

SE I GIUDICI CREINO DIRITTO

Riccardo GUASTINI*

SOMMARIO: I. *“I giudici creano diritto”*: quattro tesi. II. *Critica*. III. *Una tesi alternativa*. IV. *Riferimenti*.

I. “I GIUDICI CREANO DIRITTO”: QUATTRO TESI

I giudici creano diritto? Tutto il pensiero giuridico moderno (intendo: successivo alla Rivoluzione francese) è ossessionato da questa domanda.¹ Ebbene, io vorrei contribuire non a risolvere il problema, ma a dissolverlo.

Beninteso, si sta parlando qui della tesi teorico-generale secondo cui i giudici creano diritto in ogni ordinamento possibile. Una tesi siffatta non descrive il diritto vigente in un ordinamento determinato, ma descrive (o pretende di descrivere) la funzione giurisdizionale in quanto tale, la sua struttura profonda, la sua natura riposta. Che i giudici creino diritto, peraltro, può essere sostenuto anche in sede dottrinale o dogmatica, con riferimento ad uno specifico ordinamento.

(a) In un senso, ad esempio, si può dire che i giudici creino diritto —e siano autorizzati a farlo— negli ordinamenti di *common law*, in virtù della regola del precedente vincolante.

(b) In un altro senso si può dire che, nei sistemi di controllo accentratto, creino diritto i giudici costituzionali —di nuovo, essendo autorizzati a

* Dipartimento di Cultura Giuridica “Giovanni Tarello”, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Genova.

¹ Contributi fondamentali sul tema sono Carrió, G. R., “I giudici creano diritto”, in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; e Bulygin, E. “Sentenza giudiziaria e creazione di diritto”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, vol. I, 1987.

farlo— dal momento che annullano norme di legge con effetti *erga omnes*, e l'annullamento di una legge è atto “sostanzialmente” legislativo.

(c) In un altro senso ancora si può dire che creino diritto i giudici costituzionali – pur non essendo a ciò autorizzati – quando pronunciano sentenze “additive” e “sostitutive”.²

Orbene, la tesi – tipicamente “realistica” – secondo cui, sì, i giudici creano diritto conosce almeno quattro varianti.

(1) Una prima variante, debolissima (e, in verità, niente affatto realistica), è la tesi che i giudici creino diritto solo occasionalmente, quando “manipolano” i testi normativi, allontanandosi dal loro significato “naturale”.³

(2) Una seconda variante, ancora debolissima, è la tesi che i giudici contribuiscano alla creazione del diritto solo occasionalmente: in modo “interstiziale”, come si usa dire, quando incontrino e colmino lacune.⁴

(3) Una terza variante, debole, è la tesi che i giudici, concretizzando norme generali, creino norme individuali e, per questa via, contribuiscano sempre alla creazione del diritto, inteso, appunto, come insieme di norme generali e individuali.⁵

(4) Una quarta variante, forte, è la tesi che i giudici, decidendo il significato dei testi normativi, creino tutto il diritto, inteso per l'appunto come insieme (non di testi, ma) di significati, sicché non vi è alcun diritto preesistente alle decisioni giurisdizionali: non vi è, per così dire, altra fonte di diritto che la giurisprudenza.⁶

² Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, capitolo IX.

³ Questo modo di vedere è implicito nella diffusa dottrina cognitivistica dell'interpretazione: la dottrina, cioè, secondo cui l'interpretazione giudiziale è atto di conoscenza, non di volontà.

⁴ Cfr. ad es. la *dissenting opinion* di Justice Holmes in *Southern Pacific Co. vs. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), in M. R. Cohen, F. S. Cohen (eds.) 1951, 455: «I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially». Cfr. anche Cardozo, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, 1921, p. 113: «He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law».

⁵ Questo modo di vedere si può ricondurre a Kelsen, H., “Sulla teoria dell'interpretazione” (1934), in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989; *id.*, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. inglese di B. Litschewski and S. L. Paulson, Oxford, 1992, cap. VI; *id.*, *Théorie pure du droit* (1960), trad. francese di Ch. Eisenmann, Paris, 1962, titolo VI.

⁶ Questo modo di vedere si può ricondurre a Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, Nueva York, 1948, pp. 102, 125 e 170; Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, pp. 332 e ss.;

Tuttavia, nessuna di queste quattro tesi⁷ è persuasiva.

II. CRITICA

(1) La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazioni “false”. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco:⁸ sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni “vere” e interpretazioni “false”. Quale mai dovrebbe essere il criterio di verità delle tesi interpretative?

Privata del suo presupposto, la tesi in esame risulta del tutto inconsistente.

(2) La seconda tesi – i giudici creano diritto quando colmano lacune – è, a ben vedere, un’ovvietà. E’ ovvio, infatti, che per creare una lacuna occorre creare diritto: colmare una lacuna può solo consistere nel creare una norma fino a quel momento “mancante”, e dunque una norma “nuova”. Tuttavia, la tesi in esame omette di precisare che le lacune non precedono l’interpretazione, ma al contrario ne dipendono.⁹

(i) In primo luogo, l’interpretazione può *prevenire* una lacuna, evitarla: nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna neppure si presenti.¹⁰

id., “Una teoria realista dell’interpretazione”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999; *id.*, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, capitolo V. Su Troper *cfr.* Guastini, R. “Michel Troper sur la fonction juridictionnelle”, in *Droits*, 37, 2003.

⁷ Stranamente tutte e e on, Oxford, *op. cit.*, noti 4, capitolo VI; Id. quattro le tesi enumerate sono state sostenute da Alf Ross in opere diverse corrispondenti a fasi diverse del suo pensiero: rispettivamente Ross A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, 1929; *id.*, *On Law and Justice*, London, 1958; *cfr.* Guastini, “Ross sul diritto giurisprudenziale”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004.

⁸ Guastini, R., “Lo scetticismo interpretativo rivisitato”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006.

⁹ Guastini, R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001, pp. 163 e ss.

¹⁰ Quando ad una *prima interpretazione* (o interpretazione *prima facie*) nessuna disposizione esprime una norma idonea a regolare la fattispecie in esame, spesso l’interprete procede ad una *seconda interpretazione* (o *re-interpretazione*) attribuendo ad una qual-

(ii) In secondo luogo, l'interpretazione, come può evitare le lacune, così può anche *produrle*:¹¹ nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che una lacuna si presenti.

Esempio paradigmatico: si considerino le possibili interpretazioni dell'art. 89, comma 1, cost. il quale esige che gli atti del Capo dello Stato siano controfirmati dai «ministri proponenti». Se si intende questa disposizione nel senso che si riferisca solo a quegli atti che il Capo dello Stato adotta, per l'appunto, a seguito di proposta ministeriale, ecco che si presenta una lacuna: la costituzione non disciplina in alcun modo gli atti che il Presidente adotta di sua propria iniziativa (in assenza di proposte ministeriali). Ma, se per contro la si interpreta (alla lettera) nel senso che si riferisca a tutti gli atti presidenziali senza eccezioni, ecco che la lacuna magicamente si dilegua: giacché, da questo punto di vista, semplicemente non si danno atti presidenziali che non siano preceduti da proposta ministeriale.¹²

Questa considerazione sconsiglia di escludere, troppo frettolosamente, che i giudici creino diritto in assenza di lacune: come se, in assenza di lacune, le norme giuridiche fossero integralmente già date al giudice prima di ogni interpretazione.

(3) La terza tesi —i giudici, concretizzando norme generali, creano norme individuali— malgrado la sua apparente ragionevolezza è, a ben vedere, fallace.¹³

La “concretizzazione” di una norma generale, ossia l'applicazione di una norma generale ad un caso concreto, consiste banalmente in un ragionamento deduttivo del tipo seguente:

che disposizione un significato diverso in modo tale che nessuna lacuna si presenti. *Cfr.* Chiassoni, P., “L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi”, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.

¹¹ Beninteso, la creazione interpretativa di una lacuna, da parte di un giudice, non prelude ad una sentenza di *non liquet*, ma è preordinata alla costruzione di una norma inespressa idonea a dare soluzione al caso (in questo senso tutte le lacune sono, come dice Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454, “effimere”: sono create solo per essere immediatamente colmate). D'altro canto, la creazione interpretativa di una lacuna da parte di un giurista prelude ad un'operazione di politica del diritto: secondo i casi, una raccomandazione *de lege ferenda* o *de sententia ferenda*.

¹² Sorrentino, F., “I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto”, in *Diritto e società*, 1987.

¹³ Bulygin, E., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 7 e ss.

- (i) I contratti devono essere adempiuti;
 - (ii) x è un contratto;
- pertanto
- (iii) x deve essere adempiuto.

L'enunciato (i) costituisce la norma generale applicata. L'enunciato (ii) sussume la fattispecie concreta sotto la norma generale. L'enunciato (iii) infine costituisce la norma individuale che, per l'appunto, concretizza la norma generale in relazione al caso di specie.

Ebbene, all'evidenza, la norma individuale (iii) è dedotta dalla norma generale (ii) in congiunzione con l'enunciato sussuntivo (ii). Ora, francamente, non sembra appropriato chiamare "creazione" una semplice deduzione.¹⁴ Non diremmo che costituisca una genuina "scoperta scientifica" l'inferenza "Socrate è mortale", a partire dall'enunciato "Gli uomini sono mortali" in congiunzione con l'enunciato "Socrate è un uomo".

Insomma, se e quando il giudice crea qualcosa, questo non sarà mai la norma individuale (contenuta nel dispositivo), ma sarà piuttosto la norma generale (contenuta in motivazione) che dà fondamento alla decisione. Se la norma individuale non fosse dedotta da una norma generale (in congiunzione con un enunciato sussuntivo), la decisione sarebbe arbitraria. In questo caso, e solo in questo caso (sentenza arbitraria), si potrebbe sensatamente dire che il giudice ha "creato" la norma individuale contenuta nel dispositivo.

(4) La quarta tesi si regge su un'assunzione ineccepibile e su un'assunzione evidentemente falsa.

E' ineccepibile che i testi normativi siano equivoci, esprimano cioè una pluralità di significati alternativi, e che pertanto il significato dei testi normativi non preesista all'interpretazione, ma sia – in un senso – il suo risultato.¹⁵ D'altra parte, se si conviene che le norme siano non enunciati, ma significati, allora si dovrà pure convenire che le norme siano il prodotto non della legislazione (in senso "materiale"), ma dell'interpretazione.

Ma è falsa l'assunzione che tutti testi normativi siano soggetti ad interpretazione giudiziale e che, pertanto, tutto il diritto sia il prodotto dell'interpretazione giudiziale.

¹⁴ In tal senso, del resto, si esprime anche Kelsen, H., *op. cit.*, note 5, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, p. 338; *cf.* Troper, *op. cit.*, note 6, p. 77.

¹⁵ E' tesi ricorrente nei lavori di G. Tarello: *cf.* Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974 e *id.*, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

E' certo sostenibile che le norme di diritto civile e penale siano rivolte, in ultima istanza, ai giudici, malgrado ciò non sempre risulti evidente dalla loro formulazione.¹⁶ Ma è insostenibile che siano rivolte ai giudici, ad esempio, tutte le norme costituzionali, *ivi incluse quelle che istituiscono i giudici stessi*.¹⁷ Inoltre, non tutti i testi normativi sono soggetti ad applicazione giurisdizionale: in particolare, di regola non sono soggetti ad applicazione giurisdizionale i testi costituzionali o larghe parti di essi. Se mai si dovrebbe dire non che tutto il diritto sia creato dai (soli) giudici, ma che tutto il diritto sia creato dagli organi dell'applicazione (giurisdizionali, amministrativi, politici). Ma anche questo sarebbe inesatto, perché avrebbe il grave torto di trascurare il contributo alla creazione del diritto che è dato dai giuristi: non tanto attraverso direttive *de sententia ferenda*, quanto soprattutto attraverso la costruzione di concetti e dottrine che condizionano il modo di pensare —la stessa *forma mentis*— dei giudici e degli operatori giuridici in genere.

Per giunta, la tesi in esame è destinata a perdersi in un (ben noto) circolo vizioso.¹⁸ Se tutto il diritto è creato dai giudici, la conoscenza del diritto suppone la previa identificazione dei giudici in quanto giudici. Ma “giudice” è esso stesso un concetto giuridico. Sicché l'identificazione dei giudici suppone, a sua volta, la conoscenza previa del diritto vigente, o almeno di una sua parte.¹⁹ A questo circolo vizioso non si vede come si possa sfuggire.

III. UNA TESI ALTERNATIVA

Il diritto, si usa dire, è un insieme di norme. Ma il vocabolo ‘norma’, nel linguaggio dei giuristi come pure nel linguaggio delle stesse fonti, è notoriamente soggetto ad un uso ambiguo.²⁰ E' usato: ora, per designare enunciati del discorso delle fonti (formali); ora, per designare i loro significati (e spesso per designare indistintamente l'una e l'altra cosa insie-

¹⁶ Ross, A., *op. cit.*, note 7, 1958, p. 33.

¹⁷ Ed è egualmente insostenibile che norme siffatte, non essendo rivolte ai giudici, siano mere declamazioni morali prive di qualsivoglia rilevanza giuridica (così pensa Ross, 1958, p. 33).

¹⁸ Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946, p. 62.

¹⁹ Twining, W., “The Bad Man Revised”, in *Cornell Law Review*, 1973, p. 284.

²⁰ Guastini, R., *op. cit.*, note 5.

me). Ecco dunque che il vocabolo ‘diritto’ può, a sua volta, designare: ora, un insieme di enunciati; ora, un insieme di significati.²¹

Per conseguenza, anche l’espressione ‘creazione di diritto’ può essere usata per riferirsi: ora, alla produzione di enunciati, tipica della legislazione (in senso “materiale”); ora, alla produzione di significati, che è propria dell’interpretazione. In altre parole: in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto *nello stesso senso* in cui diciamo che crea diritto la legislazione. L’espressione ‘creazione di diritto’ acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e attribuirgli significato sono attività evidentemente diverse.

Se si concepisce il diritto (non come un insieme di testi,²² ma) come un insieme di significati, si può ben dire (anzi si deve dire) che il diritto è una variabile dipendente dell’interpretazione. Ma non si può dire —intendendolo alla lettera— che il diritto sia creato dagli interpreti, *e da essi soli*. Perché non vi è interpretazione senza un testo da interpretare. Sicché il diritto nasce dalla combinazione di legislazione (ancora in senso “materiale”) e interpretazione.

A ben vedere la produzione di diritto è un fenomeno alquanto complesso. Per descriverlo, sia pur sommariamente, occorre introdurre anzitutto tre definizioni preliminari.²³

(a) *Disposizione*: un enunciato delle fonti “formali” del diritto.

(b) *Norma espressa*: un enunciato che costituisce il significato (o per meglio dire: uno dei significati) di una disposizione (o di una combinazione di disposizioni o di frammenti di disposizioni).

(c) *Norma inespressa*: un enunciato normativo, costruito dagli interpreti, che non costituisce significato di una disposizione.²⁴

Orbene:

²¹ Guastini, R., “L’ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001.

²² Così lo concepisce, ad es., Hernández Marín, R., *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989; *id.*, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

²³ Nozioni più articolate possono vedersi in Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 261 e ss.

²⁴ La terminologia qui impiegata (“disposizione”, “norma”) è di Crisafulli, V., “Disposizione (e norma)”, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, ma il modo in cui i concetti sono modellati rinvia piuttosto alla teoria dell’interpretazione di Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, parte II.

(1) I legislatori (in senso “materiale”) producono disposizioni. La legislazione costituisce, all’evidenza, attività “creativa”, ma creativa appunto di disposizioni, non di norme.

Così dicendo, non si vuol dire che le disposizioni prodotte dal legislatore non esprimano alcuna norma, siano prive di qualsivoglia significato (non condivido questa forma di realismo estremo). Si vuol dire che ogni disposizione ha significato equivoco e indeterminato. Pertanto, ammette una pluralità di interpretazioni, ossia esprime potenzialmente non già una sola norma dai confini determinati, ma —secondo la felice espressione di Kelsen—²⁵ una “cornice” di significati, una molteplicità di norme alternative, ciascuna di contenuto indeterminato.

(2) L’interpretazione cognitiva (o “scientifica” nel senso di Kelsen) consiste nel determinare —applicando le diverse tecniche interpretative in uso— tutte le norme espresse, ovvero la “cornice” di significati potenzialmente espressi, da una disposizione.

Non sarebbe appropriato dire che l’interpretazione cognitiva costituisca “creazione” di significati, neppure in un senso debolissimo della parola.

(3) L’interpretazione decisoria —quando sia compiuta da un organo dell’applicazione (e sia dunque “autentica” nel senso di Kelsen)— consiste nella scelta di un significato, e dunque di una norma espressa, a preferenza delle altre potenzialmente espresse dalla disposizione, così da utilizzarla quale giustificazione (eventualmente anche tacita) di una decisione.

Di questa attività si può dire, volendo, che costituisca “creazione” di un significato, ma evidentemente abbiamo a che fare con un senso alquanto debole della parola.

(4) Talora, gli organi dell’applicazione attribuiscono ad una disposizione un significato che non ricade nella “cornice” dei significati possibili, usando poi questo significato —questa norma inespressa— per giustificare una decisione.

Tale operazione non può dirsi “interpretazione” se non in un senso latissimo di questa parola. Costituisce piuttosto “creazione” —in senso forte, stavolta— di una norma inespressa: un’operazione, dunque, in tutto

²⁵ E, prima ancora, di Verdross, A., “Das Problem des freien Ermessens und die Freiheitsbewegung”, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914. Cfr. anche Merkl, A. J., “Sul problema dell’interpretazione” (1916), in A. J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.

analoga alla legislazione (in senso “materiale”), sebbene non ne assuma la forma, non consista cioè nella formulazione “ufficiale” di una disposizione.

(5) Talora, gli organi dell’applicazione “trovano” —in realtà costruiscono essi stessi (mediante opportune tecniche argomentative)— una lacuna nell’ordinamento, e provvedono a colmarla elaborando una norma inespressa che, a differenza di quanto accade nel caso precedente, non tentano neppure di presentare come significato di una disposizione.

Un’operazione siffatta non può, in alcun senso ragionevole della parola, essere detta “interpretazione”: costituisce anch’essa “creazione” —in senso forte— di una norma inespressa.

(6) Talora, infine, gli organi dell’applicazione applicano disposizioni che esprimono, come si usa dire, non “regole”, ma “principi”. L’applicazione di un principio normalmente esige due cose: (a) la concretizzazione del principio stesso; (b) la sua ponderazione con altri principi confliggenti.

Orbene, la concretizzazione di un principio consiste nel ricavare da esso —con una varietà di strumenti argomentativi non deduttivi— norme nuove (“regole”), che si pretendono implicite.

La ponderazione di principi, a sua volta, consiste nell’istituire una relazione gerarchica tra i principi in conflitto.

Entrambe queste operazioni —“interpretative” solo in un senso molto ampio— sono altamente creative: creative, rispettivamente, di norme inesprese e di relazioni gerarchiche.²⁶

Fin qui non ho definito espressamente la nozione di ‘produrre diritto’, e ho tacitamente assunto che —il diritto essendo un insieme di disposizioni e/o norme (espresse e inesprese)— produrre diritto consista nell’introdurre nuove disposizioni e/o norme nell’insieme preesistente. Ma naturalmente questa nozione di ‘produzione di diritto’ è troppo ristretta.

Si deve considerare genuina produzione di diritto non solo l’addizione (l’introduzione) di nuove disposizioni e/o norme all’insieme, ma anche la sottrazione (l’eliminazione) di disposizioni e/o norme preesistenti.²⁷ Addizione e sottrazione, infatti, presentano un ovvio tratto in comune: l’una e l’altra modificano l’insieme —ossia il diritto— esistente.

²⁶ Guastini, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torin, 2006, 142 ss.

²⁷ Quanto alla sostituzione di disposizioni e/o norme preesistenti, essa consiste evidentemente in una combinazione di addizione e sottrazione.

D'altro canto, in molti ordinamenti, l'eliminazione di disposizioni e/o norme preesistenti può avvenire in almeno due modi distinti: abrogazione espressa e annullamento (tralascio l'abrogazione per incompatibilità per non appesantire oltremodo l'analisi). L'abrogazione espressa è atto del legislatore (ancora: in senso "materiale"). L'annullamento è atto giurisdizionale, che in molti ordinamenti compete al giudice costituzionale (e in alcuni ordinamenti anche al giudice amministrativo).

Pertanto all'analisi che precede si deve aggiungere almeno questo:

(7) I legislatori creano diritto —a livello di disposizioni— non solo producendo (introducendo) disposizioni nuove, ma altresì eliminando disposizioni preesistenti mediante abrogazione espressa.

(8) Taluni giudici, specie i giudici costituzionali (quando giudicano *a posteriori*), talora creano diritto —a livello di disposizioni— eliminando disposizioni preesistenti, e precisamente pronunciandone l'invalidità o illegittimità, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo "di accoglimento" (senza ulteriori specificazioni).

(9) Gli stessi giudici costituzionali talora creano diritto —a livello di norme— lasciando intatte le disposizioni esistenti, ma eliminando norme (espresse o inesprese) preesistenti, di cui pronunciano l'invalidità o illegittimità, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo "interpretative di accoglimento".

(10) E ancora: in taluni ordinamenti, i giudici costituzionali talora creano diritto —a livello di norme— aggiungendo all'ordinamento norme inesprese, ovvero sostituendo norme espresse con norme inesprese, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo, rispettivamente, "additive" e "sostitutive".

IV. RIFERIMENTI

BULYGIN, E., "Sentenza giudiziaria e creazione di diritto", in COMANDUCCI P. e GUASTINI, R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Torino, 1987.

———, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995.

CARDOZO, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, printed 1921, reprinted 1991.

CARRIÓ, G. R., "I giudici creano diritto", in U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

- CHIASSONI, P., “L’interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi”, *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.
- , *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999.
- COHEN, M. R. COHEN, F. S. (eds.), *Readings in Jurisprudence*, Boston-Toronto, 1951.
- CRISAFULLI, V., “Disposizione (e norma)”, *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964.
- DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- GRAY, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author’s notes, by R. Gray, New York, 1948.
- GUASTINI, R., “Disposizione vs norma”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.
- , *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- , *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001a.
- , “L’ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues”, in COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001b.
- , “Michel Troper sur la fonction juridictionnelle”, *Droits*, 37, 2003.
- , “Ross sul diritto giurisprudenziale”, COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004.
- , “Lo scetticismo interpretativo rivisitato”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006a.
- , *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006b.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1989, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona.
- , *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit* (1960), trad. francese di Ch. Eisenmann, Paris, 1962.
- , “Sulla teoria dell’interpretazione” (1934), in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L’analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.
- , *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. inglese di B. Litschewski and S. L. Paulson, Oxford, 1992.

- MERKL, A. J., "Sul problema dell'interpretazione" (1916), in MERKL, A. J., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.
- ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* (1929), rist. Aalen, 1989.
- , *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946.
- , *On Law and Justice*, London, 1958.
- SORRENTINO, F., "I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", *Diritto e società*, 1987.
- TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.
- , *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994.
- , "Una teoria realista dell'interpretazione", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999.
- , *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001.
- TWINING, W., "The Bad Man Revised", *Cornell Law Review*, 1973.
- VERDROSS, A., "Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914.