

24 FEBBRAIO 2016

Common law v civil law.

Tra formanti, canoni ermeneutici e
giurisprudenza quali contaminazioni?

di Emma A. Imperato

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato
L'Orientale – Università degli Studi di Napoli



Common law v civil law.

Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?*

di Emma A. Imparato

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato
L'Orientale – Università degli Studi di Napoli

*Se gli uomini potenti della terra
potessero tuonare come Giove,
Giove stesso più non avrebbe quiete,
perché ogni petulante gerarchetto
userebbe il suo cielo per tuonare,
soltanto per il gusto di tuonare*
(W. Shakespare, Misura per Misura)

Sommario: 1. *Common law e civil law*. Gli elementi distintivi. - 2 Storia di una contrapposizione. I diversi formanti. - 3. La “tecnica” adottata nelle due famiglie. - 4. L’interpretazione nella *civil law* e nel *common law*. L’ordinamento italiano. - 4.1 *La giurisprudenza italiana*. - 5 Il Regno Unito e la qualità della legislazione – 5.1 *L’approccio delle Corti* - 6. Brevi riflessioni finali. - 6.1 Segue - 7. Alcune risposte ‘non definitive’.

1. *Common law e civil law*. Gli elementi distintivi

I comparatisti sono soliti contrapporre i sistemi appartenenti alla tradizione di *civil law* (detta anche ‘romano-germanica’) agli ordinamenti che si inscrivono nella tradizione di *common law*¹, a quest’ultima attribuendo caratteristiche proprie, ben lontane da quelle della prima, ovvero, in particolare: un diritto di origine principalmente giudiziario nonché conseguentemente, al fine

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Storicamente così chiamato “perché era comune agli uomini liberi d’Inghilterra, che ricadevano tutti sotto la giurisdizione diretta dei tribunali centrali reali. Questo significato evidenziava il contrasto tra *common law* e le varie consuetudini locali; in una fase successiva il *common law* fu opposto al diritto affermato mediante le leggi (statute law), l’uno essendo stato elaborato dai giudici e l’altro dai legislatori – e questo è il corrente significato moderno”. R. C. VAN CAENEGEM, *Judges legislators and professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University, 1987, (trad. it. a di cura di) M. Ascheri, L. Ascheri Lazzari, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 42 e ss.

della coesione giurisprudenziale, l'osservazione della regola del 'precedente' per cui il giudice che deve decidere un caso è tenuto a rispettare le regole stabilite nelle sentenze precedenti². Sotto il profilo strutturale, il diritto di *common law* – qui riferito prevalentemente a quello inglese³ – si presenta perciò come un diritto casistico e pragmatico giacché, procedendo di caso in caso, muove dall'analisi (del giudice) dei problemi di vita quotidiana, rispetto ai quali interpreta le eventuali leggi, per inserirli in un sistema concettuale⁴. Questo pone in rilievo una importante difformità rispetto agli ordinamenti di *civil law* che invece si caratterizzano per un sistema fondato sulla norma di origine legislativa dalla formula generica da cui peraltro i giudici partono per applicarla ai fatti mediante un atto di sussunzione. Di qui la differenza allora anche del 'metodo' adottato dalle corti: quello induttivo nel *common law* in contrapposizione al metodo deduttivo nella *civil law*⁵.

Generalmente si possono così sintetizzare gli elementi essenziali:

I) Innanzitutto, la presenza al fondo di una concezione comune del diritto.

Se nella famiglia giuridica romano-germanica il diritto è diretto a dare regole di condotta generali e astratte per assicurare un ordine sociale in grado di conciliare gli interessi, di qualunque tipo, dei privati e della collettività, nondimeno questo scopo di garanzia della giustizia in un'ottica di "promozione del bene comune" – altro fine rilevante in qualunque ordinamento occidentale - è

² Le Corti in grado di impugnazione sono vincolate al rispetto delle proprie decisioni rese nel caso precedente, ad eccezione tuttavia della solo *House of Lords* – oggi peraltro sostituita nella sua funzione giurisdizionale, secondo il *Constitutional Reform Act* 2005 del 24 marzo 2005, dalla *Supreme Court* - che può, dopo una approfondita valutazione, per ragioni ritenute prevalenti, dissentire dal suo precedente orientamento. In questo senso essa si è espressa in un "practice statement" del 1966, stabilendo che seppure l'uso del precedente costituisce talvolta un «fondamento indispensabile» per la certezza del diritto e per uno sviluppo ordinato delle regole (ovvero "an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules") si deve nondimeno ammettere che «un'adesione troppo rigida a tale regola può causare in casi particolari ingiustizia e limitare lo sviluppo del diritto ("too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law). Da ciò ha ritenuto di non doversi più sentire vincolata ai propri precedenti laddove ciò sembri giusto (*when it appears right to do so*). Cfr. N. DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

³ L'*english law* cui si fa riferimento non è il diritto britannico o della Gran Bretagna – avendo la Scozia mantenuto un proprio sistema giuridico anche dopo l'*Union with Scotland Act* del 1707 – ma il diritto vigente nel Regno d'Inghilterra a cui appartiene anche il Galles.

⁴ Per giustificare il ruolo creativo dei giudici si è sostenuto che in realtà questi ultimi non creano le regole ma le rinvencono, secondo la "teoria dichiarativa", nelle consuetudini esistenti da tempo immemorabile rendendole manifeste quando devono applicarle al caso concreto che si trovano a dover risolvere. Su questa teoria, v. L. PEGORARO-A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 35 e ss.

⁵ Cfr. ZWEIGERT K., H. KOTZ, versione it., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, 1998, Giuffrè, Milano, p. 317

ben presente nel *common law*. Il diritto inglese tuttavia si mostra “più pronto a trattare le questioni in termini concreti e storici che a pensare sistematicamente o per astrazioni”⁶ come invece accade nei sistemi appartenenti alla famiglia romano-germanica. Qui la giustizia è perseguita attraverso regole volte a dare una soluzione a un processo piuttosto che mediante criteri generali di condotta per il futuro.

Il diritto, in ogni caso, ha in ultimo un fine comune agli ordinamenti appartenenti ad entrambe le famiglie quale è quello dato dall’intento di pervenire, in ogni fattispecie, ad una soluzione di giustizia.

II) Una differenza sostanziale, legata a ragioni di ordine storiche che hanno sviluppato esigenze diverse alle quali si sono dato risposte altrettanto diverse, sembra invece individuabile nella “tecnica” impiegata dai giudici nella risoluzione delle controversie.

In generale si parte nella famiglia romano-germanica dalla norma generale scritta mentre si prende il via dalla fattispecie concreta e dalle decisioni giudiziarie⁷ nella famiglia di *common law*. Le circostanze di fatto del singolo caso, se nella prima ipotesi restano fuori dalla norma, nel secondo caso la penetrano divenendo un tutt’uno con essa, specificandone la portata senza tuttavia dover trovare traduzione in formule generali.

III) Ne deriva, infine, una diversa concezione della regola di diritto.

Assume una forma legale nei paesi del sistema romanista mentre nei paesi di *common law*⁸ la regola è tradizionalmente giurisprudenziale, nel senso che la sua formulazione non si trova in un testo autorevole emanato dal legislatore ma nelle decisioni assunte dai giudici⁹. Di conseguenza, al fine della sicurezza ovvero della “certezza del diritto”, la necessità è quella di un ordine delle fonti secondo un sistema che, nel primo caso, è di tipo gerarchico mentre nella seconda ipotesi, se sistema si può definire, è ragionevolmente coeso grazie alla regola dello *stare decisis*¹⁰.

Orbene, a fronte di queste proclamazioni di principio profondamente radicate nell’immaginario collettivo, questo elaborato intende verificare se esse siano tutt’oggi valide o se non vadano riviste.

⁶ Sul punto, ancora, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *ibidem*, p. 202 e ss.

⁷ Vedi, anche, R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1967, p. 87 e ss.

⁸ Così, R. DAVID, *op. cit.*, p.87 e ss.

⁹ Cfr. P. STEIN, voce “*Common law* (paesi di), I) diritto inglese”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, p. 5 e ss.

¹⁰ E’ ben concedibile che un sistema (casistico) giuridico segua il precedente “for it is a natural practice of the human mind, whether legal or non-legal, to accept the same pattern in similar or analogous cases”. L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, in *Law Quarterly Review* 1934, p. 40.



Si è ritenuto opportuno, perciò, a fondamento delle risposte, procedere in particolare all'analisi della storia della “diversità” dei formanti, della ‘tecnica’ giuridica e, di seguito, dei criteri dell'interpretazione adottati al fine di rendere giustizia, anche alla luce della giurisprudenza, con uno specifico sguardo al caso inglese e all'ordinamento italiano.

Dando per immutato il primo, i punti che si intenderanno così affrontare saranno in particolare il secondo e il terzo relativi alla tecnica e alla natura della regola giuridica.

2. Storia di una contrapposizione. I diversi formanti

Il diritto inglese, più di altri sistemi giuridici, richiede un esame delle sue origini storiche, nessun altro Paese essendo così saldamente attaccato alle proprie tradizioni come il Regno Unito¹¹. Il *common law*, tuttavia, pur mettendo in evidenza profonde radici legate alla storia mostra anche un'evoluzione graduale e continua, senza alcuna drastica interruzione dovuta a forti sconvolgimenti politici come invece è accaduto in Francia nel 1789, ben mantenendo in tal modo nel tempo le proprie caratteristiche giuridiche. In quest'ottica l'unico momento ritenuto determinante è fatto coincidere con quello dell'inizio della storia giuridica inglese quando con la conquista normanna dell'Inghilterra nel 1066¹² si ebbe l'instaurazione di un'organizzazione giudiziaria centralizzata. Il “diritto comune” - secondo alcuni autori derivante, nella sua struttura giuridica, dal diritto comune europeo dell'altomedioevo¹³ - va affermandosi su tutto il territorio

¹¹ In questi termini si esprime, K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, op. cit., p. 190 e ss.

¹² In quest'anno, con la battaglia di Hastings, il duca normanno Guglielmo il Conquistatore invase l'Inghilterra e vi si insediò stabilendo poco tempo dopo un apparato organizzativo giudiziario e amministrativo centralizzato al fine di contrastare le spinte centrifughe del feudalesimo preesistente e quindi di meglio controllare e gestire i sassoni: a sovraintendere l'amministrazione della giustizia dell'intero Regno era la *Curia Regis King's Council* – chiamate anche dal nome dove trovarono sede dal XIII secolo “Corti di *Westminster*” - comprensiva di un corpo di giudici (detti *sheriffs*) che venivano spediti, sino al XIV secolo, ad amministrare la giustizia nei casi più rilevanti nelle varie contrade. V., L.PEGORARO-A. RINELLA, op. cit., p. 23; A. REPOSO, *Fonti del diritto*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi (a cura di), *Diritto Pubblico Comparato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 155 mentre per uno approfondito studio inglese, si rinvia a J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*, London, Longman, 1996 nonché a T. M. HUGH, *The Norman Conquest: England after William the Conqueror*, Rowman & Littlefield, 2007. In senso più ampio, sulla storia del *common law*, vedi anche A.GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 61 e ss. nonché, in letteratura inglese, J. H. BAKER, *The common law tradition: lawyers, books and the law*, Hambleton & London, London, 2003 e anche J.W. TUBBS, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000

¹³ Il diritto europeo – la cui esistenza e caratteristiche sono fortemente dibattute in dottrina – avrebbe trovato sviluppato tra i secoli compresi tra il V e XI, in uno spazio geografico che ben partirebbe dalle isole britanniche sino al corso inferiore del Danubio, dalla Scandinavia all'Italia. Esso sarebbe tale non certo per l'affermazione di un sistema unico (esistendo al contrario più sistemi non territoriali mai composti ad unità), ma piuttosto perché “comune fu la concezione delle fonti del diritto, comuni furono i

dell'Inghilterra al fine di porre termine all'applicazione delle consuetudini locali dei piccoli feudi, inizialmente almeno in tre categorie di cause (relative alle finanze regie, alla proprietà fondiaria e a fatti penali gravi).

Anche il diritto di *civil law* è peraltro un prodotto della storia, rivelandosi questa, se vogliamo, sotto il profilo del contributo alla elaborazione del diritto, addirittura più aperta - almeno negli anni dello *jus commune* - rispetto a quella del *common law*, dando ampio spazio all'insegnamento universitario¹⁴, alla dottrina e alla legislazione. Questo diritto però, diversamente da quello inglese, trova un fondamentale momento di svolta sotto il profilo costituzionale in una precisa vicenda storica quale è stata per il mondo di *civil law* - come si diceva - la rivoluzione francese¹⁵: il diritto continentale europeo e il suo costituzionalismo moderno traggono particolare fondamento da un cosciente intento rivoluzionario teso a rielaborare il diritto attraverso nuove ideologie - si pensi alla teoria della 'sovranità della nazione'¹⁶ - e l'adozione, a testimonianza della rottura con il passato, del rigido sistema dei Codici e quindi delle fonti del diritto¹⁷.

In una determinata fase storica una diversa sorte hanno avuto gli ordini giuridici esistenti, laddove solo in un caso interviene una nuova visione che segna la separazione dal passato. Agli inizi

principia, cioè i modelli risolutivi dei temi fondamentali della vita giuridica, comuni le forme e le tecniche documentarie, comuni moltissime regole operative". Così M. LUPOLI, *Common law e Civil law (alle origini del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, in particolare, p. 431 e 432. Secondo l'A. di questo diritto comune europeo, caratterizzantesi per il prevalere dell'oralità, "gli anglo-sassoni pretendono il mantenimento, forse anche perché si avvertiva che esso stava altrove perdendo i caratteri distintivi": in diversi paesi il rinascimento bolognese, diffusosi attraverso la scuola, sulla base della riscoperta del diritto romano, determinò invero l'allontanamento dal diritto comune europeo e il conseguente abbandono dei meccanismi, legati alla certezza, fondati sull'approvazione, "attraverso la partecipazione, pur talvolta simbolica, al procedimento formativo", in favore di quelli basati sulla conformità al modello legale.

¹⁴ Lo *jus commune* - diritto comune - sviluppatosi in Europa a partire dal '200 sino alla fine del '700, si diffuse invero grazie all'opera interpretativa del *Corpus juris Civilis* - risalente all'Imperatore Giustiniano - di giuristi che operavano nelle Università ove insegnavano a studenti provenienti da diversi Paesi. Si formavano così i giuristi del continente che, a differenza dei giuristi inglesi la cui formazione non è mai stata opera delle università quanto piuttosto della pratica, si forgiavano alla luce del diritto romano. Sul progetto di portare ad unità l'ordine giuridico, fondato sul diritto romano, quale è quello sistematizzato nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano, v., in particolare, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 131 e ss.

¹⁵ L'esperienza della rivoluzione ha condizionato in maniera decisiva lo sviluppo del costituzionalismo nell'Europa continentale, allo stesso tempo, rappresentando "il punto di maggior emersione della forza prescrittiva dispiegata dall'ideologia del costituzionalismo (si consideri ancora l'art. 16 della Dichiarazione del 1789)". V., specificamente, P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, t. II, p. 40.

¹⁶ Questa è intesa come uno dei "prodotti più alti delle Costituenti rivoluzionarie" in grado di ricondurre, attraverso la sua entità astratta, ad unità politica la molteplicità dei cittadini e di rappresentarli. P. RIDOLA, *op. cit.*, 41.

¹⁷ Su questo punto, cfr. J. H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 41.



dell'Ottocento il Continente, in nome dell'uguaglianza e delle teorie portate dai rivolgimenti rivoluzionari, supera l'antico regime giuridico - e quindi lo *jus commune* romano-canonico dell'Europa feudale – per andare in favore dello statalismo, del razionalismo e del positivismo con la loro traduzione in un monopolio legislativo statale che va a sostituire il precedente sistema decentrato del potere legislativo distribuito gerarchicamente tra una pluralità di soggetti (ovvero, il signore o l'amministrazione locale e l'Imperatore o la Chiesa). Il mondo del *common law* inglese sembra invece resistere a queste vicende.

Caratterizzato dalla prevalenza della fonte di produzione giurisprudenziale, questo mal avrebbe sopportato le conseguenze legate alla visione propria dello Stato di diritto date, in particolare, dall'affermazione del monopolio del legislatore quanto alla produzione del diritto¹⁸. Il *common law* prosegue perciò il suo lento e continuo percorso (diverso da quello *jus commune* iniziato nel XII sec. nell'Europa continentale), nel solco segnato dalla stratificazione di decisioni giurisprudenziali - legate dal *precedent*¹⁹ - di leggi²⁰ e di consuetudini, non solo preservandolo ma persino esaltandolo e al più integrandolo con un “prudente e circoscritto uso degli *statutes*”²¹. Mentre gli ordinamenti continentali si vedono perciò in qualche modo obbligati a codificare il nuovo ordine giuridico, agevolati peraltro dalla produzione di norme giuridiche aventi carattere generale, il sistema di *common law* non solo non sembra sentirne alcuna necessità, ma si mostra addirittura ben lontano dal concepire un sistema di codificazione alla francese: nel diritto inglese la *legal rule* si presenta come una regola piuttosto dettagliata e concreta, non applicabile indifferentemente a tutti i casi, e anche quando ha origine legislativa (*statute law*) piuttosto che giurisprudenziale,

¹⁸ Ancora, P. RIDOLA *ibidem*, p. 44

¹⁹ Secondo qualche giurista inglese se questo, attraverso il vincolo con quanto già stabilito in passato, sembra rendere meno mutevole il diritto, in realtà lo modifica sulla base di una “finzione” giacché nel momento in cui la decisione è presa, si crea nuovo diritto avente carattere vincolante per il futuro. Vedi in particolare, tra i primi, H. SUMNER MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (1861), Introduction by John Hartman Morgan, London, Dent, 1972, p. 16: “the fact is (...) that the law has been wholly changed; the fiction is that it remains what it always was”.

²⁰ Prima della rivoluzione del 1688-89 (detta anche “gloriosa rivoluzione”) che portò all'adozione dell'*Act of Settlement* del 1701, la Corona è stato il principale artefice della legge del Regno Unito, laddove è solo dopo questi eventi che il Parlamento di *Westminster* vede consolidato il principio di sovranità – già affermato con la *Magna Charta libertatum* del 1215 - divenendo il “legislativo” nel senso pieno del termine. Sul punto v. A. TORRE, *Il Regno Unito*, in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, *op. cit.*, p. 74.

²¹ Così, G. F. FERRARI, “*Civil law*” e “*common law*”: *aspetti pubblicistici*, in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, *op. cit.*, p. 657.

necessita di un'applicazione al caso concreto da parte delle corti affinché si possa confermarne la portata²².

Il diritto, in questo quadro dicotomico, è adducibile a formanti diversi: a quello giurisprudenziale nel sistema appartenente alla famiglia di *common law* in definitiva dominio dei giudici, al formante legislativo negli ordinamenti della famiglia di *civil law* considerati più democratici dei primi perché basati su fonti normative prodotte dall'assemblea parlamentare, il solo organismo rappresentativo direttamente eletto dal popolo e quindi l'unico che può rispondere del proprio operato di fronte alla sua volontà. Qui – negli ordinamenti di tradizione romano-germanici - la rigida separazione dei poteri, dogma pure proclamato dalla rivoluzione su ispirazione peraltro della teoria inglese risalente a Locke²³, non ammettendo interferenze dei poteri, esclude dal potere di creare leggi il potere giudiziario. Questa sostanziale divisione tra il potere legislativo e quello giudiziario segna la grande differenza con la tradizione di *common law*, che invece vede tali poteri - anche nella teoria lockiana - come due facce della stessa medaglia.

3. La “tecnica” adottata nelle due famiglie.

Come si è osservato negli ordinamenti di *civil law* l'interpretazione e applicazione del diritto va dalla norma al caso concreto. In tutti questi sistemi, tuttavia, come in particolare in quello italiano qui considerato, la norma scritta non si limita ad essere applicata, venendo piuttosto riadattata e sviluppata dalle Corti a seconda delle fattispecie concrete. Le decisioni giurisprudenziali assumono così valore di regola di diritto. Se ciò non desta alcuna sorpresa, essendo un dato comunemente accettato oggi – come peraltro già in passato pure dal teorico della dottrina pura del diritto per eccellenza, Kelsen²⁴ - tuttavia, in tempi recenti e sempre più di frequente, questo

²² V., in tal senso, R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1980, p.319, come anche, nella letteratura inglese, più di recente, P. SALES, *Judges and legislature: values into law*, in *Cambridge law journal*, 2012, p. 291 e ss.

²³ Se è Montesquieu nell'opera lo “Spirito delle leggi” del 1748 a esprimere compiutamente la teoria dei tre poteri, Locke ha il merito di proporre per primo nel '600, dopo i tempi remoti risalenti al pensiero di Aristotele, la distinzione tra potere esecutivo e potere legislativo, quest'ultimo ben comprensivo – contrariamente all'ipotesi comunemente accettata quanto alla lettura di Locke – del potere giudiziario, sostanzialmente non differenziabile dal potere legislativo, quanto piuttosto a questo accomunato quale aspetti diversi dello stesso potere. Il potere legislativo però qui non si colloca sullo stesso piano di quello esecutivo come è nella teoria elaborata da Montesquieu ma è supremo giacché diretta emanazione del popolo sovrano. La sua teoria è dunque certamente della separazione ma non anche degli equilibri come è nella visione di Montesquieu quanto piuttosto della “subordinazione dei poteri e, in ultima istanza, una teoria della supremazia del legislativo (che è poi la dottrina costituzionale che starà alla base dei moderni stati parlamentari)”. Cfr. N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, p. 272 e ss.

²⁴ Attraverso la distinzione dell'interpretazione nomostatica – l'interpretazione scientifica che descrive la norma - da quella nomodinamica (detta anche interpretazione ‘autentica’ perché capace di intervenire nella



fatto non solo non è più limitato al singolo caso concreto, finendo per assumere una portata generale, ma comporta anche una lettura che va ben oltre il dato normativo. La norma legislativa in questo caso non è più considerabile al di sopra del caso concreto ma allo stesso livello laddove la regola giurisprudenziale non appare più una fonte normativa secondaria. L'interpretazione del diritto invero va dal caso singolo alla norma e finisce con il trasformare il diritto del legislatore - non più suo unico depositario - in un diritto giurisprudenziale.

Questa tendenza sta trasformando profondamente il sistema giuridico italiano (e come il nostro gli altri appartenenti alla *civil law*) avvicinandolo a quello di *common law* inglese. Questo, a sua volta, sembra avvicinarsi per certi aspetti a quella concezione che pone la norma giuridica prodotta dal legislatore al di sopra delle fattispecie sottoposte alla giurisprudenza, tipica della famiglia romano-germanica, inserendola in un sistema gerarchizzato che vede al suo apice una costituzione.

Negli ultimi cento-cinquant'anni si è intensificata invero la produzione, nel Regno Unito, di fonti del diritto di matrice parlamentare, oggi non più di rilievo secondario rispetto alla fonte giurisprudenziale. L'espansione economica, prima (già a partire dalla fine dell'Ottocento), richiedendo una regolazione pubblica²⁵, e l'apertura internazionalista ed europeista, poi, hanno spinto il Parlamento britannico ad ampliare l'intervento legislativo, adottando di recente diverse leggi, alcune fondamentali di ricezione del diritto europeo, quali l'*Human Rights Act* del 1998, considerate leggi costituzionali²⁶. Il XX secolo sembra caratterizzarsi così, anche nel Regno Unito, come "*the age of statutes*"²⁷. La pressione 'esterna' dell'UE sul diritto domestico, per altro verso, ha anche comportato una forte limitazione dell'onnipotenza del Parlamento di *Westminster*,

dinamica creativa del diritto), Kelsen ammette infatti che le sentenze dei giudici hanno un carattere costitutivo, i giudici non limitandosi a dichiarare o scoprire il diritto ma anche a crearlo: "i tribunali applicano le norme giuridiche generali in modo da statuire norme individuali, determinate nel loro contenuto da norme generali; in tali sentenze si statuisce una sanzione concreta: l'esecuzione forzata o la pena". V. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M. G. Losano, Giappichelli, Torino, 1966.

²⁵ Si rinvia, in merito, anche all'interessante ricostruzione di M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 28

²⁶ Sull'affermazione di un atto - in particolare, il *Northern Ireland Act 1998* - quale "in effect a constitution" si è espressa, tra i primi, la *House of Lords* nella sentenza *Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland Northern Ireland* del 2002 in un giudizio che metteva in discussione il dogma della supremazia del parlamento a prescindere dai rapporti col diritto europeo. V. in proposito, in dottrina italiana, per un sintetico commento anche sui *constitutional statutes*, G. CARVALE, *Common law e constitutional statutes*, in *Quad. Cost.*, 2014, pp. 436-439, mentre per una ricostruzione dei rapporti tra fonti domestiche ed europee anche nella dinamica tra Corti, si rinvia, in particolare, a A. GORDON, *UK Public law and Europea Law*, Hart Publishing, 2002. Più in generale, v. J. W. F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 2000 e, da ultimo, M. ELLIOTT-R. THOMAS, *Public Law*, Oxford University Press, 2014

²⁷ Così G. CALABRESI, *A common law for the Age of Statutes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982, guardando soprattutto al sistema giuridico degli Stati Uniti.



andando ad incidere su quel principio caposaldo della storia costituzionale del Regno Unito dato dall'affermazione della *Sovereignty of Parliament*²⁸.

In virtù di questa concezione al potere parlamentare si è infatti riconosciuto “il diritto di fare o anche disfare qualunque legge”²⁹, laddove ovviamente il discorso cambia se considerato rispetto al Parlamento non nella sua veste di legislatore ma come organo di governo: qui, contrariamente a quanto si potrebbe pensare a fronte del principio di sovranità parlamentare, non è il Parlamento ad assumere un ruolo centrale quanto piuttosto il Governo, o meglio, il Primo Ministro³⁰.

Solo il Parlamento, tornando al suo potere sovrano in ambito legislativo, può modificare e abrogare le proprie leggi mediante l'adozione di un'altra sua legge, ovviamente successiva. Corollario del potere assoluto parlamentare è la teoria del *'implied repeal'*, ovvero, l'abrogazione implicita. Il Parlamento non può essere vincolato da una legge pregressa approvata da un precedente Parlamento, vale a dire: nessun atto legislativo può porre limiti alla successiva volontà parlamentare e alle leggi con cui questa si esprime³¹. La recente evoluzione ha mostrato tuttavia, già sotto questo aspetto, un avvicinamento della *common law* inglese alla *civil law* laddove si è riconosciuta l'esistenza di una categoria di leggi di rilevanza tale (perché posta in ricezione del

²⁸ La letteratura inglese in materia è ampia ma si può rinviare per capacità di sintesi a N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, pp. 126 nonché, a P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, Oxford, 2010, p. 47 e ss. In relazione ai criteri interpretativi, si veda, invece, J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament: Contemporary debates*, Cambridge University Press, 2010, p. 225 e ss.

²⁹ “The principle of Parliamentary Sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined [i.e., as the ‘King in Parliament’] has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”. Così A. DICEY, *An introduction to the study of the law of the Constitution*, Basingstoke, Macmillan, 1959, p. 153

³⁰ Cfr. G. RENNA, *Il Regno Unito*, in R. Dickmann e A. Rinella (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, Carocci, 2011, p. 230 e ss. I Governi difatti, vedendo alla loro base un sistema elettorale di tipo maggioritario uninominale, mostrano una stabilità e quindi un potere d'iniziativa legislativa talmente forte da porre il Parlamento in una posizione subalterna, spesso limitata alla semplice ratifica dei *government bill* (i disegni di legge di iniziativa governativa). Sulle riforme intervenute negli ultimi anni e in particolare sul recente rafforzamento non solo del ruolo del Premier ma anche del suo apparato di sostegno si rinvia, in particolare, a G. CARVALE, *Una costituzione in trasformazione recenti sviluppi della forma di governo britannica*, in F. Lanchester (a cura di), *La costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 215 e ss..

³¹ Vedi, in giurisprudenza, *Ellen Sreet Estates v Min. of Health* [1934] 1 KB, p. 590, p. 597, laddove Maughan LJ afferma che: “the legislature cannot, according to our constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation and, and it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject-matter there can be no implied repeal”.

diritto UE) da assurgere al livello di “legge costituzionale” abrogabile sì ma solo esplicitamente e soltanto dal Parlamento inglese, ad esclusione delle Corti³².

Dal canto loro, i giudici non hanno mai cercato di affermare la supremazia del *common law* sul diritto di fonte parlamentare, arrogandosi il potere di abrogazione di un *Act of Parliament*. Il diritto di origine giurisprudenziale sembra così uscirne indebolito venendosi a trovare in una posizione subordinata rispetto a quella del diritto di produzione parlamentare, ben potendo la legge non tenere in considerazione o addirittura apportare modifiche al *common law*. Deve però anche dirsi che le Corti continuano a rivestire un ruolo primario.

I giudici detengono ancora pieno potere nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto anche nell’ipotesi di norma di matrice parlamentare rilevante nel caso di specie, sia pure dovendosi attenere, in tali casi, a rigidi criteri interpretativi, permanendo la supremazia del Parlamento in ambito legislativo. Nel caso di ‘vuoto’ – ma anche nel caso esista già una legge parlamentare - i giudici possono continuare a implementare il *common law*, ritenendo – secondo quindi una propria valutazione che non può in quanto tale essere che discrezionale e soggettiva - di dover porre rimedio a carenze normative.

Se non sotto il profilo formale, di certo sotto l’aspetto sostanziale sembra in ultimo che sia lo *statute law* ad essere ‘subordinato’, presupponendo questo l’esistenza del *common law* nel cui “spirito”³³ deve essere letto. Gli *statutes* hanno bisogno di una sorta di ‘lasciapassare’ da parte del *common law* affinché possano fare il loro ingresso nel “circolo del *case law*”³⁴ e in tal guisa assumere quel valore di ‘concretezza’ considerato indispensabile nella visione del diritto inglese. Parte della dottrina ritiene così che “nonostante l’enorme produzione legislativa (...) la parte più fondamentale del nostro diritto resta il *common*. (...). Se tutti gli *statutes* del regno fossero aboliti noi continueremmo ad avere un ordinamento giuridico, sebbene poco funzionale. Ma se immaginassimo di poter abolire il *common law* mantenendo solo gli *statutes* in vigore, resteremmo con regole disorganizzate ed avulse dal proprio contesto”³⁵.

³² Sul punto, per un approfondimento sulle diverse sentenze che hanno portato all’affermazione dell’esistenza di leggi costituzionali, sia consentito rinviare al mio, *Il rapporto tra fonti interne ed europee nel British context: luci e ombre della sovereignty of Parliament nella visione giurisprudenziale inglese in alcune note di comparazione con il sistema italiano*, in *federalismi.it*, n. 3/2015.

³³ Vedi, in proposito, G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 28 e ss..

³⁴ Così, in particolare, O. PFERSMANN, G. CERRINA FERONI, *La "Costituzione contingente": a proposito del dibattito sul judicial review*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol.II, p. 1271 ss.

³⁵ Così W. M. GELDART, *Elements of english law*, come richiamato da U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 203



Il *common law*, malgrado la forte implementazione del diritto di origine parlamentare degli ultimi anni, sembra insomma godere tutt'ora – per usare le parole delle stesse Corti - di “vigorosa e prospera salute in ogni parte del mondo che condivide tale tradizione”³⁶, rispetto peraltro non solo al *domestic statute law*, ma altresì al diritto esterno, come è nel caso di quello dell'UE non potendo questo, a sua volta, essere preso in considerazione senza tenere in debito conto innanzitutto la visione più ampia offerta dal *common law*³⁷. E' ancora la regola giurisprudenziale, in definitiva, il “naturale” punto di partenza di qualunque controversia. Essa però trova un forte concorrente nella norma parlamentare e tende ad assumere oggi i caratteri della norma generale propri dei sistemi appartenenti alla famiglia romano-germanica. La tradizionale sovranità parlamentare sembra doversi declinare in “bi-polare” sovranità in cui le Corti non sono in alcun modo subordinate al Parlamento³⁸.

I principi della stessa “Costituzione” britannica sono del resto, secondo anche la visione diceyana espressa a proposito della *rule of law* (ovvero, in senso più generale, “dominio della legge” o meglio, “del diritto”), per lo più un prodotto delle decisioni giudiziarie britanniche³⁹. Questi non sono tuttavia pura invenzione dei giudici, ma il frutto di una raccolta di una serie di precedenti sparsi che vengono ordinati per trovare infine espressione, attraverso un'attività riproduttiva ma in parte anche produttiva, in principi giuridici generali. Sono recente elaborazione giudiziaria anche i “*fundamental principles*” della *rule of law*, ‘speciali’ principi dotati di una forza passiva rafforzata, non essendo abrogabili dalle norme del diritto europeo, ma neanche – così sembrerebbe - del diritto domestico quand'anche lo disponessero in maniera espressa. Ecco in tal modo affiorare un altro dogma caro ai sistemi appartenenti alla famiglia latina, ovvero l'organizzazione sistemica gerarchizzata che pone al livello più alto, insieme alla costituzione, i

³⁶ “It is in vigorous health and flourishing in many parts of the world which share a common legal tradition”. Così la Corte – in particolare, Lord Toulson LJ – in una pronuncia del 2013. R (*Guardian News and Media Ltd*) v *City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420, [2013] QB 618, para 88.

³⁷ Successivamente nel 2014, Lord Mance che pure si richiamerà alla sentenza di cui in nota n. 36 affermerà che: “(...) the natural starting point in any dispute is to start with domestic law, and it is certainly not to focus exclusively on the Convention rights, without surveying the wider common law scene”. *Kennedy (Appellant) v The Charity Commission (Respondent)*, [2014] UKSC 20, del 26 marzo 2014, para 46.

³⁸ Cfr. P. JOSEPH, *Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise*, in *King's College Law Journal*, 2004, p. 333 e ss.

³⁹ Secondo Dicey infatti la *rule of law* implica, ai fini della sua affermazione, l'esistenza di tre condizioni, ossia: l'impossibilità di essere puniti o sanzionati, salvo accertamento giudiziario della violazione della legge; la soggezione alla legge e alla giurisdizione dei tribunali ordinari; la produzione di principi costituzionali da parte dei giudici stessi. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1985, p. 188.



principi fondamentali costituzionali⁴⁰. Come nel nostro sistema questi principi, qualora siano “supremi”⁴¹, non devono cedere il passo alle norme europee – secondo la nota teoria dei controlimiti - in quello britannico non solo non si configurano come fonti subordinate al diritto dell’UE⁴² ma non sembrano abrogabili neanche da norme costituzionali interne. In questa nuova configurazione sistemica ben fanno il loro ingresso, ovviamente, come si diceva, anche le leggi di rango costituzionali, superiori rispetto a quelle ordinarie, almeno sotto il profilo della resistenza all’abrogazione cui sono sì soggette ma solo – contrariamente alla teoria dell’abrogazione implicita - con “*express words*”⁴³.

4. L’interpretazione nella *civil law* e nel *common law*. L’ordinamento italiano

Nel codice civile italiano, all’art. 1 disp. prel., tra le fonti del diritto elencate non trova alcuna collocazione - insieme alle leggi, ai regolamenti e agli usi - la giurisprudenza.

Seppure da tempo in dottrina⁴⁴ sia stata messa in discussione l’attualità di questa elencazione, ritenuta datata, come anche la sua tassatività, nello stesso codice si può comunque rinvenire un’altra disposizione che sembra escludere l’attività creativa dei giudici al di fuori del dettato del legislatore (“non si può” andare oltre il “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”, art. 12). Al capo II delle preleggi, e in particolare all’articolo appositamente dedicato alla

⁴⁰ Si rinvia, in merito, a J. JOWELL, *Parliamentary Sovereignty Under the New Constitutional Hypothesis* in *Public Law*, 2006, p. 562 e ss. nonché M. ELLIOTT, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, in *Legal Studies*, 2002, p. 340 e ss.

⁴¹ Tali principi non sono espressamente menzionati nel testo costituzionale tra quelli non suscettibili di revisione costituzionale ma sono comunque da considerare tale perché, secondo giurisprudenza costituzionale è condivisibile “l’assunto della sussistenza di una gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione, rispetto alla quale è individuabile (come del resto in ogni corpo di disposizioni ordinate in sistema) un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre” Corte cost., 14 luglio 1971, n. 175. V., in merito, F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A.S. Agrò, F. Modugno, A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 1991, p. 280 e ss.

⁴² Al di fuori di questi ‘speciali’ principi, normalmente è il diritto europeo ad assumere una posizione ‘preminente’ rispetto a quello interno come si può evincere dall’art. 2 (1) dell’ECA che riconosce effetti diretti al diritto dell’Unione nel sistema giuridico del Regno Unito nonché dall’art. 2 (4) volta a consolidare la posizione del diritto comunitario nei riguardi dei futuri atti del Parlamento prevedendo la soggezione di questi ultimi al diritto dell’Unione (in particolare, ove si dispone che “qualsiasi norma promulgata o da emanare...deve essere intesa e produrre effetti secondo le precedenti disposizioni di quest’articolo”).

⁴³ Vedi, in proposito, A. TOMKINS, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 103 e ss. come più di recente dello stesso autore, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects* by JWF Allison, in *The Modern Law Review*, 2008, p. 1038 e ss. nonché M. ELLIOTT, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, in *Legal Studies*, 2002, p. 340 e ss.

⁴⁴ V. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, bologna-Roma, 1977, p. 525 nonché L. PALADIN, *Costituzione, Preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 19.

“interpretazione della legge”, tra i canoni ermeneutici ivi citati si prevede infatti oltre a quello letterale solo il canone logico-sistemico, da adottare in via sussidiaria e integrativa al primo, teso a legittimare una ricostruzione della *ratio legis* a partire dall’analisi dell’intero sistema normativo vigente in materia.

Insomma - intendendo qui per “interpretazione” quell’attività di “comprensione”⁴⁵, ovvero di “scoperta” del significato proprio del testo normativo⁴⁶, considerato come enunciato linguistico avente natura prescrittiva⁴⁷ - è qualora questo significato non sia chiaro (perché vago o ambiguo) e solo in questa ipotesi, che possono intervenire altri criteri interpretativi (come quello logico-sistemico). In questo caso allora ben vi potranno essere diversi significativi effettivi ascrivibili alla formulazione normativa considerata⁴⁸. Il primo punto da cui partire deve essere in ogni caso, per evitare qualunque arbitrio soggettivo, l’oggetto da rispettare “nel suo peculiare modo di essere, da misurarsi col suo stesso metro”⁴⁹: poiché “*sensus non est inferendus sed efferendus*”, questo “deve essere quello che nel dato si ritrova e da esso si ricava, non già un senso che da esso si trasferisca dal di fuori”⁵⁰. Ciò si traduce essenzialmente nel fatto che nel nostro sistema non è dalla fattispecie concreta o comunque da dati esterni estranei al testo normativo che si deve risalire alla norma prevista dal legislatore dovendosi al contrario “applicare la legge dandone, in base ai prescritti canoni ermeneutici, una interpretazione conforme alla sua effettiva portata normativa”⁵¹, ovvero - aggiungeremo – al significato attribuibile al testo in virtù dei dati linguistici in esso presenti, senza peraltro “alcun obbligo di conformarsi alla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale”.

⁴⁵ Sull’interpretazione come ‘comprensione’ in particolare della Costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 e ss.

⁴⁶ Sulla distinzione tra i diversi tipi di interpretazione vedi, *in primis*, Kelsen che ne individua tre casi, ovvero l’interpretazione cognitiva, quella ascrittiva e infine quella creativa. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 353. Su questa scia vedi anche l’analisi, con una dichiarata “sorta di ritorno a Kelsen”, delle diverse teorie dell’interpretazione effettuata da R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, II, 1997, 35-52 come anche dello stesso autore, *Rule-scepticism, Restated*, in L. Green-B. *Le iter* (a cura di), Oxford Studies in Philosophy of Law, Oxford press, Oxford, Vol. 1, p. 138 e ss.

⁴⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. di dir. proc. civile*, 1950, pp. 342 ss.

⁴⁸ Vedi, in merito, ancora, R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁹ Cfr. E. BETTI *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, Prolusione tenuta a Roma, il 15 maggio 1968, “*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 55 (1948), p. 13-14.

⁵⁰ Ancora, E BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2 voll (1955), Giuffrè, Milano, p. 101. Vedi, in proposito, anche F. BIANCO, *Oggettività dell’interpretazione e dimensioni del comprendere. Un’analisi critica dell’ermeneutica di Emilio Betti*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, numero monografico di Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1978, p. 14.

⁵¹ Cass. civ. sez. I, n. 14086, 1 ottobre 2002.

4.1. La giurisprudenza recente

Non appare tuttavia questo l'orientamento seguito dalla nostra giurisprudenza ordinaria che tende invece oggi a 'smaterializzare' i testuali diritti – con conseguenze anche sui correlati doveri - in favore di “valori” desunti dal contesto sociale in base al dato momento storico secondo un giudizio che, in un conflitto di “gerarchia assiologica mobile”⁵², non può non essere soggettivo⁵³. In questa direzione sembra poi essersi mosso di recente, sia pure qui con le differenze dovute a un giudizio su fattispecie generali ed astratte⁵⁴, anche il nostro giudice delle leggi, per la verità, sull'esempio adottato tempo prima dal collega tedesco⁵⁵.

In una sentenza del 2013 la Corte Costituzionale sembra mostrare un'interpretazione che va a 'scavalcare' il dato testuale trasformandolo in altro a quel dato non riconducibile. Laddove si trattava di porre a confronto il “diritto alla salute” secondo l'art. 32 e la libertà d'impresa come disciplinato dall'art. 41 (quest'ultimo paradigma poi trasformato in quello del diritto al lavoro *ex* art. 4⁵⁶) la Consulta ha 'riscritto' la norma di riferimento sostituendo la testuale locuzione 'diritto' (alla salute) con l'extra-testuale aggettivo 'primario' posto in connubio con 'valore'. Spostando l'attenzione sul carattere 'primario' del 'valore' relativo alla salute, pure invocato in passato dalla stessa ma niente affatto dalla norma costituzionale, è riuscita così a far passare in ombra l'espressione 'fondamentale' – unico caso peraltro di diritto definito tale dalla Costituzione - ben presente invece nel dettato normativo costituzionale. E' in questo modo - sembra di intendere -

⁵² Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 217 e ss giacché la gerarchia costituisce il risultato di un bilanciamento tra due diritti effettuato tramite un giudizio di “valore” dell'interprete che risulta poi mobile in quanto relativa al caso concreto e non necessariamente si ripete in casi successivi.

⁵³ La discrezionalità del giudice è da sempre una problematica al centro dell'attenzione di numerosi studiosi. E' tuttavia affrontato alla luce di argomenti provenienti dalla fisica quantistica di recente da R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva «quantistica»*, Franco Angeli, Milano 2013.

⁵⁴ In proposito, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992

⁵⁵ Il riferimento qui vuole essere alla pronuncia del 1958, nota come sentenza “Lüth”, con cui la Corte costituzionale federale tedesca praticamente sostituì i “diritti fondamentali” con i valori sociali, laddove in particolare sostenne che la legge fondamentale, che “non vuole essere un ordinamento neutrale rispetto ai valori, ha regolato nel settore dei diritti fondamentali anche un ordine obiettivo di valori”. BverfGE 7, 198, Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 – „Lüth-Urteil“. Sulla critica a tale sentenza che finiva col riconoscere alla Corte “più ampia discrezionalità valutativa“ v., in particolare, tra i primi, H. GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1973; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1529 e ss; E. DENNINGER, *Freiheitsordnung - Wertordnung – Pflichtordnung*, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 545; H. RIDDER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes - Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland*, in *Demokratie und Recht*, 1979, p. 126; U. K. PREUB, *Die Internalisierung des Subjekts*, in *Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, 1979.

⁵⁶ E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013.



che da un giudizio etico relativo a dati sociali si è arrivati alla norma – sia pure costituzionale, senza alcuna mediazione dell’atto legislativo ordinario – non più aderente al testo originario. Il significato desunto difficilmente sembra rientrare tra i “significati effettivi” della formula normativa⁵⁷. Quest’ultima è completamente trasformata a seconda della realtà come del resto sostiene la stessa Corte: “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, laddove la “qualificazione come *primari* dei valori dell’ambiente e della salute” (qualificazione appunto del Giudice e non già della Costituzione per il quale è invece un “diritto” peraltro “fondamentale” e non semplicemente primario) impone non già una loro valutazione di assolutezza ma la ricerca di un “equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo” che deve essere valutato “dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo” secondo “criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”. Tuttavia, qui l’attività di interpretazione non sembra aver rispettato questo proposito: se infatti l’operazione ermeneutica è un “far rivivere il testo in una nuova situazione storica in relazione a fini specifici”⁵⁸ – aggiungeremo noi, nella successiva fase applicativa dell’enunciato normativo come interpretato – in questo caso tuttavia ci sembra che questa operazione non sia di certo tale da descrivere o ascrivere i possibili ed effettivi significati al testo normativo, ma un’attività di creazione di un “nuovo” significato al di fuori dello stesso testo: l’enunciato interpretativo che ne risulta non è altro che una nuova ed altra norma in forma “mascherata”⁵⁹.

Insomma, per dirla in breve, al pari di quanto già avvenuto anni addietro in Germania rispetto al diritto fondamentale di cui all’art. 5 del *Grundgesetz* (relativo alla “libertà di espressione”) trasformato dal giudice costituzionale in “valore”⁶⁰, appare evidente qui come l’argomentazione giuridica sia stata utilizzata dalla Consulta non per analizzare e valutare quanto a suo tempo deciso dal Costituente e poi in sua attuazione dal legislatore ma come modo per produrre nuove disposizioni⁶¹.

⁵⁷ Per riprendere l’espressione adottata da R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, *op. cit.*, p. 51

⁵⁸ Così, G. ZACCARIA, VOCE *L’interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, Annali V, 2012, in particolare, p. 702

⁵⁹ Per usare ancora una locuzione di R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰ Sul punto e sulle critiche verso un approccio della Corte Costituzionale che “invece di spiegare la Costituzione, ha l’obiettivo di sostituirla con un’altra”, V., specificamente, O. PFERSMANN, *Explanation and Production : Two Ways of Using and Constructing Legal Argumentation*, in D.M. Gabbay et al. (a cura di), *Approaches to Legal Rationality, Logic, Epistemology, and the Unity of Science*, Vol. 20, Springer Berlin Heidelberg 2010, chap. 14.

⁶¹ Su questo punto sia consentito rinviare al mio lavoro, *La percezione del diritto nelle democrazie contemporanee. Dal dibattito tedesco e italiano a quello francese*, in scritti in onore di A. D’Atena, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1505-1525.



5. Il Regno Unito e la qualità della legislazione

Nel Regno Unito il discorso sembrerebbe invece diverso⁶².

Tenendo conto del “dualismo” che vede schierati parlamento e giudici quanto alla elaborazione di norme e al fine di evitare che attraverso sottili argomentazioni interpretative la legge parlamentare possa essere manipolata e allontanata dal suo ‘scopo’ originario, la tecnica di redazione del testo adottata dal Parlamento è di tipo ‘particolareggiato’.

La qualità della legislazione è del resto al centro dell’attenzione dei poteri inglesi da diverso tempo. Già nel 1865 fu nominata una commissione all’interno della *House of Commons* al fine di stabilire “quali mezzi potessero essere adottati per migliorare il modo e il linguaggio della normativa vigente”, laddove si criticava in particolare l’incertezza degli effetti che una legge dal linguaggio poco chiaro poteva produrre⁶³.

La “good regulation”⁶⁴ si è mostrata nel tempo una preoccupazione sempre più rilevante nell’UK – esternandosi, inizialmente, nel *Renton Report* del 1975 come poi rielaborato anche con provvedimenti recenti⁶⁵ - e ha finito con l’imporre al legislatore inglese l’osservazione di diversi criteri e principi. Ai fini dell’elaborazione di un testo legislativo si deve ricorrere a un linguaggio chiaro e conciso, spesso accompagnato dalla definizione, quando possibile, di tutti i termini e le espressioni adoperate nella stessa legge.

Ancora di recente il Parlamento è tornato tuttavia sul punto nel tentativo di indagare, in un’ottica di “responsabilità condivisa”, le cause che rendono tutt’ora troppo complessa la legislazione inglese, ben dovendo una buona legge essere “necessaria, efficace, chiara, coerente e accessibile” e ciò in relazione al “contenuto del diritto, alla sua architettura, alla sua lingua e alla sua accessibilità”, a tutti questi elementi da considerare nella loro interazione⁶⁶. La preoccupazione è stata mossa anche dalla consapevolezza di un ricorso frequente alla “clausola finalistica”, ovvero

⁶² Sui criteri interpretativi e la loro applicazione in diverse sentenze, si veda, di recente, W. TWINING-D. MIERS, *How to Do Things With Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 230 e ss nonché, in particolare sul “purposive approach”, A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, 2005, p. 85 e ss.

⁶³ Vedi, in proposito, V. C. R. A. CRABBE, *Legislative drafting*, Routledge-Cavendish, 1994, p. 198 e ss.

⁶⁴ Sul punto, sulla qualità e sulle tecniche legislative in chiave comparata e, in maniera più ampia, sul rapporto tra legislazione e comparazione giuridica, si v. T. E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in DPCE, 2015, p. 63 e ss.

⁶⁵ Ovvero, il *Legislative and Regulatory Reform Act* del 2006 nonché il *Law commission Act* del 2009. Vedi più in dettaglio in merito, T. E. FROSINI, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁶ Vedi, Cabinet Office and Office of the Parliamentary Counsel, *When laws become too complex*, reperibile sul sito: <http://www.legislation.gov.uk/>

alla “Inco rule”, effettuato dalle Corti e che pure trova giustificazione nello stesso Parlamento nel caso di un testo normativo poco chiaro⁶⁷.

Adottata inizialmente per correggere un errore “redazionale” nella legislazione primaria o secondaria, questa tecnica è tuttavia, come meglio si dirà a breve, utilizzata sempre più spesso dalle Corti, mostrando queste un atteggiamento sempre meno deferente nei confronti della legge. Se una volta esisteva la forte presunzione che la legislazione era approvata in una forma praticamente perfetta, non contenendo errori, né presunzioni di significato o di correttezza giuridica, il legislatore si avvede che ora sono in atto importanti cambiamenti nella concezione della legge degli stessi giudici e reagisce cercando di porre un’attenzione maggiore sulla sua qualità.

5.1 L’approccio delle Corti.

Rispetto al testo legislativo, i giudici, poiché in linea di principio, anche nell’ordinamento inglese “non sono legislatori” ma hanno il dovere “di accertare e dare efficacia alla volontà del Parlamento espressa nei suoi atti” ridefinendoli nell’attuazione concreta⁶⁸, hanno ritenuto di dover utilizzare il criterio denominato “*literal rule*” quale canone interpretativo “primario”⁶⁹.

L’interpretazione letterale o testuale per come qui intesa, tuttavia, non deve indurre a pensare ad una sterile analisi grammaticale delle singole parole, volendo invece indagare – grazie all’ausilio di altri criteri, come del resto accade nel nostro ordinamento - il significato del testo nel suo contesto, tenendo conto del titolo, del preambolo e della promulgazione (secondo un’interpretazione sistemica). Ciò salvo non venga coinvolta l’*Human Rights Act* del 1988.

In quest’ultima ipotesi – secondo anche la giurisprudenza in una pronuncia in particolare del 2001⁷⁰ – l’obiettivo dovrà essere quello previsto all’art. 3 dell’Atto del 1998 che impone

⁶⁷ V. il primo rapporto sulla qualità della legislazione, House of Commons, *Ensuring standards in the quality of legislation report*, First Report of Session 2013-14, p. 16, reperibile sul sito: <http://www.legislation.gov.uk/>

⁶⁸ Così J. DONALDSON, *Corocraft Ltd. And Another v. Pan American Airways Inc.* [1969] 1 Q.B. 616, come richiamato dalla *Law Commission and the Scottish Law Commission, The interpretation of statutes*, 9 June 1969.

⁶⁹ Vedi, P. S. AINT J. HEVEY LANGAN-P. BENSON MAXWELL, *Maxwell on the interpretation of statutes: 12th ed.*, Swett and Maxwell, London, 1969.

⁷⁰ *V. Regina v A*, [2001] UKHL 25, in particolare al punto 44 ove Lord Steyn, sostiene che “the interpretative obligation under section 3 of the 1998 Act is a strong one. It applies even if there is no ambiguity in the language in the sense of the language being capable of two different meanings (...) Section 3 places a duty on the court to strive to find a possible interpretation compatible with Convention rights. Under ordinary methods of interpretation a court may depart from the language of the statute to avoid absurd consequences: section 3 goes much further. Undoubtedly, a court must always look for a contextual and purposive interpretation: section 3 is more radical in its effect (...). In accordance with the will of Parliament as reflected in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which



un'interpretazione 'compatibile' del testo legislativo con la Convenzione europea sui diritti umani⁷¹. In virtù di questa norma considerata stringente, al fine di evitare una lettura del testo che risulterebbe 'assurda', invece di partire dall'interpretazione letterale si dovrà ricorrere, consentendogli gli stessi 'metodi ordinari', ad un'interpretazione della legge mediata dal criterio 'teleologico'.

Se si esclude questa ipotesi e se - e unicamente in questa ipotesi operandosi pur sempre in uno "stato di diritto"⁷² - l'approccio letterale porta a un'interpretazione del termine considerato "ambigua" (non chiara) od anche "assurda" (in contraddizione) rispetto agli altri elementi dello stesso testo legislativo è possibile passare al criterio, gerarchicamente inferiore, detto "golden rule" come individuato per la prima volta in una sentenza del 1857⁷³.

Considerato in dottrina per la verità criterio inutile, configurandosi come un clone del successivo canone ermeneutico - ovvero il "mischief rule" - di cui tuttavia rappresenterebbe la "forma meno esplicita"⁷⁴, la *golden rule* ammette il ricorso a criteri logici: per dirla con le parole della pronuncia che per prima lo introdusse, è in tal modo che "il significato grammaticale e ordinario delle parole" "può ben essere modificato così da evitare una lettura del testo aberrante e priva di senso ma comunque *senza andarvi oltre*" (corsivo nostro)⁷⁵. Solo laddove il significato risulti ancora ambiguo si può ricorrere in ultimo al canone interpretativo successivo denominato, come si accennava, "mischief rule".

Seppure anche questo criterio non sia stato sottratto da critiche dando per presupposto il valore sussidiario o comunque supplementare dello *statute* rispetto al *common law*, il *mischief rule* si mostra -

linguistically may appear strained. The techniques to be used will not only involve the reading down of express language in a statute but also the implication of provisions. A declaration of incompatibility is a measure of last resort. It must be avoided unless it is plainly impossible to do so).

⁷¹ Secondo tale articolo: (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section: (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

⁷² Così, in particolare, Alderson B. in *Attorney-General v. Lockwood* (1842) 9 M. & W. 378, 398 laddove osservava che: "The rule of law, I take it, upon the construction of all statutes, and therefore applicable to the construction of this, is, whether they be penal or remedial, to construe them according to the plain, literal, and grammatical meaning of the words in which they are expressed, unless that construction leads to a plain and clear contradiction of the apparent purpose of the Act, or to some palpable and evident absurdity".

⁷³ V. *Grey v Pearson* (1857) 6 HLC 61

⁷⁴ Vedi, in merito, le critiche espresse in Law Commission and the Scottish Law Commission, *op. cit.*

⁷⁵ V. *Grey v Pearson* (1857), cit., in particolare Lord Wensleygale, punto 106. Sul punto per un commento in dottrina v. anche, R. HUXLEY-BINNS, J. MARTIN, *Unlocking the English Legal System*, Routledge, London-New York, 2014, p. 76 e ss.



a nostro avviso - particolarmente interessante soprattutto per le ragioni che ne hanno spinto la formulazione e che qui meritano uno specifico approfondimento ben evidenziando lo ‘spirito’ del *common law* caratterizzato da un forte senso di giustizia sociale.

Introdotta per la prima volta nel 1584, in una sentenza dell’Alta Corte di giustizia⁷⁶, questo criterio è stato elaborato dai giudici inglesi in considerazione del fatto che gli *statutes law* nel XVI secolo e per diverso tempo dopo, come spesso ancora oggi, recavano, oltre al testo legislativo, lunghi preamboli tesi a individuare la situazione ‘problematica’ nel *common law* a cui il legislatore, attraverso lo stesso atto legislativo, intendeva porre rimedio. Per conseguire una “sicura e veritiera interpretazione” della norma, secondo la visione della stessa Alta Corte, il giudice deve effettuare quattro passaggi.

Preliminarmente, sarà necessario valutare come era il *common law* prima dell’adozione della legge. Successivamente si dovrà verificare quale era la problematica – il fatto dannoso o anche semplicemente non previsto - che il *common law* non ha disciplinato così da poter individuare, poi, quale è la soluzione che il Parlamento ha statuito al fine di porre riparo alla mancanza del *common law*. In questo modo infine il giudice ben riuscirà ad attribuire al testo normativo l’interpretazione che si rivelerà più coerente con la correzione del problema, secondo una interpretazione che non falsa l’obiettivo della legge. Quella di mantenere la vera finalità della legge costituisce del resto una preoccupazione costante dei giudici inglesi. L’approccio che qui si propone di seguire intende invero individuare il significato, secondo l’idea dei giudici, “all’interno delle parole e del significato” della stessa legge senza travalicarla ma al contrario permettendone un’interpretazione “veritiera”: in tal modo può di certo trovare attuazione la soluzione individuata dal legislatore, laddove eliminandosi “le invenzioni e le sottili argomentazioni adoperate per continuare a realizzare il male, e pro privato Commodo”, si riesce a “valorizzare e rinforzare il rimedio volto, secondo il vero intento dei creatori della legge, *pro bono publico*”⁷⁷ (corsivo nostro). Ecco questo è il particolare senso giuridico inglese, un senso sviluppato con straordinaria forza e non diretto a raggiungere un diritto ideale - come invece può essere il *civil law* - quanto piuttosto un “diritto vigente” che cerca di coniugare, in un rapporto di faticoso equilibrio, senso sociale e senso della libertà.

⁷⁶ *Heydon's Case* [1584] EWHC Exch J36 (01 January 1584). Vedi, in merito, F. BENNION, F.A.R. *Statutory Interpretation*, Butterworth & Co. (London), 1997, p. 731-750

⁷⁷ Ancora, *Heydon's Case* [1584], *op. cit.*

Naturale estensione di quest'ultima regola interpretativa volta a individuare il 'vero intento'⁷⁸ del legislatore è così anche il già citato "purposive approach", ossia, l'approccio finalistico. Qui determinante è stata l'influenza del diritto europeo.

Questo canone ermeneutico, di formulazione più recente rispetto agli altri, risalendo nei suoi primi accenni ad una sentenza del 1950⁷⁹, è stato invero utilizzato spesso negli ultimi anni al posto del criterio letterale: sull'esempio dei sistemi di *civil law* da cui peraltro, come espressamente si sostiene in una pronuncia del 2003⁸⁰, trae origine, le Corti inglesi vi ricorrono 'inevitabilmente' – visto un diritto esterno che si esprime soprattutto per principi e finalità – in particolare quando la questione interpretativa tocca, come già visto, una norma di derivazione europea⁸¹. Dando per presupposto⁸² che non si vuole andare contro - salvo espressa volontà in tal senso - il dettato del diritto UE cui pure l'UK con leggi interne ha aderito⁸³, l'intenzione delle Corti, espressamente

⁷⁸ In senso critico utilizzando un termine piuttosto "ambiguo", v. W. TWINING-D. MIERS, *How To Do Things With Rules: A Primer Of Interpretation*, London, Butterworths, 1999, p. 185 e ss.

⁷⁹ *Magor and St Mellons v Newport Borough Council (1950)*, 2 All ER 1226 CA

⁸⁰ *V. Regina v Bentham* [2003], CA, All ER (D) 118 (Dec).

⁸¹ *Bulmer v Bollinger*, Court of Appeal, [1974] EWCA Civ 14 del 22 Maggio 1974, laddove Lord Denning osserva innanzitutto che: "when we come to matters with a European element, the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back. Parliament has decreed that the treaty is henceforward to be part of our law. It is equal in force to any statute." In quest'ottica si osserva tuttavia: "How different is this Treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the Judges, or by Regulations or Directives. It is the European way".

⁸² Oltre alle regole di interpretazione, il giudice negli ultimi anni ha fatto ampio ricorso anche al metodo della presunzione: in assenza nella legge di una chiara volontà contraria, i giudici presumono che il Parlamento abbia inteso attribuire alla legge il significato più favorevole alla presunzione da essi sostenuta. In giurisprudenza, v., tra le prime pronunce, *Sweet v Parsley* [1970] AC 132. Per un'analisi di questo approccio come, più in generale, dei metodi di interpretazione legislativa, v., in particolare, G. SLAPPER-D. KELLY, *The English Legal System*, Routledge, Cavendish, 2010, p. 196.

⁸³ In questo senso si può vedere specificamente le opinioni espresse da Lord Denning che ha contribuito all'affermazione del *purposive approach* e su questo aspetto, in particolare, in *Macarthys Ltd v Smith* (1980) CA, Case 129/79, 3 All ER 325, 329 ha appunto sostenuto: "Thus far I have assumed that our Parliament, whenever it passes legislation, intends to fulfil its obligations under the Treaty. If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament. I do not however envisage any such situation. As I said in *Blackburn v Attorney General* ([1971] 2 All ER 1380 at 1383, [1971] 1 WLR 1037 at 1040): 'But if Parliament should do so, then I say we will consider that event when it happens.' Unless there is such an intentional and express repudiation of the Treaty, it is our duty to give priority to the Treaty. In the present case I assume that the United Kingdom intended to fulfil its obligations under art 119". In dottrina, per un commento, vedi anche A. WILFRED BRADLEY – K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Volume 1, Pearson, London, 2007, p. 144 e ss.

affermata anche contro la “letter of the law”⁸⁴, è quella di così evitare una incompatibilità⁸⁵ degli *statutes law* con il diritto europeo. Ma l’emulazione del modello ‘straniero’ e della sua usanza a superare il criterio dell’interpretazione letterale per andare oltre lo stesso significato della disposizione non è senza limiti, specie quando non scende in campo il diritto comunitario.

Come sostenuto dai giudici anche di recente, specificamente nel 2005⁸⁶, a questo criterio di interpretazione si può ricorrere invero solo quando si ponga in dubbio il senso della disposizione e non certo quando esso appare chiaro, solo cioè quando l’applicazione del principio letterale condurrebbe, per ricorrere alle parole del giudice che per primo ne sostenne l’introduzione, ad una “analisi distruttiva” del significato piuttosto che far emergere la “intenzione del Parlamento”⁸⁷. Qui a dover prevalere ancora una volta è il dogma della supremazia del Parlamento in ambito legislativo che non può essere violato a causa di un’interpretazione tesa a stravolgere, il significato originario della norma parlamentare: “l’approccio teleologico non può essere invocato per creare un reato che il Parlamento non ha creato” (*House of Lords* 2005)⁸⁸. Insomma, l’obiettivo non sarebbe quello di forzare il linguaggio adoperato nella formulazione normativa ma far emergere l’intenzione legislativa di una norma che altrimenti potrebbe produrre effetti distorsivi⁸⁹, dovendosi comunque razionalmente attribuire un significato al testo normativo⁹⁰.

⁸⁴ Vedi, in particolare, *Van Duyn v Home Office* 1974. Lord Denning, sosteneva che in taluni casi è necessario guardare nella pratica allo ‘spirit of the law’ sia pure, come si diceva, a discapito ‘letter of the law’.

⁸⁵ Sulla dichiarazione di incompatibilità e i conseguenti effetti in UK, si veda, in particolare, F. DURANTI, *Le dichiarazioni di incompatibilità negli ordinamenti di matrice anglosassone*, in *Dpce*, 2012, p. 110 e ss.

⁸⁶ Lord Bingham of Cornhill, *House Of Lords*, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment, in *Regina v. Bentham (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))*, [2005] UKHL 18.

⁸⁷ *Magor and St Mellons v Newport Borough Council* (1950), *op. cit.*, in particolare Lord Denning sostiene che: “we do not sit here to pull the language of Parliament apart to pieces and make nonsense of it (...). We sit here to find out the intention of Parliament and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis”.

⁸⁸ “Rules of statutory construction have a valuable role when the meaning of a statutory provision is doubtful, but none where, as here, the meaning is plain. Purposive construction cannot be relied on to create an offence which Parliament has not created. Nor should the House adopt an untenable construction of the subsection simply because courts in other jurisdictions are shown to have adopted such a construction of rather similar provisions”. Lord Bingham of Cornhill, *ibidem*.

⁸⁹ Ancora, Lord Denning, *Magor and St Mellons*, *cit.*

⁹⁰ In questo senso si esprime, in definitiva, Hart. Considerato l’approccio letterale come un “useful starting point”, l’A. legittima il ricorso al criterio finalistico giacchè con il suo utilizzo “the policy of clear statement will not be violated by giving it that meaning”. H.HART - A.SACKS, *The Legal Process : basic Problems in the Making and Application of Law*, in W. Eskridge Jr, P. FICKEY (a cura di), Foundation Press, Tent. ed., Mass., 1958.



Anche in questo caso l'approccio ermeneutico non è però andato esente da forti critiche per la verità formulate sin dalla sua prima affermazione⁹¹. Questo criterio più degli altri, utilizzato anche per riempire 'vuoti' legislativi, può finire con il legittimare la 'manipolazione' del significato della norma di origine parlamentare presentandosi come una "usurpazione evidente della funzione legislativa" - osserva un giudice già nel 1952 in risposta al suo fervido sostenitore⁹² - "nascosta sotto il fine pretesto della interpretazione (...) laddove se un vuoto si evidenzia la soluzione si deve trovare in una legge che modifica". La tendenza recente sembra tuttavia ignorare questo appunto, a nostro avviso, condivisibile.

Utilizzato talvolta non più solo in caso di ambiguità, questo criterio finalistico può ben portare i giudici a modificare il testo originario attraverso l'aggiunta o l'eliminazione di parole. Si torna così ancora in una sentenza del 2000 - come da ultima ripresa nel 2013⁹³ - su questo criterio - chiamato dal nome della pronuncia "Inco rule" - per affermarsi la volontà di limitare l'intervento 'manipolatore' ai "casi evidenti di errori redazionali" della norma parlamentare. Prima di ricorrere al canone interpretativo teleologico il giudice dovrà accertare tre questioni: (1) innanzitutto, quale è l'obiettivo perseguito dalla legge o dalla disposizione legislativa considerata; (2) l'impossibilità della disposizione oggetto d'esame - non voluta dal Parlamento - di dare attuazione a tale obiettivo; e (3) infine stabilire quale disposizione avrebbe in sostanza scritto il Parlamento se avesse avuto contezza dell'errore⁹⁴.

Sebbene si dichiarino particolarmente "cauti" nel ricorrere a tale approccio - giacché consapevoli di un ruolo costituzionale che, nel caso di *statute law*, deve essere di natura interpretativa e "astenersi da qualsiasi attività che potrebbe avere l'aspetto di una legislazione giudiziaria"⁹⁵ - i

⁹¹ Per un commento in proposito si può vedere anche, M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2015, p. 131 e ss.

⁹² Lord Simonds rivolto a Lord Denning, *Magor and St Mellons v Newport Borough Council* [1951] 2 All ER 839 (HL).

⁹³ Vedi, *Secretary of State for Home Department v Southwark Crown Court* - [2013] All ER (D) 197 (Dec) e prima anche *OB v The Director of the Serious Fraud Office* [2012] EWCA Crim 901.

⁹⁴ Si veda *Inco (Europe) Ltd & ors v First Choice Distribution & ors* [2000] 2 All ER 109 laddove secondo Lord Nicholls: "before interpreting a statute in this way the court must be abundantly sure of three matters: (1) the intended purpose of the statute or provision in question; (2) that by inadvertence the draftsman and Parliament failed to give effect to that purpose in the provision in question; and (3) the substance of the provision Parliament would have made, although not necessarily the precise words Parliament would have used, had the error in the Bill been noticed. The third of these conditions is of crucial importance".

⁹⁵ *Inco (Europe) Ltd & ors v First Choice Distribution & ors* [2000], *op. cit.*, ancora Lord Nicholls ove osserva che: "this power is confined to plain cases of drafting mistakes. The courts are ever mindful that their constitutional role in this field is interpretative. They must abstain from any course which might have the appearance of judicial legislation. A statute is expressed in language approved and enacted by the legislature. So the courts exercise considerable caution before adding or omitting or substituting words".

giudici sembrano comunque svolgere un'attività che, per quanto correttiva, è di tipo legislativa e non certo, come pure tentano di affermare di recente, meramente ricostruttiva giacché in accordo con la volontà del legislatore⁹⁶.

6. Brevi riflessioni finali

Senza volerci addentrare in un discorso legato esclusivamente all'ermeneutica pura, dal quadro sin qui prospettato è ben possibile trarre delle prime conclusioni che a partire innanzitutto dalla valutazione dei metodi interpretativi, come evoluti nei Paesi presi in considerazione in questo scritto, consentiranno poi di dare alcune risposte (sia pure provvisorie) circa la sussistenza o meno degli elementi che caratterizzerebbero tutt'oggi le due famiglie in contrapposizione.

In generale sembra di potersi affermare che, costituendo le norme legislative in entrambe le famiglie giuridiche indubbiamente un'espressione linguistica, il primo gradino comune da cui sarebbe necessario prendere le mosse nel processo ermeneutico è l'interpretazione letterale. Secondo la visione emergente da entrambi gli ordinamenti, è infatti a partire da questo approccio che si deve cercare poi di attualizzare l'enunciato interpretativo a seconda del caso concreto.

Se sotto questo profilo il canone letterale di cui all'art. 12 disp. prel. italiano può essere individuato come "limite" rispetto a forme interpretative *contra-litteram*⁹⁷, allo stesso tempo dovrebbe essere inteso come la 'base' su cui permanere se la norma - così interpretata⁹⁸ - appare chiara. Questa del resto appare una preoccupazione piuttosto costante anche nella giurisprudenza inglese, dove peraltro la rigidità del tradizionale criterio letterale, al fine di agevolare una lettura quanto più certa possibile del testo, è stata temperata nel tempo grazie al ricorso a regole aventi carattere ancillare, individuate come 'aiuti intrinseci' (ovvero, *in primis*, qualsiasi elemento pubblicato nella legge e tuttavia non costituente una *rule of law*⁹⁹, nonché le regole del "noscitur a

⁹⁶ Vedi, ancora, *Secretary of State for Home Department v Southwark Crown Court* - [2013].

⁹⁷ Vedi, in merito, F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2013, p. 182 e ss.

⁹⁸ Deve pure osservarsi che parte della dottrina ritiene che anche questo aspetto sia soggetto ad interpretazione: "anche la chiarezza è il risultato di un procedimento intellettuale, che è appunto il procedimento interpretativo", F. VIOLA- G. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁹ Non considerabili come parte della legge, questi elementi rappresentano un'utile fonte di informazioni per i giudici, potendo fornire una chiara indicazione dell'intenzione delle disposizioni sostanziali di una legge. Sono da intendersi tali: il titolo (lungo o breve), il preambolo, se presente – laddove secondo l'art. 1 dell'*Interpretation Act* 1978, infatti: "Every section of an Act takes effect as a substantive enactment without introductory words" - le sottorubriche, le note a margine - chiamate *side-note* - e la punteggiatura. Su questi criteri (ma anche più in generale), si rinvia a B. CROSS, *Statutory Interpretation*, Butterworths, London, 1995, p. 124 nonché a F. BENNION, *Statutory Interpretation: A Code*, Butterworths, London, 1997, p. 548.



sociis”, legata ad un’interpretazione contestuale-sistemica, e del “ejusdem generis rule” che porta alla definizione dei termini generici in virtù di quelli specifici).

Deve pure notarsi tuttavia come negli ultimi anni anche nel Regno Unito, paese dalla forte tradizione ermeneutica legata al metodo letterale, in particolare a seguito del suo ingresso nell’Unione europea, a occupare un posto sempre più rilevante nell’elenco dei criteri interpretativi sembra essere il “purposive approach” (l’approccio finalistico). Evoluzione del criterio noto come *mischief rule*, questo canone, come se non bastasse, vede un’ulteriore declinazione nella “intention of Parliament”¹⁰⁰, metodo un tempo malvisto dai fautori dell’approccio letterale considerando questi proprio l’estensore legislativo come il peggiore interprete possibile perché portato a confondere cosa ha ‘inteso fare’ con l’effetto che il linguaggio adoperato produce¹⁰¹.

Per affrancarlo dalla sospetta portata discrezionale si è tentato negli ultimi tempi di sostenerne, con fini argomentazioni giuridiche, la natura “oggettiva” (e non già soggettiva) giacché sarebbe da intendere, in definitiva, come canone ermeneutico volto in realtà a ricercare le “parole” che il Parlamento ha usato¹⁰². Questo è del resto il *leitmotiv* non solo di questo criterio ma del processo interpretativo inglese in generale: volendosi tenere fermo il principio per cui il compito ultimo di ricostruzione dei giudici “deve essere ancora, come sempre, accertare il significato di ciò che l’estensore ha detto, piuttosto che accertare cosa voleva dire”¹⁰³, anche la intenzione del Parlamento va individuata per “come espressa nelle parole che esso ha usato” nella norma¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vedi, sulle origini e la sua evoluzione, R. EKINS, *The Intention of Parliament*, in *Public Law*, 2010, p. 709 e ss. Più in generale, J. GOLDSWORTHY, *Marmor on Meaning, Interpretation, and Legislative Intention in Legal Theory*, 1995, p. 439 e ss. nonché T.R.S. ALLAN, *Legislative Supremacy and Legislative Intent: A Reply to Professor Craig* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, p. 563 e ss.

¹⁰¹ Così Lord Halsbury nel giudizio *Hilder v Dexter* [1902] AC 474, laddove osservava che “the worst person to construe it is the person who is responsible for its drafting”. In dottrina si rinvia a, T. A. DORSEY, *Statutory Construction and Interpretation*, The Capitol.net, US, 2010, p. 117 ma anche, per un esame del criterio letterale a confronto con quello finalistico, M. KLATT, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*

¹⁰² Come sostenuto da Lord Nicholls, in *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Another, Ex Parte Spath Holme Limited*, HL, il 7 dicembre 2000: “This is correct and may be helpful so long as it is remembered that the ‘intention of Parliament’ is an objective concept, not subjective. The phrase is a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used. It is not the subjective intention of the minister or other persons who promoted the legislation. Nor is the subjective intention of the draftsman, or of individual members or even a majority of individual members of either House. These individuals will often have widely varying intentions. Their understanding of the legislation and of the words used may be impressively complete or woefully inadequate. Thus, when the courts say that such-and-such a meaning ‘cannot be what Parliament intended’, they are saying only that the words under consideration cannot reasonably be taken as used by Parliament with that meaning”.

¹⁰³ Così, sostanzialmente, Lord Simon of Glaisdale in *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.* 1978, 1 WLR 231, HL, p. 236.

¹⁰⁴ In questi termini, letteralmente, Lord Viscount Dilhorne in *Stock v. Frank Jones, op. cit.*, p. 234.



Se tuttavia così è, non si comprende allora la differenza tra questo metodo - pure considerato da un grande giurista in tempi lontano come il “più razionale” tra i canoni interpretativi¹⁰⁵ - e il criterio letterale né come il riferimento alla “intenzione” – di per sé nozione che invoca un elemento soggettivo e non certo oggettivo – debba essere inteso. Del resto nello stesso ragionamento che pure vuole affermarne l’oggettività della natura, si lascia intendere espressamente che questa è ciò che “il giudice imputa ragionevolmente al Parlamento in riferimento al linguaggio utilizzato”¹⁰⁶. La discrezionalità nell’interpretazione degli *statutes law*, croce e delizia dei giudici inglesi, preoccupati di rispettare la *rule of law* e la separazione dei poteri, non sembra in tal modo esclusa dalla sottile argomentazione, volendo questa in ultimo, in realtà, supportare il ricorso ad “aiuti esterni”.

Sta di fatto che l’Inghilterra, sulla spinta dell’esempio dei paesi appartenenti alla *civil law* da cui il metodo finalistico (o teleologico) e quello intenzionalistico inglese pure traggono origine, se vede in qualche maniera vacillare il criterio letterale, ritenuto praticamente – da alcuni giudici stessi – ormai un canone ‘fuorimoda’¹⁰⁷, attraverso i nuovi approcci, ha altresì aperto la porta all’utilizzo, in sede interpretativa, di dati esterni al testo legislativo capaci di rafforzare, in via integrativa, quell’interpretazione finalistica o intenzionalistica a cui il giudice è già pervenuto: gli elementi *extra-testuali* - quali gli atti parlamentari (denominati in UK *Hansard*)¹⁰⁸ e i lavori preparatori¹⁰⁹, ma anche Direttive EU e trattati - prima secondo la regola tradizionale non ammessi, sono ora utilizzabili. Evidenziando il *background* del disposto emanato, questi, infine, ben possono così contribuire – questo è il punto cruciale - a far dire alla norma qualcosa che in realtà non solo non diceva ma neanche aveva intenzione di dire. Il ricorso ai lavori parlamentari, soluzione da sempre consentita nell’ermeneutica continentale, nel Regno Unito deve tuttavia essere guidato da un

¹⁰⁵ Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, (1765) vol 1 (edito, nel rispetto della prima edizione, da University of Chicago Press, 1975), p. 59, laddove osserva che “The fairest and most rational method to interpret the will of the legislator, is by exploring his intentions at the time when the law was made”.

¹⁰⁶ Così, Lord Nicholls nota 94

¹⁰⁷ “The days have long passed when the courts adopted a strict constructionist view of interpretation which required them to adopt the literal meaning of the language. The courts now adopt a purposive approach which seeks to give effect to the true purpose of legislation and are prepared to look at much extraneous material that bears upon the background against which the legislation was enacted”. Così Lord Griffiths *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1993] AC 593.

¹⁰⁸ Vedi per la prima volta, *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart*, *op. cit.*

¹⁰⁹ In particolare, *Davis v. Johnson* [1978] AC 264, laddove si sostiene che “the report may be used to identify the mischief the legislation is intended to remedy but not to construe the enactin1g words”) and other travaux préparatoires providing”.

“prudente atteggiamento”¹¹⁰ dei giudici che dovranno circoscrivere l’uso di dati esterni ai casi non certo di *plain meaning rule*. Ancora oggi appare chiaro ai giudici inglesi – sia pure non più alla totalità e comunque in maniera piuttosto dibattuta - che la disposizione è data dalle “parole” che il Parlamento ha adottato ed è loro “compito” perciò “interpretare quelle parole”, nonché “dovere” di attuare l’intenzione del Parlamento espressa utilizzando quelle parole¹¹¹. Tutto questo salvo che il disposto legislativo non si presenti poco chiaro (secondo un giudizio peraltro talvolta opinabile l’interpretazione non basandosi esclusivamente sul dato semantico ma anche, come si diceva, sulla sua collocazione nel testo di cui fa parte, nonché sulla sua analisi alla luce di altre leggi in materia¹¹²). Anche qui tuttavia - sempre sull’esempio dei paesi continentali - si deve registrare una certa evoluzione. Se infatti all’inizio il superamento del metodo letterale era ammesso unicamente per porre rimedio alla “ambiguità” - ovvero alla “oscurità” – oppure alla “assurdità” – intesa, *stricto sensu*, come mancanza di senso o contraddizione della disposizione od anche, in senso più ampio, degli altri elementi della stessa legge - della disposizione di legge, da ultimo si è arrivato a sostenerlo anche nel caso di ‘errore’ evidente ovvero nell’ipotesi di ‘anomalia’. Insomma, il giudice inglese, pur continuando a preoccuparsi di custodire il proprio ruolo creatore grazie al ricorso per l’appunto alla letteralità - “in quanto la letteralità è studiata per limitare la legge, e il resto del diritto è fatto dai giudici”¹¹³ – sembra anche accettare l’idea di interpretazione (in particolare, della norma di origine parlamentare) come una “affabulazione ipocrita e raffinata, condizionata dal contesto istituzionale il cui il discorso culturale sul diritto si produce”¹¹⁴

¹¹⁰ In questi termini, anche, M. L. RUFFINI GANDOLFI, *Atti parlamentari e interpretazione della legge nel diritto inglese*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno. Teoria generale e storia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 696 e ss. Vedi anche, più in generale, sul ricorso ai lavori preparatori, come sul “golden rule” e il “mischief rule”, in un’ottica comparata, P. G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. civ.*, X, Torino, Utet, 1994, 31 ss.

¹¹¹ Così si esprime, nella stessa sentenza che pure ammette l’utilizzo di atti *extra-testuali*, Lord Browne - Wilkinson in *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart*, *op. cit.* Vedi, per un commento, anche, DJ GIFFORD, *How to understand an Act of Parliament*, Cavendish, London, 1996, p. 90 e ss.

¹¹² Così, M. L. RUFFINI GANDOLFI, *op. cit.*, p. 698 e ss.

¹¹³ Cfr. P.G. MONATERI, *Correct our Watches by the public clocks. L’assenza di fondamento dell’interpretazione del diritto*, in AA. VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, J. Derrida e G. Vattimo (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 195

¹¹⁴ P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 204 e ss. Peraltro anche Sacco sostenendo che non è stato ancora proposto “un criterio che oggettivamente consenta di distinguere l’interpretazione esatta e quella errata”, giunge ad affermare quindi che “nessuno più crede al significato oggettivo del testo” e che, tra coloro che non credono ad esso, “nessuno ha indicato quale distintivo brilli sull’interpretazione soggettiva migliore”. R. SACCO, *L’interpretazione*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUIZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano, II. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Trattato di diritto civile (diretto da R. SACCO), Giappichelli, Torino, 1999, p. 280 ss.



6.1 Segue

In ogni caso, quello che accade oggi è che se prima ai giudici inglesi non restava altro che accettare, stante il dominio quasi esclusivo del criterio letterale, il dato normativo ‘ritenuto’ non chiaro, oggi, al di là delle buone (o cattive) intenzioni, questi – per dirla con loro - “possono e devono usare il loro *buon senso* per porvi riparo” (corsivo nostro) in modo da fare ciò che il Parlamento avrebbe fatto se avesse avuto la situazione in mente¹¹⁵. Ciò anche leggendo parole all’interno della norma che non ci sono. Pur ritenendosi che le Corti inglesi non possano colmare le lacune legislative, si consente in tal maniera di introdurre parole nuove nel testo (o eliminarle) attribuendogli effetti come se fossero stati nella legge *ab initio*, quindi in via retroattiva.

Dietro all’idea di ricorrere al *purposive approach*, e ai correlati aiuti esterni, al fine di “dare attuazione allo scopo della legislazione”¹¹⁶, sembra celarsi, per la verità, la volontà di sostituirsi al legislatore. L’ispirazione, come confessato dalle stesse Corti inglesi in diverse pronunce, è stata ancora una volta tratta dal modello dei paesi di *civil law* riconoscendosi che qui il giudice ha una maggiore libertà interpretativa e ben si discute, ammettendolo, del margine di manovra che la sua autorità ha a disposizione per poter intervenire pure al fine di correggere un errore legislativo, agevolati come sono dal ricorso ai principi generali codicistici.

Conoscendo i giudizi di legittimità costituzionale, non previsti invece - almeno sinora, ben potendovi arrivare per questa via - dall’ordinamento inglese, le Corti di questi ordinamenti spesso concorrono invero con la volontà politica del legislatore laddove finiscono con l’interpretare la formula normativa, anche quando non ravvisino un’ipotesi di incostituzionalità, guardando in definitiva, piuttosto che al dato in essa inscritto, alla sottostante volontà politica.

La storia non è peraltro diversa, come visto, nel nostro ordinamento dove i giudici sembrano utilizzare i canoni ermeneutici scambiando la valutazione/bilanciamento di dati sociali – quali sono i valori in cui spesso poi si tramutano i diritti – con il diritto. L’interpretazione delle parole e delle frasi normative viene intesa piuttosto che come una “questione di diritto” come un problema di giudizio su dati fattuale/sociali. Su questa distinzione si mostrano invece ben vigili i giudici inglesi, consci del fatto che qualora si confondessero le questioni diverrebbe – a loro stesso dire - “intollerabile” se metà dei giudici desse una soluzione e l’altra metà un’altra dal momento che nessuno saprebbe dove si trova la soluzione da seguire¹¹⁷.

¹¹⁵ Letteralmente, Lord Denning in *Northman v Barnet London Borough Council* [1978] 1 WLR 220

¹¹⁶ Letteralmente, Lord Griffiths in *Pepper v. Hart*, cit.

¹¹⁷ Sostanzialmente, in questi termini, si esprime Lord Denning in *Pearlman v Keepers & Governors of Harrow School* [1979].

Forse è anche per tali ragioni, oltre probabilmente al noto attaccamento inglese alle tradizioni, se l'esperienza interpretativa ha dimostrato come il ricorso ad approcci ermeneutici diversi da quello tradizionale (letterale)¹¹⁸ non è poi tanto frequente e come resti comunque ancora quest'ultimo il primo criterio a cui guardare, dovendosi adottare gli altri nel caso di scarsa chiarezza e se il 'buon senso' inglese lo riterrà opportuno. Per esempio, le occasioni in cui i lavori parlamentari sono stati utilizzati nel processo interpretativo come parametro di riferimento esterno non è stato affatto così abituale, ritenendosi di potervi ricorrere solo qualora la dichiarazione parlamentare sia stata chiara e inequivocabile, ipotesi difficilmente ritenuta presente. Lo stesso può dirsi per il ricorso agli altri criteri ermeneutici laddove l'attenzione si è soffermata soprattutto sull'interpretazione testuale e al più, come estensione di questa, su quella contestuale. Uniche ipotesi che restano fuori da questo discorso sono quelle relative al diritto di ispirazione europeo. Qui il timore – fondato in molti casi - di vedersi poi annullata la decisione dalla Corte di giustizia UE, non condividendo questa l'interpretazione (letterale) effettuata dai giudici domestici, è stato talmente forte da spingere la giurisprudenza inglese ad adottare l'approccio teleologico in ogni caso, anche qualora non sussisteva alcuna ambiguità. Si opera in questo caso ricorrendo alla 'presunzione' della compatibilità (del diritto domestico) con il diritto europeo e internazionale, così che attraverso il metodo finalistico si fa emergere dallo *statute law* non il dato testuale ma una determinata volontà politica. Estesero, come visto, anche ai casi in cui il riferimento del *domestic law* non è una disposizione europea, il canone teleologico, unitamente alla visione gerarchica delle norme che pone al vertice della piramide la Costituzione, è del resto la conferma dei forti cambiamenti avvenuti anche nel Regno Unito dall'entrata nella Comunità europea.

Il tentativo evidente della giurisprudenza inglese - pure confessato in diverse pronunce - è quello di seguire l'esperienza del diritto continentale, volendo rincorrere in particolare quella maggiore libertà di interpretazione che sembra essere accordata ai giudici della *civil law* per infine conseguire un approccio interpretativo – se così vogliamo dire - "più aperto".

Anche nella grande isola dell'Europa continentale, dagli inizi del novecento non più chiusa in se stessa, ha preso piede insomma un "differente sistema di idee".

Il dominio delle idee inglesi affermatosi per oltre duecento anni verso l'Oriente con il suo massimo splendore intorno al 1870, ha incominciato per la verità a perdere colpi già dal secolo

¹¹⁸ Peraltro, un'ultima serie di regole interpretative da ricordare è quella riconducibile a semplici deduzioni di logica formale. Un esempio può essere quello relativo all'ipotesi di antinomia tra due disposizioni laddove quella di carattere generale deve cedere il passo alla disposizione più specifica (*generalia specialibus non derogant*). L'altra regola di questo tipo riguarda il caso di una disposizione relativa ad una situazione specifica senza menzionare un altro caso affine che quindi resta escluso (*expressio unius est exclusio alterius*).



scorso trasformando l’Inghilterra in un “paese importatore di idee”: “per i sessant’anni successivi la Germania diventò il centro dal quale si irradiarono, verso l’Oriente e verso Occidente, le idee destinate a governare il mondo del ventesimo secolo”¹¹⁹ grazie anche - aggiungeremo noi - alla loro successiva trasfusione nel diritto comunitario¹²⁰.

7. Alcune risposte ‘non definitive’

Di qui allora alcune prime risposte alle domande poste in apertura:

1. Sulla natura della norma, quella inglese ha ancora anche derivazione giurisprudenziale. All’opposto la norma legislativa - talvolta - perde le sue origini e ciò non in quanto entra nel ciclo del *case law* ma giacché il giudice talora, attraverso il processo interpretativo, impone il significato ‘ritenuto’ più appropriato a discapito della formulazione esplicita della disposizione della legge. In tal modo la giurisprudenza inglese apre la porta al rischio di legislazione giudiziaria. Sotto il velo dell’interpretazione, si nasconde, in queste ipotesi, un’attività creativa di una norma priva di contatto con quella originale, in questo caso però relativa ad una legge, che così assume natura giurisprudenziale. E ciò neanche in ordinamenti contraddistinti da un diritto casistico dovrebbe accadere. Infatti nemmeno qui, se vogliamo ancora parlare di Stato di diritto caratterizzato dalla separazione dei poteri, “nel caso di una disposizione di legge che avrebbe potuto essere elaborata meglio per essere più chiara o produrre meno anomalie”, deve essere il giudice a dovervi porre rimedio riscrivendo quella norma attraverso un’interpretazione che ne forza il senso mediante l’aggiunta o l’eliminazione di parole: anche nel Regno Unito questo compito – come pure affermato da qualche giudice inglese, sia pure qualche anno addietro – deve essere lasciato al legislatore¹²¹. In Inghilterra invece i giudici, soprattutto dall’ingresso nell’UE, hanno incominciato ad inaugurare la prassi di sostituirsi al legislatore. Per questa via, nonostante l’aumento del diritto di origine legislativa, ci sembra che sia ancora il diritto di origine giurisprudenziale (*judge made law*)

¹¹⁹ “Queste idee furono ora quelle di Hegel e di Marx, di List o Schmoller, di Sombart o Mannheim, ora quelle del socialismo nella sua forma più radicale, o quelle concernenti semplicemente una «organizzazione» o una «pianificazione» meno radicale. Le idee tedesche venivano importate dovunque con grande rapidità e le istituzioni tedesche imitate”. Così, VON HAYEK, F. A., *The road to Serfdom* (1944), trad. It., *La via della schiavitù*, Milano, Rusconi, 1995, p. 67 come citato pure da M. D’Alberti, *op. cit.*

¹²⁰ Si può pensare ad esempio, in proposito, quanto è accaduto in materia di diritti con l’introduzione nel diritto UE del principio di “proporzionalità” di elaborazione tedesca. Per un approfondimento in merito sia consentito rinviare al mio, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità: dalla “tirannia dei valori” alla tirannia dei giudici nell’esempio tedesco*, in *Diritti o giudizi? La Libertà tra regole e casistica interna ed europea in una riflessione comparata*, uniorPress, 2014, p. 31-51

¹²¹ “If it were the case that it appeared that an Act might have been better drafted, or that amendment to it might be less productive of anomalies, it is not open to the court to remedy the defect. That must be left to the Legislature” Così, Viscount Dilhorne in *Stock v. Frank Jones*, *op. cit.*, p. 235.

a prevalere. Qui di fondo gioca anche la preoccupazione costante dei giudici, gelosi del proprio ruolo. Assillati dall'idea di difendere l'autonomia della propria funzione, si preoccupano di conciliare continuamente situazioni nuove regolate dal legislatore con il *common law* e con i valori radicati profondamente nella coscienza collettiva di cui essi stessi si fanno portatore. Gli obiettivi politici contingenti finiscono inevitabilmente col fare i conti col *common law* (e la sua rete dei precedenti vincolanti) nello spirito del quale gli *statutes* stessi devono essere interpretati, a nulla servendo in alcuni casi la dettagliata legislazione inglese. Così di fatto in Inghilterra, insomma, se resta salva la natura della regola giurisprudenziale, è lo *statute law* a subire gravi contraccolpi. "Abituati a uscire fuori dal diritto nazionale", ricorrendo spesso a precedenti stranieri sia pure appartenenti alla stessa famiglia¹²², in questo caso, i giudici di *common law* guardano all'esempio, come più volte rivelato, portato dai giudici appartenenti però qui alla famiglia di *civil law*, riutilizzandone il metodo interpretativo¹²³.

Quest'ultima famiglia, dal canto suo, pur non avendo l'esigenza di conciliare gli *statutes law* con un ampio corpo di *common law*, spesso finisce col tradurre le formule normative del legislatore in formule normative proprie attraverso metodi interpretativi che in realtà tendono con il riformulare *de plano* la norma oltre il suo senso, mostrandosi la norma ultima priva di aderenza con il testo originario. In questa ipotesi il diritto, avvicinandosi al *common law*, diventa in ultimo sempre più spesso giurisprudenziale.

2. La 'tecnica' adottata al fine di ricercare la giustizia ci sembra sia diventata comune ai due Paesi pure di differenti tradizioni, in questo caso avendo in qualche modo 'imitato' (in maniera volontaria o meno che sia) il metodo dell'altro – quello del *case law* - proprio i Paesi di *Civil law*: attraverso i criteri interpretativi – in particolare, quello teleologico – si finisce spesso col perseguire l'obiettivo di 'immettere' dati di fatto o valutazioni politiche o, ancora, giudizi di valore, estranei al significato, che diventano così un tutt'uno con la disposizione della legge. E' da questi elementi – 'valori', 'giustificazione sociale' o dati fattuali, che dir si voglia - che si parte secondo il metodo "induttivo" proprio del *common law*, scavalcando il dato testuale della norma legislativa, per giungere in ultimo alla norma che troverà applicazione. Contro il tradizionale

¹²² V., in merito e in maniera approfondita sul dialogo tra i diversi formanti, le osservazioni di L. PEGORARO, *Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*, in L. Pegoraro, S. Bagni e G. Pavani (a cura di), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*, filodiretto ed, 2014, p. 14

¹²³ In proposito e sulla differenza tra dialogo e ri-uso tra giudici tuttavia qui specificamente "costituzionali" da qualificare come "combinatori" e non certo "comparatisti", si rinvia all'interessante saggio di M. CARDUCCI, *Dialogo è comparazione? Saggio sul giudice "costituzionalista comparatista" nella prospettiva del metodo*, in L. Pegoraro, S. Bagni e G. Pavani (a cura di), *op. cit.*, p. 35 e ss.



metodo di produzione creativo del diritto muovente dall'idea di un ordine di norme poste a diversi livelli, i giudici diventano infine legislatori.

In quest'ottica la disposizione della legge e con essa il suo contenuto linguistico passa invero in secondo piano, giacché il giudice nel processo interpretativo/correttivo, ricorrendo al criterio intenzionalistico o teleologico, va oltre la cornice del significato 'possibile' della norma di riferimento, immettendo o cancellando parole, secondo un giudizio discrezionale. La giurisprudenza non si troverebbe in tal modo più inerte e sconfitta dinanzi a una legge oscura o errata. La questione si sposta allora al rapporto tra positività e giustizia laddove il contrasto un tempo insuperabile andrebbe per questa via azzerandosi. Detto in altri termini ben si è giunti a un punto di svolta dove il "vecchio schema della elaborazione del diritto mediante legge e interpretazione" deve ormai dirsi sostituito "uno schema di produzione del diritto mediante decisioni contrapposte e strategie manipolative"¹²⁴.

In entrambi i Paesi si è infatti fatta larga l'idea che il ruolo dei giudici, nell'interpretare la legislazione, non si debba più limitare a risolvere le ambiguità del linguaggio giuridico, attraverso un'operazione di analisi semantica che, secondo appositi metodi, consenta all'organo giurisprudenziale la concretizzazione di una norma più alta nell'ordine della produzione per creare una norma più bassa in questo ordine e applicarla appunto al caso di vita. Compito dei tribunali, si ritiene, deve essere oggi anche quello di correggere errori redazionali evidenti nell'esercizio della loro funzione interpretativa – se ancora tale si può chiamare - aggiungendo parole, omettendole o sostituendole¹²⁵.

Tuttavia, il "buon senso", spesso richiamato dagli stessi giudici inglesi come limite ad un'eccessiva manipolazione della disposizione legislativa, se sembra caratterizzare lo spirito cauto

¹²⁴ P. G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks*, *op. cit.*, 206 ss.

¹²⁵ Uno dei casi più rilevanti che ha aperto in Inghilterra la via al nuovo ruolo del giudice non più limitato a risolvere le ambiguità ben potendo correggere gli errori del testo legislativo è quello del 2000, ovvero *Inco Europe Ltd v. First Choice* (2000), HL. Il problema principale in questo caso era se la Corte d'appello aveva competenza a conoscere un ricorso su una decisione adottata in un arbitrato. La disposizione in questione era l'art. 18 (1), della legge sulla Corte Suprema del 1981, come modificata dall'art. 107 e Allegato 3 della legge sull'Arbitrato, 1996. La disposizione, come modificata, stabiliva, abbastanza chiaramente, che "non era impugnabile dinanzi alla Corte d'Appello". Così, una lettura letterale avrebbe ovviamente determinato una pronuncia di inammissibilità dell'appello, non essendo previsto dalla legge. La *House of Lords* e la Corte d'Appello hanno invece stabilito all'unanimità che esisteva un diritto di appello. A questa conclusione, niente affatto aderente al dettato normativo della legge, si è arrivati tenendo conto principalmente la storia della legislazione in questo campo e ravvisando l'assenza di una volontà di cambiare lo *status quo* in questo senso. Lord Nicholls si è soffermato chiaramente su questo punto. Rispondendo all'accusa che l'interpretazione scelta era eccessivamente creativa, ha dichiarato: "Io liberamente riconosco che questa interpretazione dell'art. 18 (1) (g), implica una lettura di parole (nuove) nella disposizione. Da tempo è stato stabilito che il ruolo dei tribunali di interpretare la legislazione non si limita a risolvere le ambiguità di linguaggio legale. Il giudice deve essere in grado di correggere gli errori di redazione evidenti".

inglese, particolarmente rispettoso e responsabile nei riguardi della cosa pubblica e delle istituzioni, unito poi a un profondo attaccamento alla tradizione, non sembra ancora ben affinato nei nostri Paesi.

Si può così - per ora - ritenere che questo forte avvicinamento dei due sistemi, o meglio, questa imitazione reciproca di modelli se nel caso del *common law* finisce con il rafforzarne l'identità (essendo questo già caratterizzata da una consolidata tradizione di norme di produzione giurisprudenziale), nell'ipotesi dei Paesi di *civil law* può diventare piuttosto pericolosa. La riproduzione di un modello casistico non trova qui invero al fondo né la tradizione, né il sentimento giuridico, né, *last but not least*, gli strumenti propri del sistema dell'UK. Nel diritto inglese, lo *stare decisis*, quale prerogativa necessaria del sistema casistico¹²⁶ essendo in grado di assicurare la sicurezza del diritto, comporta che una regola stabilita da un'autorità si debba ritenere vincolante già a seguito del singolo giudizio¹²⁷ e non per consolidata giurisprudenza come è invece nei Paesi continentali.

Per il momento allora - ci sembra - che la 'trasposizione' del modello inglese stia avvenendo da noi fuori dalle regole essenziali in un ordinamento casistico che si voglia tale, portando in ultimo alla rinuncia di quel certo grado di sicurezza del diritto che "i singoli possono far valere nella conduzione dei loro affari" e rinunciarci significa cadere nel caos, perdere una necessaria "base per lo sviluppo ordinato delle norme giuridiche"¹²⁸.

¹²⁶ Nella tradizione di *common law* "the most important reason for following precedent is that it gives us certainty in law" A. L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, in *Law Quarterly Review* 1934, p. 58.

¹²⁷ Sul punto e sull'analisi di diverse pronunce nei diversi sistemi giuridici vedi, E. STEINER, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, London 2015, p. 3 e ss.

¹²⁸ Nel *Practice Statement (Judicial Precedent)* (1981) 73 CrAppR 266 Lord Gardiner LC ha osservato: "Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules".