse anche nel dibattito costituente, che, per chiudere definitivamente l'esperienza politica del fascismo e tracciare una cesura con il passato, avrebbero preferito attribuire alla Carta costituzionale un'impostazione meramente *'a-fascista'* o ideologicamente neutra rispetto all'esperienza del regime[67]. Come detto la portata innovativa della disposizione consiste in una vera e propria "rottura" del modello pluralistico proprio della Carta costituzionale che postula la completa rappresentazione politica della società, con la volontà di circoscrivere la portata del divieto al solo partito fascista e non ad altre formazioni politiche[68].

È su queste premesse che il legislatore ordinario, già nel 1952, in un contesto storico ancora profondamente segnato dall'esperienza del regime, adottò una disciplina attuativa specifica – la legge n. 645/1952, c.d. legge Scelba – volta a rendere concretamente efficace il divieto sancito dalla disposizione costituzionale.

---

[65] Ibidem.

[66] Ibid.

[67] «Bisogna dunque debellare ogni sopravvivenza fascista, bisogna chiudere il periodo del metodo fascista perché il fascismo va definitivamente eliminato. Quindi la costituzione dovrà essere non antifascista ma qualcosa di più: dovrà essere a-fascista. Il fascismo non ci deve più entrare né in forma attiva né in forma negativa. Il fascismo deve essere cancellato, non deve più esistere, nemmeno come numero negativo. Oggi la costituzione deve condurci all' a-fascismo, verso quella concezione che resta liberale perché è la concezione di uno Stato di uomini liberi, la cui libertà è negazione del fascismo. E solo a-fascista può essere lo Stato democratico perché la democrazia (mi perdoni l'onorevole Togliatti) non ammette aggettivazioni. La democrazia è una, la democrazia è un piano sul quale ciascuno di noi combatte la propria battaglia e nel quale ciascuno di noi trova le sue garanzie. La democrazia non può essere né nostra e vostra né loro; la democrazia è di tutti, come la libertà, che, se non è di tutti, non è di nessuno». R. Lucifero, intervento in *Assemblea Costituente* del 4 marzo 1947, cit.

[68] Tale impostazione emerge chiaramente dalla preoccupazione manifestata da Dossetti, il quale temeva che «l'esclusione proposta dall'onorevole Togliatti, con la sua aggiunta, possa un giorno essere causa di altre esclusioni in senso opposto a quello che oggi si vuole intendere, e con fini che non hanno niente a che vedere con quella cesura e con quella totale condanna del fascismo che tutti i Commissari sono d'accordo nel voler accettare». G. Dossetti, intervento in *Assemblea Costituente del 4 marzo 1947*, Ivi.

4. *Dalla XII disposizione transitoria alla legislazione ordinaria: percorsi di attuazione dell'intenzione storica del legislatore costituente*

Per approfondire l'argomento dell'intenzione del legislatore in riferimento alla XII disp. trans. e finale è d'obbligo riferirsi al compendio normativo emanato successivamente dal legislatore ordinario per dare concreta attuazione al divieto costituzionale. Tale specifico approfondimento risulta opportuno per valutare la *ratio legis* delle disposizioni attuative del divieto costituzionale e verificare il grado di adesione del legislatore (storico) ordinario all'originaria intenzione dei costituenti.

Per fare ciò si richiameranno i lavori preparatori parlamentari e in particolare si utilizzeranno le relazioni (di maggioranza) dei disegni di legge n. 645 del 1952 (la c.d. legge Scelba), n. 654 del 1975 (la c.d. Legge Reale) e n. 205 del 1993 (la c.d. legge Mancino)[69].

Vero è che fu proprio l'Assemblea costituente, nel suo ruolo di organo legislativo incaricato di dare forma alla nuova Repubblica, a dare attuazione alla XII disp., con l'approvazione delle leggi n.1546 del 3 dicembre 1947 e n.1453 del 23 dicembre 1947. In particolare con la legge n. 1546 viene proposta per la prima volta una definizione dell'attività di riorganizzazione – combinando le finalità proprie del disciolto partito fascista con la modalità organizzativa di carattere militare o paramilitare ovvero con l'uso o l'esaltazione di mezzi violenti.

La normativa in questione aveva natura transitoria, stabilendo che la propria efficacia sarebbe venuta meno «non appena fossero state rivedute le disposizioni relative alla medesima materia del Codice penale, e in ogni caso non oltre il 31 dicembre 1952»[70].

Così, al termine del quinquennio di efficacia della suddetta normativa, si giunge all'approvazione della legge n. 645 del 1952 (nota come Legge Scelba), adottata in attuazione della XII disposizione finale della Costituzione, con l'obiettivo principale di contrastare i movimenti di estrema destra che anche dopo la caduta del regime, continuavano a richiamarsi ai metodi e alle finalità del partito fascista, individuandone gli elementi strutturali e prevedendo specifiche sanzioni penali.

Come specificato nella relazione introduttiva al disegno di legge, con l'adozione della disposizione normativa si voleva colpire quei movimenti e gruppi politici che «nella effettiva e sostanziale realtà, non semplicemente nella esteriore e mera apparenza, si propongono di violare la dodicesima norma costituzionale e definire fuori di ogni cavillo interpretativo, quando e come si abbia in concreto la riorganizzazione di quel partito categoricamente vietato dalla norma costituzionale»[71].

Per tale ragione, con la nuova legge si intendeva assolvere a un fondamentale compito definitorio, chiarendo cosa il legislatore intendesse per "riorganizzazione del disciolto partito fascista" (art. 1) e vietando, di conseguenza, una serie di condotte penalmente rilevanti: l'"apologia del fascismo" (art. 4), le "manifestazioni fasciste" (art. 5) e prevedendo infine, specifici "provvedimenti cautelari in materia di stampa" (art. 8)[72].

---

[69] I testi dei lavori preparatori e le relazioni di maggioranza sono disponibili on line in *open access* sul portale dell'Archivio storico della Camera dei deputati.

[70] Cfr. l. 20 giugno 1952, 645 "Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione", art. 9 (abrogato dall'art. 1 della legge 23 marzo 1955, n. 128), in G.U. 23 giugno 1952, n. 143.

[71] Cfr. sul piano dei lavori preparatori, il disegno di legge (c. 2549-A), I legislatura, "Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione", di iniziativa governativa (Ministro dell'interno Scelba), presentato il 29 novembre 1949, poi confluito nella legge 20 giugno 1952, n. 645.

[72] Cfr. *l'art. 1 della legge 20 giugno 1952, n. 645 (Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione), che riconduce l'attività di riorganizzazione del disciolto partito fascista a condotte riconducibili a tre tipologie fondamentali: (i) l'esaltazione di esponenti, principi, fatti o metodi del PNF; (ii) la realizzazione di manifestazioni esteriori di carattere fascista; (iii) il perseguimento di finalità antidemocratiche proprie dell'ideologia fascista, anche mediante propaganda razzista, incitamento alla violenza politica o denigrazione della democrazia, delle sue istituzioni e della Resistenza.*

Dalla lettura della Relazione introduttiva appare chiaro come l'intento del legislatore del '52 fosse proprio quello di estendere con legge ordinaria la portata normativa del divieto posto dalla XII disposizione cercando di vietare la riorganizzazione di un qualsiasi partito, che sia fascista nella sostanza, prima ancora che nella forma, così come è definita e configurata nell'art.1 della normativa. La volontà del Legislatore del '52 era quella di qualificare attraverso fattispecie penali il divieto costituzionale nella convinzione che anche i Costituenti «nel formulare questo esplicito e categorico divieto al risorgere del partito fascista, andarono oltre, coscientemente e a ragion veduta, al disposto articolo 49 Cost., senza mettersi in contrasto col medesimo». Ed è proprio per raggiungere tale obiettivo che all'art. 1 della legge Scelba si indicavano le c.d. "finalità antidemocratiche" quale ulteriore elemento qualificante per individuare un movimento di ispirazione fascista e quindi vietarlo secondo tutte le altre disposizioni. Per i partiti e movimenti politici da una parte si richiedeva in positivo il rispetto del metodo democratico ai sensi dell'art. 49 Cost., mentre dall'altra in negativo si poneva il divieto del perseguimento delle finalità anti-democratiche: «le quali, comunque, in ogni movimento di ispirazione fascista sono così ovviamente implicite che solo per pura astrazione si potrebbe ipotizzare la loro mancanza»[73]. La volontà del Legislatore ordinario era quella di dare continuità alla scelta politica dei Costituenti fornendo concreta attuazione al divieto costituzionale: «l'art. 1 della presente legge discende dalla disposizione XII, e che a sua volta non contrasta, così applicata, con l'articolo 49 Cost., ma solo precisa quella che è l'unica eccezione rispetto alla regola»[74].

Sul tema, il legislatore italiano interviene ancora una volta nel 1975, in un contesto politico e sociale segnato dal terrorismo di matrice politica e dal progressivo consolidarsi di istanze internazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali.

L'*occasio legis* è rappresentata, da un lato, dall'esigenza di rafforzare gli strumenti di difesa dell'ordine pubblico e, dall'altro, dall'adesione dell'Italia alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, adottata a New York il 7 marzo 1966.

In tale quadro, con la legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), la cosiddetta Legge Reale, il legislatore amplia i poteri di prevenzione e repressione dei reati con finalità eversiva, segnando l'avvio di una fase di più intensa attenzione alla tutela dell'ordine democratico.

Pochi mesi dopo, con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di New York, viene introdotta nel nostro ordinamento una nuova disciplina penale in materia di discriminazione razziale, che punisce la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché gli atti di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, con la pena della reclusione da uno a quattro anni.

In tal modo, il legislatore repubblicano, anziché ricondurre tali condotte nell'alveo dei tradizionali reati di opinione, sceglie di introdurre fattispecie autonome di reato volte a contrastare il riemergere di fenomeni di violenza neofascista, rafforzando e aggiornando la tutela penale dell'ordine democratico già prevista dalla legge 20 giugno 1952, n. 645 (legge Scelba).

L'intervento normativo del 1975 risponde così non solo al dettato della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, ma anche all'esigenza di adeguare l'art. 1 della legge Scelba alla mutata realtà storica e politica del Paese, segnata da nuove forme di criminalità politica ispirate all'ideologia fascista.

A partire dagli anni '90, l'emersione di una disciplina legislativa specificamente orientata alla repressione del razzismo ha in parte riassorbito la centralità originaria della legislazione antifascista. In tale contesto si inserisce il decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni nella legge 25 giugno 1993, n. 205, comunemente nota come legge Mancino, recante "Misure urgenti in

[73] Cfr. Relazione al disegno di legge (c. 2549-A), I legislatura, "Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione".

[74] Ivi.

materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa". Il provvedimento, adottato in risposta a un incremento di episodi di violenza a sfondo discriminatorio, ha modificato l'art. 4 della legge Scelba, introducendo la punibilità dell'esaltazione pubblica di idee o metodi razzisti, e ha inoltre previsto ipotesi autonome di reato per condotte discriminatorie fondate su razza, etnia, religione o nazionalità, nonché per la promozione di associazioni a ciò finalizzate [75]. In questo caso nessuna rilevante indicazione sull'intenzione del legislatore della XII disposizione viene offerta dalla lettura della relazione al disegno di legge che invece esalta l'intervento innovativo del Governo che «ha inteso proporre più efficaci strumenti di prevenzione e repressione di ogni forma di intolleranza o violenza xenofoba o antisemita nell'intento di contrastare sul nascere il fenomeno e di reciderne le tendenziali potenzialità di espansione»[76]. Semmai risulta interessante rilevare come anche il Legislatore del '93 in tema di repressione di condotte istigatrici o realizzatrici di atti di discriminazione razziale, abbia riaffermato la rilevanza penale delle 'manifestazioni esteriori' svolte in occasione di pubbliche riunioni e riconducibili a gruppi o organizzazioni che perseguano finalità vietate (cfr. art. 2, legge n. 205/1993). Il criterio della "pubblicità" del comportamento vietato riflette, ancora una volta, la volontà del legislatore di reprimere gesti simbolici o atti esteriori potenzialmente idonei a promuovere forme di proselitismo ideologico, in quanto oggettivamente pericolosi per la tutela dei valori costituzionali della democrazia e dell'uguaglianza[77].

Ebbene l'evoluzione normativa che si è originata a partire dalla XII disp., dimostra il tentativo del Legislatore ordinario di estendere l'applicazione del divieto di ricostituzione del partito fascista attraverso lo strumento della legislazione ordinaria e dare concreta attuazione ai criteri espressi dalla norma costituzionale per rispondere alle differenti esigenze di tutela dell'ordinamento democratico via via minacciato nel corso dei diversi momenti storici da movimenti politici eversivi di matrice neofascista.

5. *L'intenzione del legislatore e il divieto di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza costituzionale*

Tracciate le linee teoriche generali dell'intenzione del legislatore nell'argomentazione costituzionale e ripercorsi gli aspetti storici relativi all'adozione in Assemblea costituente della XII disp. transitoria e quindi della successiva disciplina normativa di attuazione, occorre approfondire l'approccio giurisprudenziale al divieto costituzionale.

---

[75] La rilevanza della legge Mancino non risiede tanto nel suo contenuto repressivo, quanto nello spostamento del fulcro della tutela penale dall'ordine pubblico alla persona, intesa quale titolare di diritti inviolabili. Se infatti la legge Scelba e la legge Reale miravano prevalentemente a prevenire minacce alla sicurezza collettiva e alla salvaguardia dell'ordinamento costituzionale, la legge 25 giugno 1993, n. 205 assume come bene giuridico protetto la dignità della persona. Le condotte discriminatorie e violente risultano così sanzionate non solo in quanto idonee a turbare l'ordine pubblico, ma perché offensive dell'identità e dei diritti fondamentali dell'individuo. In tal senso cfr. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, vol. I*, Zanichelli, Torino, 2012.

[76] Cfr. sul piano dei lavori preparatori, il Disegno di legge A.S. 2576, XI legislatura, "Norme per la repressione dei reati connessi alla ricostituzione del Partito Nazionale Fascista" (c. 2576A).

[77] «La necessità di tutelare tali beni di rango costituzionale rende legittima questa evidente anticipazione della tutela penale, consistente nella punizione di manifestazioni, espressioni, gesti, comportamenti considerati «possibili e concreti antecedenti causali di ciò che resta costituzionalmente inibito, ossia la riorganizzazione del disciolto partito fascista, e ciò in relazione alle modalità di realizzazione delle stesse, posto che ... il fatto deve trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste». F. LISENA, *Gesti anticostituzionali e anacronismi legislativi: il divieto del c.d. saluto romano,* cit, 8.

In particolare, appare opportuno prendere le mosse dalla sentenza n. 74 del 1958 della Corte costituzionale[78], considerata un autentico punto di svolta nell'esegesi della XII disposizione transitoria e finale e nella ricostruzione della relativa legislazione attuativa. In tale pronuncia, la Corte affronta il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e il divieto di ricostituzione del partito fascista, risolvendo le questioni di legittimità costituzionale mediante il ricorso all'argomento dell'intenzione del legislatore costituente. Quest'ultimo assume un ruolo centrale nella motivazione, fungendo da criterio di collegamento tra il testo costituzionale, la volontà storica dei costituenti e la funzione di tutela dell'ordinamento democratico.

Per la verità, il primo intervento della Corte costituzionale in materia di attuazione del divieto sancito dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione ha riguardato il reato di apologia del fascismo. Con la sentenza n. 1 del 1957, la Corte si è pronunciata per la prima volta sul rapporto tra l'art. 4 della legge n. 645 del 1952 e l'art. 21 della Costituzione, escludendo l'esistenza di un contrasto tra la disposizione penale e il principio della libertà di manifestazione del pensiero. Pur sollecitata a pronunciarsi sulla portata della XII disposizione, la Corte si è limitata a ricondurre il reato di apologia del fascismo all'ambito della generale disciplina dell'istigazione indiretta, senza tuttavia approfondire il significato costituzionale della norma transitoria[79].

Tuttavia, come sopra anticipato, la prima pronuncia della Corte costituzionale davvero rilevante in riferimento all'applicazione della XII disp. è la n. 74 del 1958, in cui i giudici utilizzano l'intenzione del legislatore come argomento determinante nell'economia della motivazione della sentenza. Nel caso specifico si trattava di un giudizio di legittimità costituzionale sollevato in tre procedimenti differenti ma sostanzialmente identici in relazione alle fattispecie contestate di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste. La Corte infatti aveva riunito tre distinti procedimenti incardinatisi a causa di altrettante ordinanze emanate dai Pretori di Como e Forlì in merito alla contestazione di alcuni episodi avvenuti durante manifestazioni celebrative del fascismo: in particolare veniva contestato il saluto fascista compiuto pubblicamente al termine di una manifestazione del Movimento Sociale Italiano e durante una visita alla tomba di Mussolini a Predappio. I responsabili di tali gesti erano infatti, stati denunciati dalla pubblica autorità e condannati dai Pretori competenti con la sanzione contravvenzionale di cui agli artt. 4-5 della Legge Scelba. I difensori degli imputati avevano così fatto ricorso contro i provvedimenti di condanna, sollevando in via preliminare identiche eccezioni di incostituzionalità delle norme contestate con riferimento all'art. 21, primo comma, Cost., e alla XII disposizione transitoria e finale. In particolare, le censure si fondavano sulla premessa che le norme impugnate si riferissero a manifestazioni di ispirazione fascista, senza tuttavia considerare la loro effettiva idoneità alla riorganizzazione del partito fascista, come richiesto dalla XII disposizione transitoria e finale.

Nel corso del giudizio si costituiva l'Avvocatura dello Stato sostenendo che l'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, doveva considerarsi una ulteriore specificazione della stessa ipotesi già prevista nel precedente art. 1 della legge che a sua volta era espressione del divieto contenuto nella XII disposizione transitoria della Costituzione. Pertanto, sempre secondo l'Avvocatura, l'esigenza di dare attuazione al divieto di riorganizzare il disciolto partito fascista non poteva ritenersi limitata alla repressione dell'associazione o del movimento già sorto, ma doveva «intendersi logicamente estesa a tutti quegli atti o fatti che in qualunque modo possano favorire la riorganizzazione di cui trattasi»[80].

[78] Cfr. Corte cost., sent. 6 dicembre 1958, n. 74, cfr. P. BARILE, *Apologia di fascismo e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958.

[79] Cfr. Corte cost., sent. 26 gennaio 1957, n.1, che ha escluso il contrasto tra l'art. 4 della legge 20 giugno 1952, n. 645 e l'art. 21 Cost., ritenendo la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero giustificata dall'esigenza di impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista; la decisione si caratterizza tuttavia per una motivazione essenziale, priva di un esplicito e sistematico confronto con i principi e le finalità sottesi alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

[80] Cfr. Corte cost., sent. 6 dicembre 1958, n. 74, punto 4 ritenuto in fatto.

La motivazione della sentenza si apre con il richiamo, da parte della Corte, alle ragioni storiche che determinarono l'introduzione della XII disposizione transitoria e finale, «la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro integrale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata»[81]. I giudici evocano le motivazioni che, in quel particolare contesto storico, avevano portato i costituenti a sentire la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, la riorganizzazione del partito fascista. Secondo i giudici la preoccupazione era tale che «la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli stessi»[82]. A sostegno dell'interpretazione del divieto costituzionale la Corte fa un primo uso dell'intenzione comunicativa del legislatore costituente riferendosi al testo medesimo della XII disposizione e in particolare alla locuzione "*in qualsiasi forma*" riferita alla riorganizzazione del partito fascista. Con questa espressione è possibile determinare il significato letterale voluto dal legislatore storico cioè quello di «non irrigidire il precetto entro limiti formali e di mirare al di là degli atti di riorganizzazione strettamente intesi»[83]. Tale lettura della norma corrisponderebbe allo scopo che il legislatore costituente avrebbe voluto perseguire al momento della produzione della disposizione interpretanda e cioè di permettere al legislatore ordinario di «dare con le sue norme concreta attuazione ai criteri espressi dalla norma costituzionale" autorizzandolo "a spingere i suoi divieti al di là degli atti veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi, comprendendovi anche quelli idonei a creare un effettivo pericolo»[84].

Per quanto riguarda poi il contenuto della fattispecie di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 della legge del 1952 di cui si contesta l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 21 Cost e la XII disp., la Corte ritiene che non sia possibile limitarsi ad una mera interpretazione letterale in quanto risulterebbero punibili «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido»[85]. Ad avviso dei giudici infatti una simile interpretazione estensiva del contenuto della disposizione non si può ritenere conforme all'intenzione del legislatore, il quale dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, «ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»[86]. Anche qui la Corte ricorre all'uso dell'argomento interpretativo dell'intenzione comunicativa del legislatore riferendosi a ciò che espressamente e in maniera patente il legislatore voleva o intendeva dire attraverso il testo oggetto di interpretazione. Si fa infatti riferimento alle espressioni linguistiche utilizzate nella normativa del 1952 come per esempio alla denominazione "*manifestazioni fasciste*" dell'art. 5 e all'uso dell'avverbio "*pubblicamente*" ex art. 4. Tali locuzioni, sostengono i giudici «fanno chiaramente intendere che, seppure il fatto può essere commesso da una sola persona, esso deve trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste»[87].

[81] Ivi, punto 4 considerato in diritto.
[82] *Ibidem*.
[83] *Ibidem*.
[84] *Ibidem*.
[85] Ivi, punto 5 considerato in diritto.
[86] *Ibidem*.
[87] Ivi, punto 7 considerato in diritto.

Dall'intenzione comunicativa del legislatore, i giudici desumono, mediante un argomento di tipo teleologico, la *ratio* della disciplina del 1952, individuata nell'esigenza di «colpire le manifestazioni pubbliche capaci di impressionare le folle» ed «in quanto idonee a costituire il pericolo di tale ricostituzione»[88].

La finalità dell'argomentazione teleologica trova, infine, un ulteriore giustificazione nel richiamo alla sentenza della Corte di cassazione, Sez. III, 25 novembre 1958, n. 74 relativa a un caso di manifestazioni di carattere apologetico (il canto di inni fascisti in luogo pubblico)[89].

I giudici costituzionali, facendo proprio l'*iter* argomentativo delineato dalla Corte di cassazione, riprendono il riferimento al pericolo di ricostituzione del partito fascista, elevandolo a criterio qualificante per l'applicazione della disciplina attuativa della XII disposizione transitoria e finale[90].

La Corte costituzionale ritiene, infatti, che tale interpretazione sia pienamente coerente con la *ratio legis* della legge Scelba che è quella di evitare, attraverso l'apologia e le manifestazioni proprie del disciolto partito, il ritorno a qualsiasi forma di regime in contrasto con i principi e l'assetto dello Stato.

A questo punto vale la pena notare come la soluzione interpretativa adottata dalla Corte costituzionale non faccia richiamo all'intenzione del legislatore storico attraverso i lavori preparatori dell'Assemblea costituente e ciò nonostante la prossimità temporale dei medesimi rispetto all'emanazione della successiva disciplina attuativa. Al contrario, come si è cercato di evidenziare, i giudici costituzionali fondano la motivazione in ordine alla legittimità costituzionale delle disposizioni in oggetto principalmente sulla ricostruzione dell'intenzione comunicativa del legislatore, valorizzando le espressioni linguistiche impiegate nel testo normativo. Quest'ultime esprimerebbero infatti l'intenzione teleologicamente orientata sia del legislatore costituzionale di vietare "*la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista*" e sia del legislatore ordinario di punire le manifestazioni di "*apologia del fascismo*" e di "*manifestazioni fasciste*" se idonee a creare un effettivo pericolo del prodursi di tale evento.

È del tutto evidente come la progressiva definizione dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento alla XII disposizione transitoria e finale abbia inciso in modo significativo – e per certi versi trasformativo – sull'effettiva portata prescrittiva della disciplina penale attuativa, orientandone l'applicazione secondo parametri sostanziali e funzionali alla

[88] «La ratio della norma non è concepibile altrimenti, nel sistema di una legge dichiaratamente diretta ad attuare la disposizione XII della Costituzione. Il legislatore ha compreso che la riorganizzazione del partito fascista può anche essere stimolata da manifestazioni pubbliche capaci di impressionare le folle; ed ha voluto colpire le manifestazioni stesse, precisamente in quanto idonee a costituire il pericolo di tale ricostituzione». Cfr. Corte cost., sent. 6 dicembre 1958, n. 74, punto 8 considerato in diritto.

[89] Con la sent. del 25 novembre 1958 i giudici di legittimità avevano dichiarato manifestatamente infondata l'eccezione di incostituzionalità sollevata dagli imputati nei confronti dell'art. 5 legge Scelba relativo alle manifestazioni di carattere fascista. La decisione si poneva in linea di continuità con i criteri enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 1957, n. 1, che aveva delimitato l'ambito di rilevanza penale dell'attività di esaltazione del fascismo, individuando nei requisiti dell'idoneità e dell'efficacia dei mezzi impiegati i parametri essenziali per accertare l'effettivo pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista.

[90] «Si comprende che una volta dichiarata dalla Corte costituzionale la legittimità costituzionale di una legge, il giudice dovrà applicarla secondo lo spirito della Costituzione per una adeguata applicazione al caso concreto. Non crede questo Supremo Collegio che il criterio interpretativo di così ampia portata adottato dalla Corte costituzionale sia suscettibile di modificazioni e che esso non conservi la sua validità anche quando non trattasi di atti che integrino vera e propria apologia del fascismo ma si esauriscono in manifestazioni come il canto degli inni fascisti, poiché si ha ragione di ritenere anche che queste manifestazioni di carattere apologetico debbano essere sostenute, per ciò che concerne il rapporto di causalità fisica e psichica, dai due elementi della idoneità ed efficacia dei mezzi rispetto al pericolo della ricostituzione del partito fascista e che, quando questi requisiti sussistono, l'ipotesi di cui all'art. 5 legge citata è costituzionalmente legittima». La citazione è tratta dalla sentenza della Cassazione, sez. III, 25 novembre 1958, ed è richiamato testualmente dalla Corte cost., sent. 6 dicembre 1958, n. 74.

prevenzione di un concreto pericolo di ricostituzione del disciolto partito fascista.[91] In sintesi, si può affermare che la giurisprudenza costituzionale abbia introdotto, in via interpretativa, un elemento di pericolo concreto – identificato nella possibilità di ricostituzione del partito fascista e nel correlato rischio per la tenuta delle istituzioni democratiche - all'interno di fattispecie penali originariamente concepite dal legislatore, anche in ragione della loro natura contravvenzionale, come di pericolo astratto.

Da tale evoluzione ermeneutica è derivata una rilettura del divieto costituzionale, condotta nel rispetto del principio di offensività sancito dall'art. 25 Cost, che ha affidato alla giurisprudenza penale il compito di valutare, caso per caso la concreta idoneità delle condotte a porre in pericolo l'ordine pubblico democratico, distinguendo tra ipotesi di pericolo astratto e di pericolo concreto.

La perseguibilità di tali condotte è infatti, ancora oggi, oggetto di numerose pronunce da parte della Corte di cassazione la quale si è spesso interrogata sulla rilevanza giuridica delle fattispecie così come originariamente disciplinate dalla legge Scelba e poi successivamente modificate dalla Legge Mancino.

Come si evidenzierà nell'analisi delle sentenze successive, emerge una costante oscillazione interpretativa e applicativa della XII disposizione transitoria e della normativa di attuazione,[92] riconducibile alla duplice esigenza dell'ordinamento costituzionale: da un lato, garantire la libertà di manifestazione del pensiero, ammettendo le espressioni meramente ideologiche, apologetiche o commemorative del fascismo che non comportino pericoli concreti per l'ordine democratico; dall'altro, preservare i principi fondamentali della democrazia repubblicana, vietando e sanzionando ogni condotta che, per contenuto o contesto, possa concretamente tradursi in un tentativo di ricostituzione del disciolto partito fascista.

6. *L'intenzione del legislatore e il divieto di ricostituzione del partito fascista nella giurisprudenza penale*

La "questione fascista" ha da sempre impegnato la giurisprudenza in particolare quella penale, chiamata a confrontarsi con la disciplina attuativa del divieto costituzionale. Nel dopoguerra con la nascita del nuovo ordinamento giuridico, i costituenti, come abbiamo osservato, si posero fin da

[91] In dottrina è stato osservato come il ricorso allo strumento penale, nelle forme delineate dalle leggi di attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione – in particolare la legge 20 giugno 1952, n. 645, e la legge 25 giugno 1993, n. 205 –abbia prodotto, anche per effetto dell'interpretazione costituzionale, una significativa riduzione della portata originaria del divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista: «Al contrario, l'uso dello strumento penale, nella forma di delitto quale introdotto da tali disposizioni, ha finito per disegnare il rapporto tra la XII Disposizione e l'edificio complessivo della Costituzione in chiave riduttiva. Da una parte, infatti, la Corte costituzionale ha pronunciato sentenze che, facendo salva la legislazione penale di attuazione della XII Disposizione, hanno modificato profondamente l'effettiva capacità prescrittiva di quest'ultima […] È in conseguenza di ciò che i giudici, di merito e di legittimità, dovendo accertare in concreto il pericolo di ricostituzione del partito fascista, sono stati nel tempo restii ad applicare le disposizioni previste dalla legge Scelba, rendendola, nel suo complesso, inefficace». Cfr. F. PARUZZO, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia "antirazzista" della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in Osservatorio Costituzionale AIC, 2024, 6.

[92] Tra i numerosi contributi dedicati al tema della distinzione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto in relazione alle manifestazioni di carattere fascista, si segnala: A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in Diritto Penale Contemporaneo, cit.; A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2019; C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in Questione Giustizia, 2019; B. PITINGOLO, *La democrazia italiana di fronte al saluto romano. Alcune note a margine di Cass. sez. un. n. 16153 del 2024*, in MediaLaws, 2024; A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto*, cit.; S. CURRERI, *Costituzione e neo-fascismo: quando il saluto fascista è reato?,* cit.

subito il problema di come qualificare giuridicamente le manifestazioni di carattere fascista (saluti romani, esaltazioni apologetiche del regime e dei suoi rappresentanti, stampati raffiguranti il duce e altri gerarchi, richiami alla simbologia militare del regime ecc..). La scelta della nascente Repubblica fu di imporre come unico limite invalicabile il divieto di ricostituzione del partito fascista, oltre il quale l'ordinamento non avrebbe tollerato associazioni, gruppi politici o manifestazioni di pensiero riconducibili a tale ideologia. Come ben affermato dai giudici costituzionali, la XII disposizione transitoria e finale ha conferito in modo definitivo e tassativo al legislatore ordinario non solo la "*potestà-dovere*" di fissare sanzioni penali in casi di violazione del divieto, ma anche di ricercare le forme e i modi «più idonei e più incisivi» per la realizzazione della pretesa punitiva «pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini, al fine di combattere il più efficacemente e sollecitamente possibile quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire»[93].

È proprio nel delicato equilibrio tra il carattere tollerante dell'ordinamento costituzionale e la necessità di difenderlo da ogni minaccia concreta alla sua integrità, che si è sviluppata, nel tempo, la giurisprudenza penale in materia di tutela dell'ordine pubblico e di manifestazione del pensiero[94]. Come vedremo, dietro a queste decisioni emergono dunque concezioni tra loro differenti (ma non per questo incoerenti) della democrazia e dei suoi antagonisti, di chi abbia diritto a partecipare al dibattito pubblico e quali manifestazioni debbano essere bandite.

Occorre allora interrogarsi entro quali limiti il diritto alla libera manifestazione del pensiero, così centrale nell'assetto costituzionale democratico, possa estendersi fino a ricomprendere discorsi che esprimano intolleranza, incitino all'odio o mettano in discussione i principi fondamentali dell'ordinamento[95]. La libertà di esprimere opinioni, anche critiche o scomode, è condizione essenziale per il funzionamento del dibattito pubblico; tuttavia, essa non è priva di responsabilità né può essere concepita come un potere assoluto, indifferente alle conseguenze che genera nella sfera collettiva.

Il problema sorge con particolare urgenza quando ci si trova di fronte a espressioni che, pur formalmente protette, finiscono per erodere lo spazio comune della democrazia, minacciando la coesione sociale, l'uguaglianza e la dignità delle persone. Una società pluralista può restare fedele a sé stessa se ammette, senza reagire, forme di comunicazione che negano i presupposti del vivere civile? È giusto – ed è possibile – garantire libertà a chi se ne serve per contestare la libertà altrui?

È su queste basi che la giurisprudenza penale ha affrontato le questioni che di volta in volta le sono state rivolte ed è in conseguenza di ciò che i giudici di legittimità, dovendo accertare in concreto l'idoneità e l'efficacia di quelle condotte volte a favorire la ricostituzione del disciolto partito fascista, secondo l'intenzione del legislatore individuata dalla giurisprudenza costituzionale,

---

[93] Cfr. Corte cost., sent.12 novembre 1974, n.254.

[94] Tale necessità di tutela è sentita oggi più che mai, in un contesto sociale e comunicativo profondamente mutato rispetto all'epoca in cui furono emanate le disposizioni di attuazione del divieto costituzionale della XII disposizione transitoria e finale. In particolare, lo strumento di internet e dei social network ha modificato radicalmente le modalità di diffusione del discorso pubblico, offrendo un canale immediato, capillare e spesso incontrollabile per la propagazione di ideologie estremiste. Sul tema si veda F. PALLANTE, *La propaganda nazi-fascista via social network e la Costituzione democratica antifascista*, in *Questione Giustizia*, 2020; C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi,* in *Il Sole 24 Ore*, 2019. Sul punto mi sia anche consentito rinviare a B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete*: il caso *Forza Nuova c. Facebook*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 581 ss; *ID.*, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete: CasaPound vs. Facebook – atto III,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 245 ss., *ID.*, *C'è un giudice a San Francisco?,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 104 ss.

[95] «Non è segno di libertà tollerare l'intolleranza, non è segno di democrazia offrire spazi di propaganda a chi intende distruggerla. La democrazia è una costruzione fragile che può essere svuotata proprio attraverso le libertà che la definiscono». G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 91.

hanno assunto posizioni ondivaghe circa l'applicazione non sempre costante dello strumento penale.

In ragione di ciò sul terreno della prassi applicativa della Corte di cassazione, si è sviluppato un orientamento non sempre univoco nella qualificazione giuridica di condotte simboliche riconducibili all'ideologia fascista, come il saluto romano e altri comportamenti analoghi. La difficoltà interpretativa si è manifestata nella diversa sussunzione di tali comportamenti all'interno delle fattispecie previste dalla legge Scelba o dalla legge Mancino, con significative oscillazioni giurisprudenziali circa la natura del pericolo richiesto e la rilevanza del contesto in cui tali gesti sono compiuti.

Sulla base dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui la punibilità delle manifestazioni di carattere fascista richiede l'accertamento della concreta idoneità e dell'efficacia della condotta atti a favorire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, con conseguente configurabilità di un pericolo concreto, merita di essere richiamata la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I penale, 25 marzo 2014, n. 37577. In tale pronuncia, i giudici hanno ritenuto penalmente rilevante il gesto del saluto romano compiuto da alcuni aderenti al movimento politico di estrema destra Casapound, nel corso di una manifestazione pubblica in commemorazione delle vittime delle foibe: «il fatto che gli altri partecipanti alla manifestazione condividessero - come prospettato - l'ideologia fascista ed il ricorso agli atti simbolici nulla toglie alla pericolosità concreta della condotta, anzi ne rappresenta una conferma, trattandosi di comportamento idoneo a rafforzare una volontà di riorganizzazione tra più soggetti, né rileva il mancato compimento - durante la manifestazione - di atti di violenza che avrebbero dato luogo ad incriminazioni diverse ed ulteriori» [96].

In senso contrario, la Corte di cassazione sez. I penale, con sentenza 2 marzo 2016, n. 11038, ha escluso la rilevanza penale di una condotta analoga, posta in essere nel corso di una manifestazione commemorativa. In quel caso, pur riconoscendo la presenza di «manifestazioni, certamente di carattere fascista e con una indubbia simbologia fascista (il saluto romano, la chiamata del presente e l'uso della croce celtica)» - i giudici hanno ritenuto che tali gesti fossero «esclusivamente rivolti ai defunti, in segno di omaggio e umana pietà e non avevano alcuna finalità di restaurazione fascista». Il corteo si era svolto secondo «modalità ordinate e rispettose, in assoluto silenzio...senza che venisse intonato alcun canto, inno fascista o venissero pronunciate frasi o slogan comunque evocativi del partito fascista" e senza alcun accenno a "comportamenti aggressivi, minacciosi o violenti nei confronti dei presenti, senza armi o altri strumenti e senza riferimenti a lotte o rivendicazioni politiche (limitandosi lo striscione in testa al corteo a rendere onore ai camerati caduti». Tutte circostanze che hanno portato i giudici ad escludere che la manifestazione avesse assunto connotati tali da «suggestionare concretamente le folle inducendo negli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista»[97].

[96] «Nell'ambito di questa valutazione, è stato dato adeguatamente atto che tale condotta, per come emergente da quelle fonti di prova non dichiarative, avesse pienamente integrato il reato di cui all'art. 4 L. n. 645 del 1952: a) sia nella componente di esaltazione del fascismo, per il tramite di alcuni comportamenti e di un armamentario indiscutibilmente simbolici saluto fascista, baschi, fascio littorio, bandiere della Repubblica Sociale Italiana, peraltro sullo sfondo di un'ambientazione organizzata nel Sacrario Militare Germanico di Cassino, vieppiù sintomatica - a maggior ragione - della condivisione da parte degli imputati di valori antidemocratici di cui si faceva portatore l'alleato nazista); b) sia nella sua componente di istigazione alla realizzazione di un'azione politica funzionale alla riorganizzazione del partito fascista (pubblicazione sulla Rete di video e fotografie, in cui si rivolgevano ai "camerati della rete" invitandoli a tesserarsi per un movimento definito "fascista" e a partecipare ad una manifestazione di quello stesso movimento, al contempo riferendosi inequivocabilmente alla reviviscenza del partito fascista e inneggiando espressamente all' "Italia fascista")». Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 giugno 2024 n. 37859.

[97] Cfr. Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2016 n. 11038.

In linea con la suddetta pronuncia si pone anche la sentenza della Cass. Pen. n. 8108 del 2017, che ha escluso il carattere offensivo della manifestazione fascista caratterizzata dal compimento, di gesti usuali del disciolto partito fascista. Anche in quella occasione i giudici riscontravano «la natura puramente commemorativa della manifestazione e del corteo, organizzati in onore di tre defunti, vittime di una violenta lotta politica che ha attraversato diverse fasi storiche […] in questo senso depongono le modalità ordinate e rispettose del corteo, svoltosi in assoluto silenzio, senza inni, canti o slogan evocativi dell'ideologia fascista, senza comportamenti aggressivi, minacciosi o violenti nei confronti dei presenti, senza armi o altri strumenti»[98].

Il panorama giurisprudenziale offre numerose pronunce della Corte di cassazione intervenuta a dirimere i contrasti interpretativi sorti a seguito della diversa qualificazione dei fatti operata dai giudici di merito, sia in relazione alla disciplina applicabile, sia rispetto al bene giuridico tutelato. Da un lato, la giurisprudenza ha ricondotto determinate condotte all'ambito della legge Scelba, volta a salvaguardare l'ordine pubblico costituzionale contro ogni tentativo di ricostituzione del disciolto partito fascista; dall'altro, ha fatto applicazione della legge Mancino, che tutela un bene giuridico più ampio e composito, identificabile nella dignità della persona e nel principio di non discriminazione[99].

È indubbio che la scelta, da parte dei giudici, di qualificare determinati comportamenti come discriminatori e, dunque, di applicare la disciplina prevista dalla legge Mancino risponda a una duplice esigenza. Da un lato, tale orientamento consente di ampliare la sfera di tutela dei diritti fondamentali, ponendo al centro del giudizio la dignità della persona come bene giuridico autonomamente meritevole di protezione. Dall'altro, sul piano probatorio, l'inquadramento della condotta nell'ambito di un reato di pericolo astratto – quale quello configurato dalla legge n. 205 del 1993 – permette di evitare l'onerosa dimostrazione dell'effettivo pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, richiesta invece dalla legge Scelba, e che spesso si traduce in una vera e propria *probatio diabolica*[100].

Il richiamo alla possibile sovrapposizione delle fattispecie previste dalla legge Scelba e dalla legge Mancino emerge fin dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I penale, 30 settembre 1993, n. 3791, nella quale si sosteneva che «la sussistenza di gravi indizi relativamente al reato di cui all'art. 1 comma 3 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, anziché in ordine al reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista previsto dagli artt. 1 e 2 l. 20 giugno 1952, n. 645 addebitato all'inquisito dal g.i.p. con riferimento ad attività di propaganda razzista. Razzismo è, infatti, nozione che indica le dottrine che postulano quale presupposto del divenire storico l'esistenza di razze superiori ed inferiori, le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione; alla stregua di tale definizione, dunque, la lettera e la ratio delle due leggi si identificano e le comuni proibizioni si dirigono entrambe ad impedire che le ideologie contenenti il germe della sopraffazione

[98] Cfr. Cass. pen., sez I, 20 febbraio 2018, n. 8108.

[99] Come vedremo nel prosieguo della trattazione, la duplice possibilità di qualificazione delle medesime fattispecie – come rientranti nell'art. 5 della legge Scelba o, alternativamente, nell'art. 2 della legge Mancino – comporta, in concreto, un possibile restringimento o ampliamento dell'area del penalmente rilevante. A seconda della disposizione applicata, infatti, mutano i presupposti di tipicità richiesti: mentre l'art. 5 configura un reato di pericolo concreto, che impone l'accertamento della reale idoneità della condotta a favorire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, l'art. 2 della legge n. 205/1993 presuppone un contesto associativo o comunicativo improntato alla discriminazione o alla violenza, anche solo sotto forma simbolica o ideologica, e può essere applicato in presenza di manifestazioni esteriori usuali o espressive di ideologie razziste.

[100] «Il rischio, in questo ambito, è di cadere nel campo del diritto penale simbolico, in un modo o nell'altro. Difatti, una concezione rigorosa di pericolo concreto rischierebbe di trasformare il precetto in una norma inapplicabile, generando un problema d'impunità; d'altro canto, uno scivolamento verso il pericolo astratto rischierebbe di elevare il saluto romano e gli altri rituali fascisti alla stregua di simboli proibiti ancorché privi della minima portata offensiva». Cfr. L. SCOLLO, *Simboli proibiti e proibizioni simboliche: la natura polisemica del saluto romano,* in *Archivio Penale*, 2025, 46.

od enunciazioni filosofico-politico-sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza) conducano a discriminazioni aberranti, con il pericolo che ne derivi odio, violenza, persecuzione»[101].

In questo senso, merita di essere richiamata la sentenza della Corte di cassazione penale, Sez. I, n. 7812 del 1999, nella quale i giudici di legittimità, per la prima volta, hanno evidenziato "una oggettività giuridica sostanzialmente coincidente" tra la disciplina prevista dalla legge Scelba e quella contenuta nella legge Mancino. Secondo la Corte, da tale coincidenza deriva che «se si ritiene di non poter riconoscere attraverso la propaganda razzista la ricostituzione del disciolto partito fascista, la propaganda può acquistare rilevanza sul piano penale solo come forma di incitamento, punibile ai sensi della legge n. 205 del 1993»[102].

Anche la giurisprudenza più recente ha confermato l'orientamento già tracciato, riconoscendo nel saluto romano non una mera manifestazione simbolica, ma una forma espressiva intrinsecamente connotata da valenze discriminatorie, strettamente legata all'esperienza storica del fascismo e, come tale, potenzialmente idonea a integrare gli estremi dell'istigazione all'odio razziale o alla violenza. In questa linea si colloca la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I penale, n. 25184 del 2009[103], nella quale i giudici hanno ricondotto il saluto fascista nell'ambito applicativo dell'art. 2 della legge n. 205 del 1993 (cd. legge Mancino), qualificando tale condotta come una diretta e inequivocabile espressione di istigazione alla discriminazione o alla violenza [104].

Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I penale, n. 21409 del 2019, la quale – nel pronunciarsi su un caso di saluto romano – qualifica tale condotta come "espressione gestuale inequivocabilmente diretta a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico" sottolineando la "funzione di tutela preventiva" della fattispecie prevista dall'art. 2 della legge n. 205 del 1993. Secondo i giudici, infatti, non è necessario provare l'effettiva idoneità della condotta a provocare un concreto pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza collettiva, essendo sufficiente la mera potenzialità offensiva dell'atto[105].

---

[101] Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 settembre 1993, n. 3791.

[102] Cfr. Cass. pen., sez. I, 16 giugno 1999, n. 7812, che ricostruisce il rapporto tra le due fattispecie associative in termini di sussidiarietà, evidenziando che l'istigazione alla discriminazione integra un fatto «ontologicamente più grave» rispetto alla propaganda razzista.

[103] Nel medesimo orientamento può collocarsi anche la sentenza n. 37390 del 2007, nella quale la Corte di cassazione, ha ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 2 della legge n. 205/1993 in relazione all'ostentazione di un tricolore recante il fascio littorio durante una manifestazione sportiva. In tale occasione, i giudici hanno affermato che il fascio littorio, pur non essendo di per sé simbolo esclusivo del regime fascista, è tuttavia «collegato da tutti i consociati al regime fascista, che è stato l'ultimo utilizzatore del simbolo», risultando così idoneo, in quel contesto, a veicolare un messaggio di adesione all'ideologia fascista e di istigazione alla discriminazione o alla violenza. Cfr. Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2007, n. 37390.

[104] «il S. non è stato condannato in quanto, con la sua condotta, ha manifestato l'opinione di condividere o comunque provare un sentimento di simpatia per gesti e simboli propri del disciolto partito nazionale fascista, ma perchè ha compiuto una manifestazione esteriore - il saluto fascista - propria o usuale di organizzazioni, associazioni o gruppi di cui alla L. n. 205 del 1993, la quale, nel contesto e nell'ambiente in cui era stata compiuta, era non solo idonea a provocare adesioni e consensi tra le numerose persone presenti, ma era inequivocamente diretta a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale od etnico». Cfr. Cass., sez. I pen., 17 giugno 2009, n. 25184. La valenza discriminatoria del cosiddetto saluto fascista è ribadita anche da una recente sentenza della Corte di cassazione del 2016 n. 20450, nella quale si è affermato come «il cosiddetto "saluto romano" o "saluto fascista" è una manifestazione esteriore propria o usuale di organizzazioni o gruppi indicati nel D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993 n. 205 (misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa) e inequivocabilmente diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico; ne consegue che il relativo gesto integra il reato previsto dall'art. 2 del citato decreto-legge» Cfr. Cass. pen., sez. II, 19 maggio 2016, n. 20450.

[105] «Detta fattispecie, peraltro, non richiede che le manifestazioni siano caratterizzate da elementi di violenza, svolgendo una funzione di tutela preventiva, che è quella propria dei reati di pericolo astratto. Tale natura del reato inoltre, impone, per la sua configurazione, che sia accertata la idoneità della condotta a offendere il bene giuridico,

Riassumendo gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di cassazione in materia di manifestazioni di carattere fascista, è possibile osservare un'evoluzione della risposta sanzionatoria, progressivamente calibrata in funzione sia della specificità delle condotte contestate, sia degli elementi probatori emersi in giudizio. Le pronunce di legittimità, infatti, hanno talvolta valorizzato il profilo storico del "pericolo fascista", ricostruendo la rilevanza penale in chiave di potenziale ricostituzione del disciolto partito, secondo la logica del reato di pericolo concreto delineata dalla giurisprudenza costituzionale; in altri casi, invece, hanno posto l'accento sulla natura intrinsecamente discriminatoria delle condotte, riconducendole alla sfera applicativa della legge Mancino, in quanto espressione diretta di un'ideologia contraria ai valori di eguaglianza e dignità della persona, propria dell'esperienza fascista.

La diversa qualificazione delle fattispecie è inevitabilmente influenzata anche dall'approccio ermeneutico adottato dall'interprete, il quale, nel processo di applicazione della norma al caso concreto, seleziona e valorizza gli elementi di fatto ritenuti rilevanti alla luce del bilanciamento tra i beni giuridici costituzionalmente protetti. Tale bilanciamento dipende, in larga misura, dalla specifica visione valoriale dell'ordinamento assunta dall'interprete, che può attribuire un peso diverso a ciascun interesse in gioco, condizionando così l'esito dell'interpretazione. Quest'ultima operazione interpretativa, pur svolgendosi entro i limiti del principio di legalità e del canone di tassatività, può riflettere l'incidenza di tali convinzioni giuridico-valoriali, specie nei casi in cui venga in rilievo un conflitto tra libertà costituzionali – come quella di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) – e interessi pubblici fondamentali, quali la tutela dell'ordinamento democratico e il rispetto della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

È pur vero che, con riferimento all'originaria intenzione del legislatore costituente, la sussunzione delle condotte riconducibili all'ideologia fascista nell'ambito applicativo della legge Mancino comporta un significativo, seppur pregevole, scostamento rispetto alla *ratio* propria della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, la quale si limita(va) a sancire il divieto storico e oggettivo di ricostituzione del disciolto partito fascista, senza estenderlo espressamente al carattere discriminatorio dell'ideologia in sé[106].

Questo profilo ha progressivamente assunto un ruolo centrale in sede applicativa, poiché ha consentito di estendere l'ambito di punibilità a condotte comunque idonee a ledere una pluralità di beni giuridici costituzionalmente garantiti: dall'uguaglianza sostanziale alla dignità della persona (artt. 2 e 3 Cost.), fino alla salvaguardia dell'ordine democratico e dei valori fondativi dell'ordinamento repubblicano.

7. *La decisione delle Sezioni Unite n. 16153 del 18 gennaio 2024*

Nel panorama giurisprudenziale delineato, la sentenza n. 16153 del 18 gennaio 2024 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione rappresenta una pronuncia significativa sulla rilevanza giuridica del saluto romano, della risposta alla chiamata "presente" e di altra simbologia legata all'ideologia fascista[107].

---

contestualizzando il comportamento dell'agente attraverso un giudizio ex ante». Cfr. Cass., sez. I pen., 27 marzo 2019, n. 21409.

[106] «Come è evidente, la fuga dalla legge Scelba, e il ripiegamento strategico sulla meno rigorosa legge Mancino, costituisce una spia significativa del disagio interpretativo cui si trova normalmente esposta la prassi applicativa al momento di confrontarsi col nodo irrisolto del pericolo concreto di ricostituzione del Partito fascista». Cfr. A. TESAURO, *Le radici profonde non gelano: le manifestazioni fasciste al vaglio delle Sezioni Unite. Tra storia e diritto*, cit., 7.

[107] Cfr. Cass., sez. un., 18 gennaio 2024, n. 16153, resa su ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano del 24 novembre 2022, relativa a una manifestazione commemorativa svoltasi a Milano il 29 aprile 2016 in memoria di Sergio Ramelli, Enrico Pedenovi e Carlo Borsani. Otto imputati erano stati ritenuti responsabili di aver posto in essere il

La Corte, infatti, era stata chiamata a pronunciarsi in merito alla rilevanza penale di tali manifestazioni simboliche valutandone la compatibilità con i limiti posti dall'ordinamento costituzionale in particolare alla luce della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. I giudici dovevano verificare se le fattispecie contestate potessero essere ricondotte nel duplice alveo applicativo della legge n. 645/1952 (legge Scelba) e della legge n. 205/1993 (legge Mancino).

In primo grado, il Tribunale di Milano aveva assolto gli imputati, non ravvisando la sussistenza del "pericolo di ricostituzione di organizzazione fascista" e ritenendo insussistente qualsivoglia fattispecie di reato. Di contro, la Procura aveva proposto appello, sostenendo che il saluto romano, esibito in un contesto pubblico, anche se connotato con finalità commemorative del regime fascista, potesse comunque configurare una violazione delle norme penali. La Corte di appello di Milano, con pronuncia del 24 novembre 2022, in riforma della decisione impugnata, ravvisava la rilevanza penale dei fatti contestati perché considerati concretamente idonei alla propaganda e diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e come tali integranti il reato di cui all'art. 2 della legge Mancino.

Ciò considerato, la prima sezione penale della Cassazione, con ordinanza del 6 settembre 2023, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto interpretativo in merito alle gestualità simboliche riconducibili al partito fascista, chiedendo in particolare «se la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla 'chiamata del presente' e nel 'saluto romano', rituali evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista» fosse sussumibile «nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205, ovvero in quella prevista dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 64»[108].

La Corte, nel rispondere al quesito interpretativo, esamina in modo approfondito i profili distintivi delle due fattispecie, soffermandosi in particolare sulla diversa natura dei reati – di pericolo astratto e di pericolo concreto – e sui differenti beni giuridici tutelati[109].

Innanzitutto i giudici osservano come, pur a fronte dell'identità della condotta materiale, rappresentata dal compimento di "manifestazioni pubbliche", emerga un elemento di netta differenziazione relativo ai soggetti di riferimento delle condotte: da una parte le condotte riconducibili a quelle del "disciolto partito fascista" (legge Scelba) mentre dall'altra in quelle proprie dei "movimenti, gruppi, associazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza" (legge Mancino).

Entrando nel merito della pronuncia e cioè nella parte dedicata all'analisi dei beni giuridici protetti dalle disposizioni in esame, la Corte richiama l'intenzione del legislatore storico. Un primo riferimento viene operato con riguardo al bene giuridico leso dalle condotte di cui all'art. 5 della legge Scelba. La Corte sostiene che «non può non essere strettamente correlato alla stessa ragione storica e "costituzionale" posta a fondamento della introduzione della norma, contenuta in una legge significativamente intitolata "norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, ovvero di quella disposizione che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista». Per tale ragione, afferma la Corte, il bene giuridico protetto dalla disposizione deve essere identificato «nell'ordinamento 'democratico' o meglio ancora

"saluto romano" e la "chiamata del presente", gesti qualificati come espressioni simboliche dell'ideologia fascista e giudicati penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 2 della legge 25 giugno 1993, n. 205 (legge Mancino). La sentenza delle Sezioni Unite viene qui richiamata limitatamente al profilo interpretativo, nella parte in cui i giudici valorizzano il richiamo all'intenzione del legislatore quale criterio ermeneutico funzionale alla costruzione dell'argomentazione giuridica.

[108] Cfr. Cass. pen. sez. I, ord., 6 settembre 2023, n. 38686.

[109] Per un'analisi approfondita dei criteri distintivi tra le fattispecie previste dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, e dall'art. 2 della legge 25 giugno 1993, n. 205, con particolare riferimento alla diversa qualificazione dei reati di pericolo astratto e di pericolo concreto, nonché ai differenti beni giuridici tutelati, si rinvia al punto 6 della parte in diritto della sentenza.

'costituzionale' in cui viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che, per la sua ideologia antidemocratica, per espressa previsione appena sopra richiamata, contenuta nella stessa carta del 1948 (XII disp. trans. fin. Cost.), è contraria all'assetto costituzionale»[110].

La fonte dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è quella della giurisprudenza costituzionale e in particolare proprio la sentenza n. 74 del 1958 viene richiamata per recuperare la *ratio legis* della legge Scelba. Attraverso la giurisprudenza costituzionale si ribadisce lo scopo che il legislatore storico intendeva realizzare: e cioè «bandire dall'orizzonte democratico dello Stato la ricostituzione del partito fascista […] reputato talmente primario da avere formato oggetto all'interno della stessa Costituzione, di una specifica disposizione (quella appunto sub. XII disp. trans, fin.)». In forza di ciò la Corte dichiara anche che «non potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale, sotto il profilo della conciliabilità con il principio della libera manifestazione del pensiero dell'articolo 21 della costituzione, di una previsione che mira financo a sanzionare le condotte prodromiche ad una tale ricostituzione, purché coniugate con elementi modali e spaziali (ovvero lo svolgimento di pubbliche riunioni) idonei a renderli idonei 'a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste»[111].

A sostegno dell'argomento fondato sull'intenzione del legislatore, la Corte richiama anche l'intervento del Presidente del Consiglio De Gasperi, il quale, nel corso della relazione introduttiva al Senato sulla legge Scelba (1952), sottolineava come finalità primaria della legge fosse quella di «garantire, con concreta efficacia, il paese contro l'azione di associazioni o movimenti che perseguono, sotto qualsiasi forma, la riorganizzazione del disciolto partito fascista e di prevenire, perciò, la possibilità che insorgano movimenti politici che si sono dimostrati nefasti e deleteri per il paese e contro i quali la costituzione ha sancito un espresso divieto»[112].

La Corte osserva, inoltre, come la successiva novella del 1975 – con la quale l'ambito applicativo della disciplina penale venne esteso anche alle organizzazioni di matrice nazista – trovasse giustificazione nelle contingenti ragioni storiche, segnatamente nella rinnovata presenza di movimenti terroristici di estrema destra. L'*occasio legis* risultava idonea in quanto espressione di «una ideologia ugualmente storicamente definita e parimenti platealmente incompatibile con i valori democratici e costituzionali, omologa, su tale piano, a quella fascista»[113].

È proprio alla luce dei suddetti richiami al contesto storico che la Corte di cassazione individua, quale bene giuridico tutelato dall'art. 5 della legge Scelba, non il semplice "ordine pubblico materiale", bensì il più qualificato "ordine pubblico democratico o costituzionale". L'interpretazione conforme ai principi costituzionali conduce, secondo i giudici, a ritenere inevitabile la configurazione del reato come fattispecie di pericolo concreto. L'offesa al bene tutelato deve infatti essere valutata alla luce delle circostanze fattuali e del contesto in cui le manifestazioni si svolgono, così da accertarne l'effettiva idoneità a minacciare l'assetto democratico garantito dalla Costituzione.

Al contrario, le medesime considerazioni non possono essere estese alla disciplina prevista dalla legge Mancino finalizzata a contrastare su un piano anticipato, la diffusione delle idee discriminatorie. In questo caso, non rileva il contenuto della XII disp. trans. e fin. poiché i "*valori in gioco*" non si esauriscono nella tutela dell'"*ordine pubblico*", bensì si collocano in una prospettiva più ampia, volta a garantire la protezione dei «beni fondamentali, costituzionalmente protetti dagli

[110] Cfr. Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, punto 6.2 della parte in diritto.
[111] *Ivi,* punto 6.2.1 della parte in diritto.
[112] *Ibidem.*
[113] *Ibidem.*

artt. 2 e 3 Cost., della dignità ed uguaglianza della persona»[114]. Per quanto invece concerne la natura del reato la Corte tiene a precisare che «la valutazione del pericolo […] risulta già fatta apriori, dal legislatore»[115] e che pertanto spetta al giudice il compito di verificare, di volta in volta, gli elementi di fatto capaci di dimostrarne, in concreto, l'assenza. Per tale motivo la Corte osserva come – almeno ai fini dell'accertamento giudiziale - la distinzione tra pericolo concreto ed astratto finisca per risultare, nei fatti, «*evanescente*», dal momento che anche nei reati di pericolo astratto è comunque necessario il rispetto del principio di offensività, ossia l'accertamento che, nel caso concreto, la condotta sia effettivamente idonea a porre in pericolo i valori fondamentali della dignità e dell'uguaglianza della persona.

Ebbene la mancata omogeneità dei beni giuridici e la differenza delle fattispecie incriminatrici quanto al loro specifico contenuto – da un lato legato propriamente all'ideologia fascista, dall'altro esteso anche alle manifestazioni di matrice razzista e discriminatoria – determinano, secondo la Corte di cassazione, le condizioni per ritenere che le due previsioni normative debbano essere considerate distinte e autonome, tra loro e dunque non in rapporto di specialità tra loro.

Al contrario, viene sottolineata la "*diversità genetica*" tra gruppi e formazioni nonché nelle condotte penalmente rilevanti, a conferma dell'autonomia e della distinta *ratio* sottesa a ciascuna fattispecie: «al nucleo comune di manifestazioni tenute in pubbliche riunioni, si aggiunge, in ognuna di esse, l'elemento differenziante del loro contenuto, rilevante già sul piano astratto giacché, se nell'articolo 5 della legge n. 654 del 1975 le manifestazioni devono essere quelle 'usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste', nell'articolo 2 della legge n.645 del 1952 le manifestazioni sono quelle esteriori, proprie ed usuali delle "organizzazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della medesima legge 13 ottobre 1975, n.654»[116].

Tale valutazione, secondo la Corte, risulta confermata anche dal richiamo al "*rapporto di sussidiarietà espressa*" nella clausola di riserva contenuta nell'incipit dell'art. 604-bis c.p. ("*salvo che il fatto costituisca più grave reato*"), la quale costituisce espressione della volontà del legislatore di attribuire prevalenza alla fattispecie incriminatrice più grave. Così l'assenza del rapporto di specialità tra le disposizioni normative comporta per l'interprete il compito di valutare "*il significato del rituale del saluto romano*" per configurarne il corretto inquadramento giuridico[117].

Ricorda poi la Corte che, nonostante "la naturale riconducibilità del rituale in oggetto" all'art. 5 della legge Scelba, non si può tuttavia escludere che la medesima manifestazione del "saluto fascista" possa integrare anche la fattispecie di cui all'art 2 della legge Mancino, in ragione della rilevanza penale del contenuto discriminatorio e razzista dell'ideologia pubblicamente propugnata. In questo caso la Corte ritiene, però, necessario che le associazioni, movimenti o gruppi, cui la condotta è riferibile risultino "operanti nell'attualità", pur non essendo richiesto che essi siano dotati

[114] Ivi, punto 6.2.4 della parte in diritto.

[115] *Ibidem.*

[116] Ivi, punto 7.1 della parte in diritto.

[117] In questa prospettiva, sottolinea la Corte, anche le commemorazioni a sfondo fascista non possono essere considerate espressioni di memoria storica penalmente irrilevanti, ma devono essere sempre valutate alla luce della loro idoneità oggettiva a veicolare messaggi simbolici che, per il contesto e le modalità con cui sono posti in essere, risultano suscettibili di suscitare adesione, consenso o emulazione. La Corte, pertanto, supera quell'orientamento giurisprudenziale che tendeva a escludere la rilevanza penale delle mere celebrazioni nostalgiche, riconoscendo invece che esse possono integrare un pericolo concreto per l'ordinamento democratico, in quanto capaci di favorire la diffusione di ideologie incompatibili con i valori costituzionali. «*L'integrazione del reato in oggetto richiederà che il giudice accerti in concreto, alla stregua di una valutazione da effettuarsi complessivamente, la sussistenza degli elementi di fatto (esemplificativamente, tra gli altri, il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verificazione, il grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti, ecc) idonei a dare concretezza al pericolo di "emulazione" insito nel reato secondo i principi enunciati dalla Corte costituzionale*». Cfr. Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, punto 8 della parte in diritto.

di una denominazione formale, di uno statuto o di una struttura organizzativa interna articolata in ruoli e funzioni[118].

Ne consegue che l'operatività della disciplina di cui alla legge Mancino si fonda esclusivamente sulla condotta materiale della fattispecie di reato, intesa quale "condotta collettiva" concretamente posta in essere e finalizzata all'incitamento, alla discriminazione o alla violenza.

In conclusione, si può affermare che la sentenza della Corte di cassazione ha avuto il merito di offrire, una volta per tutte, una sistematizzazione coerente dei criteri giuridici elaborati, seppur in modo frammentario, dalla precedente giurisprudenza di legittimità. La scelta di preservare l'autonomia delle singole fattispecie incriminatrici ha inoltre consentito di estendere e rafforzare la tutela penale, includendo condotte che difficilmente avrebbero trovato protezione nell'ambito dell'originaria disciplina del 1952.

La duplice possibilità di qualificazione normativa – attraverso l'art. 2 della legge n. 205/1993 (legge Mancino) e l'art. 5 della legge n. 645/1952 (legge Scelba) – ha così determinato un ampliamento dell'area penalmente rilevante, consentendo un inquadramento più preciso e coerente di comportamenti altrimenti difficilmente riconducibili a fattispecie tipiche di reato[119].

In particolare, l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite ha fornito una chiave interpretativa idonea a colmare le cosiddette "zone grigie" che avevano alimentato incertezze applicative nella giurisprudenza di merito, come nel caso del saluto romano o dell'ostentazione di simboli, gesti o manifestazioni esteriori di chiara matrice razzista, discriminatoria o fascista.

In definitiva, la sentenza delle Sezioni Unite contribuisce in modo significativo alla sistematizzazione del quadro interpretativo, contribuendo a sviluppare coerentemente l'intento originario del legislatore costituente e a ribadire in modo inequivocabile il tratto identitario antifascista della nostra Carta costituzionale, nonché il ripudio di ogni ideologia razzista e antidemocratica[120].

8. *Considerazioni conclusive sull'attualità costituzionale della XII disposizione transitoria e finale*

In questo lavoro si è cercato di mettere in luce il ruolo che l'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore ha avuto nell'analisi della XII disposizione transitoria e finale, nonché nella successiva evoluzione della sua disciplina applicativa. L'obiettivo era quello di ricostruire il percorso interpretativo seguito dalla Corte costituzionale e di valutare in che misura lo sviluppo normativo e giurisprudenziale successivo abbia mantenuto coerenza con le intenzioni originarie del legislatore costituente, muovendo dal dato letterale della disposizione costituzionale.

Con la fine del fascismo, l'intento dei costituenti era chiaramente quello di sancire una netta cesura con il passato regime, conferendo al nuovo ordinamento repubblicano un'impronta

[118] Ivi, punto 9 della parte in diritto.

[119] In assenza di criteri ermeneutici sufficientemente consolidati, condotte quali l'esibizione di simboli riconducibili all'ideologia fascista, l'esecuzione di gesti rituali (quali il c.d. saluto romano), il canto di inni o slogan del regime e la partecipazione a commemorazioni dal contenuto simbolico ambiguo finivano spesso per sottrarsi alla risposta sanzionatoria dell'ordinamento penale, con il rischio di una attenuazione della tutela dei valori fondamentali dell'assetto costituzionale repubblicano. La progressiva individuazione dei presupposti soggettivi e oggettivi di rilevanza penale di tali comportamenti – anche quando inseriti in contesti solo apparentemente celebrativi o memoriali – ha sicuramente contribuito a rafforzare l'effettività del sistema di contrasto ai fenomeni di matrice neofascista e xenofoba.

[120] Particolarmente significativa, ai fini dell'affermazione del carattere antifascista dell'ordinamento costituzionale, è la riflessione svolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con riguardo alle manifestazioni commemorative connotate da richiami all'ideologia fascista. I giudici chiariscono, infatti, che tali contesti non possono essere considerati, in via generale, «un fattore di neutralizzazione degli altri elementi e, dunque, di automatica insussistenza del reato», precisando come anche nel corso di commemorazioni sia possibile integrare una fattispecie penalmente rilevante. Cfr. Cass., Sez. un., 17 aprile 2024, n. 16153, punto 8.1 del considerato in diritto.

esplicitamente antifascista. Come noto, tale scelta si tradusse nel primo comma della XII disposizione transitoria e finale, volto a impedire qualsiasi forma – anche solo embrionale o indiretta – di ricostituzione di formazioni politiche ispirate all'ideologia fascista.

A completamento di questa previsione, il secondo comma della medesima disposizione mirava a rafforzare la tutela della neonata democrazia repubblicana, introducendo limitazioni, seppur temporanee, all'elettorato attivo e passivo per gli esponenti del disciolto partito fascista, al fine di escludere qualsiasi possibilità di ingerenza da parte di soggetti legati al passato regime nelle nuove istituzioni democratiche.

Tale considerazione storica si rivela fondamentale per ribadire, ancora una volta, la centralità del divieto costituzionale di ricostituzione del partito fascista, principio unanimemente condiviso da tutti i costituenti, impegnati a ricostruire un impianto giuridico solido e impermeabile al rischio di una rinascita, anche solo potenziale o sotto mentite spoglie, dell'esperienza fascista.

Dalla lettura dei lavori preparatori emerge come, da parte di tutte le forze politiche, vi fosse una profonda fiducia nella capacità dell'ordinamento costituzionale di accompagnare la transizione democratica verso una nuova società fondata sulla libertà, sull'uguaglianza e sul riconoscimento effettivo dei diritti fondamentali sanciti dalla nascente Carta costituzionale. Proprio in virtù di tale fiducia, l'Assemblea costituente scelse di non introdurre ulteriori criteri restrittivi rispetto a quelli già contenuti nella XII disposizione transitoria e finale, ritenendo sufficiente ancorare il sistema politico al rispetto del metodo democratico, nella consapevolezza che fosse questo il presidio più solido ed efficace contro ogni possibile rigurgito autoritario. In tal senso, il divieto di ricostituzione del partito fascista venne concepito come una misura eccezionale ma necessaria, giustificata dalla natura eversiva e strutturalmente incompatibile di quella ideologia rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento repubblicano.

Tuttavia, questa fiducia non escludeva una lucida e realistica consapevolezza della persistente pericolosità del fenomeno fascista, anche in una prospettiva futura. L'adozione della legge Scelba andava proprio in questa direzione, ossia quella di rendere penalmente rilevante qualsiasi manifestazione riconducibile al fenomeno del fascismo "storico" in attuazione dell'intento espresso dal legislatore costituente.

Ed è proprio con la sentenza n. 74 del 1958 che la Corte costituzionale ricorre in maniera determinante all'uso dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore costituente per escludere l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge n. 645/1952 (cosiddetta legge Scelba). La Corte attraverso un costante rinvio ai lavori preparatori, non si limita a un richiamo formale della volontà del legislatore storico, ma ricostruisce e valorizza le ragioni sottese a tale intenzione, evidenziandone la funzione teleologica e sistematica.

Attraverso il proprio *iter* argomentativo, la Corte crea un raccordo solido tra la volontà costituente e quella del legislatore ordinario: l'intenzione del legislatore, dunque, non è un argomento meramente evocato, ma assume un riferimento interpretativo determinante e funzionale a realizzare – anche sul piano applicativo – la protezione dell'ordine democratico come bene giuridico fondamentale dell'ordinamento repubblicano.

Con l'approvazione della legge n. 205/1993 (legge Mancino), il panorama normativo si arricchisce ulteriormente, includendo nuove ipotesi di reato legate alla discriminazione razziale, etnica e religiosa. In questo nuovo contesto, il riferimento diretto all'intenzione del legislatore della XII disposizione diventa più sfumato: la tutela si sposta dal divieto di ricostituzione del partito fascista alla protezione della dignità umana e della convivenza democratica. L'argomento intenzionale non perde, tuttavia, la sua forza sistematica e vincolante, poiché anche la nuova disciplina si colloca nel solco della volontà originaria di contrastare ogni forma di manifestazione riconducibile, nei contenuti o nelle finalità, all'esperienza fascista. Essa estende così la tutela penalistica anche alle condotte

connotate da carattere discriminatorio e razzista, in linea con l'evoluzione dei valori costituzionali e con gli obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Nel percorso giurisprudenziale che ha accompagnato l'attuazione del divieto costituzionale, emerge con chiarezza la complessità del bilanciamento tra diritto penale, libertà costituzionali e tutela dell'ordinamento democratico. Tali aspetti hanno imposto ai giudici di interrogarsi sul delicato confine che intercorre tra l'esercizio legittimo delle libertà di manifestazione del pensiero, di riunione e di associazione – tutelate dagli articoli 17, 18 e 21 della Costituzione – e la necessità di prevenire e reprimere condotte che, sebbene simboliche o apparentemente innocue, possano veicolare messaggi eversivi, istigare alla discriminazione o favorire la ricostituzione, anche sotto forme dissimulate, del disciolto partito fascista.

Sotto questo profilo, si è assistito ad un'evoluzione sostanziale dell'interpretazione della XII disposizione transitoria e finale, attraverso un ampliamento del suo ambito applicativo, che ha progressivamente esteso la tutela costituzionale fino a ricomprendere anche la salvaguardia della dignità umana quale valore fondante del sistema democratico[121].

Tale evoluzione, sebbene non espressamente prevista nel dettato della XII disposizione, appare pienamente coerente con lo spirito del legislatore storico costituente e, al contempo, con l'intento perseguito dal legislatore ordinario nei successivi interventi normativi, costantemente orientati a rafforzare la tutela delle garanzie costituzionali poste alla base dell'ordinamento democratico. In particolare, dai lavori preparatori della legge n. 205 del 1993 (c.d. legge Mancino), emerge con chiarezza la volontà di dare continuità e attualizzazione al disegno antifascista delineato nella XII disposizione, estendendo la portata ai nuovi volti dell'estremismo neofascista e ai pericoli derivanti dalla diffusione di ideologie fondate sull'odio razziale, sulla violenza politica e sulla discriminazione.

La peculiarità del fenomeno fascista risiede, da sempre, nella sua straordinaria capacità di mutare forma e adattarsi ai contesti storici, pur restando una presenza costante nella storia politica italiana. Non a caso, c'è chi ha parlato anche di "Ur-fascismo"[122], inteso come fenomeno trasversale e metastorico irriducibile, caratterizzato da tratti ideologici ricorrenti difficilmente estirpabili dalla tradizione politica italiana: il culto dell'autoritarismo, il nazionalismo più estremo, il disprezzo per i deboli, gli stranieri e le minoranze, l'uso della violenza e della forza come modalità di esercizio politico, elementi distintivi che tendono a ripresentarsi ciclicamente, e che, purtroppo, riemergono sotto forma di controvalori davvero inquietanti e minacciosi per tutte le democrazie contemporanee.

Si può affermare che la vicinanza storica al regime fascista abbia reso inevitabile il ricorso all'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore, quale criterio ermeneutico privilegiato nell'interpretazione della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, in quanto strumento idoneo a cogliere il significato politico-costituzionale immediato del divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista[123].

---

[121] Originariamente concepita quale strumento volto a impedire la ricostituzione del disciolto partito fascista, la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione è stata progressivamente interpretata dalla giurisprudenza non solo in funzione repressiva, ma anche come presidio giuridico dei principi supremi dell'ordinamento repubblicano. In questa prospettiva evolutiva, essa è stata riletta non più soltanto come limite negativo all'esercizio delle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, bensì come strumento positivo di tutela dell'identità democratica dell'ordinamento, idoneo a contrastare non solo la ricostituzione di strutture organizzative di matrice fascista, ma anche la diffusione culturale, simbolica e comunicativa di modelli autoritari e discriminatori, ontologicamente incompatibili con i valori repubblicani.

[122] U. Eco descrive "Ur-fascismo" o "fascismo eterno" come un fenomeno metastorico, capace di riaffiorare in forme innocenti ma ideologicamente contaminanti sostenendo che esso «può ancora tornare sotto le spoglie più innocenti. Il nostro dovere è di smascherarlo e di puntare l'indice su ciascuna delle sue nuove forme – ogni giorno, in ogni parte del mondo». Cfr. U. Eco, *Il fascismo eterno*, La Nave di Teseo, Milano, 2017.

[123] Seguendo la lezione di A. Ross secondo cui: «i lavori preparatori scemeranno di importanza con l'invecchiare delle leggi. L'interpretazione soggettiva della legge, allora, assume il carattere di interpretazione storica». A. Ross, *Diritto e giustizia,* cit., 136.

Tale argomento, inizialmente impiegato per orientare l'attività giudiziale nella delimitazione dei confini giuridici del fenomeno storico del fascismo, ha progressivamente assunto un ruolo dinamico, trasformandosi – attraverso una lettura evolutiva – in un criterio interpretativo funzionale a contrastare le continue metamorfosi di tutte quelle manifestazioni estremistiche ed intolleranti ritenute idonee a minacciare i principi fondamentali e la stabilità dell'ordinamento democratico.

Occorre allora chiedersi in che limiti l'ordinamento democratico e in particolare la libera manifestazione del pensiero – '*pietra angolare*[124]' e '*cardine di democrazia nell'ordinamento generale*[125]' - debba comprendere anche le manifestazioni violente, offensive e razziste.

Tali interrogativi se portati all'estremo, conducono al cd. '*paradosso della tolleranza*': una società aperta e democratica deve essere pronta ad accogliere tutti i tipi di manifestazioni del pensiero? La democrazia pluralista contemporanea deve tollerare espressioni potenzialmente suscettibili di mettere in pericolo il buon funzionamento democratico dello stesso sistema? Come può una democrazia difendersi dai propri nemici senza tradire sé stessa?[126]

In realtà nessuna società, neppure quelle considerate più aperte e democratiche, possono accogliere la tolleranza come un principio assoluto e illimitato poiché ciò comporterebbe il rischio di mettere in pericolo le fondamenta valoriali della società stessa[127].

È tuttavia lecito domandarsi se, in una moderna democrazia pluralista, la tutela della libertà di espressione debba estendersi sino a ricomprendere anche manifestazioni di intolleranza, nella consapevolezza che una loro esclusione aprioristica rischierebbe di compromettere la vocazione inclusiva e dialogica dell'ordinamento democratico. Nondimeno, anche in tale prospettiva, il grado di apertura verso simili espressioni non può ritenersi illimitato, dovendo l'ordinamento dotarsi di adeguati strumenti di autodifesa, atti a salvaguardare i valori fondamentali e a prevenire derive eversive o discriminatorie incompatibili con i principi costituzionali[128].

Il punto di equilibrio, ancora una volta, può essere rintracciato nel recupero dell'originaria volontà del legislatore costituente, il quale, anche in ragione della prossimità storica al regime, aveva pienamente colto i pericoli insiti nella cultura politica fascista, prefigurandone la possibile riemersione e predisponendo, sin dall'inizio, strumenti volti a impedirne ogni forma di legittimazione futura. Rileggendo infatti i lavori preparatori si coglie chiaramente come i costituenti, che avevano vissuto in prima persona l'abisso e la tragedia della dittatura, non concepissero la XII disp. trans. e finale solo come un monito ancorato al passato, ma come un fondamentale presidio di garanzia posto a tutela del sistema democratico.

Nonostante la sua collocazione formale tra le disposizioni transitorie e finali, il divieto di ricostituzione del partito fascista sancito dalla XII disposizione deve essere considerato a pieno titolo parte integrante e permanente dell'assetto costituzionale. Pur riferendosi originariamente a un

---

[124] Cfr. Corte Cost., sent. 17 aprile 1969, n. 84, punto 5 del considerato in diritto.

[125] Cfr. Corte Cost., sent. 2 maggio 1985, n. 126, punto 6 del considerato in diritto.

[126] «Qui si innesta la domanda cruciale. L'uguaglianza nella diversità richiede tolleranza. Allora, tutto è tollerabile o c'è qualcosa d'intollerabile? quanto più indifferentemente si tollera, tanto più si è amici della tolleranza? Tollerare gli intolleranti, i fanatici, i violenti? […] Il tollerante, per restare, coerente, dovrebbe, allora, offrirsi inerme all'intollerante? Al contrario: gli intolleranti è lecito, anzi doveroso, contrastarli precisamente perché si ama la tolleranza. L'ignavia, alla fine, sarebbe complicità». G. ZAGREBELSKY, *La tolleranza è uguaglianza nella diversità*, in *La Repubblica*, 12 giugno 2025.

[127] Si tratta del c.d. "*paradosso della tolleranza*" formulato da K. POPPER, secondo cui una società che pratichi una tolleranza illimitata, senza porre argini all'intolleranza, rischia di essere sopraffatta da quelle stesse forze che intende accogliere. La tolleranza, dunque, non può essere estesa a chi nega i presupposti stessi della convivenza democratica, pena la dissoluzione dell'ordine liberale che ne costituisce il fondamento. Come afferma Popper: «Se estendiamo la tolleranza illimitata anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo preparati a difendere una società tollerante contro l'attacco degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti, e con loro la tolleranza». K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, Roma, 2009, 281.

[128] Cfr. E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e prassi*, Giappichelli, Torino, 2008.

fenomeno storico concluso, esso ha assunto nel tempo la funzione di "*presidio permanente*"[129] contro ogni forma di rigenerazione dell'ideologia autoritaria da cui la Repubblica si è voluta emancipare. Le sue prescrizioni e le sue limitazioni, dunque, non possono essere lette come misure eccezionali o temporanee, ma come espressione definitiva dei principi fondamentali dell'ordinamento democratico.

In definitiva ancora oggi, la sfida che attende interpreti, giudici e studiosi del diritto è quella di non tradire il significato profondo del patto costituzionale antifascista, riaffermandone la validità anche sul piano applicativo delle norme poste a presidio dell'ordinamento giuridico. Non si tratta di erigere barricate ideologiche, ma di coltivare anticorpi culturali e giuridici; di saper riconoscere, anche nei gesti apparentemente innocui, la dissimulazione sottile di un potere che disprezza le regole, nega i diritti e offende la dignità umana.

In questo contesto, l'intenzione del legislatore costituente – nella sua dimensione storica e nella sua proiezione teleologica – continuerà a rappresentare un punto di riferimento imprescindibile, in grado di orientare l'attività interpretativa verso la piena affermazione dei principi fondamentali della Costituzione.

Di fronte a temi così delicati che attengono all'essenza democratica dell'ordinamento costituzionale, i poteri pubblici non possono arretrare o desistere dalla loro funzione regolatrice e, ove necessario, sanzionatoria.

In definitiva la traiettoria da seguire resta quella tracciata dalla Costituzione e sintetizzata efficacemente con queste parole: «quella italiana è una Costituzione antifascista, nata dal ripudio di ideologie razziste e antidemocratiche, ed è tale per cui mai le forze politiche fasciste potranno pretendere di invocare diritti costituzionali – come la libertà di espressione– al fine di farne un utilizzo incostituzionale»[130].

[129] «La Costituzione antifascista non fu ispirata dall'idea di neutralità ideologica dello Stato, ma da un'esplicita opzione politica e morale contro ogni forma di totalitarismo. La XII disposizione non è clausola transitoria, ma presidio permanente». G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Einaudi, Torino, 2011, 53.

[130] P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Torino, 1974, 470.

Vera Fanti

Il valore del vincolo del precedente nella giurisprudenza amministrativa: una nuova esegesi tra esigenze di certezza e libertà dell'interprete

SOMMARIO: 1. Il tramonto dell'intenzione del legislatore e la riscoperta del precedente nella giurisprudenza amministrativa. – 2. Pluralità delle giurisdizioni, funzione di nomofilachia e certezza del diritto: il ruolo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 2.1. (*segue*): breve ricostruzione normativa della funzione nomofilattica del supremo organo di giustizia amministrativa. – 3. La giurisprudenza amministrativa come fonte del diritto e la certezza del diritto: mito o realtà?

The study shows that, although administrative adjudication predominantly relies on objective and systematic interpretative approaches, legislative intent remains a selective but significant argumentative tool, particularly in the decisions of the Plenary Assembly of the Council of State. Its use is carefully framed by reference to positive law and consolidated case law, in order to preserve legal certainty and predictability. Against this background, the nomofilactic function of the Plenary Assembly clearly emerges, together with the growing importance of judicial precedent, which increasingly operates as a "cultural" source of administrative law, fostering coherence, uniform interpretation, and the integration of legislative intent with constitutional principles and systemic values.

1. Il tramonto dell'intenzione del legislatore e la riscoperta del precedente nella giurisprudenza amministrativa

L'occasione della presente riflessione è costituita dal report finale ("L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato: un'indagine empirica"[1]) redatto dalla Dott.ssa Maria Francesca Tropea nell'ambito del progetto PRIN 2022 "Alla ricerca dell'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale: un approccio empirico"[2]. Esso offre un'analisi completa e articolata sul ruolo che l'intenzione del legislatore riveste nelle motivazioni delle pronunce del Consiglio di Stato, sia dell'Adunanza Plenaria che delle Sezioni semplici, nel periodo 2014-2023. Questa ricerca si inserisce in un dibattito ermeneutico classico, richiamando l'art. 12, comma 1, delle preleggi al codice civile (*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*) che positivizza, da un lato e in modo per certi versi anche eccessivo, l'interpretazione letterale e, dall'altro, riprende l'argomento psicologico come strumento per attribuire alla norma il significato voluto dal suo autore. Le due impostazioni, che il legislatore italiano ha accostato in un unico articolo, in realtà divergono perché la prima parte della norma tende a restringere i margini di autonomia dell'interprete, mentre la seconda tende ad allargarli.

Questo vale – ovviamente in via di estrema sintesi – per il diritto civile, materia su cui dottrina e giurisprudenza si sono tradizionalmente confrontate a partire dal *Code civil*: al contrario, con

[1] M.F. TROPEA, *L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato: un'indagine empirica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XXV, 2025, 2 (dicembre), 55 ss.

[2] Progetto PRIN 2022 dal titolo "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*", CUP D53D23007610006, "Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU". Si tratta di un interessante progetto di ricerca che coinvolge cinque università italiane: Università Bocconi (capofila, Principal Investigator, Prof. Damiano Canale), Università degli Studi di Brescia, Università degli Studi di Milano Statale, Università degli Studi di Siena e Università Cà Foscari Venezia.

riferimento specifico alla giurisprudenza amministrativa, spesso orientata verso letture oggettive e sistematiche, il report in questione rivela una presenza selettiva, ma non marginale, dell'intenzione del legislatore di cui all'art. 12 come strumento utilizzato dal giudice amministrativo al fine di bilanciare la *voluntas legis* e la certezza del diritto[3].

Nel report esaminato si è, infatti, evidenziato come solo una ridotta percentuale di pronunce emesse dall'Adunanza plenaria (poco più del 22% delle decisioni esaminate) si avvalgono dell'intenzione del legislatore come argomento esegetico: il che sottolinea come il giudice amministrativo tenda a privilegiare altre modalità di interpretazione, quale l'interpretazione letterale o sistematica e, quindi, preferisca un approccio più oggettivo e meno influenzato da considerazioni soggettive, strettamente legate al soggetto-legislatore e, come tali, occasionali ed effimere, piuttosto che ricorrere (appunto) all'*intentio* legislativa. In altri termini, i dati riportati nel report esaminato evidenziano come la giurisprudenza amministrativa, pur privilegiando approcci oggettivi, non rinuncia, comunque, seppur in parte, al tentativo di affidarsi all'intenzione del legislatore per risolvere lacune normative o oscurità testuali. Tuttavia, tale tentativo si realizza ancorando l'interpretazione sia a un legislatore positivo – che nell'ambito del diritto amministrativo si caratterizza per una produzione volutamente assai limitata – sia a fonti settoriali interne affidabili, evitando così, da un lato, i presunti pericoli di un soggettivismo eccessivo (ritenuto inaffidabile e fonte di squilibri ordinamentali), dall'altro, le interpretazioni dedotte da lavori preparatori che spesso sono assenti e che, comunque, non permettono una ricostruzione puntuale ed univoca. Un simile risultato può considerarsi connaturale alla tecnica argomentativa tipica dell'Adunanza plenaria, chiamata a dover argomentare in maniera puntuale le proprie decisioni nell'espletamento della propria funzione nomofilattica. Si tratta di un *jus dicere* evolutivo, espresso in via giurisdizionale, ma ancorato alla funzione della certezza del diritto, che eleva la nomofilachia al fine di contrastare possibili frammentazioni interpretative, integrando l'intenzione del legislatore con i principi costituzionali, i valori dell'ordinamento e una *ratio legis* oggettiva[4].

Ebbene, vediamo come proprio il valore del vincolo del precedente, il c.d. *stare decisis*, rappresenti un importante profilo all'interno della ricerca volta a rinvenire l'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale della giurisprudenza amministrativa e, in particolare, del suo supremo organo di giustizia, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Infatti, come emerge dalla ricerca esaminata, il perseguimento di obiettivi di certezza del diritto e l'esigenza di aumentare la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali, in un contesto caratterizzato inevitabilmente da lacunosità dell'ordinamento giuridico e da una sempre più frequente oscurità dei testi legislativi, hanno condotto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato a decidere con maggiore oggettività le controversie sottoposte alla sua attenzione. Risultato che viene raggiunto proprio ancorando il ragionamento giudiziale sulla base di un precedente giurisprudenziale che tende a nascondere il rilievo del significato proprio delle parole usate dal legislatore, nonché l'analisi del contesto ordinamentale, mediante una lettura sistematica e astratta delle disposizioni oggetto di applicazione.

[3] Sull'art. 12 delle preleggi, cfr. F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2022, 2, 1094-1095; G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 113 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 390.

[4] D'altro canto «le norme costituzionali non impongono regole (a parte, ovviamente, l'organizzazione della repubblica) ma definiscono valori, relazioni, prospettive e traiettorie a cui il legislatore ordinario si deve attenere»: in questi termini, F. MARINELLI, *L'invenzione del diritto di Paolo Grossi: a proposito di François Gény e della scuola esegetica in Francia*, in V. FANTI, F. MARINELLI, F. SABATINI, F.G. SCOCA, *L'invenzione del diritto. A proposito del nuovo libro di Paolo Grossi*, Pisa, 2018, 22.

2. Pluralità delle giurisdizioni, funzione di nomofilachia e certezza del diritto: il ruolo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

La nomofilachia, esigenza dell'ordinamento ritenuta, non sempre a ragione, come imprescindibile, costituisce uno dei pilastri fondamentali del sistema giuridico italiano. Essa viene, generalmente, intesa come l'attività propria della Corte di cassazione di curare l'esatta osservanza della legge e la sua interpretazione uniforme, nonché di assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale, imponendo la sua applicazione in modo che casi simili trovino la medesima soluzione giuridica[5], sulla quale si possa fare affidamento (in modo da garantire la c.d. certezza dei rapporti giuridici).

Il termine "nomofilachia", derivante dal greco νόμος (regola, norma) e φύλαξ (custode), viene richiamato anche nelle fonti preromane, ma, in realtà, trova espressione nell'istituzione, nella Francia della rivoluzione, della Corte di cassazione (il *Tribunal de Cassation*), avente il precipuo scopo di annullare quelle sentenze che avevano deciso un caso non utilizzando una disposizione di legge esistente, ma affidandosi alle fonti dell'antico regime (gli statuti, le ordinanze regie, la tradizione, gli usi, ecc.)[6].

Nel contesto contemporaneo la nomofilachia, ovvero l'esigenza di scegliere e in qualche misura di imporre un'interpretazione giurisprudenziale rispetto ad un'altra, rappresenta il tentativo, consapevole o inconsapevole, del sistema giuridico di realizzare un ordine che non sia soltanto logico o sistematico, ma anche positivo, almeno con riferimento alla giurisprudenza quale fonte del diritto. La necessità di controllare e ordinare le decisioni giurisprudenziali è alla base della scelta del legislatore italiano di affidare alla Corte di Cassazione questo compito, non solo perché la Cassazione è il giudice che regola il riparto delle giurisdizioni, ma, soprattutto, perché viene individuata dal diritto positivo come «organo supremo della giustizia, (che) assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12, *Ordinamento giudiziario*)[7]. Tale compito si realizza mediante strumenti diversificati: l'Ufficio del massimario, che formalizza i principi desunti dalle sentenze; il Procuratore generale, nel processo civile, che ha il potere di richiedere enunciazioni di diritto nell'interesse della legge (art. 363, co. 1 e 3, c.p.c.)[8]; la facoltà della Corte di pronunciarsi d'ufficio su questioni di particolare importanza. Questa previsione normativa evidenzia tre profili essenziali: la posizione apicale della Cassazione; la necessità di una interpretazione uniforme; l'unità dell'ordinamento come valore.

Tutte esigenze, queste, che presupporrebbero la necessità che nell'ordinamento vi sia un solo organo deputato a questa funzione di nomofilachia, essendo intimamente contraddittorio che essa possa venire esercitata da organi diversi. Tuttavia, nel nostro sistema, appare innegabile l'esistenza di altri due organi, la Corte di Conti e il Consiglio di Stato, i quali svolgono anch'essi funzioni nomofilattiche.

Tale problematica si è posta soprattutto con riferimento al Consiglio di Stato, la cui riflessione in materia ha portato l'Adunanza plenaria ad assumere un ruolo egemone sulla interpretazione dei giudici amministrativi; ruolo vieppiù rafforzato oggi dalla previsione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) secondo cui «se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso»[9]. Il senso

[5] A. Proto Pisani, *Il ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 189, sottolinea che, in tale modo, si riesce a garantire il valore del principio supremo dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

[6] F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, con prefazione di P. Grossi, Roma-Bari, 2009, 70 ss.

[7] A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 2, 353 ss.

[8] G. Ianniruberto, *Nomofilachia della cassazione e autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, 514.

[9] È solo il caso di osservare che, rispetto al comma 3 dell'art. 374 c.p.c., l'art. 99 c.p.a. riporta l'espressione *un principio* e non *il principio*. Le ragioni sono facilmente intuibili: l'Adunanza plenaria, nella maggioranza dei casi, è chiamata a

profondo del problema, dunque, consiste nel verificare come possa esprimersi e armonizzarsi una previsione nomofilattica, per sua natura unica ed unificante, affidata a più organi giurisdizionali[10].

Come è noto, l'ordinamento attribuisce a corpi diversi e separati, ognuno appartenente ad un plesso giurisdizionale autonomo, le giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile. Tali diversità si apprezzano e si evidenziano sotto più profili, quali il reclutamento dei magistrati, i rapporti con il potere esecutivo, i tre organi autonomi di autogoverno, le funzioni ulteriori rispetto a quelle esclusivamente giurisdizionali, le regole del processo che sono proprie di ciascun plesso giurisdizionale e sono rilevanti sul piano strutturale, funzionale e del modello di processo.

Ne consegue la regola della separazione, secondo la quale le diverse giurisdizioni non possono conoscere della stessa domanda, creandosi in tal modo un sistema in cui ogni giurisdizione vive in un proprio sistema autonomo, senza alcuna possibilità di interferenza e di contatto con le altre.

La nomofilachia, ovviamente, non riesce a garantire che una singola controversia venga conosciuta da un solo giudice con un solo esito, ma attiene, al contrario, alla norma ed all'applicazione che si fa di essa. In tal senso, il proprio scopo consiste nell'assicurare l'uniforme interpretazione nell'attuazione della legge: dunque, non si configura alcuna contraddizione nella circostanza che la stessa fattispecie possa passare al vaglio di più giurisdizioni, poiché ciascuna di esse conosce della controversia attribuitale sotto i particolari profili presi in considerazione dall'ordinamento nel ripartire la giurisdizione.

Il sistema, tuttavia, funziona nella misura in cui gli organi di vertice della giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile possano svolgere attività nomofilattica nei confronti dei giudici appartenenti ai rispettivi plessi giudiziari, in quanto i processi si definiscono nel rispettivo ambito e non vi è un ulteriore organo cui rivolgersi per contestare l'eventuale violazione di principi e regole di diritto. Ove vi fosse un ulteriore organo, infatti, solo quest'ultimo svolgerebbe concretamente la funzione di uniformare le decisioni sottoposte al suo sindacato, fissando il principio di diritto.

Com'è noto, però, nel nostro ordinamento le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono soggette al sindacato delle sezioni unite della Corte di Cassazione solo per i motivi inerenti la giurisdizione, così come previsto dall'art. 111, ultimo comma, della Costituzione[11].

Tale attività nomofilattica si manifesta, quindi, sia attraverso norme positive che attribuiscono espressamente tale funzione a specifici organi, sia mediante una prassi consistente in un concreto adeguamento dei giudici appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale agli indirizzi interpretativi espressi dai precedenti giurisprudenziali. Una funzione nomofilattica che, dunque, si fonda principalmente sull'autorevolezza intrinseca del precedente.

Ebbene, la forza del precedente rileva non solo nei Paesi di *common law*[12], dove l'intero ordinamento ruota intorno ad una sostanziale assenza del legislatore, ma anche in quelli dell'Europa

---

decidere sul caso concreto, per cui l'indicazione di tutti i passaggi seguiti per decidere la controversia è funzionale alla pronuncia. In tal senso, E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello* stare decisis *nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm*., 2012, 1254.

[10] In merito a tale problematica, cfr., più compiutamente, E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello* stare decisis *nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 1237; ID., *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, in *www.siaaitalia.it*, 2015.

[11] V. FANTI, *La "rivoluzione" operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 1, 145 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, cit., 349 ss.

[12] Come è noto, il principio dello *stare decisis*, ovvero del precedente giudiziario, è nato proprio negli ordinamenti di *common law*. In essi, fondati essenzialmente sul diritto giurisprudenziale, una tipica modalità tecnico-giuridica è l'istituto del "*precedent*", ovverosia l'obbligo tendenziale del giudice di conformarsi alle decisioni anteriori. Per una ricostruzione nell'ordinamento inglese della giurisprudenza e del principio del vincolo del precedente, cfr. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, III ed., Torino, 2006, 300; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Dig. disc. pubbl*., vol. XIV, 1996, Torino, 148 ss. Il sistema del

continentale: tale valutazione discende dall'incidenza persuasiva della motivazione resa da altro giudice in un caso analogo, nonché dal ruolo di terzietà e imparzialità che qualifica l'interpretazione fornita dall'autorità giurisdizionale chiamata a comporre la lite.

Per il Consiglio di Stato, posto al vertice della giurisdizione amministrativa, non vi è una disposizione normativa simile a quella dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario dettato per la Corte di Cassazione: tuttavia, non sono mancati, sin dall'istituzione della Quarta Sezione, indici normativi nel predetto senso. A ben vedere, il diritto amministrativo rappresenta proprio il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che, da una legislazione frammentaria e dettata per settori, rinviene principi generali: anzi, proprio la mancanza di un codice di diritto amministrativo, ovvero di una base coordinata e sistematica di principi posti dal legislatore (eccezion fatta per le disposizioni, molto generali, dettate dalla legge sul procedimento amministrativo, la legge 7 agosto 1990, n. 241) ha permesso di evidenziare come la giurisprudenza amministrativa sia pretoria, cioè creativa[13]. Nulla di diverso dall'editto del pretore del diritto romano classico: infatti, a ben vedere, non può non sottolinearsi una significativa analogia tra la giurisprudenza amministrativa attuale e quella del pretore romano, il quale non si limitava ad applicare le norme dello *ius civile*, ma si sentiva libero, nel decidere il caso concreto, di creare lo *ius praetorium*.

Tale approccio metodologico del giudice amministrativo ha potuto affermarsi grazie al profondo senso di appartenenza dei giudici all'istituzione cui afferiscono, nell'esercizio tanto dell'attività consultiva quanto di quella giurisdizionale, in ragione della specialità della loro funzione, volta non solo a tutelare le situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio del potere pubblico, ma anche a garantire l'osservanza e l'interpretazione uniforme della legge, con la conseguenza – non meno importante – di contribuire a preservare quell'unità dell'ordinamento che si ritiene auspicabile in teoria e necessaria in concreto.

La ricerca di un'unità dell'ordinamento può avvenire con modalità diverse: attraverso una stretta e fedele applicazione della norma, ovvero attraverso la posizione di principi non esplicitati dal legislatore, oppure richiamando valori immanenti all'ordinamento e, quindi, procedendo

precedente (*doctrine of precedent*) va distinto dal concetto dello s*tare decisis* (A. REPOSO, *Le fonti del diritto*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2007, 217). Il primo indica la situazione in base alla quale il giudice, per risolvere una controversia, utilizza il caso già risolto giudizialmente che ritiene idoneo ad essere preso come base per sentenze posteriori. In questa ipotesi, la decisione anteriore (il *precedent*) crea diritto obiettivo, poiché casi eguali ricevono soluzioni identiche, riuscendosi così a garantire la parità di trattamento che rappresenta uno dei più rilevanti principi di giustizia riconosciuti e accolti in quasi tutta la tradizione giuridica, anche continentale. La regola dello *stare decisis*, invece, non attiene alla singola decisione, ma al principio che la sorregge, assumendo, così, matrice e impronta consuetudinaria. L'espressione "*stare decisis et quieta non movere"* ha origine nel 1833, nella causa *Mirehouse* v. *Rennel*, in cui si statuì "l'obbligo di applicare il *precedent* alle nuove fattispecie, per garantire l'uniformità, la coerenza e la certezza del diritto, nonché la tutela delle posizioni soggettive" (così A. REPOSO, *Le fonti del diritto*, *op. cit.*, 218). In tal modo il giudice, creatore del diritto, verbalizza consuetudini esistenti *ab immemorabili* nel costume sociale. La peculiarità è rappresentata dal fatto che nella *doctrine of stare decisis* la forza vincolante non è posseduta da tutti i precedenti, ma solo da quelli "verticali", posti in essere dalle Corti superiori.

Sul punto, cfr., altresì, F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., 146 ss., secondo cui il metodo casistico, ovvero l'uso del precedente giurisprudenziale, dipende dalla circostanza che l'ordinamento inglese è fondato su di un diritto non scritto: «la legge svolge un ruolo inferiore a quello svolto sul continente europeo, ed in cui la forza dell'ordinamento è dato dalla sua complessità, ovvero dall'intrecciarsi del diritto comune, dell'*equity* e della legge, secondo un ordine che non è quello tradizionale, cui è abituato il giurista di *civil law*».

[13] Osserva V. DOMINICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, 1 ss., che «si è sempre dubitato che l'interprete, in specie il giudice, svolga un'attività creativa, a dispetto del ruolo meramente applicativo che il positivismo giuridico gli affida, nel nuovo mondo iper regolato degli interessi pubblici, non è dubbio che, anche attraverso le nuove tecniche interpretative favorite dalla complessità dei livelli di produzione normativa, l'attività interpretativa appaia sempre più frequentemente come scelta della norma per il caso, piuttosto che scelta fra diverse letture od opzioni consentite dalla norma del caso. Operazione creativa, ripeto, non applicativa; creativa anche di valori, non disvelatrice - al più - di valori inespressi, ma impliciti e prefissati dalla norma».

deduttivamente secondo il metodo dogmatico, una volta enucleato il principio. Ancora, sotto un diverso profilo, l'operato del giudice amministrativo può risultare meramente nomofilattico o, invece, nomopoietico e, quindi, creativo e produttivo di regole che prima non esistevano, almeno in via espressa.

Ma al di là di queste dissertazioni teoriche, è sufficiente riconoscere e sottolineare come il giudice amministrativo abbia individuato ben precisi principi e regole, certamente stimolato e orientato dalle riflessioni di una dottrina che non ha mai mancato di fornire il proprio contributo[14]. Tuttavia, tale complessa elaborazione si è potuta concretizzare soprattutto grazie alla consapevole percezione del ruolo della giurisdizione, che si confronta con fattispecie concrete e le risolve mediante la selezione dei principi applicabili; principi che, a loro volta, rappresentano un paradigma per la soluzione di ulteriori controversie analoghe, in un processo ciclico che si alimenta delle nuove decisioni inserendole all'interno di un ordinamento che costruisce in perpetuo il proprio ordine.

Appare chiaro come l'apporto del giudice amministrativo abbia assunto decisivo rilievo nella formazione del diritto e del processo amministrativo, poiché i principi enunciati dal Consiglio di Stato, soprattutto ad opera dell'Adunanza Plenaria, sono stati generalmente seguiti e applicati nelle successive pronunce giurisprudenziali con una continuità ed una fedeltà tale da attribuire ai principi enunciati un valore sostanzialmente normativo[15].

In definitiva, i giudici amministrativi hanno fatto propria, assecondando il pensiero comune e utilizzando una formazione e una cultura condivisa all'interno della propria giurisdizione, l'idea che l'interpretazione e l'applicazione delle norme debba essere uniforme dinanzi a casi simili; con l'importante conseguenza di ritenere che i contrasti giurisprudenziali debbano non solo essere evitati, ma anche risolti in profondità, al precipuo scopo di preservare quella coerenza e quell'unità dell'ordinamento cui il giurista moderno non sa rinunciare.

2.1. *(*segue*): breve ricostruzione normativa della funzione nomofilattica del supremo organo di giustizia amministrativa*.

Il primo fondamento normativo della funzione di nomofilachia nella giurisprudenza amministrativa si rinviene nella legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato[16]: si legge, infatti, nell'art. 17 della legge 31 marzo 1889, n. 5992 (in un assetto organizzatorio connotato da un'unica sezione giurisdizionale) che «Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria col concorso di nove votanti»[17]. È noto il contesto storico in cui è stata emanata tale normativa: si tratta della fine dell'Ottocento, un'epoca in cui negli ordinamenti di *civil law* permaneva viva la concezione

[14] Tale ruolo pretorio si è, peraltro, affermato da tempo: basti pensare alla creazione degli «atti paritetici» o dell'elaborazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Sulla questione, cfr. V. DOMINICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, cit., 10 ss.

[15] In generale sulla questione, cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (2010-2015), Padova, 2015, *passim*; F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 587 ss.; S. SICA, *Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto «vivente»*, in *Federalismi.it*, 2018, 18; C. CONSOLO, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto concreto*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 24 ss.; C.E. GALLO, *La funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria ed il ruolo delle parti*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli, 2019, 451 ss.

[16] N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

[17] In merito alla ricostruzione storico-normativa della funzione di nomofilachia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, cfr., approfonditamente, E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 36 ss.

montesquieana del giudice come *bouche de la loi* – mera bocca della legge, tenuta a un'applicazione quasi meccanica e silente del testo normativo[18]. Una concezione, questa, considerata quasi un retaggio illuministico che sacralizzava la norma scritta come unica fonte di legittimità.

Tuttavia, il legislatore post-unitario italiano ha inteso imprescindibile scongiurare soluzioni applicative tra loro inconciliabili, elevando il superamento dei contrasti giurisprudenziali a corollario del principio cardine di giustizia, ovverosia l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge: un principio, questo, che negli ordinamenti di *common law*, come si è sopra evidenziato, si concretizza nel vincolo dello *stare decisis*, rendendo il precedente giurisprudenziale vincolante per i giudici successivi chiamati a dirimere fattispecie analoghe. Questa medesima esigenza di uguaglianza c.d. applicativa – intesa come parità di trattamento nelle decisioni sul caso concreto – ha animato, però, anche i sistemi di *civil law*, dove la legge scritta è stata a lungo mitizzata come parametro primo ed essenziale di parità, e i suoi interpreti tradizionalmente relegati al ruolo di fedeli attuatori della volontà legislativa sovraordinata, privi di potestà creativa. Eppure, l'art. 17 della legge del 1889 ha rappresentato una svolta, introducendo un meccanismo di composizione dei conflitti interni alla stessa autorità giudiziaria e anticipando di oltre un secolo l'evoluzione verso una giurisprudenza nomofilattica, con una funzione quasi normativa[19].

Funzione che viene amplificata quando, con l'art. 5 della L. 7 marzo 1907 n. 65, si istituisce un apposito organo, l'Adunanza plenaria, allo scopo di dirimere i conflitti, positivi o negativi, di competenza tra la sezione IV e la sezione V, creata con la stessa legge, ma con attribuzione differenziata (giurisdizione di legittimità la IV, e giurisdizione anche in merito, per materie, la V)[20]. E all'Adunanza plenaria viene conferito anche il potere di superare i contrasti di giurisprudenza che siano venuti a determinarsi tra le due sezioni giurisdizionali e al loro interno.

Il R.D. 30 dicembre 1923 n. 2840 ha eliminato la distinzione di competenze tra la IV e la V sezione, ma l'Adunanza plenaria è rimasta a risolvere i contrasti di giurisprudenza, ripetendosi la stessa norma nell'art. 13 che è divenuto, poi, l'art. 45 nel R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato[21].

Con l'art. 5 della L. 21 dicembre 1950 n. 1018, recependo quanto già previsto dall'art. 5 D. Lgs. 6 maggio 1948, n. 655 dettato per il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sono stati sostituiti i commi due e tre dell'art. 45 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, e sono stati introdotti i contrasti giurisprudenziali non ancora verificatisi, nonché la possibilità che il Presidente del Consiglio di Stato, prima della discussione, «su istanza delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza».

Il codice del processo amministrativo riproduce, ai commi uno e due dell'art. 99, le tre ipotesi che hanno trovato il loro definitivo assetto nel 1950 e cioè: dirimere il punto di diritto che ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali; dirimere il punto di diritto che può dare luogo a contrasti giurisprudenziali; risolvere questioni di massima di particolare importanza.

Ma il rilievo della funzione nomofilattica si realizza nella disposizione del terzo comma dell'art. 99 c.p.a., che introduce una singolare novità: ove la sezione ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima la decisione del ricorso. Si tratta di un caso tipizzato di rimessione obbligatoria all'Adunanza plenaria, a fronte di un contrasto giurisprudenziale eventuale.

[18] F. MARINELLI, *L'impressionismo giuridico. Artisti e giuristi nella Francia dell'Ottocento*, Pisa, 2022.

[19] Sulla questione e, in generale, sull'istituzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cfr. G. PESCE, *Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Enc. giur. Treccani*, 2018.

[20] Cfr. G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, 2014, 3-4, 634 ss.

[21] Cfr. G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012, 29 ss.

Emerge di tutta evidenza come i principi espressi dall'Adunanza plenaria, in tal modo, assumano un peso e una autorevolezza che prima del codice del processo amministrativo non avevano: in precedenza, infatti, la giurisprudenza amministrativa affermava principi che divenivano *ius receptum* attraverso l'espressione di un medesimo principio su casi simili, ripetuto nel tempo e spesso avallato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la sua autorevolezza e le pregevoli e persuasive argomentazioni, induceva i giudici a seguire l'orientamento stabilito. Invece, con il terzo comma dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato hanno acquisito una diversa rilevanza che si indirizza con autorità direttamente nei confronti delle Sezioni semplici del supremo consesso e, indirettamente, anche nei confronti dei Tribunali amministrativi regionali. Infatti, se la Sezione ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima la decisione del ricorso, con ordinanza motivata.

Insomma, il fondamento della norma di cui all'art. 99, terzo comma, del D.lgs. n. 104/2010 è l'attività di nomofilachia e, quindi, l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge in funzione dell'unità oggettiva dell'ordinamento.

3. *La giurisprudenza amministrativa come fonte del diritto e la certezza del diritto: mito o realtà?*

Come è stato evidenziato nel report esaminato e come si è argomentato nelle pagine precedenti, nel periodo 2014-2023 vi è stata una netta prevalenza di casi nei quali il massimo consesso della giustizia amministrativa ha fatto ricorso a elementi schiettamente oggettivi al fine di giustificare le proprie decisioni. Più nello specifico, la fonte dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è stata individuata, nella gran parte dei casi, nel significato di altre disposizioni. Ulteriore dato significativo consiste nella circostanza che in un gran numero di casi la fonte dell'argomento è data dalla giurisprudenza. Questo risultato si pone, come si è evidenziato, perfettamente in linea con la stessa natura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e con il ruolo ad essa attribuito. Infatti, proprio in tal senso, appare scontata l'impostazione per cui l'origine dell'argomentazione viene individuata nella giurisprudenza; infatti, in genere, l'Adunanza prende le mosse proprio dall'illustrazione degli opposti orientamenti giurisprudenziali esistenti su una data materia, al fine di addivenire poi all'individuazione del principio di diritto da reputarsi prevalente. Viene in tal modo a realizzarsi quella funzione nomofilattica che l'ordinamento presuppone in astratto e attua in concreto.

In altri termini, si può dunque ritenere come il principio espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato assuma, ormai, i contorni di una vera e propria fonte del diritto: una fonte "culturale" costituita dal precedente giurisprudenziale, con caratteri peculiari che la distinguono dalle fonti tradizionali, inserendosi a pieno titolo, con modalità autonome e originali, nel pluralismo delle fonti normative[22].

[22] Inoltre, come è stato sostenuto in dottrina (E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 72 ss.; ID., *L'introduzione del principio dello* stare decisis *nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 1237 ss.; ID., *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2013; ID., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm*., 2015, 17; ID., *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, cit.) vi sono più rimedi che possono essere azionati nel caso una sezione del Consiglio di Stato non rispetti un principio espresso dall'Adunanza plenaria che possono distinguersi in oggettivi e soggettivi. I primi contro le sentenze della sezione del Consiglio di Stato, interni al Consiglio stesso (revocazione e opposizione di terzo) o esterni (ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., e ricorso alla CEDU per violazione dell'art. 6, par. 1, della convenzione); i secondi, interno (azione disciplinare nei confronti dei componenti della sezione, con diversa e maggior graduazione e peso per il

L'innegabile rafforzamento della funzione nomofilattica propria dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – intesa come presidio dell'uniformità interpretativa nel diritto amministrativo – ne eleva la rilevanza decisionale ad elemento centrale dell'ermeneutica giuridica, richiedendo contestualmente una maggiore e consapevole attenzione da parte di tutti gli operatori.

In conclusione, dal quadro che si è tentato di delineare emerge una ferma e conclamata determinazione del legislatore nell'approntare strumenti che rendano la funzione di nomofilachia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato più incisiva e vincolante, determinazione che si inserisce nella tendenza a rafforzare l'esigenza della certezza del diritto, visto come valore storicamente contrapposto ad una eccessiva discrezionalità dei giudici[23].

In questa ottica, l'argomento dell'intenzione del legislatore è argomento interpretativo rilevante nelle motivazioni delle decisioni dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato che, pur tuttavia, per le ragioni sopra evidenziate, non riducono la propria argomentazione al mero richiamo dell'*intentio legis*, ma la riconducono anche ad altri elementi sistematici e teleologici, allo scopo di rafforzare il ragionamento giuridico.

Inoltre, il giudice amministrativo, nelle decisioni sottoposte ad analisi nell'ambito della ricerca di cui in oggetto, ha più volte individuato la *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso l'ermeneutica della disposizione posta dal legislatore. In tal modo si evidenzia proprio il suo compito interpretativo, volto alla ricerca della *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, desunta non necessariamente dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico, senza che ciò, peraltro, si qualifichi come eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore.

Tale compito del giudice, infatti, rappresenta il *proprium* della sua funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo.

Infatti, il giudice è chiamato ad applicare al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica e in tal modo a disvelarne «il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale»[24].

In definitiva si può affermare come l'attività di nomofilachia non comprima i margini di libertà dell'interprete, ma anzi lo stimoli a cercare un ordine all'interno dell'ordinamento che non è costruito dall'esterno, ma che è intrinseco al sistema stesso: come diceva Sant'Agostino: *"Parium dispariumque rerum, sua cuique loca tribuens dispositio"* [25].

Nello stesso senso, venendo all'oggi, Paolo Grossi si è interrogato in profondità sulla struttura della norma e sulla sua interpretazione, insistendo sulla cosiddetta *invenzione* del diritto[26], ovvero la necessità di rinvenire il significato profondo della disposizione proprio ad opera del giudice[27] che,

---

relatore e il presidente) ed esterno (azione di risarcimento dei danni innanzi al giudice ordinario per i danni causati nell'esercizio della funzione giudiziaria).

[23] Infatti «chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino» che «ha l'esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l'ambito di libertà che gli viene riconosciuto»: in questi termini, G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in *Annuario AIPDA 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 290 ss.

[24] Così Corte costituzionale n. 155 del 1990.

[25] *Civ. Dei*, XIX, 13.

[26] P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, *passim*. Si veda anche sul tema V. FANTI, F. MARINELLI, F. SABATINI, F.G. SCOCA, *L'invenzione del diritto. A proposito del nuovo libro di Paolo Grossi*, cit., *passim*.

[27] P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 88, secondo cui «la revisione ermeneutica – che, per intenderci potremmo qualificare gadameriana – richiama, invece, ad alcune verità prima ignorate o rimosse: il testo non è affatto realtà autosufficiente, ma, al contrario, ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione/applicazione, togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto della storia quotidiana, la rende diritto vivo in diretta comunicazione con l'attualità; proprio per questo l'applicazione costituisce, come la comprensione e la spiegazione, un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità; l'interpretazione non è operazione meramente conoscitiva,

nel contesto generale da un lato e nella specificità del caso singolo dall'altro, riesce a dare un senso alla propria ricerca e, quindi, alla propria giustizia.

ma è, per l'appunto, comprensione, intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (sempre estraniato dal divenire) e l'attualità dell'interprete; l'interprete deve essere valorizzato quale attore primario con la sua operosità intermediativa».

Giulio Itzcovich

Mutamento e continuità negli usi delle intenzioni del legislatore presso il Consiglio di Stato

SOMMARIO: 1. Imperativismo e intenzioni del legislatore. - 2. Metodo e obiettivi di uno studio metagiurisprudenziale. - 3. Analisi della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato. - 3.1. Le intenzioni ridondanti. Uso formulare e riassuntivo delle intenzioni del legislatore. - 3.2. Il pathos della deferenza. Le intenzioni del legislatore come argomento accessorio o autonomo. - 3.3. Le intenzioni del legislatore come oggetto del controllo giudiziale. - 4. Analisi della giurisprudenza risalente. - 4.1. La giurisprudenza della Quarta Sezione (1897-1898). - 4.2. La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (1950-1952). - 5. Discussione critica.

This article investigates change and continuity in the use of legislative intent in the jurisprudence of the Italian Council of State from the late nineteenth century to the present. It explores the connection between the argument from legislative intent and the imperative theory of law, and asks whether its development mirrors broader changes in legal thought and institutional structure.

1. *Imperativismo e intenzioni del legislatore*

Per giustificare o spiegare il ricorso all'argomento delle intenzioni del legislatore (AIL) nella prassi giudiziale, non è necessario aderire alla teoria imperativista e concepire il diritto come un insieme di comandi deliberatamente posti o autorizzati da un'autorità sovrana. L'argomento può essere fondato anche in una prospettiva normativista o istituzionalista, ad esempio sulla base di considerazioni di natura democratica, se il legislatore è un'autorità responsabile o controllabile democraticamente[1], o di considerazioni pragmatiche, se è un'autorità esperta nella materia su cui interviene[2]. In una prospettiva giusrealista, è possibile sostenere che il giudice debba comprendere gli obiettivi delle

[1] R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 9: "The legislature is the pre-eminent lawmaking body in any good polity, as well as the central political institution, the deliberation and action of which is the focus of democratic political life"; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 145 s., secondo cui "consideration of legislative intent in statutory interpretation is based on the need to give expression to the intent of the *democratic* legislator"; M. GREENBERG, *Legal Interpretation*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, § 4.1.4, https://plato.stanford.edu/entries/legal-interpretation/, § 4.1.4: "A familiar democratic idea, for example, is that courts should faithfully carry out the intentions of the people's chosen representatives"; T. A. ALEINIKOFF, *Updating Statutory Interpretation*, in "Michigan Law Review", 87, 1988, p. 23, secondo cui l'intenzionalismo si basa sul rispetto per la supremazia del potere legislativo.

[2] vedi A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 134 ss., sulla giustificazione dell'AIL basata sull'expertise del legislatore; W. N. ESKRIDGE, JR., P. FRICKEY, *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*, in H. M. HART, JR., A. M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, Westbury, 1994, pp. LX-LXI, sulla rilevanza, ai fini dell'interpretazione, delle considerazioni relative alla "special competence or expertise" del potere giudiziario e legislativo; C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in "Michigan Law Review", 101, 2003, pp. 885 ss., spec. pp. 886, sulla questione della maggiore o minore "capacità istituzionale" dell'interprete; A. VERMEULE, *Law and the Limits of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 11 ss., sulla "superiorità epistemica del legislatore". Non sembra fondamentalmente diversa l'impostazione della *normal justification thesis* di J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 53 ss.: se la legittimità dell'autorità dipende dal fatto che le sue direttive mettono i destinatari in una posizione migliore rispetto alle ragioni che già li vincolano, ciò può includere, in alcuni ambiti, anche una superiore competenza informativa o pratica del legislatore. La competenza tecnica è spesso la ragione addotta a favore della deferenza anche nei confronti delle interpretazioni provenienti dall'esecutivo: A. BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, in "Yale Law Journal", 126, 2017, pp. 908-1001, pp. 928, *passim*.

politiche legislative per collaborare alla loro realizzazione o, in chiave esplicativa anziché giustificativa, è possibile scorgere nell'AIL uno strumento in più per occultare la discrezionalità dell'interprete, presentando le proprie conclusioni come mera esplicitazione di ciò che l'autorità normativa avrebbe inteso dire o realizzare[3]. A volte il ricorso alle intenzioni del legislatore viene giustificato facendo riferimento alla dottrina della separazione dei poteri, cioè su basi costituzionalistiche di per sé in tensione con l'imperativismo[4]. Insomma, l'AIL non è concettualmente vincolato a una teoria imperativista del diritto. E tuttavia esiste un rapporto stretto, se non di derivazione logica quantomeno di implicazione pragmatica, o significativa influenza storica, tra tale argomento e la concezione imperativista del diritto[5].

Infatti se, d'accordo con la teoria imperativista, definiamo il diritto come insieme di comandi indirizzati dal sovrano ai sudditi e ai funzionari, è naturale che, in caso di dubbio sul loro contenuto o applicabilità in determinate circostanze, ci si rivolga alle intenzioni di chi li ha posti. Se la volontà del sovrano è il fondamento della validità del diritto, o il criterio supremo per identificare ciò che vale come diritto, è probabile che tale volontà venga richiamata anche come criterio interpretativo. E viceversa: se le intenzioni del legislatore sono abitualmente usate per risolvere dubbi interpretativi e incertezze della prassi giudiziale, è verosimile che esse appaiano come fonte ultima di validità o criterio determinante per definire ciò che conta come diritto valido.

Ciò sembra logico e naturale e, del resto, è confermato da una rapida ricognizione dei classici della dottrina imperativista. Senza dilungarci su questo[6], ricordo che per Hobbes "non è nella lettera, ma nell'intendimento e nel senso, vale a dire nell'autentica interpretazione della legge (ossia nel significato inteso dal legislatore) che consiste la natura della legge"[7]. Hobbes non esclude la

[3] Vedi, ad esempio, K. N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in "Vanderbilt Law Review", 3, 1950, p. 395 ss.: l'interprete deve tener conto della policy della legge "or else substitute its own version of such policy"; "talk of 'intent' is reasonably realistic" quando rinvia a un "known goal to be attained"; l'esplicitazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore fa parte del *Grand Style* giurisprudenziale promosso da ID., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & Co. 1960, e "New statutes bind by their intent" è un verso del poema riportato da W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 240. Sebbene l'autore non sia riconducibile al realismo giuridico, è di stampo realistico l'osservazione di J. F. MANNING, *Without the Pretense of Legislative Intent*, in "Harvard Law Review", 130, 2017, p. 2400, secondo cui, nei casi difficili, le intenzioni del legislatore sono "a fiction, something judges invoke to elide the fact that they are constructing rather than identifying a legislative decision"; ivi, p. 2408, i richiami a John Chipman Gray ("when the judges are professing to declare what the Legislature meant, they are, in truth, themselves legislating to fill up *casus omissi*") e a Max Radin. Secondo Alf Ross, i *travaux préparatoires* tendono ad essere rilevanti solo quando manca una soluzione interpretativa "clearly preferred by the judge as being the practically most valuable one"; peraltro, l'interpretazione c.d. "oggettiva", che fa a meno dei lavori preparatori e non è interessata alle intenzioni del legislatore storico, è ancora più vaga ed arbitraria di quella c.d. "soggettiva", "contrary to what the terminology might lead one to believe". Vedi A. ROSS, *On Law and Justice* (1953), Oxford, Oxford University Press, 2019 , rispettivamente a p. 166 e p. 144.

[4] Ad esempio, L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 139: "If one is interpreting, one is seeking the author's intended meaning. When one is constructing a meaning that may not be the meaning intended by the author of the signs in question, one is not interpreting but establishing a rule".

[5] Questa è un'osservazione diffusa; vedi ad es. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 282.

[6] Per una letteratura approfondita delle dottrine imperativistiche ottocentesche, anche in rapporto al tema dell'interpretazione giuridica, vedi P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I: Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2009.

[7] T. HOBBES, *Leviathan*, a cura di R. Tuck, Oxford, Oxford University Press, 1996, cap. XXVI, § 20, p. 182. Sull'interpretazione del diritto, vedi anche T. HOBBES, *A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England*, Oxford, Clarendon, 2005, pp. 16 s.: i giudici sono tenuti a interpretare una legge in conformità al suo "significato e senso"; il preambolo, l'epoca in cui la legge è stata emanata e le "*Incommodities*" cui essa mira a porre rimedio costituiscono i fondamenti dell'interpretazione. Per una contestualizzazione storica e dottrinale, vedi M. M. GOLDSMITH, *Hobbes on Law*, in T. SORELL, a cura di, *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, Cambridge

possibilità di interpretare le leggi secondo giustizia, perché sarebbe "altamente offensivo" se un giudice assumesse che il legislatore vuole altro che la giustizia[8], e perciò concepisce l'equità come prima virtù del giudice[9]; tuttavia, invita l'interprete a non sostituire alla volontà del sovrano il proprio senso di giustizia personale o quello incorporato nel *common law*, perché "a far legge non è la *juris prudentia*, o saggezza dei giudici subordinati, ma la ragione e il comando di questo nostro uomo artificiale, lo Stato"[10]. Quindi un buon giudice, in quanto "subordinato", presta attenzione "alla ragione che muoveva il suo sovrano a fare una certa legge"[11], alle "cause finali per cui fu stabilita la legge"[12], vale a dire alle intenzioni del legislatore. Analogamente, per Pufendorf la legge è il comando con cui un superiore obbliga un soggetto subordinato a conformare le proprie azioni alle sue prescrizioni. Per comprenderne la portata, è necessaria sia la conoscenza della legge, cioè della lettera, sia la conoscenza del legislatore, cioè delle intenzioni: se vi è qualcosa di oscuro nella legge, si dovrà richiedere un'interpretazione al legislatore o ai suoi delegati, i giudici dello Stato, perché "tutta la forza della legge consiste nel far conoscere ciò che il superiore vuole che facciamo"[13]. Infine, secondo John Austin le leggi propriamente dette sono comandi sostenuti da sanzioni, e ogni comando è espressione di un desiderio.[14] Nell'interpretazione dello *statute law*, il compito del giudice è essenzialmente quello di individuare e dare esecuzione all'intenzione del legislatore, di cui l'indice più affidabile è il significato proprio delle parole[15].

Insomma, sembra esserci un legame storico-concettuale – se non una relazione logica, almeno un'"affinità elettiva" – tra l'AIL e la teoria imperativista del diritto. Tale legame consiste in una connessione rilevante sotto il profilo causale tra l'idea che il diritto sia ciò che il legislatore ha inteso comandare e l'idea che, in caso di dubbio sul contenuto di tali comandi, sia opportuno guardare alle intenzioni del legislatore. Possiamo quindi ipotizzare che le sorti dell'AIL siano in qualche modo collegate a quelle della teoria imperativista. Uso l'espressione generica "in qualche modo collegate" perché non è chiara la direzione del nesso causale. Il successo o il declino della teoria imperativista potrebbe spiegare perché i giudici facciano un uso più o meno ampio dell'AIL; oppure, viceversa, variazioni nell'uso di tale argomento potrebbero spiegare perché la teoria imperativista sia più o meno credibile agli occhi dei giuristi che riflettono sulla natura del diritto. Né possiamo escludere l'esistenza di correlazioni spurie tra i due fenomeni, che anzi sono alquanto probabili: le variazioni, cioè, potrebbero dipendere da un terzo elemento di varia natura, come la presenza di un legislatore particolarmente prestigioso o inaffidabile, un cambiamento di regime che spinge gli interpreti ad allinearsi al nuovo corso o a resistere ad esso, o la diffusione di una qualche ideologia politica come

University Press, 1996, pp. 274-304; D. KLIMCHUK, *Hobbes on Equity*, in D. DYZENHAUS, T. POOLE, a cura di, *Hobbes and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 176 ss.

[8] T. HOBBES, *Leviathan*, cit., § 26, p. 186.

[9] Ivi, § 28, p. 187.

[10] Ivi, § 11, p. 179.

[11] Ibid.

[12] Ivi, § 21, p. 183.

[13] S. PUFENDORF, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (1673), a cura di J. TULLY, Cambridge University Press 1991, pp. 27-29. Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 106 ss.; P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico*, cit., pp. 236 ss.; C. BOISEN, *Pufendorf's Enduring Legacy for International Law*, in P. SCHRÖDER, a cura di, *Pufendorf's International Political and Legal Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 251 s.

[14] J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (5a ed. 1885), Cambridge, Cambridge University Press, 1995, lect. I, p. 21.

[15] J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 3a ed., vol. II, London, J. Murray, 1873, lect. XXXVII, pp. 644-650. Vedi P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico*, cit., pp. 169 ss. Tuttavia, nella sfera del *common law*, l'attività giudiziale non consiste nella ricostruzione di un'intenzione preesistente, ma implica processi di induzione, astrazione e ricorso all'analogia, nei quali la produzione normativa è dissimulata sotto le forme dell'interpretazione: vedi M. LOBBAN, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*, in E. PATTARO, a cura di, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. VIII, Dordrecht, Springer, 2016, § 6.5, pp. 179 ss.

quelle associate ai concetti di sovranità, democrazia, separazione dei poteri, o alla loro critica, ecc. Così, in un'epoca di crisi dell'ideale democratico, nella quale un legislatore screditato si faccia portatore di riforme che non piacciono ai giuristi, possiamo aspettarci un declino sia della teoria imperativista, sia dell'AIL. In ogni caso, quale che sia la direzione del nesso causale e i fattori ulteriori che in qualche misura incidono sulla diffusione della teoria imperativista e dell'AIL, l'ipotesi di una correlazione positiva tra i due fenomeni sembra ragionevole.

Se questo è vero, ne segue che oggi la prassi giudiziale dovrebbe esibire i segni di una crisi diffusa dell'AIL. Il Novecento, infatti, è caratterizzato dalla critica pressoché corale alla teoria imperativista del diritto, che appare ai più come un residuo delle dottrine della sovranità della prima età moderna e del positivismo giuridico ottocentesco. Anche qui dobbiamo limitarci a evidenze aneddotiche – un'analisi dettagliata sarebbe eccessiva. È questa l'epoca di Hans Kelsen, che concepisce le norme giuridiche come comandi "de-psicologicizzati", comandi che non implicano una volontà in senso psicologico[16], ed è l'epoca dell'istituzionalismo e della sociologia del diritto, che tendono a concepire il diritto come istituzione, organizzazione o prassi sociale, anziché come insieme di comandi posti dall'autorità[17]. E il Novecento è l'epoca del realismo giuridico, che tanto nella sua variante scandinava come in quella americana respinge la teoria imperativista. Karl Olivecrona definisce le norme giuridiche come imperativi "indipendenti" perché svincolati dal contesto personale che caratterizza i comandi individuali: non sono espressione di una volontà dello Stato, del popolo o di singole persone determinate[18]. Secondo il giudice Holmes, scoprire che cosa vuole il sovrano avrebbe senso solo "se il potere supremo risiedesse nella persona di un despota"; perciò – scrive – noi "non indaghiamo ciò che il legislatore intendeva, ma chiediamo solo che cosa la legge significhi"[19]. In polemica con la teoria imperativista di Austin, il giusrealista Max Radin proclama che "il legislatore non esiste" e che il sovrano è "intermittente", occasionale, raro: in una società complessa, il sovrano tende a scomparire[20].

La critica della teoria di Austin è anche uno dei temi centrali del *Concetto di diritto* di H.L.A. Hart, secondo il quale il modello degli "ordini sostenuti da minacce" non riesce a dar conto della normatività del diritto e della possibilità di limitazioni costituzionali al potere legislativo: il legislatore non può fare tutto ciò che vuole perché la sua autorità dipende da regole che egli non ha posto[21]. E il rifiuto dell'imperativismo è una conseguenza logica della critica di Ronald Dworkin al positivismo giuridico, che comprende una serie di obiezioni all'AIL[22]; in generale, tale rifiuto appartiene a tutte le correnti neocostituzionaliste o postpositiviste della filosofia giuridica contemporanea.

Non mancano, certo, proposte teoriche, come il costituzionalismo politico e il positivismo giuridico normativo, che tendono a valorizzare il ruolo del legislatore nei confronti del potere

[16] H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1949, p. 35. Del resto, per Kelsen le intenzioni del legislatore sono solo uno dei tanti criteri tra i quali l'interprete può liberamente scegliere, e la cosiddetta "volontà dello Stato" non è altro che un'espressione metaforica per indicare l'ordinamento giuridico: ID., *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), Oxford, Oxford University Press, 2002, rispettivamente § 37 e § 48(d), pp. 81 e 105.

[17] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1978), 2a ed. Firenze, Sansoni, 1947; E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1913), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936, pp. 486 ss. sul "diritto vivente"; R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in "Columbia Law Review", 8, 1908, pp. 605-623, p. 612, per la critica alla teoria austiniana del diritto come comando, responsabile di una concezione del diritto troppo astratta, disconnessa dalla realtà sociale.

[18] K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Copenhagen-London, Munksgaard-Milford, 1939, pp. 22 ss., 35 ss., 42 ss., 56 *passim*.

[19] O. W. HOLMES, *The Theory of Legal Interpretation*, in "Harvard Law Review", 12, 1899, p. 419.

[20] M. RADIN, *Statutory Interpretation*, in "Harvard Law Review", 43, 1930, pp. 863-885, p. 870; ID., *The Intermittent Sovereign*, in "Yale Law Journal", 39, 1930, pp. 514-531, p. 522.

[21] H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 50 ss., 66 ss.

[22] Per una presentazione critica delle argomentazioni di Dworkin, vedi R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, cit., cap. 2.

giudiziario e a criticare il ricorso ad argomentazioni morali da parte dei giudici[23]; sulla base di questi presupposti teorici o indipendentemente da essi, alcuni giuristi e filosofi del diritto contemporanei difendono l'uso delle intenzioni del legislatore come criterio interpretativo[24]. Ma nella generalità dei casi, queste posizioni fanno a meno della teoria imperativista: manca la figura di un sovrano unico e assoluto, e il diritto non viene descritto come un insieme di comandi. A volte l'AIL viene presentato quale corollario del concetto di legislazione come fonte imperativa, basata sull'autorità, ma, almeno nella presentazione di Joseph Raz, ciò attiene più alla funzione legittimante del riferimento alle intenzioni che alla pratica interpretativa. "Le intenzioni legittimano, ma le convenzioni interpretano", scrive Raz[25]: le intenzioni del legislatore spiegano perché una norma abbia autorità, ma non ci indicano come debba essere interpretata; nella pratica, l'interpretazione è guidata da convenzioni interpretative, non dalla ricostruzione di stati mentali.

2. *Metodo e obiettivi di uno studio metagiurisprudenziale*

Alla luce del quadro teorico rapidamente delineato, l'AIL dovrebbe essere in declino nella prassi giudiziale. L'abbandono generalizzato dell'imperativismo; la crisi del concetto di sovranità, non importa se riferita allo stato o al popolo, abbandonata a favore della "ragionevolezza", e la diffusione di orientamenti neocostituzionalisti e postpositivisti nella cultura giuridica interna; l'elevata conflittualità tra potere politico e magistratura: questi e altri ancora sono fattori che potrebbero spingere, in varia misura, al ridimensionamento delle intenzioni del legislatore come tecnica interpretativa. In linea di principio, dovrebbe essere possibile confermare o falsificare questa ipotesi con gli strumenti di una ricerca metagiurisprudenziale empirica.

Peraltro, una ricerca del genere non è semplice. Infatti, sarebbe necessario prendere in considerazione sia la frequenza sia la forza persuasiva di tale argomento entro un arco temporale sufficientemente ampio da rivelare, se esistono, differenze significative nella prassi giudiziale. Inoltre, non sarebbe sufficiente comparare la frequenza e la forza persuasiva dell'argomento in archi temporali dati: per ognuno dei periodi presi in esame, sarebbe indispensabile una valutazione della frequenza e forza persuasiva degli altri argomenti – interpretazione letterale, sistematica, teleologica, evolutiva, ricorso al diritto naturale o ad altre fonti di eterointegrazione del diritto, ricorso alla morale sociale e ad argomenti equitativi – in modo da effettuare una valutazione non meramente quantitativa, ma comparativa e qualitativa del ruolo delle intenzioni del legislatore nel

[23] Sul costituzionalismo politico vedi R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; R. GREALLY, *Ideologies of Political Constitutionalism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 44, 2024, pp. 949-978; un'introduzione al positivismo giuridico normativo in F. SCHAUER, *Normative Legal Positivism*, in T. SPAAK, P. MINDUS, a cura di, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 61-78. Si noti, peraltro, che secondo J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, cap. 6, l'AIL non può essere riferito alle intenzioni psicologiche soggettive senza occultare il dissenso e privilegiare alcune voci; anche le intenzioni istituzionali e pubbliche, incorporate nel testo e nelle procedure deliberative, non determinano il significato della legge.

[24] Per alcune difese dell'AIL, oltre a R. EKINS, *Nature of Legislative Intent*, cit. e L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning*, cit., pp. 131 ss., A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, cit., pp. 132 ss., vedi L. **ALEXANDER,** *All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions*, in A. MARMOR, a cura di, *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 357-376; J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 232 ss.

[25] J. RAZ, *Intentions in Interpretation* (1996) in *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 298: "Intention legitimates, but conventions interpret". Secondo Raz, "it makes no sense to give any person or body law-making power unless it is assumed that the law they make is the law they intended to make" (ivi, p. 274), ma l'intenzione rilevante è quella minima che consiste nella partecipazione consapevole al processo legislativo, e non include "any understanding of the content of the legislation" (ivi, p. 284).

discorso argomentativo dei giudici. Soprattutto, sarebbe difficile elaborare una griglia analitica sufficientemente comprensiva e dettagliata da rendere significativa la raccolta e l'elaborazione di dati per archi temporali diversi. Per esempio, se un'interpretazione è giustificata facendo ricorso a fonti del diritto comune e brocardi, o a principi di giustizia e del diritto naturale, o a principi del diritto costituzionale e del diritto internazionale dei diritti dell'uomo, ciò rientra in un'unica macro-categoria dell'interpretazione sistematica, oppure si tratta di casi che è opportuno analiticamente distinguere? Nella prima eventualità, una categoria indifferenziata, inclusiva e generica sarebbe incapace di registrare cambiamenti significativi nella prassi giudiziale. Nella seconda, una tassonomia troppo dettagliata potrebbe registrare cambiamenti nella prassi anche laddove ciò che cambia è solo la nomenclatura, anziché la sostanza delle operazioni argomentative messe in campo dagli interpreti.

Anche per queste ragioni, credo, il progetto di ricerca PRIN "Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account" non si è posto l'obiettivo di indagare l'AIL in prospettiva diacronica, verificando se fosse possibile rintracciare variazioni significative nella frequenza, nella rilevanza e nella struttura di tale argomento nel corso del tempo. Tuttavia, potrebbe essere interessante aprire un percorso di ricerca collaterale a tale progetto, o un suo sviluppo, e tentare, con ambizioni teoriche più modeste e senza un metodo altrettanto rigoroso, una comparazione diacronica basata sull'analisi qualitativa di un campione di decisioni più ridotto e differenziato cronologicamente.

A tale fine, la giurisprudenza del Consiglio di Stato offre un oggetto di indagine particolarmente interessante; a causa della sua vicinanza al potere legislativo e amministrativo – ai luoghi in cui la volontà politica si determina e si realizza – il Consiglio di Stato è un punto di osservazione privilegiato per apprezzare ciò che cambia e ciò che si conserva nel modo in cui i giudici rielaborano le intenzioni del legislatore. Una ricerca del genere potrebbe lavorare sul campione di 53 pronunce dell'Adunanza Plenaria tra il 2014 al 2023 selezionato e analizzato da Maria Francesca Tropea nell'ambito del progetto di ricerca sopra ricordato. Queste sentenze potrebbero essere confrontate con un campione comparabile di sentenze del Consiglio di Stato nei primi anni della sua attività giurisdizionale, dopo l'istituzione della sua Quarta sezione (1889); un campione di sentenze sotto la presidenza di Romano negli anni del fascismo (1928-1944); e infine un campione di sentenze in età repubblicana, prima dell'inizio delle attività della Corte costituzionale (1956). Un'analisi del genere, a causa della limitatezza del campione, che la rende eseguibile da un singolo ricercatore, potrebbe minimizzare quei problemi di costruzione di una tassonomia sufficientemente comprensiva, dettagliata e discriminante di cui dicevo: si può infatti assumere che il ricercatore sia in grado di cogliere e valutare in modo accurato la struttura logica e l'efficacia argomentativa delle considerazioni relative alle intenzioni del legislatore in cui si imbatte.

Perciò nei paragrafi che seguono procederò nel seguente modo[26]. Anzitutto, nel § 3 proporrò una ricognizione di argomentazioni relative alle intenzioni del legislatore nelle pronunce recenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Lo scopo è di integrare l'analisi di Maria Francesca Tropea con esemplificazioni e considerazioni di natura pragmatica: che cosa fa l'Adunanza Plenaria quando prende in considerazione ciò che il legislatore avrebbe inteso dire o fare? Qual è la struttura, la forza retorica e il peso di queste affermazioni relative alle intenzioni del legislatore? A che tipo di "intenzioni" fa riferimento il giudice, e a quale tipo di "legislatore"? Quindi, nel § 4 ripeterò questa analisi per un campione, purtroppo ancora incompleto e insufficiente, di sentenze più risalenti:

[26] Come esempio di ricerca metagiurisprudenziale per certi aspetti simile, ricordo gli studi di Giorgio Lazzaro del 1970 e 1979, recentemente raccolti e ripubblicati in G. LAZZARO, *Gli argomenti dei giudici*, Roma, Roma TrE-Press, 2025. Riferimenti significativi sotto il profilo teorico e metodologico: G. TARELLO, *Orientamenti analitico linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 403-424; ID., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in "Politica del diritto", 1972, pp. 459-499.

quelle della Quarta sezione pubblicate nei fascicoli VIII e IX di "Giustizia amministrativa" (1897-1898) e quelle dell'Adunanza Plenaria negli anni 1950-1952. Si tratta soprattutto di verificare il metodo, mettendo alla prova come possa svolgersi una ricerca di questo tipo. Infine, nel § 5 formulerò alcune ipotesi su come potrebbero essere cambiati il legislatore e la sua volontà attraverso lo specchio di cent'anni di giurisprudenza amministrativa.

Evidentemente, sotto il profilo teorico gli obiettivi di questa analisi sono limitati, ma anche precisi: il problema non è se si possa parlare di intenzioni del legislatore o se sia desiderabile farlo, ma determinare, in primo luogo, che cosa fanno i giudici amministrativi quando si impegnano in questo genere di considerazioni e, in secondo luogo, suggerire interpretazioni possibili dei cambiamenti e dell'assenza di cambiamenti, dalle continuità, rilevate dall'analisi giurisprudenziale.

3. *Analisi della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato*

3.1. *Le intenzioni ridondanti. Uso formulare e riassuntivo delle intenzioni del legislatore*

L'analisi della giurisprudenza recente (un campione di 53 sentenze dell'Adunanza Plenaria dal 2014 al 2023) rileva, in primo luogo, vari casi in cui il riferimento alle intenzioni del legislatore è privo di efficacia argomentativa, nel senso che l'affermazione che lo contiene potrebbe essere riformulata facendo a meno di tale riferimento senza alterare il ragionamento e ridurre la sua forza persuasiva. Possiamo parlare, a questo proposito, di un uso *formulare* delle intenzioni del legislatore. Queste possono essere riferite, a libera scelta del lettore, al legislatore storico o al legislatore ideale, e non sono necessariamente intenzioni inesistenti, o meramente affermate e non dimostrate, ma sono *ridondanti* sul piano argomentativo perché il giudice sta in realtà facendo uso di argomenti di altra natura – interpretazione letterale, *a contrario*, interpretazione teleologica, interpretazione sistematica, ecc. – alle quali il riferimento alle intenzioni del legislatore non aggiunge nulla di essenziale, né sul piano logico-strutturale, in termini di giustificazione inferenziale della conclusione, né su quello retorico e pragmatico, in termini di rafforzamento persuasivo. Qui le intenzioni del legislatore sono essenzialmente una modalità di presentazione di altre strategie argomentative.

Ad esempio, l'affermazione

> Naturalmente, dicendo "stesso giudice" la legge intende lo stesso "ufficio giudiziario"…[27]

è un'argomentazione sistematica, ed è indifferente che il Consiglio di Stato dica "la legge intende", "il legislatore intende", oppure ometta del tutto il riferimento alle intenzioni di qualcuno o qualcosa e attribuisca quest'uso linguistico al sistema processuale o al linguaggio tecnico-giuridico *tout court*[28].

[27] Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 4. Quest'uso di espressioni come "la legge (o il legislatore) intende" per introdurre un'argomentazione sistematica, teleologica o di altra natura è frequente. Ad esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, afferma: "La riforma del 2011, infatti, *ha inteso* selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante. Il legislatore *ha così inteso* effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro" (enfasi mia). Si tratta di un'argomentazione di natura teleologica: date le finalità perseguite e il bilanciamento degli interessi incorporato nella riforma del 2011, non si può consentire all'amministrazione di realizzare la massima partecipazione alle gare di appalto mediante una lettura elastica delle clausole di esclusione. Ciò può essere riformulato eliminando il riferimento alle intenzioni: "Le cause di esclusione introdotte dalla riforma del 2011 realizzano un bilanciamento tra l'obiettivo x e l'obiettivo y; sono perciò inderogabili non solo dal concorrente ma anche dall'amministrazione appaltante".

[28] In questo paragrafo e nei seguenti seguo la classificazione degli argomenti interpretativi di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 342 ss. Per tassonomie simili, vedi E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso*

Analogamente, l'affermazione

laddove il legislatore del 2013 ha inteso occuparsi dei contratti pubblici, apportando modifiche alla relativa disciplina, lo ha detto espressamente, attraverso un richiamo esplicito…[29]

introduce un'argomentazione *a contrario* rafforzata da un'interpretazione sistematica; essa potrebbe essere riformulata come

laddove la disciplina del 2013 si occupa dei contratti pubblici, lo fa in modo espresso, mediante un richiamo esplicito. Pertanto, l'assenza di un analogo richiamo nella disposizione oggetto di interpretazione, esclude che essa sia riferibile alla materia dei contratti pubblici.

Anche nel seguente esempio l'AIL si risolve nell'interpretazione sistematica (c.d. argomento della "costanza terminologica"), cui non aggiunge niente:

Ove, infatti, il legislatore utilizzi una locuzione già definita in un previgente corpus normativo […] deve presumersi che abbia inteso usare quel concetto con lo stesso significato già chiarito dall'ordinamento…[30]

L'affermazione potrebbe essere riformulata come

Ove una locuzione già definita in un previgente corpus normativo venga ripresa in una disciplina successiva, essa deve essere interpretata secondo il significato già chiarito dall'ordinamento

Nel seguente esempio, l'argomento delle intenzioni si identifica con l'argomento teleologico:

il legislatore ha inteso in questo modo stimolare il responsabile ad eliminare le conseguenze dell'illecito edilizio …[31]

In questo caso, il Consiglio di Stato era chiamato a pronunciarsi sulla questione se una sanzione pecuniaria prevista per l'inottemperanza all'ordine di demolizione fosse applicabile solo alle inottemperanze successive alla sua entrata in vigore, oppure anche a quelle perfezionatesi prima e accertate successivamente. Secondo il giudice amministrativo, la sanzione non è retroattiva perché presuppone che l'obbligo di ottemperare all'ordine di demolizione sia ancora attuale ed esigibile. Decorso il termine, il destinatario non può più adempiere perché il bene è acquisito al patrimonio comunale. Poiché la funzione della sanzione è incentivare l'adempimento dell'obbligo di demolizione, essa non è applicabile quando l'adempimento non sia più possibile. Ciò avrebbe potuto essere espresso senza alcuna perdita di efficacia attribuendo lo scopo di incentivare l'adempimento direttamente alla sanzione, anziché al legislatore che lo persegue.

In questi e in altri casi, l'intenzione non fonda l'argomento, ma lo personifica, senza implicare un impegno ontologico circa l'esistenza di una volontà legislativa, né tantomeno un'adesione all'imperativismo. Si può parlare a questo proposito di "metafora" o "finzione" dell'intenzione del

razionale, Torino, Giappichelli, 1999; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, cit.

[29] Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6.

[30] Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22.

[31] Cons. Stato, Ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16.

legislatore, ma avendo chiaro che si tratta di un uso linguistico molto comune e non specificamente giuridico[32]. Del resto, anche l'attribuzione di finalità direttamente alla legge o a un suo istituto implica, a ben vedere, un'analoga metaforizzazione, se si assume, com'è ragionevole, che solo le persone possano avere intenzioni e perseguire scopi.

Lo stesso si può dire per un caso particolare di uso formulare delle intenzioni del legislatore, che ricorre quando esse compaiono in un enunciato privo di argomentazioni a sostegno della conclusione interpretativa, ma volto a riassumere una interpretazione giustificata altrimenti, in modo indipendente, mediante considerazioni che prescindono dal riferimento alle intenzioni del legislatore. Possiamo parlare, a questo riguardo, di intenzioni del legislatore *riassuntive*, perché esse esprimono la sintesi o conclusione di un ragionamento interpretativo condotto senza farvi ricordo. Ad esempio:

> Ciò che il legislatore ha inteso disporre, con la previsione della lett. c) dell'articolo 40, è la più completa attuazione del diritto del genitore lavoratore dipendente al periodo di riposo…[33]

Qui il giudice amministrativo si stava riferendo all'interpretazione dell'espressione "madre non lavoratrice dipendente", rilevante ai fini dell'attribuzione delle ore di riposo retribuito. Tali benefici spettano al padre lavoratore dipendente, in alternativa alla madre, quando quest'ultima non ne sia titolare perché non lavoratrice dipendente. *Quid iuris* nel caso delle casalinghe? Secondo il giudice, l'espressione ricomprende anche le casalinghe, e a questa conclusione perviene mediante una serie di argomentazioni di naturale letterale ("l'espressione … nella sua chiarezza lessicale, non consente interpretazioni riduttive"), sistematica ("non vi sono ragioni per distinguere … il lavoro svolto nell'ambito 'domestico' o 'familiare' … da quello svolto dalla donna in via subordinata, o in via autonoma") e adeguatrice (richiamo ai "principi costituzionali sulla parità tra il padre e la madre e sulla tutela del figlio"): queste sono il nocciolo della motivazione. Infine, il giudice riassume il risultato di tali considerazioni affermando che "il legislatore ha inteso disporre" che la condizione di casalinga della madre non esclude il godimento delle ore di riposo retribuito da parte del padre lavoratore dipendente. Ma è evidente che il giudice avrebbe potuto limitarsi a dire che "la legge ha disposto" in tal senso: il riferimento alle intenzioni del legislatore non svolge qui alcuna funzione argomentativa. Le intenzioni emergono come prodotto o sintesi dell'argomentazione giuridica, anziché come suo fondamento o criterio.

Un altro esempio di uso riassuntivo dell'AIL è il seguente:

> ciò [l'opzione interpretativa avversata] sarebbe [una] scelta elusiva della chiara volontà del legislatore quale emerge dall'analisi diacronica delle disposizioni rilevanti in precedenza svolta.[34]

Qui la questione era se, a seguito della legge di stabilità del 2014, ai professori universitari eletti componenti laici del C.S.M., una volta cessati dall'incarico e rientrati nei ruoli dell'università, si applicasse ancora l'assegno *ad personam* previsto da una legge del 1971. Il Consiglio di Stato ritiene che tale assegno sia stato abrogato dalla legge del 2014 e, a sostegno di questa conclusione, formula una serie di argomentazioni sistematiche e *ad absurdum* per dimostrare che la legge del 2014 è un intervento di uniformazione complessiva della materia, incompatibile con la sopravvivenza delle discipline settoriali previgenti. Il riferimento alla "chiara volontà del legislatore" non è un argomento

[32] Vedi G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors We Live By* (1980), Chicago, University of Chicago Press, 2003, sulle nozioni di metafora ontologica e di personificazione.

[33] Cons. Stato, Ad. plen., 28 dicembre 2022, n. 17.

[34] Cons. Stato, Ad. plen., 5 agosto 2022, n. 9.

autonomo, ma si limita a riassumere e concludere il ragionamento, conferendogli, al più, una certa enfasi, senza aggiungere alcun elemento ulteriore.

Come valutare, ai fini dell'analisi del ruolo dell'AIL e dei suoi presupposti teorici, queste personificazioni a prima vista inutili, che caratterizzano le intenzioni del legislatore "ridondanti" e "riassuntive"? La mia impressione è che sia impossibile attribuire loro un significato univoco. Da un lato, se ne può sottolineare il carattere stereotipato, formulare o persino ornamentale, per concludere che, in questi casi, il riferimento alle intenzioni del legislatore non può essere assunto come indice affidabile di deferenza e *self-restraint* giudiziale, né tantomeno come indice di adesione a una teoria imperativista del diritto (o a una teoria intenzionalista del significato). Il legislatore è ridotto (o forse elevato) a *ratio iuris*. La sua volontà scompare del tutto, fuorché nella costruzione retorica della frase. Dall'altro lato, la persistenza di tale riferimento anche quando inutile, privo di contenuto esplicativo ed euristico, potrebbe essere letta come indicativa della conclusione opposta: la teoria imperativista continua ad esercitare una presa sul linguaggio dei giuristi, è profondamente radicata nella loro grammatica, e continua a imporsi come insuperabile un modello di separazione dei poteri che concepisce i giudici come esecutori di una volontà non propria, ma riferita agli organi della produzione del diritto.

3.2. *Il pathos della deferenza. Le intenzioni del legislatore come argomento accessorio o autonomo*

La *vis retorica* dell'AIL è più evidente nei casi in cui l'argomento potrebbe forse essere riformulato come argomento interpretativo di altra natura, ma in cui il riferimento alle intenzioni del legislatore non è affatto vuoto o inerte dal punto di vista dell'efficacia persuasiva. Esso si ricollega infatti, in modo più chiaro sebbene implicito, all'idea che il diritto sia anche, se non esclusivamente, un insieme di norme poste dall'autorità politica, alle quali il giudice deve dare attuazione: il diritto positivo è prodotto da una volontà deliberata che lo pone. In questi casi l'AIL non è più ridondante ma, piuttosto, accessorio o ausiliare, nel senso che si associa a una o più argomentazioni principali, rafforzandole.

Ad esempio, l'affermazione secondo cui

> il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente…[35]

è naturalmente un'argomentazione *a contrario*. Qui, tuttavia, il richiamo alla "scelta chiara e cosciente" del legislatore è determinante e occupa un ruolo centrale nella motivazione, essendo ribadito più volte con formulazioni identiche o analoghe ("consapevole ed univoca volontà del legislatore", "ogni opzione ermeneutica … finirebbe per … creare una regola non scritta", "l'interprete … eserciterebbe inammissibilmente, in luogo del legislatore … la potestà discrezionale").

In quella sentenza, la costruzione della volontà del legislatore avviene mediante argomenti letterali e *a contrario* espressi dai brocardi *In claris non fit interpretatio* e *Ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Nella terminologia di Guastini[36], si tratta di un argomento *a contrario* in funzione "produttiva"

[35] Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9. In materia di subappalto nei contratti pubblici, l'ordinamento non richiede, quale condizione di validità o efficacia del subappalto, l'indicazione nominativa preventiva del subappaltatore in sede di offerta, dovendosi escludere l'introduzione di tale obbligo in via interpretativa.

[36] R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 175 ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 289 ss. Vedi anche G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. CASSESE et al., a cura di, *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 177 ss.

o "costruttiva": il giudice non si limita a rilevare che la lettera della legge non giustifica le conclusioni che se ne vorrebbero trarre (*ubi lex voluit dixit*) ma valorizza, per contro, il silenzio legislativo (*ubi noluit tacuit*), affermando che la formulazione normativa implicitamente esclude la possibilità di ricavare tali conclusioni da altre disposizioni o da considerazioni extratestuali. La lettera della legge e la correlativa esclusione vengono così imputate a una scelta deliberata del legislatore sul punto controverso.

E infatti in quella decisione il giudice afferma che tale volontà di escludere è confermata anche dalla storia legislativa, richiamando la disciplina previgente al d.lgs. n. 163/2006 e un disegno di legge di delega all'epoca in discussione. Da tali fonti emergerebbe la volontà cosciente del legislatore del 2006 di escludere l'obbligo di indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice al momento della presentazione dell'offerta, ammettendo che tale identificazione possa avvenire in un momento successivo. Qui si fa chiaramente riferimento al legislatore storico e anche al legislatore attuale: gli unici soggetti cui può far capo una volontà politica suscettibile di deferenza[37].

Questa è la seconda occorrenza dell'AIL che l'analisi rileva, accanto all'uso formulare riferito alla *voluntas legis*, meramente accessorio o riassuntivo rispetto agli altri argomenti interpretativi: si tratta dell'argomento psicologico propriamente detto, che fa riferimento alla *voluntas legislatoris*, cioè alle intenzioni comunicative o pragmatiche di soggetti più o meno precisamente determinati, identificati *tout court* con "il legislatore". L'analisi della giurisprudenza sembra infatti mostrare che il riferimento alle intenzioni del legislatore assume autonomia interpretativa solo quando il legislatore è concepito come legislatore storico o attuale. Negli altri casi, quando è costruito come soggetto ideale, razionale o buono, tale riferimento può essere eliminato o riformulato, perché sostituibile con argomentazioni letterali, sistematiche, teleologiche, apagogiche o di altra natura, espresse in forma impersonale.

Può essere in concreto difficile tracciare la distinzione tra l'AIL come formula riferita a un legislatore ideale, funzionalmente accessoria o riassuntiva di altre argomentazioni, e l'AIL come autonomo argomento psicologico, riferito al legislatore storico e non confondibile con altri argomenti.

Ad esempio, nella sentenza n. 15 del 2014, il Consiglio di Stato doveva decidere se l'*astreinte* (misura coercitiva indiretta a contenuto pecuniario per la mancata ottemperanza al giudicato) fosse applicabile anche nel caso di sentenze di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di una somma di denaro. Il codice di procedura civile limita espressamente tale penalità di mora all'inadempimento di sentenze di condanna ad obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro (art. 614-bis c.p.c.), mentre il codice del processo amministrativo non contiene un'analoga limitazione (art. 114 c.p.a.). Il giudice amministrativo fa quindi ricorso alla comparazione giuridica per concludere che ordinamenti diversi adottano soluzioni diverse e che, pertanto, entrambe le opzioni sono in linea di principio aperte al legislatore.

La breve ricognizione comparatistica effettuata, mettendo in luce l'eterogeneità delle opzioni … consente di mettere in chiaro che la scelta attuata dall'art. 614-bis c.p.c. … non deriva da un limite concettuale insito nella ratio o nella struttura ontologica dell'istituto ma è il frutto di un'opzione discrezionale del legislatore … la delimitazione dell'ambito oggettivo di operatività della misura è

[37] Analogamente, si veda la sentenza n. 10 del 2016, nella quale si riafferma che l'abrogazione, prima da parte della legge Merloni ter del 1998, poi da parte del codice dei contratti pubblici del 2006 dopo, dell'obbligo dell'indicazione già nella fase dell'offerta di una rosa di imprese subappaltatrici, «costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione». Questo argomento potrebbe essere riformulato omettendo il richiamo alle intenzioni del legislatore (ad esempio «Tale abrogazione esclude che l'indicazione nominativa del subappaltatore costituisca una condizione di validità del subappalto nell'attuale disciplina») ma, assieme al riferimento alla "consapevole ed univoca volontà del legislatore", qualcosa andrebbe perso nella sua forza persuasiva.

frutto di una scelta di politica legislativa e non un limite concettuale derivante dalla fisionomia dell'istituto.

Secondo il Collegio, la scelta del codice di procedura civile di limitare l'*astreinte* non sarebbe stata seguita dal codice del processo amministrativo. A tale conclusione il giudice perviene attraverso varie argomentazioni di carattere letterale, sistematico e costituzionale, che convergono nel valorizzare la diversa architettura del giudizio di ottemperanza e nell'accreditare una lettura estensiva dell'*astreinte* per la pubblica amministrazione. Ciò avviene, peraltro, superando l'argomento "psicologico" delle intenzioni del legislatore, basato sui lavori preparatori, e in particolare sulla Relazione governativa di accompagnamento al codice del processo amministrativo, che aveva sottolineato il parallelismo tra la nuova disposizione e l'art. 614-bis c.p.c.:

Non può, dunque, essere attribuito un rilievo decisivo ai lavori preparatori, in quanto il riferimento, operato dalla Relazione governativa di accompagnamento, alla riproduzione dell'art. 614-bis cod. proc. civ., va inteso come richiamo della fisionomia dell'istituto e non come recepimento della sua disciplina puntuale.

È chiaro che la sentenza fa riferimento a un modello ideale di legislatore, che prevale su una plausibile ricostruzione del legislatore storico. Tuttavia, il giudice non rinuncia alla forza retorica della deferenza verso il legislatore, ricostruendone le intenzioni a partire dal significato letterale dell'art. 114 c.p.a. Al legislatore storico viene così attribuita la scelta tra le alternative disponibili a un legislatore razionale. La decisione di formulare la disposizione in modo diverso dal c.p.c. implica che il legislatore storico abbia voluto ciò che ha in effetti stabilito, e che un legislatore razionale potrebbe astrattamente volere: differenziare la disciplina da quella del processo civile.

L'argomento di diritto comparato si salda con l'argomento letterale. L'analisi del dato testuale … chiarisce, infatti, che, in sede di codificazione del processo amministrativo, il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, in sede di adattamento della conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, nel senso di estendere il raggio d'azione delle penalità di mora a tutte le decisioni di condanna. La norma in analisi non ha, infatti, riprodotto il limite, stabilito della legge di rito civile nel titolo dell'art. 614-bis, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile.

Insomma, anche quando si riferisce alle intenzioni del legislatore razionale, il Consiglio di Stato non rinuncia al pathos della deferenza e del *self-restraint*. E, d'altra parte, quando ricostruisce o documenta le intenzioni degli individui in carne ed ossa che hanno partecipato alla redazione e approvazione del testo normativo, il giudice può accantonarle e discostarsene senza difficoltà.

Ciò può essere apprezzato anche nella sentenza n. 22 del 2021. Il tema era la legittimazione a ricorrere nei giudizi di impugnazione dei titoli edilizi altrui, e il problema era se il requisito della *vicinitas*, inteso come stabile collegamento tra il ricorrente e l'area in cui si trova l'immobile oggetto del titolo in contestazione, fosse sufficiente a fondare l'interesse a ricorrere. In base ad argomentazioni che qui non rilevano, il Consiglio di Stato conclude che non è sufficiente: per proporre ricorso, è necessario che il ricorrente prospetti uno specifico pregiudizio concreto derivante dal titolo edilizio impugnato. Questa conclusione è preceduta da una ricognizione piuttosto ampia del contesto politico-sociale (*occasio legis*) della c.d. "legge ponte" n. 765 del 1967, descritta come

il primo tentativo legislativo di porre rimedio al dilagare del fenomeno dell'abusivismo edilizio che nel secondo dopoguerra aveva deturpato le principali città italiane (su tutte Roma, Napoli e Palermo)

e che proprio l'anno prima, con la spaventosa frana di Agrigento, aveva reso non più eludibile, agli occhi della comunità nazionale e di quella internazionale, il problema della speculazione edilizia nel nostro Paese

Dato questo contesto, nonché il suo tenore letterale, l'art. 10, comma 9, della legge ponte poteva facilmente essere letto come reviviscenza, a tutela della legalità in materia edilizia, dell'istituto del diritto romano dell'*actio popularis*:

Leggendo tale disposizione si era autorizzati a ritenere che in luogo del nessuno, di prima del 1967, la legge avesse ora previsto che davvero chiunque potesse ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia altrui, quando in contrasto con leggi, regolamenti e prescrizioni urbanistiche; e che il legislatore avesse inteso introdurre un'azione popolare a tutela, rafforzata, di una legalità (e di una "giustizia nell'amministrazione") che molti comuni sino a quel momento non avevano voluto o saputo garantire.

Tuttavia, questa ricostruzione dell'*occasio legis* non ha alcuna efficacia direttiva: non fonda la soluzione, ma serve a contestualizzare storicamente la norma, così giustificando l'autonomia interpretativa della giurisprudenza rispetto a un intento legislativo ormai superato, non assunto come vincolante. Il Consiglio di Stato presenta la legge ponte del 1967 come risposta contingente a un deficit di legalità amministrativa, sollecitata da un momento emergenziale; questa caratterizzazione storica relativizza le intenzioni del legislatore, le "disinnesca": ciò che aveva senso allora non può valere automaticamente oggi. A fronte del pericolo di una pioggia di ricorsi privi di utilità concreta e meramente emulativi, la volontà del legislatore del 1967, storicamente situata, risulta inefficace sul piano interpretativo, o lo è solo nel senso di spiegare perché il tenore letterale dell'art. 10, comma 9, della legge ponte abbia scarsa o nulla rilevanza sistematica.

3.3. *Le intenzioni del legislatore come oggetto del controllo giudiziale*

Vi è infine un terzo uso dell'AIL, quantitativamente molto meno rilevante dei precedenti nella giurisprudenza amministrativa, ma teoricamente significativo. In alcuni casi, il Consiglio di Stato non si limita a evocare le intenzioni del legislatore come formula legittimante, riassuntiva o integrativa delle proprie argomentazioni, né si colloca sul piano della deferenza nei confronti delle decisioni assunte dal potere politico, ma sembra fare – o si esprime come se facesse – qualcosa di diverso: il riferimento alle intenzioni del legislatore funziona non come criterio che giustifica o riassume un'interpretazione, bensì come oggetto di un controllo da parte del giudice, il quale valuta la bontà o la conformità a diritto di tali intenzioni.

Ciò può avvenire, ad esempio, nell'applicazione del principio di proporzionalità[38], i cui parametri dell'idoneità, necessità e adeguatezza presuppongono la determinazione degli obiettivi perseguiti dalla misura limitativa di un diritto soggettivo; nella costruzione di tali obiettivi, il giudice può fare riferimento a ciò che l'autorità ha inteso realizzare, cioè alle sue intenzioni pragmatiche o finalità, variamente ricostruite o semplicemente postulate, che giustificano o meno la misura. Ma anche quando non arriva ad esercitare un controllo del genere – che, se riferito al legislatore, trova comunque nella Corte costituzionale la sua sede più naturale – il Consiglio di Stato a volte usa formulazioni che suggeriscono tale uso delle intenzioni del legislatore: le intenzioni come oggetto

[38] Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano, vedi S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; F. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in "Le istituzioni del federalismo"; 2016, pp. 697-723; F. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2023.

del giudizio anziché come chiave dell'interpretazione; le intenzioni come problema, potremmo dire, anziché come soluzione.

Si prenda ad esempio questa affermazione:

non è arbitraria la scelta del legislatore di garantire l'imparzialità-terzietà del giudice solo attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione[39].

Si tratta della stessa sentenza su cui si è aperta questa analisi, contenente la formula "dicendo 'stesso giudice' la legge intende lo stesso 'ufficio giudiziario'", ed è ora il caso di chiarirne rapidamente l'oggetto. La questione era se un giudice che avesse partecipato alla pronuncia della sentenza poi impugnata per revocazione potesse far parte del collegio chiamato a decidere su tale impugnazione.

In una sentenza del 2009, l'Adunanza Plenaria, richiamandosi al principio di imparzialità e terzietà del giudice, aveva escluso tale possibilità, in analogia con quanto previsto nel processo penale. Tuttavia, il nuovo codice del processo amministrativo del 2010 non aveva recepito espressamente tale orientamento, limitandosi a garantire l'imparzialità del giudice mediante le regole sull'astensione e sulla ricusazione previste dal codice di procedura civile, senza introdurre le ipotesi di incompatibilità soggettiva previste nel processo penale. Con l'affermazione sopra riportata, e senza soffermarsi diffusamente sul merito della scelta legislativa, il giudice amministrativo conclude nel senso della non arbitrarietà della soluzione adottata dal legislatore del 2010.

In questo modo, il Consiglio di Stato si esprime come se fosse un giudice costituzionale, e in effetti sul punto richiama una sentenza della Corte costituzionale, nonché una massima della Cassazione civile[40]. In ciò non vi è nulla di eccezionale: anche i giudici comuni interpretano la Costituzione, e possono sollevare una questione di legittimità se ritengano che la scelta del legislatore sia arbitraria. La valutazione sulla non-arbitrarietà delle finalità perseguite dal legislatore opera, nell'economia della motivazione, più come un'argomentazione teleologica o sistematica, fondata sul riferimento ai principi generali, che come un controllo effettivo su ciò che il legislatore ha inteso fare. Essa potrebbe facilmente essere riformulata facendo a meno del riferimento alle intenzioni del legislatore ("la disciplina soddisfa la finalità garantire l'imparzialità-terzietà del giudice" o "l'imparzialità-terzietà del giudice è garantita in modo adeguato, proporzionato, coerente con il sistema costituzionale").

Tuttavia, non vi è dubbio che questo sia un uso delle intenzioni del legislatore diverso dai precedenti. In astratto, una valutazione sulla loro bontà, conformità al diritto, non arbitrarietà, ragionevolezza, ecc., può giustificare, persino celebrare, le scelte del legislatore, in modo analogo a quanto avviene nel caso dell'uso formulare delle intenzioni del legislatore razionale come accessorio dell'argomentazione giuridica.

Una valutazione del genere può essere svolta per evitare un conflitto con il potere legislativo, come forse è avvenuto in questo caso, in modo analogo a quanto avviene nel caso dell'uso delle intenzioni del legislatore storico quale indice di deferenza e *self-restraint*. Ma la valutazione potrebbe anche concludere che le intenzioni non erano affatto buone, legittime o ragionevoli, e in questo caso il Consiglio di Stato, a differenza dei giudici amministrativi del Regno d'Italia e della prima metà degli anni '50 del Novecento, ha la possibilità di porre la questione alla Corte costituzionale. Difficilmente un giudice del genere potrebbe ancora concepire la legge come espressione della volontà del sovrano.

[39] Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 4.

[40] Corte cost., sentenza n. 387 del 1999; Cass. Civ., sent. 29 marzo 2007, n. 7702.

4. *Analisi della giurisprudenza risalente*

Come anticipato nel § 2, l'analisi della giurisprudenza risalente del Consiglio di Stato si è concentrata su un campione di decisioni della Quarta Sezione tra il 1897 e il 1898 e su alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria antecedenti alla creazione della Corte costituzionale (in particolare, quelle degli anni 1950-1952). Si tratta di un campione circoscritto, ma l'analisi non ha ambizioni statistiche. Essa consente, nondimeno, di mettere alla prova la tassonomia presentata nel § 3 e di verificare se e in che misura tali categorie concettuali (uso formulare, accessorio o riassuntivo; uso psicologico, eventualmente deferenziale; intenzioni come oggetto del controllo giudiziale) risultino applicabili anche a testi diversi, quali le sentenze amministrative della fine dell'Ottocento.

Si tratta, in effetti, di testi profondamente diversi. Non tanto per la struttura paratattica introdotta dagli "atteso che" – struttura ripresa dal modello francese, ma adattata e "ammorbidita" rispetto al rigore del *jugement phrase unique*[41] – quanto per il tenore delle questioni e la limitatezza delle materie: scatti stipendiali di ispettori doganali, statuto giuridico di opere pie, regolarità di deliberazioni comunali, un abbondante contenzioso in materia elettorale e poco più. Lo stile, comunque, è già riconoscibilmente tecnico-giuridico e, come si vedrà, per certi aspetti non così diverso da quello delle sentenze più recenti analizzate dalla ricerca.

4.1. *La giurisprudenza della Quarta Sezione (1897-1898)*

Nel campione di sentenze più risalenti analizzate (1897-1898) non è frequente che il Consiglio di Stato faccia un uso formulare delle intenzioni del legislatore; la stessa parola "legislatore" compare raramente, e il giudice tende invece a menzionare il Governo del Re, la Camera dei deputati, l'Ufficio centrale del Senato, il ministro proponente e altre istituzioni che partecipano direttamente al processo di produzione delle fonti normative. Per giungere a conclusioni definitive, il campione andrebbe ampliato. Tuttavia, l'impressione è che, nella generalità dei casi, il legislatore cui il giudice amministrativo guarda sia quello storico, e occasionalmente anche quello attuale – soggetti in carne ed ossa titolari di responsabilità istituzionali e di funzioni politiche direttive o tecniche – anziché il legislatore razionale oggettivo, costruito attraverso l'argomentazione giuridica come autore della norma da applicare al caso.

Vi sono comunque elementi che suggeriscono la possibilità di una personificazione del genere. Ad esempio, in una sentenza la volontà o intenzione del legislatore è identificata con lo "spirito della legge": un'interpretazione, "anziché contraddire allo spirito della legge, vi presta ossequio, avendo la legge evidentemente voluto che …"[42]. Qui non è affatto chiaro che la *voluntas legis* si identifichi con la *voluntas legislatoris*, e anzi propenderei per l'ipotesi opposta: questo "spirito" non rinvia a stati mentali individuali o collettivi, a decisioni politiche storicamente situate, ma funge da metafora o da etichetta riassuntiva per operazioni interpretative di varia natura.

Un altro esempio di questa tendenza oggettivante è la decisione n. 71 dell'11 febbraio 1898, in cui la Quarta Sezione respinge un'interpretazione teleologica proposta dal ricorrente, osservando che, se quella fosse stata davvero l'intenzione del legislatore, la disposizione sarebbe risultata priva di scopo e quindi inapplicabile (argomento *ad absurdum*):

[41] Come nota G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, in "Il Foro italiano", 1967, V, cc. 313 ss., c. 325, "La frase è tutt'altro che unica! All' 'atteso che' o 'considerato che' segue la forma del discorso diretto, con uno o più periodi sintattici chiusi, con propri soggetti e propri verbi. La sentenza italiana, pertanto, continua ad essere lunga, piena di digressioni e dei relativi difetti".

[42] Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 1898, n. 106, in *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 56.

… per quanto giusta sia la premessa che il ricorrente pone a capo delle sue argomentazioni, che cioè l'articolo 37 di quel regolamento miri ad impedire che da parte degli esercenti venga frodato il dazio … altrettanto ingiusta è la conseguenza che ne deduce, che … è evidente che se questa fosse la intenzione per la quale il detto comma 3° fu scritto, la disposizione in esso contenuta non avrebbe scopo, perché …

In questa sentenza, le intenzioni del legislatore tendono a diventare una formula che compendia una pluralità di considerazioni argomentative; probabilmente il Collegio avrebbe potuto dire "se questo fosse lo scopo del comma 3°, la disposizione sarebbe priva di oggetto" senza alterare l'efficacia persuasiva del ragionamento.

In altri casi, l'intenzione del legislatore è identificata *tout court* con il significato letterale; sebbene tale identificazione sia semplicemente postulata anziché argomentata – sicché il riferimento alle intenzioni è accessorio rispetto all'argomento letterale – essa aggiunge tuttavia qualcosa al ragionamento del giudice, nella misura in cui fa vibrare la corda della deferenza. Così, nella decisone 14 maggio 1897, n. 182, la Quarta Sezione afferma

… nessun dubbio può sorgere sul letterale disposto della citata disposizione della legge del 1894, essendo evidente che l'intenzione del legislatore è stata quella che risulta dalla stessa locuzione della legge … [43]

Analogamente, nella decisione 9 luglio 1897, n. 284, la Quarta Sezione cita il testo di una disposizione e commenta:

… per guisa da potersi conchiudere di essersi voluto applicare al segretario comunale un trattamento speciale … [44]

In un caso, le intenzioni del legislatore sono talmente de-psicologizzate da coincidere, prima ancora che con la volontà della legge, con la forza di legge, ossia con il suo rango gerarchico, in quanto espressione della volontà del legislatore di conferire alle proprie deliberazioni la forma di legge, garantendone la prevalenza sulle fonti dall'esecutivo:

Sarebbe quindi affatto arbitrario il supporre che non ostante la novella sanzione data, non per semplice atto del Governo, ma per volontà del potere legislativo a tutte le norme di quello statuto, dovesse ad alcune di esse negarsi ogni valore ed efficacia …[45]

Ma nella grande maggioranza dei casi, come dicevo, le intenzioni del legislatore non sono una clausola di stile agevolmente sostituibile con "la legge" o "il significato della legge", ma la conclusione di un ragionamento condotto sui lavori preparatori, volto a ricostruire le intenzioni del legislatore storico.

[è] opportuno rilevare innanzi tutto le ragione e le finalità cui ebbero ad ispirarsi la legge speciale, ed il relativo Decreto regolamentare 30 luglio e 28 agosto 1896, onde meglio spiegarne la portata. E dalla diffusa relazione del Ministro dell'interno … e dalle discussioni parlamentari della legge suddetta, è agevole desumere ed affermare: Che gli stabilimenti spedalieri di Roma, per gli atti di loro fondazione, furono sempre ritenuti mondiali, accogliendo, come tali, senza rimborso, e senza

[43] In *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 206.
[44] In *Giust. amm.*, IX, 1898, I, p. 363.
[45] Cons. Stato, Sez. IV, decisione 17 dicembre 1897, n. 488.

riguardo a provenienza, qualunque malato vi fosse ricoverato … per quale un crescente deficit si veniva verificando, da reclamare i più pronti ed efficaci provvedimenti … Che un tale scopo si intese raggiungere con la legge speciale 20 luglio 1896 … Che la relazione [parlamentare] ebbe a preoccuparsi delle difficoltà e lungaggini … Considerato che la genesi ed i fini dell'articolo 14 della legge speciale 30 luglio 1896 giustificano la incensurabile legalità del Regio Decreto ...[46]

Considerato che le discussioni fatte dal ministro della guerra durante la discussione della legge nel senso che sarebbesi provveduta a che …[47]

La Quarta Sezione giustifica il ricorso a tale argomento convintamente, con espressioni che sarebbero sorprendenti se provenissero da giuristi formati al metodo giuridico di Vittorio Emanuele Orlando e della sua scuola:

La relazione ministeriale premessa al R. D. 10 novembre 1890, alla quale se non un carattere d'interpretazione autentica devesi attribuire una grande importanza per la illustrazione del concetto legislativo dominante in quella disposizione …[48]

Le intenzioni del legislatore verso cui il giudice si mostra deferente possono consistere anche in considerazioni di opportunità politica contingente, ben diverse dalla *ratio legis* intesa come finalità che muove il legislatore razionale:

Scopo della disposizione [art. 5 r.d. 1894 n. 265, norma eccezionale di favore sul trattamento economico degli ispettori doganali] si era, come appare anche dalla relazione parlamentare citata dal ricorrente, di provvedere ad un conveniente collocamento di funzionari i quali venivano in qualche modo pregiudicati da una riforma che diminuiva l'importanza delle loro attribuzioni …[49]

Considerato che la disposizione transitoria [art. 3 della legge 1895, n. 721] ebbe origine dal concetto spiegato nella relazione con cui il Governo del Re propose al Parlamento la legge medesima, il quale concetto fu soltanto quelli di favorire anziché di pregiudicare quegli ufficiali …[50]

In alcune decisioni il pathos della deferenza, della decisione politica cui è doveroso prestare ossequio, è particolarmente evidente:

… dal tenore letterale di tale disposizione e dalle discussioni parlamentari chiaramente emerge che il collocamento in disponibilità è provvedimento di carattere politico … vero atto di Governo … libero perciò ed incensurabile[51].

La deferenza della Quarta Sezione nei confronti del legislatore è tale da estendersi anche alle intenzioni del legislatore attuale:

[46] Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 1897, n. 255, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, pp. 226 s.
[47] Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 1897, n. 441, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 545.
[48] Cons. Stato, Sez. IV, decisione 23 luglio 1897, n. 294, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 328, sull'efficacia temporale della disciplina in materia di anzianità degli uditori giudiziari.
[49] Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 1897, n. 188, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 278.
[50] Cons. Stato, Sez. Unite, 5 febbraio 1897, in *Giust. amm*., VIII, 1897, II p. 91, sull'applicabilità di una disposizione transitoria in tema di liquidazione della pensione degli ufficiali delle guardie di finanza.
[51] Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 1897, n. 171, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 145.

… la legge non ha inteso riferirsi che ai passaggi di proprietà e di possesso avvenuti o per successione ereditaria o per atte e contratti privati, non già anche a quelli avvenuti per effetto di aggiudicazioni … Ed a riprova … sta il fatto che discutendosi recentemente una nuova legge di modificazione …. La Camera dei deputati, di sua iniziativa, modificò l'ultimo alinea … introducendovi le parole "in qualunque modo", affinché … si avesse ad intendere passati anche per effetto di vendita all'asta pubblica[52].

Nondimeno, gli orientamenti che emergono dai dibattiti parlamentari non possono prevalere su un regolamento dell'esecutivo emanato nell'ambito delle sue competenze:

A ciò [determinazione del numero legale della Giunta Provinciale di Avellino] appunto provvede il regolamento, a cui invano si contrappongono le discussioni avvenute nel Parlamento e le dichiarazioni fatte dal relatore dell'Ufficio centrale del Senato e dal ministro proponente, poiché tali dichiarazioni, per quanto autorevoli, non possono infirmare una norma regolamentare, emanata dal potere esecutivo nell'esercizio delle sue facoltà statutarie[53].

Infine, merita di essere segnalata una pronuncia nella quale, a una lettura superficiale, potrebbe sembrare che le intenzioni del legislatore siano assunte non già come criterio interpretativo, ma come oggetto di valutazione. Nella sentenza 23 luglio 1897, n. 294, già menzionata, la Quarta Sezione afferma:

Ma non si può, senza calunniare la disposizione, attribuire l'intendimento ingiusto di creare a quegli uditori una posizione di privilegio rispetto ai vecchi e nuovi … Sarebbe stata ingiustizia per disparità di trattamento ...[54]

A ben vedere, tuttavia, si tratta solo di un'argomentazione sistematica e *ad absurdum*: un'interpretazione eccessivamente estensiva della disciplina sul trattamento economico di una categoria di uditori giudiziari è respinta perché, diremmo oggi, irragionevolmente discriminatoria.

4.2. *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (1950-1952)*

Se ora passiamo a considerare la giurisprudenza amministrativa dei primi anni Cinquanta del Novecento, gli stili argomentativi con riguardo alle intenzioni del legislatore si sono modificati sensibilmente. Nei pochi casi in cui il Consiglio di Stato "si abbassa" ad esaminare tali intenzioni, l'argomento viene spesso svalutato e, talvolta, le intenzioni del legislatore storico vengono accantonate o "corrette".

Ad esempio, la sentenza n. 8 del 1952 afferma che "gli elementi desumibili dai lavori preparatori" non possono "determinare l'opera dell'interprete, che si deve sempre esplicare, in definitiva, in confronto del contenuto della norma"[55]. Analogamente, la sentenza n. 3 del 1950 premette che "ogni corretta interpretazione deve avere per base la norma scritta"; passa quindi ad esaminare la relazione di Pasquale Stanislao Mancini alla legge 20 novembre 1855 del Regno di Sardegna sulla giustizia amministrativa, riconosce che essa è "ispirata … dalla diffidenza verso supposte esorbitanze dell'Autorità giudiziaria", ma aggiunge che "è anche vero … che di una tale preoccupazione il testo

[52] Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 1897, n. 98, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, pp. 82 s. Il giudice prosegue menzionando che l'Ufficio Centrale del Senato aveva chiarito che la modifica era innovativa.

[53] Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 1897, n. 4, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 18.

[54] Cons. Stato, Sez. IV, 23 luglio 1897, n. 294, in *Giust. amm*., VIII, 1897, I, p. 328.

[55] Cons. Stato, Ad. Plen., 2 marzo 1952, n. 8, in *Racc. Cons. St*., 1952, p. 338.

medesimo non reca traccia"[56]. E anche la sentenza n. 6 del 1951 prende in esame i lavori preparatori di una legge dell'anno precedente[57], ma subito aggiunge, quasi a giustificarsi:

Vero è, come è noto, che la legge va interpretata con i motivi intrinseci in essa contenuti, non con sussidi esteriori, e che, avvenuta la pubblicazione, la legge con la sua volontà oggettiva si separa dal suo autore … Ma allorché il proposito manifestato dal legislatore in sede di lavori preparatori, ben lungi dal tendere a prevalere contro la lettera e le risultanze della logica del sistema, non sia in disaccordo con il senso del dettato legislativo, la sua elaborazione precedente può assumere valore esplicativo e offrire una guida non trascurabile nel ricercare lo scopo della norma, che nella specie è quello di interpretare la norma anteriore"[58].

Il confronto tra queste due sentenze mostra come il Consiglio di Stato abbia cura di precisare, sia quando si allontana dalle intenzioni del legislatore storico, sia quando le conferma, che tali intenzioni possono avere un ruolo solo ausiliario e mai determinante ai fini dell'interpretazione giuridica.

Sebbene l'argomento psicologico non sia del tutto assente[59], non c'è dubbio che esso sia meno frequente che nella giurisprudenza di fine Ottocento considerata dall'analisi. Quando compare, può essere ancillare all'argomento *a contrario*[60] e all'interpretazione teleologica e sistematica[61], risultando pressoché indistinguibile dagli usi formulari e riassuntivi che fanno riferimento al legislatore razionale e alla volontà oggettiva della legge.

In tutte queste occorrenze, manca il pathos della deferenza. C'è una sola eccezione: un solo caso in cui l'Adunanza Plenaria fa riferimento alle intenzioni del legislatore storico come limite politico invalicabile per l'interpretazione giudiziale.

Nella sentenza 3 luglio 1952, n. 12, si trattava di interpretare la disposizione di un decreto legislativo luogotenenziale del 1944 che aveva privato di efficacia giuridica vari atti adottati "sotto l'impero del sedicente governo della repubblica sociale italiana", e il problema era se tale disposizione fosse applicabile anche agli atti adottati nel territorio occupato dall'esercito tedesco

[56] Cons. Stato, Ad. Plen., 5 maggio 1950, n. 3, in *Racc. Cons. St*., 1950, pp. 1 s. Si veda anche Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1952, n. 6, in *Racc. Cons. St*., 1952, p. 327, in cui le intenzioni del legislatore storico soccombono all'interpretazione adeguatrice: "È vero che il legislatore, come i lavori preparatori conclamano, ha voluto consapevolmente adottare un criterio meccanico [per la determinazione della indennità di espropriazione] … ma la constatazione non ha rilevanza perché solo il quarto comma dell'art. 42 della Costituzione … richiede espressamente un indennizzo che … deve essere congruo o giusto o totale".

[57] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 1951, n. 6, in *Racc. Cons. St*., 1951, p. 781 (se la legge n. 995/1950 che attribuisce carattere definitivo ai provvedimenti prefettizi di requisizione abbia portata di interpretazione autentica, e quindi retroattiva, o meno): "Pone in luce la relazione che ha illustrato la proposta della legge del 1950 che gravi incertezze sussistevano in merito alla tutela dei privati lesi dai provvedimenti dei Prefetti".

[58] Ibidem.

[59] Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 1950 n. 105, in *Racc. Cons. St*., 1950, p. 55, si diffonde nel ricostruire gli obiettivi perseguiti dal legislatore del d.l.l. 24 aprile 1946 e conclude: "Si volle cioè incitare i costruttori a considerare come particolarmente conveniente lo svolgimento dell'attività edilizia, in quel campo in cui più necessaria risultava la formazione di un esteso patrimonio immobiliare"; Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1952, n. 6, in *Racc. Cons. St*., 1952, p. 322, contiene un riferimento ai lavori dell'Assemblea costituente: "E la portata della disposizione [disp. transitoria VII] risulta chiarita, inoltre, dalla relazione fatta all'Assemblea costituente dall'On. Perassi, sulla necessità di evitare che certe garanzie costituzionali restino sospese fin quando sia creata la Corte [costituzionale]".

[60] Cons. Stato, Ad. Plen, 3 marzo 1952, n. 5, in *Racc. Cons. St*., 1952, p. 314: "il legislatore, se avesse voluto escludere la valutazione del servizio prestato … avrebbe dovuto farlo intendere con formula chiara".

[61] Ivi, p. 311: "la citata riforma del 1923 non ebbe il fine di porre un argine alla inflazione delle lauree né partì dal presupposto che la laurea, di per sé sola, fosse insufficiente o inidonea a conferire attitudini all'insegnamento, sicché fosse necessario aggiungere ad essa un *quid novum*. Essa volle, invece, solo accrescere nuovo prestigio agli studi universitari ed alla conseguente laurea, nel senso di conferire ad essi un carattere preminentemente accademico o scientifico. Il che emerge chiaramente dall'art. 4, 2° comma, del citato R.D. numero 2102, il quale stabilisce che le lauree hanno esclusivamente valore di qualifiche accademiche…".

subito prima della costituzione della Repubblica Sociale Italiana. L'Adunanza la estende a tali atti in base a un ragionamento analogico, "in quanto ispirati agli stessi principi ed aventi, in linea generale, la medesima finalità", e quindi fa ricorso alle intenzioni del legislatore per giustificare il giudizio sul disvalore di tali principi e finalità senza assumersene la responsabilità: la disciplina

… trae, evidentemente, la sua origine da una valutazione di carattere storico degli eventi verificatisi in quel periodo, la quale essendo stata compiuta dal legislatore ed essendo stata assunta come giustificazione di un precetto legislativo, non può essere qui posta in discussione[62].

5. *Discussione critica*

Ritorniamo all'ipotesi da cui prende avvio la ricerca: che sia possibile rilevare una variazione significativa nell'uso o nella struttura dell'AIL nel corso del tempo, e che tale variazione non sia meramente accidentale, ma rivelatrice di processi sottostanti, teoricamente proficua. Data questa ipotesi, possono verificarsi tre casi, che sollecitano interpretazioni diverse.

In primo luogo, l'analisi potrebbe registrare il declino quantitativo e la perdita di pregnanza e forza persuasiva dell'AIL. In realtà, questo sembra un risultato già acquisito dallo studio metagiurisprudenziale sin qui condotto, se si assume come termine *a quo* la giurisprudenza più risalente della Quarta Sezione. È un risultato coerente con l'abbandono generalizzato dell'imperativismo come quadro teorico di riferimento della cultura giuridica interna e con altri fattori che potrebbero concorrere con tale abbandono: la crescente conflittualità tra potere politico e magistratura[63], la crisi della rappresentanza politica, la trasformazione dell'ideale democratico verso modelli deliberativi, che enfatizzano il dialogo e la procedura a scapito della decisione e della responsabilità, o un'evoluzione del sistema politico verso forme di "post-democrazia"[64]. Sono questi temi correnti della riflessione accademica nelle discipline giuridiche e politiche, che corrispondono alla diffusa percezione dell'impossibilità di pensare il legislatore, e a maggior ragione il parlamento, come vettore di una decisione politica sovrana[65]. Il minimo che si può dire è che oggi la deferenza verso il legislatore non è un atteggiamento che possa essere dato per scontato per nessuno, compresi i giudici. Né è affatto evidente che il legislatore, data la complessità delle mediazioni politiche e dei procedimenti decisionali, sia effettivamente in grado di "volere" qualcosa, a parte l'approvazione del testo normativo nella sua formulazione finale.

In secondo luogo, benché nel periodo complessivo considerato dalla ricerca l'AIL mostri un andamento regressivo, l'analisi potrebbe registrare, in specifici periodi intermedi, una sua maggiore diffusione e una più marcata cogenza. Questo risultato non sarebbe affatto sorprendente. Anzitutto, la deferenza e il *self-restraint* non sono estranei alla prassi giudiziale odierna e, anzi, sono atteggiamenti del tutto appropriati, persino indispensabili, in uno spazio giuridico pluralista, "post-

[62] Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 1952, n. 12.

[63] Per uno sguardo d'insieme, vedi A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 345 ss.; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; C. GUARNIERI, *Magistratura e sistema politico nella storia d'Italia*, in R. ROMANELLI, a cura di, *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 259 ss.

[64] Il riferimento è al fortunato libro di C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2005; con riguardo al potere giudiziario, vedi le osservazioni di G. PRETEROSSI, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in "Questione giustizia", 4/2016, pp. 77-81, peraltro critico verso i pericoli dello "stato giurisdizionale".

[65] Sul tema, rinvio a G. ITZCOVICH, *Mitologie della governabilità. Storia e critica di un concetto*, in "Ragion pratica", 46/1, 2016, pp. 9-34, e agli autori ivi citati.

Con riguardo al ruolo della Corte costituzionale, vedi ora M. DELLA MORTE, *La Corte decidente negli squilibri di sistema*, in "Costituzionalismo.it", 1/2023.

sovrano", che di per sé esclude la subordinazione irriflessa e la verticalizzazione gerarchica, ma non la collaborazione con le autorità che concorrono a formarlo, la disponibilità ad ascoltarne le ragioni e a contribuire alla realizzazione dei loro programmi[66].

Inoltre, è importante rilevare che l'imperativismo – in ipotesi, solidale con l'AIL e foriero del suo largo impiego – era già in crisi all'epoca in cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato iniziava la sua attività giurisdizionale e usava quegli stili argomentativi analizzati nella ricerca. In quegli anni nasceva e fioriva la scuola di diritto pubblico di Vittorio Emanuele Orlando, che imponeva una concezione storicista e formalista del metodo giuridico, ispirandosi inizialmente a Savigny, poi alla rielaborazione del metodo pandettistico da parte della giuspubblicistica tedesca dell'età guglielmina[67]. Per questi giuristi, la costruzione dogmatica dei concetti e degli istituti, la sistematizzazione dei materiali normativi in un tutto coerente, stabile e intelligibile, erano almeno altrettanto importanti della legislazione e, in realtà, più importanti: erano la garanzia dello statuto scientifico e della relativa autonomia politica della propria disciplina. Perciò rimproveravano ai giuristi pratici un atteggiamento "meramente esegetico", che comprendeva la fedeltà eccessiva ai testi, difettosi e mutevoli, prodotti dal legislatore, ma anche la ricerca pedissequa e servile delle sue intenzioni. Il giurista come scienziato avrebbe dovuto fare ben altro che compulsare lavori preparatori; dalla storia legislativa, correttamente intesa, sarebbe emerso uno "spirito" irriducibile alla mera ricostruzione di ciò che il legislatore aveva inteso dire sostituendo una parola con un'altra.

Se questo è vero, allora è possibile che la ricerca sui modelli argomentativi in uso presso i giudici amministrativi riveli qualcosa di diverso da ciò che la prima ipotesi prospettava: e cioè che quell'idea della legge come comando sovrano, quel modello di stato moderno con piena verticalizzazione del comando, rimozione dei corpi intermedi e delle mediazioni pluralistiche della società per ceti, sia più un ideale normativo dell'epoca dell'assolutismo, o un'enfatizzazione unilaterale da parte di storici e sociologi alla ricerca della cifra della modernità, che una realtà effettiva. Anche nell'epoca del suo apogeo, lo stato moderno è attraversato da fratture, sottoposto a forze centrifughe, limitato da sfere di inviolabilità di fatto, da ambiti di irrilevanza dei suoi apparati, nonché da complesse mediazioni interne tra le sue componenti costitutive[68]. Sicché quel "nuovo medioevo" pluralista che sarebbe stato inaugurato dalla crisi contemporanea di tale assetto[69], in realtà era già lì presente, non essendo mai scomparso del tutto, e sopravviveva ancora in pieno Ottocento nella costellazione di contropoteri, esterni ed interni, tra cui quello dei giuristi che interpretavano il diritto senza troppo curarsi di ciò che il legislatore avesse inteso dire o fare. Giuristi che si preoccupavano anche di altro: di realizzare la giustizia nel caso concreto, ad esempio, o di contribuire allo sviluppo giurisprudenziale

[66] Questa è un'osservazione diffusa nella letteratura su *adjudication* e democrazia deliberativa; vedi C. VALENTINI, *Deliberative constitutionalism and judicial review: a systemic approach*, in "Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law", 47, 2022, https://doi.org/10.4000/revus.8030: le corti devono essere "inclusive and receptive with respect to the reasons and arguments of other institutional and non-institutional components of society".

[67] Anche su questo rinvio a G. ITZCOVICH, *Vittorio Emanuele Orlando, i confini del diritto pubblico e la dottrina giuridica di oggi*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, a cura di, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 25-47, e agli autori ivi citati. Per una sintesi efficace e polemica, vedi comunque L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

[68] Vedi L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di "Stato moderno"*, in "Storia Amministrazione Costituzione", 2, 1994, pp. 259-297, sulla pluralità dei percorsi di modernizzazione e sulla persistenza, anche in età moderna, di regimi feudali, istituzioni corporative e forti articolazioni territoriali; F. BENIGNO, *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, Viella, 2013, pp. 163 ss., sulla "rottura del paradigma dello stato moderno"; Sul ruolo dei giuristi, R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

[69] Si tratta peraltro di una metafora nient'affatto nuova: sui suoi usi novecenteschi, vedi P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 31, 2002, pp. 43 ss.; nella teoria delle relazioni internazionali e in sociologia politica, D. ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo*, ivi, pp. 77 ss.

di un diritto giusto o utile, in base alla loro comprensione di ciò che era richiesto nelle circostanze date. La supremazia della legge, come immaginata da Hobbes, non è mai esistita, e il dogma della sovranità dello stato di cui parlavano i giuristi comprendeva in sé già innumerevoli mediazioni.

Inoltre, è ragionevole aspettarsi che, nel corso del Novecento, una tendenza alla diffusione e al rafforzamento dell'AIL possa risultare dalla trasformazione dello Stato liberale in "Stato amministrativo", dall'ampliamento e diversificazione dell'azione statale, della copiosa legislazione speciale e in generale da quei processi di "decodificazione" che impongono agli interpreti la considerazione degli obiettivi specifici perseguiti dall'autorità pubblica nei vari settori del suo intervento. In questo contesto, scrive Natalino Irti, la lettera della legge e le intenzioni del legislatore "acquistano un nuovo valore":

> Nella logica di norme che, in luogo di predisporre meri strumenti, perseguono fini determinati, l'intenzione del legislatore è tutt'uno con questa *scelta di scopi* … l'interprete non può prescindere da quelle indicazioni di scopo, se non a rischio di sovrapporre alla logica della legge un rifiuto politico dei fini perseguiti … o di professare un'inutile e malinconica fedeltà al sistema del codice[70].

Vi è poi naturalmente una terza possibilità, e cioè che l'analisi, dopo la fase iniziale di avvio della giustizia amministrativa, non riveli variazioni significative nell'uso e nel ruolo dell'AIL nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Una volta consolidatosi l'orientamento metodologico della Scuola di diritto pubblico orlandiana, le pratiche argomentative della giurisprudenza amministrativa potrebbero essersi assestate su un modello strettamente tecnico-giuridico, allontanandosi dalla sensibilità alle intenzioni del legislatore storico o attuale – una sensibilità "da funzionari", più che da giuristi – che caratterizzava, come abbiamo visto, la prima giurisprudenza della Quarta Sezione. Certo, nella prospettiva del ricercatore, la conclusione "niente di nuovo sotto il sole" è la meno desiderabile: tale risultato, o assenza di risultati significativi, si presterebbe infatti a numerose interpretazioni, di cui due, in particolare, meritano di essere menzionate.

Anzitutto, si potrebbe ipotizzare che i processi appena descritti – gli uni responsabili del declino, gli altri dell'ascesa dell'AIL nella giurisprudenza amministrativa – si contemperino a vicenda. Così, la perdita della fiducia e della spontanea collaborazione tra interprete e legislatore tipiche dello Stato monoclasse ottocentesco[71] e presupposto dell'ampio ricorso all'AIL, potrebbe essere stata compensata, nella seconda metà del Novecento, dalla crisi del "giurista scomodo"[72] – il giurista-scienziato del diritto, non politicamente disponibile – la cui influenza, finché perdurava, ostacolava il ricorso all'AIL nella cultura giuridica improntata a storicismo e formalismo. Analogamente, il consolidamento del formalismo orlandiano nella prima metà del Novecento, o la diminuita disponibilità a collaborare con il potere politico negli anni del fascismo, nella stagione dell'uso alternativo del diritto o di Tangentopoli, potrebbero essere stati bilanciati dalla necessità pratica di tener conto, nell'interpretazione e nell'applicazione della legislazione speciale, degli obiettivi perseguiti dal decisore politico.

Vi è però una seconda interpretazione possibile, più interessante dal punto di vista teorico, per quanto indimostrata e indimostrabile con gli strumenti di questo studio. Per formularla, potremmo provare a chiederci come sarebbe una giurisprudenza (amministrativa, ma non solo) che facesse dell'AIL un uso abbondantissimo e sistematico. Naturalmente è possibile immaginare un uso più ampio di quello registrato dalla ricerca – ma possiamo davvero immaginare una giurisprudenza che

---

[70] N. IRTI, *L'età della decodificazione* (1979), 4a ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 17.

[71] Sullo stato monoclasse, vedi M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 35 ss.; ID., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 35 ss.; M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, Milano, Il Mulino, 2018, p. 42.

[72] Per riprendere la nota espressione di E. FORSTHOF, *Stato di diritto e società industriale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 162.

concepisca il proprio compito esclusivamente come attuazione della volontà degli autori del testo normativo? Cioè, come realizzazione delle intenzioni del legislatore concreto, sempre e comunque, a prescindere da considerazioni relative alle aspettative sociali create dal significato letterale del testo, alla coerenza e intelligibilità del sistema nel suo complesso, alla sua razionalità, utilità sociale e conformità ai valori pubblici condivisi, alle esigenze di giustizia nel caso concreto, alle conseguenze prevedibili della decisione, all'adeguamento del diritto all'evoluzione sociale? È difficile immaginare un giudice che rinunci a tutte queste considerazioni e, più in generale, al compito di sviluppare, specificare e anche correggere la legislazione mediante il diritto giurisprudenziale. Dopotutto, l'interprete risponde a una questione pratica, non astrattamente conoscitiva[73].

Se questo è vero, il ruolo relativamente modesto dell'AIL in prospettiva diacronica potrebbe riflettere una proprietà strutturale del diritto: non certo una caratteristica di natura metastorica, ma un elemento indefettibile del diritto positivizzato e scritto, nel quale i processi di produzione e applicazione del diritto – di elaborazione del testo e di sua interpretazione – si sono differenziati. Questa differenziazione fa sì che il *rule of law* sia diverso dal *rule by law*, nel senso che, in uno stato di diritto, l'applicazione del diritto non è riducibile all'attuazione dei comandi del legislatore, perché implica la possibilità della contestazione del diritto, nel contraddittorio tra le parti davanti a un giudice indipendente, e la necessità dell'interpretazione e dell'argomentazione[74]. In questo modo, la volontà politica viene non solo implementata, ma anche filtrata e corretta, ed eventualmente piegata e tradita, dai giudici attraverso il ragionamento giuridico, nel contesto di procedimenti formalizzati e pubblici; eventuali errori possono essere corretti e i contenuti adattati alle circostanze del caso. Usando una distinzione avanzata da Mireille Hildebrandt, potremmo dire che il diritto positivo non si limita a informare su ciò che il legislatore ha detto e voluto, o su ciò che accadrà in caso di violazione di una regola, ma in-forma la realtà sociale attraverso una pratica istituzionalizzata di contestazione, interpretazione e motivazione, che non coincide con la mera attuazione di comandi[75].

A questo proposito, è suggestivo un discorso di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, pubblicato dalla "Rivista di diritto pubblico" nel 1909, in cui si evoca un'immagine del diritto romano nell'età del principato – qui non importa se accurata o no – come caratterizzato dalla perfetta coincidenza tra il diritto applicato dai giudici e il diritto voluto dal legislatore:

[73] Questo è un tema da sempre centrale nella topica giuridica e nella riflessione ermeneutica: oltre al classico T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), Milano, Giuffrè, 1962, vedi F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 147 ss. Ma vedi anche A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 166, per l'osservazione secondo cui "In spite of certain dogmatic ideas concerning 'the will of the legislator' endowing the law with its 'force', it is practically inevitable that the judge will offer resistance towards being ruled by the dead, if the conditions of present-day life and the evaluations represented by us suggest that we interpret the law in a spirit other than the original legislator's". Sull'indispensabile pluralità dei metodi interpretativi e "pluridimensionalità" del diritto, vedi G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 250 ss.; sul diritto giurisprudenziale, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Roma, Roma TrE-Press, 2024.

[74] Sulla distinzione tra *rule of law* e *rule by law*, vedi F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, cap. X; B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 91 ss. Vedi J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in "Georgia Law Review", 43/1, 2008, pp. 1-61, per la tesi secondo cui il diritto richiede un processo istituzionalizzato di interpretazione e argomentazione che va oltre la mera attuazione di comandi; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, cap. 2, sul carattere argomentativo del diritto; ID., *Argumentation and Interpretation in Law*, in "Ratio Juris", 6/1, 1993, p. 18 sulla "fallacia positivistica" di considerare accettabili solo gli argomenti basati sull'autorità.

[75] M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in "The Modern Law Review", 79, 2016, pp. 1-30, spec. pp. 21 ss.

… nel mondo romano … la legge e le disposizioni esecutive hanno origine sempre da una stessa volontà, e finiscono per avere sempre la stessa efficacia giuridica ad arbitrio di quella volontà, maggioranza di popolo od imperatore[76].

In quel caso, per Spaventa si trattava della mutevole volontà del legislatore attuale, non di quello storico, e la conseguenza di questa coincidenza tra norma voluta e norma applicata era l'impossibilità dello stato di diritto:

… non era possibile una vera giurisdizione di diritto pubblico, quando il giudice potea mantenere o alterare la legge nell'atto stesso di giudicare se era stata fedelmente eseguita[77].

Ma questa conclusione conserva la sua validità, a ben vedere, anche se il riferimento fosse alla volontà del legislatore storico, e l'immagine del diritto evocata da Spaventa fosse quella di un imperativismo compiutamente dispiegato, sostenuto da una giurisdizione indefessamente originalista, in cui l'applicazione del diritto si identifica e si risolve nella ricerca della volontà dell'autore del testo normativo.

[76] R. Ricci, a cura di, *Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV sezione*, in "Rivista di diritto pubblico", I, 1909, pp. 289 ss., p. 294.

[77] Ibidem.

Paola Lombardi

Edilizia ed intenzione del legislatore: il ruolo del Consiglio di Stato

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tra Parlamento e Governo – 2.1. Dalla proposta di legge Mazzetti del marzo 2025… – 2.2. …allo schema del disegno di legge delega per l'adozione del Codice dell'edilizia e delle costruzioni del dicembre 2025 – 3. Spunti di riflessione sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia edilizia anche alla luce dei risultati della ricerca condotta nell'ambito del PRIN – 4. Conclusioni.

***This paper undertakes a preliminary examination of legislative intent as reflected in the most recent legislative initiatives in the field of Building and Planning Law in Italy. The aim is to compare the findings of this inquiry with the manner in which the Council of State has relied on legislative intent as an interpretative tool in the same field, with particular emphasis on changes in the designated use of buildings. The analysis also seeks to shed light on the role of the Administrative Judge within the context of ongoing reform processes*.**

1. *Introduzione*

Le ragioni dell'interesse per un'indagine rivolta alla ricerca dell'intenzione del legislatore in edilizia muovono dalla constatazione della presenza di una continua attività normativa che ha interessato questa materia soprattutto tra il 2024 ed il 2025, con la prospettiva di proseguire quanto meno per tutto il 2026.

Si tratta di una circostanza che indubbiamente rende più faticosa l'attività interpretativa svolta dal giudice che della corretta applicazione di queste disposizioni si deve occupare, vale a dire il giudice amministrativo.

Il punto di partenza da cui muove questa riflessione è costituito dall'entrata in vigore del c.d. *Decreto Salva Casa* (decreto-legge 29 maggio 2024, n. 69), ampiamente modificato dalla sua legge di conversione n. 105/2024, che ha inteso introdurre in via d'urgenza nell'ambito edilizio ed urbanistico disposizioni espressamente definite, dalla stessa epigrafe del provvedimento, di "semplificazione"[1], attuando un'ampia riforma del Testo unico dell'edilizia, d.p.r. n. 380 del 2001.

Come si legge nella Relazione illustrativa, stilata dal Consiglio dei ministri ed allegata allo schema del decreto, il principale motivo che ha portato alla riforma è di natura essenzialmente economica, ed è costituito dalla necessità di sbloccare una perdurante situazione di stallo in cui da tempo versava il mercato immobiliare in Italia.

Si trattava di una situazione provocata soprattutto dalla scarsa chiarezza di un quadro normativo che aveva spesso dato luogo ad incertezze interpretative e contrasti giurisprudenziali, ostacolando di fatto sia la compravendita di immobili ed unità immobiliari, sia l'attività procedimentale e di controllo sugli abusi svolta dalle pubbliche amministrazioni, sia l'attuazione dei principi di matrice ambientale, ormai divenuti urgenti, quali la rigenerazione urbana e la riduzione del consumo di suolo attraverso il recupero di manufatti edilizi già esistenti.

Evidente era ormai divenuto il fallimento di un *modus operandi* del legislatore fatto di interventi normativi *ad hoc* per risolvere, in modo del tutto contingente, problematiche spesso molto specifiche senza che gli stessi fossero collocati in un organico disegno riformatore: un disegno che, tra l'altro, in qualche modo cercasse di porre rimedio alla perdurante assenza di leggi statali di

[1] Il provvedimento reca infatti *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione edilizia e urbanistica*.

principio in grado di definire compiutamente il riparto di competenze normative ed i livelli essenziali delle prestazioni, tanto in materia urbanistica quanto in materia edilizia.

Proprio quest'ultimo passaggio argomentativo consente tuttavia di rilevare come la riforma del 2024, pur caratterizzata dalle lodevoli intenzioni del legislatore più sopra indicate, non sia stata in grado di soddisfare le grandi aspettative di semplificazione che aveva suscitato.

Due sono gli esempi paradigmatici di questa circostanza.

Il primo è costituito dalla disciplina dello stato legittimo degli immobili, così come prevista dal novellato art. 9-*bis* del TUED, la quale ha tra l'altro subito un duplice passaggio riformatore tra l'entrata in vigore del Decreto Salva Casa e quella della sua legge di conversione.

Avuto riguardo alla formulazione definitiva del comma 1-*bis* dell'articolo, oggi lo stato legittimo di un immobile o di un'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa *o, in alternativa*, da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, essendo venuto meno il necessario cumulo delle due condizioni previsto dalla precedente formulazione del comma. Tuttavia, è anche richiesto, quanto al titolo abilitativo più recente, che «l'amministrazione competente, in sede di rilascio del medesimo, abbia verificato la legittimità dei titoli pregressi».

Per questa via, è stata introdotta la necessità di una verifica in concreto della legittimità dei titoli precedentemente conseguiti che può celare una vera e propria *probatio diabolica* a carico del soggetto privato proprietario dell'immobile, fin da subito segnalata dagli operatori del settore con la richiesta di nuovi interventi semplificatori sul punto[2].

Il secondo esempio riguarda invece la disciplina del mutamento di destinazione d'uso degli immobili che sia urbanisticamente rilevante, così come prevista dall'art. 23-*ter* del TUED.

Come chi scrive ha già avuto modo di osservare in un altro lavoro pubblicato di recente, va infatti evidenziato che la novella del 2024, pur in un contesto profondamente riformatore, non è intervenuta sul contrasto, segnalato dalla dottrina fin dalla comparsa dell'articolo voluta dal Decreto Sblocca Italia entrato in vigore nel 2014, tra una previsione normativa che attribuisce alle sue disposizioni il rango di "principi", ed una previsione, contenuta nello stesso articolo, che, quanto alla modifica delle destinazioni d'uso degli immobili, fa comunque salva una diversa previsione da parte delle leggi regionali, alle quali è addirittura consentito introdurre livelli ulteriori di semplificazione che, per la verità, spetterebbe alla legislazione statale fissare[3].

Né le problematiche segnalate hanno trovato un'efficace soluzione nelle Linee di indirizzo e nei Criteri interpretativi sull'attuazione del Decreto Salva Casa pubblicate dal MIT il 30 gennaio 2025[4], che hanno quanto meno avuto il pregio di manifestare la consapevolezza circa la sussistenza di numerose difficoltà applicative connesse alla nuova disciplina e la evidente necessità di ovviare alle stesse.

Nel corso del 2025, dando seguito alle sollecitazioni provenienti da *stakeholders* ed operatori del settore, il Parlamento ed il Governo italiano hanno messo in campo ulteriori interventi di riforma della disciplina giuridica dell'edilizia, intercettando altresì alcuni aspetti connessi alla materia urbanistica.

---

[2] In argomento, sia consentito rinviare alle riflessioni svolte da P. LOMBARDI, *Lo stato legittimo degli immobili un anno dopo il Decreto Salva Casa: orientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, 945 ss.

[3] Sulle modifiche di destinazione d'uso degli immobili, e su tale specifica problematica, sia consentito rinviare a P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d'uso degli immobili nel Decreto Salva Casa: alla ricerca dell'intenzione del legislatore*, in *Il Processo*, 2025, 919 ss., articolo in *open access* che costituisce il frutto di una prima riflessione svolta da chi scrive nell'ambito del PRIN 2002 dal titolo "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*" (v. *infra* nel testo), cui questo stesso scritto afferisce e del quale rappresenta lo sviluppo. A tale riflessione si rinvia quanto all'approfondimento della dottrina che si è occupata della disciplina in esame.

[4] In *www.mit.gov.it.*

Tra i suddetti interventi, due sono, a giudizio di chi scrive, quelli più significativi, dei quali s'intende dare conto nelle pagine seguenti.

Certamente, essi non rappresentano in modo esaustivo l'insieme delle forze di recente messe in campo a livello legislativo in materia[5]: tuttavia, meglio di altri consentono di far emergere i tratti salienti di quelle che, al momento, restano a dire il vero, mere "intenzioni" del legislatore, di cui si auspica una traduzione in concreto nel più breve tempo possibile.

Anche avuto riguardo alle problematiche più sopra emerse con l'applicazione del Decreto Salva Casa, e ad alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato che verranno richiamate, lo scopo è quello di mettere a confronto i risultati dell'indagine con quanto emerso dall'analisi della giurisprudenza del giudice amministrativo di secondo grado svolta nell'ambito del Progetto PRIN 2022 dal titolo "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*" ("*Alla ricerca dell'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale: un approccio empirico*"), Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, CUP D53D23007610006, cui hanno aderito, sotto la guida dell'Unità costituita presso l'Università Bocconi di Milano (*Principal Investigator*: Prof. Damiano Canale), altre Unità tra cui quella incardinata presso l'Università degli Studi di Brescia, che ha operato sotto la responsabilità di chi scrive.

Si è consapevoli del fatto che l'intenzione del legislatore presa in considerazione nell'ambito del PRIN è quella che si desume da norme già entrate in vigore. Questo lavoro tuttavia si colloca in una prospettiva più ampia, guardando in particolare all'intenzione che si manifesta nella recente progettualità legislativa, sulla quale, evidentemente, il giudice amministrativo, con particolare riferimento al Consiglio di Stato, non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi.

Tuttavia, ciò non priva di utilità un'indagine di tal fatta, poiché consente di verificare entro quali limiti la giurisprudenza del giudice amministrativo di secondo grado intersechi questa progettualità fornendo opportune indicazioni sulla via che il legislatore dovrà percorrere negli ambiti (inevitabilmente esistenti in una materia complessa come quella edilizia) in cui la norma per il caso concreto manchi del tutto o sia di difficile individuazione.

Ne dovrebbe sortire un contributo per delineare il ruolo che il Consiglio di Stato possa assumere nei processi riformatori della materia edilizia (ed in parte urbanistica) in Italia ai quali il Parlamento ed il Governo stanno attualmente lavorando.

2. *Tra Parlamento e Governo*

2.1. *Dalla proposta di legge Mazzetti del marzo 2025…*

Il 28 marzo 2025, dunque a distanza di meno di un anno dall'entrata in vigore del Decreto Salva Casa, è stata presentata alla Camera dei deputati una proposta di legge ordinaria, d'iniziativa dell'On. Mazzetti ed altri, recante una *Delega al Governo per l'aggiornamento, il riordino ed il coordinamento della disciplina legislativa in materia edilizia* (A.C. 2332)[6].

Secondo quanto si legge nella proposta, essa «è finalizzata a fornire un quadro normativo del settore dell'edilizia e, più in generale, delle costruzioni con l'obiettivo di superare le molteplici e disorganiche leggi che fino a oggi hanno regolato il settore delle costruzioni, da ultimo, il testo unico

[5] Il riferimento è fatto ad esempio all'attività svolta dal Parlamento, in particolare tra il 2023 ed il 2025, riguardante le misure in materia di rigenerazione urbana e di contenimento del consumo del suolo, richiamate dal *Dossier* n. 439 del 15 settembre 2025, redatto dal Servizio Studi della Camera dei deputati in relazione alla proposta di legge A.C. 2332 alla quale si rivolgerà particolare attenzione in questo lavoro.

[6] Secondo quanto emerge dalle informazioni pubblicate sui siti istituzionali del Parlamento, la proposta di legge, Assegnata alla 8ª Commissione permanente (Ambiente, territorio e lavori pubblici) in sede referente il 3 giugno 2025, è in corso di trattazione in Commissione.

delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, novellato innumerevoli volte. Tale improcrastinabile necessità trae origine dalle numerose criticità procedurali e autorizzative con le quali le pubbliche amministrazioni, gli operatori economici e i professionisti debbono confrontarsi con sempre maggiore complessità. Riveste, quindi, carattere di massima priorità un intervento legislativo in grado di superare in modo organico le problematiche sopra evidenziate attualizzando le norme, coerentemente con lo stato dell'attuale contesto territoriale, sociale ed economico»[7].

Gli obiettivi dichiarati consentono di svolgere quanto meno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, si noti come la proposta muova dalla volontà di dare seguito alle sollecitazioni provenienti dagli operatori di un settore che sconta la perdurante presenza, a cui evidentemente il Decreto Salva Casa non ha saputo (e probabilmente potuto) porre rimedio, di forti criticità nei procedimenti amministrativi che lo caratterizzano, alla luce di un'esigenza di semplificazione che – tutto sommato curiosamente – non risulta richiamata in modo espresso tra le principali finalità del testo desunte dalla sua epigrafe.

Se non si vuole ritenere che ciò rappresenti l'implicita constatazione che quella della semplificazione, dopo tanti tentativi falliti, non costituisca in realtà la cura più efficace dei mali dell'edilizia in Italia, si può forse più correttamente ritenere che la necessità della semplificazione resti comunque ricompresa in una riforma che pone al centro tre diverse parole d'ordine.

Infatti, e venendo al secondo ordine di considerazioni, il "riordino", che a giudizio di chi scrive è, fra i tre evocati, l'obiettivo più vicino a quello della semplificazione, è affiancato dall'"aggiornamento" e dal "coordinamento" della disciplina legislativa edilizia, che a ben vedere manifestano tutti insieme l'avvertita esigenza di un intervento normativo di più ampio respiro che questa volta non parta dal basso, vale a dire dalla specifica difficoltà pratica e contingente cui porre rimedio, ma si muova in primo luogo a livello di principi generali.

Non a caso, del resto, nella proposta si precisa che anteporre «una scala di princìpi e criteri di riferimento generale è fondamentale per indicare la strada migliore verso la progettazione e la costruzione dei nostri manufatti edilizi, dei centri urbani e più in generale delle città», posto che «progettare bene e con visione l'edilizia e gli spazi urbani significa innanzitutto influire positivamente sulla personalità individuale e collettiva a tutela della salute fisica e mentale dei cittadini a partire dalla qualità dei luoghi urbani»[8].

Venendo ai contenuti, l'art. 1, comma 1, della proposta contiene una delega al Governo all'adozione, entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge che la prevede, di uno o più decreti legislativi volti ad aggiornare e riordinare, sia sotto il profilo formale che sostanziale, le disposizioni legislative vigenti in materia di edilizia e di pianificazione urbana.

L'art. 2, intitolato *Principi e criteri direttivi*, con un unico corposo comma, manifesta in modo molto chiaro la vasta portata della riforma – a tratti ambiziosa – che s'intende mettere in atto, come dimostrano anche solo le disposizioni che qui di seguito si richiamano.

La *lett. a)* rinvia all'adozione di «un testo unico della disciplina legislativa in materia edilizia, operando una ricognizione delle norme statali vigenti in materia di urbanistica, edilizia e uso del territorio, all'interno di un quadro giuridico coerente, sotto il profilo logico e sistematico, aggiornando e semplificando il linguaggio normativo». È qui che dovrebbe emergere il "riordino" della materia, al servizio del quale vengono posti l'aggiornamento e la semplificazione, in questo caso tuttavia richiamati solo con riferimento al linguaggio normativo.

La *lett. b)* richiede la determinazione, ai sensi dell'art. 117 Cost. e senza ulteriormente precisare, dei principi fondamentali della legislazione statale in materia di governo del territorio, il cui nucleo

[7] Così la premessa all'articolato normativo della proposta, in *www.camera.it*.

[8] *Ibidem.*

essenziale, secondo quanto ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale[9], è rappresentato dagli aspetti attinenti alla normativa edilizia ed urbanistica. Per questa via, la delega opportunamente va a toccare il principale nervo scoperto dell'urbanistica in Italia, costituito dalla perdurante mancanza di una disciplina aggiornata sul punto rispetto alle previsioni contenute nella l. n. 1150 del 1942, fermo restando che ciò non ha comunque impedito alla regioni di emanare in materia disposizioni di dettaglio sufficientemente in grado di intercettare le esigenze del mutato contesto territoriale, sociale ed economico di rispettiva competenza.

Ancora, la *lett. f)* rimanda alla definizione dei principi fondamentali in materia di pianificazione urbanistica, introducendo questa volta qualche ulteriore disposizione costituita dalla necessità di prevedere tra gli stessi il principio di sostenibilità e resilienza della pianificazione ed il principio di inclusività nella fruizione di infrastrutture e trasporti da parte di tutti i cittadini.

Segue il richiamo, contenuto nella *lett. h)*, alla definizione dei principi fondamentali in materia di attività edilizia, relativamente a 19 diversi ambiti specifici, tra i quali si evidenziano la documentazione attestante lo stato legittimo degli immobili (punto 5 della lettera in esame)[10] ed i mutamenti di destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti (punto 10 della lettera in esame)[11], ambiti nei quali, secondo quanto osservato nell'introduzione di questo lavoro, sono tra quelli che, anche dopo il Decreto Salva Casa, ancora soffrono delle difficoltà interpretative che caratterizzano la loro disciplina.

La *lett. i)* recupera poi il senso pieno del principio di semplificazione, richiamandolo come di necessaria garanzia nella rivisitazione delle regole sui procedimenti amministrativi in materia edilizia, secondo i criteri della digitalizzazione[12], dell'informatizzazione e della riduzione degli oneri documentali a carico dei privati, compresa la previsione di uno sportello unico deputato alla ricezione delle istanze dei titoli abilitativi ed al loro rilascio.

Le disposizioni rapidamente passate in rassegna hanno l'indubbio pregio di dimostrare la raggiunta consapevolezza, da parte del legislatore, che un'efficace riforma della materia dell'edilizia passi in primo luogo attraverso una compiuta definizione dei principi, per di più su vasta scala, posto che sono annoverati quelli sul governo del territorio, sulla pianificazione urbanistica e sulle attività edilizie.

Preme peraltro sottolineare la particolarità di una delega al Governo, come quella in esame, che non entra nello specifico quanto alle definizione dei criteri direttivi (spesso del tutto assenti) alla luce dei quali il delegato dovrebbe normare, limitandosi sostanzialmente ad attribuire a quest'ultimo una serie di compiti non accompagnati da precise indicazioni quanto al loro svolgimento.

Se ciò potrebbe rappresentare l'intenzione di riconoscere nel Governo il soggetto più qualificato per portare la disciplina edilizia in Italia verso un serio cambio di paradigma, dando allo stesso la più ampia libertà di manovra, ci si potrebbe interrogare sulla conformità di un *modus operandi* come quello descritto all'art. 76 Cost., nella parte in cui prescrive che l'esercizio della funzione legislativa non possa essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi.

---

[9] *Ex multis*, per un riferimento giurisprudenziale tra i più recenti, si veda Corte cost., 27 luglio 2023, n. 163, in *www.cortecostituzionale.it.*

[10] Secondo quanto risulta dal già citato *Dossier* n. 439/2025, licenziato dal Servizio Studi della Camera dei deputati in relazione alla proposta di legge qui in esame, 4, in materia di stato legittimo degli immobili, notevole importanza hanno in concreto i problemi che nascono dalla diffusa presenza, in particolare negli edifici risalenti, di modeste irregolarità, che riguardano oltre il 70% degli immobili del nostro Paese. Si prende atto dell'intervento normativo svolto dal Decreto Salva Casa, restando «ferma, tuttavia la necessità di una disciplina organica della materia».

[11] Così la disposizione: «10) i mutamenti della destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti, prevedendo che questi siano eseguiti in assenza di opere edilizie».

[12] Come si legge nel più volte citato *Dossier* n. 439/2025, 5, il riferimento deve intendersi fatto in primo luogo alla digitalizzazione degli archivi edilizi, la cui gestione in modalità cartacea crea molti disagi dovuti in particolare ai tempi, assai lunghi, che sono necessari per il reperimento della più risalente documentazione richiesta per l'attestazione dello stato legittimo degli immobili.

A tutte queste osservazioni va comunque aggiunto come l'ambizioso obiettivo della delega debba essere necessariamente messo a confronto con la più recente iniziativa assunta dallo stesso esecutivo, vale a dire lo schema del disegno di legge recante la *Delega al Governo per l'adozione del Codice dell'edilizia e delle costruzioni*, approvato con procedura d'urgenza dal Consiglio dei ministri il 4 dicembre 2025 ed accompagnato da un ampio clamore mediatico.

2.2. *...allo* schema *del disegno di legge delega per l'adozione del Codice dell'edilizia e delle costruzioni del dicembre 2025*

Dell'imminente presentazione di un disegno di legge d'iniziativa governativa contenente una diversa delega in materia di edilizia aveva già dato conto il *Dossier* n. 493/2025 redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati per la proposta di legge appena esaminata[13] e, prima ancora, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in occasione del quinto *Tavolo Casa*, tenutosi nel giugno del 2025, nel quale erano stato presentati gli esiti della consultazione pubblica rivolta, a partire da febbraio 2025, ad enti, operatori e soggetti coinvolti a vario titolo, a beneficio di una prossima riforma che mirasse ad una semplificazione complessiva della disciplina edilizia.

L'attuazione della delega al nuovo Codice dovrebbe avvenire mediante l'adozione di uno o più decreti legislativi entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge che la prevede, pertanto in un termine doppio rispetto a quanto stabilito dalla proposta Mazzetti.

Come si legge nella Relazione illustrativa dello schema[14], le nuove disposizioni dovrebbero costituire un'ampia ed organica riforma volta a superare le innumerevoli criticità che affliggono il Testo unico dell'edilizia, caratterizzato da un'obsolescenza strutturale che ne rende l'applicazione «un esercizio di complessità per cittadini, professionisti e per la stessa pubblica amministrazione», rendendo competitivo il settore delle costruzioni e dando certezza ai diritti dei proprietari di immobili.

Di particolare interesse in questa sede è il fatto che la Relazione, nel suo paragrafo dedicato alle principali criticità dell'assetto vigente (1.2), annoveri l'instabilità interpretativa ed il proliferare del contenzioso, rilevando che la «scarsa chiarezza del dato normativo ha delegato di fatto alla giurisprudenza amministrativa il compito di definire i contorni di istituti fondamentali. Ciò ha generato un'allarmante instabilità interpretativa, con orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali (TAR) e del Consiglio di Stato spesso ondivaghi e mutevoli nel tempo» (par. 1.2.3.).

Altrettanto interessante è l'elencazione dei cinque macro-obiettivi della delega legislativa (par. 1.3).

Infatti, emerge in primo luogo la necessità di chiarire gli ambiti di competenza statale e regionale, per questa via anche intervenendo – sia consentito aggiungere – su discipline come quella della modifica della destinazione d'uso degli immobili, che allo stato rendono difficile la distinzione tra disposizioni di principio e di dettaglio.

In secondo luogo, è indicata la semplificazione della normativa e dell'attività amministrativa.

Infine, accanto ai macro-obiettivi di certezza dei procedimenti di rilascio dei titoli abilitativi e di riordino delle difformità e delle procedure in sanatoria, è espressamente indicato quello di semplificare la dimostrazione dello stato legittimo degli immobili che, per la sua collocazione, ancora

[13] Nel *Dossier*, cit., 1, così si legge: «si fa notare che nella risposta all'interrogazione a risposta immediata in commissione 5/04308, resa nella seduta del 29 luglio 2025, è stato evidenziato che "è prossima la presentazione del disegno di legge delega per la riscrittura del Testo Unico dell'Edilizia ed il riordino della disciplina in materia di costruzioni, con l'obiettivo di riordinare una materia frammentata e complessa, e al contempo assicurare la semplificazione normativa tanto attesa dal comparto"».

[14] La Relazione, come lo schema del disegno di legge cui si sta facendo riferimento, sono in libera consultazione su alcuni siti web della stampa specializzata nel settore edilizio.

si rivela quale principale nodo problematico della disciplina edilizia in Italia nonostante l'entrata in vigore del Decreto Salva Casa.

Quanto invece ai principi e criteri direttivi, elencati all'art. 2, comma 1, dello schema, che manifestano la volontà di entrare nei vari ambiti toccati un po' più nel dettaglio rispetto a quanto previsto dalla proposta Mazzetti, molto opportunamente s'introduce, alla *lett. b)*, la necessità che il Governo provveda all'adeguamento delle norme in materia urbanistica che abbiano una stretta afferenza alla disciplina edilizia, alla luce di quella che la stessa Relazione illustrativa ha definito come «operazione di manutenzione normativa». È altresì previsto il coordinamento del futuro Codice con le normative di settore, *in primis* quella in materia di beni culturali e paesaggistici, superando per questa via le difficoltà applicative dovute all'assenza di un armonico coordinamento normativo che la stessa entrata in vigore delle nuove regole del Decreto Salva Casa aveva contribuito ad implementare.

Degno di nota è poi quello, previsto dalla *lett. e)* ed in relazione al quale la proposta di legge Mazzetti curiosamente aveva dato solo limitate indicazioni[15], relativo all'individuazione delle disposizioni rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato che determinano i livelli essenziali delle prestazioni nella materia dell'edilizia e delle costruzioni, ai sensi dell'art. 117, comma 2, *lett. m)*, Cost., «avendo particolare riguardo: (…) 9) alla sussistenza di criteri inderogabili di semplificazione dei mutamenti di destinazione d'uso all'interno delle stessa categoria funzionale e tra categorie funzionali diverse, in assenza di variazioni significative del carico urbanistico».

In questo caso, si dimostra di aver pienamente intercettato una delle principali criticità di quella disciplina, secondo quanto già segnalato nell'introduzione di questo lavoro[16]. Non solo: la Relazione illustrativa esplicita quale sia la specifica intenzione perseguita, precisando che «la *ratio legis* sottesa a tali disposizioni è la creazione di un quadro normativo uniforme a livello nazionale per garantire livelli minimi di prestazioni demandando al potere esecutivo, tramite l'esercizio della delega legislativa, la specificazione tecnica di tali LEP, in un'ottica prestazionale»[17]. Lungo questa via, è altresì richiamato quanto previsto dal disegno di legge che reca la delega al Governo per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, approvato il 19 maggio 2025 dal Consiglio dei ministri anche per dare seguito alla sentenza della Corte costituzionale 3 dicembre 2024, n. 192, rispetto al quale il criterio di delega in esame dovrebbe coordinarsi.

Ancora, si segnala la lettera relativa alla «semplificazione, razionalizzazione e non duplicazione dei procedimenti amministrativi, riduzione degli adempimenti e degli oneri documentali gravanti sui cittadini e sulle imprese, al fine di incrementare l'efficienza dell'azione amministrativa» (*lett. m)*),

[15] Così infatti si legge nell'art. 2, comma 1, *lett. e)*, della proposta: «definire i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *m)*, della Costituzione, per le fattispecie di cui all'articolo 29, comma 2-*quater*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dell'articolo 5 del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222».

[16] Si aggiunga che il riordino e la semplificazione della disciplina in materia di mutamento di destinazione d'uso degli immobili è anche posto quale ulteriore principio o criterio direttivo per l'esercizio della delega alla *lett. o)*, nella quale risulta dettagliato in modo decisamente più puntuale rispetto a quanto aveva fatto la proposta di legge Mazzetti. Nello schema, infatti, è così previsto: «o) riordino e semplificazione della disciplina in materia di mutamento di destinazione d'uso degli immobili e delle singole unità immobiliari, al fine di promuovere la formazione di un tessuto edilizio pienamente funzionale alle esigenze economiche e sociali dei territori, attraverso la fissazione di comuni standard procedimentali applicabili sull'intero territorio nazionale che, anche in deroga alla pianificazione urbanistica, ferma restando la facoltà degli enti territoriali di fissare specifiche condizioni e l'osservanza della pianificazione di protezione civile, prevedano: 1) l'introduzione di misure idonee a valorizzare il principio dell'indifferenza funzionale tra destinazioni d'uso omogenee nell'ambito del tessuto urbanizzato; 2) l'individuazione dei regimi amministrativi applicabili a ciascuna ipotesi di mutamento di destinazione d'uso, graduati secondo criteri di proporzionalità sulla base della rilevanza urbanistica dello stesso, distinguendo nettamente le ipotesi di mutamento di destinazione d'uso senza opere dalle ipotesi di mutamento di destinazione d'uso associate alla realizzazione di interventi edilizi o al rilascio di un titolo edilizio in sanatoria, nei casi di cui alla lettera n), numero 3)».

[17] Cosi la già citata Relazione illustrativa, 10.

nella quale vengono posti al governo 8 diversi punti di attenzione con un dettaglio decisamente più puntuale di quanto la proposta Mazzetti non avesse fatto.

Da ultimo, e non certo per importanza, si segnala la *lett. f)*, che richiama la determinazione delle disposizioni che fissano i principi fondamentali del governo del territorio, materia a legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117 Cost. Sul punto, la Relazione illustrativa riconosce come, storicamente, la principale criticità del Testo unico dell'edilizia sia stata proprio la mancata distinzione tra principi fondamentali statali e norme di dettaglio regionali, che ha generato un ampio contenzioso. «Questo criterio di delega impone al Governo di superare tale ambiguità attraverso una clausola di "qualificazione"»[18].

È anche un altro, tuttavia, l'aspetto che merita particolare considerazione: questo criterio di delega è definito in modo praticamente identico rispetto a quanto ha fatto l'art. 2, comma 1, *lett. b)*, della proposta Mazzetti.

In ragione della sostanziale identità delle due disposizioni richiamate, è lecito aspettarsi che, in Parlamento, lo schema verrà coordinato con la proposta più sopra esaminata, con probabile abbinamento e unificazione.

Tuttavia, sembra anche lecito farsi qualche domanda sul *perché* di questa duplicazione di disposizioni, specie in virtù del fatto che – secondo quanto risulta dai lavori parlamentari di cui si è dato conto – è stata chiaramente espressa la volontà di procedere ad una progettazione legislativa coordinata.

Sullo sfondo, resta la consapevolezza di un incessante – e a tratti affannoso – lavoro di produzione normativa che, anche a prescindere da quanto emerso in queste pagine, ha caratterizzato per decenni la materia edilizia, mediante un'attività che talvolta si è conclusa con un nulla di fatto. Si pensi alla singolare e discutibile vicenda del disegno di legge c.d. *Salva Milano*[19], che ha portato il MIT, in una nota divulgata in esito all'approvazione dello schema governativo del dicembre 2025, a sottolineare come quest'ultimo non intenda intervenire in alcun modo sugli abusi del passato, volendo al contrario fornire al settore dell'edilizia regole chiare e semplici che consentano di evitare, per il futuro, che le ambiguità normative portino a nuovi "casi-Milano".

Rimane altresì la consapevolezza che molto spesso l'attività del legislatore è giunta a risultati non del tutto incoraggianti in termini di efficacia delle disposizioni messe in campo rispetto allo scopo perseguito: si ricordi anche solo quanto osservato sul Decreto Salva Casa.

Tutto questo potrebbe aver portato il Governo a decidere di dare "una *chance* in più" alla sopravvivenza di una disposizione considerata di particolare importanza nel rinnovamento generale di un quadro normativo dal futuro a tratti incerto. Una supposizione, quest'ultima, che potrebbe trovare conforto anche nel fatto che il Consiglio dei ministri ha approvato il suo schema "in via d'urgenza", manifestando la volontà d'imprimere un'accelerazione al percorso di riforma.

3. *Spunti di riflessione sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia edilizia anche alla luce dei risultati della ricerca condotta nell'ambito del PRIN*

Si è dato conto in questo scritto della sussistenza di specifici ambiti di disciplina della materia edilizia nei quali le continue innovazioni non hanno consentito l'eliminazione di rilevanti incertezze applicative: tra questi, la modifica della destinazione d'uso degli immobili e delle unità immobiliari, così come prevista dall'art. 23-*ter* del Testo unico dell'edilizia.

[18] Relazione illustrativa, cit., 10.

[19] Per un approfondimento sul punto, si consenta un ulteriore rinvio a P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d'uso degli immobili nel Decreto Salva Casa*, cit., 936 ss.

Nei confronti di questa disciplina, si è visto come molto diverso sia stato l'atteggiamento della proposta di legge Mazzetti e dello schema di disegno di legge del 4 dicembre 2025.

Il primo si limita infatti a richiamare la necessità di definire i principi fondamentali in materia edilizia anche con riferimento ai mutamenti della destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti, fornendo come criterio direttivo «che questi siano eseguiti in assenza di opere edilizie» (art. 2, comma 1, *lett. h)*, punto 10)[20].

Il secondo restituisce regole ben diverse, soprattutto sotto il profilo della chiarezza.

Accanto all'individuazione delle disposizioni statali che determinano i LEP relativi alla sussistenza di criteri inderogabili di semplificazione dei mutamenti di destinazione d'uso (art. 2 comma 1, *lett. e)*, punto 9), lo schema opportunamente richiede il riordino e la semplificazione della materia mediante la fissazione di standard procedimentali comuni ed applicabili sull'intero territorio nazionale (art. 2 comma 1, *lett. o)*).

Per quanto nella sua Relazione illustrativa si affermi come il vero "cuore della riforma" sia rappresentato dalla richiesta valorizzazione del principio dell'indifferenza funzionale tra destinazioni d'uso omogenee nel tessuto urbanizzato[21], particolare rilievo nel ragionamento qui svolto va dato anche al secondo dei criteri direttivi forniti, costituito dalla precisa individuazione dei regimi applicabili alle diverse ipotesi di mutamento di destinazione d'uso.

Avuto evidentemente riguardo alla classificazione dei possibili mutamenti (orizzontali e verticali), che la riforma non pare voler modificare, è disposto che i vari regimi vengano graduati non solo in ragione della presenza o meno di opere ma, soprattutto, secondo criteri di proporzionalità sulla base della rilevanza urbanistica del mutamento.

Lo schema sembra in sostanza tenere ben distinto il tema dell'ammissibilità del cambio di destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale, che si conferma come sempre ammesso, dal tema della rilevanza urbanistica dello stesso, la quale, alla luce del tenore letterale di una disposizione che richiede una generalizzata graduazione dei regimi, non pare essere stata azzerata per i casi in cui ci si muova all'interno della stessa categoria funzionale.

Detto in altre parole, lo schema non dà per scontato che il mutamento all'interno della stessa categoria funzionale automaticamente comporti l'assenza di variazioni significative del carico urbanistico.

Tale aspetto è rilevante per questa riflessione, poiché si collega ad altra indagine svolta da chi scrive nell'ambito del già menzionato PRIN, nella quale è stata fatta oggetto di studio la sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato, n. 221 del 9 gennaio 2023[22], seguendo un percorso che qui s'intende sviluppare.

In quella sede si osservò come il giudice amministrativo di secondo grado avesse respinto la tesi secondo cui l'art. 23-*ter* TUED stabilirebbe che è urbanisticamente rilevante solo il passaggio tra diverse categorie funzionali e non quello all'interno della stessa categoria, come il cambio di destinazione d'uso da produttivo a direzionale, ai sensi del comma 1, *lett. b)*, dell'articolo.

Questo ha deciso rilevando come, ai fini di un'interpretazione logica e coerente della disposizione appena richiamata, «l'*intento del legislatore* sia stato *solo* quello di affermare che (…) il cambio di destinazione d'uso da produttivo a direzionale sia sempre ammesso», e non anche che sia

[20] Chi scrive non può nascondere la difficoltà che incontra nel cercare di comprendere il significato di questo criterio direttivo. Cosa vuol dire che occorre prevedere che i mutamenti di destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti siano eseguiti in assenza di opere? Forse che il mutamento debba essere ammissibile solo in assenza di opere? Ciò entrerebbe in totale contraddizione con la disciplina attualmente in vigore, assumendo conseguentemente una portata così innovativa che – alla luce della documentazione che accompagna la proposta di legge – proprio non risulta dalle intenzioni della delega.

[21] Relazione illustrativa, cit., par. 9.

[22] Il riferimento è fatto nuovamente a P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d'uso degli immobili nel Decreto Salva Casa*, cit., 939 ss.

urbanisticamente irrilevante, con un'interpretazione in grado di giustificare la coesistenza della disposizione con l'art. 19 TUED, che per le due destinazioni detta prescrizioni nettamente differenti quanto al calcolo del contributo dovuto, proprio in ragione del differente carico urbanistico dalle stesse generato.

La citata sentenza è stata oggetto di considerazione all'interno dello studio svolto per il suddetto PRIN al fine di indagare il ruolo assunto dall'intenzione del legislatore nell'argomentazione delle decisioni rese dalle corti apicali italiane, compreso il giudice amministrativo di secondo grado, nell'arco temporale compreso tra il 2014 ed il 2023. I risultati dello studio sono confluiti in un *Report* che a questo giudice dedica un apposito paragrafo[23].

Dal *Report* emergono risultati interessanti per questo scritto soprattutto con riferimento alle sezioni semplici del Consiglio di Stato, le quali, nella grande maggioranza dei casi, hanno esse stesse introdotto l'argomento dell'intenzione del legislatore, utilizzandolo, nella parte in diritto della sentenza in funzione interpretativa di fonti statali provenienti dal legislatore storico, come argomento concorrente rispetto all'argomento logico-sistematico. Risulta infatti una forte prevalenza di decisioni che hanno ancorato il ragionamento giudiziale non solo al significato delle parole oggetto d'interpretazione, ma anche ad altre disposizioni rinvenute nel contesto ordinamentale di riferimento, desumendo la *voluntas legis* applicabile al caso concreto dalla *ratio* espressa dal loro coordinamento sistematico. La sentenza n. 221/2023 pronunciata in materia di modifica della destinazione d'uso degli immobili si pone perfettamente in linea con le risultanze del citato *Report*, secondo una tendenza che del resto si conferma anche in successive sentenze pronunciate in materia edilizia tra il 2024 ed il 2025 e che contengono un riferimento all'intenzione del legislatore, seppur in un ambito diverso rispetto a quello occupato dall'art. 23-*ter* del TUED[24].

4. *Conclusioni*

A chiusura di questo ragionamento, si osserva come uno sia in particolare l'elemento degno di nota.

Gli esaminati contenuti della sentenza n. 221/2023 si pongono in sostanziale controtendenza rispetto a quelle decisioni secondo le quali l'art. 23-*ter* TUED ha introdotto le categorie di

[23] Si veda sul punto il par. 6 di F. ASTA, L. MARCHETTONI, B. MAZZOLAI, M.F. TROPEA, *L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corti apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca*, pubblicato nella medesima raccolta in cui trova collocazione questo scritto.

[24] Si confrontino allo scopo le seguenti sentenze, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*: Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1523, nella quale, in tema di condono edilizio, si legge che «il riferimento ai vincoli di inedificabilità assoluta istituiti prima della realizzazione degli abusi contenuto all'interno dell'art. 33, comma 1, della L. n. 47/1985, non consente di desumere la sussistenza di una volontà del legislatore di ritenere privi di qualsiasi rilevanza i vincoli, della medesima natura, istituiti in epoca successiva: sia perché un simile ragionare sarebbe privo di logica, a cospetto della rilevanza del vincolo, sia perché si tratta di una situazione che, in realtà, può trovare la sua disciplina nell'art. 32 della L. n. 47/1985»; Id., sez. VI, 1° marzo 2024, n. 2031, che, in tema di procedimento d'installazione delle infrastrutture per impianti radioelettrici, disciplinato dall'art. 87 del Codice delle comunicazioni elettroniche, così precisa: «Il silenzio-assenso previsto dall'art. 87, comma 9, D.Lgs. n. 259/2003 rappresenta una fattispecie procedurale di carattere speciale che esclude l'applicazione della normativa di carattere generale di cui al D.P.R. n. 380/2001, che assorbe in sé e sintetizza anche la valutazione edilizia che presiede al titolo ed esprime la volontà del legislatore di concludere il procedimento in un termine breve, per l'evidente favore che assiste il sollecito rilascio delle autorizzazioni relative alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici»; Id., sez. IV, 1° ottobre 2025, n. 7675, secondo la quale l'«ordinamento giuridico stabilisce un obbligo di pubblicazione dei titoli edilizi e una sorta di dovere di controllo (sociale) sull'attività edilizia nell'ambito del territorio comunale. Tale obbligo rinviene il suo fondamento negli artt. 20 e 27 del d.P.R. n. 380/2001. Il regime di pubblicità dei titoli edilizi è funzionale a consentire a qualsiasi soggetto interessato di visionare gli atti del procedimento, in ragione di quel controllo "diffuso" sull'attività edilizia che il legislatore ha inteso garantire».

destinazione urbanistica precostituendo a monte le situazioni con riferimento alle quali il carico urbanistico, almeno in termini astratti e generali, si presume analogo[25].

L'aspetto veramente interessante è che questo avviene attraverso una pronuncia che è l'unica a ricorrere all'argomento dell'intenzione del legislatore desumibile da questo articolo, ponendolo per di più in posizione concorrente rispetto ad un argomento logico-sistematico e ricavando per questa via la decisione da una lettura coordinata di diverse disposizioni del Testo unico dell'edilizia.

In realtà vi è di più.

La sentenza sembra porsi in linea con l'ultima delle progettazioni legislative di cui si è dato conto, avendo essa stessa intercettato l'esigenza di tenere ben distinto, quanto al cambio di destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale, il tema della sua ammissibilità da quello della sua rilevanza urbanistica, che non pare si voglia azzerare *a priori.*

In relazione all'istituto considerato, la questione è forse tra le più rilevanti e problematiche: a fronte di una delega che mira a determinare per esso standard procedimentali comuni ed applicabili sull'intero territorio nazionale, si tratterà anche di comprendere entro quali limiti sarà possibile riconoscere alle regioni ed agli enti locali un spazio di scelta in ordine alla previsione di oneri ulteriori nel caso in cui un cambio di destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale di fatto determini un aggravio del carico urbanistico.

Sullo sfondo, resta l'incertezza del futuro delle deleghe esaminate.

Il momento attuale è molto particolare: emerge un affanno legislativo, caratterizzato da produzioni normative a diverse velocità che, in materia edilizia, prima d'ora non si erano mai viste.

La capacità di tracciare la giusta via da seguire per la soluzione delle questioni più controverse, anche a beneficio del legislatore, va senza dubbio attribuita al Consiglio di Stato e tutto sommato valorizzata, in virtù del fatto che è chiamato a decidere laddove sia coinvolto il potere autoritativo della pubblica amministrazione.

Se per questa via si volesse conseguentemente riconoscere al giudice amministrativo di secondo grado un vero e proprio "ruolo di cooperazione" con il legislatore nella definizione della regola per il caso concreto, sarebbe opportuno chiedersi alla luce di quale criterio questo ruolo dovrebbe essere svolto. Posto il quesito, è nel principio di ragionevolezza che non sembra sbagliato rinvenire la risposta. Un principio, del resto, che il Consiglio di Stato ha ad esempio utilizzato con rinnovato vigore nei bilanciamenti di contrapposti interessi, come quello paesaggistico e quello ambientale, che è stato chiamato a vagliare successivamente all'entrata in vigore della riforma in senso ambientale degli articoli 9 e 41 Cost.

In effetti, come visto, è alla ragionevolezza che quel giudice si è rivolto per risolvere la questione della rilevanza urbanistica della modifica di destinazione d'uso degli immobili all'interno della stessa categoria funzionale, di fatto ricavandosi un ruolo di "cerniera" tra legislatore storico e legislatore del futuro. Tuttavia, va anche scongiurato il rischio che la mancata traduzione in concreto delle proprie intenzioni da parte del legislatore determini un definitivo passaggio alla sede giurisdizionale della configurazione giuridica e della disciplina di istituti che, tra l'altro, riguardano l'attuazione di diritti fondamentali della persona.

[25] Restando alle più recenti, si vedano Cons. Stato, sez. III, 22 aprile 2024, n. 3645 e Id., sez. IV, 15 luglio 2024, n. 6356, entrambe consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Maria Francesca Tropea

L'intenzione del legislatore nelle pronunce del Consiglio di Stato: il caso degli accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione: cenni sulla frammentaria disciplina in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni – 2. Le pronunce in materia di accessi nel campione analizzato nell'ambito del PRIN – 3. Le risultanze della ricerca nelle pronunce in materia di accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni – 4. La rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore nelle pronunce in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni – 5. Conclusioni: l'idealizzazione di un "legislatore degli accessi", razionale e coerente.

This essay, starting from the results of an empirical research on the use of the argument of the intention of the legislator in the jurisprudence of the Plenary Assembly and the Simple Sections of the Council of State, questions the role of the intentio legislatoris in reasoning decisions concerning one of the most sensitive institutions of administrative law, such as access to documents held by public administrations. The regulation of this law is characterised by a high level of fragmentation, so much so as to justify expressions declined in the plural, which is why today we speak of "rights" of access to documents held by public administrations.

1. *Introduzione: cenni sulla frammentaria disciplina in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.*

Le ragioni per cui si è scelto di sottoporre a indagine l'intenzione del legislatore nella materia dell'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni[1] sono da individuarsi nella coesistenza nel nostro ordinamento di plurime discipline di accesso e nella persistente assenza di un intervento legislativo di coordinamento in più occasioni auspicato dalla dottrina[2].

Nella specie, nel nostro ordinamento, sono contemplati: l'accesso procedimentale, di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990[3]; l'accesso civico semplice, di cui al comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2023[4]; l'accesso civico generalizzato, di cui al comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013; l'accesso

[1] In materia di accesso, la dottrina è copiosa. G. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, a cura di, Bologna, 1991; V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1992; L. LAMBERTI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Giustamm.it*, 2004, n. 6; G. VIRGA, *L'araba fenice della natura giuridica del diritto di accesso*, in *Lexitalia.it*, n. 5/2006; R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il diritto di accesso*, Milano, 2008; L. LAPERUTA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso agli atti: commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69*, Rimini, 2009; D.U. GALETTA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Milano, 2012, 263 ss.; D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Sul d.lgs. n. 97/2016 recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, a cura di, M.A. SANDULLI, Milano, 2016-2017.

[2] F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, 159.

[3] L. 7 agosto 1990, n. 241, «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», in G.U. n. 192 del 18 agosto 1990.

[4] D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni* (titolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016), in G.U. n. 80 del 5 aprile 2013. A tale decreto, si è affiancato il D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della*

alle informazioni ambientali, di cui agli artt. 3 e ss. del d.lgs. n. 195/2005[5]; l'accesso dei consiglieri comunali e provinciali alle informazioni utili all'espletamento del proprio mandato, di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 267/2000[6] (c.d. Testo Unico degli Enti Locali) e l'accesso agli atti di gara, di cui agli atti agli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023[7] (c.d. Codice dei contratti pubblici), che recepisce i principi generali della l. n. 241/1990 e del .lgs. n. 33/2013 in materia di accesso civico.

Semplificando molto, e per quel che qui interessa ai fini della presente trattazione, le tre grandi categorie di accesso, escludendo gli accessi negli ambiti settoriali, sono l'accesso documentale, declinato anche nella diversa figura di accesso difensivo o defensionale; l'accesso civico semplice e l'accesso civico generalizzato.

L'accesso documentale, di cui agli artt. 22 e seguenti della l. n. 241/1990, è garantito a chi è titolare di un interesse individuale, diretto, concreto e attuale correlato al documento al quale si chiede l'ostensione. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 24, della l. n. 241/1990, è disciplinato l'accesso difensivo ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

L'accesso civico, di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, è garantito a chiunque per i documenti soggetti ad obbligo di pubblicazione da parte della pubblica amministrazione.

L'accesso civico generalizzato[8], di cui agli artt. 5, comma 2 e 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, è garantito invece a chiunque per documenti non soggetti all'obbligo di pubblicazione ed è, volto a favorire un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione.

Una tale abbondanza di strumenti ostensivi, caratterizzati da sottili differenze finalistiche e applicative, ha reso difficoltosa l'applicazione dell'istituto e la definizione dei confini delle distinte discipline, determinando la necessità di un massiccio intervento chiarificatore da parte della giurisprudenza amministrativa.

2. *Le pronunce in materia di accessi nel campione analizzato nell'ambito del PRIN.*

Nel campione analizzato relativo alle sentenze dell'Adunanza plenaria e delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato, emesse dal 2014 al 2023, selezionato nell'ambito del Progetto PRIN 2022 dal titolo "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*"[9], sono state individuate

legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, in G.U. 8 giugno 2016, n. 132.

[5] D.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, «Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale», in G.U. n. 222 del 23 settembre 2005.

[6] D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», in G.U. n. 227 del 28 settembre 2000 - Suppl. Ordinario n. 162.

[7] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, «Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici», in G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - Suppl. Ordinario n. 12.

[8] Sull'accesso civico e civico generalizzato, in dottrina, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013; F. MUZJ, *Brevi note sul diritto di accesso civico generalizzato*, in *GiustAmm.it*, 2018, 6, 1-14; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 577-615; I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di "governance" all'attuazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2019, 645-672; E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbìtri*, in *federalismi.it*, 2020, 29, 89-113.

[9] Progetto PRIN 2022 dal titolo "*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*" "Alla ricerca dell'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale: un approccio empirico", Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, CUP D53D23007610006, cui hanno aderito, sotto la guida dell'Unità costituita presso l'Università Bocconi di Milano (*Principal Investigator*: Prof. Damiano Canale), altre Unità, tra cui quella incardinata presso l'Università degli Studi di Brescia, che ha operato sotto la responsabilità della Prof.ssa Paola Lombardi. I risultati della ricerca sono illustrati in F. ASTA, L. MARCHETTONI, B. MAZZOLAI, M.F. TROPEA, *L'argomento dell'intenzione del*

7 pronunce che si occupano in particolare del tema degli accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Nella specie, si tratta delle sentenze nn. 10, 19, 20 e 21 del 2020 e n. 4 del 2021[10], rese dall'Adunanza plenaria, e delle sentenze rese dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 5735 del 2021[11] e n. 4517 del 2022[12].

Soprattutto per quanto concerne le sentenze rese dall'Adunanza plenaria – i cui principi sono stati riaffermati nelle altre due pronunce rese a Sezioni semplici sopra richiamate – si è trattato di pronunce fondamentali per chiarire i principi fondamentali della disciplina delle varie tipologie di accesso agli atti amministrativi e per fornire all'interprete adeguati criteri per la necessaria integrazione delle discipline in tema di accesso procedimentale e accesso civico.

La sentenza 2 aprile 2020, n. 10[13] ha costituito una pietra miliare[14] per la definizione dei requisiti legittimanti dei diversi tipo di accesso, per la differenziazione dell'accesso procedimentale dall'accesso civico, per la determinazione dei poteri in capo alla pubblica amministrazione e al giudice nei confronti delle istanze di ostensione e, da ultimo, per il riconoscimento dell'accesso civico generalizzato anche in materia di contratti pubblici.

Le successive sentenze nn. 19-20-21 del 25 settembre 2020 si occupano invece dell'accesso agli atti delle Agenzie delle Entrate del coniuge in pendenza di controversie giudiziarie.

La sentenza 18 marzo 2021 n. 4, sempre avente ad oggetto l'accesso agli atti delle Agenzie delle Entrate, riguarda invece il diverso caso di un'istanza volta a verificare la simulazione di una cessione di quote societarie realizzata al fine di impedire la prelazione all'acquisto di un immobile da parte del locatore.

Sinteticamente, l'Alto Consesso, con tali statuizioni, ha riconosciuto la possibilità in capo al privato di chiedere contemporaneamente l'accesso procedimentale e l'acceso civico e ha chiarito che, ove l'istanza sia ancipite, vale a dire non sia presentata specificamente per un solo tipo di accesso, la pubblica amministrazione, e di conseguenza il giudice, sono tenuti a motivare se sussistano o meno i presupposti per l'uno o per l'altro tipo di accesso.

Al tempo stesso, l'Adunanza plenaria ha chiarito che, nel caso in cui invece l'istanza di accesso sia formulata esplicitamente ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, laddove tale istanza non sia considerata meritevole di accoglimento sulla base dei presupposti prescritti dalla legge, la pubblica amministrazione non può convertire l'istanza in una richiesta di accesso civico generalizzato, né a maggior ragione, può farlo il giudice amministrativo, riconoscendo in tale senso una "riserva di amministrazione" e così evitando un'inversione tra procedimento e processo che consenta di effettuare per la prima volta davanti al giudice il contemperamento degli interessi tra

---

legislatore nella giurisprudenza delle corti apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca, pubblicato nella medesima raccolta in cui è collocato il presente contributo.

[10] Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020 n. 10, in Foro It., 2020, 3, 7-8, 380; Id., 25 settembre 2020 n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., 25 settembre 2020 n. 20, ivi; Id., 25 settembre 2020 n. 21, ivi; Id., 18 marzo 2021 n. 4, in Foro It., 2021, 3, 10, 541.

[11] Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2021 n. 5735.

[12] Cons. Stato, Sez. III, 3 giugno 2022 n. 4517.

[13] *Il caso attiene all'impugnazione (accolta) del rigetto opposto nei confronti di una generica istanza di accesso formulata dall'impresa classificatasi seconda in graduatoria nell'ambito di una gara per l'affidamento di un servizio, volta a verificare se l'impresa aggiudicataria lo stesse svolgendo nei modi previsti dal capitolato e al fine ultimo di valutare se, in caso di inosservanza del capitolato, l'amministrazione avrebbe dovuto rescindere il contratto con assegnazione del servizio alla società ricorrente.*

[14] Così, F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., 160 e A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 14 aprile 2020. L'Autore definisce "storica" questa sentenza «*in considerazione della rilevanza delle questioni trattate e della pervasività della motivazione*».

diritto di accesso e tutela della riservatezza.

Con specifico riguardo all'accesso procedimentale, poi, le pronunce hanno chiarito che, ai sensi dell'art. 25, l. n. 241/1990, è necessario che le finalità dell'accesso siano dedotte, rappresentate e suffragate con adeguata documentazione nell'istanza di ostensione in modo puntuale e specifico, in modo da consentire all'amministrazione detentrice del documento di verificare la sussistenza del nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la situazione "finale" controversa.

L'Adunanza plenaria ha quindi escluso che possa essere considerato sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive relative ad un processo pendente o instaurando.

Con tali pronunce, è stata operata altresì una ricostruzione della disciplina del bilanciamento tra interesse all'accesso difensivo dell'istante e tutela della riservatezza del controinteressato.

L'art. 24, l. n. 241 del 1990, al riguardo, prevede, al comma 1, una tendenziale esclusione diretta dall'accesso documentale per le ipotesi ivi contemplate; al comma 2, un'esclusione demandata ad un regolamento governativo, con cui possono essere individuati casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi, «quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono» e, al comma 7, un'esclusione basata su un giudizio valutativo di tipo comparativo di composizione degli interessi confliggenti facenti capo al richiedente e, rispettivamente, al controinteressato, modulato in ragione del grado di intensità dei contrapposti interessi ed improntato ai tre criteri della necessarietà, dell'indispensabilità e della parità di rango.

Ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza, ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso documentale di tipo difensivo.

E allora, il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta impone un'attenta analisi della motivazione addotta a suffragio dell'istanza presentata dal privato, al fine di comprendere se l'esigenza di difesa rappresentata dallo stesso prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza.

Ogni ultronea valutazione circa l'influenza o la decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato o instaurando è precluso tanto alla pubblica amministrazione detentrice del documento quanto al giudice amministrativo adìto nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., competendo tale apprezzamento alla sola autorità giudiziaria investita della questione, salvo, ovviamente, il caso di una evidente e assoluta mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

Diversamente opinando, verrebbero ad introdursi nella disciplina dell'accesso difensivo limiti e preclusioni non previsti dal legislatore, il quale, invero, ha dettato criteri precisi per la valutazione della situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza.

3. *Le risultanze della ricerca nelle pronunce in materia di accessi ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.*

Pare a questo punto interessante illustrare gli esiti della ricerca a partire dall'indicazione dei passaggi (citazioni) estrapolati dalle sentenze della plenaria e delle Sezioni semplici, sulla scorta delle parole chiave che hanno costituito l'indice rivelatore dell'utilizzo dell'intenzione del legislatore quale argomento interpretativo, con la precisazione che al rilievo assunto da tale argomento verrà dedicato un apposito paragrafo (§4).

Nella pronuncia dell'Adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, sono state individuate due citazioni di parole chiave che di seguito si riportano.

La prima citazione è la seguente.

«Una siffatta lettura, ancora una volta, sconta una logica di separatezza anzi che di integrazione tra le diverse tipologie di accesso che il legislatore ha inteso lasciar coesistere nel nostro ordinamento. Per contro, è proprio questa logica ermeneutica di integrazione che induce a ritenere che la obbligatoria pubblicità di determinati atti (c.d. disclosure proattiva) è solo un aspetto, pur fondamentale, della trasparenza, che tuttavia si manifesta e si completa nell'accessibilità degli atti (c.d. disclosure reattiva) nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato».

L'oggetto dell'argomento, qualificato senza dubbio come interpretativo, è stato individuato nell'interpretazione di fonti statali primarie e, in particolare, nella speciale disciplina in materia di accesso agli atti di gara, di cui all'art. 29 D.lgs. n. 50/2016.

Il tipo di legislatore è stato configurato come ideale – razionale, nel senso che se il legislatore storico distingue le discipline in materia di accessi, quello ideale le integra.

L'intenzione è teleologica e la fonte dell'argomento è data dal significato di altre disposizioni e, nella specie, della disciplina in materia di accesso civico e in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui alla L. n. 241/1990.

Di seguito, la seconda citazione.

«L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connaturato all'accesso documentale che, come si è detto, non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, della L. n. 241 del 1990)».

L'oggetto dell'argomento, anche in questo caso qualificato come interpretativo, è stato individuato nell'interpretazione di fonti statali primarie e, in particolare, nella speciale disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui all'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33 del 2013.

Il tipo di legislatore è stato configurato come storico, poiché si riferisce all'autorità che, dotata di competenza normativa all'interno del sistema normativo, ha prodotto la disciplina oggetto d'interpretazione[15]. L'intenzione è comunicativa e al tempo stesso teleologica e la fonte dell'argomento è data dal significato di altre disposizioni e, nella specie, della disciplina in materia di accesso materia di accesso procedimentale, di cui all'art. 24, comma 3, L. n. 241/1990.

La terza citazione è la seguente.

«Occorre, cioè, indagare circa la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso (la disposizione, appunto parla di "casi") e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal

[15] Così, D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2019, 101.

legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati. Anche le eccezioni assolute insomma, come osservato pure in dottrina, non sono preclusioni assolute perché l'interprete dovrà valutare, appunto, la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato».

L'oggetto dell'argomento, ancora una volta interpretativo, è stato individuato anche in tal caso nell'interpretazione di fonti statali primarie e, in particolare, nell'art. 5 e art. 5-bis d.lgs. n. 33/2013. Il tipo di legislatore è stato configurato come storico e l'intenzione è comunicativa e al tempo stesso teleologica e la fonte dell'argomento è data dal significato di altre disposizioni e, nella specie, nel raffronto con altre discipline e specifiche esclusioni dell'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, L. n. 241/1990; dell'art. 10 del D.lgs. n. 267/2000 (TUEL), sul diritto di accesso agli atti da parte dei cittadini e dei consiglieri comunali/provinciali per esercitare funzioni di controllo e partecipazione e dell'art. 3 del D.lgs. n. 195/2005 (Accesso alle informazioni ambientali), che sancisce l'obbligo per le autorità pubbliche di mettere a disposizione del pubblico le informazioni ambientali detenute, promuovendone la massima diffusione e facilitandone l'accesso.

Le sentenze del 25 settembre 2020, nn. 19, 20 e 21, riportano le medesime citazioni, che di seguito si indicano.

«[…] la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione».

«L'utilizzo dell'avverbio "comunque" denota la volontà del legislatore di non 'appiattire' l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti interessi (v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 febbraio 2014, n. 600).

In entrambi i casi, l'intenzione del legislatore costituisce argomento interpretativo e l'oggetto dell'argomento è dato dall'interpretazione di fonti statali primarie, quali gli artt. 22 e ss., L. n. 241/1990.

Anche in questo caso, il tipo di legislatore è stato configurato come storico e l'intenzione è teleologica[16], nel senso che risponde alla domanda "che cosa ha inteso ottenere il legislatore?" con la disposizione oggetto di interpretazione. La fonte dell'argomento è data dal significato di altre disposizione e vale a dire dal raffronto tra la disciplina oggetto di interpretazione, vale a dire l'accesso difensivo, di cui all'art. 24, comma 7, L. n. 241/1990, e la diversa e più restrittiva disciplina del diritto di accesso partecipativo, che sopporta le esclusioni di cui all'art. 24.

[16] Si potrebbe qui osservare che ogni intenzione, in quanto tale, è orientata ad un oggetto ed ha dunque un *telos*. Nel linguaggio della teoria del diritto, tuttavia, per intenzione teleologica si intende una variante dell'argomento dell'intenzione del legislatore, in base al quale il significato attribuito alla disposizione interpretata è giustificato se corrisponde allo stato di cose che il legislatore intendeva realizzare per mezzo della norma. Si veda, sul punto, per tutti, P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. 2, §11.2.

La sola sentenza n. 19/2020, riporta poi ulteriori citazioni che vengono di seguito riportate.

«La mancata specificazione dell'ambito entro il quale tali interessi vanno curati è, inoltre, indicativa del fatto che il legislatore ha voluto appositamente trascendere la dimensione partecipativa procedimentale e la stessa logica della trasparenza della funzione amministrativa, e costruire l'accesso agli atti, piuttosto, come una pretesa ostensiva, finalizzata anche - eventualmente - alla difesa in giudizio, ed a sua volta autonomamente tutelata con una specifica azione avverso il diniego o il silenzio della pubblica amministrazione (si tratta dell'azione prevista dall'art. 116 cod. proc. amm.)»

«[…] la natura processuale consiste nel fatto che il legislatore ha voluto fornire di 'azione' la 'pretesa' di conoscenza, rendendo effettivo e, a sua volta, giuridicamente tutelabile e giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio (v. l'art. 116 cod. proc. amm.)».

In entrambi i casi, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato configurato come interpretativo e avente ad oggetto l'interpretazione della disciplina dell'accesso documentale di cui agli artt. 22, ss. L. n. 241/199; il legislatore è sempre configurato come storico e l'intenzione, in questo caso è meramente comunicativa, che risponde alla domanda "che cosa ha inteso dire il legislatore?". In tale ipotesi, infatti, le espressioni «il legislatore ha voluto» vedono l'utilizzo del termine "voluto" come mero rafforzativo. La fonte dell'argomento è data, ancora una volta, dal significato di altre disposizioni e, vale a dire, dalla disciplina processualistica dell'azione in materia di accesso contemplata dal codice del processo amministrativo, ai sensi dell'art. 116.

Da ultimo, la sentenza del 18 marzo 2021, n. 4, riporta la seguente citazione.

«La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione».

La citazione è la medesima rilevata nelle sentenze nn. 19-20 e 21 del 2020, per la quale valgono le considerazioni già svolte.

Quanto alle pronunce in materia di accesso agli atti detenuti dalle pubbliche amministrazioni reperite nel campione relativo alle Sezioni semplici del Consiglio di Stato, vale a dire le sentenze n. 5735/2021 e n. 4517/2022, emesse dalla III^ Sezione del Consiglio di Stato, si osservano le medesime citazioni già rinvenute nelle sentenze sopra richiamate.

Per la pronuncia 8 aprile 2021 n. 5735, la citazione è la seguente.

«La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione, così da permettere all'amministrazione detentrice del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa».

Escludendo l'ulteriore considerazione riportate nell'ultimo paragrafo, che di fatto ripercorre quanto già statuito dall'Adunanza plenaria con le pronunce richiamate, il periodo sopra riportato è il

medesimo già rinvenuto nelle sentenze dell'Alto consesso nn. 19-20 e 21 del 2020 e ribadito nella successiva sentenza n. 4 del 2021.

Diverso è il caso da ultimo preso in considerazione con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 6 marzo 2022, n. 4517.

In tale specifica ipotesi, la citazione rilevata dalla presenza delle parole chiave è la seguente.

«Pur prevedendo il diritto di accesso agli atti della Pubblica amministrazione a chiunque vi abbia interesse, il Legislatore non ha, tuttavia, voluto introdurre un'azione popolare volta a consentire un controllo generalizzato sull'attività amministrativa. A riprova di ciò vi è la previsione, specifica, che l'interesse all'ostensione deve essere finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti: a norma dell'art. 22, comma 1, lett. b) della L. n. 241 del 1990, infatti, vengono definiti "interessati" all'accesso non tutti i soggetti indiscriminatamente, ma soltanto i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

Anche con riguardo a tale pronuncia, l'argomento dell'intenzione del legislatore ha assunto funzione di argomento interpretativo. L'oggetto dell'argomento, ancora una volta, è individuato nell'art. 22, L. n. 241/1990 e, più nello specifico, l'interpretazione riguarda il comma 1, lett. b) dell'articolo richiamato. Il legislatore è sempre il legislatore storico e l'intenzione è evidentemente teleologica. La fonte dell'argomento è qui rappresentata dal significato delle parole e, nella specie, dal significato attribuito dalla disposizione al termine "interessati".

4. *La rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore nelle pronunce in materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.*

Tutte le pronunce richiamate, reperite nel campione oggetto di ricerca, analizzano le diverse discipline del diritto di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni pervenendo alla conclusione per la quale nel nostro ordinamento il diritto di ostensione degli atti in possesso dei pubblici poteri varia caso per caso e giustifica l'applicazione di discipline differenti che contemplano o meno esclusioni volte alla tutela di contrapposti interessi, pubblici o privati, individuati dal legislatore.

In un simile contesto normativo, ove, ad avviso di chi scrive, non è (più) opportuno sostenere propositi riformatori volti a chiarire le discipline *de qua*, per le ragioni che appresso si diranno, appare evidente l'importante ruolo devoluto in capo all'interprete, chiamato di volta in volta a verificare quale sia la disciplina applicabile in relazione alla fattispecie concreta.

Ebbene, attraverso la ricerca empirica condotta, si è potuto osservare come in tali casi decisi dalla giurisprudenza amministrativa, nell'iter logico-argomentativo addotto a sostegno delle statuizioni assunte, abbia rivestito una funzione fondamentale l'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore.

L'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore nelle pronunce prese in considerazione è stato classificato per lo più come determinante.

Si definisce "determinante", per convenzione ai fini del citato progetto PRIN, l'argomento dell'intenzione del legislatore che ha un peso prevalente rispetto agli altri argomenti utilizzati.

In questo senso, si è configurato come tale anche un argomento dell'intenzione del legislatore comunque non autosufficiente ai fini della giustificazione della premessa in diritto.

Tale risultato si pone in controtendenza rispetto agli esiti della ricerca[17], ove l'argomento dell'intenzione del legislatore è invero utilizzato principalmente in via concorrente (e non determinante) con altri argomenti interpretativi.

Il tipo di legislatore individuato è esclusivamente il legislatore storico, perfettamente in linea rispetto a quanto emerso in genere dalla ricerca condotta.

La fonte dell'argomento, come già segnalato, è costituita dal riferimento ad altre disposizioni, dando vita a una motivazione corroborata da una lettura sistematica del quadro normativo di riferimento ad opera dell'interprete, anche attraverso il richiamo a principi e valori costituzionali, nell'espletamento della funzione nomofilattica, di cui all'art. 99 c.p.a.[18], a garanzia dell'osservanza della legge, dell'uniformità della sua interpretazione e dell'unità del diritto[19].

Anche con riguardo a tali pronunce, così come per la gran parte delle restanti sentenze costituenti il campione[20], l'Adunanza plenaria e le Sezioni semplici, nella propria argomentazione, non ricostruiscono puntualmente il percorso volitivo svolto dal legislatore, ad esempio, facendo riferimento ad elementi ricavati dai lavori preparatori[21].

L'argomento dell'intenzione del legislatore in questi casi è comunque definito determinante seppur il giudice amministrativo riconduca la propria argomentazione anche ad altri elementi sistematici e teleologici, allo scopo di rafforzare il ragionamento giuridico e di catturare la *voluntas legislatoris* applicabile nel caso concreto, desumendola non solo ed esclusivamente dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico.

Quanto operato in tal senso dal Giudice amministrativo non trasmoda nella creazione di una norma *ah hoc* da parte del giudice speciale[22], ma costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale.

Ciò può affermarsi anche quando l'attività di interpretazione giudiziale posta in essere dall'Adunanza plenaria si spinge a tal punto da far riferimento all'intenzione del legislatore ideale-razionale[23], come nell'esempio preso in considerazione con la pronuncia n. 10/2020.

Il legislatore viene configurato in termini ideali quando il riferimento va al "legislatore razionale" ovvero al "buon-giusto legislatore".

È legislatore "razionale", come considerato nel caso di specie, quello che sceglie i mezzi più efficaci per il perseguimento degli obiettivi, che non genera antinomie nel sistema e che non genera vuoti normativi[24].

Per richiamare il caso di specie, l'Adunanza plenaria, con la pronuncia in questione, fa da precursore alla scelta legislativa che verrà operata solo 3 anni dopo, con il nuovo Codice dei contratti

---

[17] Gli esiti della ricerca PRIN con specifico riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria sono stati pubblicati nel saggio M.F. TROPEA, *L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: un'indagine empirica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XXV, 2, 2025, pp. 55-73.

[18] Per un commento all'art. 99 c.p.a., si veda il commentario al codice del processo amministrativo, R. CHIEPPA (ed.), *Commentario al Codice del Processo Amministrativo*, Milano, 2022, 612 ss..

[19] G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un "allegro non troppo"*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

[20] Cfr. il report dei risultati della ricerca già citato, F. ASTA, L. MARCHETTONI, B. MAZZOLAI, M.F. TROPEA, *L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle corti apicali italiane. Metodologia e risultati della ricerca*, pubblicato nella medesima raccolta in cui è collocato il presente contributo, ove si legge che: «*In soli 11 casi, la fonte dell'argomento interpretativo è stata individuata nei lavori preparatori*».

[21] Sull'importanza dei lavori preparatori o "*travaux préparatoires*", A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Springer, 2008, 284 ss..

[22] Cass., Sez. Unite, 31 maggio 2016 n. 11380, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016; Id., 21 febbraio 2017 n. 4395, in *dejure.it*; Id., 5 giugno 2018 n. 14437, in *Giustizia Civile Massimario*, 2018; Id., 27 giugno 2018 n. 16957, in *Diritto & Giustizia*, 2018; Id., 30 luglio 2018 n. 20169; Id., 31 ottobre 2018 n. 27755, tutte in *Dejure.it*.

[23] Si pensi, per esempio, al caso descritto sub § 4.5 (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, cit.).

[24] Così, D. CANALE, G. TUZET *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2019, 102-103.

pubblici[25], pervenendo alla conclusione che l'accesso civico generalizzato trova attuazione anche nella materia dei contratti, sebbene in tale settore sussista una disciplina *ad hoc* in materia di accesso che, oltre a prevedere dei limiti specifici all'accesso, richiama altresì la disciplina di cui alla L. n. 241/1990.

La plenaria, in particolare, chiarisce che non si possono escludere intere materie dall'accesso civico generalizzato per il solo fatto che esiste una disciplina settoriale che prevede alcuni limiti all'accesso, ivi compresi quelli della L. n. 241/1990.

Peraltro, anche le eccezioni all'accesso contemplate nella materia dei contratti pubblici, non costituiscono un'eccezione assoluta all'accesso, ma solo eccezioni relative, che, ove possibile, devono cedere il passo all'applicazione della meno restrittiva disciplina dell'accesso civico generalizzato. Per fornire un'esemplificazione, si può fare riferimento ai limiti previsti prima dall'art. 53 del vecchio Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016, vigente all'epoca dell'emissione della pronuncia in questione) e ora dall'art. 35 del nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023) e alle esclusioni tassative, di cui al comma 5 dell'art. 53 del vecchio Codice e ora dall'art. 35, comma 4, del nuovo Codice.

Nel primo caso, si tratta di esclusioni assolute ma comunque temporanee, aventi ad oggetto, per esempio, gli atti di gara solo sino al momento dell'aggiudicazione.

Nella seconda ipotesi, si tratta di esclusioni specifiche e tassative.

In altri termini, la Plenaria, con la pronuncia in questione, chiarisce, facendo richiamo all'intenzione di un legislatore ideale-razionale, che i limiti all'accesso nella materia dei contratti pubblici hanno portata limitata, tale da non giustificare un'automatica sottrazione della materia all'accesso civico generalizzato. È evidente, dunque, come, in tal caso, il giudice amministrativo abbia voluto evitare di creare antinomie tra le diverse discipline esistenti, anticipando la funzione legislativa, stante il riconoscimento, con il nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023[26], della possibilità di richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, la documentazione di gara nei limiti consentiti e disciplinati dall'art. 5-*bis* del d. lgs. n. 33/2013.

Per ottenere tale obiettivo, la plenaria, nel caso specifico, così come in tutte le altre pronunce richiamate, ha ancorato il proprio ragionamento all'intenzione del legislatore, anzi, alle diverse intenzioni del legislatore di volta in volta esplicitate con la nascita delle nuove, e talvolta più ampie, discipline in materia di accesso. L'Alto consesso statuisce così che non è possibile applicare all'accesso civico i limiti di quello procedimentale, poiché ciò contrasterebbe con le finalità perseguite dal legislatore. Nell'accesso procedimentale, infatti, l'interesse alla trasparenza amministrativa è tutelato dal legislatore nella misura in cui viene dimostrata la titolarità di un interesse individuale, qualificato come diretto, concreto e attuale. Diversamente, nell'accesso civico generalizzato, l'intento del legislatore è quello di garantire un controllo democratico diffuso sull'attività amministrativa.

5. *Conclusioni: l'idealizzazione di un "legislatore degli accessi", razionale e coerente.*

Per meglio comprendere le ragioni per le quali nelle pronunce oggetto di analisi l'intenzione del legislatore assume un valore determinante nel relativo percorso argomentativo, occorre ripercorrere, seppur sinteticamente, la storia legislativa che ha portato alla nascita le discipline in

[25] P. PROVENZANO, *L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, III, 2023, 490 ss..

[26] Il comma 1, dell'art. 35, del nuovo Codice dei contratti pubblici, così statuisce: «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*».

materia di accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Ebbene, volgendo lo sguardo indietro, è già con il "Rapporto Giannini", presentato dall'omonimo Ministro della Funzione Pubblica al Parlamento il 16 novembre 1979, che si afferma il noto motto della amministrazione "casa di vetro".

Ne è derivata una cospicua attività politico-istituzionale confluita nella Commissione presieduta da Mario Nigro per l'elaborazione di un testo di legge sul procedimento amministrativo, che avrebbe portato all'emanazione della l. n. 241/1990.

La relazione di presentazione del relativo disegno di legge risale al 19 novembre 1987[27], ove si evince che l'obiettivo dell'intervento normativo, oltre che di semplificazione, è di «democratizzazione» dell'agire amministrativo, in vista del perseguimento del duplice obiettivo di partecipazione del privato all'azione amministrativa e di accesso agli atti dei pubblici poteri.

In tale relazione, viene indicata l'intenzione del legislatore di disciplinare l'accesso come «diritto di chiunque abbia interesse all'esame e all'estrazione di copia di tutti i documenti amministrativi, con la sola esclusione (articolo 25) di quelli coperti da segreto di Stato […], o da altra forma di segreto o di divieto di divulgazione nonché quelli afferenti a particolari interessi pubblici […] o privati, che ne postulino la riservatezza».

Parimenti, le successive riforme dell'ordinamento amministrativo hanno continuato a perseguire livelli sempre maggiori di trasparenza. Si pensi alla L. n. 15/2005[28] che ha inserito all'art. 1 della L. n. 241/1990 il principio di trasparenza nell'elencazione dei principi generali dell'azione amministrativa.

Un altro passaggio fondamentale per l'effettività del principio di trasparenza è segnato dalla informatizzazione e dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione, dapprima realizzata attraverso l'adozione del Codice dell'Azione amministrativa, con il d.lgs. n. 82/2005[29], e da ultimo ulteriormente implementata nel perseguimento degli obiettivi di cui alla missione n. 1 del PNRR, denominata «Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura», che assume come obiettivo generale "l'innovazione del Paese in chiave digitale, grazie alla quale innescare un vero e proprio cambiamento strutturale".

E ancora, sempre nel segno di garantire maggiore trasparenza, è intervenuta la delega al governo di cui al comma 35 dell'art. 1 della l. n. 190/2012[30], volta all'adozione di un vero e proprio Codice della trasparenza, di cui al citato d.lgs. n. 33/2013, con la quale è stato introdotto l'accesso civico.

Il reale obiettivo di configurare la pubblica amministrazione come "casa di vetro" non si è concretizzato però se non attraverso il riconoscimento di una conoscenza diffusa e pubblica dell'attività amministrativa, cui consegue una maggiore *accountability*, efficacia, efficienza e imparzialità dell'amministrazione, nel solco del canone costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97, Cost..

Tale scopo risulta oggi portato a termine in un percorso legislativo durato oltre un trentennio attraverso la riforma Madia, che, con il d.lgs. n. 97/2016[31], ha finalmente posto le basi per la realizzazione di un definitivo allineamento delle regole nazionali di trasparenza al modello della *total*

---

[27] Il discorso di presentazione del Disegno di legge del Presidente del Consiglio dei Ministri, Goria, X^ Legislatura - Scheda lavori preparatori, Atto Camera n. 1913, è reperibile sul sito *www.legislature.camera.it*.

[28] Legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*», in G.U. del 21 febbraio 2005 n. 42.

[29] Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante «*Codice dell'amministrazione digitale*», in G.U. del 16 maggio 2005 n. 112 (Suppl. Ordinario n. 93).

30 Legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», in G.U. del 13 novembre 2012 n. 265.

[31] Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, recante «*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», in G.U. del 8 giugno 2016 n. 132.

disclosure di origine anglosassone del *Freedom of Information Act* (FOIA), con il riconoscimento dell'accesso civico generalizzato.

Come è possibile evincere da tale breve ricostruzione, si tratta di interventi normativi che non hanno determinato l'abrogazione dei precedenti e che disciplinano accessi diversi che continuano a coesistere a condizioni e requisiti giuridici distinti e a presidio di interessi differenti. E infatti, come emerso dall'esegesi svolta dalla giurisprudenza amministrativa con le pronunce analizzate nel presente contributo, va affermata con certezza l'esistenza di una significativa differenza ontologica dell'accesso procedimentale rispetto all'accesso civico e, ancor più, rispetto all'accesso civico generalizzato. Da un lato, la tutela del diritto d'accesso dipende dalla dimostrazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata, caratterizzata da un'ulteriore specificità nel caso dell'accesso defensionale; dall'altro lato, si garantisce l'esigenza di un controllo diffuso in capo a "chiunque", anche con riferimento ad atti privatistici di esecuzione dei contratti pubblici.

Nel complesso quadro normativo in materia di accesso agli atti, l'attività esegetica svolta dall'Adunanza plenaria assume il merito di stabilizzarne le regole e, al contempo, di attenuare l'esigenza di un intervento chiarificatore da parte del legislatore[32].

Ad avviso di chi scrive, il plauso necessario nei confronti della Plenaria è dipeso dal ruolo fondamentale assunto dalla chiara e inequivocabile intenzione del legislatore, nell'iter logico-argomentativo delle pronunce sottoposte ad analisi. E infatti, sebbene lo scopo di qualsivoglia forma di diritto di accesso agli atti sia da rinvenirsi sempre e comunque nella necessità di garantire trasparenza all'azione delle pubbliche amministrazioni, quale vero e proprio fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto[33], le singole discipline dell'accesso (procedimentale, civico, civico generalizzato e in materia di contratti pubblici) rispondono a ulteriori interessi che meritano di essere bilanciati caso per caso[34]. La richiesta di un intervento chiarificatore da parte del legislatore più volte avanzata dalla dottrina, dunque, perde di consistenza nella misura in cui l'*intentio legislatoris* sottesa ad ogni intervento normativo in materia di accesso è sempre stata chiara e ferma nel precipuo obiettivo di garantire una pubblica amministrazione orientata al principio di trasparenza quale livello essenziale delle prestazioni, pur nel riconoscimento di ulteriori interessi specifici della vita di volta in volta definiti e tutelati dal legislatore.

In conclusione, dunque, se si volesse idealizzare l'esistenza di un "legislatore degli accessi", questi potrebbe definirsi come legislatore razionale e coerente la cui intenzione non può dirsi che sia mai stata poco chiara o che abbia tradito gli intenti normativi antecedentemente presi di mira.

Il legislatore degli accessi, nel perseguimento della medesima *ratio* di trasparenza, ha contemplato discipline di accesso, talvolta più ampie, talvolta più settoriali, che tuttavia, a parere di chi scrive, non potranno avere altro futuro se non quello di continuare a coesistere, seppur non necessariamente in testi normativi separati e distinti, ma con condizioni e presupposti differenti poiché volti al perseguimento di specifici interessi, tutti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

---

[32] Così, F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., 173.

[33] Sul principio di trasparenza, quale accessibilità totale agli atti e ai dati dell'amministrazione, cfr. la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10/2020 che richiama la sentenza Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20, in *www.cortecostituzionale.it*. A ulteriore fondamento della propria decisione, la Plenaria fa riferimento poi alla sentenza della Corte di Giustizia, Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottsàg v. Hungary, in *www.curia.europa.eu*, relativa all'applicazione dell'art. 10 della CEDU, che tutela la libertà di informazione.

[34] Anche la giurisprudenza più recente ha ribadito tale principio di diritto. *Ex multis*, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2024 n. 1117, ove si afferma che: «*Il rapporto tra la disciplina dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato deve essere interpretato non già secondo un criterio di esclusione reciproca, quanto piuttosto di inclusione e completamento, finalizzato all'integrazione dei diversi regimi in modo che sia assicurata e garantita, pur nella diversità dei singoli regimi, la tutela preferenziale dell'interesse coinvolto che rifugge ex se dalla segregazione assoluta per materia delle singole discipline*», in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ELENCO DEGLI AUTORI DEI CONTRIBUTI

FRANCESCA ASTA
Già assegnista di ricerca di Diritto Penale
Università degli Studi "Statale" di Milano

ELENA BINDI
Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale e Pubblico
Università degli Studi di Siena

VALENTINA CALDERAI
Professoressa associata di Diritto Privato Comparato
Università degli Studi di Pisa

DAMIANO CANALE
Professore ordinario di Filosofia del Diritto
Università degli Studi "Luigi Bocconi" di Milano

GAETANO CARLIZZI
Docente di Teoria dell'interpretazione, Giudice del Tribunale Militare di Napoli
Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli

ENRICO DICIOTTI
Professore ordinario di Filosofia del Diritto
Università degli Studi di Siena

VERA FANTI
Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo e Pubblico
Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara

FRANCESCO FERRARO
Professore associato di Filosofia del Diritto
Università degli Studi "Statale" di Milano

GIULIO ITZCOVICH
Professore associato di Filosofia del Diritto
Università degli Studi di Brescia

MARIELLA LAMICELA
Professoressa associata di Diritto Privato
Università degli Studi "Ca' Foscari" di Venezia

PAOLA LOMBARDI
Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo e Pubblico
Università degli Studi di Brescia

MARCO MANCINI
Professore associato di Diritto Costituzionale e Pubblico
Università degli Studi "Ca' Foscari" di Venezia

LEONARDO MARCHETTONI
Già assegnista di ricerca di Filosofia del Diritto
Università degli Studi "Luigi Bocconi" di Milano

BRANDO MAZZOLAI
Già assegnista di ricerca di Diritto Costituzionale e Pubblico
Università degli Studi "Ca' Foscari" di Venezia, Università degli Studi di Siena

ANDREA MORRONE
Professore ordinario di Diritto Costituzionale e Pubblico
Università degli Studi di Bologna

FRANCESCA POGGI
Professoressa ordinaria di Filosofia del Diritto
Università degli Studi "Statale" di Milano

MARIA FRANCESCA TROPEA
Cultore della materia e docente a contratto di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Brescia

GIOVANNI TUZET
Professore ordinario di Filosofia del Diritto
Università degli Studi "Luigi Bocconi" di Milano

SILVIA ZORZETTO
Professoressa ordinaria di Filosofia del Diritto
Università Telematica "Pegaso"

Questo fascicolo speciale raccoglie le relazioni e gli interventi del convegno nel quale sono stati presentati i risultati del progetto MIUR-PRIN 2022 "Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account", che ha coinvolto l'Università Commerciale Bocconi di Milano, l'Università degli Studi di Brescia, l'Università degli Studi di Milano "Statale", l'Università degli Studi di Siena e l'Università degli Studi "Ca' Foscari" di Venezia, svoltosi a Venezia nei giorni 5 e 6 febbraio 2026.

Il fascicolo si articola in due sezioni: la prima include il report sintetico dei risultati della ricerca empirica, redatto dagli assegnisti di ricerca delle diverse unità coinvolte. La seconda sezione raccoglie contributi formulati sia da alcuni studiosi sia esterni al progetto sia dai componenti delle singole unità che, muovendo dai risultati della ricerca, ne mostrano la fertilità con riguardo a questioni teoriche e pratiche attigue.

Nel complesso, il fascicolo si propone di porre in luce l'importanza della ricerca empirica nello studio del diritto, come pure l'esigenza che tale ricerca si avvalga di strumenti teorici adeguati a risultare significativa, contribuendo così allo sviluppo delle scienze giuridiche.