

QUESTIONE GIUSTIZIA

**Trimestrale promosso
da Magistratura democratica**

NUMERO MONOGRAFICO

Il giudice e la legge

2016

4

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Rita Sanlorenzo, Sergio Sottani, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Luigi Marini, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2016 - chiuso in redazione in gennaio 2017

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	3
Introduzione di <i>Andrea Natale</i>	"	6
Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza		
Contro la giurisprudenza creativa di <i>Luigi Ferrajoli</i>	"	13
Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza di <i>Nicolò Lipari</i>	"	33
L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa di <i>Francesco Macario</i>	"	52
Il ruolo e la legittimazione della magistratura		
La magistratura di fronte alle derive post-democratiche di <i>Geminello Preterossi</i>	"	77
La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica) di <i>Pier Luigi Zanchetta</i>	"	82
I diritti fondamentali e la tutela multilivello		
Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali di <i>Roberto Giovanni Conti</i>	"	89

L'attività interpretativa e il silenzio della legge

L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro

di *Antonio Lamorgese*

” 115

Dire il diritto che non viene dal sovrano

di *Enrico Scoditti*

” 129

Il rapporto tra giudice e legge nelle varie branche dell'ordinamento

Giurisdizione e interpretazione in Cassazione

di *Alberto Giusti*

” 140

I giudici, il diritto del lavoro e l'interpretazione che cambia verso

di *Anna Terzi*

” 150

Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti

di *Guglielmo Leo*

” 161

Appunti sul principio di legalità amministrativa

di *Dario Simeoli*

” 174

Una prospettiva storica

Spunti per una ricostruzione storica

di *Alfredo Guardianò*

” 190

Gli autori

” 201

Editoriale

Quello del rapporto tra la legge ed il giudice chiamato ad applicarla, tra il testo giuridico ed il suo interprete, è un tema antichissimo, e per molti versi fondamentale, che ha accompagnato nei secoli l'evolversi del pensiero giuridico riemergendo periodicamente all'attenzione per essere, di volta in volta, diversamente declinato a seconda dello spirito dei tempi. È un tema che evoca inevitabilmente domande appartenenti al campo della filosofia e della teoria generale del diritto, sollecita interrogativi sulla radice stessa del diritto e degli ordinamenti giuridici, sul come in questi si declina il concetto di giustizia, sul significato e sul ruolo dell'equità, e su molto altro ancora.

Tema antichissimo – si diceva – del quale si discute almeno dall'epoca della codificazione giustiniana, ma forse anche da molto prima, dal tempo delle dodici tavole, e che però da ultimo sembra esser tornato di bruciante attualità. Si moltiplicano gli articoli di riviste giuridiche, i saggi, le relazioni in convegni nei quali con diversi accenti ci si interroga – ora fiduciosi ora sgomenti – su ciò che da più parti è visto come un progressivo indebolirsi della tradizionale funzione legislativa e del potere che in essa si esprime, a fronte di un ampliamento dello spazio riservato alla creatività della giurisprudenza e, quindi, all'intervento del potere giudiziario. E da alcuni si parla perciò di «diritto giurisprudenziale», di «dottrina delle corti», di «crisi della fattispecie normativa», di «comunità interpretante», di «tramonto del mito del legislatore onnipotente», e così via. Ciò di cui si discute, a ben vedere, sono l'*ubi consistam* della giurisdizione ed il ruolo del giudice nella società democratica. È un dibattito alto, al quale hanno partecipato e tuttora partecipano alcune tra le voci più autorevoli della dottrina giuridica contemporanea, in Italia e fuori d'Italia, e del quale sempre più sovente si trova traccia anche in motivazioni di provvedimenti giurisdizionali (specialmente della Corte costituzionale e della Corte di cassazione), che non esitano ad esplicitare argomentazioni da cui traspare la chiara consapevolezza di una funzione tutt'altro che passiva del giudice chiamato ad interpretare ed applicare il diritto positivo lungo il delicato

crinale in cui s'incrociano regole più o meno dettagliate e principi più o meno generali.

Era dunque opportuno dedicare a questo tema un numero monografico, nell'ambito delle pubblicazioni trimestrali di *Questione giustizia*; e ci è parso che fosse bene farlo non solo ospitando alcune di quelle autorevolissime voci dottrinali cui facevo sopra cenno, per cogliere appieno lo spessore delle questioni di cui si discute, ma anche cercando di comprendere, attraverso la riflessione di giudici e giuristi impegnati quotidianamente nella pratica giudiziaria, come e fino a qual punto la diversa declinazione di quel tema, dall'alto della sua complessità teorica, si riflette nella concreta e quotidiana realtà della giurisdizione. È ovvio che vi possano essere in proposito opinioni e sensibilità diverse, e non è escluso che la diversità almeno in parte dipenda anche dal punto di osservazione nel quale ciascuno si colloca, a seconda che siano messe a fuoco problematiche proprie del diritto e del processo civile o di quello penale, o del diritto del lavoro, oppure di quello amministrativo, o se si guardi alla giurisprudenza sovranazionale europea. Appunto perciò credo sia particolarmente utile esplorare il tema in ciascuno di tali differenti ambiti, come nelle pagine di questo numero della *Rivista* si è cercato di fare.

Nella sua lucida introduzione Andrea Natale disegna con estrema chiarezza il filo conduttore da cui sono legati i diversi contributi che animano questo numero della *Rivista*. Non è certo il caso che io vi sovrapponga mie personali considerazioni, le quali nulla di significativo potrebbero aggiungere ad un quadro già così ricco di spunti di riflessione.

Mi sia però consentita una sola, breve osservazione. Nei sistemi in cui vige il diritto scritto la regola giuridica posta dal legislatore per disciplinare una determinata fattispecie si presenta come un testo, che per esser applicato deve essere compreso; ma ogni comprensione implica un'interpretazione e quindi genera, quale che sia il testo da interpretare, un campo di tensione dialettica tra il dato oggettivo

(il testo, appunto) e la percezione soggettiva che se ne abbia. Ciò accade in tutti i settori dell'agire e del pensiero umano, dall'arte teatrale, alla musica, alla religione, e via elencando. L'operazione interpretativa di un qualsiasi testo, considerato nella sua mera valenza semantica, è suscettibile sovente di molteplici varianti. Quando poi si tratta di un testo che esprime in termini generali ed astratti una regola legale, quasi sempre accade che soltanto nella sua concreta applicazione alla realtà economico-sociale di ciascuna situazione di vita quella regola disveli i molteplici e vari significati di cui è portatrice. Non diversamente si verifica (se mi si perdona il paragone forse un po' ardito) per un testo musicale, che consta di segni grafici vergati sullo spartito il cui significato si esprime però appieno solamente nel momento esecutivo, quando le note si fanno concretamente suono; e chiunque abbia la minima dimestichezza col mondo della musica sa quanto possa variare l'interpretazione di un medesimo brano musicale a seconda della percezione e della sensibilità del musicista che lo esegue. Non è il caso di spingere oltre questo paragone, che ha evidentemente i suoi limiti. Quel che intendo sottolineare, pur senza indulgere alle estreme teorie di chi vorrebbe completamente esaurire il significato del testo legale nel suo momento applicativo, è come non debba certo stupire, e sia anzi da ritenere del tutto fisiologico, che anche l'interpretazione della regola giuridica posta dal legislatore risulti sovente suscettibile di interpretazioni diverse (a propria volta suscettibili di essere criticamente valutate). Nell'interpretazione di un testo legale, finalizzata alla sua applicazione al caso concreto, si esplica perciò sempre, o almeno assai sovente, una funzione che, almeno in qualche misura, può esser considerata creativa. È però questione di limiti e di misura.

L'atteggiamento ora più ora meno favorevole ad una maggior latitudine del potere interpretativo dei giudici è stato in realtà sempre condizionato – come già accennavo – alle peculiarità delle fasi storiche ed alle contingenti esigenze di reagire a situazioni avvertite in un determinato momento come non più tollerabili. Emmanuel de Las Cases, nel suo celebre *Memoriale di Sant'Elena*, riferisce di Napoleone in esilio il quale soleva dirgli che, appena avuto notizia dei commenti e delle interpretazioni fiorite all'indomani dell'emanazione del Codice civile, non si era trattenuto dall'esclamare: *Eh! Messieurs, nous avons nettoiyé l'écurie d'Augias, pour Dieu ne encombrons pas de nouveau* (Ah! Signori, abbiamo ripulito le stalle di Augia, per Dio non lordiamole di nuovo). Napoleone, dopo tutto, era pur sempre figlio di una stagione nella quale al pensiero dell'illuminismo era toccato il compito di sgomberare il campo da una selva di consuetudini e di ordinamenti di ceto la cui opacità aveva generato, sul piano applicativo,

gli abusi più gravi, sicché facilmente si comprende la ragione per cui in quel torno di tempo l'esigenza di riaffermare il primato di una legge scritta, chiara e da tutti ben conoscibile, era assolutamente prioritaria (come non menzionare qui Cesare Beccaria?); e si può allora anche comprendere la crudezza del paragone napoleonico tra lo sterco delle stalle e l'attività interpretativa dei primi commentatori del suo codice. Oggi difficilmente un simile paragone verrebbe in mente ad alcuno: perché l'epoca nostra – un'epoca che Paolo Grossi ha definito di pos-modernità giuridica e nella quale straordinaria fortuna ha arriso all'espressione «diritto vivente» – ha sperimentato la caduta di molte tra le illusioni suscitate dalla stagione dell'illuminismo, o che vi hanno fatto seguito, e tra esse anche quella di un diritto positivo in grado di esprimere comandi sempre così chiari ed univoci da consentirne l'applicazione quasi meccanica ad opera di un giudice destinato a fungere da mera «bocca della legge».

Di questo sviluppo storico ci si può rallegrare, trovandovi una conferma dell'ineliminabile fattualità del diritto e constatando il tramonto delle tradizionali categorie giuridiche, in luogo delle quali si auspica il formarsi dal basso, per opera della giurisprudenza e della comunità interpretante dei giuristi, di nuovi criteri ordinanti. Oppure ce ne si può preoccupare, scorgendo in questa tendenza una degenerazione del diritto, destinata a provocare decisioni erratiche, prive di ogni prevedibilità ad opera di giudici carenti di adeguata legittimazione democratica. Si può paventare l'avvento di un diritto incalcolabile, favorito dall'abbandono del metodo deduttivo, proprio dei giudici di *civil law*, e lamentare che nel nostro ordinamento tale abbandono non sia bilanciato dalla vincolatività del precedente giudiziario che è invece caratteristico dei Paesi di *common law*. Si può condividere o meno l'impostazione di chi considera ormai compito primario del legislatore quello di selezionare gli interessi degni di tutela, ed assegna invece al giudice il compito di operare il necessario bilanciamento tra interessi diversi alla stregua di principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza. Ma, comunque lo si voglia valutare, il significativo ampliamento della funzione creativa della giurisprudenza appare oggi un dato non controvertibile, del quale occorre prendere laicemente atto, che si registra non solo in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), ma anche nelle sempre più frequenti situazioni in cui le esigenze di tutela giuridica espresse dal corpo sociale sopravanzano la capacità (o la volontà) del legislatore medesimo di farvi fronte, ponendo perciò stesso il giudice nella condizione di dover dare risposta a domande di giustizia per le quali l'ordinamento non ha approntato regole puntuali e specifiche. D'altronde, la neces-

sità dell'interprete di confrontarsi con un universo giuridico plurale, costituzionale ed europeo, da cui emergono non solo e non tanto regole, quanto valori e principi, alla luce dei quali le medesime regole debbono esser lette, inevitabilmente comporta un esercizio interpretativo tutt'altro che meccanico e dall'esito sovente per nulla scontato.

Tra l'enunciato della regola e la realtà fattuale cui essa deve di volta in volta applicarsi esiste sempre uno spazio da colmare, e lo si colma talora un po' isolando i connotati del fatto, in modo da consentirne la riconduzione alla regola, talaltra un po' ampliando o modellando la portata semantica della regola per ricomprendervi il fatto. Si potrebbe dire che in ciò appunto consiste, da sempre, il mestiere del giudice (ed anche di ogni altro operatore giuridico); ma oggi colmare quello spazio è divenuto più arduo: sia perché la realtà è assai più dinamica che in passato ed offre sempre nuovi profili non facilmente riconducibili all'astratta previsione legale, sia perché le leggi sono meno organiche e sistematiche in conseguenza del moltiplicarsi e del sovrapporsi delle fonti di diritto nazionali e sovranazionali. È innegabile che ciò ha finito per esaltare la dimensione integrativo-creatrice della giurisprudenza. La quale però, pur costretta a ricercare la propria rotta in una difficile navigazione tra regole e principi, non può mai affrancarsi dalla necessità di fondare le proprie decisioni su una base legale, per mal certa che sia. Se così non facesse, non riuscirebbe ad evitare il pericolo di divenire (e di essere avvertita dai cittadini come) un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale. Per quanto si voglia esaltare la creatività del momento interpretativo ed applicativo del diritto ad opera del giudice, occorre ammettere che egli non compie un esercizio senza rete, né potrebbe mai prescindere completamente dal dato testuale senza provocare una rottura insanabile del quadro istituzionale in cui si iscrive lo Stato di diritto.

Il compito del giudice (al pari di qualsiasi altro interprete della legge) consiste perciò oggi soprattutto nel testare i limiti di elasticità della regola dettata dal

legislatore, nel comprendere quale sia, di volta in volta, lo spazio interpretativo che nella situazione data l'ordinamento nelle sue varie articolazioni gli offre, e di saper motivare le scelte che egli compie nello spazio segnato da quei limiti, in modo da favorire il formarsi di indirizzi giurisprudenziali coerenti (nel che consiste, come già altre volte mi è capitato di dire, la funzione della moderna nomofilachia: non conservazione statica di orientamenti tradizionalmente recepiti, bensì capacità di governare l'evoluzione giurisprudenziale in funzione dei mutamenti sempre più accelerati della società e delle esigenze del sistema giuridico che essa esprime).

Mi pare, insomma, che non si tratti di sposare concezioni neopositiviste o, viceversa, di arruolare senz'altro la giurisprudenza nel novero delle fonti di diritto, quanto piuttosto di attrezzarsi a svolgere in ciascuna situazione, con professionalità, scrupolo ed onestà intellettuale, quell'opera di ricognizione dei limiti entro i quali la discrezionalità interpretativa può esercitarsi – e sono spesso, come s'è detto, limiti nient'affatto ristretti – senza provocare una rottura del quadro legale. E si tratta di saper riempire lo spazio che entro quei limiti si apre in modo argomentato e convincente, tale da lasciar ragionevolmente supporre che la medesima soluzione potrà applicarsi in futuro a casi analoghi, fin quando non si dimostri ancor più persuasivamente che ve n'è un'altra migliore.

È questa una conclusione che può apparire banale – forse anche inadeguata rispetto al livello teorico del dibattito innescato dal rapporto tra il giudice e la legge – ma che si radica nell'esperienza concreta dell'esercizio giurisdizionale e che, per banale che sia, si presenta spesso difficile da praticare nel variopinto panorama della realtà che l'interprete del diritto si trova quotidianamente a dover fronteggiare. Il suo compito non è agevole. L'auspicio è che gli scritti ospitati in questo numero della Rivista possano essergli d'aiuto.

Renato Rordorf

Gennaio 2017

Introduzione

di *Andrea Natale*

1. Il tema trattato in questo fascicolo è di quelli da far tremare le vene ai polsi. In questa *introduzione* non si anticiperanno i temi oggetto dei singoli contributi raccolti, ma si esporranno soltanto i dubbi e le questioni che – imposti dalla contemporaneità – ci hanno spinto ad intraprendere questa piccola ricerca. La nostra gratitudine verso gli Autori, per avere partecipato a questa temeraria impresa, è dunque profonda. Pubblichiamo qui anche uno scritto di Pier Luigi Zanchetta, storico compagno di strada di questa *Rivista*, oggi non più tra noi. Si tratta di uno scritto del 1999¹ che non mostra i segni del tempo. In esso, Zanchetta ragiona proprio su un tema che attraversa molte pagine di questo fascicolo, ossia sul ruolo della magistratura nella società contemporanea e sulla legittimazione della giurisdizione ad intervenire in campi ove la legislazione «non riesce a dire tutto». Anche a lui si rivolge il nostro grato ricordo.

2. Già quarant'anni orsono, Giovanni Tarello evidenziava due elementi che – tra gli altri – connotavano la nascita dello stato moderno, in concomitanza con l'età della codificazione del diritto privato e della codificazione costituzionale: l'assunzione in capo allo Stato del «monopolio delle fonti del diritto» e «l'unificazione del soggetto di diritto». Per dirla con un'altra immagine: lo stato moderno nasce con il superamento del *particolarismo giuridico*, vale a dire con il superamento della coesistenza di diverse autorità regolatrici nello stesso contesto e con il superamento della coesistenza di regimi giuridici differenziati in ragione dell'autorità regolatrice, delle qualità personali del destinatario della regola,

dello spazio e del tempo in cui la regola deve trovare applicazione².

Tale processo storico – oggi associato all'affermarsi, in larga parte del mondo, di sistemi di legittimazione democratica dell'autorità regolatrice – è percepito come positivo, in quanto potenzialmente foriero di razionalità del sistema e di eguale trattamento dei consociati davanti alla legge.

3. Ove si voglia guardare la realtà attuale attraverso queste stesse lenti, ci si accorge immediatamente che questo schema concettuale non è più in grado di funzionare.

La funzione legislativa non è più monopolio degli Stati nazionali. Da un lato – per restare all'esperienza italiana – perché, all'interno dei confini nazionali sono presenti altre istituzioni alle quali è attribuita una funzione regolatrice (per esempio le Regioni). Dall'altro lato, perché, ovunque – sotto la pressione della storia e delle esigenze della globalizzazione – si sono affermati, oltre allo Stato, altri regolatori: si allude a veri e propri ordinamenti sovranazionali (come l'Unione europea) o a sistemi giuridici sovranazionali che, seppur non costituiti in veri e propri ordinamenti, comunque interagiscono e condizionano i sistemi giuridici nazionali, talora dotandosi anche di apparati giurisdizionali deputati all'interpretazione e all'applicazione di *quelle* regole (per restare in Europa, il sistema originato dalla stipula del trattato internazionale denominato *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, al quale aderiscono oggi 47 Stati membri o il sistema dell'*Organizzazione delle nazioni unite*).

1. P.L. Zanchetta, *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in questa *Rivista* (ed. Franco Angeli) n. 1/1999, pp. 117 ss., riproposto in questo numero p. 82.

2. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976. Sull'unificazione e la razionalizzazione del sistema giuridico, con accentramento delle prerogative legislative in capo allo Stato, *ivi*, pp. 47 ss. Sulla razionalizzazione legata al «soggetto unico di diritto», *ivi*, p. 37 ss. Sul *particolarismo giuridico*, *ivi*, pp. 28 ss. Sul superamento del particolarismo giuridico e sulle sue cause di natura *economica*, v. anche F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 1976 (nuova ed. 1993), pp. 11 ss.

Ma, ancora: la delega della funzione regolatrice a soggetti altri dallo Stato si ha anche con altri fenomeni, come per esempio l'attribuzione ad istituzioni non rappresentative del corpo elettorale di penetranti compiti di regolazione (si allude al fenomeno delle cd. *autorità amministrative indipendenti*); o, ancora, con l'attribuzione a soggetti privati dei compiti di elaborare gli *standard* di sicurezza dei prodotti o di elaborare regole tecniche applicabili in un determinato settore professionale (si pensi, per esempio, al sistema delle norme Uni-Iso e al valore loro attribuito anche da atti normativi statuali o da atti dell'Ue o, ancora, ai principi contabili emanati dalla fondazione denominata Organismo italiano di contabilità).

Ma non solo: talora gli Stati – in contingenze economiche sfavorevoli (non sempre legate a loro *responsabilità*) – subiscono il determinante condizionamento delle prescrizioni loro impartite da istituzioni finanziarie non investite da un mandato rappresentativo (come è avvenuto nel contesto della crisi sudamericana degli anni novanta in Argentina, come è avvenuto più di recente in Grecia e Italia in questi ultimi anni)³. E, ancora: il monopolio legislativo in capo allo Stato viene meno anche per effetto di fenomeni economici che, quasi naturalmente, spingono per l'affermazione di una nuova *lex mercatoria*, che sappia prescindere dalla regolazione statale; per sua "natura" la *lex mercatoria* è infatti modellata su «un insieme di regole, principi, modelli contrattuali e moduli di giustizia privata che sono creati dagli stessi operatori economici, nel corso della loro esperienza commerciale transazionale, o suggeriti e messi a punto da esperti di diritto commerciale internazionale, spesso inseriti nelle cosiddette *law firms*»⁴. La capacità di creare regole – di generare la *lex mercatoria* – da parte dei protagonisti del commercio globale è indubbia e sotto gli occhi di tutti.

Un ulteriore elemento di indebolimento della capacità regolatrice della legge è, poi, dato da un fattore endogeno, rappresentato da un decadimento qualitativo del prodotto normativo concepito dal legislatore (con effetti viepiù aggravati dalla ipertrofica produzione normativa).

4. Ma anche il «soggetto unico di diritto», inteso come fattore di razionalizzazione dell'ordinamento (e

come garanzia di eguale trattamento), è un indicatore che è oggi messo fortemente in discussione: si hanno regole per i "cittadini" e per i "non cittadini" (a loro volta distinti in cittadini Ue e cittadini non Ue); si hanno regole per i cittadini di una certa regione e altre regole per i cittadini di un'altra regione; si hanno regole per i "consumatori" e regole per i "professionisti"; regole per gli "uomini" e regole per le "donne"; e così via.

Ovviamente, molte delle distinzioni appena elencate sono il frutto non del capriccio, ma di scelte politiche informate alla necessità di offrire una maggior tutela a determinate categorie di persone, ritenute – per una ragione o per l'altra – in condizioni di svantaggio sociale o economico. Ma, in altri casi, si tratta di vera e propria attribuzione di posizioni di vantaggio legate unicamente ad uno *status* o ad una certa provenienza geografica.

5. E dunque: indebolito il monopolio della funzione regolatrice in capo allo Stato, riframmentato il soggetto (non più unico) di diritto viene da dubitare che lo *stato contemporaneo* risponda ancora all'immagine dello *stato moderno* tratteggiata da Tarello. E, infatti, vi è chi non esita a definire il nostro tempo come un tempo pre-moderno o, meglio, post-moderno⁵.

Ma, al di là delle etichette, è evidente che la contemporaneità pone in questione direttamente il *ruolo della legge* e la sua capacità di ordinare in modo efficace e razionale una certa comunità di persone.

E – se è posto in discussione il ruolo della legge – non può che essere messo in discussione, di riflesso, il *ruolo del giudice*.

6. È infatti fatale che, in un simile contesto di perdita di centralità e di capacità regolatrice della *legge*, si aprano spazi di incertezza; ed è altrettanto fatale che quegli spazi di incertezza vengano, in qualche misura, "riempiti" dall'azione di chi, quella legge (incerta, imprecisa, spesso delegittimata), è chiamato ad applicare.

Di qui le polemiche *contro la montée en puissance des juges*, contro la giurisdizionalizzazione della politica, contro la *supplenza giudiziaria*; fenomeni – quelli appena evocati – che metterebbero addirittura

3. Tra i molti possibili riferimenti, v. J. E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013, pp. 222 ss.

4. M. R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp.131-132 (ma v., in particolare e per i ricchi riferimenti bibliografici, pp. 113-135).

5. Cfr. P. Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 3 ss., 69 ss., 112 ss.; dello stesso Autore, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 4 ss., 24 ss.

a repentaglio la stessa tenuta dello *stato di diritto*⁶ e che troverebbero un fertile terreno nella retorica dei diritti fondamentali (o pretesi tali).

Per dirla con parole forse brutali: «si è alterato il rapporto tra legislazione e giurisdizione (...)? L'insaziabilità dei diritti fondamentali cancella la sovranità popolare?»⁷

Si teme, cioè, che il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali e i meccanismi di interazione tra fonti del diritto statuali e sovranazionali venga usato dalla giurisdizione in modo disinvolto e tale da mettere in discussione il rapporto di *fedeltà* che, necessariamente, deve legare il giudice alla legge.

Del resto, è tuttora percepita come *incongrua* – rispetto ad un ordinamento di *civil law* come il nostro – l'idea che il giudice possa non dare applicazione ad una legge per contrasto con una norma euro-unitaria; e, ancor più innaturale, è percepita l'idea che si possa dubitare della legittimità costituzionale di una legge dello Stato perché questa determinerebbe un esito non conforme ad una sentenza della Corte Edu⁸.

È comprensibile: alle leggi – diceva Montesquieu – ci si deve avvicinare solo con mano tremante.

7. I fattori di incertezza sono a questo punto tutti sul tappeto: scarsa qualità della legislazione; sovrapposizione e interferenza tra più autorità regolatrici; diverse *identità* – e diverse investiture – delle autorità regolatrici.

E, però, per tornare ai timori di Violante sulla tenuta dello stato di diritto: è vero che alle leggi ci si deve avvicinare con mano tremante e che una società in cui non è garantita la separazione dei poteri non ha una Costituzione⁹; ma è altrettanto vero che anche una so-

cietà in cui non è «assicurata la garanzia dei diritti» non ha una Costituzione¹⁰.

8. È in questo scenario – di estrema incertezza e, per altro verso, di *necessità di garantire* tutela ai diritti fondamentali – che si trova a muoversi e ad agire la giurisdizione. L'espansione dei suoi ambiti di intervento è un dato di fatto innegabile. Ed è altrettanto innegabile che molte voci della cultura giuridica non esitano oramai ad attribuire alla giurisdizione – o, meglio, alla giurisprudenza – una funzione (anche) di *creazione di nuovo diritto*.

Nel ragionare sull'*espansione* dell'ambito di intervento del potere giudiziario, Ferrajoli – con il contributo che inaugura questo fascicolo – muove le proprie critiche in modo particolare contro due orientamenti che – e seguendo (e semplificando) la schematizzazione proposta da Ferrajoli¹¹ – vengono definiti anti-positivisti. Essi – secondo Ferrajoli – offrirebbero una sponda ed una legittimazione alla giurisdizione come «fonte creativa di nuovo diritto».

9. L'uno, definito «*neo-pandettista*» è quello propugnato da Grossi, per il quale «il vero diritto positivo non è *quello* posto da una autorità legittima, bensì *quello* che l'interpretazione/applicazione immerge nella positività della società e rende sostanzialmente e non solo formalmente positivo. Si valorizza l'interprete come intermediatore, ma in quanto voce della comunità; è pertanto la comunità a essere valorizzata, non più gregge passivo di destinatari di comandi repressivi; è valorizzata l'effettività del consenso presente dei consociati che l'interprete esprime»¹². In un altro contributo, lo stesso Autore enfatizza ul-

6. Tra i molti riferimenti, v., per esempio, L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 20-22; v. anche, sulla carenza di legittimazione democratica dei giudici, *ivi*, pp. 41-44. Per uno sguardo storico sulla persistente frizione tra potere giudiziario e potere politico, v. A. Guardiano, *Spunti per una ricostruzione storica, in questo fascicolo della Rivista*.

7. Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 47; per interrogativi analoghi, v. pp. 54 ss.

8. Questa è la *percezione* del fenomeno. In realtà, allorché si dubita della legittimità costituzionale di una legge dello Stato per contrasto con la Convenzione Edu, si ragiona non del contrasto con le sentenze della Corte Edu, ma della ipotizzata violazione dell'art. 117 Cost., che – obbligando il nostro Paese al rispetto degli obblighi internazionali – risulterebbe leso ove una legge dello Stato fosse in contrasto con una disposizione della Conv. Edu che, pertanto, funge da norma interposta. Su tali aspetti, sui meccanismi di interazione tra sistema convenzionale e ordinamento interno, sul ruolo della Corte Edu e della Corte costituzionale, sul delicato problema dei controlimiti, v., in questo numero della *Rivista* il contributo di R. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali* (e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici).

9. Art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789.

10. Così sempre l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1789.

11. Cfr. in *questo fascicolo della Rivista*, L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in particolare, il paragrafo 2.

12. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 109-110 (i corsivi sono nel testo originale).

teriormente la frattura dalla tradizione legalistica: «il meta-legale, cacciato a forza fuori del recinto della giuridicità, ora che l'artificiosissimo edificio legale costruito dalla modernità va sempre più cedendo, ora che il diritto può spontaneamente recuperare la sua naturale complessità, ritorna ad essere parte cospicua – forse, la prevalente – del paesaggio giuridico»¹³.

Ma tale orientamento – cui non mancano profili di fascino sul piano della ricostruzione storica – sembra però avere più una portata *descrittiva di un fenomeno*, non anche la funzione di offrire una cornice teorica a quelle che, nella prospettiva di Ferrajoli, costituiscono rotture della legalità. Per inciso: questo stesso orientamento, nella misura in cui si pone in polemica con la legge statutale, esaltando la capacità regolativa delle comunità si espone ad una critica: in assenza di una autorità statutale, capace – se del caso – di imporre il precetto, all'interno delle comunità più o meno autoregolate, comporta il rischio concreto che si affermi la legge dei più forti, a scapito dei più deboli (ossia, di chi, dentro le comunità sociali, non ha né forza, né voce)¹⁴.

10. Il secondo orientamento anti-positivista – definito da Ferrajoli “*neo-costituzionalismo principialista*” – viene fatto risalire (tra gli altri) alle analisi di Dworkin¹⁵ e di Gustavo Zagrebelsky¹⁶; secondo quest'ultimo, «le regole operano esclusivamente in una direzione, attraverso procedimenti logici di natura deduttiva»; invece, i «principi svolgono una *doppia funzione*: (a) la deduzione conforme del giudizio di valore circa il caso da decidere, che è elemento del-

la “categorizzazione” del fatto; (b) la determinazione della norma, attraverso (...) la “concretizzazione” che, sulla premessa di tale giudizio, si applica al caso. I principi mettono così in moto quell’“andare e venire” dal fatto al diritto e viceversa, nel quale consiste il processo interpretativo»¹⁷; il «principio è il *medium* nel quale troviamo un'apertura “teoretica” al valore ed un'apertura “pratica” alla regola»¹⁸. In altri termini: «il principio è qualcosa di diverso da una regola molto generale... e, proprio per questo, è norma giuridica, anzi, norma giuridica al massimo grado e del massimo valore per la vita del diritto, perché, oltre ad operare come norma tra le altre norme, svolge una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica, nel senso di attività intermediaria tra caso – inteso come fatto compreso nel suo significato e nel suo valore – e diritto»¹⁹.

Non ci sembra, francamente, un'impostazione ever-siva²⁰; né ci sembra un'impostazione che autorizzi la giurisdizione ad assumere un ruolo di rottura della legalità che non le compete.

11. Per contro, Ferrajoli – che si muove dichiaratamente in una prospettiva positivista – propone di distinguere tra: (a) *principi direttivi* (ossia i veri e propri principi, in relazione ai quali non è ravvisabile nessun comportamento predeterminato che sia configurabile come applicazione o violazione di quel principio, come per esempio nel caso dell'art. 4 e dell'art. 3, comma 2, Cost.); e (b) *principi regolativi* (che sono *principi deontici*, che si comportano come le regole e per i quali – avendo ad oggetto diritti fondamentali

13. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 44.

14. Lo stesso rischio è messo in luce da G. Preterossi, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, pubblicato in questo fascicolo della Rivista.

15. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010 (nuova edizione); in particolare, si vedano i capitoli 4 (pp.129 ss.) e 7 (pp. 269 ss.).

16. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008 (in particolare, capitoli 5 - 7).

17. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 223-224.

18. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 225.

19. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 213.

20. Anche N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in questo fascicolo della Rivista, si muove in una prospettiva analoga (il passaggio citato è al paragrafo 3): «Personalmente riterrei del tutto improprio, giunti a questa fase evolutiva dell'esperienza giuridica, negare la radicata conclusione secondo la quale anche la giurisprudenza debba essere annoverata tra le fonti del diritto. Né mi sembra che la configurazione creazionistica dell'argomentazione giuridica contraddica al paradigma dello stato di diritto (...).se si riconosce che la norma, come precetto all'azione, nasce all'esito dell'interpretazione e che questa trova la sua plausibilità nel fatto di fondarsi sulla condivisione di una collettività, allora ben può dirsi con Gadamer, che “il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione”, all'un tempo riconoscendo che “si verifica così un perfezionamento creativo della legge”».

– è possibile verificare se essi siano attuati o violati). In caso di conflitti tra *principi regolativi* (deontici) si dovrebbe procedere ad una *argomentazione equitativa* (*semplice o ponderata*) che – muovendo dall'esaltazione dei connotati del fatto dedotto in giudizio – consenta di comprendere quale principio regolativo sia quello effettivamente suscettibile di applicazione in quello specifico giudizio²¹.

12. La distinzione con l'impostazione del *neo-costituzionalismo principialista* – probabilmente chiara sul piano teorico – rischia di risultare molto meno nitida sul piano pratico; soprattutto se si considera la stratificazione e sovrapposizione di fonti, la scadente qualità del prodotto legislativo, i molti silenzi del legislatore su temi di frontiera e, non ultimo, la insopprimibile varietà dei casi della vita (con fenomeni via via più urgenti e complessi generati dal progresso tecnologico).

Certo è che alcune delle critiche che Ferrajoli muove al cd. *neo-costituzionalismo principialista* sono da tenere in gran considerazione: si allude, in particolare, all'obiezione per cui la teorica dell'interpretazione per *principi* si accompagna alla teoria per cui ogni principio – per poter coesistere con gli altri – deve entrare in un giudizio di *bilanciamento*. E in questo giudizio di bilanciamento è concreto il rischio che venga indebolita la *portata garantista* della Carta costituzionale, con un vero e proprio *effetto decostituente*²², come insegna il noto caso Ilva, in cui la Corte costituzionale ha posto in bilanciamento tra loro il diritto alla salute (l'unico diritto qualificato come *fondamentale* dalla Carta repubblicana) con il principio dettato dall'art. 4 della Costituzione (di porta-

ta precettiva, almeno in apparenza, indubbiamente molto meno forte)²³.

13. Sennonché, per dirla con Bobbio, che ragionava su un piano di filosofia politica, «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico, ma politico»²⁴; «non si tratta tanto di sapere quali e quanti sono questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento, se siano *diritti naturali o storici, assoluti o relativi*, ma quale sia il modo più sicuro per garantirli, per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano *continuamente violati*»²⁵.

Perché se è vero che al giudice non è consentito farsi legislatore è certo altrettanto vero che – a fronte di un'istanza di tutela di un diritto fondamentale di cui si lamenta la compromissione – al giudice non è consentito opporre un *non liquet*²⁶. Come ricorda Lamorgese nel suo contributo in questo fascicolo, perfino il *Code Civil* promulgato da Napoleone escludeva che il giudice potesse rifiutare di giudicare un caso con il pretesto del silenzio, dell'insufficienza o dell'oscurità della legge²⁷.

In questo fascicolo sono allora raccolti molti contributi – relativi a diverse branche dell'ordinamento – nei quali si riflette sulle tecniche di tutela di diritti fondamentali (apparentemente) privi di garanzie esplicite nell'ordinamento. Si tratta di contributi acuti, capaci di cogliere le autentiche esigenze dei casi dedotti in giudizio e la profonda *ratio decidendi* di decisioni che, almeno in apparenza, rappresentano uno sconfinamento della giurisdizione su sentieri ad essa preclusi.

21. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questo fascicolo della *Rivista*, in particolare al paragrafo 6.

22. Sul punto, si veda – oltre al contributo pubblicato in questo fascicolo – L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 112 ss. ove si distingue tra i diritti fondamentali, come regole oggetto di applicazione e come principi oggetto di argomentazione.

23. Sul caso Ilva e sul bilanciamento evocato nel testo, v. S. Palmisano, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Questione giustizia* n. 2/2014 (edizioni Franco Angeli).

24. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 16; corsivi nel testo originale.

25. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. 17-18.

26. Il caso Englaro (definito con la pronuncia delle Sezioni unite civili, Sentenza n. 27145 del 13/11/2008, Rv. 605231), in tal senso, è paradigmatico, come – nel senso opposto – il caso Welby (malato terminale che chiedeva di vedere interrotto il trattamento meccanico che lo teneva artificialmente in vita); in quest'ultimo drammatico caso, il Tribunale di Roma, con decisione del 16 dicembre 2006, dopo avere affermato che sussiste il principio di autodeterminazione del paziente, decretò l'inammissibilità dell'istanza rilevando che il principio di autodeterminazione non era attuato con regole precise; sicché tale diritto – pur affermato – non poteva essere concretamente attuato; di qui, l'inammissibilità dell'istanza.

27. In questo numero della *Rivista* riflettono sull'interpretazione a fronte dei silenzi della legge, A. Lamorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* e E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*.

Gli stessi contributi permettono altresì di registrare la profonda distanza culturale che si registra tra cultori delle materie civilistiche e cultori del diritto penale²⁸. I primi²⁹ si dimostrano maggiormente aperti a svolgere ragionamenti *per principi* e a ricavare da essi regole e, dunque, le *soluzioni dei casi concreti*.

I secondi, invece, manifestano maggiore prudenza rispetto agli allontanamenti dai sentieri della stretta legalità, quand'anche stimoli in tal senso derivino da ordinamenti o sistemi sovranazionali comunque cogenti per il nostro Paese. E se ne capisce il motivo, posto che, in materia penale, il principio di stretta legalità (articolato nei principi di *riserva di legge*, di *tassatività* e *determinatezza*, di *irretroattività*) costituisce una indubbia (e insopprimibile) garanzia per il consociato che si trova al cospetto della giustizia penale³⁰. Certo è forse meno comprensibile la resistenza culturale che – valorizzando lo stesso principio di legalità – si incontra quando alcuni *allontanamenti* dalla legge intesa in senso strettamente formale vengano evocati *in favor rei* e in chiave di tutela di diritti fondamentali (posto che un simile fenomeno di *allentamento* del principio di legalità *in favor rei* non è ignoto al nostro ordinamento; basti pensare ai casi – da taluno ammessi, benché problematici – dell'*analogia in favor rei* o alla *consuetudine scriminante*)³¹.

14. «È finito il tempo delle norme scolpite nel marmo»³², scriveva Cordero nell'introduzione al suo manuale di procedura penale. Ed è, questo, un dato storico della contemporaneità al quale la giurisdizione non può sottrarsi, pena l'incapacità di *assicurare la garanzia dei diritti*, che è pur sempre una delle ragioni costitutive dello *stato di diritto costituzionale*. Come è allora chiaro, non si tratta di negare il fenomeno della trasformazione della legalità, ma di viverlo, con piena consapevolezza di tutti i rischi e le implicazioni che ogni allontanamento dalla legalità – seppur

necessario per offrire risposte che l'ordinamento non ha saputo dare in modo esplicito – può comportare dei costi sul piano degli assetti democratici. Ma «il processo in corso (...) non può essere descritto come la sopraffazione di un potere sull'altro, con la politica che soccombe davanti ai giudici. È piuttosto l'esito di una difficoltà della politica, e delle categorie giuridiche che l'hanno accompagnata, di trovare la misura adatta per entrare nell'era descritta (...)»³³.

Ciò creerà – e concretamente crea – delle *trasformazioni* e dei riallineamenti nell'equilibrio tra i poteri dello Stato. È innegabile e sarebbe disonesto nascondere. Ma, del resto, quella che viviamo non è la prima trasformazione che vive il principio – per taluno il dogma – della separazione dei poteri. Basti pensare – seguendo i tempi lunghi della storia – a cosa resti della originaria tripartizione dei poteri dello Stato (potere legislativo, esecutivo e giudiziario) nelle moderne democrazie maggioritarie e bipolari: si può ancora parlare di tripartizione dei poteri dello Stato?

15. Su questi temi, non abbiamo risposte, ma solo molte domande. Tra esse, inevitabilmente, viene in discorso il problema della *legittimazione* dei giudici a (co-)partecipare alla creazione del diritto.

E diciamo subito che il tema non rileva solo per quanto riguarda la *legittimazione dei giudici comuni*, ma anche – e forse *soprattutto* – per quanto attiene la *legittimazione dei giudici delle corti sovranazionali*, le cui decisioni, spesso, hanno implicazioni di sistema di estremo rilievo e di cui non sempre sono chiare le regole di investitura (*chi* li nomina?), le garanzie di autonomia e di indipendenza (*quanto* sono condizionati dai Paesi che li hanno nominati?).

Quanto alla *legittimazione dei giudici comuni* ad operare interventi di supplenza non si può che ribadire che, non alla giurisdizione, ma alle autorità democraticamente investite da mandato popolare compete

28. Un discorso a parte meriterebbe il contributo di A. Terzi, *I giudici, il diritto del lavoro e l'interpretazione che cambia verso*, in questo numero della *Rivista*, ove si ragiona sulla ridotta (rispetto al passato) capacità di intervento – con gli strumenti dell'interpretazione per principi e dell'attribuzione di portata immediatamente precettiva al dettato costituzionale – che oggi ha la giurisprudenza del lavoro; ciò sia per effetto di tendenze culturali, sia per effetto di precisi interventi legislativi.

29. Cfr., in questo numero della *Rivista*, A. Giusti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, ma, si vedano anche i già citati contributi di A. Lamorgese, *L'interpretazione creativa*, cit., R. Conti, *Il sistema di tutela multilivello*, cit.

30. Si rimanda al contributo di G. Leo, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, pubblicato in questo numero della *Rivista*.

31. Per una rassegna delle questioni, cfr., per esempio, F. Mantovani, *Diritto Penale, parte generale*, Cedam, Padova, 1992: sulla consuetudine scriminante (pp. 82-83) e sulla *analogia in favor rei* (pp. 110 ss.).

32. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006. La frase citata è nella premessa alla seconda edizione, del 1992 ed era riferita al diluvio di riforme normative e di sentenze manipolative che aveva investito il neonato codice di procedura penale.

33. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 59.

la responsabilità di definire, promuovere e perseguire l'interesse generale.

Ma – a fronte di inadeguatezze o persistenti inerzie del legislatore – la tutela dei diritti deve essere comunque assicurata e la *supplenza* nel caso concreto, talora, si fa pressoché inevitabile³⁴. Quale legittimazione, dunque, per la giurisdizione? Il primo fattore di legittimazione è dato evidentemente dal mandato costituzionale che demanda ai giudici il compito di assicurare la protezione dei diritti; e, si badi, la stessa Carta vincola non solo la giurisdizione, ma anche il legislatore, sì che gli «Stati costituzionali» non sono più «ordinati verticalmente»; al contrario «legislazione e giurisdizione sono entrambe egualmente legate alla Costituzione, “norma primaria e suprema direttamente per i giudici, come per il legislatore”»³⁵.

E per evitare che – nell'esercizio di tale mandato – il potere giudiziario possa sconfinare, occorre considerare che il nostro ordinamento appresta alcune significative garanzie. La prima garanzia è indubbiamente rappresentata dal sistema di reclutamento dei magistrati, indifferente ad orientamento politico, opzioni culturali, censo. La seconda garanzia è rappresentata dalle prerogative di autonomia e indipendenza che la nostra Carta costituzionale assegna all'ordine giudiziario e, dunque, a ciascun giudice nell'atto di esercitare il potere giurisdizionale. La terza garanzia è rappresentata dal dovere del giudice di *dare conto* con le proprie *motivazioni* delle ragioni di ciascuna decisione che egli assume *in nome del popolo italiano*. La quarta garanzia è costituita dall'essere il potere giudiziario un *potere diffuso*, in cui è impossibile

anche solo intravedere una *volontà unitaria* (e, come tale, incapace di porsi in volontario conflitto con le autorità investite da mandato rappresentativo). La diffusione del potere giudiziario, del resto, rende la giurisprudenza – anche nelle sue manifestazioni apparentemente *creative* – una sorta di *intelligenza collettiva*, soggetta a progressivi aggiustamenti, a progressive ridefinizioni del proprio ruolo, a progressive correzioni di rotta; certo, perché si possa avere fiducia in questa intelligenza collettiva, occorrerebbe avere fiducia nella capacità di *orientamento razionale* della giurisprudenza da parte di chi è investito della funzione di *nomoflachia*.

16. Ma la miglior *garanzia* contro i possibili abusi da parte della giurisdizione è rappresentata dal fatto che essa è, soprattutto, sempre esposta ad un continuo confronto con la volontà del legislatore che, in ogni momento, con un tratto di penna, può cancellare interi repertori di giurisprudenza.

Ove il legislatore non intervenga, ove intervenga in modo non conforme alla necessaria tutela dei *diritti fondamentali*, ai giudici – con prudenza istituzionale, ma senza timidezza – non resterà che dimostrarsi giudici di questa contemporaneità e di questa storia; non resterà loro altra scelta se non quella di provare ad intervenire, con tutti gli strumenti che l'ordinamento assegna loro (e si tratta sempre di strumenti interpretativi costruiti su base legale).

Perché il diritto deve restare, anzitutto, un bene al servizio dell'uomo³⁶.

34. Su tale questione, sulla supplenza intesa come *soluzione innovativa* che attinge a risorse interne al sistema, sui rischi connessi ad una concezione (e a una legittimazione) tecnico-sapienziale della giurisdizione, v. G. Preterossi, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, cit.. Sul tema della legittimazione, v. anche P.L. Zanchetta, *La legittimazione e il suo doppio*, cit., pp. 117 ss.

35. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 65.

36. Mc 2, 27: «Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato».

Contro la giurisprudenza creativa *

di Luigi Ferrajoli

Gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Rileva, alla base di queste teorizzazioni, svariati equivoci epistemologici, primo tra tutti una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. E propone una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge.

Gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Rileva, alla base di queste teorizzazioni, svariati equivoci epistemologici, primo tra tutti una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. E propone una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità,

con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge.

1. La crisi della legalità e l'espansione odierna degli spazi di discrezionalità e di potere della giurisdizione

Lo spazio della discrezionalità giurisdizionale affidato all'argomentazione giudiziaria e corrispondente al potere dei giudici è uno spazio enorme. Se chiamiamo *diritto vigente* l'insieme degli enunciati normativi e *diritto vivente* l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa.

Questo spazio dipende in larga parte dalla semantica della lingua legale, essendo tanto più ampio e

* Questo testo, in una versione più ampia, è destinato a un volume collettaneo sull'argomentazione giuridica, di prossima pubblicazione in Spagna, a cura di Marina Gascon Abellan.

indeterminato quanto più ampio e indeterminato è il significato associabile ai termini della lingua legale. Con l'indeterminatezza della lingua legale, cresce pertanto la dimensione potestativa dell'attività giudiziaria e, correlativamente, se ne riduce la dimensione conoscitiva. Ne risulta condizionato anche lo spazio dell'argomentazione probatoria, a causa del nesso esistente tra la verificabilità giuridica e fattuale del fatto giudicato e la determinatezza del linguaggio legale. È infatti sulla base di tale determinatezza, quale è richiesta dal principio di stretta legalità o tassatività, che può identificarsi l'oggetto della prova e argomentarsi la corrispondenza tra i fatti provati e le previsioni normative e perciò la "verità", sia pure probabilistica in fatto e opinabile in diritto, delle qualificazioni giuridiche dei primi sulla base delle seconde. Precisamente, il grado di decidibilità della verità giuridica di un pronuncia giurisdizionale è direttamente proporzionale al grado di tassatività delle norme da essa applicate e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa. Dove la verità giuridica è indecidibile per totale indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo, e il potere giudiziario si converte, da potere di applicazione della legge tramite prove e interpretazioni, in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto, tendenzialmente arbitrario e illegittimo perché in contrasto con il principio della sua soggezione alla legge¹. È perciò sulla tenuta del principio di legalità che si regge l'intera struttura dello stato di diritto, quale sistema normativo entro il quale tutti i poteri sono soggetti alla legge e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione.

Si capisce perciò come oggi il grave problema che affligge i nostri ordinamenti è la crisi della legge e del ruolo di limitazione dell'arbitrio che, nel modello teorico dello stato di diritto, è svolto dal principio di legalità: dalla legalità costituzionale quale sistema di limiti e vincoli alla legislazione; dalla legalità ordinaria quale sistema di limiti e vincoli alla giurisdizione. Ne sono seguite una crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei

giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri. Questa espansione della giurisdizione e del potere dei giudici è dovuta a molteplici fattori.

Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo: innanzitutto nella sovra-produzione delle leggi, che in Italia si contano ormai in decine di migliaia; in secondo luogo nella disfunzione del linguaggio legale, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente oscurità, tortuosità, vaghezza e talora contraddittorietà dei testi legislativi; in terzo luogo nella crisi della forma generale ed astratta delle norme di legge e nella prevalenza delle leggi-provvedimento, molto spesso a tutela di interessi particolari e clientelari². Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un "accozzaglia di leggi speciali"³, composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. Si aggiungano i processi di de-regolazione, di de-legificazione e di privatizzazione che in questi anni hanno allargato gli spazi del mercato in danno dei diritti sociali e del lavoro. Il risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole – che sta minando alle radici la soggezione dei giudici alla legge, snaturando il ruolo sia pure solo tendenzialmente cognitivo della giurisdizione e così deformando l'assetto dello stato di diritto. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo⁴.

Il secondo fattore di espansione del potere giudiziario è la struttura multilivello degli attuali ordinamenti. La prima articolazione multilivello della legalità è quella generata dalla rigidità delle odierne costituzioni, che affidano ai giudici la censura diretta o indiretta dell'illegittimità costituzionale delle leggi

1. Sulla nozione di "decidibilità" della verità processuale – o meglio dell'accettazione come vere o corrette delle motivazioni di una pronuncia giudiziaria – legata alla tassatività e determinatezza della lingua legale, e sulla degradazione del potere del giudice in "potere di disposizione" ove la verità processuale risulti indecidibile, rinvio a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 10^a ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, § 5, pp. 36-45, § 9.1, pp. 94-97 e § 12, pp. 147-160 e, da ultimo, a *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, § 7.3, pp. 172-175.

2. Secondo S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, in Italia le leggi-provvedimento raggiungono ormai i tre quarti dell'intera produzione legislativa.

3. L'espressione è di M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, ott.-dic. 2014, 4, p. 569.

4. Così M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* Giuffrè, Milano, 1984, p. 8.

medesime per incompatibilità con i principi costituzionali dell'uguaglianza delle persone, delle libertà fondamentali e dei diritti sociali. Ha fatto così la sua comparsa la figura, inconcepibile nel vecchio stato legislativo di diritto, del *diritto legislativo illegittimo*⁵ per contrasto con le norme costituzionali. È cambiato, conseguentemente, il rapporto tra giudice e legge. I giudici, benché sottoposti alla legge, sono dotati del potere di controllarne la costituzionalità: i giudici ordinari del potere di eccepire e il giudice costituzionale del potere di dichiarare l'invalidità costituzionale delle leggi. Solo l'argomentazione interpretativa, d'altro canto, può volta a volta adeguare ai principi costituzionali i testi delle leggi ordinarie, argomentando come valide le sole interpretazioni dei secondi compatibili con i primi. A questa prima articolazione multilivello se ne sono poi aggiunte altre due: la creazione di uno *ius commune* europeo, prodotto soprattutto dalla Corte europea di giustizia sul modello giurisprudenziale del *common law* e caratterizzato dalla complessità del nuovo sistema di fonti – statali, infra-statali e sovra-statali – e dall'incertezza delle loro relazioni gerarchiche⁶; lo sviluppo infine di una legalità di livello internazionale, affiancata più che sopraordinata alla legalità degli Stati nazionali, cui ha corrisposto, con la creazione di corti sovranazionali e il fenomeno crescente del dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, un'ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa⁷.

Il terzo fattore è rappresentato dallo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e poi della loro crisi. Si capisce come la crescita dello stato sociale e del ruolo della sfera pubblica – con le correlative funzioni pubbliche di garanzia dei diritti, l'espansione degli apparati burocratici e l'aumento degli interventi statali nella vita economica e

sociale – abbia anche provocato uno sviluppo dell'illegalità dei pubblici poteri manifestatosi nella variegata fenomenologia della corruzione. Ne è seguita un'espansione del ruolo della giurisdizione penale. La crisi odierna dello stato sociale e le misure antisociali imposte alla politica dai poteri economici e finanziari sono state poi un ulteriore fattore di crescita del ruolo della giurisdizione: nella latitanza e nell'impermeabilità della politica e nell'inefficienza della Pubblica amministrazione, le domande di giustizia vengono infatti rivolte in misura crescente alla magistratura, sollecitata a intervenire dalle violazioni dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere⁸.

Infine, un quarto fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza del potere giudiziario, connotata del resto a qualunque potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale. Il fenomeno si manifesta in forme vistose nel diritto civile⁹. Ma si sta sviluppando, in Italia, perfino in materia penale, dove si manifesta talora nello sviluppo di un'incontrollata fantasia incriminatrice che esorbita dalla legalità, sia pure disestata dai fattori sopra elencati. Proprio il dissesto della legalità favorisce infatti un costume di arbitrio che si esprime nell'estensione di fattispecie penali, ad opera dell'argomentazione interpretativa, a fenomeni vagamente analoghi e, più in generale, nello sviluppo di un cosiddetto "diritto penale giurisprudenziale": espressione ambivalente con cui si allude e si offre di solito legittimità non solo e non tanto, banalmente, al momento vivente del diritto penale vigente, cioè alla sua interpretazione giurisprudenziale – in questo senso tutto il diritto vivente, ripeto, è "giurisprudenziale" –, quanto piuttosto al ruolo "creativo" della giurisdizione consistente nell'"introduzione di nuove figure di reato"¹⁰.

5. Tanto da essere ritenuta una "contraddizione in termini" da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e di G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, cap. XI, H, b, p. 158; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, cap. V, § 35, J, α, p. 298.

6. Sulla sovrapposizione di diversi tipi di gerarchie normative, alcuni introdotti dagli operatori, e perciò sul ruolo dell'argomentazione interpretativa nell'identificazione stessa delle fonti e delle loro gerarchie, cfr. G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in "Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica", XVI, 2011, pp. 19-56.

7. Mi limito a ricordare, della sterminata letteratura sulla globalizzazione nel diritto, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

8. Cfr., in questo senso, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 169-186. Sull'espansione degli spazi della giurisdizione, si veda anche P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 41-43 e 107-126.

9. Si veda il recente libro di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, nel cui cap. II, pp. 87-223, che reca il titolo significativo *Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*, viene fornita un'ampia rassegna di sentenze creative, commentate di solito favorevolmente da una dottrina corriva.

10. Così G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in Id. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 5, 6, 11 e 14. Sullo sviluppo di un diritto penale giurisprudenziale, si vedano

Ebbene, è chiaro che tutti questi spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all'argomentazione – taluni perfettamente legittimi e di carattere progressivo perché a garanzia dei diritti, altri purtroppo legittimi ma regressivi perché provocati dal dissesto della legalità, altri infine di carattere extra-legale e di segno regressivo – sono da soli idonei a generare squilibri nei rapporti tra poteri e a provocare tra di essi tensioni e conflitti che rischiano di minare alla radice la legittimazione del potere giudiziario come potere soggetto alla legge, l'effettività del principio di legalità e la tenuta dello stato di diritto. L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione – inteso con “creazione” non già l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo diritto – contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità, dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge.

2. Le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto

È precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata all'espansione extra-legale del potere giudiziario da molteplici orientamenti dottrinari, pur nella diversità dei loro approcci teorici: dagli orientamenti kelseniani e post-kelseniani di tipo paleo-giuspositivistico a quelli principalisti di tipo neo-giusnaturalistico, dagli approcci dell'ermeneutica giuridica a quelli neo-pandettisti, fino alle varie correnti del realismo giuridico, tutte a sostegno dello sviluppo di un diritto giurisprudenziale disancorato dal diritto

legislativo. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è il primato riconosciuto alla giurisdizione rispetto alla legislazione quale fonte creativa di diritto, l'abbandono scettico dell'idea della subordinazione della prima alla seconda e la centralità associata al caso concreto, non soltanto nell'attività probatoria ma anche nell'interpretazione della legge.

Scopo di questo saggio è la critica di tali orientamenti, cioè delle diverse concezioni oggi correnti della giurisdizione come creazione del diritto, qualunque cosa s'intenda con il termine “creazione”: sia che con esso ci si riferisca, impropriamente, all'argomentazione della *legittima* scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali o dottrinarie; sia che con esso ci si riferisca, nel senso proprio e forte di “creazione”, all'argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta *illegittima* di significati normativi che sono al di fuori di tale cornice¹¹. Questa distinzione, benché non sempre risulti sufficiente, in mancanza di rigorosi criteri distintivi, a distinguere in concreto tra interpretazione (legittima) e creazione (illegittima)¹², è tuttavia sufficiente ai fini della critica di entrambe le concezioni appena distinte della giurisdizione come attività “creativa”: della concezione della giurisdizione come “creazione” in senso proprio o forte, riconoscibile altresì dall'esplicito rifiuto del principio della soggezione del giudice alla legge come ormai superato e non più sostenibile; e della concezione della giurisdizione come “creazione” nel senso improprio del termine, riconoscibile invece ove sia accompagnata dalla difesa, sia pure non del tutto coerente, di tale principio.

Il primato della giurisdizione come attività svincolata dalla soggezione alle norme di legge si trova affermato anzitutto, paradossalmente, dalla teoria normativistica di Hans Kelsen, entro la quale l'interpretazione giurisdizionale viene concepita come at-

inoltre G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro italiano*, 1988, cc. 484-494; L. Stortoni (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1989, pp. 9-108; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 353-376, riprodotta in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, pp. 33-64; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239-264; Id., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 41-52; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 44, 2015, pp. 131-181.

11. La distinzione ricalca, grosso modo, quella tra “interpretazione creativa” e altri tipi di interpretazione proposta da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 27-37, 59-61 e 267-269.

12. È quanto ha mostrato G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013, n. 1, § 4, pp. 88-95, che ha giustamente osservato che la distinzione di Guastini richiamata nella nota che precede, a causa dei confini estremamente labili e opinabili tra interpretazione e creazione, è una questione di grado.

tività soltanto volitiva la cui validità è indipendente dai contenuti delle pronunce giudiziarie, dipendendo unicamente dalla loro semplice esistenza in conformità alle sole forme della loro produzione. Secondo Kelsen, infatti, «l'interpretazione della legge» conduce sempre a più soluzioni, le quali tutte, sul piano giuridico, «si equivalgono» non essendoci «alcun criterio per stabilire quale delle possibilità interpretative offerte dalla norma sia preferibile all'altra»; sicché il problema della scelta tra le possibili interpretazioni, egli scrive, è un problema «di politica del diritto», «sostanzialmente uguale a quello di fare la giusta legge nell'ambito della Costituzione». La differenza tra legislazione e giurisdizione è pertanto «solo quantitativa e non qualitativa, ed è che il vincolo del legislatore sotto il profilo sostanziale è assai più limitato di quello del giudice», il quale «però crea il diritto e anch'egli, in questa sua funzione, è relativamente libero»¹³. Ne segue una singolare concezione irrazionalistica dell'applicazione della legge¹⁴ dalla quale risulta smarrito lo stesso ruolo regolativo della legislazione e allargato il potere giudiziario quale potere creativo di norme, per di più delle sole norme inderogabili perché esistenti e quindi valide anche se in contrasto con le norme di legge applicate. Si aggiunga che Kelsen non ha solo sostenuto questa concezione della giu-

risdizione come creazione del diritto in senso forte. Egli è altresì responsabile della diffusione dell'uso indifferenziato dell'espressione «creazione» del diritto, nel senso improprio e debole del termine, per designare qualunque atto normativo, sia esso legislativo o giudiziario, sulla base del fatto che esso, entro la struttura a gradi dell'ordinamento, è al tempo stesso applicazione di norme superiori (*application of law*) e produzione di norme inferiori (*creation of law*)¹⁵.

Ma sono soprattutto gli orientamenti apertamente anti o post-positivisti che sono oggi dominanti nella cultura giuridica e che sviluppano una critica esplicita del paradigma garantista della legalità ereditato dalla tradizione illuministica. Distinguerò tre orientamenti anti-positivisti oggi convergenti nell'intento di archiviare il modello giuspositivista del principio di legalità, della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri: l'orientamento ermeneutico, che sviluppa la sua critica sul piano dell'epistemologia del giudizio; quello principialista, che la sviluppa sul piano della teoria del diritto; quello storicista o neopandettista, che la sviluppa sul piano della pratica giuridica e dell'esperienza storica¹⁶.

Il primo orientamento, quello dell'ermeneutica giuridica di tipo gademariano, perviene all'affermazione del ruolo creativo della giurisdizione a partire

13. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1982, §§ 5-7, pp. 162-165. La tesi è ripresa nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1970, §§ 36-38, pp. 120-124, ed è radicalizzata nell'edizione di *La dottrina pura del diritto* del 1960, cit., § 46, pp. 387-388: «L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto... Con l'interpretazione autentica (cioè l'interpretazione di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla) si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dall'interpretazione teorica della norma da applicare, ma anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare»; tanto più perché, argomenterà Kelsen nella *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1985, cap. LVIII, § 21, p. 404, una tale norma singolare è comunque valida, quale che sia il suo contenuto, una volta passata in giudicato. In un saggio del 1929 – *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento*, cit., pp. 128-129 – Kelsen giunse a dichiarare il suo pieno accordo con il creazionismo giudiziario della scuola del “diritto libero”, che diciassette anni prima, in *Sulla sociologia del diritto* (1912), trad. in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Esi, Napoli, 1988, pp. 184-185, aveva duramente criticato. Per una critica di queste tesi kelseniane, rinvio, di nuovo, a *La logica del diritto* cit., §§ 7.2-7.3, pp. 154-178.

14. Cfr. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, prefazione a H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* cit. Questa concezione dell'interpretazione giudiziaria è tanto più singolare in quanto è accompagnata da una concezione soltanto descrittiva, e non anche decisoria, dell'interpretazione dottrinarica che si voglia “scientifica” (*La dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII, §§ 45-47, pp. 381-390).

15. «La creazione di una norma giuridica è, normalmente, una applicazione di una norma superiore, che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente, la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore. Una decisione giudiziaria, ad esempio, è un atto mediante cui è applicata una norma generale, una legge formale, ma è al tempo stesso creata come norma individuale che obbliga una o entrambe le parti della controversia» (*Teoria generale del diritto* cit., parte I, cap. XI, B, g, 1, p. 135). Questa tesi è presente costantemente nel pensiero kelseniano: si ricordino H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (1926), trad. it. in Id., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, cap. III, § 51, pp. 93-94; Id., *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), trad. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 146; Id., *Lineamenti di dottrina pura* cit., § 31, f), pp. 111-112; Id., *La dottrina pura* cit., § 35, d-f) pp. 260-267. Ho criticato questa omologazione di tutti i vari tipi di atti precettivi subordinati a norme superiori e la conseguente confusione tra le relative funzioni in *La logica del diritto* cit., § 6.3, pp. 133-143.

16. Ma si ricordino anche le concezioni creazioniste, antiformaliste e antilegaliste della giurisdizione formulate, nel prima metà del Novecento, dalla scuola del diritto libero sviluppatasi soprattutto in Germania e, per altro verso, dal realismo giuridico in entrambe le sue versioni: quella americana di Jerome Frank, di Karl Lewellyn e di Max Radin e quella scandinava, più moderata, di Axel Hägerström, di Wilhelm Lundstedt, di Karl Olivecrona e di Alf Ross.

da una rifondazione epistemologica dell'interpretazione e dell'applicazione della legge operata sulla base della centralità assegnata al caso concreto oggetto del giudizio. Riprendendo le tesi di Aristotele sull'equità come giustizia del caso concreto contrapposta all'inflessibilità della legge, Hans Georg Gadamer sostiene che si deve, «nel caso concreto, prescindere dall'esattezza rigorosa della legge. Ma quando ciò accade, non è perché non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Quando ci si stacca dalla legge non si fanno dunque delle 'riduzioni' della giustizia, ma anzi si trova ciò che è giusto. Aristotele esprime ciò nel modo migliore nell'analisi della *epieikeia*, dell'equità, là dove dice che l'*epieikeia* è la correzione della legge»¹⁷. Questa correzione, aggiunge Gadamer, è sempre relativa alla «situazione particolare» sottoposta al giudizio; e conclude: «Il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè l'*applicazione*. Certo, si verifica così un perfezionamento creativo della legge»¹⁸. Di qui la concezione ermeneutica della giurisprudenza come fonte creativa di diritto. «Messi alla prova dei fatti, considerati insomma nella loro dimensione concreta ed effettuale», scrive Giuseppe Zaccaria, «i principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge) che innervano gli ordinamenti giuridici continentali, esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati»¹⁹. Esigono, precisamente, che non «si rimanga ancorati e per così dire "abbar-

bicati" ad una visione rigidamente illuministica della separazione dei poteri» e perciò a «una valutazione decisamente negativa» dell'odierna, «progressiva espansione del ruolo della giurisdizione»²⁰, ma che, «con sano realismo», si registri perfino la «revisione penalistica del dogma di origine liberale che vincola l'interprete ad un rigido rispetto del principio di legalità»²¹. E tuttavia Zaccaria, al di là di queste incaute raccomandazioni, sembra far uso dell'espressione «creatività» soprattutto nel significato debole o improprio di cui si è detto all'inizio di questo paragrafo, cioè con riferimento alla scelta da parte del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro disegnato dal principio di legalità²².

Di carattere più propriamente teorico è la critica anti-positivista rivolta alla generalizzazione dello schema dell'applicazione giurisdizionale della legge dal secondo orientamento, quello del neocostituzionalismo principialista. La tesi da cui essa muove è una tesi teorica indubbiamente fondata: la distinzione strutturale tra regole e principi, basata sul fatto che mentre «le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente» ove ricorrano (o non ricorrano) le condizioni da esse previste, i principi «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste», e perciò non si applicano ma piuttosto si pesano, nel senso che prevale quello cui è associato volta a volta maggior peso per la sua maggiore importanza o pertinenza²³.

17. H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Bompiani, Milano, 1983², parte II, cap. II, § 2, b) pp. 369-370.

18. Ivi, p. 382.

19. *Ibidem*.

20. Ivi, p. 18.

21. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto* (2007), in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 15. Si vedano anche, sull'indirizzo ermeneutico, A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (1984), trad. it., a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004; C. Faralli, *Il giudice e il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, 2004, pp. 531-537; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014. Ben più radicale è l'approccio ermeneutico recentemente proposto da M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., il quale, muovendo dall'irreversibile «crisi delle categorie teoriche ereditate dalla stagione illuministica» (ivi, p. 146), ossia delle «categorie cardinali (legalità legislativa, riserva assoluta di legge, determinatezza)» intorno a cui ruotava «l'intero pianeta penalistico», propone apertamente di «svincolare la legittimazione della giurisdizione... dalla rigida soggezione alla legge» (ivi, p. 176). Si sarebbe prodotto, a suo parere, un mutamento di paradigma nella cultura giuridica: dal paradigma legalista della modernità, a quello giurisprudenziale della post-modernità, singolarmente simile, peraltro, a quello parimenti giurisprudenziale della pre-modernità.

22. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., cap. I, p. 14. Ma si vedano soprattutto le pagine di G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione* (2006), in Id., *La comprensione del diritto*, cit., pp. 159-165, dove la soggezione del giudice alla legge viene configurata come «obbedienza pensante» che non deve trasformarsi «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo... Una creatività male intesa... consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge... La creazione ermeneutica, insomma... è una circostanza di produzione subordinata alla legge».

23. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di G. Rebuffa, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 93, 94 e 96. Una distinzione analoga è proposta da Robert Alexy, secondo il quale, mentre «le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate», sicché

È facile riconoscere l'ascendenza kelseniana di questa distinzione: fu Kelsen che, richiamandosi a Kant, configurò le regole giuridiche come giudizi ipotetici che connettono conseguenze agli atti da esse ipotizzati, in opposizione ai principi morali che hanno invece la forma degli imperativi categorici nella quale, non a caso, sono formulati i principi e i diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni²⁴. Di qui la tesi principialista di una rinnovata connessione tra diritto e morale che si sarebbe realizzata con la costituzionalizzazione di tali principi e diritti, nonché l'idea, grazie all'opzione per l'oggettivismo e per il cognitivismo etico, della possibilità di una solida argomentazione razionale delle loro interpretazioni, fino alla tesi, sostenuta da Ronald Dworkin, della possibilità di pervenire all'unica soluzione corretta²⁵: che è una tesi opposta e simmetrica alla teoria kelseniana, essendo basata sull'oggettivismo etico anziché sul relativismo morale, ma con essa singolarmente convergente nell'identificazione di razionalità e verità, in forza della quale

i giudizi di valore, mentre per Kelsen non essendo né veri né falsi sono irrazionali²⁶, per i principialisti, essendo argomentabili razionalmente, sono altresì veri o falsi²⁷. Ma di qui, soprattutto, la proposta di un nuovo tipo di ragionamento giudiziario che si risolve, esso sì, nella sopraordinazione creativa, anziché nella subordinazione, del giudice alla legge: non più l'applicazione, bensì la ponderazione dei principi che concorrono nel caso sottoposto al giudizio e quindi la scelta da parte del giudice della norma da applicare e di quella da disapplicare.

Una polemica ancor più radicale con la tradizione illuministica e un rifiuto ancor più esplicito e netto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge quali «mitologie della modernità» sono infine espressi dal terzo orientamento sopra ricordato: quello che ha il suo più convinto e illustre sostenitore nell'autorevole storico del diritto Paolo Grossi e che ben possiamo chiamare neo-pandettista per l'opposizione istituita tra la legge quale «espres-

«se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede», i «principi sono precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi», sicché se ne possono ricavare, sulla base della loro ponderazione, regole volta a volta diverse a seconda della singolarità del caso (*Teoria dei diritti fondamentali* [1994], trad. it. a cura di L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna, 2012, cap. III, § 1.2, pp. 106-107); in particolare, secondo Alexy, «i diritti fondamentali, in quanto principi, sono precetti di ottimizzazione. In quanto tali, essi sono norme che dispongono che qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto» (*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in M. Carbonell, L. Garcia Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid 2010, p. 111). Analogamente Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero identificano la differenza tra principi e regole nel fatto che «i principi configurano il caso in forma aperta, mentre le regole lo fanno in forma chiusa» (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I, § 2.1, p. 9); mentre Gustavo Zagrebelsky la identifica nel fatto che solo le regole e non anche i principi prevedono fattispecie in esse sussumibili (*Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. VI, p. 149).

24. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti* cit., § 11, b), p. 63, dove si sostiene che secondo la dottrina pura la norma giuridica va «intesa non come imperativo al pari della norma morale, bensì come giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata». Al contrario «l'imperativo categorico» di Kant è appunto la designazione classica, divenuta patrimonio comune della scienza, del dovere etico, della norma etica» (H. Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 131). Si spiega così la tesi di Kelsen, ripresa anch'essa dai principialisti, secondo cui i principi di giustizia, e in particolare i diritti fondamentali, pur dopo la loro costituzionalizzazione «conservano il loro carattere di principi della morale» (*Teoria generale delle norme*, cit., cap. XXVIII, p. 184).

25. R. Dworkin, *No right Answer?* (1978), trad. it. *Non c'è soluzione corretta?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, n.2, pp. 469-501. Più in generale, scrive Luis Prieto, «il deficit di razionalità e di legittimità che può derivare» dall'indeterminatezza associata ai principi «viene compensato, da gran parte degli approcci costituzionalisti, da una complessa e potente teoria dell'argomentazione giuridica, nella quale viene forse riposta più fiducia del dovuto» (*La teoría del derecho de Principia iuris*, in *Jueces para la democracia*, n. 64, 2009, p. 58; trad. it. *La teoría del diritto nei "Principia iuris" di Luigi Ferrajoli*, in P. Di Lucia [a cura di], *Assiomatizza del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2011, § 11.4, p. 195).

26. Kelsen, infatti, nega l'idea stessa di «ragion pratica», dato che identifica la ragione con la sola ragione teoretica: «Noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell'uomo», egli scrive, e poiché «la statuizione di norme... non è una funzione conoscitiva», essendo «una funzione del volere, non del conoscere», allora «il concetto di ragion pratica» è «contraddittorio», non potendosi ammettere «una ragione che conosce e al tempo stesso vuole» (H. Kelsen, *Il problema della giustizia* [1960], § 39, trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1975, pp. 86-87).

27. Scrive per esempio Juan Ruiz Manero: «Intendo con oggettivismo... la posizione di chi sostiene in primo luogo che i giudizi morali sono razionalmente fondabili o giustificabili... Qui, io penso, si può solo parlare di verità, come dicevo, nel senso in cui "verità" equivale a "giustificazione razionale"» (L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversacion*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 69 e 71). Tesi analoghe sono sostenute da J.J. Moreso, *Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, in *Doxa*, n.34, 2011, pp. 185, 188 e 191; da A. Ruiz Miguel, *Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli*, ivi, pp. 277-280 e da M. Atienza, *Cuento de navidad*, in *Análisis e diritto*, 2009, Giappichelli Torino, 2009, pp. 116-117. Ma si veda la ferma difesa dell'oggettivismo etico svolta da ultimo da R. Dworkin, *Giustizia per i ricci* (2011) trad. it. di V. Ottonelli, Feltrinelli, Milano, 2013, cap. 2, pp. 37-54, ed Epilogo, pp. 472-474, e Id., *Religione senza Dio* (2013), trad. it. di V. Ottonelli, Il Mulino, Bologna, 2014, dove l'«oggettività del valore», come osserva G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 169, «prende addirittura il posto di Dio».

sione della pura volontà potestativa» del sovrano e il diritto quale «immemorabile patrimonio consuetudinario», nonché per il ruolo di fonte del diritto assegnato al giudice, concepito come «organo della coscienza sociale grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto»²⁸. Sul piano epistemologico questo indirizzo grossiano si richiama all'ermeneutica²⁹. Ma ben più deciso è il rifiuto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, stigmatizzati come moderne «divinità protettive»³⁰. In quella «vera e propria mitologia giuridica» prodotta da quell'«abile fonderia di miti giuridici» che è stato l'«illuminismo giuridico dell'Europa continentale»³¹, rientrano, secondo Grossi, anche «l'astrattezza e la generalità delle regole giuridiche»³², «la gerarchia delle fonti, ossia della pluralità di fonti compressa in un sistema piramidale»³³ e perfino la scrittura delle leggi e «la riduzione del diritto in carte, in testi cartacei» dettati dalla «sfiducia nella formazione spontanea del diritto, con la conseguente esigenza di un suo controllo da parte della politica»³⁴. La polemica di Grossi non risparmia neppure la legalità penale, a proposito della quale egli arriva ad affermare: «dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la “riserva di legge” come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto di un diritto penale

esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza»³⁵. Ovviamente, come si è visto nel paragrafo che precede, di “fiducia” e di “credenza” nella buona legislazione non ha senso parlare. La questione è se possiamo archiviare il principio di legalità quale fondamento del paradigma garantista, in particolare nel diritto penale, senza compromettere, con questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione, il ruolo del processo quale accertamento della pur relativa verità giudiziaria, la garanzia delle libertà fondamentali dall'arbitrio giudiziario e, più in generale, la tenuta dell'intero edificio dello stato di diritto con il suo insieme di garanzie contro l'arbitrio, altrimenti assoluto, nell'esercizio del potere giudiziario.

Le tesi del ruolo creativo e della natura di “fonte” della giurisdizione si è d'altro canto affermata come una sorta di ovvietà in larga parte dell'odierna cultura giuridica, pur se, di solito, nell'accezione impropria e debole del termine “creativo”. «Il diritto giudiziario», scrive per esempio Francesco Galgano, è un'«ulteriore fonte di produzione del diritto, alternativa a quelle che si modellano secondo le procedure democratiche di formazione delle leggi negli Stati nazionali»³⁶ e di fatto a queste sopraordinata³⁷; ma questa tesi viene da Galgano basata soltanto sulla larga discrezionalità di quelle che sono pur sempre scelte interpretative

28. P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 27 e 39.

29. Id., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* (2000), in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 71-72.

30. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 112.

31. Id., *Oltre le mitologie giuridiche* cit., pp. 44 e 45, dove si richiama, a proposito dell'intero «ideario sei-settecentesco: stato di natura, contratto sociale, rappresentanza politica, uguaglianza giuridica, volontà generale», la squalificazione operata da Santi Romano nella voce *Mitologia giuridica* dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 126-144.

32. Id., *Le molte vite del giacobinismo giuridico* (2003), in Id., *Mitologie giuridiche della modernità* cit., p. 138. «Non è forse giunto il momento», si chiede Grossi nella nota introduttiva al libro *Mitologie* cit., pp. 7-8, «di rivedere *funditus* il problema e l'assetto di quelle che i giuristi chiamano le “fonti del diritto”, oggi che il divario sempre più accentuato fra pratica degli affari e norme imperative ufficiali fa emergere un inarrestabile processo di privatizzazione delle fonti del diritto? Non è forse giunto il momento di liberarsi del decrepito schema della gerarchia delle fonti oggi che l'assetto delle fonti smentisce, nel fervore dell'esperienza, quello schema e ne vive un altro?».

33. Id., *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia* (2006), in Id., *Mitologie giuridiche* cit., pp. 174-176, dove la gerarchia delle fonti, anziché come un limite imposto all'esercizio di tutti i pubblici poteri, viene concepita come «l'espedito giuridico più assolutistico» perché «devalizza le fonti collocate ai gradini inferiori del sistema», nonché come «l'espressione più schietta di quello che può correttamente chiamarsi “assolutismo giuridico”».

34. Id., *Le molte vite del giacobinismo* cit., p. 145, manifestatesi, secondo Grossi, nei «Codici, di cui è costellata l'età moderna, a partire dai primi anni dell'Ottocento», e poi nelle tante «Carte costituzionali», fino all'ultima carta, la Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

35. Id., *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, n. 38, 2009, p. 1901.

36. F. Galgano, *La globalizzazione* cit., p. 202.

37. Ivi, pp. 98 e 149.

operate dai giudici³⁸. Aurelio Gentili, a sua volta, concepisce la teoria dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo³⁹, ma perviene poi a «respingere, con le più rigorose formulazioni del deduttivismo, anche l'ipotesi di una giurisprudenza realmente creativa»⁴⁰. Più incerta sembra la posizione di Mauro Barberis, che come Grossi contesta «la fiducia illuministica nella legislazione, e prima ancora nella ragione umana individuale»⁴¹, nonché quella «sorta di mitologia del diritto»⁴² creata da Beccaria e da Bentham che consiste nella credenza nel sillogismo giudiziario e nella pretesa di «sbarazzarsi dell'interpretazione» e in generale dei giuristi⁴³, ma al tempo stesso difende i «limiti» imposti alla giurisdizione dalla legislazione e dalla Costituzione⁴⁴. Infine Giovanni Fiandaca, pur avendo parlato, oltre che di una «funzione *lato sensu* "creativa" dei giudici» e di «un ridimensionamento

conseguente sia del classico principio della separazione dei poteri, sia dei tradizionali principi-tabù (almeno rispetto all'area continentale) di legalità e riserva di legge»⁴⁵, propone di «distinguere (per dir così) tra diritto giurisprudenziale creativamente "legittimo" e prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente "abusivo" o capricciosamente anarchico»⁴⁶.

3. Le responsabilità della cultura giuridica. Il significato del principio di legalità e il ruolo della giurisdizione

Al fondo di tutti questi orientamenti c'è il realismo, esplicito o latente, che consente di presentare

38. Ivi, p. 150: «lo stabilire quale sia la norma di legge da applicare al caso di specie, quale sia l'interpretazione da dare alla norma e, soprattutto, il decidere come colmare le lacune della legge, che sempre più spesso tace di fonte agli incessanti mutamenti della realtà, sono valutazioni largamente discrezionali, tali da conferire all'autorità giudiziaria, anche nei sistemi di *civil law*, una grande latitudine di potere, ben lontana dalla visione illuministica della legge e della sua interpretazione giudiziaria». E prima ancora: «Il potere giudiziario si è a tal punto separato dagli altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, da tendere a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolitica» (ivi, p. 10).

39. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, cap. I, pp. 3-27.

40. Ivi, p. 317. Gentili chiama «libertinaggio interpretativo» il creazionismo giurisprudenziale arbitrario (ivi, p. 86) e configura l'apporto del giudice nell'applicazione della legge come «né deduttivo, né creativo ma piuttosto selettivo» (ivi p. 327); vedi anche, ivi, pp. 349-350 e 469-470). Cfr. anche, di A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2015, vol. I, capp. IV-VI.

41. M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, cit., p. 559.

42. Ivi, p. 572.

43. Ivi, p. 563. Il riferimento è chiaramente al celebre passo, che oggi nessun giuspositivista sottoscriverebbe, di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, edizione di Livorno del 1766, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, § IV, p. 15: «Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori».

44. Dalla crisi della legge, scrive Barberis a conclusione del suo *Beccaria* cit., p. 573, «si esce solo rovesciando la visione ereditata da Beccaria e da Bentham: non più il diritto come legge interpretata e applicata dai giudici, bensì come giustizia amministrata dai giudici entro i limiti della costituzione e della legislazione» (corsivo mio). Ma si vedano anche i richiami al principio di legalità e alla legge nel ragionamento giudiziario in M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2^a ed., Torino, 2005, pp. 228-235 e in Id., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. XIV, n. 1, 2015, § 3, pp. 172-176.

45. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, cit., p. 2. «Un certo disincanto nei confronti dell'assoluto primato teoricamente spettante alle norme di legge», prosegue Fiandaca, è andato «diffondendosi tra i penalisti delle ultime leve, in seguito alla "scoperta" delle più moderne teorie dell'interpretazione, specie di quelle di orientamento ermeneutico: da qui l'accresciuta consapevolezza del carattere intrinsecamente problematico del "vincolo" del giudice penale alla legge scritta, con conseguente abbandono delle più ingenui illusioni di matrice illuministica» (*ibid.*). «Ad apparire ormai obsoleto», scrive ancora G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 9, «sarebbe in realtà un persistente atteggiamento di ideologica (mitologica?) assottigliamento della riserva di legge in materia penale», laddove appare «stimolante» la «prospettiva» di una «rivistazione critica dei principi-tabù del diritto penale alla luce delle più aggiornate teorie dell'interpretazione e del ragionamento giudiziario» (ivi, p. 18).

46. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., p. 242; ivi, p. 241: «riconoscere la "creatività" giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta». Ma si veda anche l'ovvio richiamo di Fiandaca al principio di legalità nella critica giusta e severa al famoso processo siciliano sulla trattativa in G. Fiandaca, S. Lupo, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 71: «Per punire un fatto non basta disapprovarlo, ma occorre individuare una legge che lo configuri come reato (principio di cosiddetta legalità): come vedremo, proprio in base al principio di legalità penale è più che discutibile fare applicazione della specifica ipotesi criminosa ipotizzata dai pubblici ministeri».

le tesi sul ruolo creativo della giurisdizione come tesi “scientificamente” descrittive di una prassi giudiziaria priva di alternative; come se il diritto fosse una realtà naturale, e non un fenomeno artificiale interamente costruito dagli uomini; e come se non fossero normativi, bensì descrittivi, il principio di legalità, quello della certezza e quello della soggezione dei giudici alla legge. Di qui una sorta di legittimazione incrociata: della teoria da parte della realtà, cioè della pratica giuridica, e della realtà, cioè della crisi della legalità e delle prassi giuridiche extra-legali, da parte della teoria; della concezione della giurisdizione come fonte da parte della crisi di fatto della sua soggezione alla legge e, viceversa, della crisi di fatto della legalità da parte della teoria della giurisdizione come fonte. Di qui il compiacimento realistico nella teorizzazione della creatività della giurisdizione, poco importa se basata sulla sua raffigurazione kelseniana come attività puramente volitiva, o su quella ermeneutica come concretizzazione della legge, o su quella principialista come ponderazione anziché come applicazione di norme, o su quella neopandettista come concreta vita del diritto, o su quella realista come realtà effettuale o semplicemente come inevitabile supplenza richiesta dal dissesto della legalità. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è la legittimazione, sul piano epistemologico e su quello teorico, del collasso dello stato di diritto – cioè dei limiti e dei vincoli legali imposti all’esercizio di qualunque potere, sia pubblico che privato – assunto poi come verifica empirica delle loro stesse raffigurazioni teoriche. È questo, al di là delle intenzioni, il prezioso servizio prestato da questi approcci dottrinari allo sfascio in atto della legalità, quale si manifesta nel vuoto di diritto pubblico prodotto dall’eclisse della legge e dei parlamenti e inevitabilmente colmato, poiché il vuoto di potere non esiste, dai poteri selvaggi del mercato globale ben più e ben prima che dal potere correttivo della giurisdizione⁴⁷.

Ma la scienza giuridica, proprio perché il suo oggetto è interamente artificiale e largamente modellato dal suo stesso ruolo performativo, non può non tener conto e non assumersi la responsabilità degli effetti delle proprie teorizzazioni. Non può limitarsi alla contemplazione della crisi della legalità, come se questa fosse un fatto naturale, legittimando ciò che accade solo perché accade. Non può ignorare, in particolare, gli effetti sul proprio oggetto dell’abbandono,

del piano teorico, del paradigma giuspositivista e normativo della modernità giuridica. Non dimentichiamo che con il positivismo giuridico e con il principio di legalità è nata la politica moderna quale produzione, ma anche quale progettazione e trasformazione del diritto; che con la democratizzazione degli organi della produzione giuridica il principio di legalità è diventato il fondamento della politica democratica; che infine, con la positivizzazione dei diritti fondamentali realizzata dalla legalità costituzionale, la stessa politica si è sottomessa al diritto, cioè ai limiti e ai vincoli di contenuto da essa stessa creati e stipulati nel momento costituente. Per questo, teorizzare il superamento del principio di legalità e del positivismo giuridico equivale, puramente e semplicemente, a teorizzare il superamento del ruolo della politica, l’abdicazione alle forme della democrazia rappresentativa e il tramonto dello stato di diritto basato sulla soggezione al diritto dei pubblici poteri. Equivale, in breve, ad assecondare una regressione premoderna: in materia civile il primato dell’autonomia privata e dei poteri economici e finanziari globali quali veri poteri sovrani, per di più anonimi e invisibili, in grado di dettar legge alla politica; in materia costituzionale la sostituzione della legalità costituzionale con la *lex mercatoria* quale vera norma suprema dell’ordine globale; in materia penale l’indebolimento dell’intero sistema delle garanzie, tutte basate – dalla tassatività all’offensività, dal contraddittorio al diritto di difesa – sulla legalità quale garanzia di libertà oltre che di verità.

È possibile evitare questo collasso del paradigma garantista? È possibile conciliare l’accresciuta complessità sociale, il pluralismo degli ordinamenti e delle fonti, la centralità del caso concreto e l’espansione degli spazi legittimi e garantisti della giurisdizione con l’insieme dei principi consegnatoci dalla tradizione illuminista quali fondamenti dello stato di diritto, primi tra tutti il principio di legalità, quello della soggezione dei giudici alla legge e quello della separazione dei poteri? È la stessa opzione per il positivismo giuridico, cioè la tesi del carattere artificiale del diritto quale prodotto della politica e della cultura giuridica, che invita a considerare possibile questa conciliazione. Si tratta di una possibilità dipendente da due condizioni, entrambe decisive per la dimensione pragmatica della teoria del diritto: in primo luogo dal superamento sul piano teorico, di cui parlerò in questo paragrafo, di due ordini di equivoci, l’uno

47. «Qui non è lo Stato che progetta o accetta nuove forme di organizzazione giuridica, ma qualcosa che avviene al di là dello Stato (se non contro lo Stato). Forze private, soprattutto forze economiche si danno a produrre diritto... Oggi si sente parlare fittamente di *lex mercatoria*... con palese riferimento al maturo medioevo... L’accostamento di due realtà storiche profondamente diverse è rischioso (anche perché il mercante medievale non ha alle sue spalle l’ingombrante Stato moderno), ma coglie nel segno quando mette a fuoco due movimenti di prassi, originati dal basso, dalla fucina della vita economica; li mette a fuoco e li valorizza per quel che sono nella effettività dello sviluppo storico» (P. Grossi, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica* [2002], in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, § 8, pp. 294-295).

relativo alle nozioni di legalità e legislazione, l'altro alle nozioni di argomentazione giudiziaria e giurisdizione; in secondo luogo dalla ridefinizione sul piano epistemologico, di cui parlerò nei tre paragrafi che seguono: a) della nozione di cognizione giudiziaria quale cognizione argomentata; b) del rapporto tra l'universalità della norma e la singolarità del caso concreto, di cui proporrò una configurazione diversa da quella formulata dall'approccio ermeneutico; c) della ponderazione equitativa quale ponderazione non già delle norme, come ritengono i principialisti, bensì dei connotati del fatto denotati da più norme concorrenti.

Il primo ordine di equivoci riguarda il principio di legalità. Questo principio è un principio formale⁴⁸. In un duplice senso. Innanzitutto nel senso che la legge può avere qualunque contenuto: «nello stampo della legalità», scrisse Piero Calamandrei, «si può calare oro o piombo»⁴⁹ e dipende dalla politica che vi si cali oro anziché piombo. In secondo luogo il principio è formale nel senso che non allude affatto, secondo il bersaglio di comodo prescelto di solito dai suoi critici, alla legge quale legge dello Stato. Allude piuttosto alla logica del diritto. Fa riferimento alla legge nel senso di norma generale ed astratta che predispone effetti in presenza dei presupposti, quali che siano, da essa prestabiliti. Garantisce la prevedibilità, sia pure relativa, di tali effetti e dei loro presupposti e, insieme, del giudizio su di essi. Rappresenta, in breve, il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola. Intendo dire che non ha nessuna importanza che le norme generali ed astratte da esso richieste siano leggi dello Stato, o leggi regionali, o regolamenti dell'Unione europea o trattati internazionali o anche norme consuetudinarie. Ciò che importa, ai fini del ruolo garantista svolto dal principio di legalità, è la predeterminazione normativa in astratto e formalmente vincolante dei presupposti delle decisioni giudiziarie. Lo statalismo, cioè il monopolio statale della produzione giuridica, è solo una fase, oggi largamente e irreversibilmente superata, dello sviluppo di questa sintassi. Ma il suo superamento non toglie nulla, sul piano teorico e normativo, al paradigma garantista tramandoci dal pensiero illuminista. Utilizzando l'immagine del punto e della linea con cui Paolo Grossi ha raffigu-

rato lo sviluppo storico dell'esperienza giuridica⁵⁰, esso corrisponde a un punto della storia del diritto: a quello rappresentato dalla prima rivoluzione istituzionale, cioè dal primo mutamento di paradigma realizzatosi, appunto, con il primato della legge e con il monopolio della produzione legislativa in capo agli Stati nazionali. Ma la linea nella quale quel punto si inserisce è quella dell'espansione della sintassi garantista introdotta dal paradigma giuspositivista, attraverso lo sviluppo della legalità all'altezza dei poteri vecchi e nuovi e a garanzia di vecchi e nuovi diritti. È su questa linea che si è prodotto, nel secolo scorso, il secondo mutamento di paradigma del diritto: il costituzionalismo rigido, che non consiste affatto nella crisi né tanto meno nel superamento del positivismo giuridico, ma al contrario in un giuspositivismo rafforzato, cioè nella positivizzazione anche dei principi che devono presiedere alle scelte legislative e perciò nella soggezione al diritto anche di quell'ultimo residuo di governo degli uomini che era costituito dal potere legislativo. Ed è su questa medesima linea che potrà collocarsi il terzo e più difficile mutamento di paradigma: quello di un costituzionalismo europeo e poi globale di tipo federale, fondato sulla medesima sintassi sia pure a livello sovra-nazionale, cioè sui limiti e sui vincoli imposti dalla legalità, a garanzia dei diritti di tutti, anche ai poteri sovra- ed extra-statali.

La difesa del modello normativo della legalità non ha perciò nulla a che fare con la "fiducia" o con la "credenza" nella bontà e nella razionalità delle leggi di cui parlano quanti di quel modello decretano l'archiviazione. Comporta, al contrario, la critica della divaricazione deontica tra tale modello e la realtà, nonché la progettazione delle misure idonee a ridurla, se non a superarla, prima tra tutte una rifondazione e un rafforzamento della stessa legalità. È chiaro che la rifondazione della legalità suppone una rifondazione della politica e della sua capacità di progettare forme e contenuti della democrazia sulla base del modello politico e normativo volta a volta disegnato dalle carte costituzionali⁵¹. È questo, oggi, il vero problema della democrazia: la crisi della ragione politica, che è alla base della crisi della ragione giuridica, provocata dal primato accordato alla ragione economica. Ma della rifondazione costituzionale della legalità la scienza del diritto può ben indicare le linee di sviluppo, in

48. Inteso "formale" quale predicato meta-teorico che riguarda unicamente la dimensione sintattica della teoria, indipendentemente dai livelli e dai contenuti normativi cui il termine legalità può essere riferito.

49. P. Calamandrei, *Prefazione a C. Beccaria, Dei delitti e delle pene* (ed. di Livorno del 1766), Le Monnier, Firenze, 1945, p. 92.

50. P. Grossi, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* (1995), in G. Alpa, *Paolo Grossi cit.*, pp. 17-18.

51. Si veda, sulla crisi della politica e sulla necessità di rifondarla, G. Preterossi, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *Ciò che resta della democrazia*, cit.

direzione della sua ristrutturazione anziché della sua attuale destrutturazione. Anzitutto sul piano qualitativo, attraverso la promozione di un rinnovato rigore della lingua legale nella formulazione delle norme. In secondo luogo sul piano della forma stessa della legalità: anziché decretare, secondo il vezzo dominante, il tramonto dei codici nell'odierna età della decodificazione, è al contrario la riserva di codice, soprattutto in materia penale, che dovrebbe essere proposta come rimedio all'odierna deriva inflazionistica, unitamente ad altre riserve di "leggi organiche" in tante altre materie, dal lavoro alla salute, dall'istruzione alla previdenza, alle opere pubbliche e al fisco. In terzo luogo, e soprattutto, attraverso lo sviluppo di quel terzo mutamento di paradigma del costituzionalismo cui ho sopra accennato, e cioè la costruzione di una legalità e correlativamente di una sfera pubblica sovranazionale all'altezza del carattere sovranazionale dei poteri economici e finanziari e delle sfide oggi proposte alla ragione giuridica dal loro attuale sviluppo sregolato e selvaggio: a livello quanto meno dell'Unione europea, mediante la costruzione di un governo europeo dell'economia e l'unificazione dei codici e delle leggi in materia di lavoro e di diritti sociali; ma anche, in prospettiva, a livello globale, mediante lo sviluppo, ben più che di istituzioni sovranazionali governo, di istituzioni sovranazionali di garanzia dei diritti e dei beni fondamentali.

Il secondo ordine di equivoci che deve essere superato se vogliamo salvaguardare il modello garantista della modernità riguarda il senso dell'espressione «produzione giurisdizionale» del diritto e, più in generale, lo statuto epistemologico del giudizio e del ragionamento giudiziario. Positivismo giuridico e principio di legalità non equivalgono affatto alla riduzione di tutto il diritto alla legge, neppure alla legge nel senso lato ora precisato di norma generale ed astratta non necessariamente statale. Soprattutto, non implicano affatto, secondo un altro bersaglio di comodo della polemica antilegalista, la sottovalutazione della centralità della giurisdizione e delle decisioni interpretative che in essa intervengono. Certamente, nel modello illuminista disegnato da Montesquieu e da Beccaria c'è la ben nota caratterizzazione del giudice come "bocca della legge" e del giudizio come "sillogismo perfetto": formule che suonarono rivoluzionarie rispetto alla giustizia arbitraria e feroce del loro tempo, ma che hanno alle spalle un'epistemologia insostenibile, trasformatasi per lungo tempo in un'ideologia di legittimazione aprioristica e deresponsabilizzante della giurisdizione. Ma è chiaro che oggi nessun giuspositivista nega l'esistenza, nella giurisdizione, di una sfera fisiologica e irriducibile di discrezionalità interpretativa, oltre alla sfera altrettanto fisiologica e irriducibile di discrezionalità probatoria.

L'opzione per il positivismo giuridico, insomma, non comporta affatto l'idea che la giurisdizione possa raggiungere una verità certa e assoluta anziché una verità relativa, motivata da argomentazioni probatorie e da argomentazioni interpretative. Comporta, semplicemente, la sopraordinazione di norme astratte quale fondamento della validità degli atti ad esse subordinati, e perciò la struttura a gradi dell'ordinamento su cui è modellata la gerarchia delle fonti, ossia la sintassi dello stato di diritto: una gerarchia che in tutti i mutamenti di paradigma del diritto che ho sopra ricordato – quello giuspositivista della sopraordinazione della legge al potere esecutivo e al potere giudiziario, quello costituzionalista della sopraordinazione della Costituzione al potere legislativo, quello infine, ancora in gran parte da attuare, di un costituzionalismo europeo e in prospettiva globale sopraordinato al potere politico degli Stati e a quello economico dei mercati –, ha sempre svolto il ruolo di limite e vincolo all'esercizio dei tanti tipi di potere altrimenti assoluti, arbitrari e selvaggi. Ma è chiaro che i limiti e i vincoli legali sono relativi, nel senso che non sono in grado di eliminare gli spazi della discrezionalità giudiziaria colmati sia dall'argomentazione probatoria che da quella interpretativa. Il legislatore, infatti, produce solo il *diritto vigente*, consistente in testi normativi che richiedono di essere interpretati. Tutto il *diritto vivente*, tutto il diritto in azione – tutte le norme, inteso con "norma" il significato di un enunciato normativo – è perciò, ripeto, un diritto di produzione giurisprudenziale, interamente frutto dell'argomentazione interpretativa. Ma in tanto il diritto vivente è altresì diritto valido in quanto sia appunto argomentato come interpretazione plausibilmente accettabile del diritto vigente di produzione legislativa. In breve, né il diritto vivente può essere prodotto dal legislatore, né il diritto vigente può essere prodotto dai giudici; né il legislatore può interferire nella produzione del diritto vivente, né il giudice può interferire nella produzione del diritto vigente. È questo il senso della separazione dei poteri.

4. Argomentazione giudiziaria sulla verità e argomentazione legislativa su altri valori

Ogni applicazione della legge richiede dunque una decisione e perciò un'argomentazione a sostegno della scelta tra le tante, possibili interpretazioni legittimamente ammissibili degli enunciati normativi. Si tratta però di *decisioni sulla verità*, e non su altri valori, cioè di decisioni le cui motivazioni sono argomentate come "vere" o confutate come "false" sulla base del diritto vigente. È in questa decisione sulla verità che risiede il nesso ineludibile della giurisdizione con la

legalità e la differenza – strutturale, qualitativa, sostanziale – tra legislazione e giurisdizione, tra argomentazione legislativa e argomentazione giudiziaria, tra creazione del diritto e sua interpretazione e applicazione. La differenza è resa evidente dai diversi tipi di argomentazione che si richiedono a loro sostegno: le argomentazioni a sostegno delle decisioni giurisdizionali, essendo decisioni sulla verità, avvengono sulla base di prove e di qualificazioni normative del fatto provato; le argomentazioni a sostegno delle decisioni politiche, siano esse legislative o di governo, sono invece decisioni su altri valori: l'interesse generale, l'utilità, l'opportunità, la giustizia e simili. Le sentenze sono infatti gli unici atti giuridici la cui validità e ancor prima la cui giustizia dipendono dalla (accettazione come) "verità" delle loro motivazioni. La cosa è evidente nella giurisdizione penale: diciamo che una sentenza penale è valida, e prima ancora che è giusta, se le imputazioni accusatorie, per esempio l'accusa di omicidio, sono (argomentate come) "vere", in fatto e in diritto; diciamo che è invalida e riformabile, e prima ancora che è ingiusta, se queste medesime ipotesi sono "false" (o comunque non argomentate come vere). Ma la stessa cosa può dirsi di qualunque sentenza, la cui validità e la cui giustizia dipendono dalle plausibili argomentazioni come "vere" delle sue motivazioni, sia fattuali che giuridiche. Qualunque sentenza di merito esibisce perciò la forma del tanto vituperato sillogismo giudiziario. Sono sempre relative – opinabili in diritto e probabilistiche in fatto, talora inadeguatamente argomentate e perfino scarsamente credibili – le premesse di tale sillogismo. Ma una volta che le premesse siano state accettate come "vere", la conclusione segue per deduzione logica: se è vero, come dice la norma *n*, che tutti i fatti che hanno le caratteristiche *c1-cn* sono furti, e se è vero che il fatto *f* ritenuto provato ha le caratteristiche *c1-cn*, allora *f* è un furto. L'opinabilità dell'argomentazione interpretativa e l'incertezza delle prove pesano sulle premesse (che possono anche essere false), ma non sulla conclusione, logicamente da esse derivata (come vera). La stessa cosa può dirsi delle sentenze di pura legittimità, come le sentenze della Cassazione e quelle della Corte costituzionale nelle quali manca l'argomentazione probatoria o fattuale: qui entrambe le premesse – pronunce giudiziarie e legge, legge e Costituzione – sono opinabili perché frutto dell'interpretazione argomentata del diritto vigente; ma una volta che esse siano state formulate, le sentenze hanno solo il compito di dichiarare la (verità giuridica della) loro contraddizione o della loro compatibilità logica.

Per questo sono estremamente fuorvianti espressioni come «creazione giudiziaria del diritto», «ruo-

lo creativo della giurisdizione» e giurisdizione come «fonte di diritto». «Creazione» e «fonte di diritto» alludono non già alla semplice applicazione del diritto precedente, ma alla produzione di nuovo diritto, come è per sua natura la legislazione, che appunto innova nel sistema giuridico e proprio per questo, in democrazia, richiede il consenso quanto meno della maggioranza. Al contrario, la giurisdizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente, argomentabile come legittima e giusta solo se in base a tale diritto ne sia predicabile la "verità" processuale sia pure in senso intrinsecamente relativo. Di qui il suo carattere anti-maggioritario: nessun consenso di maggioranza può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. «Interpretazione creativa» è perciò una contraddizione in termini: dove c'è interpretazione non c'è creazione e dove c'è creazione non c'è interpretazione, ma produzione illegittima di nuovo diritto. Non si tratta di questioni terminologiche. Si tratta del ruolo performativo che ha il linguaggio teorico nei confronti della dinamica del diritto. È chiaro che la realtà effettuale della pratica giuridica non può essere ignorata. Ma la «realtà del diritto» non è indipendente dalla lettura che ne viene data dalle nostre teorie. Certamente esiste sempre una qualche divaricazione tra tale realtà e i modelli normativi elaborati dalla teoria. Ma questa divaricazione, a causa del carattere non naturale ma artificiale del diritto, non va riguardata come una smentita, bensì, di solito, come una violazione: la violazione, precisamente, dei limiti e dei vincoli imposti alla pratica giuridica dalla logica stessa della gerarchia delle fonti. Per questo parlare di ruolo creativo della giurisdizione o di interpretazione creativa, anche solo nel senso debole e improprio della nostra distinzione, vuol dire assecondarne le derive creazioniste, avallarne l'arbitrio, deformare la deontologia professionale dei giudici e l'intero immaginario istituzionale intorno allo stato di diritto.

Per questo non può affermarsi che il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» enunciato dall'art. 101, comma 2° della nostra Costituzione è ormai inattuabile e inattendibile perché, come scrive per esempio Francesco Galgano, «sarebbe mutata la fonte di legittimazione della giurisdizione: non più la legittimazione sostanziale o cognitiva consistente nell'applicazione della legge, bensì la legittimazione solo procedurale consistente nel "contraddittorio processuale", altrettanto procedurale, dice Galgano, quanto quella di tutti gli altri poteri, a cominciare dalla legittimazione elettorale e maggioritaria del potere politico»⁵². Su che cosa si forma, infatti, il contraddittorio nel processo, se non sulla verità processuale argomentata con riferimento al diritto vigente, cioè

52. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 150-151.

sulla verifica o sulla falsificazione, in fatto e in diritto, delle ipotesi dedotte nel giudizio? Anche sotto questo aspetto la differenza tra legislazione e giurisdizione è radicale. Non ha senso parlare di «verità legislativa» così come si parla di «verità processuale» o «giudiziaria». Il confronto parlamentare tra maggioranza e minoranze o quello tra governo e opposizioni, in tema per esempio di leggi sul lavoro o sulle pensioni o sulle imposte, non sono in alcun modo paragonabili al contraddittorio nel processo; il legislatore non compie nessuna deduzione logica a partire dal diritto pre-esistente; le argomentazioni portate nel dibattito parlamentare non vertono sulla verità o sulla falsità delle proposte a confronto, come avviene invece in qualunque processo, bensì sulla loro maggiore o minore opportunità, o giustizia, o efficacia o aderenza agli interessi generali o alla volontà degli elettori. Di qui il valore della separazione e dell'indipendenza del potere giudiziario da qualunque altro potere: trattandosi di un potere-sapere esercitato da un'attività tendenzialmente cognitiva, qualunque condizionamento proveniente da altri poteri può solo deformare la corretta formazione della verità processuale.

Alla base della tesi del carattere non cognitivo ma creativo della giurisdizione c'è in realtà una concezione ristretta e insostenibile sia della conoscenza che della verità giuridica, l'una intesa come descrizione, l'altra come verità assoluta. Ma questa concezione è esattamente la concezione meccanicistica della conoscenza e oggettiva della verità che i sostenitori del creazionismo giurisdizionale rimproverano al legalismo giuspositivista⁵³. È chiaro che se «cognitivo» s'intende come sinonimo di «descrittivo» o di «nell'applicare la legge» si deve ad essa attribuire il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole» – l'interpretazione non è, perché non può essere, cognitiva. Le parole della legge, infatti, non hanno un significato «proprio» ad esse oggettivamente intrinseco, delle quali l'interpretazione possa configurarsi come scoperta, o come constatazione o come descrizione oggettivamente certa o vera. Ma questo non vuol dire che l'interpretazione consista, all'opposto, nell'invenzione o nella creazione dal nulla dei significati normativi. Essa consiste bensì in un'attività cognitiva che comporta la scelta, inevitabilmente discrezionale e proprio per questo razionalmente argomentata, del significato ritenuto il più plausibile

tra quelli associabili all'enunciato interpretato. Non è inutile ricordare che l'idea di una conoscenza puramente oggettiva o di una verità certa o assoluta è stata abbandonata da tempo dalla filosofia della scienza, che ammette spazi di discrezionalità e momenti decisionali in qualunque tipo di conoscenza empirica, inclusa la conoscenza scientifica. La sola differenza è che il diritto è un fenomeno linguistico, che come tutti i fenomeni linguistici ammette l'interpretazione, anziché l'osservazione, come forma specifica dell'indagine empirica, in grado comunque di raggiungere una verità sempre e soltanto relativa, approssimativa e opinabile, ma pur sempre argomentata come tale e come tale confutabile sulla base dei testi normativi. Dire che le norme sono «create» dall'interpretazione è perciò come dire che la quinta sinfonia di Beethoven è creata dalla sua esecuzione e dalla sua interpretazione; o che la messa in scena di un'opera teatrale equivale alla sua creazione.

Infine, un ultimo equivoco: l'idea che i vincoli imposti dal rispetto dei precedenti giurisprudenziali possano giustificare, nei nostri sistemi di *civil law*, la tesi di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge. Si tratta invece, a mio parere, dell'ovvia e inevitabile influenza esercitata, sull'argomentazione interpretativa richiesta in ciascun giudizio, dalle precedenti argomentazioni interpretative, come del resto dalle argomentazioni dottrinarie delle norme applicate; con in più, rispetto all'influenza della dottrina, la maggiore influenza della giurisdizione dovuta al ruolo, espressamente assegnato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario italiano alla Corte di cassazione, di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», cioè la tendenziale uguaglianza di trattamento e la massima certezza del diritto. I precedenti, in tutti i casi, devono essere assunti come vincolanti per ragioni sostanziali e non per ragioni formali, per la persuasività delle tesi interpretative da essi espresse, cioè per la loro intrinseca razionalità, e non certo per una loro formale forza di legge. Devono valere, in breve, per la loro *autorevolezza* sostanziale, e non certamente per una qualche loro *autorità* formale, riservata soltanto alla legge. Ciò vale sicuramente per il diritto italiano, nel quale il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» è stato costituzionalizzato dall'art. 101 cpv della Costituzione e ripetutamente ribadito dalla giuri-

53. Karl Popper ha chiamato «verificazionisti illusi» quanti credono che la conoscenza possa consistere nel raggiungimento di una verità certa o assoluta, e «verificazionisti delusi» tutti coloro che di fronte all'impossibilità di raggiungere una simile verità ripiegano nello scetticismo e nell'irrazionalismo (*Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* [1969], trad. it. di G. Pancaldi, Il Mulino, Bologna, 1972, cap. 10, p. 391). In *Diritto e ragione* cit., § 5, 1, pp. 36-38, parafrasando Popper, ho chiamato «illuministi illusi» coloro che credono che il giudice possa essere «bocca della legge», e «illuministi delusi» coloro che di fronte all'insostenibilità di una simile credenza ripiegano nel creazionismo giurisdizionale. Concezione meccanicistica e concezione creazionista della giurisdizione, sotto questo aspetto, sono le due facce opposte della stessa medaglia – la concezione puramente descrittivistica della conoscenza e assoluta o oggettiva della verità empirica – non meno del cognitivismo oggettivistico e dello scetticismo cognitivo.

sprudenza della Corte di cassazione⁵⁴. Ma vale anche indipendentemente da tale norma, per ragioni epistemologiche di grammatica giuridica ben prima che per ragioni costituzionali. Tanto è vero che dove è stato introdotto per via legislativa il principio del carattere formalmente vincolante del precedente, indipendentemente dalla sua persuasività in concreto, si è caduti in una sorta di legificazione o peggio di costituzionalizzazione delle pronunce giudiziarie, di fatto impraticabile⁵⁵. Aggiungo che l'efficacia solo sostanzialmente persuasiva del vincolo del precedente, in opposizione all'efficacia formalmente normativa della legge, vale perfino per i sistemi di *common law* nei quali vige il principio dello *stare decisis*: qualora, infatti, il vincolo del precedente avesse il carattere di un vincolo formale, identico a quello della legge, si avrebbe una sorta di sua legificazione, e perciò il paradosso di un irrigidimento paralizzante della stessa interpretazione giudiziaria, in contraddizione proprio con la natura di *case law* rivendicata come il tratto distintivo dello stesso diritto giurisprudenziale vivente.

5. Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa

Vengo così alla questione teorica di fondo che ho appena formulato: il carattere di *case law* del diritto giurisprudenziale vivente, considerato di solito come il principale argomento a sostegno della creatività della giurisprudizione⁵⁶. Proprio questo carattere con-

sente invece di illuminare, in tutta la sua complessità epistemologica, il nesso tra il principio di legalità e l'applicazione della legge al caso concreto. Questo nesso può essere espresso con una tesi elementare: tra legge e sentenza, tra legislazione e giurisdizione, tra diritto vigente e diritto vivente, tra *law in books* e *law in action*, tra previsione normativa in astratto e qualificazione giuridica del caso concreto c'è lo stesso rapporto che c'è tra lingua e linguaggio, ovvero, per usare il lessico di Ferdinand de Saussure, tra *langue* e *parole*⁵⁷. Nel linguaggio giurisdizionale impiegato nella prassi giudiziaria si fa uso della lingua legale per denotare con le medesime parole definite dalla legge fatti irripetibilmente diversi l'uno dall'altro, così come nel linguaggio comune si fa uso della lingua nella quale si parla per denotare con le stesse parole fatti e cose volta a volta differenti.

Possiamo ripensare, su questa base, il rapporto tra legalità ed equità, tra astrattezza della norma e singolarità del caso concreto e, conseguentemente, tra *argomentazione interpretativa* e quella che ho chiamato *argomentazione equitativa*. Questo rapporto è di solito concepito come un rapporto di opposizione, o quanto meno di integrazione o correzione: precisamente come la contrapposizione della giustizia del caso concreto alla legalità espressa dalla regola generale ed astratta. È ad Aristotele che risale questa concezione dell'equità come rimedio all'astrattezza della legge richiesta dalla concretezza del caso giudicato. Ciò che è equo, scrive Aristotele nell'*Etica Nicomachea*, «è pur giusto, ma non secondo la legge, ben-

54. Il principio è stato dapprima inteso, dalla giurisprudenza, nel senso più radicale, senza neppure l'imposizione dell'onere della confutazione dei precedenti: «Esposti in modo conciso i motivi di fatto e di diritto della propria decisione, il giudice non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza della giurisprudenza eventualmente difforme, poiché i motivi della decisione in tanto possono essere viziati in quanto siano di per sé erronei in fatto o in diritto in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con quelli adottati in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche» (Cass., 13.3.1980, n. 1772). Successivamente, in una sentenza di poco successiva, la Corte di cassazione ha previsto l'obbligo di «addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato», ma ha ribadito che il giudice di merito è «libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici» e anche «di non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione» (Cass., 3.12.1983, n. 7248). Contro l'idea di un diritto penale giurisprudenziale al di là della legge, si ricordi inoltre la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, che ha respinto una questione di legittimità costituzionale diretta a includere i mutamenti giurisprudenziali prodotti dalle pronunce delle Sezioni unite della Cassazione tra i casi di revisione delle sentenze di condanna ex art. 673 cpc, con la giusta motivazione che la parificazione che ne sarebbe seguita di tali mutamenti ai mutamenti legislativi avrebbe violato il principio di legalità (art. 25 Cost.), la soggezione dei giudici solo alla legge (art. 101 cpv Cost.) e il conseguente carattere non formalmente vincolante dei precedenti giudiziari.

55. È il caso del secondo comma dell'art. 38 della legge organica spagnola del 21.4.1999 sul Tribunal Constitucional, che contraddicendo, a mio parere, il principio della soggezione dei giudici «unicamente al imperio de la ley» enunciato dall'art. 117 della Costituzione ha stabilito che «le sentenze di rigetto emesse sui ricorsi di incostituzionalità e nei conflitti in difesa dell'autonomia locale impediranno qualunque ulteriore proposta in ordine alle due questioni basata sulla stessa infrazione dell'identico precetto costituzionale». Con il risultato paradossale dell'immunizzazione da ulteriori ricorsi – una sorta di para-costituzionalizzazione di fatto – delle norme la cui incostituzionalità sia stata impugnata senza successo. Rinvio, sulla questione, a *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 2.6, pp. 74-75 e a *La logica del diritto* cit., § 8.3, pp. 203-204.

56. «Il diritto di creazione giudiziaria è, per sua natura, un *case law*; differisce dal diritto di creazione legislativa perché è diritto creato a partire da un caso concreto, quale *ratio decidendi* di una specifica controversia» (F. Galgano, *op. cit.*, p. 154).

57. F. De Saussure, *Corso di linguistica generale*, trad. it. di T. De Mauro, Laterza, Bari, 1967, pp. 23-30 e *passim*.

sì è come un correttivo del giusto legale. La causa è che ogni legge è universale, mentre non è possibile in universale prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari...». Quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa equa il correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato, parlando in generale: e ciò direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e se avesse previsto la cosa l'avrebbe regolata nella legge. Perciò l'equo è giusto ed è migliore di un certo giusto: non del giusto in assoluto, bensì dell'errore della legge, in quanto parla in generale. E questa è appunto la natura dell'equo: di correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale⁵⁸.

Ho riportato questo lungo passo aristotelico perché esso è in gran parte alla base dell'approccio ermeneutico inaugurato da Gadamer in tema di giurisdizione e diretto a fondarne, come si è visto nel § 2, la caratterizzazione come «perfezionamento creativo della legge» per il tramite dell'interpretazione, concepita a sua volta come «concretizzazione della legge»⁵⁹. «Aristotele», prosegue il passo allora citato di Gadamer, «mostra che ogni legge implica una inevitabile disparità rispetto alla concretezza dell'agire, in quanto ha un carattere universale e non può contenere in sé la realtà pratica in tutta la sua concretezza... È chiaro che proprio qui trova posto il problema dell'ermeneutica giuridica. La legge è sempre manchevole, non perché sia imperfetta in se stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse... In

un diritto stabilito [Aristotele] non riconosce il giusto *tout court*, ma vede nell'equità un mezzo di completamento della giustizia legale»⁶⁰.

Ciò che mi pare insostenibile in questa analisi aristotelica e poi gadameriana dell'equità è l'idea che la forma universale, cioè generale e/o astratta delle norme, equivarrebbe a una loro «lacuna» o «insufficienza», o addirittura a un'«omissione» o a un «errore», ovvero, come dice Gadamer, a una manchevolezza; sicché, della legge, l'equità sarebbe «un correttivo» o «un mezzo di completamento» o «un perfezionamento creativo». Ne risulta una concezione dell'applicazione equitativa della legge al caso concreto – pur basata sul dato strutturale che è proprio delle leggi «prescrivere in generale» e dei giudizi decidere sui casi particolari che «non basterebbe una vita a precisare»⁶¹ – come un'operazione non *intra-*, ma *extra-* o *ultra-* o addirittura *contra-lemem*.

La configurazione del rapporto tra norma generale e/o astratta e qualificazione normativa del caso concreto come rapporto tra lingua e linguaggio – intesa la prima come l'insieme delle regole d'uso delle espressioni impiegate nel secondo – consente invece, a mio parere, una ricostruzione alternativa dell'argomentazione in grado di dar conto sia della centralità del caso concreto nel momento della giurisdizione, sia della totale compatibilità della sua valutazione equitativa con la soggezione del giudice soltanto alla legge⁶². Si prenda una sentenza penale di condanna per il reato di furto. «Furto» è il termine della lingua legale che, come nei dizionari, è definito in astratto dalla legge ed è utilizzato, nel linguaggio giudiziario, per denominare tutti i fatti che presentano i connotati essenziali o

58. Aristotele, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, Laterza, Bari, 1957, libro V, cap. X, 1137b, pp. 155-156. Tesi analoghe sono espresse da Aristotele nella *Retorica*, a cura di A. Plebe, Laterza, Bari, 1961, libro I, cap. XIII, 1374a-1374b, pp. 67-68 dove l'equità viene intesa come un rimedio «a una lacuna della legge», come una fonte di diritto a questa alternativa in quanto «è il giusto che va oltre alla legge scritta», come un criterio antiformalistico d'interpretazione giuridica consistente nel «badare non alla legge, ma al legislatore, e non alla lettera della legge, ma allo spirito del legislatore» e, infine, come un atteggiamento consistente nell'«essere indulgente verso i casi umani». Questa concezione aristotelica dell'equità è stata ereditata, con poche varianti, da tutto il pensiero filosofico-giuridico, da Hobbes a Muratori e a Genovesi, da Kant ed Hegel, fino a Perelman, a Carnelutti e a Bobbio: si veda la lunga rassegna critica delle nozioni di equità proposte da costoro e da altri autori in *Diritto e ragione* cit., cap. III, § 11.1, pp. 137-138 e le note 94-104, pp. 181-183.

59. Richiamato, *supra*, nella nota 18.

60. H. G. Gadamer, *Verità e metodo* cit., p. 370. «Possiamo dire», aggiunge Gadamer, «che l'analisi di Aristotele si presenta come una sorta di modello dei problemi che si pongono nel compito ermeneutico. Anche dal canto nostro eravamo arrivati alla convinzione che l'applicazione non è una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce invece nella sua stessa essenza fin dall'inizio. Anche per noi l'applicazione non era semplicemente il mettere in relazione qualcosa di universale, dato precedentemente, con la situazione particolare... Il testo che [l'interprete] si trova davanti non è «compreso da lui come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari» (ivi, p. 376).

61. Aristotele, *Retorica* cit., libro I, cap. XIII, 1374a, pp. 68 e 67.

62. Ho più volte illustrato questa ricostruzione alternativa della dimensione equitativa del giudizio: in *Diritto e ragione* cit., parte I, cap. III, § 11, pp. 135-147; in *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 3, pp. 2771-2816, trad. spagn. in *Doxa*, n. 34, pp. 15-54; in *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, ivi, §§ 2-4, pp. 315-336; in *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, parte I, cap. III, pp. 95-137.

gli elementi costitutivi del furto denotati dalla sua definizione legale. Ma la qualificazione come furto del fatto sottoposto al giudizio non esaurisce l'attività cognitiva della giurisdizione. Il giudice non giudica il furto in astratto, ma i concreti furti che accadono nella vita reale e che – al di là della loro qualificazione normativa, cioè dei connotati costitutivi del concetto legale di furto da tutti posseduti – sono irriducibilmente diversi l'uno dall'altro. Ciascun (caso di) furto, infatti, presenta connotati o circostanze singolari che il giudice deve comprendere e valutare, pur se non previsti né tutti prevedibili dalle norme che dettano le regole d'uso della lingua legale. È in questa comprensione e valutazione che consiste l'ineludibile dimensione equitativa del giudizio, la quale richiede un'argomentazione del tutto diversa e ulteriore rispetto all'argomentazione interpretativa. L'argomentazione interpretativa ha infatti per oggetto la legge, cioè le regole d'uso delle parole della lingua legale definite o comunque utilizzate dalla legge in funzione normativa. L'argomentazione equitativa ha invece per oggetto quei connotati singolari, valutati come rilevanti, che fanno del fatto giudicato un fatto diverso da tutti gli altri, pur denominabili, nel linguaggio giudiziario, con i medesimi nomi della lingua legale. L'argomentazione interpretativa riguarda, al pari dell'argomentazione dottrina, il significato delle norme da cui dipende, sul piano operativo, la verità giuridica delle qualificazioni normative. L'argomentazione equitativa riguarda invece il caso concreto e i suoi specifici connotati, al di là della sua denominazione con gli stessi *nomina iuris* utilizzabili nel linguaggio giudiziario per gli innumerevoli casi accomunati dai medesimi connotati legali. Diversamente dall'argomentazione interpretativa e analogamente all'argomentazione probatoria, essa si riferisce al fatto, e non alle norme; tanto è vero che è assente, come quella probatoria, nell'argomentazione dottrina, la quale si riferisce sempre e solo alle norme, e non certo ai fatti concreti che formano volta a volta l'oggetto dei giudizi (non è un'eccezione il genere letterario delle «note a sentenza», le quali consistono, appunto, in commenti a sentenze).

Utilizzando la celebre distinzione di Gottlob Frege tra significato estensionale (o estensione) di un termine, consistente nella classe degli individui denotati dal termine in proposizioni accettate come vere, e significato intensionale (o intensione), consistente

nell'insieme delle proprietà connotate dal termine e possedute da tutti i singoli individui che rientrano nella sua estensione⁶³, diremo che la *legalità* di una tesi giudiziaria risiede nella verità giuridica della denotazione del fatto sottoposto al giudizio con le parole connotate dalla legge, mentre la sua *equità* consiste nella valutazione del medesimo fatto sulla base dei suoi connotati singolari e irripetibili. Sia il furto di un diamante che il furto di una mela rientrano parimenti nell'estensione della parola «furto» in quanto presentano entrambi i connotati o gli elementi costitutivi con cui la legge denota il reato di furto; ma chiaramente sono diversi i connotati singolari dei due fatti e, più in generale, degli infiniti fatti denotati con la parola «furto» negli infiniti giudizi penali. Secondo una formula che ho utilizzato in passato, il giudice connota ciò che la legge denota e denota ciò che la legge connota; mentre la legge denota ciò che il giudice connota e connota ciò che il giudice denota⁶⁴. Il giudice, infatti, denota i fatti sottoposti al suo giudizio con i *nomina iuris* connotati dalla legge ove di tali connotati ritenga provata l'esistenza; ma di quei medesimi fatti deve altresì identificare, comprendere e valutare, al di là della loro denotazione legale, i connotati specifici e singolari che, benché volta a volta rilevanti ai fini del giudizio, non sono né possono essere previsti da nessuna legge. Anche nel linguaggio ordinario noi denotiamo con le parole della lingua ciò che i dizionari connotano con le loro definizioni e, insieme, intendiamo i connotati sempre diversi e singolari di ciò che i dizionari denotano. È poi evidente che i significati degli enunciati normativi, al pari dei significati delle parole di qualunque lingua, sono quelli che nel tempo si vengono affermando, consolidando ed anche trasformando sulla base dell'insieme delle loro applicazioni e argomentazioni interpretative ed equitative, volta a volta riferite a casi diversi.

Per questo non ha senso contrapporre legalità ed equità, verifica legale e comprensione equitativa come se l'una potesse darsi separatamente o addirittura in alternativa all'altra. Per questo l'equità non consiste in un'integrazione straordinaria della legalità, o in un suo perfezionamento o peggio in una deroga o in una correzione della legge, né tanto meno in un aspetto della sua interpretazione. Essa è bensì una dimensione insopprimibile e fisiologica del giudizio, del tutto indipendente dall'interpretazione della legge e dalla relativa argomentazione. La giurisdi-

63. G. Frege, *Senso e significato* (1892), trad. di L. Geymonat e C. Mangione in Id., *Logica e aritmetica*, Boringhieri, Torino, 1965, pp. 374-404.

64. In *Diritto e ragione* cit., cap. III, § 11, p. 139. Sul rapporto tra universalità astratta delle norme e singolarità concreta dei casi sottoposti a giudizio, nonché tra legalità ed equità, si veda anche, ivi, il cap. I, § 4, pp. 29, 32 e la nota 51, pp. 59-60. Un'anticipazione di queste tesi si trova nel mio vecchio *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, I, pp. 290-304.

zione non consiste infatti nel «perfezionamento creativo delle leggi» di cui parla Gadamer⁶⁵ e neppure, come scrive Vogliotti, nell'«adattamento della legge generale e astratta alle singolarità dei fatti», ovvero nell'«adeguamento del testo normativo alle peculiarità del caso»⁶⁶, più di quanto il nostro linguaggio parlato non consista in un perfezionamento della lingua nella quale parliamo o in un suo adattamento a ciò che diciamo. Essa consiste, più semplicemente, nella denotazione dei fatti sottoposti al giudizio con i *nomina iuris* impiegati dalla legge e, insieme, nella comprensione dei loro connotati singolari, dalla legge non previsti e non prevedibili e tuttavia ritenuti volta a volta rilevanti. Trascurata o fraintesa dalla riflessione filosofico-giuridica, l'equità consiste insomma in un'attività cognitiva di tipo valutativo totalmente diversa da quella della verifica empirica e giuridica di ciò che dice la legge, cioè dalla prova del fatto e dalla sua qualificazione normativa mediante l'argomentazione probatoria e quella interpretativa. Ciò che dice la legge, se consente di nominare l'infinita varietà dei fatti dalla legge denotati, certamente non basta alla loro valutazione giurisdizionale, che richiede altresì la comprensione dei loro singoli e specifici connotati pur se non previsti, perché non tutti prevedibili, dalla legge.

6. Argomentazione equitativa semplice e argomentazione equitativa ponderata

La dimensione equitativa, si è detto, è una dimensione che ricorre nella maggior parte dei giudizi di merito e che richiede uno specifico tipo di argomentazione: l'argomentazione equitativa, appunto, che nella motivazione delle pronunce giudiziarie dovrebbe ricorrere – ma non sempre ricorre, perché troppo

spesso trascurata – in aggiunta a quella probatoria relativa alla verità fattuale e a quella interpretativa relativa al significato estensionale delle qualificazioni normative. Il modello dell'argomentazione equitativa si fa tuttavia più complesso quando il caso sottoposto al giudizio risulta denotato simultaneamente da più norme diverse, idonee a qualificare diversamente il caso sottoposto al giudizio. Come si risolve un simile conflitto?

Secondo le tesi principialiste qui ricordate nel § 2, allorché tali conflitti ricorrono tra norme consistenti in principi, il tipo di argomentazione che si richiede per la loro soluzione consiste nella ponderazione dei principi medesimi, cioè nella valutazione argomentata e quindi nella scelta del principio più pesante perché più pertinente. Questa configurazione creazionista dell'argomentazione giudiziaria contraddice, a mio parere, il paradigma dello stato di diritto. Essa produce infatti, allorché la ponderazione ha per oggetto principi costituzionali, un inevitabile indebolimento della normatività costituzionale a vantaggio della discrezionalità legislativa e di quella giudiziaria, al punto da risolversi in un ribaltamento della gerarchia delle fonti: nella sopraordinazione alla Costituzione sia della giurisdizione costituzionale che della legislazione, l'una e l'altra investiti del potere di ponderare e perciò di scegliere quali principi applicare e quali disapplicare. Si pensi, per fare solo un esempio, al potere creativo di disposizione che mediante la ponderazione verrebbe conferito ai giudici, secondo Ronald Dworkin, in tema di libertà di stampa e di ordine pubblico⁶⁷. I principi costituzionali risultano così ridotti a precetti di ottimizzazione o a norme programmatiche, affidate in effetti al potere del legislatore di vanificarli e al potere del giudice di disapplicarli, sia pure in favore di altri principi. Per i giuristi italiani della mia generazione, il solo sentir parlare di «norme programmatiche» a proposito dei diritti costituzionalmente stabiliti dà la sensazione di

65. H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

66. M. Vogliotti, *Lo scandalo* cit., pp. 160 e 164. Analogamente G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale* cit., p.15, secondo cui «l'interprete assume un ruolo "creativo", nella misura in cui egli conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali nel diritto vivente, le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o al contrario estensive (se non proprio analogiche "mascherate") alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*».

67. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* cit., p. 97: «Il primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti contiene la previsione normativa che il Congresso non limiterà la libertà di parola. È questa una regola, tale che se una particolare legge limitasse la libertà di parola sarebbe incostituzionale? Coloro che esigono che il primo emendamento sia "un assoluto" dicono che deve essere inteso in questo modo, cioè come una regola. O invece afferma semplicemente un principio, cosicché quando venisse scoperta una limitazione della libertà di parola, sarebbe incostituzionale se il contesto non evidenziasse qualche principio o qualche considerazione di opportunità politica che in determinate circostanze sia abbastanza importante da permettere la limitazione? Questa è la posizione di coloro che sostengono quello che è chiamato il fattore del "chiaro e attuale pericolo" o qualche altra forma di "bilanciamento"». Un indebolimento analogo, a me pare, è quello della normatività dei vincoli di bilancio previsti dalla Costituzione brasiliana che proviene – come nel saggio di H. Avila, *O vínculos sociais na Constituição brasileira*, in *Teoria política*, 2015, pp. 221-234 – dalla loro configurazione come principi ponderabili, anziché come regole vincolanti.

un salto indietro nel tempo: a quando la nostra Corte di cassazione e la nostra cultura giuridica reazionaria ibernarono la Costituzione con la tesi del carattere appunto programmatico della sua intera prima parte, della quale solo negli anni Sessanta, grazie alle battaglie della cultura giuridica progressista e poi all'intervento della Corte costituzionale, fu al contrario affermato il carattere immediatamente vincolante.

Questo effetto decostituente può essere evitato da una ricostruzione diversa della soluzione giudiziaria dei conflitti tra norme. La distinzione tra regole e principi è indubbiamente un'importante acquisizione teorica. Il mio dissenso dalle tesi principialiste riguarda l'eccessiva estensione da esse associata alla nozione di principi. A me pare che una norma può essere concepita come un «principio», ovvero come una «non regola», siccome tale non applicabile, soltanto se è effettivamente inapplicabile perché nessun comportamento predeterminato è configurabile come sua specifica applicazione o violazione. È il caso di tutti quei principi privi di significato estensionale che ho chiamato *principi direttivi*, come per esempio «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» o «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [limitano] la libertà e l'uguaglianza dei cittadini», stabiliti dagli articoli 1 e 3 della Costituzione italiana, dei quali nessuno specifico comportamento può essere configurato come osservanza o come violazione. Ma proprio questo non può dirsi affatto per tutti quei principi dotati di significato estensionale che ho chiamato *principi regolativi*: come per esempio il principio di uguaglianza, i diritti di libertà e i diritti sociali costituzionalmente stabiliti, dei quali sono ben configurabili attuazioni o violazioni alle quali essi sono applicabili come regole. Aggiungo che questa ridefinizione della distinzione tra principi e regole, in base alla quale sono regole tutte le norme di cui è configurabile il comportamento che ne è violazione, e quindi anche quelle che stabiliscono diritti fondamentali, si accorda assai meglio della nozione allargata dei principi qui criticata alla nozione di «regole» fornite dagli stessi principialisti: quali norme applicabili nella forma del tutto-o-niente (Dworkin) o che possono sempre essere realizzate o non realizzate (Alexy), o che configurano il caso in forma chiusa (Atienza e Ruiz Manero), o che sono fornite di fattispecie in esse sussumibili (Zagrebelsky). Diremo perciò che mentre i principi direttivi possono essere configurati come principi non deontici, bensì costitutivi dell'identità dell'ordinamento cui appartengono e valgono perciò solo come rilevanti argomenti in qualunque argomentazione interpretativa, i principi regolativi come sono i diritti fondamentali

sono invece principi deontici, dei quali è ben possibile l'attuazione o la violazione, nei cui confronti essi vengono in rilievo e si comportano esattamente come le regole.

Torniamo allora alla nostra questione: come si risolve il conflitto tra principi regolativi che dispongono, per un medesimo caso, figure normative diverse? In molti casi si tratta di pseudo-conflitti, che si risolvono in astratto in sede dottrina grazie all'argomentazione teorica in ordine alla diversa struttura dei diritti tra loro concorrenti: è il caso, in particolare, del cosiddetto conflitto o concorso tra i diritti civili di autonomia privata e tutti gli altri diritti, che consiste, in realtà, nella subordinazione ai secondi dell'esercizio dei primi, collocandosi sempre tale esercizio, quale si manifesta per esempio in atti negoziali, a un livello normativo inferiore a quello della legge e più ancora a quello dell'insieme dei diritti costituzionalmente stipulati⁶⁸.

Il vero problema ricorre, in sede soltanto giudiziaria perché volta a volta con riferimento alla singolarità del caso, allorché concorrono più principi e non è possibile stabilire in astratto quale delle qualificazioni normative da essi espresse debba essere considerata prevalente. È precisamente questo problema che il modello dell'argomentazione equitativa è in grado di risolvere, offrendo una ricostruzione epistemologica del ragionamento giudiziario alternativa a quella della ponderazione dei principi e pienamente compatibile con il principio di legalità e con la soggezione dei giudici alla legge, proprio a partire dalla concretezza del caso cui gli stessi principialisti connettono sempre la ponderazione dei principi. Si prenda un classico esempio di concorso di diritti fondamentali: il conflitto tra il diritto della libertà di stampa e di informazione e il diritto alla riservatezza e alla reputazione. Di solito il secondo diritto prevale sul primo, non essendo lecito divulgare notizie sulla vita privata di una persona in grado di danneggiarne la reputazione. Ma può anche accadere che in taluni casi la libertà di informazione sia ritenuta prevalente sul diritto alla riservatezza: è il caso di notizie relative a personaggi della vita pubblica che, benché lesive della loro reputazione, siano ritenute rilevanti ai fini della valutazione politica, per esempio, della loro candidatura a una carica pubblica di tipo elettivo. È quanto ha deciso il Tribunal constitucional spagnolo, che ha ritenuto prevalente la libertà d'informazione rispetto al diritto alla riservatezza del personaggio pubblico al quale si riferiscono le notizie lesive della sua reputazione e tuttavia politicamente rilevanti⁶⁹. I principialisti sostengono che in tal caso è stato conferito maggior peso alla libertà di informa-

68. Rinvio, su questi casi di soluzione in astratto di quelli che a mio parere sono pseudo-conflitti, a *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 3.5, pp. 122-125.

zione. In realtà ciò che viene pesato in quella che ben possiamo chiamare *ponderazione equitativa* – ciò che viene valutato, compreso e soppesato da tale ponderazione o bilanciamento – non è affatto il principio, bensì i singoli e specifici connotati del caso sottoposto al giudizio: la natura e il grado di rilevanza pubblica della notizia rispetto al corretto esercizio della carica istituzionale, la natura della stessa carica e il tipo di funzioni ad essa affidate, il grado di incidenza che i fatti o le circostanze oggetto della notizia possono avere sul giudizio degli elettori. Sono questi connotati e queste circostanze che vengono valutati e bilanciati dalla ponderazione equitativa. Le norme, infatti, sono le regole, stabili e permanenti della lingua giuridica, con i cui termini denominiamo i fatti di cui parliamo nel linguaggio giuridico; ma sono gli specifici connotati dei fatti che pesano nel giudizio e nell'argomentazione equitativa, ai fini della decisione se considerare prevalente e applicabile una anziché l'altra delle due norme – il diritto alla *privacy* o la libertà di informazione – in concorso tra loro. Di nuovo, riprendendo l'analogia con il rapporto tra lingua e linguaggio comune, non pesiamo né valutiamo le norme, anziché le concrete caratteristiche del caso, più di quanto, per decidere come chiamare un tavolo di forma insolita e singolare, non pesiamo le parole «scrivania» e «tavolo da pranzo» anziché i suoi incerti e singolari connotati.

Distinguerò dunque due tipi di argomentazione equitativa: l'*argomentazione equitativa semplice* e l'*argomentazione equitativa ponderata o ponderazione equitativa*. L'*argomentazione equitativa semplice*, della quale ho parlato nel paragrafo che precede dedicato specificamente alla critica dell'approccio ermeneutico, riguarda i connotati specifici e rilevanti ai fini del giudizio che rendono ciascun caso concreto diverso da tutti gli altri, pur se tutti sussumibili nella medesima figura normativa astratta definita da una data e singola norma. Molti di questi connotati sono talora predeterminati dalla legge, come per esempio le circostanze aggravanti e le circostanze attenuanti del reato, oppure gli elementi previsti dall'art.133 del codice penale e relativi alla gravità del fatto punibile. Ma è chiaro che nessuna previsione normativa, per quanto dettagliata, può prevedere tutti i possibili connotati di un fatto. L'assurdità di una simile pretesa si rivelò in maniera clamorosa nella previsione di pene fisse per tipo di reato nel codice penale francese del 1791: cioè nell'idea, informata a un malinteso principio di uguaglianza, secondo cui tutti i furti, per esempio, dovrebbero essere puniti con le stesse pene e al giudice non andrebbe concessa alcuna discrezionalità. È chiaro che questa idea fu rapidamente abbandonata – essendo risultato evidente che un furto

di mele non è uguale a un furto di diamanti – con la previsione di limiti minimi e limiti massimi di pena.

L'*argomentazione equitativa ponderata o ponderazione equitativa* ricorre invece nel caso di concorso di norme o principi non solubile in astratto, ma solo in concreto con la ponderazione equitativa; la quale, tuttavia, non ha per oggetto le norme, che sono sempre le stesse, bensì i connotati dei fatti da esse previsti che sono sempre, ripeto, irriducibilmente diversi l'uno dall'altro. La decisione sulla prevalenza di una norma rispetto a un'altra con essa concorrente dipende in tal caso dalle circostanze del fatto e dalla loro valutazione e ponderazione. Per esempio, le circostanze aggravanti di un reato sono compensabili con le attenuanti del medesimo reato, oppure sono valutate su queste prevalenti, o viceversa, sulla base della valutazione e della ponderazione dei molteplici connotati del fatto sottoposto al giudizio, e non certo delle norme in concorso che prevedono i due tipi di circostanze; le esimenti della legittima difesa o dello stato di necessità sono applicate o meno a un caso di omicidio sulla base della valutazione e della ponderazione della proporzionalità o meno della reazione di difesa o dello stato di necessità all'offesa prodotta, e non certo ponderando le norme sulle esimenti e quella sull'omicidio; il principio della dignità e il diritto alla riservatezza, secondo l'esempio già fatto, prevalgono o meno su quello della libertà d'informazione sulla base della ponderazione non già di tali diritti ma del tipo di notizia e del ruolo rivestito dalla persona cui la notizia si riferisce. In tutti i casi la comprensione equitativa consiste nella qualificazione del fatto ad opera di una norma anziché dell'altra sulla base della prevalenza accordata ai connotati denotati dalla prima rispetto a quelli denotati dalla seconda. È frutto di una ponderazione e di una valutazione di merito che ha per oggetto i connotati del caso sottoposto al giudizio, e non certo le norme concorrenti.

Insomma, in caso di conflitto o concorso di norme, e specificamente di diritti, i casi sono due. O il conflitto è solubile in via generale ed astratta sulla base del riconoscimento che si tratta in realtà di uno pseudo-conflitto, e allora esso si risolve con la prevalenza accordata al diritto non esercitato sull'esercizio dell'altro diritto, cioè su di un atto di livello normativo subordinato a quello sul quale si collocano i diritti concorrenti. Oppure il conflitto non è solubile in astratto, ma solo in concreto, e allora esso si risolve mediante la ponderazione equitativa, la quale tuttavia ha per oggetto non già le norme, che sono sempre le stesse, bensì le circostanze irripetibili del fatto che rendono ciascun fatto diverso da tutti gli altri. In entrambi i casi sono fatti salvi il principio di legalità e la soggezione dei giudici alla legge.

69. J. Ruiz Manero, *A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"*, in *Doxa*, n. 35, 2012, pp. 822-823.

Ancora sull'abuso del diritto

Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza

di Nicolò Lipari

L'Autore – muovendo da un ragionamento su quello che può sembrare un apparente ossimoro (l'*abuso di un diritto*) – sviluppa le proprie riflessioni sul nuovo modo di porsi della riflessione giuridica rispetto al diritto come esperienza, rilevando che il processo di sussunzione, inteso come deduzione logica da una norma data, non è più lo strumento principe per *individuare il diritto*. In altri termini – osserva l'Autore nelle conclusioni del suo contributo – «va ripensato il concetto di legalità, facendola nascere dal basso di vicende giudizialmente riconosciute e socialmente condivise». Nell'esperienza contemporanea assumono infatti rilievo cruciale l'argomentazione nel processo applicativo del diritto e il riferimento alla concretezza del rapporto dedotto in giudizio. L'interpretazione giudiziaria si muove necessariamente in un quadro in cui principi, regole e caso concreto si trovano continuamente ad interagire; in tale contesto, si rende così possibile la *costituzionalizzazione del diritto*, operazione che, però, impone estremo rigore nei modi di svolgimento del procedimento argomentativo. È in questo quadro che – e ancor prima della previsione testuale in un dato legislativo e valorizzando al massimo grado l'interpretazione che muova da principi e clausole generali – la teoria dell'abuso del diritto ha potuto trovare spazi di affermazione.

1. L'abuso del diritto come paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto. Oltre il criterio della validità e per la legalità del caso. Il riflesso di una metodologia giuridica antiformalistica.

Lo sforzo della giurisprudenza di collocare una novità nel segno della continuità

Il tema dell'abuso del diritto, che ha conosciuto di recente una rinnovata attenzione, sia in sede teorica che pratica¹, può essere assunto a paradigma (o

1. La rinnovata attenzione è stata soprattutto determinata da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (sul cd. "caso Renault") una sentenza che ha determinato un amplissimo dibattito e che certamente è uscita quale esito di una tensione all'interno della Corte, attesa la non coincidenza tra relatore ed estensore. Su questa sentenza si segnalano in particolare le note di C.A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giustizia civile*, 2010, I, pp. 2547 ss.; F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti fra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1577 ss.; ID.; *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in S. Pagliantini, a cura di, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, pp. 45 ss.; C. Romeo, *Recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2009, pp. 1009 ss.; A. Palmieri – R. Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro italiano*, 2010, I, pp. 85 ss.; M. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 295 ss.; F. Salerno, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere per principi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 809 ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 354; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, II, pp. 147 ss., nonché in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., pp. 99 ss.; M.R. Maugeri, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, *ibidem*, pp. 69 ss.; C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *ibidem*, pp. 115 ss.; G. Vettori, *L'abuso del diritto*, *ibidem*, pp. 147 ss.; F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 311 ss.; P. Rescigno, "Forme"

comunque a sintomo evidenziatore) di quello che – quali che possano essere le resistenze o i dubbi² – deve ormai ritenersi uno degli elementi caratterizzanti dell'esperienza giuridica del nostro tempo, cioè la sua progressiva giurisdizionalizzazione³, intesa come spostamento del punto focale dell'analisi dall'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso⁴. Nell'ottica dell'abuso si supera la forza privilegiata della teoria della validità e il diritto riscopre la sua ineludibile connessione ad un tessuto di premesse morali e di valori condivisi, senza del quale l'idea stessa di giuridicità sarebbe priva di senso. In un contesto sempre più multiforme e magmatico è proprio ed esclusivamente nel momento applicativo che si saldano e si fondono, in termini non sempre facilmente distinguibili, la determinazione del fatto, la sua qualificazione secondo paradigmi di tipo giuridico, l'individuazione dell'enunciato o del principio al quale riagganciare, in termini motivatamente plausibili, la soluzione del caso. Nel crogiolo del giudizio non è più possibile secernere gli elementi della fusione. La loro distinzione vale solo in sede argomentativa e ben può accadere che la medesima soluzione venga in un caso prospettata accentuando i profili qualificativi del fatto, in un altro ponderando il riferimento a principî. Da qui spesso l'artificiosità di dibattiti che, perdendo di vista ogni prospettiva di condivisibilità, si collocano in un'ottica radicalmente diversa rispetto a quella in cui si è posto il decidente.

È stato giustamente notato che l'altalenante attenzione verso la formula "abuso del diritto" – inteso come un duttile strumento offerto all'operatore pratico del diritto per introdurre un correttivo di segno *lato sensu* equitativo nella trama di un sistema di enunciati formalmente posti – è legata a momenti in cui emerge l'attenzione verso progetti di metodologia giuridica in senso ampio antiformalistici⁵. Il procedimento argomentativo attraverso il quale, per via interpretativa, si inverte lo *status* deontico di una condotta ponendo limiti all'esercizio di una libertà che, in chiave meramente enunciativa, l'ordinamento, inteso come sistema di regole dettate, considera invece permessa, riflette evidentemente un'impostazione di fondo sullo stesso modo di intendere il processo applicativo del diritto. Nel momento in cui la regola non è più necessariamente accolta nella sua prescrittività, ma viene in qualche modo limitata (nell'ottica della vicenda concreta che si tratta di risolvere) in funzione di principî che dovrebbero giustificarne l'applicazione, il diritto rompe la crosta di qualsiasi formalismo e guarda alla duttilità di un'esperienza, al di là della circostanza che quei principî si proponano, in determinati momenti storici (e segnatamente in quello che ci è stato dato di vivere), come molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminati⁶.

Tutto ciò impone di riflettere sull'abuso del diritto in una chiave diversa rispetto a quanto non sia accaduto in passato, assumendo la figura a paradig-

singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), *ibidem*, p. 589 ss.; F. Addis, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, pp. 245 ss. Già prima del risveglio di attenzione suscitato dal "caso Renault" si era comunque avuta, a breve distanza di tempo, una significativa convergenza di monografie sul tema: cfr. M. Messina, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; M.P. Martines, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

2. In senso critico v. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, spec. pp. 87 ss., il quale parla di «giurisprudenza creativa e dottrina remissiva» ed assume che «valori come solidarietà, eguaglianza in senso sostanziale, funzione sociale, tutela della persona si rivelano veri e propri specchi deformanti degli istituti sobri, e quasi ingenui nella loro pretesa coerenza, del diritto civile» (p. 8). Più di recente v. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questo numero di *Questione Giustizia*, il quale (§ 6) contesta ogni forma di ponderazione equitativa assumendo che «ciò che viene valutato, compreso e soppesato da tale ponderazione o bilanciamento non è affatto il principio, bensì i singoli e specifici connotati del caso sottoposto al giudizio».

3. Sulle implicazioni di teoria generale del problema mi permetto rinviare a N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2015, pp. 1115 ss.

4. Cfr. F. Viola *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Principi fondamentali*, Atti del 2° convegno nazionale della Sisdic, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, pp. 315 ss. Nella realtà dell'esperienza contemporanea il riconoscimento giuridico di un diritto, di un potere o di una facoltà non può esaurire la propria funzione nel momento di una sua astratta attribuzione in base a condizioni di validità stabilite *a priori*, ma accompagna tutti i comportamenti che lo traducono in atto, con la conseguenza che solo una valutazione *a posteriori*, allargata a tutte le circostanze del caso, può attribuire a quel riconoscimento un significato giuridicamente apprezzabile. Da qui la necessità di passare attraverso una mediazione giudiziale non più qualificabile come mero riscontro della ricorrenza in concreto delle condizioni dettate in astratto dalla previsione normativa. La preventiva tipizzazione dello schema formale di cui il soggetto si è servito non è da sola sufficiente a stabilire se quella che la Cassazione ha chiamato la "cornice attributiva del diritto" corrisponda ad un suo esercizio corretto, esercizio che va quindi valutato in relazione alle circostanze senza accontentarsi di un mero rapporto di identità tra lo schema delineato dalla fonte legittimamente e l'atto in apparenza riproduttivo di quello schema.

5. G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, p. 26. Attribuisce la natura "carsica" del tema dell'abuso del diritto alle tensioni fra giurisprudenza e legislazione G. Franson, *Abuso ed elusione del diritto*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, Roma, 2015, p. 407.

ma di un nuovo modo di porsi della riflessione giuridica rispetto al diritto come esperienza. Senza tuttavia scandalizzarsi del fatto che, pur immersa in un contesto del tutto nuovo, la giurisprudenza si sforzi di collocare le sue decisioni entro paradigmi collaudati. Ripercorrendo, ad esempio, la motivazione della Cassazione sul “caso Renault” si nota lo sforzo di superare, nel segno di una apparente continuità ma nel richiamo a principi di rilievo costituzionale e con obiettivo superamento dei vincoli dell’enunciato, quella che la stessa Corte definisce la “cornice formale attributiva del diritto”. Come sempre è accaduto nella rivoluzione delle idee, si tende, per rendere più facilmente accettabile un esito che potrebbe altrimenti apparire eversivo, a proporlo come semplice evoluzione di risultati ormai pacificamente accolti. Nella richiamata sentenza si tenta di rafforzare la conclusione autonomamente acquisita facendola apparire come necessaria conseguenza di una coerente evoluzione giurisprudenziale⁶. Si tratta di un atteggiamento nient’affatto nuovo. Proprio perché le tecniche motivazionali risultano tanto più condivisibili quanto più facilmente collocabili entro circuiti argomentativi già accolti, è normale che si tenda a cogliere, magari con qualche forzatura, la continuità di un itinerario. Senza dover qui ripercorrere riflessioni già da tempo compiute è quanto la Cassazione ha già fatto allorché ha, con il “caso Meroni”, ammesso la lesione

del credito da parte del terzo, o quando, dopo lunghe resistenze, ha finalmente affermato la risarcibilità del danno per lesione di un interesse legittimo. In entrambi i casi si cercò di accentuare i segni della continuità, piuttosto che quelli di una radicale inversione di rotta. L’ordinamento, inteso come esperienza, non compie mai repentine conversioni e si muove sempre con una continuità che va, volta a volta, spiegata.

2. Essenzialità del ruolo del giudice, al di là della distinzione tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Dallo *jus positum* allo *jus in fieri* e il ruolo paradigmatico dell’abuso del diritto. Irrilevanza di un riconoscimento legislativo del divieto di abuso

Si tratta allora di ripensare (e bisogna farlo al di fuori di ogni timore)⁸ il ruolo del giudice nel processo applicativo del diritto, magari rompendo il vecchio paradigma secondo il quale nei paesi di *common law* (così come nell’esperienza del diritto romano classico) la mancanza di una teoria del divieto di abuso del diritto si giustificerebbe con l’inutilità di ricercare il fondamento teorico di regole che possono facilmente ricavarsi dall’istrumentario con cui si è abituati ad

6. Si tratta ovviamente di un atteggiamento che non può non determinare dubbi e perplessità. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013, ritiene (p. 371) “sconclusionata” la teoria dell’abuso del diritto «sia perché qualunque tesi sul diritto soggettivo che sia capace di darne una nozione rende estraneo al diritto, non abusivo, ciò che non gli appartiene», sia per il carattere indefinito al pari di ogni clausola generale della nozione che «rimette all’apprezzamento, non sempre prudente, dell’interprete, la determinazione del punto di contemperamento tra le parti del conflitto, facendolo però apparire scelto dal diritto (oggettivo)». «Il che può essere molto utile come meccanismo di adeguamento del diritto scritto all’evoluzione sociale, ma certo rende assai difficile l’opera della legge di guidare i comportamenti, non potendo l’interprete nell’esercizio delle sue prerogative facilmente prevedere quali criteri, e come, gli interpreti istituzionali preferiranno ed applicheranno». Il problema sta, a mio giudizio, nel fatto che, in un contesto variegato e composito quale quello in cui ci è dato di vivere, non può certo dirsi che competa alla legge, intesa come sistema di enunciati, di “guidare i comportamenti”. Semmai avviene, al contrario, che la legge si imponga come tale e quindi venga assunta a criterio di riferimento per i precetti all’azione solo in quanto rifletta comportamenti condivisi. Dobbiamo quindi previamente intenderci sull’uso del termine “diritto” e sull’individuazione delle sue fonti prima di poter condividere il «sospetto che l’abuso del diritto asseverato attraverso l’uso dell’argomentazione non sia dopotutto che un uso del diritto delegittimante attraverso l’abuso dell’argomentazione» (così ancora A. Gentili, *op. cit.*, p. 418).

7. Sul punto cfr. le, formalmente ineccepibili, osservazioni di F. Addis, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, cit., p. 245.

8. A. Gambaro, *Abuso del diritto*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, p. 2, rileva come lo scetticismo verso l’abuso del diritto rifletta anche il timore di un eccessivo potere conferito al giudice. Peraltro E. Navarretta, *Il diritto non iure e l’abuso del diritto*, in *Diritto civile* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, p. 260, giustamente osserva che il potere conferito alla magistratura in tema di abuso del diritto non è un potere extragiuridico, proprio perché rientra nell’essenza della giurisdizione valutare la condotta «attraverso parametri di composizione sensibili alla forza assiologica degli interessi coinvolti». Altrimenti è stato opportunamente osservato che «l’abuso del diritto è in larga misura il frutto dell’opera (dissociata) delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento»: così R. Sacco, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile* diretto dal medesimo, Torino, 2001, p. 320. Già P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, I, p. 213 collegava la repressione dell’abuso all’idea del potere del giudice. Mi sembra tuttavia improprio circoscrivere al profilo dell’abuso del diritto un problema che ha sicuramente valenza generale nel processo applicativo del diritto. A questo proposito vale sempre, a mio giudizio, l’ammonimento di L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 89, secondo il quale è necessario evitare che «nei processi di concretizzazione del diritto si formi un residuo irrazionale prodotto da elementi non cognitivi provenienti dalla precomprensione del giudice». Non affronto qui il problema di quanto il nuovo ruolo del giudice si connetta alla determinante funzione della dottrina quale fonte del diritto: sul punto mi limito a rinviare a N. Lipari, *Dottrina e*

operare⁹, in modi rigorosamente alternativi rispetto a sistemi in cui solo l'orizzonte degli enunciati posti definirebbe l'ambito della regola. La figura dell'abuso del diritto fa intendere, in termini di palmare evidenza, che il processo di sussunzione, inteso come deduzione logica da una norma data, non è certamente più, nell'esperienza contemporanea, lo strumento essenziale per individuare il diritto¹⁰. Nello stabilire la fondatezza o l'infondatezza di una pretesa ovvero la liceità di una condotta il giudice riconosce o disconosce diritti e doveri, ma lo fa non in base al riferimento a precostituiti astratti modelli di diritti soggettivi, bensì riferendosi alla concretezza del rapporto, alla specificità del caso, alla peculiarità delle circostanze date¹¹.

Che la dottrina dell'abuso del diritto si collochi al confine tra il riconoscimento di un'uguaglianza formale di fronte alla legge e l'affermazione in concreto di una sindacabilità di quella enunciazione edittale¹² è considerazione sostanzialmente condivisa nel segno di un superamento dei paradigmi propri del positivismo giuridico, si debba o meno parlare di una «superlegalità che concorre e sovrasta la legittimità formale, quando non è addirittura un ritorno al diritto naturale»¹³. Nella difficile stagione di passaggio che stiamo attraversando

il richiamo all'abuso del diritto diviene uno degli strumenti attraverso i quali l'interprete – e quindi in primo luogo il giudice –, che pur deve prendere le mosse da uno *jus positum*, si libera dalla pretesa secondo la quale egli sarebbe vincolato ad un senso definitivo dell'enunciato, per assegnare a questo un significato desunto da indici diversi, ancorché non individuati *a priori* e ancorché non sempre omogenei. La evoluzione che il nostro ordinamento ha subito attraverso i processi di nebulizzazione delle fonti e di costituzionalizzazione del procedimento interpretativo con conseguente rilievo del momento giurisdizionale ha accentuato il ricorso a strumenti qualificativi come l'abuso, ferma la necessità per l'interprete di muoversi pur sempre all'interno di un sistema di diritto scritto. Quali che siano i criteri cui il giudice in concreto si richiami per colmare quello che è stato definito lo «*spread* tra stretto diritto e vero diritto»¹⁴, certo è che, nei modi della prospettazione argomentativa e quindi della conseguente accettabilità sociale, si caratterizza uno dei connotati essenziali dell'esperienza giuridica del nostro tempo, la realtà di uno *jus in fieri* che non si esaurisce mai nella formalità di un enunciato e che inevitabilmente si riconduce ad indici ricavabili dalla specificità del caso.

giurisprudenza quali fonti integrate del diritto, in *Rivista trimestrale del diritto e procedura civile*, 2017, p. 1 ss. Per un incisivo richiamo in tema di abuso al ruolo della dottrina cfr. P.G. Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, p. 93.

9. Cfr. A. Gambaro, *Abuso del diritto*, cit., p. 2. Come è noto, il nostro legislatore del '42 aveva accantonato l'idea di inserire una norma esplicita sull'abuso nel testo del codice, nonostante l'art. 7 del progetto preliminare la prevedesse dichiarando che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito». Per una ricostruzione storica della vicenda che ha condotto in Italia a non positivizzare il divieto di abuso del diritto cfr. V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 5 ss. L'esperienza ha dimostrato che l'esclusione non ha inciso sull'evoluzione del problema né sui modi della sua qualificazione. Nella sua motivazione la sentenza della Cassazione sul «caso Renault» afferma «la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per il quale essi sono conferiti». Sulla inessentialità di una norma espressa che vieti l'abuso v. già S. Pugliatti, in *Commentario al codice civile* diretto da M. D'Amelio, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942, p. 140.

10. Cfr. A. Kaufmann, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 321.

11. In questo senso v. anche A. D'Angelo, *La buona fede*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 63. Nello stesso senso v. M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teoricamente orientata del traffico giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 487 s. e nota 56; F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Napoli, 2015, p. 362. Osserva giustamente G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 349 che «l'abuso del diritto consente la comparazione degli interessi che, all'interno del rapporto, vengono di volta in volta in conflitto». Per un tentativo di segnalare la continuità tra la figura dell'abuso del diritto e quella del dolo generale cfr. T. Dalla Massara, *Dal dolo generale alle moderne teorie sull'abuso del diritto*, Relazione al convegno su *L'abuso del diritto* svoltosi presso l'Università di Brescia il 26-27 giugno 2015.

12. V., infatti, P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 129 e 134.

13. Così P. Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 45. La correlazione dei giudizi sull'abuso del diritto ad una valutazione sulla congruenza dell'attività svolta con i principi etici di un ordine metagiuridico è sempre stata sottesa al dibattito sul tema. Basterebbe pensare all'influenza che, nel diritto intermedio, ebbe la dottrina del cristianesimo sull'elaborazione della nozione di abuso del diritto: cfr. M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1923, pp. 269 ss.; S. Riccobono, *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano* (1933), II, Pavia, 1935, pp. 61 ss.; F. Calasso, *Medioevo del diritto. le fonti*, I, Milano 1954, pp. 324 ss.; G. Fassò, *Dio e la natura presso i decretisti e i glossatori*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1956, pp. 138 ss.; U. Gualazzini, *Abuso del diritto, diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 163 ss. Per l'incidenza della tematica dell'abuso del diritto sui rapporti tra diritto e morale cfr. G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., pp. 45 ss.

14. L'espressione è icasticamente utilizzata da A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categoria civilistiche*, in *Ianus*, 2009, p. 10. Altri utilizza il criterio della dequalificazione (ovviamente individuata in forza di indici assolutamente elastici), affermando che, «sul piano

In questa chiave, essendo il ruolo dell'interprete necessariamente legato ad una pluralità di fattori, diventa assolutamente irrilevante il fatto che il sistema delle norme contenga o meno una esplicita sanzione dell'abuso. Ecco perché non ritengo importante, al di là del suo valore simbolico, il fatto che la figura del divieto di abuso del diritto abbia trovato addirittura un suggello formale nella sua collocazione all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵. In sostanza, il principio dell'abuso del diritto si proietta

necessariamente nella complessità delle vicende applicative e quindi si sottrae ad ogni ipotesi di formalizzazione¹⁶. In chiave di teoria generale la riflessione non può essere diversa a seconda che l'abuso sia o meno sanzionato da un testo legislativo¹⁷, proprio perché, come è stato giustamente osservato, l'abuso del diritto riflette «la storia stessa di un problema di misura del diritto inteso ... come insieme di 'ragioni' coesistenti in un sistema»¹⁸. Quale che sia la struttura dell'apparato normativo, all'interno dell'ordinamento assunto nella

logico, nulla impedisce che una situazione si consideri conforme a diritto solo finché non intervenga una circostanza che la dequalifichi» (così R. Sacco, *op. cit.*, p. 310). Vi è sempre stata, al fondo della tematica sull'abuso, la contrapposizione tra due modi di intendere il diritto. Chi nega la stessa configurabilità della figura, riducendo l'espressione "abuso del diritto" ad un ossimoro (v., in questa chiave, M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in S. Pagliantini, a cura di, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., pp. 99 ss.), sostanzialmente si muove entro il paradigma di regole definite e, nell'ambito della loro definizione, indicative di modalità di azione precise. Al di fuori di quelle modalità si è fuori dalla fattispecie normativa e quindi non vi può essere alcun riconoscimento del diritto. Chi invece ammette che ogni enunciato normativo vada inevitabilmente raccordato a principi, in quanto tali sottoponibili a bilanciamento con altri principi e valutabili in funzione delle peculiarità del caso, riconosce che l'attribuzione del diritto non può mai essere considerata un punto di arrivo, posto che le modalità del suo esercizio vanno sempre valutate in concreto per la loro incidenza sul complessivo tessuto di rapporti cui i principi hanno riguardo. Pur in una stagione molto diversa da quella odierna Rescigno segnalava che la teoria dell'abuso del diritto impone il superamento di prospettive di tipo formalistico ed implica una reazione alla «progressiva disumanizzazione del rapporto giuridico» (così P. Rescigno, *Abuso del diritto*, cit., p. 129). Oggi l'esigenza è diventata evidente. Nella stagione delle grandi disuguaglianze e dei drammatici conflitti il diritto negherebbe se stesso nel momento in cui si riducesse, in nome di un rigoroso formalismo, a mera ratifica dei rapporti di forza. L'attribuzione di un diritto attraverso la formalità di un enunciato non può considerarsi un punto di arrivo, ma semmai un punto di partenza per la realizzazione di un interesse che necessariamente implica una pluralità di soggetti al di là della posizione di colui che dovrebbe esserne il titolare. Da tempo aveva formulato l'auspicio di una "legislazione per principi" S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I, pp. 83 ss.

15. L'art. 54 (il cui testo è praticamente simmetrico a quello dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è oggi richiamato dall'art. 1 del Trattato Ue, come modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 138) così recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». È difficile immaginare un giudice che, chiamato a bilanciare un conflitto di questo tipo, utilizzi profili argomentativi diversi, a seconda che si trovi o meno di fronte ad un simile enunciato. Nessun ordinamento può contraddire se stesso nei modi della sua applicazione. Accentua invece il valore dell'affermazione in sede europea F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 319. Lapidaria l'affermazione di R. Sacco, *op. cit.*, p. 317, secondo il quale «per introdursi nel sistema e occupare il centro della scena, la regola dell'abuso non ha bisogno di alcun intervento del legislatore». Sul problema in generale nel contesto europeo, v. F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, pp. 107 ss., 123 ss.; M. Pandimiglio, *L'abuso del diritto nei Trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 1076 ss.; G. Alpa, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito europeo e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, *ivi*, 2015, pp. 245 ss. Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia v. N. Lettieri - G. Martini - G. Merone, *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, Napoli, 2014, spec. pp. 62 ss. È comunque opportuno segnalare che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia - sia quella della *Grande Chambre* sia quella del Tribunale - il riferimento all'art. 54 è stato utilizzato non solo in chiave di elusione di una norma dei Trattati, ma anche per sanzionare l'uso strumentale del diritto comunitario per eludere il diritto interno, con ciò dimostrando che anche il giudice comunitario va al di là delle semplici indicazioni dell'enunciato: sul punto cfr. G. Alpa, *op. cit.*, p. 251. Per una panoramica del problema dell'abuso del diritto con riguardo ai sistemi giuridici francese, inglese e tedesco, cfr. A. Las Casas, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in www.comparazionedirittocivile.it.

16. Già nel suo classico saggio M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, cit., p. 207, assegnava all'abuso del diritto il carattere di "fenomeno sociologico" e non giuridico, in particolare osservando che esso «è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò "per la contraddizione che nol consente"» (p. 116). In chiave terminologicamente diversa, ma con risultati dello stesso segno sul piano operativo, D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, II. Milano, 1998, p. 19 osserva che «la situazione problematica di fronte alla quale ci si trova allorché i confini dell'azione sono 'proceduralmente' fissati in regole che ne prefissano le modalità e i caratteri di svolgimento deve essere segnata dal concetto di abuso autonomamente produttivo di senso normativo».

17. Tendono tuttavia a diventare sempre più numerosi gli ordinamenti che prevedono espressamente la figura dell'abuso del diritto: v. l'ordinamento tedesco (§ 226 BGB), quello portoghese (art. 334 cod. civ.), quello svizzero (art. 2 cod. civ.), quello greco (art. 281 cod. civ. e art. 25, § 3 della costituzione del 1975), quello olandese (art. 13 cod. civ.) quello spagnolo (art. 7 disp. prel. cod. civ.). In generale v. M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 24 ss.; G. Vettori, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, pp. 168 ss.

18. Così lucidamente U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, p. 84.

sua globalità, è sempre possibile ipotizzare una modalità di esercizio del paradigma legale che contraddica al valore di fondo in funzione del quale la tutela del diritto è stata riconosciuta e affermata.

3. Irriducibilità dell'abuso ad uno schema astratto. La centralità dell'argomentazione intesa come fonte. Sulla necessaria creatività della giurisprudenza come fonte. Gadamer e il perfezionamento creativo della legge nell'interpretazione. Il significato della creatività giurisprudenziale nel quadro del principio di cui all'art. 101 Cost. Il senso del riferimento al "diritto vivente"

Nella sua tradizionale impostazione il problema dell'abuso del diritto viene colto nel rapporto tra lo

schema legale di una giuridicità assunta nella sua configurazione astratta e le modalità concrete del suo esercizio¹⁹, nella consapevolezza che la lettura in astratto di un riconoscimento formale ben può non coincidere con la concretezza di una vicenda attuativa²⁰, posto che, nella varietà dei casi specifici, se si guarda alla complessità delle situazioni sulle quali può incidere l'esercizio di un diritto, formalmente attribuito nella sua titolarità, non è da escludere che esso possa essere usato quale schermo a copertura di una condotta arbitraria o possa comunque determinare nel sistema effetti negativi da ritenere prevalenti rispetto alla garanzia del diritto esercitato²¹.

Né ci si può trincerare, con ciò marginalizzando il profilo dell'abuso, dietro l'asserita eccezionalità di tali situazioni²², perché, nella crescente complessità dei nostri rapporti giuridici, sono sempre più frequenti i casi nei quali si intersecano assetti di interessi diversi, ciascuno qualificabile in chiave di libertà o di divieto, ma non sempre facilmente definibili nella loro interrelazione²³. Al di là delle varie formule utilizzate in dottrina per qualificare una situazione di questo tipo – vi è stato, ad esempio, chi ha descritto l'abuso nei termini di una distinzione fra due valutazioni, l'una

19. Cfr. in questo senso U. Breccia, *op. cit.*, p. 5. In questa chiave, a mio avviso, il tema dell'abuso del diritto, siccome riferito al momento dell'esercizio, va tenuto distinto dalle ipotesi in cui l'"abuso" si manifesti, ad esempio, nel momento di posizione del testo contrattuale, ipotesi ricondotta alla figura di un "abuso di libertà contrattuale": cfr. R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 217 ss. Sono quindi fuori dalla prospettiva generale qui affrontata, nonostante talune ricorrenti sovrapposizioni lessicali, le ipotesi di cui agli artt. 33 e segg. del codice di consumo [cfr. F. Astone, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio della libertà contrattuale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 12 (suppl.), pp. 8 ss.], gli interventi legislativi in tema di contratti asimmetrici tra imprenditori (cfr. F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, pp. 663 ss.), in particolare la legge 18 giugno 1998, n. 192, che all'art. 9 sanziona di nullità i patti che realizzano un abuso di dipendenza economica (v., da ultimo, G. Sbisà, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 2015, pp. 815 ss.) o il d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (v. per tutti A.M. Benedetti - P. Camera - M. Grondona, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, pp. 4 ss. con esplicito riferimento al concetto di abuso). In generale sull'esercizio del diritto quale essenziale modo di intendere il diritto nella sua dinamica cfr. S. Pugliatti, *Esercizio del diritto, diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, pp. 622 ss.; v. anche V. Frosini, *Diritto soggettivo*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960, pp. 1049 ss.

20. Da qui la varietà delle formule utilizzate. Osserva giustamente R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 316, dopo aver attentamente setacciato una serie di materiali normativi ricavati da diversi ordinamenti, che «la repressione legale dell'abuso del diritto si affida ora ad una norma generica, che lascia libero il giudice di configurare la fattispecie dell'abuso come più gli piace, ora chiamando in causa l'intenzione esclusiva di nuocere, la contrarietà ai buoni costumi, la divergenza dell'atto di esercizio dallo scopo del diritto, la sproporzione fra l'interesse che l'atto di esercizio soddisfa rispetto a quello che esso sacrifica».

21. Per un quadro delle varie situazioni possibili può essere ancora utile riferirsi a G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

22. Lo nota giustamente U. Breccia, *op. cit.*, p. 13. Si deve semmai segnalare – ma una specifica riflessione sul punto condurrebbe lontano perché porterebbe ad individuare come la tecnica interpretativa che sottende il riferimento all'abuso del diritto tenda oggi sempre più a diventare di carattere generale – che non è mancato chi, nell'ottica di un necessario rapporto tra la previsione normativa e i modi della sua applicazione nel quadro del principio di ragionevolezza, ha applicato la figura dell'abuso anche al diritto costituzionale con riferimento non solo a tutti i casi in cui ogni atto o comportamento di un organo di vertice dell'ordinamento possa rompere, o anche solo turbare, l'equilibrio sotteso al principio della separazione dei poteri ovvero a quello tra sfera della politica e sfera della garanzia (così G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, relazione svolta al convegno di Firenze su *L'abuso del diritto* dell'11-12 febbraio 2016, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (telematica), n. 2/2016), ma anche nell'ipotesi di una «illegittima utilizzazione del potere di revisione costituzionale» (cfr. P. Caretti, *L'abuso del potere legislativo o del problema dei limiti del legislatore*, in *Diritto privato*, 1997, III, *L'abuso del diritto*, cit., p. 126).

23. B. Celano, *Principi, regole, autorità*, in *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 1081 ss., giustamente osserva che «ciò che davvero conta – ciò che fa differenza – non è, mi pare, la qualificazione dei principî rilevanti come 'moralî' o come 'giuridici', come 'interni' o come 'esterni'».

“in astratto” e l'altra “in concreto”²⁴ – certo è che non è possibile semplicisticamente ridurre il paradigma dell'abuso del diritto allo schema dell'illecito²⁵, proprio perché, indipendentemente dall'individuazione dei presupposti che qualificano l'atto illecito, l'abuso non è mai riconducibile ad uno schema astratto, dipendendo l'esercizio del diritto da una ponderazione con interessi correlati, non necessariamente valutabili a priori nella loro consistenza e nella loro portata.

Certo l'elasticità del criterio, l'indeterminatezza del principio, la flessibilità del rapporto tra un contenuto attributivo e una modalità esecutiva rendono decisivo il procedimento argomentativo e riconducono alla sua plausibilità l'incidenza del risultato all'interno di una determinata collettività sociale. Non deve essere infatti mai dimenticato che «la legittimazione alla legalità non va spiegata a partire da una razionalità autonoma, moralmente neutra, intrinseca alla forma diritto»²⁶, proprio perché «oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto non ha più una funzione autofondante», in quanto «il problema della fondazione si ripropone come problema di co-

municazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale»²⁷.

Sulla centralità dell'argomentazione nel processo applicativo del diritto si va oggi realizzando una progressiva convergenza, pur con una serie di sfumature. Vi è infatti chi concepisce la teoria dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo²⁸, ma perviene poi a «respingere, con le più rigorose formulazioni del deduttivismo, anche l'ipotesi di una giurisprudenza realmente creativa»²⁹; ovvero chi, nell'intento di salvare il principio di legalità e la soggezione dei giudici alla legge, distingue tra varie forme argomentative, a seconda che queste abbiano ad oggetto le norme ovvero i singoli e specifici connotati del caso sottoposto al giudizio³⁰.

Personalmente riterrei del tutto improprio, giunti a questa fase evolutiva dell'esperienza giuridica, negare la radicata conclusione secondo la quale anche la giurisprudenza debba essere annoverata tra le fonti del diritto³¹. Né mi sembra che la configurazione creazionistica dell'argomentazione giuridica contraddica

all'ordinamento (ciò che si mostra, qui, è proprio l'impossibilità di tracciare, per quanto attiene al contenuto, una distinzione significativa), ma la circostanza che i principi in questione siano molteplici, confliggenti, incommensurabili, indeterminati. Ciò che davvero conta, cioè, è che lo stato costituzionale di diritto ha sì un corposo contenuto etico sostanziale, ma questo contenuto – lo si qualifichi come 'morale' o come 'giuridico' – è “pluralistico, conflittuale, indeterminato». V. anche B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti*, in S. Pozzolo, a cura di, *La legge e i diritti*, Torino, 2002, pp. 89 ss.

24. Così U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale del diritto e procedura civile*, 1958, p. 18.

25. Cfr. sul punto C. Castronovo, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 1056 ss. Osserva giustamente C. Scognamiglio, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 350 che «sembra quanto meno opinabile, già da un punto di vista metodologico, sforzarsi di pervenire ad un chiarimento del modo di operare del giudice di ingiustizia del danno attraverso un concetto persino più problematico di questa formula normativa, qual è appunto quello di abuso del diritto». Per una lettura del problema in chiave sistematica nel tentativo di porre un vincolo al giudice chiamato a decidere sull'ingiustizia del danno, cfr. F. Busnelli - E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 171 ss.

26. Così J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, trad. it., Torino, 1992, p. 16.

27. Così L. Mengoni, *La questione del diritto “giusto” nella società postliberale*, in *Fenomenologia e società*, 1998, p. 11. Osserva giustamente G. Zaccaria, *L'abuso del diritto e la filosofia del diritto*, relazione svolta al cit. convegno fiorentino dell'11-12 febbraio 2016, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 744 ss., che parlare di abuso del diritto significa «estendere la riflessione ad un intreccio di temi più vasti, quali la certezza e le lacune del diritto, la discrezionalità del giudice, la teoria del diritto soggettivo e le 'prerogative' dei privati, la giustizia nei loro rapporti reciproci, la teoria del ragionamento giuridico, il rapporto diritto-morale».

28. Cfr. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., pp. 3 ss.

29. V. ancora A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 317, il quale parla addirittura di “libertinaggio interpretativo” (p. 86). Da ultimo ha ribadito la necessaria presenza, da sempre, di opzioni valutative all'interno di qualsiasi metodo interpretativo A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, p. 494.

30. Così Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit. spec. §§ 5 e 6, il quale tuttavia non spiega come una tale distinzione sia possibile, posto che il giudice trasmigra continuamente dal caso alla norma e non è mai possibile stabilire, né tanto meno imporre, un iter procedimentale nell'analisi di tutti gli elementi che concorrono al giudizio.

31. Appaiono lontane nel tempo (ma forse non ancora sufficientemente metabolizzate) le lucide riflessioni di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, che parla (pp. 371 ss.) di “immancabile creatività della giurisprudenza”. Ancor prima G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, pp. 379 ss., ribadendo che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e a consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha in sé stessa, osservava, con un paradosso solo apparente,

al paradigma dello stato di diritto³². Senza necessità di dover qui affrontare un tema sconfinato, certo è che, se per stato di diritto intendiamo uno Stato che ponga limiti a se stesso attraverso lo strumento della legge, ciò non significa necessariamente che la legge debba essere intesa in una sua datità oggettiva sottratta alle variabili del procedimento interpretativo³³. Anzi, proprio se si riconosce che la norma, come precetto all'azione, nasce all'esito dell'interpretazione e che questa trova la sua plausibilità nel fatto di fondarsi sulla condivisione di una collettività³⁴, allora ben può dirsi con Gadamer, che «il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè *l'applicazione*», all'un tempo riconoscendo che «si verifica così un perfezionamento creativo della legge»³⁵. In sostanza, se con la formula stato di diritto si intende porre l'accento sui limiti del "sovrano", che non può essere considerato investito di un potere illimitato, ciò non implica affatto che questi limiti debbano essere esclusivamente desunti da enunciati formali (di per sé consistenti solo in un complesso di parole), anziché da comportamenti concordemente attuati o da indici di valore condivisi. Semmai si deve oggi riconoscere una legittimazione funzionale della

sovranità nonché l'accentuazione del carattere "neutrale" dello Stato come tramite di un ordine caratterizzato dal politeismo dei valori, dalla molteplicità delle fedi, dalla valorizzazione delle differenze.

Naturalmente anche il termine "creazione" sconta una evidente ambiguità. La creatività della giurisprudenza non nasce certo dal nulla così come non nasce dal nulla la creatività del legislatore. La prima tuttavia suppone l'avvenuto esercizio della seconda. L'unico presupposto scontato all'interno di un ordinamento come il nostro riguarda infatti l'impossibilità di proporre un risultato interpretativo senza assumere comunque ad elemento essenziale (ancorché non esclusivo) del procedimento valutativo idoneo a condurre al precetto un enunciato normativo o comunque un criterio motivazionale che giustifichi il riferimento alla fonte della regola³⁶. In questo senso e solo in questo senso, può essere inteso il principio assunto a fondamento dall'art. 101 cpv. Cost., secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Tale formula infatti non intende solo affermare (escludendo la dipendenza del giudice da qualsiasi altro potere) il valore cardine dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, ma mira altresì a

che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa in senso lato come forma riflessiva sull'esperienza giuridica e quindi comprensiva anche della giurisprudenza) è «l'unica vera fonte del diritto» (p. 385). Sul punto mi permetto rinviare a N. Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, cit., pp. 1 ss.; v. anche ID., *Introduzione a L'incidenza della dottrina e della giurisprudenza nel diritto dei contratti*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2016, pp. 11 ss. Sempre illuminanti le osservazioni di G. Gorla, *Dans quelle mesure le jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources de droit*, in *Foro italiano*, 1974, V, c. 241 ss. È stato giustamente detto che tutto «ciò che condiziona l'interpretazione è fonte» (così R. Sacco, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 457) e quindi non possono non esserlo giurisprudenza e dottrina. Da ultimo sulla giurisprudenza come fonte del diritto cfr. V. Ferrari, *L'interpretazione e i canoni ermeneutici dell'esistenza*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, cit., p. 270. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1991, p. 65 osserva che la giurisprudenza è il luogo privilegiato, se non vuol dirsi unico, per comprendere in modo autentico la giuridicità dei fatti nella loro genesi ontoesistenziale.

32. Così invece Ferrajoli, *op. cit.*, § 6.

33. Si deve ormai ritenere come pacificamente acquisito, nonostante i rigurgiti di un ricorrente formalismo, il passaggio dalla tradizionale staticità del positivismo, che individua la norma come un'oggettività conclusa, nettamente distinta dal soggetto interpretante, a quel processo ininterrotto di positivizzazione che connota la teoria ermeneutica del diritto, processo indissolubilmente legato alla concretezza degli atti che individuano, nella varietà delle situazioni storiche, la posizione della norma: cfr., per tutti, G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.

34. Sulla struttura intersoggettiva della comunità giuridica nel momento interpretativo si fonda la peculiarità epistemica dei processi di conoscenza e di applicazione del diritto, che implicano «una strutturale sinergia tra dati normativi, riflessione dottrinale e precedenti concretizzazioni nella giurisprudenza»: cfr. E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 191. È appena il caso di ricordare che già C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 173 osservava che nessun ordine giuridico è possibile al di fuori «de solutions acceptables par le milieu, parce que conforme à ce que lui paraît juste et raisonnable». V. anche R. De Ruggero, *Tra consenso e ideologia. Studi di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, p. 186.

35. Così H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, 1982, p. 382. Sulla funzione creativa del diritto assunta dal giudice in sede di applicazione dei principi cfr. A. Gentili, *L'ordinamento delle pretese giuridicamente perseguibili*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 685, secondo il quale «la decisione giudiziale fondata su principi è tanto più creativa quanto più generali, vale a dire quanto più in alto nella gerarchia, sono i principi invocati ... Scegliendo sempre meno all'interno di alternative date il giudice sempre più dispone e non giudica». A favore dell'opzione per la sola probabilità di una razionalità *ex post*, esterna, a cagione del riconoscimento della natura non strettamente razionale-deduttiva, ma topica, di quel complesso procedimento di cui consta il lavoro dei giuristi, il quale è al contempo rinvenimento, elaborazione, costruzione della *regula iuris*, cfr. T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza* (1953), trad. it., Milano, 1962, spec. pp. 105 ss., 58 ss. e *passim*.

36. Cfr. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 9.

rendere esplicito (nel quadro di un ordinamento di diritto scritto) che nessun procedimento applicativo del diritto può compiersi senza utilizzare un necessario referente normativo (eventualmente anche rappresentato da una fonte non scritta), con conseguente obbligo per il giudice di giustificare la decisione tenendo conto di tale presupposto e connessa sottoposizione del relativo procedimento ad un meccanismo di controllo nei vari gradi di giurisdizione. Il che peraltro non implica né che possa darsi per scontato il criterio di individuazione della “legge” (vanificando il complesso problema di determinazione delle fonti)³⁷, né che si debba immaginare un contenuto definito dell’enunciato di legge (negando in radice la variegata articolazione del procedimento applicativo e la necessaria mediazione dell’interpretazione). La legge va intesa non in una sua astratta fissità, ma in chiave di effettività, cioè alla stregua di quei parametri valutativi (generalmente condivisi, almeno entro un ragionevole ambito di tempo, in sede giurisprudenziale o applicativa) che consentano di individuarne un plausibile significato in un determinato contesto storico e sociale. È proprio questo il senso del riferimento al diritto vivente³⁸, che la Corte costituzionale assume a paradigma costante dei suoi pronunciamenti, senza ovviamente negare il precetto della soggezione del giudice alla legge. Ciò che vive – e non è dunque consegnato ad una

sua consolidata definitività – non può non implicare una dimensione di creatività. In questo senso può dunque dirsi – riconoscendo al procedimento argomentativo un ruolo centrale e decisivo nella vicenda applicativa del diritto – che la norma è posta non in quanto formalmente dettata, ma nella concretezza degli atti che individuano le situazioni storiche in cui, muovendo da un enunciato, si definisce un modello di comportamento che appare plausibile, condivisibile, accettabile. In sostanza, la centralità dell’argomentazione non impone affatto che si debba fare riferimento esclusivo ad uno *jus positum*, inteso come referente certo e verificabile nella sua asserita oggettività.

4. Superamento della vecchia dottrina sull’abuso nell’ottica della costituzionalizzazione e della personalizzazione del diritto. Principi, diritti e regole nel momento giurisprudenziale. Diritto e giustizia nella stagione del positivismo e oggi

Nell’ottica qui proposta si stempera gran parte del dibattito che ha da alcuni decenni accompagnato la letteratura civilistica. È stato autorevolmente

37. Come è stato giustamente già rilevato, oggi non si tratta più semplicemente di enucleare la norma dalla disposizione, ma di reperire preventivamente la fonte stessa, si tratta cioè di costruire la fonte: N. Lipari, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Conflitti e diritti nelle società transnazionali*, a cura di V. Ferrari - P. Ronfani - S. Basili, Milano, 2001, p. 667; G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 118. Sul modo di intendere l’art. 101 cpv. cost. v. anche G. Costantino, *Governance e giustizia. Le regole del processo civile italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, pp. 51 ss., il quale parla della necessità di formulare «una norma ‘diversa’, comunque fondata sui medesimi testi di legge».

38. In una letteratura che tende ormai a diventare sterminata mi limito a poche indicazioni: A. D’atena, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione conclusiva al convegno *Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici*, svoltosi presso la sede della Corte il 6 novembre 2009, che delinea la nascita del concetto all’interno della giurisprudenza della Corte. Per vari spunti idonei a collocare il “diritto vivente” in un’ottica di sistema può essere utile consultare, fra gli altri: G. Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente. Convergenza o affinità di sistemi giuridici*, in *Sociologia del diritto*, 2008, pp. 47 ss.; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; G. Broggin, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997, pp. 139 ss.; C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992; L. Mengoni, *Diritto vivente*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VI, Torino, 1990, pp. 445 ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, 1994; E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008; G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I, pp. 1148 ss. Sarebbe a questo punto superfluo richiamare gli scritti di Paolo Grossi, attuale presidente della Corte costituzionale, tutti nel segno della creatività della giurisprudenza e della fine della “legolatria” (v. in particolare, *L’Europa dei diritti*, 4^a ed., Roma-Bari, 2009, pp. 140 ss., spec. p. 153): sul suo itinerario culturale mi permetto rinviare al recente saggio di G. Alpa, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contratto e impresa*, 2016, pp. 377 ss., nonché a N. Lipari, *Paolo Grossi ovvero del diritto come storia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, pp. 755 ss. Anche chi teorizza che il «significato giuridico dei fatti dipende dal mio sguardo giuridificante» (così N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 196), ammette che l’effettività «viene piegata al confronto con un criterio di approvazione o disapprovazione, di corrispondenza o discordanza» (*op. cit.*, p. 201) e che alla fine non possa non esistere una «unità di significato giuridico» (p. 206) all’interno di una collettività determinata. All’abuso del diritto quale criterio che implica un’«opera di manipolazione del vero senso della norma» fa riferimento F. Benatti, *Tra dottrina e giurisprudenza, l’interpretazione delle norme di legge*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2016, p. 384 che, richiamando più oltre «regole viventi nell’ordinamento, che appartengono al suo tessuto, fondato sulla continuità della prassi, su modelli di comportamento che si presumono diffusi o accettati dalla collettività oppure ad essa imposti per educarla, e su principi che non hanno bisogno di dimostrazione, ma che valgono in sé e per sé perché collocati nella suprema Carta» afferma che «così nasce l’indirizzo che porta al metodo, oggi diffuso, della dottrina dei valori» (p. 386).

segnalato che «la dottrina dell'abuso è superflua»³⁹, ancorché essa possa essere legittimamente utilizzata «per lottare contro pratiche socialmente nocive e dare soddisfazione a valori elevati». Può essere infatti indicativo segnalare il ricorso all'abuso come sintomo del nuovo ruolo riconosciuto alla mediazione giudiziale nell'ottica di un passaggio dal paradigma di un diritto individuabile *a priori* nella oggettiva consistenza di un sistema di enunciati posti a quello di un diritto valutabile solo all'esito del procedimento applicativo e quindi in relazione alla specificità di una vicenda vissuta.

Dobbiamo abituarci a rompere la forza costrittiva delle nostre vecchie categorie che abbiamo troppo spesso utilizzato come schemi entro i quali costringere la realtà⁴⁰. È stato giustamente detto che la costituzionalizzazione del diritto, nella misura in cui ha introdotto in esso il principio personalistico che è la radice del pluralismo, lo rende sempre meno generalizzabile⁴¹. L'incomparabilità delle persone esclude la stessa possibilità di configurare il diritto soggettivo secondo un paradigma astratto applicabile in maniera uniforme. L'uguaglianza nella diversità va recuperata appunto attraverso la normativa del caso concreto. È ovvio che, in un'ottica di questo tipo, la contraddizione, che si vorrebbe intrinseca al concetto di abuso del diritto⁴², viene meno, perché

la normatività del diritto soggettivo non esiste una volta per tutte e in maniera indifferenziata, ma si viene specificando in funzione delle diverse situazioni concrete, nasce per così dire da un connubio fra la dimensione prescrittiva e quella argomentativa⁴³. Non è dunque contraddittorio, ma anzi coesistente ad un modo di intendere il diritto soggettivo non in astratto ma in concreto, che ciò che sia legittimo in un caso risulti abusivo in un altro⁴⁴, proprio perché il caso diventa indispensabile per individuare l'ambito della normatività. Non è più quindi legittimo sostenere – secondo uno schema che è invece ineccepibile nell'ottica dello *jus positum* – l'inammissibilità logica prima ancora che giuridica di una condotta che, pur essendo conforme allo schema normativo, debba essere considerata illegittima e quindi improduttiva degli effetti in astratto riconducibili a quello schema⁴⁵, perché è proprio l'astrattezza dello schema che non è più oggi “giuridicamente” pensabile, nella misura in cui la costituzionalizzazione della persona *suppone* e postula una concezione dinamica della regola giuridica, valutabile solo nel raccordo tra il presupposto enunciativo e le specificità della singola vicenda storica.

Ecco perché il discorso sull'abuso si salda, a ben vedere, con il discorso sui principi e sui valori che essi sottendono⁴⁶. Nella continua ricerca – ve-

39. Così R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 373, ma v. anche C. Salvi, *Abuso del diritto, diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1 ss. In senso sostanzialmente analogo la conclusione alla quale perviene G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio* cit., p. 60. Peraltro non va dimenticato che, nell'esperienza giuridica contemporanea, non conta solo il risultato in sé quanto i modi attraverso i quali si perviene ad acquisirlo. In questa chiave diviene decisivo il riconoscimento – del quale la teoria dell'abuso del diritto risulta essere quasi il paradigma – della duplice discrezionalità che viene riconosciuta al giudice con il richiamo all'abuso: quella della «scelta del criterio di valutazione tra i vari astrattamente disponibili (e che la formula non predetermina)» e la sua «applicazione al caso concreto» (così infatti Pino, *op. cit.*, p. 56).

40. Sull'alternativa fra la concezione aristotelica e quella kantiana di “categoria” e sulla sua incidenza sul modo di pensare dei giuristi mi permetto di rinviare a N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. pp. 11 ss.

41. Cfr., in termini molto chiari e perentori, F. Viola, *La legalità del caso*, cit., p. 320.

42. Ed è tesi che ha autorevoli ascendenze: cfr., per tutti, F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 6^a ed., Napoli, 1966, p. 77, nell'ottica di una concezione della posizione giuridica soggettiva che, per definizione, non può incidere su interessi estranei a quelli delle parti del rapporto (*op. cit.*, p. 100), che è posizione oggi quanto meno in crisi. Nello stesso senso v. L. Carraro, *Frammenti inediti di Dottrine generali: il rapporto giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 20, secondo il quale “oltre l'ambito dell'interesse per la cui tutela il potere è conferito, l'esercizio del potere non è tanto abusivo quanto impossibile”.

43. Cfr. F. Viola, *op. cit.*, p. 322. Con formula diversa si riconosce la necessità che «il contenuto giuridico del diritto soggettivo vada determinato ed integrato dall'interprete in modo da assicurare la piena compatibilità con la dimensione assiologica dell'ordinamento statale» [così N. Gullo, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alle scelte del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 181].

44. In termini sostanzialmente analoghi, anche se muovendo da diversi presupposti R. Sacco, *op. cit.*, p. 324, osserva che, là dove si parla di abuso, «esiste sicuramente la lesione di un interesse della vittima. Ma quell'interesse è protetto contro l'aggressione a seconda delle peculiarità che accompagnano la condotta dell'agente».

45. Così invece M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, cit., pp. 147 ss.

46. Cfr. M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, in *L'abuso del diritto. teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Veluzzi, Pisa, 2011, p. 33, i quali osservano che vi sono azioni che, a prima vista, appaiono consentite da una regola permissiva, ma che poi risultano proibite in nome di principi che ridimensionano la portata della regola stessa.

rificabile solo nel terminale del momento applicativo – di un punto di saldatura tra principi, diritti e regole (queste ultime oltre tutto riconducibili ad una variegata provenienza) il momento giurisprudenziale diventa decisivo e all'interno di questo la figura dell'abuso del diritto appare paradigmatica per intendere che nella stagione del pluralismo non possono esistere poteri riconducibili ad una autorità capace di attribuirli e riconoscerli nel loro esercizio in via indipendente dalla varietà degli effetti che sono in grado di produrre, proprio perché la modalità dell'effetto può contraddire il principio (e quindi il criterio di valore) in vista del quale l'attribuzione era stata compiuta.

Mi rendo perfettamente conto del fatto che la nostra cultura giuridica, condizionata dai modelli del positivismo, non ha ancora seriamente metabolizzato il processo di costituzionalizzazione del diritto, che sposta il profilo dell'antigiuridicità sul piano della contraddittorietà non a regole ma a principi. Se si esce dai paradigmi di stampo positivistico un tale atteggiamento non deve scandalizzare, posto che, come è stato giustamente osservato, determinare l'indeterminato è una caratteristica della funzione giudiziale⁴⁷. Né mi pare si possa dire che è infondato l'argomento secondo il quale i principi valgono più delle regole, in quanto «dietro tutte le regole c'è sempre un principio»⁴⁸. Se i principi sono ricavabili dal testo costituzionale, essi debbono necessariamente prevalere sulle regole della legge ordinaria, nonchè, in ipotesi, sui principi che fossero per astrazione ricavabili dal sistema degli enunciati posti. Ci si deve cioè adeguare all'idea di un diritto legislativo illegittimo, formula che la dottrina di Kelsen considerava come una vera e propria contraddizione in termini⁴⁹.

Nel momento in cui il giudice è investito del potere di controllare la costituzionalità di una legge, egli è chiamato ad adeguare il contenuto di una norma ordinaria ad un principio ricavabile dalla Costituzione, nonostante l'apparente specificità della prima e l'asserita genericità del secondo. Come è stato detto, i principi «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste», e perciò non si applicano ma si pesano, nel senso che prevale quello cui è associato volta a volta maggior peso per la sua maggiore importanza o pertinenza⁵⁰. Non a caso la giurisprudenza ha spesso utilizzato il richiamo al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. come un criterio di fondo destinato ad informare qualsiasi procedimento interpretativo, indipendentemente dal fatto, ad esempio, che il contratto sia stato strutturato avendo di vista, nell'immediato, interessi diversi. Entro una logica strettamente formalistica, il richiamo ad un principio esterno alla struttura (legittima) del contratto in funzione di un indice sicuramente sopravvenuto rispetto al momento della sua conclusione, appare procedimento volto a correggere surrettiziamente la legge⁵¹. Ma è chiaro che, a ben vedere, così non è nella logica di un diritto vivente che colga la forza precettiva della norma al di là della formalità della disposizione⁵². In questa chiave la critica alla nota sentenza della Cassazione in tema di recesso⁵³ non può essere incentrata sul rilievo che la norma sulla buona fede nell'esecuzione non è pertinente al contenuto del contratto, proprio perché il presupposto è che i principi di buona fede e di correttezza si pongano a livello costituzionale informando necessariamente ogni atto negoziale, in funzione del loro essere in sintonia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quei principi

47. Cfr. T. Endicott, *La generalità del diritto*, (2000), trad. it., Modena, 2013, p. 45.

48. Così A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., p. 464. L'affermazione secondo la quale «ogni norma postula il suo principio» si deve a V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, p. 240.

49. Cfr. A. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, 1952, p. 158; ID., *La dottrina pura del diritto*, (1960), Torino, 1966, p. 298.

50. Cfr. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 1992, pp. 93 ss.. Nello stesso senso v. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, (1994), trad. it., Bologna, 2012, pp. 106 ss.

51. Così A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 467. È entrata ormai nella consapevolezza giurisprudenziale l'idea di una proporzionalità fra le prestazioni, che quindi allontana definitivamente il contratto dal paradigma del *pacta sunt servanda*: cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 380; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.; F. Casucci, *Il sistema "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001. Sul problema della giustizia del contratto v., da ultimo, N. Lipari, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016.

52. Lo riconosce anche Gentili, *op. cit.*, p. 469 nota 77.

53. V. *supra*, nota 1.

dà all'un tempo forza normativa e ricchezza contenutistica⁵⁴.

A ben vedere, una valutazione di questo tipo era sottesa – pur in stagioni diverse dalla nostra e quindi all'interno di contesti a ben più ampia convergenza assiologica – a posizioni autorevoli come quella di Bobbio che, nel momento stesso in cui riconosceva che vi sono principi che non possono essere desunti da norme espresse del sistema, essendo invece riconducibili a criteri ricavabili da «idee e convinzioni morali affioranti nella società (che è in continua evoluzione), non ancora accolte dal diritto positivo», riteneva di poter addurre ad esempio tipico «il controverso principio del divieto di abuso del diritto, che emerge non tanto da questa o quella norma del sistema, quanto dalla auscultazione, cui il giurista è chiamato, di esigenze etico-politiche manifestatesi in una determinata società, in contrasto con convinzioni che vanno declinando»⁵⁵. In sostanza, il teorico del positivismo, pur all'interno di una società ben più conforme ed omologata della nostra, avvertiva la necessità di ricorrere a figure di confine, fuori da ogni previsione testuale, per consentire l'adattamento della soluzione a criteri

di valore sopravvenuti rispetto a quelli tenuti presenti nel momento della formulazione del precetto. Oggi il medesimo criterio impone una ben più diffusa articolazione come nella frantumazione di un cristallo e fa emergere la valenza precettiva del caso. Nell'ottica della ragion pratica la soluzione va accolta non per la forza di un enunciato, ma per la persuasività di una motivazione, forza che non può che discendere, all'interno di una comunità interpretativa, dal suo richiamo ad un quadro di valori condivisi. In questa chiave il riferimento a quelli che si è ancora soliti definire principi generali⁵⁶ non opera più – secondo il modello proprio di una struttura giuridica uniforme – quale meccanismo di integrazione delle lacune, ma diventa espressione di quel processo di continuo adattamento delle strutture formali a principi etici, sociali e politici che sono i fondamenti della civile convivenza⁵⁷. Il riferimento all'abuso del diritto, al di là dei sofisticati equilibrismi di una logica formale, diventa uno dei tanti strumenti con cui la giustizia secondo il diritto scopre i suoi limiti, ma al tempo stesso la giustizia oltre il diritto scopre le sue regole⁵⁸. Nella specificità di una situazione concreta, e pure al di fuori dei limiti

54. Cfr., fra le tante, Cass. 6 dicembre 2012, n. 21994; Cass. 19 maggio 2009, n. 11582. Nel momento in cui si riconosce l'incidenza del principio di solidarietà nei rapporti negoziali fra privati naturalmente non si nega affatto l'autonomia privata, ma si riconosce che questa non può esercitarsi in uno spazio impermeabile ai principi costituzionali. In questa chiave l'ottica dell'abuso del diritto assume una valenza di carattere generale valorizzando le circostanze del caso concreto, per loro natura non tipizzabili in una puntuale previsione normativa, ma affidate alla capacità del giudice di coniugare le modalità astratte di attribuzione del potere con le specifiche condizioni del suo esercizio. In un'ottica del tutto diversa si colloca chi riconosce in una vicenda di questo tipo una sorta di forzatura dei principi: cfr. A. Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 761 ss. In senso nettamente critico in ordine a quello che definisce un tentativo di strumentalizzare la carta costituzionale v. anche D. De Caria, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta "abusando dell'abuso"? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 3627 ss. In termini generali già G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, pp. 251 ss. aveva negato che il testo costituzionale tendesse a sacrificare l'interesse individuale a vantaggio del preteso interesse generale e aveva sostenuto che la compromissione delle libertà economiche individuali è avvenuta per effetto di una legislazione e di una prassi successive, contrarie allo spirito originario del testo costituzionale. A mio sommo avviso è questo un modo di leggere l'esperienza giuridica in chiave assolutamente storica.

55. Così N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, p. 891.

56. Sul punto v., da ultimo, N. Lipari, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 28 ss.

57. Cfr. U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 23. La tesi già richiamata (v. *supra* nota 39), secondo la quale la dottrina dell'abuso del diritto, pur essendo formalmente legittima, è a ben vedere superflua, in quanto gli esiti possono essere surrogati da altri procedimenti qualificativi «rilevanti nell'area della responsabilità civile», non è, se si dovesse procedere secondo paradigmi di segno esclusivamente formale, riducibile solo a tale figura, ma può essere agevolmente estesa a tutte quelle altre, sempre più frequenti nella stagione della cd. costituzionalizzazione del diritto civile, in cui il procedimento ermeneutico imponga di porre in rapporto norme e principi. Infatti mentre la norma induce il riferimento ad istituti, il principio richiama valori; la prima viene prevalentemente descritta secondo schemi di segno formale, il secondo in funzione del richiamo ad indici non formalizzabili e quindi ricavabili dalle più varie indicazioni. Quando perciò correttamente si assume che «qualche interprete potrà considerare il sentiero del divieto di abuso meno impervio degli altri, quando vorrà reprimere un atto che le circostanze dequalificano; e quell'interprete si gioverà del divieto d'abuso per lottare contro pratiche socialmente nocive e dare soddisfazione a valori elevati» (cfr. R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 373), in sostanza si riconduce al *proprium* dell'abuso del diritto quel che è connotato comune a moltissimi schemi argomentativi, facciano o meno riferimento a clausole generali. In sostanza, nel momento stesso in cui si riconosce che l'interprete, quando si misura con le peculiarità del caso, è chiamato anche a valutare valori o a commisurare l'incidenza di quella vicenda specifica con un più ampio contesto sociale, non si fa altro, *mutatis verbis*, superando l'ipotesi del formalismo, che riconoscere la novità di un diritto che non nasce già confezionato e strutturato ma che si caratterizza per il procedimento attraverso il quale l'enunciato si colora ed assume significato in funzione della specificità delle situazioni concrete vissute nella diversità delle loro tensioni, così saldando l'orizzonte del passato (assunto nella rigidità degli atti di posizione) con l'orizzonte del presente (valutato alla luce delle esigenze e dei valori della collettività al momento dell'applicazione) (cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 204).

58. Cfr. F. Viola, *op. cit.*, p. 327.

condizionanti di un ragionamento secondo fattispecie⁵⁹, ci si avvede che non esiste un diritto definito in forme immutevoli una volta per tutte (almeno fino a quando quelle forme non vengano modificate) e che al contempo non può darsi un risultato comunemente acquisibile in chiave di giustizia senza che esso venga in qualche modo canalizzato entro schemi formali.

5. La delicatezza del profilo argomentativo. La resistenza delle vecchie categorie ordinanti e la necessità di superarle. L'argomentazione come modo di raccordare il testo al contesto

Naturalmente una impostazione di questo impone un estremo rigore nei modi di svolgimento del procedimento argomentativo. La criticata lunghezza di certe sentenze delle sezioni unite trova probabilmente giustificazione proprio in questa esigenza. Se si potesse argomentare solo in funzione del richiamo ad un enunciato edittale evidentemente il procedimento sarebbe molto più facile.

Emerge innanzitutto la difficoltà di operare con strumenti qualificativi (categorie ordinanti) non consolidati, talora addirittura di nuovo conio, e spesso ciò induce in sede pratica non pochi attriti o resistenze. Peraltro anche in chiave teorica è ricorrente il tentativo di ricondurre il procedimento qualificativo entro paradigmi noti. Per esempio, si è sostenuto che l'argomento dell'abuso del diritto rientri in senso lato nel genere dei ragionamenti per analogia, ancorché di un'analogia che, disapplicando una disposizione e quindi con riferimento ad un caso regolato, le applica una diversa disposizione individuata secondo la *ratio*⁶⁰. Nel momento tuttavia in cui si conviene

di superare gli schemi costrittivi della fattispecie, lo stesso richiamo all'analogia assume inevitabilmente connotati diversi⁶¹ e la norma come precetto all'azione discende dal riferimento ad un principio ritenuto assorbente e non eludibile.

Nel quadro di una realtà in continua velocissima evoluzione appare sempre difficile immaginare in funzione di quale criterio sia possibile ricostruire in astratto, e quindi prescindendo dalle peculiarità, sempre variabili, del singolo caso, i presupposti in base ai quali sia stato individuato un interesse al momento del conferimento (*scilicet*: della posizione dell'enunciato al quale si intende ricondurre l'attribuzione del diritto)⁶². Nella concretezza della vicenda attuativa (per rimanere entro l'ottica dell'abuso del diritto) o si riconosce al titolare, sempre che rimanga entro i paradigmi del potere conferito, di valutare il proprio interesse ai fini dell'esercizio, ovvero lo si commisura ad altre sfere di interesse, direttamente o indirettamente incise da quell'esercizio, e si consente al giudice di valutare caso per caso la rilevanza del diritto. Non può infatti dirsi, se non in astratto, che in tal caso «l'atto del titolare non è idoneo ad incidere sulla sfera del soggetto o dei soggetti passivi del rapporto» e diventa quindi sostanzialmente «inutile»⁶³. I casi di abuso del diritto dei quali si è occupata la giurisprudenza dimostrano esattamente il contrario, contrapponendo ad un titolare, che diceva di esercitare un suo interesse e che comunque si rifaceva ad uno schema formale riconosciuto, la posizione di soggetti passivi sicuramente incisi da quell'atto, anzi sicuramente danneggiati.

Ecco perché, a mio giudizio, il tema dell'abuso del diritto riflette la problematica essenziale dell'esperienza giuridica nel tempo presente. Se si riconosce che il precetto, come regola all'azione, nasce da una necessaria dialettica tra testo e contesto, pur essendo

59. Su questo tipo di problematica cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 41 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 36 ss.; da ultimo v. anche ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., spec. p. 1123. In senso radicalmente critico per una conservazione dei vecchi modelli v. invece A. Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 245 ss. Ovviamente il richiamo a clausole generali esclude il riferimento al paradigma della fattispecie. Osserva giustamente J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (1972), trad. it., Napoli, 1983, p. 57 che in tal caso «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di 'capire in modo giusto' la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere».

60. Cfr. A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 13.

61. Per un tentativo in questo senso cfr. N. Lipari, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, pp. 1 ss.

62. E ciò indipendentemente dal costume (da tempo invalso presso il nostro legislatore) di inserire nel primo articolo di ogni legge una sorta di enunciazione programmatica dei fini in vista dei quali si assume che essa sia stata resa. Se fosse qui consentita una più dettagliata analisi sul punto, sarebbe agevole verificare come la vicenda applicativa finisca poi pesantemente per contraddire a quelle indicazioni di principio.

63. Così invece L. Carraro, *Frammenti inediti di Dottrine generali: il rapporto giuridico*, cit., p. 20.

il testo inevitabilmente statico e il contesto storicamente dinamico, ne discende che non si può assumere l'eversività di un impiego argomentativo dell'abuso sul presupposto che «le disposizioni legislative dicono sempre la struttura della fattispecie regolata», ma «non dicono quasi mai la funzione della regola»⁶⁴. A parte – come si è detto – la necessità di superare il paradigma della fattispecie, la contrapposizione struttura-funzione non fa che riproporre, *mutatis verbis*, quella testo-contesto che, in tesi, costituisce non una patologia ma lo stesso modo d'essere del diritto, inteso quale esperienza storicamente vissuta. Come è stato esattamente rilevato, la contrapposizione del concetto di struttura a quello di funzione ripropone l'alternativa fra “statico” e “dinamico”⁶⁵, che è dialettica non proponibile per il diritto il quale, per definizione, non può mai essere statico. Ove anche l'enunciato dichiarasse la funzione della quale intende rendersi strumento (ed è atteggiamento che sempre più di frequente caratterizza le iniziative del nostro legislatore), ciò non modificherebbe la portata dell'intervento interpretativo e rimarrebbe aperta la possibilità per il giudice di applicarlo per fini diversi (storicamente sopravvenuti o non previsti), fermo restando che, al di là della polivalenza del termine “funzione”, questa va verificata, nella tensione verso determinati fini, solo nella concretezza di una realizzazione, al di là di un programma semplicemente dichiarato. Il rapporto dunque tra la struttura di un enunciato legislativo e la funzione che esso è destinato a svolgere nella concretezza di una vicenda applicativa non può essere influenzato dal fatto che l'enunciato dichiara (spesso per mere ragioni di opportunismo politico) l'intento di perseguire un certo fine. Sarebbe inutile riproporre qui il dibattito che ha condotto a ritenere priva di qualsiasi portata precettiva l'affermazione di cui

all'art. 12 delle preleggi, secondo la quale si dovrebbe tenere conto, in sede interpretativa, dell'«intenzione del legislatore». Quale che sia stata tale intenzione e quale che debba essere il modo per individuarla, il procedimento applicativo del diritto si riconduce inesorabilmente ad un rapporto tra testo e contesto, un rapporto che ormai porta ragionevolmente a superare almeno alcuni dei tradizionali paradigmi sui quali si era soliti fondare l'alternativa tra paesi di *civil law* e paesi di *common law*⁶⁶. Al di là di ogni tentativo di incapsulare la realtà entro schemi definitivi, bisogna rendersi conto che il divieto dell'abuso sposta necessariamente il processo applicativo del diritto sul terreno dell'argomentazione, quali che possano essere le preoccupazioni sul grado di discrezionalità degli interpreti⁶⁷.

**6. Abuso del diritto e frode alla legge.
Elusione e abuso del diritto
nella legislazione tributaria.
La diversità rispetto
alle ipotesi di abuso del diritto
riferite al contratto.
La diversa incidenza
dell'attività del giudice
e il diverso richiamo
ai principi costituzionali.
Positività di un riferimento
generalizzato all'abuso.
Conclusioni sul ruolo
dell'intervento giurisdizionale**

Peraltro, se assumiamo l'abuso del diritto quale paradigma del nuovo ruolo che la giurisprudenza si è venuta riconoscendo nel processo applicativo del

64. Così A. Gentili, *Il diritto come discorso*, cit., pp. 460 ss.

65. Cfr. G. Giannini, *Struttura*, in *Enciclopedia filosofica Bompiani*, 11, Gallarate, 2006, p. 11190.

66. Cfr. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 8, 154 ss.

67. Cfr. G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, cit., p. 55; v. anche P. Comanducci, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in V. Veluzzi, a cura di, *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2011, pp. 19 ss. È chiaro che sullo scivoloso terreno di queste argomentazioni non è possibile accontentarsi – come tante volte si è fatto in passato – di formule consegnate a massime, prescindendo dalle peculiarità del caso deciso. Quando, per esempio, la Cassazione afferma (cfr. Cass. 7 maggio 2013, n. 10568, poi ripresa da Cass. 25 gennaio 2016, n. 1248) che «l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie od irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti», utilizza evidentemente una argomentazione ambigua. Secondo schemi di segno esclusivamente formale o logico non sarebbe agevole distinguere tra una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altro contraente e una attuata con modalità non rispettose dei principi di correttezza e di buona fede. Per una valutazione dell'abuso del diritto in astratto, avulsa dal contesto delle dinamiche intersoggettive cfr. C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., pp. 184 ss. Riconnette l'abuso del diritto ad una concretizzazione della buona fede in funzione valutativa F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 410 ss. L'essenziale è, a mio giudizio, non acquetarsi in una formula qualificativa. Nel momento in cui si riconosce che «attraverso la dottrina dell'abuso del diritto si mette in discussione la legittimità che all'esercizio sembra dover spettare per il solo fatto di essere riconosciuto ed attribuito dalla norma

diritto, non possiamo automaticamente assimilarlo a figure che sono ancora correntemente lette in chiave di fattispecie. Paradigmatico, a questo proposito, è il rapporto tra abuso del diritto e frode alla legge⁶⁸.

Certo c'è un apparente punto di contatto fra abuso del diritto e frode alla legge. Entrambe le figure tendono ad evitare che si realizzi un risultato anti-giuridico, contraddicendo i principi di fondo dell'ordinamento sotto lo schema di una situazione formalmente legittima. Ma, mentre nel caso della frode alla legge – indipendentemente dal fatto che la si qualifichi secondo una concezione soggettiva od oggettiva⁶⁹ – l'aggiramento della previsione legale è individuabile in termini per così dire strutturali nel rapporto tra lo schema astratto e quello in concreto utilizzato, sull'individuazione dell'abuso incide una serie di molteplici di fattori, non tutti uniformi e non tutti della stessa fonte. Ciò che è formalmente legittimo può diventare abusivo non necessariamente in funzione di un indice valutativo riconducibile al titolare, ma anche in relazione ad una valutazione della sua incidenza su interessi terzi pur essi meritevoli di tutela. Una valutazione complessiva del contesto conduce a considerare abusivo, e quindi meritevole di sanzione, un comportamento che, in termini meramente astratti cioè con esclusivo riferimento ai testi, dovrebbe invece ritenersi legittimo. La frode alla legge necessita di una sua previsione normativa⁷⁰. Non altrettanto l'abuso del diritto, posto che – come si è detto – il

procedimento qualificativo è il medesimo sia negli ordinamenti che testualmente lo prevedono, sia in quelli che nulla dicono al riguardo. In altri termini, la frode alla legge ha una sua struttura definita, mentre l'abuso ha trovato e trova le più diverse motivazioni: il difetto di interesse da parte del titolare o addirittura l'interesse di nuocere, la modalità anomala o scorretta dell'esercizio secondo paradigmi riconducibili alla buona fede oggettiva, il bilanciamento degli interessi fra quelli propri del titolare e quelli dei soggetti incisi dall'esercizio dell'atto, la deviazione del potere rispetto al fine istituzionale in funzione del quale sarebbe stato conferito, nonché gli infiniti risultati potenzialmente conseguibili dalle varie combinazioni di tutti questi criteri. Una previsione legale che privilegiasse l'uno o l'altro di questi modelli⁷¹ non impedirebbe al giudice, in un'ipotesi particolare, di configurare un abuso, sotto qualsivoglia motivazione, privilegiando un modello alternativo.

La diversità radicale fra frode alla legge e abuso del diritto è segnalata dal fatto che la tradizione del formalismo giuridico ha sempre ritenuto conciliabile la propria impostazione con la repressione di atti fraudolenti, intesi come volti a conseguire un risultato diverso rispetto a quello perseguito dal legislatore⁷². L'elusione corrisponde alla violazione, quali che siano le modalità del comportamento attuato. Non così per l'abuso del diritto che di per sé non viola od elude una norma, ma ne contrasta lo spirito o con-

statale» (cfr. puntualmente P. Rescigno, *Abuso del diritto*, cit., pp. 26 ss.), si rompe evidentemente il paradigma di un semplice riferimento allo *jus positum* e si dà rilievo alla concretezza delle situazioni nelle quali il potere viene esercitato secondo paradigmi di accettabilità sociale in linea di principio non codificabili.

68. Cfr., da ultimo, M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., spec. pp. 54 ss. Ritiene netta la distinzione di piani fra abuso del diritto e frode alla legge U. Breccia, *L'abuso del diritto*, cit., p. 14. Vi sono tuttavia studiosi che mettono in luce un'asserita analogia tra le finalità delle due tecniche normative, assumendo che ambedue sono dirette a contrastare un'utilizzazione distorta degli istituti giuridici: cfr. F. Audit, *La frode à la loi*, Paris, 1974, § 199; P. De Varelles-Sommieres, *Frode à la loi*, in *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de droit International*, II, Paris, 1998, § 53. Alcuni autori finiscono addirittura per considerare la frode alla legge come un'applicazione particolare della teoria dell'abuso del diritto: cfr. L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits)*, 2^a ed., Paris, 1925, pp. 161 ss. M. Gestri, *op. cit.*, pp. 196 s. sostiene che nell'ordinamento comunitario sotto la nozione generale di abuso del diritto possono essere ricomprese tre sottospecie distinte: l'elusione alla legge nazionale, la frode alle norme comunitarie e l'abuso del diritto in senso stretto, inteso come esercizio di un diritto fondato su una disposizione comunitaria e da ritenersi in concreto non conforme alla finalità della disposizione o ad altri criteri generali.

69. Nel primo senso v. soprattutto L. Carraro, *Negoziato in frode alla legge*, Padova, 1943; ID, *Frode alla legge*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1968, pp. 647 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874; nel secondo cfr. R. Scognamiglio, *Dei contratti in generali*, nel *Commentario al codice civile* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, pp. 342 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 265; in giurisprudenza cfr. Cass. 26 marzo 2012, n. 4792.

70. Nella sua classica monografia L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, cit., p. 143 perentoriamente afferma che «la frode è possibile solo rispetto al diritto cogente», che è affermazione certamente non riproponibile con riguardo alle ipotesi di abuso delle quali si è occupata la giurisprudenza. Anzi Carraro soggiunge che la frode alle leggi fiscali non è per sua natura assimilabile alla frode alla legge perché oggetto dell'elusione risulta l'«interesse dello Stato alla percezione del tributo piuttosto che una norma posta a tutela di un interesse sociale», con la conseguenza che la frode al fisco va semmai assimilata alla categoria della «frode ai terzi» (*op. cit.*, p. 173).

71. E che questo sia concretamente avvenuto lo documenta chiaramente U. Breccia, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 27 ss.

72. Cfr. L. Carraro, *Il valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pp. 782 ss.

traddice a principi, peraltro senza parametri valutativi definiti.

Su questi presupposti, nonostante la tendenza del nostro legislatore ad utilizzare la formula “abuso del diritto” in termini generici⁷³ e comunque quale sinonimo di una violazione od elusione di legge, non sono, a mio giudizio, riconducibili alla figura tutta una serie di previsioni incidenti sul sistema tributario, nelle quali si utilizza il richiamo all’abuso del diritto per realizzare effetti molto puntuali, al di fuori di qualsiasi riferimento ad una clausola generale che consenta di raccordare una previsione astratta alla specificità di un caso e quindi al di fuori di quello che mi è parso di poter segnalare quale paradigma quasi emblematico del processo di giurisdizionalizzazione del diritto⁷⁴.

In sostanza, ricondurre l’elusione all’abuso non serve in concreto ad offrire al giudice migliori strumenti risolutivi. Semmai complica il profilo qualificativo perché, mentre l’elusione pone l’accento sul contrasto fra un precetto formalmente posto ed istitutivo di un dovere non contestabile ed il suo aggiramento sostanziale, il richiamo all’abuso evidenzia un potere che verrebbe esercitato in modo esorbitante rispetto alla sua funzione⁷⁵: che sono evidentemente due modi

opposti di valutare il rapporto tra il cittadino e il fisco. Fermo restando tuttavia che qui continuiamo ad operare entro la logica della fattispecie⁷⁶, sia pure di una fattispecie a maglie larghe fatta di riferimenti a concetti indeterminati, ad espressioni verbali di significato incerto⁷⁷, ma pur sempre entro l’ambito di una alternativa secca (la sottoposizione o meno al tributo), che non consente al giudice la valutazione di interessi terzi, che non gli permette, per riprendere l’immagine di Bobbio richiamata sopra⁷⁸, di porgere l’orecchio ad esigenze etico-politiche manifestatesi dopo la posizione dell’enunciato e ritenute, alla luce di una sua valutazione commisurata alla specificità della vicenda applicativa, in contrasto con convinzioni che vanno declinando.

Nella chiave di teoria generale qui proposta appare dunque irrilevante – ma si tratta di una conclusione già autorevolmente segnalata⁷⁹ – sia il tragitto percorso dal legislatore, che ha abbandonato la via, pur tentata in un primo momento, di rincorrere faticosamente il fenomeno elusivo attraverso la predisposizione, volta a volta, di norme specifiche per scegliere quella di una norma generale antielusione, così come la via seguita dalla giurisprudenza che, no-

73. È stato osservato che l’utilizzazione della espressione “abuso” in ambiti sempre più allargati implica un fenomeno non infrequente nel discorso dei giuristi, fenomeno che potrebbe definirsi di «entificazione delle parole», in quanto la ripetizione insistita di una espressione linguistica tende «a formare il convincimento che oltre la parola esista in realtà anche la ‘cosa’ che tale parola indicherebbe» (così M. Taruffo, *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 834).

74. Per un significativo ripensamento del ruolo delle clausole generali v., da ultimo, E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giustizia civile*, 2015, pp. 685 ss., il quale, fra l’altro, osserva (p. 709) che «la clausola generale non è suscettibile di bilanciamento perché nel corso della sua concretizzazione incontra solo le circostanze fattuali e non anche valori normativi concorrenti, come accade invece nel caso dei principi costituzionali». Non è escluso tuttavia che, facendo ricorso all’abuso del diritto, il giudice, allargando il panorama a sfere soggettive diverse rispetto a quella del titolare del diritto, utilizzi in sede argomentativa criteri riconducibili alla prospettiva del bilanciamento. In altro luogo lo stesso a. assume che la clausola generale è “un ideale di norma” alla stessa stregua del trascendentale kantiano: cfr. ID., *Interpretazione e clausole generali*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, pp. 557 ss. Sul rilievo delle clausole in tema di abuso del diritto in quanto volte a favorire, per la loro natura e idoneità alla mediazione interpretativa, «la duttilità del sistema, già costruito secondo schemi che sono connotati da una rigidità formale», cfr. D. Messinetti, *Abuso del diritto*, cit., p. 9.

75. Cfr. G. Franson, *Abuso ed elusione del diritto*, cit., p. 410. Fa, con riguardo alla figura dell’abuso in materia fiscale, riferimento generico alla «necessità di garantire il rispetto della legalità sostanziale» A. Merone, *Abuso ed elusione del diritto*, in *Il libro dell’anno del diritto 2016, Treccani*, Roma, 2016, p. 429. In generale sulla impossibilità di ricondurre la frode alla legge ad un abuso del diritto, in quanto la libertà individuale non può considerarsi un diritto soggettivo v. L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, cit., p. 75. Nello stesso senso v. già M. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, p. 135.

76. F. Gallo, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, cit., p. 1327 qualifica l’intervento del legislatore contro l’elusione fiscale come volto ad offrire «un contenuto definitivo alla fattispecie dell’abuso». Lo stesso a. non ha mancato di rilevare che il palleggiamento di ruoli, in materia fiscale, tra legislatore e giurisprudenza è sempre avvenuto entro l’ottica di rigidi confini qualificati in chiave di fattispecie, con la conseguenza che è risultata sempre emarginata la tesi di chi ha tentato di rimuovere lo strumento negoziale elusivo attraverso il richiamo ai principi generali dell’ordinamento (cfr. F. Gallo, *Elusione, risparmio d’imposta e frode alla legge*, in *Studi in onore di E. Allorio*, II, Milano, 1988, pp. 2041 ss.).

77. Osserva giustamente G. Franson, *op. cit.*, p. 411 che, nell’individuazione della fattispecie, il legislatore tributario fa riferimento a molti concetti generici (“oggetti”, “esclusivo fine di”, “non marginali”, “prevalenti”) nel quadro di quella che definisce una “integrazione valutativa”.

78. V. *supra*, nota 56.

79. Cfr. F. Gallo, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, cit., spec. pp. 1320 ss.

nostante taluni persistenti tentennamenti⁸⁰, ha finito per raccordare le sue soluzioni al principio generale di cui all'art. 53 Cost. come fondativo di una norma generale antielusione, peraltro accompagnando il riferimento al principio di capacità contributiva con il puntuale accertamento di altre condizioni puntualmente verificate⁸¹. Quel che conta qui evidenziare è che, quali che siano le tecniche di individuazione delle operazioni antielusione, certo è che l'aggancio risolutivo non viene mai ricondotto a valori condivisi. Il rapporto cittadino-fisco è ancora prevalentemente letto secondo la coppia amico-nemico e in Italia si è ancora ben lontani dal raggiungere il livello di quella dialettica costruttiva che si è realizzata altrove emarginando le aree dell'elusione istituzionalizzata. Così, per esempio, l'evoluzione normativa dall'art. 37 *bis* del DPR 29 settembre 1973, n. 600, ancora privo di qualsiasi richiamo all'abuso, all'art. 5 della legge delega 11 marzo 2014, n. 23, in cui l'elusione viene assimilata all'abuso, fino all'art. 10 *bis* del d.lgs 5 agosto 2015, n. 128, mentre da un lato ha condotto al tentativo di qualificare «l'uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio di imposta», lascia tuttavia aperto lo spazio di legittimità per «operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali». Siamo ancora una volta all'interno di un ampio spazio di manovra offerto alla mediazione giudiziale, ma non in funzione di una clausola generale, bensì di una commisurazione fra regole tendenzialmente riferibili a fattispecie puntuali (conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato, benefici in contrasto con le finalità delle norme fiscali, operazioni volte a realizzare risultati di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa). Entro questo spazio è ben possibile ancora argomentare secondo alcune delle categorie classiche del diritto civile.

Per esempio, è stato sostenuto, prendendo spunto dalla giurisprudenza della Cassazione sull'abuso del diritto in materia tributaria, che essa abbia «bisogno per stare in piedi e raggiungere i suoi fini della invalidità per simulazione e frode»⁸². Ma è un tipo di argomentazione alla quale è ragionevole prevedere che i nostri giudici faranno sempre meno ricorso. Certo nella sua motivazione la sentenza del caso Halifax⁸³ sostanzialmente considera come abusive operazioni controverse che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che le traspone, procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito da quelle disposizioni, e hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito, con ciò riecheggiando le fattispecie della simulazione e della frode alla legge. Come è stato puntualmente rilevato, «affermando in chiaro che un atto è solo apparente perché non ha sostanza economica corrispondente alla forma, e fraudolento perché ha il solo scopo di eludere il fisco lucrando vantaggi fiscali indebiti, si replica perfettamente la nozione di (preteso) abuso oggi elaborata»⁸⁴. Ancorché i paradigmi argomentativi della simulazione e della frode non siano quelli dei quali si è valsa la Corte di giustizia, finché si rimane all'interno dello schema della fattispecie simili schermaglie qualificative sono assolutamente legittime e si collocano nel quadro di una prospettiva dell'intervento giudiziale che peraltro ha ancora confini assolutamente definiti⁸⁵.

Non così nei casi in cui la figura dell'abuso del diritto viene oggi utilizzata dalla giurisprudenza per valutare le scelte di autonomia oltre la «cornice formale attributiva del diritto»⁸⁶. Ancorché anche la giurisprudenza tributaria riconduca ormai quello

80. L'*iter* giurisprudenziale è chiaramente illustrato da F. Gallo, *op. cit.*, spec. pp. 1324 ss.

81. Cfr. ancora F. Gallo, *op. cit.*, pp. 1326 ss.

82. Così A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, cit., p. 20.

83. Corte di giustizia, 21 febbraio 2006, nel procedimento c-255/02.

84. Cfr. A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 21. M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge*, cit., 187 ss., ritiene inopportuno, nel quadro del diritto comunitario, trattare autonomamente la nozione di simulazione rispetto alle tecniche della frode alla legge e dell'abuso del diritto.

85. Gentili, *op. cit.*, p. 22 parla, con riferimento all'ultima giurisprudenza tributaria, di un abuso che «non è servito alla costruzione ma solo alla colorazione».

86. È questa l'impostazione suggerita dalla Cassazione nel «caso Renault» laddove espressamente si attribuisce al giudice del merito un potere valutativo che non invade la sfera propria degli atti a valenza politica in quanto si ritiene appartenga all'essenza della funzione giurisdizionale esercitare la giurisdizione nel quadro dei principi costituzionali (che, sia detto per inciso, sono anch'essi soggetti ad evoluzione storica ed impongono quindi di valutare ogni atto di autonomia non semplicemente alla stregua dell'assetto espresso dalle volizioni delle parti, ma altresì alla luce del principio generale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost. e quindi con potenziale incidenza su interessi terzi). Sul punto v. F. Addis, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, cit., p. 245, che tuttavia contesta il procedimento argomentativo in base al quale la Corte di cassazione ha ritenuto di poter fondare la sua soluzione – ma si è già detto di quante volte ciò è già avvenuto in passato nelle decisioni veramente innovative – su un coerente sviluppo della propria giurisprudenza.

che definisce un «principio generale antielusivo»⁸⁷ nel quadro dei principi costituzionali⁸⁸, l'operazione è comunque compiuta in chiave assimilabile al procedimento qualificativo della fattispecie essendo il principio costituzionale richiamato al solo fine di fondare l'inopponibilità dell'atto all'amministrazione finanziaria e quindi la sua inefficacia relativa⁸⁹. Il potere valutativo rimesso al giudice nell'ambito in cui l'abuso del diritto è assimilato alla elusione fiscale gli consente – come si è detto – di compiere una serie di valutazioni specifiche, ma entro un ambito pur sempre definito dalla norma.

Offrire al giudice la possibilità di valutare se l'atto posto in essere sia privo di sostanza economica ovvero consenta al soggetto che lo compie di trarre vantaggi fiscali indebiti in contrasto con le finalità delle norme impositive o alternativamente che risulti giustificato da valide e non marginali ragioni extrafiscali (che sono i criteri qualificativi dell'art. 10 *bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212, così come introdotto dall'art. 1 del d.lgs 5 agosto 2015, n. 128) è cosa diversa, a mio avviso, dal potere che la giurisprudenza si è riconosciuta di valutare, in chiave di valore, le condotte dei contraenti incidendo quindi sulla dinamica del contratto. Si può certamente discutere sui procedimenti qualificativi che la Cassazione ha utilizzato attraverso le norme generali sulla buona fede nell'esecuzione

del contratto e nell'adempimento delle obbligazioni⁹⁰, ma è discussione destinata necessariamente ad estinguersi, una volta che si riconosca che siamo ormai proiettati in una dimensione della giuridicità che progressivamente abbandonerà l'esclusivo riferimento all'enunciato normativo assunto in termini sostanzialmente anelastici.

A ciò si aggiunga che fondare, come tende a fare la giurisprudenza tributaria, un principio generale antielusione sull'art. 53 Cost. significa offrire al procedimento interpretativo un più solido supporto giustificativo, ma non implica il richiamo a criteri valutativi diversi rispetto a quelli discendenti dalle norme di riferimento. Non così invece in tutti i casi in cui l'abuso del diritto riferito alla dinamica contrattuale è stato valutato nella chiave della cd. costituzionalizzazione del diritto privato⁹¹. Qui si esce dallo schema della codificazione, sia pure rafforzata costituzionalmente, perché si riconosce che la regola non può ritenersi confezionata prima della sua applicazione e che quindi il giudice, chiamato a valutare l'esperienza nella complessità delle sue componenti, contribuisce alla formazione della regola, ben prima del suo valere come valore⁹². Nelle ipotesi di abuso del diritto diverse da quella delle leggi tributarie il principio di ragionevolezza assume un ambito più vasto, non rimane solo all'interno di «ragioni fiscali».

87. Così, tra le più recenti, Cass. 6 marzo 2015, n. 4561.

88. Cfr. sul punto F. Prosperi, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *giurisprudenza.unimc.it*, spec. p. 19.

89. A ben vedere, anche chi dubita che l'operatività del divieto di abuso del diritto in ambito fiscale discenda direttamente dalle norme costituzionali, giunge dal punto di vista operativo a risultati non dissimili, pur invocando «la mediazione necessaria della norma fiscale ordinaria che identifica la fattispecie legale e quindi fornisce i parametri per la sua valutazione»: così S. Cipollina, *Elusione fiscale ed abuso del diritto: profili interni e comunitari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, I, p. 1224.

90. Mi limito a richiamare le riflessioni di G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, cit., spec. pp. 9 ss.; F. Macario, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti fra imprese*, cit., spec. pp. 55 ss. Per una stringente riflessione sul rapporto tra abuso del diritto e buona fede nella chiave di una concretizzazione di quest'ultima in funzione valutativa cfr., da ultimo, F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., spec. pp. 410 ss., il quale tuttavia assume che la «ragione della regola fondata sul divieto di abuso del diritto non proviene ... *ab externo*, non è ricavabile da un'altra disposizione né discende da un principio; ma va desunta nell'ambito della disposizione che conferisce la situazione giuridica grazie ad un ulteriore livello della valutazione istituito dalla buona fede in funzione valutativa». Mi sembra questo un raffinato modo per contenere il problema entro paradigmi consolidati. La difficile stagione che stiamo vivendo renderà sempre più frequenti questi contrasti qualificativi. Il problema sta nel fatto che il principio di ragionevolezza o il criterio di condivisione sociale non sono in alcun modo riconducibili a parametri formali. Un eccellente panorama delle tendenze giurisprudenziali degli ultimi anni è offerto da G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 75 ss., il quale afferma: «L'interrogativo del terzo millennio, che volge lo sguardo soprattutto alla produzione giurisprudenziale degli ultimi anni, è quello se una nuova *Generalklausel* del diritto privato sia costituita dal divieto di abuso del diritto (e del processo), conseguenza di una vera e propria *Entfremdung* giurisprudenziale delle regole contrattuali, che pare dirigersi verso un nuovo giusnaturalismo ove l'interprete, a mo' di novello *praetor peregrinus*, sembra sempre più spesso chiamato al giudizio secondo l'*id quod aequum et bonum videbitur*» (p. 83).

91. Mi limito a ricordare che, molti anni fa, con un gruppo di amici dell'Università di Bari, prima ancora che questa formula entrasse nel linguaggio corrente dei giuristi, tentai una rilettura dell'intero impianto del codice civile alla luce dell'art. 3 cpv. cost.: cfr. N. Lipari, a cura di, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1974. Ancorché il tentativo fosse svolto ancora all'interno delle categorie tradizionali, c'era la preveggenza di un processo del quale ormai è necessario raccogliere gli esiti.

92. Ed è valutazione che, a mio giudizio, prescinde dall'alternativa fra conflitti «risolubili in via generale ed astratta» e conflitti solubili «solo in concreto», sulla quale insiste conclusivamente L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., § 6.

Personalmente comunque non mi preoccuperei della tendenza ad usare il termine “abuso” in maniera per così dire espansiva. Ancorché ciò comporti un’inevitabile confusione, essa è sintomo della consapevolezza da parte della giurisprudenza della necessità di porsi sul terreno dell’esercizio del diritto valutando secondo parametri colti nella sua incidenza sul complesso degli interessi implicati vincendo le sedimentazioni culturali che discendevano dall’ottica della conformità ad un parametro definito una volta per tutte. Il diritto scopre che non è chiamato a porre valori, ma semmai ad aderire a valori esistenti; che la

sua funzione non sta nell’imporre, ma nel riconoscere; che il pluralismo esige non l’omologazione nell’otusità riduttiva di un precetto imposto, ma quella inevitabile diversità che nasce dalla specificità delle situazioni concrete, le quali assumono dunque, in un certo senso, valore normativo; che quindi va ripensato il concetto di legalità, facendola nascere dal basso di vicende giudizialmente riconosciute e socialmente condivise⁹³. Solo in tal modo il diritto riscopre la sua intrinseca moralità e contraddice il modello – ancora purtroppo condiviso da molti politici – di essere semplice strumento del potere.

93. Osserva F. Astone, *L’abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all’esercizio della libertà contrattuale*, cit., pp. 15 ss. che il «sistema delle regole di diritto scritto è necessariamente inadeguato a disciplinare società in continuo fermento, proprio perché il dato sociale evolve con una rapidità che il diritto scritto non può seguire. Entrano quindi in gioco necessariamente la buona fede e l’abuso del diritto».

L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa

di *Francesco Macario*

Il saggio ripercorre rapidamente l'evoluzione della giurisprudenza più recente che, in materia di obbligazioni e contratti, ha inquadrato, con sempre maggiore convinzione, la questione giuridica civilistica nella cornice dei principi costituzionali, in particolare del principio di solidarietà collegato all'applicazione delle norme sugli obblighi di correttezza e buona fede. Tale itinerario giurisprudenziale va letto anche come esito degli studi, maturati in sede dottrinale un paio di decenni prima, sul rapporto tra autonomia privata e principi costituzionali, con la proposta della «rilettura» del codice civile alla luce della Costituzione e dei nuovi valori che la stessa esprime e promuove. La familiarità acquisita dalle Corti (con l'avallo della Suprema corte e, di recente, anche della Consulta) con la clausola generale di correttezza e buona fede, in ambito contrattuale, è espressione di un nuovo rapporto tra il giudice e la legge, dando l'impressione che siano ormai maturi i tempi per l'affermarsi di una coraggiosa (e, ad avviso di chi scrive, da condividere e incoraggiare) giurisprudenza «per principi».

Che le barriere ideologiche e pregiudiziali edificate dalle estremizzazioni del formalismo e del gius-positivismo siano superabili, grazie a un «diritto vivente» consapevole della realtà attuale e delle sue potenzialità ermeneutiche, è dimostrato, da ultimo, dalla recente giurisprudenza costituzionale sul trattamento dello «squilibrio contrattuale», con riferimento alla riduzione della caparra eccessiva. La voce della più consapevole e autorevole giurisprudenza, anche quella di provenienza costituzionale, fa comprendere dunque il senso attuale del diritto vivente, il significato concreto di un'attività giurisdizionale che lasci spazio alla «creatività» del giudice (lontanissimo, invero, dai timori paventati dai più strenui sostenitori del gius-positivismo), contribuendo, in modo altrettanto concreto, al dibattito sull'idea di «certezza del diritto».

1. Il retroterra dottrinale delle questioni relative al rapporto tra autonomia privata e principi costituzionali

Auspicata dalla più autorevole e sensibile dottrina civilistica già alcuni decenni addietro¹, la stagione della «rilettura» del codice civile alla luce della Costituzione sembra finalmente esser giunta a maturazione nella giurisprudenza della Suprema corte, ricevendo riscontri sempre più significativi, anche nella materia – senza dubbio più “resistente” e tecnicamente

complessa rispetto ad altre – del contratto e, più in generale, dell'autonomia privata.

Il percorso è segnato da interventi giurisprudenziali che non hanno mancato di suscitare vivaci dibattiti in sede dottrinale, in ragione di *rationes decidendi* avvertite come particolarmente incisive, in quanto incentrate sull'argomento costituzionale, idonee a dischiudere nuove e – almeno nel giudizio di chi scrive – senz'altro apprezzabili prospettive, per indagare il tema più ampio, di carattere (e, in un certo senso, anche di teoria) generale, del modo in cui oggi si atteggia e, dunque, deve essere inteso il rapporto tra il

1. P. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, pp. 34 ss. (già in *Giur. it.*, 1968, IV, pp. 209 ss. e in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. IV, Torino, 1971, pp. 821 ss.), nonché Id., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, p. 9.

giudice e la legge nel diritto civile e, per quel che qui maggiormente interessa, in materia di rapporti contrattuali.

Nelle pagine seguenti verranno richiamati alcuni di questi interventi, valorizzando soprattutto i più recenti, per tentare di comprendere – in tal senso, l'attenzione deve essere focalizzata sui percorsi argomentativi, affidati alla sensibilità e alla cultura giuridica dell'interprete quale estensore della motivazione, cercando di evitare apriorismi di qualsiasi tipo, che non di rado tradiscono concezioni pregiudiziali e ideologicamente condizionate, di fatto preclusive di una corretta opera di razionalizzazione della realtà giurisdizionale in atto – i tratti di una vicenda sufficientemente emblematica del nostro tempo, che tuttavia attinge il livello alto, per così dire, della storia e quindi dell'evoluzione della cultura giuridica civilistica negli ultimi due secoli. L'oggetto della riflessione, da condurre s'è detto con la dovuta attenzione ai segnali del frangente storico attuale, sul ruolo che oggi può – se si preferisce il condizionale: potrebbe o dovrebbe – avere la giurisprudenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale (in materia civile, va ribadito) nel processo, di tipo in primo luogo socio-culturale, inteso a garantire effettività al diritto e ai diritti.

Di qui, l'esigenza di un confronto tra i giuristi – dal duplice versante: della cattedra e del foro – sgombro, s'è detto, da preconcetti, sul significato e sui limiti attuali (dello spettro) della cd. «certezza del diritto», in ambito di autonomia privata e libertà contrattuale, rispetto alle nuove esigenze e istanze di tutela che sembrano reclamare, da parte della giurisprudenza delle Corti, una presa di posizione più decisa e significativa rispetto a quanto avveniva in passato, in un clima culturale caratterizzato dalla prevalente, ma anche serenamente accettata, tradizione gius-positivistica.

Come sempre accade nel discorso giuridico, è evidente che anche questa storia non inizia oggi, potendosi rinvenire le premesse nel recente passato, sicché per cogliere il senso dell'attuale dibattito intor-

no all'autonomia privata e alla libertà contrattuale, occorre un preliminare (sia pur rapido) salto all'indietro, per rammentare i momenti più salienti del percorso dottrinale, che ha gradualmente condotto al riconoscimento della rilevanza dei principi espressi dalle (e nelle) disposizioni costituzionali riguardo alla materia delle obbligazioni e del contratto (e, in generale, degli atti di autonomia privata): una materia, si sa bene, tradizionalmente ritenuta poco permeabile – rispetto ad altre, almeno, in ambito privatistico – dalle norme e dai principi ricollegabili agli enunciati costituzionali.

A parte le indagini, proposte prevalentemente della dottrina costituzionalistica, sul fondamento costituzionale dei «rapporti economici»², nella ricostruzione dell'itinerario percorso dalla civilistica è a tutti noto il momento decisivo del passaggio dalla sostanziale indifferenza per il tema in esame – prevalendo in un primo tempo l'idea, secondo la quale l'autonomia privata, quasi per principio, avrebbe dovuto essere considerata estranea all'articolazione dei diritti nella Carta fondamentale – alla stagione condotta all'inclusione anche della libertà contrattuale nella «rilettura» costituzionale del codice civile, di cui la più sensibile e al contempo autorevole dottrina segnalava l'ormai indifferibile esigenza.

Costatato l'ampliamento degli spazi di autonomia collettiva³, con la variante della cd. autonomia «assistita» – è sufficiente ricordare la vicenda dei rapporti agrari e delle locazioni, oltre a quella del rapporto di lavoro subordinato –, l'evoluzione del diritto dei contratti post-costituzionale, per così dire, si svolgeva all'insegna della «crescente limitazione della libertà contrattuale ad opera del potere pubblico», in attuazione dei compiti assunti dallo Stato sociale per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, 2° comma Cost.⁴, con l'esempio forse più noto, nonché simbolico per l'epoca, delle restrizioni di tipo pubblicistico della libertà di contrarre consistente del divieto di discriminazioni, affiancato dalla normativa sull'obbligo di contrarre (artt. 2597 e 1679

2. Per tutti, M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003; M. Luciani, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto, discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 375.

3. È della fine degli anni Venti del XX secolo anche l'approfondimento del discorso sull'autonomia collettiva e sul contratto collettivo di lavoro, che induce a interrogarsi, riprendendo le preziose intuizioni, di oltre un decennio prima, di Santi Romano in tema di ordinamento giuridico, sugli ordinamenti giuridici minori, di cui l'ordinamento superiore definisce presupposti e tratti essenziali, lasciando sempre ai primi una certa sfera di autonomia (cfr. T. Ascarelli, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 181).

4. Cfr. ad esempio E. Roppo, *Il contratto*, 2a ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, pp. 42 ss., che richiama l'ampia tematica della tutela del contraente debole, i cui sviluppi hanno condotto alla rilevanza, anche giuridica, dei consumatori, quali soggetti appartenenti a una data categoria socio-economica, cui l'ordinamento riconosce una particolare tutela giuridica, al punto da far parlare (da parte di taluno, senza suscitare un consenso diffuso) di un ritorno allo *status* (già richiamato da M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit.).

cc), che dà luogo alla figura in linea di principio anti-tetica all'autonomia del «contratto imposto»⁵.

Nel tentativo, che vedeva impegnata la migliore civilistica dei decenni Sessanta e Settanta, di inquadrare anche l'esercizio dell'autonomia privata nella cornice valoriale delineata dalle norme costituzionali – in particolare, evidentemente, l'art. 41, 1° comma e, in modo molto più ampio e generale, l'art. 2 Cost. – la dottrina esprimeva peraltro dubbi e scetticismo sul fatto che attraverso l'art. 2 Cost. «si possa giungere a ricostruire la garanzia costituzionale della libertà contrattuale»⁶, così come, in relazione al grande tema dell'efficacia immediata dei diritti costituzionalmente previsti – i *Grundrechte*, cui la tradizione giuridica tedesca ha dedicato notevoli studi in tema di efficacia diretta, ossia la cd. *Drittwirkung*⁷ –, si segnalavano le «ragionevoli perplessità circa la detta efficacia diretta, i cui risultati potranno in pratica, assai spesso, raggiungersi coi tradizionali strumenti di giudizio sul contratto privato, l'ordine pubblico e il buon costume»⁸.

È indubbio che la più significativa svolta, nell'evoluzione del pensiero civilistico, sia individuabile tra i menzionati decenni (ossia fine anni Sessanta-inizio anni Settanta)⁹, allorché numerosi studi su tematiche centrali del discorso generale relativo all'autonomia privata assumono i principi costituzionali – ovvero

i “valori”, per chi preferisca questa terminologia, in funzione della profonda pregnanza normativa avvertita negli enunciati di riferimento –, quali referenti giuridici innovativi e propulsivi per l'evoluzione del sistema. Principi che appaiono decisivi per riconoscere alla disposizione legislativa tradizionale (di regola, affidata alla stabilità dell'impalcatura codicistica) potenzialità sino a quel momento inesprese, all'insegna dell'auspicata “rilettura” dello stesso codice civile¹⁰. Un'operazione, quest'ultima, ormai non più dilazionabile, una volta sconfitte le iniziali inibizioni e ritrosie della dottrina civilistica, che avevano indotto a vedere nel dettato costituzionale (soltanto o poco più che) un “programma” di politica del diritto, privo d'immediata forza precettiva, collocato pertanto in una dimensione piuttosto distante dalla concretezza delle controversie tra privati.

All'impegno della dottrina, nell'opera di adeguamento del sistema tradizionale del diritto privato (così come riflesso nel codice civile) agli scenari della realtà socio-economica, ma soprattutto all'emersione di nuove esigenze, interessi e diritti, anche attraverso la rivalutazione della prospettiva costituzionale – quale strumento, s'è già detto, per “rileggere” il codice e dunque il diritto civile ivi contenuto –, fa riscontro l'opera del legislatore che, in modo ben più intensivo rispetto al passato, inizia a disciplinare interi settori

5. E. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 48 ss.

6. P. Rescigno, *Premessa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2 ed., Torino, 2006, XLVII ss., sicché «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata», dovendo necessariamente confluire la riflessione su «quella che è stata detta la ‘funzionalizzazione’ dell'impresa, e, su piani diversi, della proprietà e del contratto» (p. XLIX ss.). Analogamente, A. Pace, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 134. In senso diverso, si veda M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 183 ss. Sui rapporti tra libertà e solidarietà, per un'ulteriore prospettiva, cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2004, p. 87.

7. Fondamentali le opere di G. Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift für Nawiasky*, 1956, pp. 157 ss.; R. Geiger, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960; J. Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971; C-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 184 (1984), pp. 201 ss.; D. Medicus, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in *AcP* 192 (1992), pp. 35 ss.; U. Diederichsen, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, in *AcP* 198 (1998), pp. 171 ss. In Italia, a cavallo tra gli anni ottanta e novanta, già U. Breccia, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 687 ss., nella raccolta *Immagini del diritto privato*, cit., p. 93, si interrogava sul ruolo da attribuire ai valori costituzionali, alla luce della loro applicabilità diretta e dei limiti all'autonomia privata già presenti nel codice civile e nella legislazione ordinaria.

8. P. Rescigno, *Premessa*, cit., XLIX. Si noti come, secondo lo stesso A., l'esperienza giuridica contemporanea, legata allo stesso modo di operare dello Stato sociale, ma anche al ruolo assunto dall'elaborazione giurisprudenziale – in particolare, nel dibattito sull'intervento giudiziale all'interno del rapporto contrattuale – conferma la persistenza e la vivacità del tema e così l'interesse per le questioni relative al radicamento costituzionale dell'autonomia privata, nel momento in cui l'esigenza di stabilire equi rapporti sociali sembrerebbe far ritornare «alla rigidità degli *status*», da intendersi «nel senso che per ogni settore di attività i contratti siano destinati a modellarsi secondo tipi e discipline che rispecchiano la posizione sociale delle parti (fino al punto di vedere nel contratto un mezzo tra i tanti in cui si esprime la politica economica dello Stato)» (Rescigno, *Premessa*, cit., LIII).

9. Sull'analisi del concetto di autonomia privata nello sviluppo del pensiero giuridico degli anni Settanta, ci si permette di rinviare a Macario, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di Nivarra, Milano, 2008, pp. 119 ss.

10. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Codici*, cit., pp. 34 ss., nonché Id., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, cit., p. 9.

in cui si esplica l'autonomia privata (può essere sufficiente pensare alle locazioni urbane e ai contratti agrari). In questo modo, si finiva per svincolare dalla struttura normativa codicistica (o, come si disse, «decodificare») la stessa libertà contrattuale, secondo logiche di tutela di matrice e stampo costituzionale, di modo che i principi fissati, ad esempio, negli artt. 42, 2° comma e 44 Cost., a parte il riferimento sempre presente all'art. 41 Cost., diventavano il fondamento giustificativo degli interventi legislativi con cui veniva a realizzarsi in concreto sostanza la detta opera di «decodificazione»¹¹.

Sembrano lontani i tempi in cui la civilistica più autorevole – si allude al periodo in cui la Costituzione muoveva i primi passi, per così dire, attraverso l'attività della Consulta – segnalava la problematica della qualificazione dell'autonomia privata come «fonte di diritto», ossia della «cosiddetta autonomia negoziale», con il negozio giuridico in primo piano appunto «come fonte normativa»¹² anche, a seguire, in vista della valutazione sulla «funzione pratica che ne caratterizza ciascun tipo in accordo con la socialità del suo compito di ordine»¹³. Andava sviluppandosi, sempre in quel momento, la concezione preceettiva del negozio, con l'innovativa prospettazione dell'autonomia e dello stesso negozio giuridico come fatto socialmente rilevante, autoregolamento di privati interessi «impegnativo di già sul piano della coscienza sociale», che impone l'individuazione degli «oneri e limiti risultanti dalla disciplina che l'ordinamento detta del fenomeno nella considerazione

degli interessi degli stipulanti, come dei terzi e della generalità»¹⁴.

Nella stagione definita con la già ricordata espressione del «disgelo» costituzionale, i primi interventi in materia della Corte costituzionale (di cui si dirà meglio, *infra*, par. 3) rendevano chiara la rilevanza del nesso tra poteri privati e utilità sociale (con riferimento agli articoli 41, 42, 44 Cost.), mentre, in termini quasi speculari, una parte della dottrina civilistica invitava a valorizzare quelle disposizioni (del codice civile, s'intende) che avrebbero legittimato l'intervento del legislatore o anche del giudice, in sede di costruzione del regolamento contrattuale (emblematicamente: l'art. 1339, ma anche, per via della rilevanza attribuita alla regola di buona fede e all'equità, gli artt. 1175, 1374 e 1375 cc, come poi dimostrerà il «diritto vivente», *infra*, par. 2), in modo che lo stesso regolamento, così come il rapporto che ne derivava, fosse espressione delle esigenze non soltanto delle parti private, ma anche dei poteri pubblici e, comunque, dell'ordinamento nel suo complesso (attraverso l'opera del legislatore, naturalmente, ma anche e soprattutto del giudice)¹⁵.

Per altro verso, uno degli esiti del «solidarismo» bettiano – forse congiunto a un'indole statualistica e autoritaria, secondo voci diffuse nella civilistica del tempo e in quella immediatamente successiva¹⁶ – poteva rinvenirsi nel tentativo di conferire effettività alle norme espresse dagli artt. 1322 e 1343 cc, in termini di controllo giudiziale di meritevolezza, con riferimento al risultato pratico diviso dai contraenti¹⁷. L'individuazione e l'analisi di tali criteri di

11. Emblematicamente, N. Irti, *Note introduttive al commento alla legge n. 392/1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 4 (il quale elabora compiutamente il tema generale nel meritatamente celebre saggio, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, pubblicato in successive edizioni), nonché, sempre a ridosso della nuova normativa sulle locazioni, M. Bessone, *Equo canone e "diritto" all'abitazione nella prospettiva delle norme costituzionali*, in *Foro pad.*, 1978, II, pp. 83 ss.

12. S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366.

13. E. Betti, voce *Autonomia privata*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, 1959, pp. 1559 ss.

14. R. Scognamiglio, *Commento all'art. 1322*, in *Contratti in generale, Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 27; il tema è il fulcro della fondamentale monografia dello stesso A., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 147 (1 ed. 1950), con l'accentuazione del carattere tecnico di tale operazione di riconoscimento: «l'ordinamento riconosce, nel raffigurarsi la nozione di negozio, l'atto di autonomia privata nella sua essenza reale».

15. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 87, secondo il quale «la fonte privata rimane (...) il motore del contratto, nel senso che o impedisce una valida conclusione del contratto (...) o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico», e d'altra parte tale fonte «limita la possibilità delle altre [legge e giudice] di partecipare alla conclusione del contratto».

16. Non manca chi intitola alla «solidarietà» la propria analisi dell'autonomia privata, con un intento e una metodologia del tutto diversi rispetto al messaggio degli anni Cinquanta, e quindi in linea con le nuove tendenze a recuperare i valori costituzionali, secondo la lettura che ne dava la sinistra politica: cfr. ad esempio F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, pp. 134 ss., ove si sviluppa l'idea secondo la quale il contratto esprime una propria logica (resa oggettiva dall'accordo) e questa si riflette, regolandolo, sul rapporto.

17. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355. In una diversa prospettiva, sul tema del «tipo» ritornerà poi G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, con uno studio attento a ricostruire il processo di tipizzazione, i tratti distintivi e i molteplici criteri per la riconduzione al tipo, il metodo tipologico seguito nel diritto dei contratti e infine l'evoluzione storica del sistema dei tipi. Per un approfondimento, ci si permette di rinviare a F. Macario, *L'autonomia privata*, cit., pp. 156 ss. Sui rapporti tra causa e meritevolezza, si veda un altro esponente significativo della civilistica del tempo: P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 197.

valutazione, ossia la meritevolezza dell'interesse che i contraenti intendono concretamente realizzare¹⁸, si pone così al centro di studi – talvolta in termini di ideale prosecuzione delle ricerche iniziate nel decennio precedente¹⁹ –, nei quali sembra oramai metabolizzata la nuova prospettiva di lettura (ovvero “ri-lettura”) dell'autonomia privata offerta dai principi costituzionali e dalle formule generali espresse nella Carta fondamentale²⁰. L'indagine sulla meritevolezza finiva per saldarsi idealmente con l'idea della rilevanza della causa concreta, al contempo ponendo le premesse per l'approfondimento della tematica relativa alle qualità soggettive delle parti del contratto, nel presupposto che l'indifferenziazione dei soggetti (secondo il noto “mito” ottocentesco del soggetto astratto) avrebbe determinato una sorta di ratifica, da parte del diritto (come ordinamento, ma soprattutto come modo di intendere le norme giuridiche), alla posizione di “potere contrattuale” dell'imprenditore²¹.

Sulla scia di riflessioni metodologiche particolarmente autorevoli di qualche tempo prima²², si fa strada e si rafforza la convinzione che la rilevanza dei soggetti e quindi dell'attività di ciascun contraente debbano giocare un ruolo in sede di interpretazione del contratto, anche alla luce dell'appiglio costituzionale offerto dall'art. 3, 2° comma (in ordine alla rimozione degli ostacoli impeditivi di fatto dell'egua-

glianza)²³, così che nel «comportamento complessivo delle parti» possa farsi ricadere, con le qualità soggettive, il particolare rapporto con il bene oggetto di scambio ossia dati ed elementi oggettivi e verificabili, per non scivolare nel descrittivismo sociologico o nell'intuizionismo psicologico²⁴: nell'«analisi differenziata» ciascun contraente avrebbe potuto rivelare un diverso grado di potere contrattuale, di modo che i termini «contraente forte/debole» o «forza contrattuale» avrebbero potuto assumere un significato più preciso e, auspicabilmente, un contenuto normativo maggiormente effettivo²⁵.

Dal punto di vista più propriamente teorico, potevano dirsi definitivamente poste le premesse per valorizzare la dimensione, assunta oramai come prioritaria, del “rapporto” – in un'ideale scissione, di tipo spiccatamente metodologico, tra la disciplina dell'atto (legata al momento strutturale e formale della vicenda) e quella riconducibile al rapporto (rivolta al momento funzionale), quale chiave di lettura della disciplina (non soltanto del contratto, ma) del negozio giuridico, esprimendosi in tal modo il concorso dei diversi punti di vista dell'ordinamento, rispettivamente esterno e interno all'atto di autonomia privata²⁶ –, al quale si vorrebbe riconoscere un'autonoma rilevanza (rispetto agli aspetti strutturali, propri della disciplina dell'atto, s'intende) anche attraverso l'effettività, sostenuta e auspicata con forza da una giovane ma già

18. Cfr. G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 73 ss.

19. Va ricordato ancora G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, e successivamente con il saggio *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81.

20. Ad esempio, M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, che trae dai principi costituzionali gli indici idonei a realizzare volta per volta, e non in virtù di un ideale principio unitario, il fine fondamentale della tutela della persona.

21. G. Cotturri, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica (un caso di acquisto di abitazione sulla carta)*, in *Democrazia e diritto*, 1974, pp. 322 ss., spec. p. 283.

22. Fra cui, in particolare, possono ricordarsi i saggi che hanno fatto storia di L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1086, e T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, t. 1, Milano, 1969, p. 69.

23. Dovendosi precisare che le «tutele costituzionali dell'autonomia privata» non erano intese da tutti nello stesso modo, come dimostra il contributo di A. Liserre, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, pp. 75 s. il quale ritiene ovvio che la disposizione di cui all'art. 3, 2° comma, Cost., impegni ad un «programma» di profonde e radicali trasformazioni sociali, ma esclude al contempo che la disposizione esprima un significato direttamente garantista della libertà contrattuale dei privati.

24. Non mancavano le perplessità, manifestate da una parte della dottrina, sul riconoscimento della rilevanza giuridica di una nozione, come quella di «contraente debole», che si riteneva idonea a rinviare soltanto a categorie sociali vaghe e indeterminabili, mentre l'analisi concreta della posizione di supremazia nel rapporto contrattuale appariva prospettiva più promettente: così A. Liserre, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., spec. cap. II, pp. 35 ss.

25. G. Cotturri, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, cit., pp. 287 ss., che sembra ripercorrere l'iter logico della dottrina dell'uso alternativo del diritto, il cui iniziale entusiasmo si esaurì, com'è noto, molto rapidamente.

26. Uno degli studiosi che meglio ha rappresentato ed elaborato questa concezione è senza dubbio A. Auricchio, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957; successivamente, nella linea metodologica, Id., *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960.

affermata dottrina di fine anni Sessanta²⁷, delle clausole generali e, in particolare nella materia contrattuale, alla buona fede.

Da questa fruttuosa stagione dottrinale, che si è ritenuto doveroso rammentare sia pur per rapidi tratti, sarebbero trascorsi oltre vent'anni prima di assistere al *placet*, da parte della Cassazione, alle applicazioni giurisprudenziali della clausola generale di correttezza e buona fede, in termini di «concretizzazione» (per mutuare il concetto di *Konkretisierung*, in uso tra i giuristi tedeschi)²⁸: è infatti alla metà degli anni Novanta che può riscontrarsi la compiuta assimilazione degli insegnamenti dottrinali del periodo appena ricordato. Il riferimento ricorrente, che diviene sempre più frequente e convinto, è agli artt. 1175 e/o 1375 cc da leggere in connessione con il principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* che, se per un verso dà riscontro alle tendenze dottrinali di oltre vent'anni prima, per altro verso evidenzia la non ancora matura, e dunque compiuta, parabola delle clausole generali verso la loro piena e autonoma portata normativa e, dunque, la loro capacità applicativa anche senza le «stampelle costituzionali» (come si è detto, in modo plastico e incisivo, da parte di altra autorevolissima dottrina)²⁹.

Il rapido *excursus*, che consente di inquadrare e razionalizzare gli sviluppi attuali del diritto vivente e del processo di «giurisdizionalizzazione del diritto» in corso, collocabile «oltre il criterio della validità e per la legalità del caso», significativo «riflesso di una

metodologia giuridica antiformalistica» e nel segno della centralità dell'argomentazione, indice della «creatività della giurisprudenza come fonte»³⁰, non potrebbe concludersi senza ricordare ancora una volta l'etichetta applicata alla fine degli anni Settanta, efficacemente definita come «l'età della decodificazione»³¹. Con la legislazione «speciale» (spesso di origine comunitaria, a partire dai primi anni Novanta in modo particolare), intesa a disciplinare interi settori dell'autonomia privata al di fuori della cornice (e della logica) codicistica, anche già discussa la questione del ruolo e della rilevanza delle clausole generali si propone in una luce completamente diversa rispetto al passato³². L'esempio della repressione, in qualche modo «tipizzata» dalla fattispecie normativa, delle condotte abusive del contraente in condizioni di maggiore forza contrattuale, può dirsi sufficientemente istruttivo e utile per far comprendere l'incolmabile distanza con le impostazioni metodologiche dei decenni precedenti.

Il dibattito nasce con riferimento alle norme sulle condotte (e dunque sulle clausole) abusive nei contratti con i consumatori³³, ma si sviluppa, con esiti senza dubbio più interessanti e incisivi, nell'ambito dei contratti fra imprese, in particolare qualora una di esse versi in condizione di «dipendenza economica»³⁴. Viene recuperata, dapprima dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza (anche in sede di legittimità, *infra*, par. 2), la dottrina dell'abuso del diritto in ambito contrattuale³⁵, in una feconda discussione teorica e

27. Soltanto per richiamare alcuni tra gli studiosi più autorevoli, in questa linea di pensiero: S. Rodotà, *Le fonti di integrazione*, cit.; A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1969; G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1967; si veda anche, in un'originale prospettiva di studio dei temi legati alle sopravvenienze e al rischio contrattuale, M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970.

28. Utilizza l'espressione nel titolo di una recente, particolarmente stimolante ricostruzione del rapporto tra giudizio di fatto e in diritto nell'applicazione delle clausole generali, E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 685.

29. Ci si permette di richiamare ancora L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 10, secondo il quale «[i]n generale si può dire che il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali».

30. Si veda, in tal senso, il contributo di N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in questo stesso fascicolo della *Rivista*.

31. N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit. (4 ed., Milano, 1999, pp. 21 ss.).

32. F. D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537.

33. Su cui si veda, da ultimo, G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625.

34. Ci si permette di rinviare, tra i tanti studi in argomento, a F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663.

35. Sviluppata magistralmente proprio alla metà degli anni Sessanta, non senza lambire anche l'ambito disciplinare del contratto: P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 (ripubblicato dopo oltre trent'anni, con una preziosa postfazione che fa il punto sull'evoluzione della teoria e sulla sua rilevanza attuale, in Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998).

metodologica a più voci sul tema della cd. «giustizia contrattuale»³⁶.

È in tale contesto, in questa sede delineato in modo soltanto sommario (e, di conseguenza, riduttivo) delineato, che s'innesta il diritto vivente dei nostri giorni, mostrando un'evoluzione della giurisprudenza, che non nasconde la tendenza a far sempre più ricorso ai principi, così da poter superare in modo razionale e sistematicamente coerente le strettoie dell'enunciato normativo, nel tentativo di indirizzare la funzione giurisdizionale verso le concrete esigenze della giustizia sostanziale: la 'storia' dell'effettività conquistata dal precetto di correttezza e buona fede nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti è certamente una delle vicende più significative in quello che si atteggia come percorso autenticamente culturale.

2. L'evoluzione della clausola generale di correttezza e buona fede: verso una «giurisprudenza per principi»?

È evidente il ruolo decisivo svolto dall'auspicio alla "rilettura" del codice civile alla luce della Costitu-

zione, cui s'è già fatto cenno, nell'itinerario per il superamento dell'atteggiamento di chiusura manifestato dalla giurisprudenza iniziale (e, in un certo senso, pregiudiziale) in ordine all'utilizzazione della clausola generale di buona fede³⁷. Mediante il ricorso alle clausole generali, infatti, con particolare riferimento alla buona fede (combinata con i già ricordati principi costituzionali), i giudici di legittimità iniziavano, a partire dagli anni Novanta del secolo appena trascorso, a promuovere l'evoluzione del diritto vivente dei contratti, configurando in capo ai contraenti doveri di comportamento in funzione della correttezza, anche indipendentemente dal (se non, addirittura talvolta, in contrasto con il) dato testuale del regolamento contrattuale.

L'esperienza giurisprudenziale dell'ultimo ventennio evidenzia una tendenza interpretativa della norma espressiva del principio di correttezza nei rapporti contrattuali, per un verso alla ricerca del nesso con gli indici assiologici della Costituzione, per altro verso connotata da una sempre maggiore familiarità con le clausole generali, lette e applicate, s'è detto, nel raccordo con i principi costituzionali, a cominciare da quello fondamentale di solidarietà, a riprova dell'ormai acquisita consapevolezza, da parte dei giudici, del loro ruolo (anche) «creativo» (e pertanto non mera-

36. Per una delle trattazioni più recenti, nonché meditate e autorevoli, della complessa tematica, si può rinviare a N. Lipari, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; occorre peraltro segnalare il dato significativo della comparsa, nelle più rilevanti opere enciclopediche giuridiche, di un'apposita «voce»: in un caso affidata a una giovane studiosa, esponente della più attenta dottrina nella sua generazione (V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 447); in un altro caso, redatta da uno dei più autorevoli studiosi dei problemi del contratto, appartenente a una generazione più risalente, che non si era mai posta il problema (R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., Agg.*, Torino, 2012, pp. 534 ss.). Possono poi, rapidamente ed esemplificativamente, ricordarsi i contributi di: G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 39 ss.; F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, pp. 509 ss.; E. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, pp. 451 ss. Più di recente, ha ripreso il tema, già oggetto di precedenti riflessioni, G. Vettori, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, pp. 149 ss. Da ultimo, si segnala il contributo di E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262, ove si indaga il «rapporto tra giustizia procedurale e giustizia sostanziale», chiarendo, nella conclusione del lavoro, i limiti della tutela giuridica contrattuale, la quale «non può offrire niente più che la giustizia commutativa, incapace, senza interventi legislativi che supportino economicamente le parti socialmente deboli, di realizzare finalità distributive»; del resto, con riferimento al tema dei principi e delle clausole generali, al centro della riflessione sul rapporto tra il giudice e la legge in ambito di diritto delle obbligazioni e dei contratti, l'A. afferma con altrettanta chiarezza che tanto i primi quanto le seconde «non possono essere contenitori infiniti consegnati al monologo giudiziale, ma rappresentano la trama di valori che consente all'interprete di intessere un dialogo con altri attori istituzionali», in uno «sforzo di portare a sistema i frammenti di modelli delineati dal legislatore nazionale ed europeo» (p. 1291). In un'analoga prospettiva, si può leggere il saggio, richiamato anche nel lavoro di Emanuela Navarretta, di M. J. Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, pp. 81 ss.

37. In questo contesto viene sovente ricordata Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, p. 1284, con nota (critica) di S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, quale esemplificazione della detta chiusura verso la precettività immediata del principio in esame, *ratio decidendi* contro la quale giustamente reagisce Stefano Rodotà, in coerenza con i suoi studi sul tema e in sostanziale anticipazione della già ricordata monografia sulle «fonti». Per un esame approfondito della giurisprudenza di quel periodo, si veda anche U. Natoli, *L'osservanza dei principi generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Barillaro*, Milano, 1982, pp. 345 ss.; dello stesso Maestro della scuola pisana, si vedano gli studi fondamentali *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, 1961, rist. 1993, in *Diritti fondamentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, cit., pp. 669 ss.; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I (prima ed. 1961), in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 1984, Milano, pp. 33 ss. Più di recente e in termini generali, M. Grondona, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 727 (anche in AA.VV., *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, a cura di E. Navarretta e A. Pertici, Pisa, 2003, p. 399).

mente o, se si preferisce, meccanicamente applicativo dello *ius scriptum*)³⁸. È difficile, del resto, contestare la convinzione secondo la quale il corretto uso delle clausole generali permette di valorizzare i diritti del soggetto che operi in un determinato contesto socio-economico, indipendentemente, non soltanto dalla loro preventiva previsione e regolamentazione legislativa, ma anche dalle pattuizioni contrattuali in cui si esprime l'autonomia privata³⁹.

A parte le pur rilevanti (ma più risalenti) pronunce in tema di fideiussione «*omnibus*» e contratto autonomo di garanzia⁴⁰, un punto fermo dal quale dovrebbe muovere il tentativo di ricostruire la recente vicenda giurisprudenziale dell'operatività del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ormai s'è detto assistito dal richiamo al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, si riscontra in relazione a una fattispecie contrattuale davvero anomala, ancorché per nulla frutto di casualità, essendo viceversa l'effetto di una

deliberata (e ben congegnata, nella sua portata truffaldina) operazione intesa a favorire una sola parte contrattuale, ai danni dell'altra (per inciso: appartenente alla pubblica amministrazione)⁴¹. La clausola contrattuale (che, nello specifico, prevedeva il meccanismo per la determinazione del prezzo) è considerata contraria al principio di buona fede che, mutuando le parole della Suprema corte, «per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione»⁴².

Poiché la storia della giurisprudenza la fanno i giuristi – in questo caso, magistrati della Suprema corte, con il proprio bagaglio culturale, formatosi in decenni di studi e, al contempo, applicazione concreta delle norme –, non si può non ricordare, nella prospettiva di una corretta ricostruzione storica del processo evolutivo in esame, che la soluzione della

38. Si possono ricordare, in proposito, le preziose pagine di R. Nicolò, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, p. 247, il quale auspicava «che i giudici sapessero servirsi in modo più penetrante di quanto di solito facciano, di questi principi del codice aperti ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici». In ideale prosecuzione metodologica, la più sensibile dottrina civilistica dei nostri giorni fa notare che le nuove tecniche interpretative della giurisprudenza pongono l'esigenza, in punto di metodo, di risolvere il «problema dell'individuazione dei valori», attraverso la ricerca di criteri che consentano il controllo del procedimento interpretativo fondato su principi generali: in tal senso, il pensiero di N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 865 ss., il quale individua due criteri «per una corretta individuazione dei valori»: il criterio della «totalità», secondo cui l'interprete deve considerare l'esperienza giuridica nella sua globalità, e quello della «cronologia critica», in base al quale è necessario avere presente il contesto storico di riferimento.

39. La tutela, che prescinde e può dunque anche superare sia il dettato legislativo, sia le dichiarazioni dei contraenti, è garantita dal giudice in virtù dell'applicazione di un principio, la cui espressione scritta in una regola generale finisce per svolgere un mero compito di supporto ad una decisione che, in realtà, crea essa stessa la regola. Afferma, in modo ineccepibile, che spesso l'uso delle clausole generali «è suggerito dalla necessità di “correggere” la soluzione a cui si perverrebbe in base all'applicazione di una norma specifica o del regolamento contrattuale, considerata ingiusta alla luce delle peculiarità del caso concreto», S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 279.

40. Cfr., ad esempio, Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750, secondo cui l'art. 1375 cc consente al giudice di ritenere escluse dalla copertura fideiussoria le anticipazioni accordate dalla banca al debitore principale in violazione del principio di buona fede. Per quanto concerne i contratti autonomi di garanzia, si veda, tra le prime pronunce in materia, Cass. 11 ottobre 1987, n. 7341, *ivi*, 1988, I, c. 104, dalla quale in breve tempo fiorì un cospicuo numero di sentenze in tema di *exceptio doli*, da intendersi indiscutibilmente quale manualistica espressione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

41. La Cassazione ha reagito, nella specie, contro il comportamento scorretto del contraente che, titolare dei contratti per la conduzione ed esercizio delle concessioni relative a sorgenti di acqua minerale e per la locazione dei relativi stabilimenti termali, aveva dapprima ottenuto dal Comune la commisurazione del canone di concessione a suo carico al prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie – secondo un'anomala forma di *relatio* rimessa, sostanzialmente, alla determinazione unilaterale del prezzo di rivendita del prodotto – e, quindi, aveva mantenuto bloccato il suddetto prezzo di vendita, in modo da impedire al Comune l'adeguamento del canone nonostante la svalutazione monetaria. Si tratta del noto «caso Fiuggi», deciso dopo un'articolata vicenda giudiziaria, da Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159, con nota di M.R. Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*; nonché in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di V. Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, dove veniva rilevata la scorrettezza del concessionario (appropriatosi, in sostanza, della titolarità del diritto all'adeguamento del canone spettante al Comune) nel fatto che costui lucrava l'utile non sulla prima vendita, la quale aveva la sola funzione di mantenere fermo ed immutabile il canone, bensì sulla successiva distribuzione del prodotto realizzata, con altre società del gruppo, ai valori di mercato. Ma si veda anche Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2129, con nota di G. Sicchiero, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, secondo cui la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni «che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto».

42. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

Cassazione (da considerare senza dubbio innovativa, rispetto al precedente orientamento rilevabile dalle decisioni di legittimità in tema di effettività della clausola generale di buona fede)⁴³, veniva accolta con favore da uno studioso che, successivamente (operando in veste di giudice estensore, attraverso articolate ed eleganti motivazioni), avrebbe contrassegnato alcune delle tappe più significative della successiva elaborazione giurisprudenziale⁴⁴.

Un primo, particolarmente significativo, richiamo merita l'ormai celebre sentenza, nella quale la Suprema corte affermava, per la prima volta e in modo invero inatteso, la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva⁴⁵. Quel che maggiormente interessa, al di là dell'originale esito sul piano ermeneutico, è la convinzione con la quale la Cassazione evidenzia il mutato atteggiamento della giurisprudenza che, in considerazione dei «limiti» all'autonomia privata derivanti dalla clausola generale di buona fede e dal dovere generale (costituzionale) di solidarietà, legittimerebbe una sorta di potere di riequilibrio della sproporzione determinata dalla penale manifestamente eccessiva nel contratto, non soltanto in capo al giudice nella concretezza del conflitto tra

i contraenti (ciò che accade, del resto, in forza del dettato testuale dell'art. 1384 cc), ma anche per sua stessa iniziativa, ossia senza che la parte legittimata l'abbia richiesto. Il dato emerge in modo evidente in alcuni non certo trascurabili passaggi (dal sapore di sostanziali *obiter dicta*, ma in realtà fondativi) della *ratio decidendi*, in cui si invita l'interprete a resistere «ad immanenti suggestioni della “dogmatica della volontà” come a risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella “cittadella dell'autonomia contrattuale”», constatandosi al contempo il «tramonto del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni»⁴⁶. Le espressioni ritorneranno più volte in numerose successive motivazioni della Suprema corte, così come in quelle dei giudici di merito, stante l'autorevolezza della fonte primaria che conferiva loro la necessaria legittimazione.

Si è avuto modo di richiamare l'autorevole dottrina che, già negli anni Sessanta, ricostruiva i rapporti tra la solidarietà costituzionale e la clausola generale in questione, in modo difforme dalla civilistica più tradizionale⁴⁷, ritenendo dovesse riconoscersi al principio costituzionale «più un valore retorico-per-

43. Si rivela preziosa, in tal senso, l'indagine di F. Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, pp. 180 ss.

44. Cfr. M.R. Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale*, cit., p. 2173, il quale replica, opportunamente e in modo del tutto ragionevole e condivisibile, alle concezioni dottrinali che temono (in astratto, ancorché sbandierando il rischio come concreto e prossimo) un uso eccessivamente discrezionale della clausola di buona fede, che con l'applicazione della clausola generale «il giudice non è infatti chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica. Tutt'altro. Il suo compito segue una partitura quasi “a rima obbligata”». Nella realtà delle singole fattispecie contrattuali, si dice in modo incontrovertibile, il giudice «dovrà individuare quel minimo di cooperazione e solidarietà, all'un tempo irrinunciabile ed adeguato ad evitare lo sbilanciamento di interessi in contatto».

45. Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di A. Palmieri, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. Bonilini, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*.

46. Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, cit. Ad avviso della Suprema corte la nuova lettura delle norme del codice civile ha inciso anche sulla questione della riducibilità della penale, la quale avrebbe per l'effetto «finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda – come è stato osservato – appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata». L'affermazione secondo cui il potere riduttivo del giudice configura una manifestazione del normale controllo che l'ordinamento statuale si è riservato su tutti gli atti di autonomia privata è sufficientemente diffusa (si veda, in particolare: E. Moscati, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 785; Id., *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1784, il quale tuttavia non sembra aver assunto una precisa posizione sulla natura generale o eccezionale della norma che legittima la riduzione della penale). Si noti che, in uno dei passaggi della motivazione, riprendendo uno studio condotto in argomento, si afferma l'efficacia diretta nei rapporti tra privati del dovere di solidarietà, desumibile dall'art. 2 Cost., il quale «in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato» (così M.R. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, pp. 3 ss., spec. p. 5). Nel senso, invece, che il dovere di solidarietà esige «la mediazione della legge», si veda, per tutti, la nettissima posizione, coerentemente mantenuta nel tempo, di N. Irti, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 189.

47. Cfr. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 151 s.; A. di Majo, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 373 s. Nel senso che l'art. 2 Cost. costituisce una direttiva fondamentale per l'attuazione degli istituti civilistici nell'ambito dei rapporti tra privati, già R. Nicolò, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 909 (“voce” che, insieme a quella già ricordata “Codice civile”, completa la preziosa

suasivo che una funzione argomentativa fondante», in quanto la clausola generale non può non essere dotata di una sua autonoma effettività: essa «esprime già di per se stessa, come proprio fondamento etico, un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto – nel senso specifico [secondo una locuzione spesso riproposta dalla giurisprudenza, *n.d.r.*] di dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico»⁴⁸.

L'orientamento inaugurato dalla sentenza sulla riducibilità d'ufficio della penale suscitava, e non poteva essere diversamente, opinioni contrastanti in dottrina⁴⁹, ma all'esito di un dibattito che ha visto anche il contrasto giurisprudenziale interno alla Suprema corte⁵⁰, riceveva conferma dalle Sezioni unite che, aderendo ad una visione oggettiva, per così dire, dell'equilibrio contrattuale, hanno affermato che il potere di controllo non risulta attribuito al giudice

nell'interesse (non già della parte, bensì) dell'ordinamento, «per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela»⁵¹.

La Suprema corte ha poi sancito – si noti che la motivazione è firmata dal medesimo estensore della sentenza sulla riducibilità d'ufficio della penale eccessiva – l'abusività (sotto il profilo processuale) della pratica del cd. «frazionamento del credito unitario», consistente in una parcellizzazione della pretesa fatta valere nei confronti del debitore (effettuata in via contestuale o sequenziale), idonea a produrre nei confronti di quest'ultimo effetti pregiudizievoli, o comunque a peggiorarne la posizione (ad esempio, per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo *pro quota* con riserva di azione per il residuo)⁵². Alla luce e nel solco delle

ricostruzione dell'illustre A. dei nuovi scenari normativi che la civilistica avrebbe dovuto analizzare). In una diversa, ma complementare, prospettiva, individua nel principio di solidarietà una «direttiva costituzionale alla specificazione giudiziale dell'equità», F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, cit., pp. 391 ss. Nello stesso senso, sebbene muovendo da riflessioni molto più caratterizzate ideologicamente, anche Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., pp. 175 ss., spec. pp. 197 ss.

48. Le espressioni citate sono di L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 9, il quale conclude in merito al rapporto tra buona fede e dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, con la plastica espressione, già innanzi richiamata, dell'inutilità, in tale operazione ermeneutica, dell'appoggio sulle «stampelle costituzionali»; ma si veda, più di recente, per un'apertura verso l'efficacia del richiamo costituzionale: E. Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 964.

49. Cfr. soprattutto G. B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, spec. pp. 8 ss., il quale contesta in particolar modo la «filosofia» eccessivamente funzionalista dal quale – a parere dell'A. – muoverebbero gli «inutili *obiter dicta*» di Cass. n. 10511 del 1999 ove, in definitiva, si afferma l'esistenza di un potere di intervento modificativo del giudice al fine di realizzare un «interesse oggettivo dell'ordinamento» (così l'inciso contenuto in Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. e giur.*, 2004, pp. 104 ss.). Un giudizio positivo è invece offerto da F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impr.*, 2000, pp. 925 s., il quale rileva come la Suprema corte abbia accolto una visione moderna del contratto, basata sulle concezioni oggettivistiche volte a garantire la congruità dello scambio contrattuale. In merito agli argomenti adoperati dal giudice di legittimità, cfr. anche gli ulteriori riferimenti dottrinali offerti da M. Grondona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, pp. 242 ss. Nel medesimo torno di tempo, una presa di posizione decisa, in senso contrario nei confronti di un generalizzato intervento del giudice, è quella di P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231: «in linea di principio [...] il giudice “non può mettere i piedi nel piatto” e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la “giustizia” sostanziale della transazione».

50. Nel quinquennio successivo alla prima sentenza del 1999, la nuova interpretazione dell'art. 1384 cc veniva seguita soltanto da Cass. 23 maggio 2003, n. 8188, cit. In senso contrario, decisioni rese da diverse sezioni ritenevano di non poter prescindere da un atto di iniziativa del debitore: cfr. Cass. 30 maggio 2003, n. 8813, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 445; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, *ibid.*, n. 447; Cass. 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, p. 336; Cass. 19 aprile 2002, n. 5691, *Foro it.*, Rep. 2003, voce cit., n. 458; Cass. 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, 2924.

51. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534 ss., con nota di A. di Majo, *La riduzione della penale ex officio*.

52. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, la quale fonda la decisione anche sul principio della «ragionevole durata del processo», di cui all'art. 111 Cost., in quanto il frazionamento del credito può produrre un effetto inflattivo riconducibile alla moltiplicazione di giudizi «per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata». Sottolinea l'importanza del richiamo all'art. 111 Cost. per il superamento del precedente di segno contrario risalente alla nota sentenza delle Sezioni unite n. 108 del 2000, M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.; *contra*, ritenendo che tra i parametri invocati, l'art. 111 Cost. «sembra quello meno influente», T. Dalla Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni unite*, *ivi*, 345 ss., spec. 349. Per un inquadramento della questione particolarmente autorevole, si può rinviare alle meditate pagine di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*

decisioni appena indicate, nella motivazione si rileva «l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte».

Non può non segnalarsi l'altrettanto (e forse ancor più) celebre sentenza, cui va riconosciuto se non altro il merito – nonostante le numerose e diversificate critiche mosse in sede dottrinale – di aver propiziato il dibattito sull'«abuso del diritto» in materia contrattuale, pronunciandosi sul controllo giudiziale relativo all'esercizio del recesso *ad nutum* (convenzionalmente pattuito) da parte di una casa produttrice automobilistica nei confronti di un cospicuo numero di suoi concessionari, cui non restava altra *chance* (avendo sottoscritto la pattuizione contrattuale legittimante lo scioglimento immotivato) che far valere il carattere asseritamente abusivo dell'esercizio del diritto (di recesso)⁵³.

La decisione ha suscitato, come tutti sanno, opinioni comprensibilmente diverse tra gli studiosi impegnati a discutere e ridefinire le linee del nuovo diritto dei contratti⁵⁴, soprattutto alla luce dell'ampiezza argomentativa con cui la Suprema corte ha ritenuto di motivare la decisione di cassare con rinvio una sentenza che, a dire dei giudici di legittimità, non avrebbe valutato se il recesso *ad nutum*, pur contrattualmente previsto con valida pattuizione, fosse stato in concreto esercitato correttamente o, al contrario, abusivamente, in tal modo perseguendo il receden-

te fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'ordinamento (riprendendo, quasi testualmente, un passaggio argomentativo dell'articolata motivazione). Al centro dell'elaborato percorso motivazionale la Corte colloca appunto il concetto, tradizionalmente materia di dibattito tra i giuristi di ogni epoca, di abuso del diritto, chiamato ad operare come criterio decisivo per la soluzione di una delle più frequenti controversie nei rapporti tra imprese attive nel settore della distribuzione commerciale.

In virtù del tenore di alcuni passaggi, la sentenza può essere idealmente considerata una sorta di approdo dell'orientamento giurisprudenziale del quale si è dato rapidamente conto. Da rimarcare, in particolare, i punti in cui la Suprema corte afferma, ad esempio, che «il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità», poiché «il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio». I supremi giudici hanno voluto chiarire che «il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che non sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici».

In aggiunta alle riportate affermazioni di principio, ricompare poi il riferimento al dovere di solidarietà⁵⁵. La sentenza testimonia perciò, ancora una volta, l'ormai acquisita propensione a sostenere la *ratio decidendi* mediante il richiamo ai principi costituzio-

(una significativa rimeditazione delle Sezioni unite), in *Corriere giur.*, 2008, 745, il quale riprende il tema, poco dopo, in *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, 795 (nota a Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, ove si afferma che l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento si ripercuote sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, nel caso in cui tale soggetto abusi del suo diritto potendo comunque realizzare il suo interesse senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo; in applicazione di tale principio, la Suprema corte cassa la sentenza impugnata, che aveva dichiarato risolto per morosità un contratto di locazione, senza tener conto che il locatore avrebbe potuto compensare il suo credito con il maggior debito esistente nei confronti del conduttore).

53. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85, con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*.

54. Si può rinviare, riassuntivamente, al volume che raccoglie alcuni commenti della sentenza (dapprima pubblicati sulle principali riviste giuridiche) a cura di S. Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010. Nel senso che «i toni accesi» dei commentatori con riguardo alla sentenza in esame costituiscono una delle poche reazioni degli studiosi avverso la tendenza dei giudici «a farsi dottrina», assumendo uno stile «inutilmente “dottorale”», si veda tra gli altri F. D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1527 ss.

55. In particolare, meritano menzione i passaggi in cui la Corte dichiara che «[i]l principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, e, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche» e se ne trae la conseguenza che «[i]l criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi». Cfr. E. Navarretta, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 651 s., secondo la quale alcuni *obiter dicta* della sentenza sull'«abuso del diritto»

nali che, sotto il profilo interpretativo, si sostanziano in «criteri-forza cui ancorare, in chiave di valore, la soluzione concreta dei conflitti»⁵⁶, consentendo di operare attraverso il metodo del bilanciamento degli interessi (nel caso specifico, delle parti nella fase dell'esecuzione del rapporto contrattuale).

Da ultimo, l'intervento più recente della Cassazione, che merita un'altrettanto rapida menzione ponendosi nel solco tracciato dalle richiamate decisioni, riguarda la valutazione come clausola vessatoria della pattuizione, presente nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (cd. clausola *claims made mista o impura*)⁵⁷. La vessatorietà viene esclusa, ma la Suprema corte ritiene che, in presenza di determinate condizioni, la clausola in questione possa essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza (ovvero, qualora sia applicabile la disciplina di cui al d.lgs n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto), con decisione del giudice di merito fondata su valutazione incensurabile in sede di legittimità.

Una prima premessa serve alla Corte per ribadire che il principio di correttezza e buona fede - cui si ritiene di affiancare l'equità, concetto giuridico evidentemente diverso, «quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 cc)» - in quanto «metro di comportamento per i soggetti del rapporto, e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è *a priori* determinato», insieme alla «nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia» - sempre nelle parole della sentenza - svolgono ormai un ruolo fondamentale «in funzione integrativa dell'obbligazione

assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese». Sicché è ben possibile che sia «più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione) - afferma testualmente la Corte - che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vadano, in definitiva a individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti abbiano inteso raggiungere». Un secondo assunto di fondo è quello inteso a ribadire che «la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà (...) in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio»⁵⁸.

Con tali premesse, la Corte può così esprimersi sugli «effetti della valutazione di immeritevolezza», che, «esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata (...) dalla sola tutela risarcitoria», si ritiene dotati di «carattere reale (...) sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dal 2° comma dell'art. 1419 cc - prosegue la motivazione - nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost. «che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativ*» (Corte cost. n. 77 del 2014, e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128)».

Il richiamo al diritto vivente, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (con le due note ordinanze 248/2013 e 77/2014, esplicitamente richiamate in motivazione)⁵⁹, non è senza significato,

mostrerebbero i «segni del declino del metodo» del richiamo alla norma costituzionale nell'ambito dei rapporti contrattuali. Il frequente riferimento al dovere di solidarietà sembra adoperato per fondare interpretazioni innovative, volte a consentire interventi incisivi del giudice sul regolamento contrattuale. Sulla stessa linea, si veda Cass. 1° aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, pp. 543 ss., la quale, nel valutare se un contratto atipico sia diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela, utilizza come parametro le norme costituzionali per verificare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

56. N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, cit., p. 865; più di recente, ritornando sul tema in *Intorno alla "giustizia" del contratto*, cit., spec. pp. 39 s., l'illustre A. ritiene che «nell'esperienza giuridica contemporanea, va emergendo, anche se in maniera non sempre uniforme, una tendenza a considerare il contratto anche come strumento di giustizia distributiva», anche se ciò accadrebbe «in un quadro che è davvero difficile definire in termini puntuali» (p. 43).

57. Cass. 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014.

58. Per scrupolo, si ricorda che, nella motivazione, vengono richiamate: Cass. 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 355; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 24; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, *id.*, Rep. 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 69.

59. Corte cost. n. 77 del 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, e n. 248 del 2013, *ibid.*, p. 382.

evidentemente, e perciò merita un'ulteriore riflessione. In primo luogo, appare più che evidente dal rapido *excursus* giurisprudenziale – di cui anche i più strenui oppositori delle nuove tendenze giurisprudenziali dovrebbero prendere atto, dal momento che si tratta di impostazioni metodologiche che vanno sempre più radicandosi – il fatto che le clausole generali, un tempo considerate con sospetto, in quanto il loro uso avrebbe potuto incrinare l'ordine sistematico consegnato alla codificazione – per non parlare del rischio paventato rispetto alle più sofisticate elaborazioni concettuali della civilistica, erede della tradizione dogmatica⁶⁰ – possono ormai essere ritenute lo strumento giuridico più incisivo per garantire la «giustizia contrattuale» nel caso concreto, anche grazie al sempre più frequente aggancio al principio di solidarietà costituzionale (inizialmente valorizzato, s'è detto, dalla sola dottrina, e a ben vedere soltanto da una sua parte più avanzata e coraggiosa, rispetto ai tempi).

In secondo luogo, l'impossibilità di governare la realtà giuridica grazie all'apparato di regole legali formali prestabilite, le quali operino fissando i confini della «fattispecie», della quale da tempo ormai si denuncia con rassegnazione la crisi⁶¹, si lega all'esigenza di ricorrere, con sempre maggiore frequenza e ampiezza applicativa, alle clausole generali, la cui elasticità consente di tutelare soggetti che si trovano in una situazione non espressamente disciplinata dalla legge – si tratta, in tal senso, di situazioni non rappresentabili nella «fattispecie» predeterminata in termini sufficientemente precisi – e che, nondimeno,

vengono riconosciuti titolari di diritti preesistenti e comunque indipendenti rispetto al dato letterale dell'enunciato legislativo⁶².

3. L'evoluzione della clausola generale di correttezza e buona fede: verso una «giurisprudenza per principi»?

Il percorso evolutivo della Cassazione sembrerebbe saldarsi – non è certo un caso, del resto, il richiamo esplicitato dall'ultima sentenza richiamata, ossia Cass. 9140/2016, in tema di clausola del contratto assicurativo cd. *claims made* – con il diritto vivente di fonte giurisprudenziale costituzionale che, con le due menzionate ordinanze n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013, ha sancito l'inammissibilità della questione di incostituzionalità dell'art. 1385, 2° comma cc, nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma da trattenere (posto che, a differenza di quanto è stabilito per la clausola penale dall'art. 1384 cc, la legge non prevede espressamente la riducibilità, in via giudiziale, della caparra confirmatoria), nell'ipotesi in cui il contraente che ha dato la caparra confirmatoria sia inadempiente (o quella pari al doppio da restituire, nell'ipotesi inversa in cui sia inadempiente il contraente che l'ha ricevuta), ove risulti la manifesta sproporzione o sussistano giustificati motivi⁶³.

Non è tanto il *decisum*, ancora una volta, che rileva ai fini del discorso, quanto il modo in cui la Con-

60. Non è certo un caso – ancor meno l'esito di un'imperdonabile dimenticanza – che nell'opera didattica che ha formato un'intera generazione di studenti e poi studiosi civilisti, ossia le «Dottrine generali del diritto civile» di Francesco Santoro-Passarelli, il tema non sia sostanzialmente trattato, essendo stato ritenuto, evidentemente, irrilevante ai fini della ricostruzione delle categorie e dei concetti rilevanti nel diritto civile.

61. Si veda, in tempi recenti, il meditato saggio di N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41; nonché dello stesso A., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 36; e ancora, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11.

62. Potrebbe essere considerata un'esemplificazione abbastanza emblematica, nella vicenda giurisprudenziale esaminata, la tendenza manifestatasi (e che invero potrebbe ulteriormente svilupparsi) in seno alla giurisprudenza di merito, a riconoscere, in forza della clausola generale di buona fede, l'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario: gli ambiti delle controversie sono diversi ed eterogenei, come dimostrano Trib. Bologna, 24 aprile 2013, inedita; Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Foro. it.*, 2013, I, pp. 375 ss.; Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, p. 571; Trib. Ravenna 11 maggio 2011, in *Dir. maritt.*, 2013, p. 642.

63. La massima della già richiamata Corte cost., 248/2013 recita: «È manifestamente inammissibile, per carente motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza ed alla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, cc, nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere, nell'ipotesi in cui il contraente che ha dato la caparra confirmatoria sia inadempiente, o quella pari al doppio da restituire, nell'ipotesi inversa in cui sia inadempiente il contraente che l'ha ricevuta, ove risulti la manifesta sproporzione o sussistano giustificati motivi, in riferimento all'art. 3, 2° comma, Cost.». Per inquadrare correttamente la delicata *quaestio iuris*, non andrebbe trascurata la lettura dell'ordinanza di rimessione (Trib. Tivoli, ord. 10 ottobre 2012, in *Foro. it.*, 2013, I, pp. 1023 ss.) dalla quale si ricava che, nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita relativo ad un immobile, il promissario acquirente aveva consegnato una caparra confirmatoria di € 150.000,00, a fronte del prezzo complessivo pari a € 510.000,00. Si noterà ancora che, nel rimettere la questione di legittimità alla Corte costituzionale, il Giudice di Tivoli aveva rilevato, sul piano prettamente metodologico, il condizionamento derivante dal divieto di applicazione (analogica) dell'art. 1384 cc, alla luce del carattere eccezionale della norma.

sulta ritiene inammissibile la questione, esprimendo due distinte ragioni per cui la motivazione del giudice *a quo* si presenta carente: in primo luogo, il Tribunale rimettente avrebbe trascurato di «indagare compiutamente la reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali, così da poter esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria»; in secondo luogo, il giudice rimettente non ha tenuto conto «dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta [...] un regolamento degli interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. Ciò in ragione della rilevanza, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 cod. civ.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, “funzionizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato”⁶⁴.

Per suffragare la detta interpretazione, il Giudice delle leggi richiama alcune delle note decisioni di legittimità cui s'è appena fatto cenno, di modo che, attraverso il ricorso alle clausole generali, combinato con l'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, si possa ricavare una norma *ad hoc*, idonea a regolare il caso di specie ed evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione che *prima facie*, alla luce dell'analogo operare dell'istituto della caparra e quello della clausola penale, sembrerebbe in contrasto con il principio di eguaglianza.

Va da sé che l'idea della nullità della clausola in esame per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., relativo all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, che «entra direttamente nel contratto» non poteva non far discutere gli studiosi, suscitando tanto critiche sommarie (per lo più “a caldo”, in sede di commento alle ordinanze), quanto più meditate ed eleganti analisi sulla (autorevolmente asserita) applicazione diretta dei principi costituzionali, nella prospettiva dell'integrazione del contratto attraverso la fonte “legale” che non può non comprendere anche (e in primo luogo, si direbbe) le norme costituzionali⁶⁵.

Prima di entrare nel merito delle affermazioni rese dalla Consulta nella veloce motivazione, quel che in prima battuta risulta interessante, nell'ambito della presente riflessione e nella prospettiva storico-evolutiva del pensiero e della cultura giuridica riferita al diritto applicato dalle Corti, è nuovamente la distanza, apparentemente incolmabile, che sembrerebbe separare il modo in cui la Corte costituzionale affronta oggi la questione di costituzionalità – né semplice, né consueta, in quanto sollevata con riferimento a una disposizione del codice civile, tanto più in tema di contratto in generale – rispetto all'approccio che il Giudice delle leggi aveva mostrato nei decenni precedenti. In tal senso, un rapidissimo richiamo della giurisprudenza costituzionale in ambito di autonomia contrattuale può essere sufficiente a mettere in chiaro il radicale mutamento del clima culturale e della concezione del ruolo che il giudice può (o deve) assumere.

Posto che le pronunce d'incostituzionalità, nella materia in esame, sono piuttosto rare, in considerazione del carattere stesso della disciplina, destinata sol-

64. Tra gli altri, va segnalato, soprattutto per i richiami ad altre esperienze giuridiche sullo stesso tema, il commento di F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 685; altri pregevoli commenti sono quelli di F. Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di «penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 e di G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, in *Contratti*, 2014, p. 927. Pochi mesi dopo, nello stesso senso, appare la già ricordata l'ordinanza ‘gemella’ resa da Corte cost. 77/2014 (che in *Foro it.*, 2014, I, p. 2036, è presentata con le note di E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. Pardolesi, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; G. Lener, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*

65. Il riferimento è al denso e raffinato saggio di G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, pp. 247 ss., spec. pp. 253 ss., ove si analizzano le forme e i limiti entro cui le norme costituzionali possono contribuire alla costruzione del regolamento contrattuale (attraverso la tecnica dell'integrazione *ex lege*), alla luce della necessaria distinzione tra principi e regole, negando che obblighi «integrativi» possano essere «individuati/individuabili dal giudice (necessariamente dopo la conclusione del contratto) sulla base di “principi costituzionali” di ampio e indeterminato contenuto [corsivi nel testo: n.d.r.]», dal momento che in tal modo «si apre la porta alla possibilità di creazione di obblighi (e di correlativi diritti) del tutto imprevedibili, e tali comunque da mettere in discussione qualsiasi assetto negoziale (anche se concordato in maniera del tutto corretta) che sia stato convenzionalmente pattuito» (p. 268). In tal senso, con estrema coerenza, l'A. afferma la «impossibilità di considerare la (clausola generale della) ‘buona fede’ come una fonte di integrazione del contratto» (p. 269). Si noterà che lo stesso A. aveva già criticato il ragionamento della Consulta nell'apena menzionato lavoro *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, cit., evidenziando la gravità delle conseguenze che potrebbe comportare, sul sistema del diritto contrattuale, l'idea (della violazione) del principio costituzionale – nel caso di specie, la «solidarietà sociale» *ex art. 2 Cost.* – quale criterio di validità e dunque presupposto della nullità virtuale di un contratto tra privati. Il tema viene ripreso, con ulteriori argomenti e spunti di approfondimento, dall'A., nel recentissimo contributo, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443.

tanto a lambire, di norma e per tradizione, gli interessi costituzionalmente tutelati, va detto che non sono tuttavia mancati i casi in cui la Consulta, soprattutto in relazione a norme previste da leggi speciali, è stata chiamata a pronunciarsi su questioni riguardanti l'estensione dell'autonomia riconosciuta ai contraenti. Si può dire, sempre in estrema sintesi, che in una prima fase si denunciava la violazione dell'art. 41, 1° comma Cost., con riferimento a discipline settoriali che restringevano l'autonomia contrattuale in ordine alla determinazione del prezzo di prodotti o alla determinazione dei canoni di affitto di fondi rustici⁶⁶. Successivamente, con una sorta d'inversione di prospettiva (se non altro, rispetto agli interventi più risalenti), la legittimità delle norme sembra messa in discussione non tanto dal punto di vista della restrizione dell'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale, quanto in relazione alla tutela del contraente più debole ovvero, nell'ottica di una sorta di «oggettivazione dello scambio», nel tentativo di incidere su situazioni di (asserito) eccessivo squilibrio contrattuale⁶⁷.

Analogamente, anche se con motivazione decisamente più scarna, la Corte si trovava a decidere sulla censura d'incostituzionalità di una norma del diritto generale delle obbligazioni, ossia l'art. 1284, 1° comma, cc, con riferimento agli artt. 3 e 47 Cost.⁶⁸. Veniva ribadita la consolidata convinzione, secondo cui il principio di autonomia contrattuale, «se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica, ma pone limiti rilevanti a tale libertà»⁶⁹, poiché quest'ultima non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Occorre giungere alla metà degli anni Novanta, per assistere alla chiamata in causa del già ricordato dovere di solidarietà ex art. 2 Cost., quale criterio di controllo della costituzionalità di norme in ambito contrattuale⁷⁰.

66. Le ordinanze di rimessione pongono in luce l'esigenza avvertita dagli operatori del mercato di salvaguardare il dispiegarsi dell'autonomia contrattuale nei confronti dell'interventismo statale nell'economia. Invocando il secondo e il terzo comma dell'art. 41, ed effettuando un bilanciamento tra i diversi valori tutelati dalla Carta fondamentale, la Corte si astiene dall'intervenire sulla normativa in ossequio ai principi della cd. «discrezionalità legislativa». Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. costit.*, 1957, 404; Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. costit.*, 1965, p. 283; Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. costit.*, 1969, p. 461. Nella dottrina degli anni Sessanta, si veda M. Giorgianni, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità e di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. costit.*, 1962, pp. 82 ss., spec. p. 93; per l'affermazione, secondo cui «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sulla iniziativa economica privata e la proprietà privata», v. P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 15; per un'applicazione del principio si veda Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2307, ove si afferma che l'autonomia contrattuale dei singoli è tutelata a livello di Costituzione solo indirettamente, in quanto strumento di esercizio di libertà costituzionalmente garantite e, nella specie, rileva come il lavoratore che stipuli un contratto di lavoro subordinato con un imprenditore non assume, per parte sua, una iniziativa economica, bensì accetta di essere inserito nell'organizzazione produttiva costituita dall'iniziativa della controparte. L'espansione delle limitazioni poste all'autonomia privata per il raggiungimento di finalità di ordine sociale per mezzo dell'intervento dei poteri pubblici, attraverso la determinazione del contenuto del contratto ovvero ponendo obblighi di contrattare, induceva parte della dottrina a discorrere di «crisi del contratto», evidenziandosi il definitivo superamento della concezione ottocentesca, propria del *Code civil* e della prima codificazione italiana, secondo cui il contratto rappresentava l'espressione della «volontà dell'individuo» e l'autonomia contrattuale costituiva «il riverbero – sul piano giuridico formale – di un sistema fondato sulla libertà economica, overosia del disinteresse dello Stato per le vicende patrimoniali dei soggetti, affidate esclusivamente all'iniziativa dei singoli individui» (M. Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, pp. 381 ss.).

67. Anche in queste ipotesi, la Consulta non ha avuto particolari difficoltà nel dichiarare l'infondatezza delle questioni sollevate, ad esempio, avverso l'art. 1462, 1° comma, cc (con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.), valorizzando il fondamento della disposizione nel «principio dell'autonomia negoziale» e richiamandosi alla «disciplina costituzionale che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, indicandone al tempo stesso i precisi limiti», non senza affermare che l'inattaccabilità della disposizione, anche ove si consideri la situazione di inferiorità del contraente meno abbiente di fronte a quello più facoltoso, è connessa all'ampiezza del potere discrezionale di cui gode il giudice nell'applicazione della norma per evitare che si producano effetti abnormi o iniqui: Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it.*, 1975, p. 1177.

68. Corte cost. 22 aprile 1980, n. 60, in *Giur. it.*, 1980, 1361, con nota di E. Quadri, *Considerazioni sull'intervento della Corte Costituzionale in materia di «valori» monetari*. È invece nella materia delle locazioni, in particolare di immobili adibiti ad uso non abitativo, che la Corte si è più d'una volta pronunciata, anche dichiarando l'illegittimità costituzionale di disposizioni censurate per violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.: Corte cost. 23 dicembre 1987, n. 577, in *Giur. costit.*, 1987, I, p. 3579; Corte cost. 18 dicembre 1987, n. 562, in *Foro it.*, 1988, I, p. 710; Corte cost. 14 dicembre 1989, n. 542, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 616; Corte cost. 3 giugno 1992, n. 242, in *Foro it.*, 1992, I, p. 2324.

69. Corte cost. 15 maggio 1990, n. 241, cit.

70. Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. costit.*, 1994, p. 136, ove si affermava, in relazione allo specifico adempimento, che se l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, «l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato».

Non ci si poteva certamente spingere, all'epoca, a ipotizzare che il principio espresso dalla norma costituzionale fosse idoneo ad assurgere a criterio di decisione sulla validità del contratto e/o della clausola difforme (ovvero dissonante rispetto al principio), come ha fatto da ultimo la Consulta, con passaggio argomentativo se non altro eterodosso, rispetto alla tradizione dogmatica del diritto civile, e per tale ragione stigmatizzato dalla dottrina⁷¹. Anche alla luce della storia della giurisprudenza costituzionale – trascurando, dunque, per un momento le considerazioni critiche, s'è detto mosse da più parti, sulla coerenza dell'argomentazione in termini dogmatici e sistematici – le recenti decisioni della Consulta in materia di riducibilità della caparra eccessiva non possono lasciare indifferenti, marginalizzando così la sintetica ma incisiva argomentazione, alla stregua quasi di un *obiter dictum* rispetto alla statuizione d'inammissibilità della questione.

Almeno due considerazioni, di sapore metodologico, vanno dunque fatte. In primo luogo, la vicenda tocca in modo diretto il diritto generale dei contratti, nel suo cuore più tradizionale – la *questio iuris* s'incentra, infatti, sull'antico istituto della caparra confirmatoria – e l'interpretazione (correttiva, nonché) adeguatrice, proposta dalla Corte a beneficio del giudice, finisce per enunciare una regola derivante dal combinato disposto dell'art. 2 Cost. e del principio di buona fede (con i suoi numerosi indici normativi nel codice civile), che andrebbe a integrare la disciplina con una nullità virtuale del patto contrattuale (la caparra, nella specie) risultato iniquo per l'importo, ritenuto nel caso specifico troppo elevato⁷².

In secondo luogo (ma pur sempre in immediata connessione alla considerazione che precede), indipendentemente dalla questione concreta e dalla relativa decisione in sede giurisdizionale comune, dunque in applicazione degli istituti e dei criteri interpretativi del diritto civile – nello specifico, infatti, rimaneva aperta tanto la (ri)qualificazione del patto come (sostanziale) clausola penale⁷³, con la conseguente riducibilità della parte eccessiva derivante dalla norma espressa, quanto l'applicazione analogica della disposizione in materia di clausola penale che avrebbe consentito la riduzione della caparra eccessiva⁷⁴ – non può sottacersi il significato e il valore del bilanciamento dei principi costituzionali che, affidato alla sapiente e accorta opera interpretativa, purché entro l'orizzonte di senso delle letture possibili secondo la norma data, acquista un nuovo e importante rango, attraverso l'interpretazione adeguatrice così condotta, in punto di autentico diritto giurisprudenziale⁷⁵.

4. Il senso attuale del diritto vivente: la giurisprudenza cd. «creativa» e il mito della certezza del diritto

Il messaggio della Consulta, inquadrato – non soltanto temporalmente, s'intende – nel più ampio percorso evolutivo della Corte di legittimità, che in questa sede è stato possibile soltanto sommariamente delineare, intende senza dubbio «incoraggiare» la formazione di un diritto giurisprudenziale al passo

71. Per tutti, G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., 2014, p. 927, il quale aveva, già in passato, ben chiarito che una regola di validità non può essere desunta «dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede»: cfr. dello stesso A., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 8; nello stesso senso, da ultimo, ribadisce il concetto, E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1268, nonostante il 'plusvalore' apportato dal richiamo alla solidarietà costituzionale, che «può certo potenziare sul piano dei valori la clausola di buona fede, ma non può conferirle una generale funzione *destruens* che non appartiene alla stessa solidarietà».

72. E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., p. 2037.

73. Come accade in diversi altri ordinamenti, a cominciare da quello tedesco: si veda, per il pregevole approfondimento comparatistico, F. P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., pp. 696 ss.

74. In tal senso, da ultimo, G. Lener, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, cit., p. 2047, anche se, con una recentissima sentenza della Suprema corte questa possibilità è stata negata, con sommaria motivazione, che non dà neanche conto delle appena ricordate pronunce della Corte costituzionale, orientate nella direzione esattamente opposta, in considerazione della (pregiudiziale e non motivata) natura eccezionale della norma in tema di clausola penale: Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1040, ove è riportata con la seguente massima, che dà conto anche della vicenda concreta: «posto che le differenze, sul piano strutturale e funzionale, tra la clausola penale e la caparra confirmatoria impediscono l'applicazione analogica a quest'ultima della norma, da ritenersi eccezionale, che consente la riduzione della penale manifestamente eccessiva, va cassata senza rinvio la sentenza di appello che abbia proceduto alla riduzione d'ufficio della caparra in quanto ritenuta eccessiva» (nella specie, si deve ricordare la vicenda: a fronte di una condanna, in primo grado, a pagare il doppio della caparra pattuita per un totale di 180 milioni di lire, la Corte di appello aveva ridotto a 10.000 euro la somma che la parte ricevente la caparra avrebbe potuto trattenere).

75. Per lo sviluppo di questa elaborazione concettuale, indotta dall'insolita e, soprattutto, inattesa apertura della Consulta, si veda ancora E. Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., p. 2039.

con i tempi: non soltanto come diritto proveniente dalle Corti – di per sé dotato, da almeno un trentennio, di una particolare autorevolezza e rilevanza, avendo acquisito quella priorità che per secoli, nella tradizione civilistica, era stata riconosciuta alla sola “fonte” dottrinale –, ma anche e soprattutto come una manifestazione giurisdizionale, ossia di *ius dicere*, non limitata (o, ancor peggio, inibita) dal testo della disposizione di legge, da intendere (e di conseguenza applicare) senza concedere alcun margine a quella necessaria attività ermeneutica, talvolta definita «creativa»⁷⁶, ma, proprio per questa aggettivazione, ancor oggi autorevolmente avversata⁷⁷: una prospettiva, quella in cui si porrebbe l’interprete difensore del formalismo, che rischia di sconfinare in una manifestazione gius-positivistica estremizzata, spesso ancora oggi immaginata (del tutto illusoriamente, come si vedrà) in termini di baluardo per la «certezza» del diritto, mentre, a ben vedere, la stessa finisce per provocare, al contrario, l’incertezza e lo smarrimento dell’interprete, di fronte alla problematicità (se non ambiguità) con cui si presenta il diritto vivente⁷⁸.

Salvo ritornare, nelle considerazioni finali, sul tema più generale, sembra questo il caso proprio della questione giuridica da ultimo considerata, decisa dal Giudice delle leggi, s’è detto, nel senso dell’inammissibilità, della caparra ritenuta eccessiva. Con una singolarissima coincidenza temporale, infatti, dopo pochi mesi dalla ricordata decisione della Consulta, la Cassazione ha affrontato il tema e, senza fare alcun riferimento – circostanza altrettanto singolare, se non addirittura inspiegabile – alla recentissima decisione della Corte costituzionale, ha ritenuto corretto confermare l’orientamento della Cassazione (affidato peraltro ad alcune decisioni, piuttosto risalenti), nel senso dell’irriducibilità della caparra, in

ragione della «diversità tra le due figure [che] giustifica la scelta del legislatore di riferire alla sola riduzione della penale il potere del giudice di incidere sulle pattuizioni delle parti. Né può ritenersi che la norma dell’art. 1384 cc [...] – prosegue la motivazione – sia applicabile analogicamente oltre l’ambito di detta clausola, trattandosi di norma la quale, come ha già avuto modo di statuire questa Corte, ha carattere eccezionale (...)». Ritiene la Suprema corte che «la disposizione dell’art. 1384 cc, contemplando l’attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell’art. 1322 cc, che impone il rispetto dell’autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste».

Al di là della risposta alla specifica questione – prospettata s’è detto dalla Consulta nel senso dell’invalidità, con la veste della nullità, della clausola, argomentabile con il supporto argomentativo della «solidarietà sociale» ex art. 2 Cost. –, che in fondo avrebbe potuto trovare una soluzione, pur sempre senza scomodare il Giudice delle leggi, anche attraverso la più lineare applicazione analogica dell’art. 1384 cc (che prevede espressamente la riduzione, quando la penale risulti eccessiva) alla caparra confirmatoria⁷⁹ – occorre, tuttavia, che si sia disposti a rinunciare all’ulteriore apriorismo argomentativo, legato alla (più che discutibile) convinzione dell’eccezionalità della norma in tema di clausola penale⁸⁰ – è stridente la diversità d’impostazione metodologica nel ragionamento della Cassazione e della Corte costituzionale: la prima rivolta e anzi ancorata (se si preferisce, “incatenata”) al passato e ad assunti argomentativi da molto tempo

76. Si noti, tuttavia, quanto scrive, all’esito della riflessione e del tutto correttamente, G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 53, a proposito della giurisprudenza costituzionale: «Se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l’identificazione del diritto con la legge. Una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca – continua l’A. –, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa».

77. Sul punto, fondamentali punti di partenza per la riflessione che qui si è tentato di sviluppare, in considerazione del grande spessore culturale e argomentativo della trattazione, oltre che dell’autorevolezza degli studiosi, sono i contributi di N. Lipari, *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, cit., e, all’opposto per l’impostazione metodologica e le conclusioni, di L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questo numero della *Rivista*.

78. Per una magistrale trattazione del tema, interamente ripensato, con particolare riferimento alla cultura e agli indirizzi metodologici della civilistica, si veda il saggio di N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 1115 ss.

79. In tal senso, s’è detto, il ragionamento di G. Lener, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, cit., 2047, in sintonia con studi più risalenti (cfr. ad esempio A. Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 287), ma anche recenti, F.P. Patti, *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, in *Enciclopedia Treccani.it*.

80. Tra gli altri, autorevolmente e in tempi non sospetti, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 450 ss.

superati⁸¹; la seconda, invece, proiettata in un futuro tutto da esplorare, da verificare e, in ultima analisi, da costruire, con la razionalità e la cautela che ogni discorso giuridico innovativo impone (in primo luogo, ragionando sulla singolare, quanto meno, assunzione dell'invalidità dell'atto o del patto per violazione di una regola di comportamento, come del resto ha fatto la più attenta dottrina⁸²).

La morale che potrebbe trarsi dal confronto (e, soprattutto, dal mancato dialogo tra le Corti⁸³), se per un verso smentisce in modo piuttosto eclatante la fondatezza del timore di un interventismo giudiziale, di tipo vagamente "paternalistico", pronto a invadere aule di giustizia e di conseguenza raccolte di giurisprudenza con applicazioni dirette del dovere di solidarietà costituzionale lesive del principio di autonomia⁸⁴, al pari del rischio che al diritto "scritto" vada ad affiancarsi un diritto di tipo appunto "giurisprudenziale" (che si ritiene temibile, in quanto si assume che possa fondarsi sull'equità⁸⁵), per altro verso induce a ritenere che la fiducia riposta dalla giurisprudenza costituzionale nella capacità di quella ordinaria di costruire soluzioni coerenti – s'intende quanto alla *ratio decidendi*, non certo al *decisum*, che deve scon-

tare e riflettere le particolarità del caso concreto – con gli attuali scenari del sistema in evoluzione e, al tempo stesso, in linea con l'esigenza di realizzare costantemente il bilanciamento dei principi su cui lo stesso sistema si fonda e dai quali trae la sua linfa vitale, non è per nulla scontata.

Il (mancato, nel caso di specie) dialogo tra le Corti evidenzia che la posta in gioco, evidentemente, è il ruolo e forse la stessa concezione del diritto vivente, con una sua storia anche nel nostro ordinamento e, più in generale, nel pensiero dei giuristi. Isolate sia la tesi negatoria dell'esistenza e/o rilevanza giuridica della categoria⁸⁶, sia le perplessità della dottrina agli albori della giurisprudenza della Corte costituzionale⁸⁷, sappiamo che l'idea del diritto vivente veniva invece accolta da altra parte della dottrina come espressiva del «diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza»⁸⁸. Il concetto di *lebendes Recht* si lega, com'è noto, al «risveglio della coscienza ermeneutica dei giuristi», dei primi decenni del Novecento e «l'allargamento dei loro interessi scientifici agli studi di sociologia del diritto»⁸⁹.

Nel rapporto con la disposizione di legge, è altresì ben noto che il diritto vivente, se non trova la

81. Si veda anche la critica svolta da E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1272, la quale correttamente stigmatizza tale impostazione rigidamente formalista, considerandone le potenziali conseguenze in termini di «nuove fughe, magari scomposte, verso una maggiore giustizia sostanziale».

82. Cfr. *supra*, nt. 71.

83. Ci si permette di rinviare sul tema al commento di chi scrive alla ricordata Cass. 14776/2014: F. Macario, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1040.

84. Cui si riconosce, in dottrina, la tutela forte offerta, non soltanto dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con una forma di «garanzia che si frappone ad interpretazioni capaci di minacciare l'essenza e l'esistenza stessa dell'istituto contrattuale». In questi termini, da ultimo, E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1270; della stessa A., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 666; nonché *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2014, p. 609.

85. G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., 936, il quale paventa l'esito «eversivo» del ragionamento in termini generali, nel senso che tale diritto «giurisprudenziale» all'insegna dell'equità possa sentirsi legittimato a «derogare al primo [quello scritto, fondato sulla legge, n.d.r.] ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito»; dello stesso A., *Ancora su buona fede e abuso del diritto - Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653.

86. F. Santoro-Passarelli, *A proposito del "diritto vivente"*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, pp. 41 ss.

87. Ad esempio, M. Mazzotti, *Osservazioni all'ordinanza n. 128 del 1957*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1226; successivamente, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso ed implicazioni*, Milano, 1994, p. 5.

88. L. Mengoni, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 141 ss., e già *Diritto vivente*, voce del *Digesto, civile*, VI, Torino, 1990, pp. 445 ss.; sul versante costituzionalistico, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit.; G. Zagrebelsky, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. costit.*, 1986, I, p. 1148; Id., *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 89.

89. L. Mengoni, *ibid.*, sulla scia del grande sociologo del diritto Eugen Ehrlich, il quale nel 1920 distingue, nel trattare il tema dei rapporti, fra «*Gesetz und lebendes Recht*», mentre nella dottrina italiana l'espressione sembrerebbe accolta fra i primi da A. Scialoja, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 4, benché l'idea di fondo sia piuttosto quella della cosiddetta «*law in action*», idealmente contrapposta a quella di «*law in books*», secondo la nota prospettazione di R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in 44 *American Law Rev.*, 1910, pp. 12 ss..

sua espressione in testi normativi, «è pur sempre determinato dalla legge, sebbene – si aggiunge, e qui si manifesta la peculiarità rilevante – non soltanto da essa»⁹⁰. La contrapposizione fra diritto vigente (inteso come derivante dalle sole fonti formali) e diritto vivente (secondo l'originaria prospettazione di matrice sociologica di Ehrlich) rischia di confondere la prospettiva descrittiva con quella prescrittiva (riprendendo un'obiezione originariamente prospettata da Kelsen), e, per altro verso, di svalutare la risalente tradizione del «diritto giurisprudenziale»⁹¹. Nondimeno, la dottrina in esame ha svolto un ruolo decisivo nel superamento dell'identificazione (indubbiamente di tipo positivistico-ottocentesco) della norma con il testo di legge e nello sviluppo del «principio ermeneutico che al testo riconosce solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione»⁹².

In questo senso, il diritto vivente va a identificarsi con la stessa «norma applicata», non (soltanto) in chiave descrittiva (di quanto è già accaduto), ma (anche e soprattutto, nella riflessione più genuinamente giuridica) in funzione prescrittiva (ossia di regola vincolante per la decisione di controversie future), posto che con tale qualificazione si riconosce (e si tende, di

conseguenza, a conservare) alla norma «forza di modello unificante delle applicazioni a nuovi casi»⁹³. In gioco è così la stessa dimensione ermeneutica – se si vuole, al livello della teoria generale del diritto – che viene in tal modo autorevolmente sintetizzata: «la formula del diritto vivente investe il rapporto tra il giudice e la legge sintetizzando il problema della partecipazione dell'interprete alla formazione del diritto e la connessa esigenza di (relativa) stabilizzazione delle sue applicazioni»⁹⁴.

Nella prospettiva più propriamente procedurale, l'idea si risolve in un onere di argomentazione, nel senso che al giudice che «intende rompere la continuità con i *praeiudicia* incombe l'onere di giustificare la pretesa di superamento con argomenti seri e adeguati»⁹⁵. In questo modo, non si realizza una frattura con il diritto (vivente) precedente, ma si produce piuttosto quell'evoluzione fisiologica dell'ordinamento che si affida all'operato e all'apporto innovativo dell'interprete, in particolare del giudice, superando il rischio dell'appiattimento sull'intervento del legislatore, ma anche sulle tratte affermazioni generali (e spesso generiche, come si è avuto modo di notare, a proposito del *dictum* di Cass. 14776/2014)⁹⁶.

90. L. Mengoni, cit., p. 148.

91. Si tratta del *Richterrecht*, spesso chiamato in causa dalla dottrina tedesca, che invece non ricorre, dopo l'insegnamento di E. Ehrlich, con frequenza alla formula del «diritto vivente», ossia *lebendes Recht* (L. Mengoni, cit., 151, nt. 32); in argomento, per ricostruire storicamente lo scenario culturale, non può prescindere dalle densissime pagine di A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, 6 ed. ampliata, Milano, 2008, spec. 142 ss., trattando delle «tendenze antiformalistiche del sociologismo giuridico», che tendono a collocare la realtà giuridica nel costume e nei fatti sociali, ponendo così i fondamenti teorici per lo sviluppo della moderna sociologia del diritto.

92. L. Mengoni, cit., p. 149, secondo il quale interrogarsi sul diritto vivente significa porsi un problema di ermeneutica giuridica afferente proprio ai rapporti tra il giudice e la legge.

93. L. Mengoni, cit., p. 150.

94. L. Mengoni, cit., *ibid.*

95. L. Mengoni, cit., p. 153, il quale si rifà, come del resto tutti coloro i quali hanno affrontato il tema, a T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 e 357, anche in *Problemi giuridici*, I, p. 144, nonché *In tema di interpretazione della legge*, *ibid.*, p. 157, in relazione al vincolo della «continuità», quale limite alla libertà dell'interprete che trova, in ogni caso, nel sistema ossia nella coerenza sistematica il requisito non eludibile dell'argomentazione giuridica.

96. La Cassazione discorre di «difformi indirizzi ermeneutici, peraltro, più che fronteggiarsi (come in taluni momenti pur è avvenuto) in termini di radicale contrasto sul piano sincronico, hanno tendenzialmente, piuttosto, espresso, in prospettiva diacronica, un'evoluzione, per aggiustamenti successivi, di una linea interpretativa, sostanzialmente unitaria nelle sue premesse di fondo, secondo la dialettica di formazione del diritto vivente» (così Cass., sez. un., 23 aprile 2001, n. 172, in *Foro it.*, 2002, I, p. 151). Si ricorderà che la formula compare in numerose decisioni, dopo il suo esordio nel 1974 (dopo un accenno nel 1974, con Corte cost. 19 giugno 1974, n. 176, in *Giust. civ.*, 1974, III, p. 348 e 27 dicembre 1974, n. 286, in *Foro it.*, 1975, I, p. 262, l'affermazione del concetto avviene con la sentenza 30 luglio 1980, n. 143, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 1203), tanto nella motivazione, quanto talvolta anche nelle massime, ma si rinvergono espressioni simili, come ad esempio «Costituzione vivente» (si afferma che «il valore costituzionale della terzietà ed imparzialità del giudice indubbiamente già acquisito nella 'Costituzione vivente' e nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale»: così Corte cost., ord. 167/2001), o ancora «norma vivente» (V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 207), tutte riferibili all'idea, ben esplicitata anche dalla Corte, secondo la quale «l'interpretazione della disposizione legislativa è essenzialmente compito del giudice, a tutti i livelli: avendo invece la Corte la funzione di porre a confronto la norma, nel significato comunemente ad essa attribuito, con le disposizioni della Costituzione, per rilevarne eventuali contrasti e trarne le conseguenze sul piano costituzionale» (Corte cost. 28 maggio 1975, n. 129, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2178). Si può dire che sia una convinzione ferma quella per cui «le norme vivono nell'ordinamento nel contenuto

Da un altro, non lontano (e anzi, si direbbe, complementare) punto di vista, le nuove forme di valorizzazione dei principi (che esigono l'attenta e non scontata opera di bilanciamento) non rappresentano in alcun modo tendenze eversive sul piano normativo, dal momento che il radicamento dei principi nell'ordinamento è garantito dal loro riferimento all'impianto e alle disposizioni normative costituzionali (se si preferisce, ci si può riferire ai "valori" riflessi nella legge fondamentale)⁹⁷. Va maturando, in questo senso, nella giurisprudenza l'idea, pienamente da condividere, che i principi consentono di dare risposte immediate alle nuove istanze di tutela, talvolta in modo che potrebbe apparire poco ortodosso – si ricordano, ancora una volta, le critiche dottrinali piovute sul recente intervento della Corte costituzionale in materia di riducibilità della caparra -, sacrificando il presunto rigore dei procedimenti ermeneutici tradizionali (*in primis*, con il ricorso all'analogia, come nel caso sempre della caparra eccessiva), a vantaggio della mobilità ed evoluzione dello stesso sistema, che dai principi e dalle clausole generali trae in fin dei conti la sua linfa vitale⁹⁸.

Se non è affatto scontato, peraltro, che nei principi possa trovarsi, in via immediata, la riposta allo

specifico conflitto d'interessi, è indubbio che l'affermazione di una giurisprudenza illuminata dai principi finisce per rappresentare un forte stimolo per il giurista – *in primis*, ma evidentemente non soltanto, il giudice – a non rimanere acriticamente vincolato a soluzioni e ricostruzioni collaudate e radicate nella tradizione, fornendo piuttosto il suo contributo nel processo di formazione della norma attraverso la via giurisdizionale, con la valorizzazione di tutti i possibili (e verosimili) dati ed elementi argomentativi, per tentare di offrire una lettura razionale e razionalizzante del sistema (che, si sa bene, è sempre in movimento e perciò in continua evoluzione).

Al centro del discorso è, innegabilmente, la stessa funzione e l'esercizio dell'attività giurisdizionale, in ambito di diritto privato ma, in particolare, nella materia del contratto e dell'autonomia negoziale in genere, peraltro destinata a occupare aree sempre più ampie nei rapporti tra privati⁹⁹. Un'ulteriore considerazione merita, tuttavia, anche l'opera di razionalizzazione della norma nel sistema nel momento in cui sia chiamata in causa la dottrina (con quanto può conseguire nella stessa impostazione degli studi e dell'insegnamento del diritto, tanto nelle aule universitarie, quanto in sede di aggiornamento professionale). In tal senso, senza volersi addentrare in una riflessione

risultante dall'applicazione fattane dal giudice» (Corte cost. 8 aprile 1976, n. 75, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 457), che trova di volta in volta conferma e consolidamento in concetti ed espressioni quali: «l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione» (Corte cost. 27 giugno 1997, n. 206, in *Foro it.*, 1997, I, p. 3466); «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» o una «soluzione interpretativa collaudata tra i giudici» (Corte cost. 3 aprile 1997, n. 77, in *Foro it.*, 1997, I, p. 977); «la norma che effettivamente vive nella concreta realtà dei rapporti giuridici» (Corte cost. 23 maggio 1995, n. 188, in *Foro it.*, 1996, I, p. 464); e ancora, il «concreto atteggiarsi delle norme secondo un ormai cristallizzato quadro interpretativo del sistema (...) assetto ermeneutica (...) divenuto parte integrante della disciplina positiva» (Corte cost. 15 marzo 1996, n. 71, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1944). Senza dimenticare, peraltro, che la Corte aveva sempre tenuto a ribadire la necessità della contestualizzazione attuale della regola da ricavare in sede interpretativa e applicare al caso concreto, nel senso che «la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive» (Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8, in *Foro it.*, 1956, I, p. 1050).

97. Il tema, anche in questo caso, richiederebbe un adeguato approfondimento che non può svolgersi in questa sede; converrà pertanto rinviare all'analitica trattazione svolta da G. D'Amico, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., con ampi riferimenti bibliografici, sulla equivalenza o distinzione tra «principi» e «valori», in riferimento al tema dell'effettività delle clausole generali (e alla loro posizione tra «regole» e «principi»).

98. Tra i più recenti e significativi contributi sul tema nella prospettiva più ampia, ma anche con riferimento alle questioni al centro della presente riflessione, ossia alle vicende giurisprudenziali relative al contratto, si veda N. Lipari, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 27.

99. Come significativamente mostra il campo delle relazioni familiari *lato sensu* intese. Sarebbe sufficiente considerare l'area delle «unioni civili» e la regolamentazione negoziale dei contratti o patti sulla convivenza (si vedano le preziose riflessioni in ambito specifico di contratti di convivenza, di L. Balestra, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 133 e ivi tutti i necessari riferimenti; in chiave anche comparatistica, si veda anche G. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, Padova, 2012). Che il grande tema dei rapporti tra tutela della persona e disciplina del contratto sia particolarmente complesso da trattare al livello dell'attività legislativa, in tal modo confermando la necessità del supporto del diritto di fonte giurisdizionale, in termini di «giurisprudenza per principi», lo dimostra del resto il recentissimo intervento sui contratti di convivenza, che non riesce ad andare oltre alcune prescrizioni su forma e contenuto dei patti tra conviventi in termini di poco più che «istruzioni per l'uso», senza affrontare i nodi più spinosi della materia, che fanno capo alla problematica dei limiti di validità delle pattuizioni con cui s'intendono regolare *ex ante* – come accade, evidentemente, in ogni contratto – le conseguenze della cessazione della convivenza, in ipotesi tanto di decisione (o «recesso», per rimanere al dettato legislativo) unilaterale, quanto di decesso del *partner* (ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte, in modo più ampio e articolato, dallo scrivente in *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in www.giustiziavivente.com).

di estrema complessità e ampiezza, l'esigenza primaria è quella di fornire al legislatore le basi concettuali per l'emanazione di (nuove) norme, talvolta affidate alla laboriosa e faticosa opera di codificazione o "ricodificazione" del diritto privato, considerando, per un verso, l'emersione di nuove esigenze, per altro verso la tradizione di pensiero formatasi sul fondamento di categorie, concetti, nozioni e "sistemazioni" di discipline radicatesi nel tempo e via via assimilate in diversi ordinamenti. Le recenti esperienze, maturate in diversi e tra loro lontani ambienti giuridici, di riordinare di singoli settori o dell'intero diritto civile "codificato" sono lì a dimostrarlo.

Se è vero che appare oramai superata la stagione in cui giuristi, certamente tra i più illuminati e sensibili all'evoluzione del diritto nell'inscindibile rapporto con la società civile, auspicavano una «legislazione per principi»¹⁰⁰, e che, per altro verso, è innegabilmente arduo immaginare di poter rinvenire nei principi la risposta per la soluzione della controversia, senza transitare attraverso il dato normativo in concreto applicabile, appare parimenti indiscutibile che i principi – *in primis*, evidentemente, quelli espressi o implicati dalle norme costituzionali – abbiano definitivamente superato la tradizionale diffidenza dell'interprete, trovando sempre più frequente applicazione nella *ratio decidendi* delle Corti, in sede tanto di merito quanto di legittimità.

Potrebbe essere sufficiente, in tal senso, richiamare la nota vicenda, tutta giurisprudenziale, della formula riassunta nell'espressione «abuso del diritto», per rendersi conto di come l'argomento – è difficilmente definibile principio in senso stretto, ancorché si sia in presenza di un concetto riconducibile alla logica dei principi, con un'apparente vaghezza, che esige una forte e circostanziata aderenza alla

specificità della vicenda giuridica in esame – abbia fatto presa sull'attività giurisdizionale delle nostre Corti¹⁰¹.

Le considerazioni sin qui svolte potrebbero richiamare il grande tema (ovvero il complesso problema, se si preferisce) delle fonti, nell'affrontare il quale non si possono certo trascurare le premesse provenienti dalla prospettiva storica, posto che lo storico del diritto ci ricorda il suo ruolo di "coscienza critica" (dello studioso del diritto vigente), non esitando a denunciare la «crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti», nell'auspicio che si recuperi, in tal modo, il carattere ordinativo e la funzione ordinamentale del diritto, con un maggiore ascolto della «voce complessa della società, voce che viene dal basso», in termini sostanzialmente antitetici rispetto alla tradizione gius-positivista e all'exasperazione legalistica e statalistica ottocentesca¹⁰². I connotati della cd. «pos-modernità» vengono individuati nell'attuale "crisi" del sistema tramandato, ma anche nella ricerca di un "ordine" futuro, in uno scenario di "disordine": «[o]ggi – afferma l'illustre A. – non si parla tanto di *fonti* al plurale, quanto di una pluralità disordinata: i fatti tendono a imporsi sul piano giuridico, infischendosi dei filtri segnati puntigliosamente in decrepiti testi inattuati e inattuabili»¹⁰³. Difficile non convenire con le espressioni, come sempre di grande immediatezza e incisività, testualmente riprese dagli scritti di Paolo Grossi, che fotografano una cruda realtà, sulla quale l'ostinazione delle difese svolte in nome del positivismo giuridico non sembra riuscire ad apportare alcun effetto benefico¹⁰⁴.

Nella difficoltà di affermare come sia – e, cosa ancor più complessa, come dovrebbe essere – il giurista dei nostri giorni, secondo i modelli teorici conosciu-

100. Si veda la celebre «prolusione» (maceratese, del 1966) di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, ripubblicata dall'Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, con una preziosa «prefazione» intitolata *Quarant'anni dopo*, ove nel tracciare quello che riduttivamente definisce «un bilancio sbrigativo», l'A. sottolinea che «una piccola battaglia è stata vinta. Le clausole generali – continua l'A. – sono divenute un elemento stabile del panorama giuridico», mentre, per altro verso, «[l]a forza delle cose (...) impone una attenzione continua per il ruolo del giudice, tramite necessario per concretizzare principi e clausole generali».

101. N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit., in questo fascicolo della Rivista.

102. P. Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, pp. 54 ss.

103. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, pp. 112 s., il quale conclude tuttavia positivamente, e dunque in tono fiducioso, ricordando il compito del giurista, «oggi indubbiamente faticoso e può darsi che lo assalga lo sgomento generato dall'incertezza, dalla fluidità, dalla complessità. È più facile nuotare in uno stagno immobile – con espressione metaforica colorita e plastica – che in una corrente rapida e vorticoso. L'essenziale è irrobustirsi i muscoli» (p. 117).

104. Per una rassegna di riflessioni, da parte di alcuni tra i più autorevoli civilisti del nostro tempo, sul ruolo attuale della cultura gius-positivista, nell'ambito di una tavola rotonda (intitolata: *La grande dicotomia: diritto positivo-diritto naturale*), svoltasi in occasione dell'attribuzione della laurea *honoris causa* al prof. Angelo Falzea, dall'Università di Siena (il 6 marzo 2006), si veda la raccolta dei contributi, AA.VV., *Oltre il "positivismo giuridico". In onore di Angelo Falzea*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2011; raccolta introdotta dalla relazione di A. Falzea, *Complessità giuridica*, ove il grande Maestro messinese svolge le sue considerazioni sul rapporto tra la scienza giuridica e la teoria della complessità (nata in ambito matematico e poi applicata alle scienze della materia e della vita), poi pubblicate anche in forma di "voce" enciclopedica, negli *Annali dell'Enciclopedia del diritto*.

ti e collaudati¹⁰⁵, il dato certo, di cui oggi si può e si deve assumere consapevolezza, va colto nell'esigenza di trovare i modi e le forme di una (non certo semplice) convivenza, tra il carattere tecnico-formale, che al diritto è stato per molto tempo riconosciuto nella cultura giuridica europea, quale espressione della tradizione giuridica occidentale – assai lontano, evidentemente, dalle diverse impostazioni tradizionali, etiche e religiose, tipiche di altri sistemi e mondi giuridici – e la vocazione del diritto a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale, riferibile (non già ad aspirazioni o a vagheggiati ideali, bensì) a un apparato ormai molto sviluppato di tutele e diritti della persona, quale risultato del costituzionalismo moderno novecentesco¹⁰⁶.

Si è detto, ineccepibilmente, che il carattere permanente risiede «nel limite del diritto (o, se si preferisce, nel diritto quale limite); e ne deriva il confronto con la perenne criticità e infinitezza di un orizzonte di giustizia mai istituito pienamente dalle forme imperfette del diritto stesso»¹⁰⁷. Ci si è rifatti, talvolta, al pensiero di Niklas Luhmann, il quale riteneva necessaria, in un sistema giuridico, la coesistenza dell'apertura cognitiva indotta dalla complessità delle società

attuali con la chiusura normativa¹⁰⁸, e superando la pur preziosa ricostruzione della pluralità degli ordinamenti giuridici – che si deve a un altro gigante del pensiero del Novecento giuridico, come Santi Romano –, si può convenire sulla considerazione secondo la quale il dato caratterizzante della realtà attuale è una sorta di «ritorno al diritto» quale «mutamento nella complessità che, dal lato del mutamento, subisce l'influenza di un dialogo, in fasi successive, fra giudici ordinari e legislatori nazionali, seguiti da giudici europei autorevoli; e poi, di nuovo, da giudici ordinari e da giudici costituzionali nazionali»¹⁰⁹.

Si è fatto anche di frequente riferimento, da parte di chi ancor oggi esprime le più rigorose posizioni e considerazioni di stampo gius-positivistico, al discorso relativo alla «certezza» del diritto, in un'età, quale è indubbiamente quella in cui viviamo, caratterizzata da una inesorabile ma anche ingovernabile «incertezza»¹¹⁰. Un discorso, quest'ultimo, non soltanto non affrontabile in questa sede, ma che può porsi, ai nostri giorni, solo collocandosi nella dimensione apicale del dibattito sui rapporti tra diritto, giustizia e democrazia. Chi ne ha approfondito l'esame, del re-

105. È noto che, in astratto le opzioni che al giurista si pongono sono, anche in questo caso in estrema e riduttiva sintesi, quelle: (a) della pura esegesi della disposizione, assumendola nella sua frammentarietà, isolabilità e, soprattutto, nella sua vigenza assicurata dal rispetto dei procedimenti di produzione della norma e dunque dalla sua validità formale; (b) all'opposto, quella dell'ermeneutica, ove rileva in primo luogo il contesto (normativo e non solo), ossia i modi in cui i fatti si rapportano alla disposizione normativa, secondo il sentire comune della società in cui il precetto è destinato a operare, così incorporando tutto quanto sia caratterizzato dall'effettività in un dato contesto sociale; (c) in una diversa dimensione, si colloca la tendenza a concedere spazio alla creatività dell'interprete, libero di attribuire alla disposizione normativa il senso che appaia adeguato alle circostanze e al raggiungimento di un dato risultato «di giustizia».

106. Anche in questo caso, è davvero illuminante, ma si sarebbe tentati di dire imprescindibile, la lettura delle pagine di A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., spec. pp. 36 ss. (secondo capitolo), ove si confrontano le concezioni del valore giuridico come «valore ideale» e, rispettivamente, come «valore reale».

107. Al contempo, si tratta di una «vocazione contemporanea, pur essendo una continuazione del costituzionalismo moderno: sta nella coesistenza, non a caso già immanente a un tale confronto, dell'immagine del diritto quale apparato di tutele e di diritti garantiti con l'immagine del diritto quale mezzo di liberazione da condizioni fattualmente minorate; è coesistenza fra l'effettiva difesa di diritti-limite (rispetto a poteri prevaricanti, pubblici e privati) e l'affermazione dei diritti-sviluppo, per definizione conformi a istanze di emancipazione» – riportando ancora le parole di Umberto Breccia, il quale suggerisce la «rilettura» delle pagine memorabili di Max Weber, nella prospettiva sociologica, e di Hans Kelsen, in quella di «dottrina pura del diritto», per comprendere come qualsiasi ricostruzione, seppure caratterizzata da una delle due prospettive, *prima facie* antitetiche, dovesse trovare il suo compromesso, nella razionalità di un discorso giuridico che non può rinunciare alle forme certe, ma al contempo non può rimanere ingabbiato nel dogma del monismo statalistico (così U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica dir.*, 2006, p. 371, di cui non possono non ricordarsi anche studi più risalenti sul tema: ad esempio, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, sempre in *Politica dir.*, 1982, pp. 571 ss., ora anche nella raccolta *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Scritti di Umberto Breccia, Torino, 2013, p. 154, ove si discorre di «messa in discussione» della legge alla luce di principi costituzionali).

108. Non a caso, si è voluto ricordare l'importante contributo di A. Falzea, *Complessità giuridica*, nel volume AA.VV., *Oltre il "positivismo giuridico"*, cit. (affidato dall'A. anche a un'apposita "voce" negli Annali dell'Enciclopedia del diritto).

109. U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea*, cit. 2006, 380, aggiungendosi che «[d]al lato della complessità, fa capo a criteri di composizione dei conflitti che includono diversi livelli, fattuali e legali, di competenza e di gerarchia delle norme, ma – qui sta la peculiarità nuova della complessità – in ultima analisi restano affidati non tanto a un principio supremo o una metanorma di segno procedurale quanto al riconoscimento da parte dell'interprete nazionale della coesistenza necessaria con un giudice sovranazionale il cui precedente ha di fatto forza vincolante e comporta gravi problemi di conflitto con la legislazione nazionale fino a indurre a trovare un criterio di composizione che non è tuttavia codificato in maniera certa e che include gerarchie non formali e circolarità non codificate».

110. Per riprendere il titolo di un prezioso e recente contributo di P. Grossi, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 4 ss.; ma si veda, in precedenza, anche G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

sto, ha tenuto a sottolineare come il problema della certezza del diritto si presenti, essenzialmente, con i suoi aspetti prettamente teorici: dalla distinzione di fondo tra una certezza definibile di tipo “oggettivo” – con riferimento a un’affermazione che dovrebbe corrispondere a un determinato stato di cose, appunto oggettivamente inteso – e una “soggettiva” – riconducibile alla convinzione della verità di un’affermazione – che appare più vicina all’idea della prevedibilità delle conseguenze che il diritto connette all’agire del soggetto, sino alle possibili prospettive di studio del tema, ossia dei punti di vista, rispettivamente, della filosofia del diritto, della teoria generale e della sociologia, dai quali in linea di principio ci si potrebbe porre il problema, per constatare che è quest’ultima (quella sociologica) la percezione più corretta, dal momento che si tratta di comprendere come il diritto contribuisca a stabilizzare le aspettative nei rapporti sociali, risolvendosi l’indagine in quella sull’effettività del diritto stesso (tradizionalmente, di pertinenza della sociologia)¹¹¹.

La riflessione tornerebbe a saldarsi, anche in questo caso, con il discorso sulle fonti, che si radica nella concezione dello stato moderno e presuppone il potere centrale produttore di norme generali, cui si richiede le qualità di conoscibilità, chiarezza e coerenza, di modo che sia prevedibile il loro rispetto da parte dei destinatari del comando. Di qui, sembra invero breve il passaggio alla tecnica legislativa più idonea allo scopo, con l’aspirazione alla codificazione del diritto, quale espressione tipica del monopolio della produzione normativa, funzionale a tenere unite l’esigenza di facile conoscibilità, chiarezza e coerenza con quella dell’unicità della fonte del diritto¹¹².

Il dibattito sulla certezza procede, dunque, di pari passo con l’evoluzione del diritto “moderno” e con la sua “positivizzazione”, mentre l’esigenza di certezza tende a crescere allorché, nella prospettiva weberiana, ripresa dalla sociologia del diritto successiva, il

sottosistema giuridico va sempre più distinguendosi, in termini funzionali e strutturali, dagli altri (quali, ad esempio, quello religioso e del costume), i rapporti tra i soggetti seguono le forme di organizzazione e di divisione del lavoro e dei ruoli delle società capitalistiche, le regole organizzative devono, di conseguenza, diventare sempre più astratte, alla stregua dei miti del «diritto eguale» e del «soggetto unico»¹¹³.

Il discorso, in termini di ricostruzione storica, diviene ancora più interessante nel confronto con il *common law*, ove lo strumento per conseguire la certezza è comunemente identificato con il (corretto) ricorso al precedente giudiziario, mentre – sempre in chiave sociologica – la “struttura chiusa” del ceto dei giuristi ha per secoli garantito l’unitarietà del sistema, quanto alla sensibilità culturale in generale e gli indirizzi giurisprudenziali più in particolare. Il limite di tenuta di un tale sistema è nelle trasformazioni economiche e sociali, che provocano uno «scollamento irrimediabile fra ceto dei giuristi e contesto sociale complessivo, conseguente delegittimazione del primo e caduta drastica della certezza»¹¹⁴.

Si comprende allora, per cercare di proporre una riflessione davvero conclusiva, come, muovendo dalla constatazione dell’inevitabile pluralismo sociale ed etico, caratteristico della società contemporanea – ove non si danno valori immutabili e coerenti, mentre gli stessi valori costituzionali sono continuamente sottoposti alla “rilettura” di cui si diceva in esordio, ma soprattutto al loro delicato bilanciamento, di modo che nel processo interpretativo vada affermandosi una concezione dell’ermeneutica che fa capo all’argomentazione orientata alle conseguenze¹¹⁵ –, il problema della “certezza del diritto”, superate definitivamente le pretese gius-positivistiche e le estremizzazioni del formalismo giuridico, finisca per essere «il modo nel quale il diritto governa (o, almeno, tenta di governare) il mondo dell’incertezza (cioè il mondo delle scelte e dei valori) prendendone atto e quindi

111. In forma sintetica, ma in ogni caso efficace, M. Corsale, voce *Certezza del diritto* (I, Profili teorici), in *Enc. giuridica Treccani*, VI, Roma, 1988, 1.

112. Così M. Corsale, voce *Certezza del diritto*, cit., p. 2, secondo cui «l’identificazione del problema della certezza con quello della codificazione, o più in generale, delle tecniche legislative, ha fornito il taglio di gran lunga predominante nell’impostazione del nostro problema fino ai nostri giorni».

113. M. Corsale, voce *Certezza del diritto*, cit., p. 3, che sottolinea come, in queste condizioni «la prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire – essenziale per la ragione calcolante, la quale a sua volta in una società capitalistica tende ad assumere un ruolo predominante – non può essere più garantita ricorrendo alla tradizione e alla giustizia materiale», mentre l’esigenza di certezza come prevedibilità «emerge prepotentemente come esigenza di razionalizzazione formale del diritto».

114. M. Corsale, voce *Certezza del diritto*, cit., 4, ragione per la quale l’esperienza anglosassone non appare, di fatto, esportabile, mentre per altro verso è messa in crisi dalle inevitabili modificazioni socio-economiche, che rendono sempre più complessa e articolata l’organizzazione della società e dei rapporti sociali.

115. Secondo l’insegnamento, allo stato insuperato in termini di chiarezza e rigore argomentativi, di L. Mengoni, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, pp. 91 ss.

in una certa misura facendosene carico»¹¹⁶ ovvero «il modo in cui la collettività attribuisce significato alla disciplina di riferimento adeguando alla medesima le proprie azioni (o violandola, ma nella consapevolezza di non rispettare un precetto condiviso)»¹¹⁷.

Al di là anche della ricerca di un senso attuale da attribuire al concetto/mito della certezza, e sempre nel presupposto del declino dell'immagine del diritto come sistema di norme ordinate gerarchicamente, ci si è persino domandati se, all'esito dei processi attuali di frantumazione del sistema delle fonti, si potesse (o si dovesse) discorrere di «fine del diritto?».

In un dibattito fra giuristi di particolare autorevolezza vi è stato, così, chi si è posto l'interrogativo su «eclissi o rinascita del diritto?», sviluppando il ragionamento sulla «globalizzazione» nel senso che la prima – l'eclissi – si manifesterebbe nel proliferare dei nuovi produttori di norme (accanto e oltre lo Stato, quale tradizionale detentore del monopolio), mentre la seconda – ossia la rinascita – sarebbe legata al fenomeno di cd. *Verrechtlichung*, coincidente con l'ampliamento della sfera della giuridicità (emblematicamente visibile con l'azione svolta dai principi e dalla corti costituzionali)¹¹⁸.

La novità consisterebbe in una riscoperta e valorizzazione delle «istituzioni», così da recuperare quell'unità tra diritto, storia e scienze sociali, che il fenomeno di «isolamento» del diritto aveva pregiudicato, finendo per svalutare anche il ruolo del giurista¹¹⁹. Un ruolo, quest'ultimo, che nella logica del cd. *Juristenrecht* non può essere dimenticato, ma se ne dovrebbe tentare il recupero, preso atto della «metamorfosi» – non già, dunque, una «fine» – del diritto, avvenuta a partire dalla metà del XX secolo.

La grande trasformazione è stata determinata, nella tradizione giuridica occidentale e soprattutto in ambito europeo, dalle Carte costituzionali, che hanno definitivamente messo in crisi la visione «legicentrica» tipica dell'Europa continentale, con una rivalutazione dello «stato giurisdizionale» (e del conseguente cd. «governo dei giudici», *Richterstaat*)¹²⁰: un recu-

pero funzionale a evitare «la riduzione della razionalità giuridica a mera razionalità tecnica» e a contrastare, ci si auspica almeno in parte, la forza planetaria della tecnica e dell'economia¹²¹.

Piuttosto che interrogarsi, in modo forse suggestivo ma non realmente costruttivo, sulla «fine del diritto», sarebbe dunque preferibile discorrere e ragionare di una inedita vitalità del diritto, «sia pure affidata a forme nuove rispetto alla concezione propria dei moderni»¹²² e in tale rinnovata vitalità si comprenderebbe anche l'attenzione verso il complesso fenomeno della regolamentazione degli scambi commerciali che si tende a ricondurre alla formula sintetica della cd. *lex mercatoria*. La dimensione tradizionalmente statutale del diritto è qui superata, s'è detto, dalla regole che il ceto degli operatori economici tende a rispettare, ingenerandosi così la sensazione che si sia in presenza di un ordinamento, la cui effettività è data dal rispetto spontaneo delle stesse regole e dei meccanismi di soluzione delle controversie, alternativi alla giurisdizione statale, ma che quest'ultima riconosce e, in un certo senso, controlla per evitare i rischi del carattere di «diritto di classe», cui si faceva cenno, e dunque i pregiudizi che deriverebbero ai soggetti per definizione esclusi dai procedimenti di formazione delle regole stesse (emblematicamente, i consumatori, ma anche l'imprenditore più debole e comunque estraneo al settore specifico per disciplinare il quale le regole vengono elaborate)¹²³.

Se si volesse tentare di tirare le fila della riflessione da ultimo cennata (nella piena e denunciata consapevolezza che si tratta di tematiche di respiro così ampio, da non poter essere trattate in poche battute), agganciandola all'evoluzione giurisprudenziale in materia di contratto, che nel titolo di queste note si è voluta definire, forse un po' enfaticamente, «courageosa» – e dunque già soltanto per questo condivisibile, nel suo sforzo di rinnovarsi e innovare, di conseguenza, il sistema –, quella sorta di araba fenice costituita dalla «certezza» sarebbe da ricercare semmai sul piano del «diritto vivente», s'intende all'esito

116. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 194.

117. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, cit., p. 195.

118. S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in *Fine del diritto?*, a cura di Pietro Rossi, Bologna, 2009, pp. 29-31.

119. S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., p. 36.

120. M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, cit., 53, 59, che prende spunto dal lavoro di A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norme nell'era globale*, Roma-Bari, 2008, 3; si veda anche G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit.

121. M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, cit., p. 62.

122. P. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, cit., pp. 81-83.

123. P. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, cit., p. 90.

della sua razionalizzazione nel sistema, rinunciando così a rincorrere nostalgicamente la scia sempre più sbiadita dell'altro mito, quello della «fattispecie» legalmente tipizzata (o “chiusa”, come anche veniva un tempo definita)¹²⁴ e liberandosi dai condizionamenti

del positivismo, nella misura in cui questi possano pregiudicare un'applicazione del diritto in sede giurisdizionale che, sempre nel rispetto della razionalità argomentativa, sia effettivamente guidata dal criterio di giustizia¹²⁵.

124. Il rinvio più significativo è ai già richiamati contributi di N. Irti, *La crisi della fattispecie*, cit., ed altri successivi sul tema (v. *supra*).

125. Si è detto, in tal senso, che occorre, pertanto «una volta per tutte, uscire dai pesanti condizionamenti del positivismo e recuperare il ruolo della conoscenza di senso comune come condizione di validità della regola stessa» (N. Lipari, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 48); mentre, per altro verso, si fa notare come assuma «forma e consistenza un nuovo e più avanzato modo di intendere la positività del diritto come ‘positività ermeneutica’ (...), quale attività mediatrice che, interponendosi tra lo *ius in civitate positum* e i fatti della vita» (V. Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Oltre il positivismo giuridico*, cit., p. 123, richiamando, assai opportunamente, il fondamentale insegnamento di T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, t. 1, Milano, 1959, pp. 12 ss.).

La magistratura di fronte alle derive post-democratiche

di *Geminello Preterossi*

In questo contributo l'Autore muove dalla constatazione della significativa espansione degli ambiti di intervento della giurisdizione. Si tratta di fenomeno legato alla pressione derivante dal *bisogno di riconoscimento delle soggettività incarnate* che emerge nelle società contemporanee e alla difficoltà dei titolari delle funzioni di indirizzo politico di rispondere a (e ordinare le) istanze sociali nella loro totalità. In questo contesto, nel quale si agitano anche i protagonisti del mondo globalizzato, il *potere giudiziario* – osserva l'Autore – esercita una fondamentale funzione di *sensore sociale*, capace di esercitare una fondamentale funzione *integrativa* del diritto. È però indispensabile ricostruire culture e identità politiche radicate nella società e autonome rispetto ai poteri economici e, per altro verso, rifuggire da concezioni tecnico-sapientziali della giurisdizione che, in sé considerate, non avrebbero le risorse indispensabili per valorizzare la portata garantista del progetto sociale emancipativo scritto nella Costituzione repubblicana.

La magistratura ha acquisito, negli ultimi decenni, una legittimazione “sociale”, che si sovrappone a quella “formale”. In un certo senso, si potrebbe dire che ha acquisito una legittimazione “democratica”, benché non sia un’istituzione elettiva. Anzi, in qualche modo, proprio la sua indipendenza dal circuito della rappresentanza è sembrata immunizzarla dalla crisi della rappresentanza medesima e consentirle di acquisire una peculiare “rappresentatività”. Alessandro Pizzorno ha parlato anni fa, dopo Tangentopoli, di “controllo di virtù”¹, suscitando molti fraintendimenti: non era l’assegnazione di una funzione “morale” alla magistratura, ma la constatazione sociologica di come essa fosse entrata in modo sempre più centrale nel circuito del “riconoscimento pubblico”. Questo della natura della legittimazione giurisdizionale, dei suoi caratteri sempre più sostanziali, è un nodo complesso, che non può essere trattato, com’è accaduto nel nostro Paese nell’ultimo ventennio, in termini strumentali: da un lato, segnala l’esigenza di pensare la giurisdizione ben oltre l’immagine del giudice “bocca della legge”; dall’altro, consiglia qualche

accortezza critica rispetto a visioni ap problematiche della creatività giurisprudenziale. Quell’immagine di Montesquieu, del resto, viene spesso fraintesa. In essa non si celava tanto la pretesa che il giudice fosse l’esecutore semi-automatico del diritto, quanto piuttosto l’esigenza imprescindibile della neutralizzazione dell’arbitrio giurisdizionale.

Il riferimento alla legge, nel contesto degli Stati costituzionali novecenteschi, rinvia immediatamente alla sovranità democratica, che si radica in una dimensione essenzialmente nazionale: le sentenze sono pronunciate in nome del popolo italiano. La stessa funzione nomofilattica della Cassazione, volta a garantire stabilità e omogeneità al sistema, trova il suo ancoraggio nell’art. 65 dell’ordinamento giudiziario (regio decreto n. 12, 1941), che impone di assicurare «l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge» in vista dell’«unità del diritto oggettivo nazionale». Qui si manifesta una prima aporia: se da un lato sono proprio le istanze dal basso, proprie di una società democratica, a investire la magistratura,

1. Cfr. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

caricandola di una funzione di “ascolto” della società nuova, dall’altro tali dinamiche, che spingono verso una legittimazione sociale diffusa della funzione giurisdizionale, legate come sono all’individualizzazione e alla pluralizzazione della società, e ai suoi tratti multi- o inter-culturali, tendono inevitabilmente – insieme agli altri effetti dei processi di globalizzazione – a rendere la stessa giurisdizione interna “porosa” rispetto ad altri ordinamenti, soprattutto sovranazionali, e ai Fori che li presidiano. Ciò può rappresentare un fattore di complicazione e incertezza e, al limite, arrivare a mettere in questione il primato del nucleo indisponibile della Costituzione, il cui ancoraggio è statale. In tal senso, opportunamente, la Corte costituzionale ha elaborato la teoria dei “controlimiti”, che rappresentano una sorta di clausola di salvaguardia del principio di sovranità popolare, e perciò dell’autonomia dello Stato democratico e della stessa identità della Costituzione (va detto che le preoccupazioni relative alla coerenza delle decisioni europee con il fondamento di legittimità democratico delle costituzioni nazionali sono state avvertite con rigorosa lucidità soprattutto dal Tribunale costituzionale federale tedesco, che non ha mai sviato certi nodi centrali e irrisolti della costruzione europea). Ci si rende conto della rilevanza del tema, opportunamente valorizzato di recente da Massimo Luciani², se si pensa alle differenze tra la considerazione dei diritti sociali e delle loro tutele rispetto alle libertà economiche, tra il livello europeo e quello costituzionale nazionale. Ciò dovrebbe renderci avvertiti sui rischi, a cascata di Maastricht, di una legittimazione sociale *neoliberale* della magistratura, tutta centrata sui diritti civili interpretati come diritti dell’individuo proprietario di se stesso³. Mentre solo una concezione larga dei diritti, che integri quelli civili e quelli sociali, costituisce l’effettivo fondamento del costituzionalismo novecentesco, il quale mette al centro la protezione della dignità del lavoratore, ai fini di un’inclusione sociale che è stata la via maestra della democratizzazione degli ordinamenti. Tale impianto costituzionale ha portato a decisioni giudiziarie fondamentali in termini di

tutela del meno forte (ad esempio, nella controversie giuslavoristiche) e di garanzia di livelli essenziali di prestazioni sociali (ad esempio nella sanità), che rappresentano criteri vincolanti per il reperimento e l’allocazione delle risorse. Per essere chiari, legittimazione sociale dal nostro punto di vista non può voler dire suo sradicamento dal contesto definito dalla cittadinanza politico-democratica né tantomeno cedimento dell’argine costituzionale alle dinamiche privatistiche della globalizzazione neoliberista. Una magistratura che trovasse la propria legittimazione sociale in una società integralmente di diritto privato, in cui l’unica forma di inclusione fosse quella (illusoria) del mercato autoregolantisi (in una riedizione postmoderna e su scala globale dell’omogeneità escludente dei “ceti di proprietà e cultura”, come li chiamava Rudolf Gneist), non sarebbe più una magistratura “democratica”. Attenzione, anche, all’illusione di liberarsi definitivamente dal potere (politico e statale), all’insegna dell’ideologia della “post-sovranià”: si finisce nelle grinfie di poteri più insidiosi, soprattutto perché non contendibili né controllabili su un’arena pubblica, e senza strumenti istituzionali per poterli orientare a fini sociali.

Le crescenti aspettative rispetto alla giurisdizione non riguardano solo la sfera della vita privata e del *bios*, e quindi il diritto civile (dove ci sono interessi e posizioni soggettive da far valere), ma investono anche, e pesantemente, l’ambito penale. C’è una dimensione simbolico-rassicurativa che, nella percezione di anomia e ingovernabilità che monta nelle nostre società (largamente per effetto delle dinamiche opache del finanzia-capitalismo, e del caos geopolitico che ne deriva), investe direttamente la giurisdizione: è una situazione non fisiologica, che può condurre a squilibri gravi, mettendo a rischio diritti e libertà (è già accaduto ampiamente nelle società “occidentali”, dopo il crollo delle illusioni seguite alla caduta del Muro di Berlino: dallo sdoganamento della tortura⁴ ai vari “stati di eccezione” miniaturizzati). Ciò pone certamente l’esigenza di un rilancio di una cultura ga-

2. Cfr. M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2016.

3. Di fatto, con le politiche di austerità imposte ai Paesi indebitati, la Carta di Nizza, soprattutto nella sua sezione dedicata alla “Solidarietà”, è stata messa nel cassetto. L’insindacabilità dei vincoli finanziari europei, nonostante incidano pesantemente sui diritti fondamentali, si traduce in meccanismi (semi-)automatici sottratti a qualsiasi vaglio di legittimità costituzionale sostanziale, almeno sul piano europeo. Non così sul piano delle Corti costituzionali nazionali (anche se non sempre la reazione garantistica è stata tempestiva e all’altezza della sfida, dei segnali importanti ci sono stati nel senso della garanzia dei diritti sociali: si pensi, per fare un esempio, alle decisioni prese dalla Corte costituzionale portoghese sull’illegittimità delle norme chiamate a “implementare” i diktat europei, o alle recenti sentenze della Corte costituzionale italiana sul blocco degli stipendi pubblici e sulle pensioni). Il dato di fondo, in ogni caso, è che oggi, nell’Ue, il richiamo alle tradizioni costituzionali europee, quando è in gioco il costituzionalismo sociale come limite all’assolutismo del mercato e della finanza, passa nel dimenticatoio di fronte all’ossessiva regolamentazione ordoliberalista: ogni freno e spazio di mediazione è interdetto.

4. Cfr. A. M. Dershowitz, *Terrorismo*, trad. it. a cura di C. Corradi, Carocci, Roma, 2003.

rantistica credibile, cioè non a corrente alternata. Ma dal punto di vista sistemico è evidente che tale pressione simbolica sulla sicurezza non sarà arginabile finché verrà derubricata a questione di ordine pubblico, e non socio-economica. Solo creando le premesse per un rafforzamento dell'autonomia degli Stati democratici e delle politiche pubbliche di inclusione sociale, che evitino di trasformare repressione e carcere in strumenti compensativi su larga scala di politiche sociali e del territorio inesistenti (ad esempio sull'emigrazione e le periferie), sarà possibile scongiurare il populismo penale.

La legittimazione sociale della magistratura è divenuta in senso lato "democratica" nelle società post-tradizionali anche dal punto di vista delle aspettative di autorealizzazione e "presa di parola" che sono insite nella modernità politica matura. Queste aspettative non si proiettano solo nella dimensione strettamente politica e amministrativa, come rifiuto della delega e azione di controllo⁵, ma esprimono anche un'esigenza di autonomia attiva nella società, nella sfera personale come in quella di relazione, che inevitabilmente trova nel potere terzo per eccellenza, la giurisdizione, un punto di riferimento essenziale. Oggi "dire il diritto" significa, largamente, riconoscere e bilanciare i diritti. La magistratura è un'istituzione che si trova sempre di più a dover rispondere ai bisogni di riconoscimento delle soggettività incarnate, del loro "diritto" a essere se stesse, che emergono nelle società contemporanee. Questo riconoscimento si radica in quella promessa originaria della modernità di essere "autori", o perlomeno partecipi, dell'ordinamento.

È vero che gli effetti sociali di quei bisogni di riconoscimento soggettivi possono minare i vincoli solidaristici che sorreggono il legame sociale, nella misura in cui producano individualizzazione e pluralismo estremi. In questo senso, proprio il "diritto dell'individualità", uno dei fattori propulsivi dei processi di democratizzazione, può mettere in discussione il quadro democratico, che necessita di un collante collettivo. Di fronte a tale paradosso, la magistratura si trova a subire una duplice pressione: quella dei soggetti che rivendicano i loro diritti,

quella dell'ordinamento che ha bisogno di sicurezza sociale. In realtà, soprattutto i diritti politici e quelli sociali sono diritti "intersoggettivi"⁶, di soggetti in relazione; diritti che necessitano per essere goduti appieno e diffusamente di una visione del collettivo, e la cui *ratio* è, anche, quella di rafforzare vincoli sociali consapevoli, voluti, e con ciò l'*ethos* democratico. La giurisdizione, nel quadro del costituzionalismo sociale del secondo Novecento, non può essere il terminale neoliberale di singoli irrelati, ma la sentinella del sistema democratico negli avamposti della complessità sociale. La persona è sempre calata in una rete di rapporti⁷: il giudice non potrà astrarre da essi, dovrà considerarli e valutarli. E, poiché essi sono spesso asimmetrici, sarà inevitabile che la giurisdizione, trattandoli alla luce del costituzionalismo come tutela del "diritto del più debole", possa trovarsi a dover correggere gli squilibri più vistosi. Contemperare interessi significa ridefinirne di volta in volta le gerarchie: senza annichilire nessuna delle parti, ma anche evitando di limitarsi a registrare i rapporti di forza come se fossero naturali. Per questo è fondamentale che la Costituzione resti la stella polare: sia perché offre criteri dinamici per leggere i mutamenti sociali, sia perché è un ancoraggio di certezza e un "freno" tanto rispetto alle spinte post-democratiche dei "poteri selvaggi"⁸, quanto agli eccessi di creatività del diritto vivente. Come sempre la cultura dei giudici svolge un ruolo determinante nella declinazione concreta del modello di giurisdizione: poiché i rischi di torsione economicistica, ad esempio rispetto al tema del reperimento e dell'allocazione delle risorse per garantire i diritti, sono oggi ben evidenti con la crisi, così come la possibilità di cedimenti in tema di diritti del lavoro e funzione sociale della proprietà, è bene che una rinnovata elaborazione culturale dei magistrati sui nodi di fondo del costituzionalismo contemporaneo riparta, rispetto ad esempio ai rapporti sempre più problematici tra democrazia costituzionale, capitalismo finanziario e ordoliberalismo europeo⁹.

Ma, proprio perché la dimensione integrativa, fortemente legata al contesto socio-culturale, della giurisdizione non è scansabile, né aggirabile attraverso il riparo in una sorta di neutralità assoluta come

5. P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, trad. it. a cura di A. Bresolin, Castelvecchi, Roma, 2012, pp. 135 ss.

6. Sul tema, cfr. da ultimo A. Honneth, *L'idea di socialismo*, trad. it. a cura di M. Solinas, Feltrinelli, Milano, 2016.

7. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 140 ss.

8. L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

9. Cfr. W. Streeck, *Tempo guadagnato*, trad. it. a cura di B. Anceschi, Feltrinelli, Milano, 2013.

“indifferenza”¹⁰ al fatto sociale, sarebbe pericoloso intenderla come una sorta di funzione sostitutiva di indirizzo politico. Il “potere dei conflitti” è prioritariamente, e tale deve restare a mio avviso, quello politico. La soluzione innovativa del caso singolo che chiede giustizia, la “supplenza” rispetto al legislatore (spesso obbligata), sono comunque risorse interne al sistema, certo non rotture eversive (mentre negli ultimi decenni drammatizzazioni del genere sono state ampiamente perseguite, dalla politica e dai media, in un circuito malato). Ma sarebbe sbagliato anche coltivarne una visione eccessivamente rassicurante, come nuova fisiologia dell’assetto dei poteri, che non pone problemi. Le varie forme di supplenza della magistratura non compensano realmente l’assenza di dibattito e deliberazione pubblica, e l’impermeabilità alle istanze sociali dei livelli più alti della rappresentanza. Il recupero di rappresentatività passa dunque, certamente, anche per la fine delle deleghe – sia nell’ambito della vita civile che in materia penale – alla magistratura¹¹. Ma questa fine potrà essere solo il risultato della riconquista del riconoscimento dei cittadini da parte della classe politica: cioè attraverso la ricostruzione di culture e identità politiche autonome rispetto ai poteri economici e radicate nella società, senza coltivare l’alibi autoassolutorio (che produce la ricerca di scorciatoie nefaste, all’insegna di un’ambigua governabilità), secondo il quale la responsabilità della crisi della normazione sia della Costituzione e degli assetti istituzionali da essa previsti. Solo un’osmosi tra basso e alto, pretese delle soggettività (rispetto alle quali la giurisdizione costituirà sempre un primo avamposto) e definizione dell’interesse generale (che è sempre operazione più complessa della risoluzione giudiziaria di un caso), consentirà di ridefinire un equilibrio dei poteri. Prendendo atto della funzione nuova, e largamente progressiva, che la magistratura si trova a svolgere nelle società post-tradizionali, ma anche tenendo fermo che lo Stato costituzionale democratico non può diventare uno Stato giurisdizionale, o peggio sciogliersi in un ambiguo spazio post-democratico presidiato da tecnocrazie e giudici¹². Uno spazio giuridico deterritorializzato è inevitabilmente uno spazio

spoliticizzato. Cioè inospitale per il costituzionalismo democratico. La magistratura, se vuole rimanere fedele al progetto sociale emancipativo della Costituzione, non può non vedere i rischi insiti in concezioni tecnico-sapientziali della giurisdizione e nelle varie forme di post-politica neoliberale, tra cui si annoverano anche quelle giudiziarie. Sarebbe un’amara ironia della storia, se la magistratura tornasse ad essere funzionale agli assetti sociali dominanti (oggi quelli del finanzia-capitalismo), come accadeva tradizionalmente nel vecchio mondo liberale e fu poi, autoritariamente, anche con il fascismo, credendo di arginare il potere (nella sua maschera politica). Solo recuperando spazi di autonomia per lo Stato democratico e una politica rigenerata perché non subalterna a poteri distanti e opachi, correggendo gli eccessi del globalismo, sarà possibile creare le condizioni strutturali di un nuovo circuito virtuoso legittimazione-responsabilità, a fronte del quale il potere giudiziario possa svolgere, senza alterarlo, anche quella funzione di sensore sociale che ormai gli è propria.

Il problema, nel rapporto tra potere giudiziario e potere politico, non è insomma il ruolo attivo dei magistrati, ad esempio nel fare emergere incostituzionalità e lacune. Né, del resto, sarebbe auspicabile il ritorno a un’improbabile “neutralità” (la più insidiosa forma di politicizzazione, perché cela nel formalismo acritico la difesa dello *status quo* e l’ossequio ai poteri dominanti, anche a scapito dei principi costituzionali). Il problema è lo svuotamento della politica, da cui può derivare la tentazione fallace di una sua compensazione giudiziaria. Invece occorre ricostruire le condizioni di una pedagogia reciproca tra istanze sociali, funzione giurisdizionale e rappresentanza parlamentare: ciò che si agita nella società, che la magistratura si trova spesso a raccogliere (pensiamo ai temi bioetici, alle relazioni personali e familiari, ma anche alle conseguenze dell’austerità e dei tagli al Welfare), deve incontrare a un certo punto una sorta di camera di compensazione di natura politica. Come è accaduto negli anni Settanta, con riforme quali lo Statuto dei lavoratori, il nuovo diritto-

10. L’indipendenza stessa può essere interpretata, in un’ottica conservatrice, in tal senso: una linea per nulla neutrale ideologicamente, ma funzionale a giustificare un’attitudine adesiva rispetto allo *status quo*, di mera registrazione e tutela dei rapporti di forza sociali esistenti (cfr. O. Abbamonte, *Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri. La tormentata vicenda di una endiadi*, Introduzione a *Il potere dei conflitti*, a cura di O. Abbamonte, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 3 ss.).

11. Anche se, naturalmente, soprattutto nel penale, non si può sottovalutare la specificità della storia italiana, con l’assenza di anticorpi e meccanismi di autocontrollo, le opacità degli apparati dello Stato, la fragilità dell’amministrazione pubblica ecc.: elementi patologici che hanno reso necessario il ricorso allo strumento penale anche quale estremo argine democratico, a fronte delle inadempienze di altre istituzioni, del sistema politico e di quello economico.

12. Sulle dinamiche della globalizzazione giurisdizionale, cfr.: J. Ballard e A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici*, trad. it. A cura di C. Maggiori, Liberilibri, Macerata, 2006; M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 ss.; S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, Il Mulino, Bologna, 2013.

to di famiglia, l'abolizione dei manicomi, il divorzio ecc. Questioni alla cui elaborazione i giudici (da quelli ordinari a quelli costituzionali) hanno dato il loro contributo, ma che hanno trovato una definizione di sistema nel dibattito politico e nella legislazione. Dal punto di vista teorico, le posizioni neocostituzionaliste, che ritengono non problematico il ruolo creativo della giurisprudenza e individuano nei "principi etici" una sorta di livello metapositivo nel quale risiederebbe l'autentico *ius* e del quale sarebbe possibile una conoscenza "oggettiva" (come in Dworkin), non sono a mio avviso funzionali a una corretta visione garantistica del ruolo della giurisdizione nell'opera di realizzazione della costituzione, perché non solo alimentano arbitrio, incertezza e spoliticizzazione, ma sono viziati ideologicamente da meccanismi insidiosi di risostanzializzazione e rinaturalizzazione dell'artificio giuridico.

Alzando lo sguardo al livello della "dottrina della costituzione", potremmo dire che quando si può presupporre molto, in termini di risorse etico-culturali, non c'è bisogno dell'unità politica, quando si può presupporre poco occorre ricorrervi. Il diritto "mite", che nella lettura di Gustavo Zagrebelsky caratterizza lo Stato costituzionale di diritto subentrato allo Stato di diritto legislativo¹³, presuppone molto: un sostrato

di senso plurale, risultato di prassi etiche e principi condivisi, e di una memoria costituzionale comune¹⁴. Poiché nello Stato costituzionale di diritto il baricentro si sposterebbe dal lato politico-progettuale della costituzione (che pure persiste, perché le Costituzioni moderne hanno strutturalmente un "doppio lato"¹⁵) a quello ermeneutico-garantistico, con conseguente centralità della giurisdizione (costituzionale, ma non solo), è il fabbisogno di senso etico-giuridico di quest'ultimo, inevitabilmente, a crescere. Ma quali sono le condizioni che consentono la generazione di tali risorse? Non sono affatto banali: forti vincoli solidaristici, la possibilità di presupporre un'integrazione simbolico-materiale adeguata, il filo comune di un'identità storica e civile non divisiva, la capacità di gestire nella normalità il destino di una comunità plurale ma sostanzialmente pacificata e l'adattamento dell'ordinamento alla sua evoluzione. Tutte condizioni che si sono fatte terribilmente problematiche negli ultimi decenni, per ragioni sia endogene (le zavorre italiane e la transizione infinita del sistema politico-istituzionale), sia esogene (la crisi dell'eurozona, gli effetti disordinanti di una globalizzazione accelerata e senza governo). Pretendere, in questo contesto, che sia la magistratura a produrre quelle risorse sulle quali in realtà deve poter contare, per funzionare fisiologicamente, sarebbe un'aporia e un azzardo.

13. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

14. Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro e J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

15. Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 2014.

La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)

di Pier Luigi Zanchetta*

In questo contributo – già pubblicato su *Questione giustizia n. 1/1999* – l'Autore ragiona sul ruolo della magistratura nella società contemporanea e sulla *legittimazione* della giurisdizione ad intervenire in campi ove la legislazione «non riesce a dire tutto». Nel contributo qui ripubblicato si riflette su due tipi di legittimazione – quella *istituzionale* (anzitutto, la soggezione del giudice solo alla legge) e quella *democratica* – e si osserva che nessun esperimento di ingegneria costituzionale, agito sul solo piano dei meccanismi di legittimazione istituzionale, potrà mai risolvere definitivamente l'eterna questione della *legittimazione* dell'intervento della magistratura. Al piano istituzionale – comunque irrinunciabile – può e deve accompagnarsi un'ulteriore legittimazione *democratica*, mai conquistata una volta per tutte, rappresentata da una perenne tensione e da una perenne ricerca di consonanza del giudice con la Repubblica, ossia la consonanza non con il *popolo attuale e contingente*, bensì la *consonanza con il popolo eterno considerato dalla Costituzione*.

1. Legittimazione istituzionale e legittimazione democratica

Il ruolo della magistratura, la posizione del singolo magistrato, è – almeno da due secoli, in ogni società sviluppata – un momento di *sofferenza istituzionale*. La particolarità non è certo dovuta al fatto che gli altri istituti godano stabilmente di buona salute. Parlamenti inconcludenti e litigiosi, governi incapaci a dirigere, pubblica amministrazione neghittosa ed irresponsabile: sono solo alcune delle accuse mosse – in ogni tempo ed in ogni dove – a questo o a quel potere, a questo o a quell'organismo. Ma esse sono patologie del sistema, rispetto alle quali sono prospettabili – e molto spesso realizzate – soluzioni. Quello della funzione giudiziaria è invece un malessere, per così dire, fisiologico, che non riesce a trovare – meglio, non può trovare – un rimedio soddisfacente nei meccanismi

istituzionali. Il problema sta nel carattere proprio del *ius dicere*, il quale non può agire in base al principio cardine di ogni democrazia, quello di maggioranza: «al volere della maggioranza, spetta decidere che non si deve rubare: non accertare se, in una particolare vicenda, Tizio abbia o no rubato»¹. «Proprio perché la legittimità del giudizio risiede nelle garanzie dell'imparziale accertamento dei fatti, — osserva L. Ferrajoli — essa non può dipendere dal consenso della maggioranza che certamente non rende vero ciò che è falso, né falso ciò che è vero»². Si può – si deve – giudicare in nome del popolo, ma il popolo non può giudicare. E quando lo ha fatto raramente ha reso giustizia, come dimostra il *processo* popolare di Gesù; in questo caso il popolo ha giudicato direttamente, ma miglior sorte non può certo aspettarsi qualora dovesse giudicare con propri rappresentanti a tal fine da lui scelti ed eletti. Dunque a maggioranza non si stabilisce la

* Pier Luigi Zanchetta (17 maggio 1953 - 24 novembre 2010), articolo pubblicato sul n. 1 del 1999 di questa Rivista, edizioni Franco Angeli, p. 117 ss.

1. Così S. Mannuzzu, *Il fantasma della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 8.

2. L. Ferrajoli, *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/1997, p. 292.

ragione ed il torto. Lasciando il compito ad un organo imparziale si difende così il *popolo eterno*, quello che trova la propria ragion d'essere nei principi della Costituzione, dal *popolo attuale*, quelle della maggioranze occasionali e volubili³. Necessità di un organo terzo non espressione della maggioranza ed esigenza, propria di ogni democrazia, che l'operato di ogni potere sia in qualche modo controllato, che ogni potere sia responsabile: su questa tensione si fonda la sofferenza istituzionale – sempre latente, frequentemente esplicita – dell'operato della magistratura circa la sua legittimazione a svolgere il compito affidatole: come si legittima un organo ad essere terzo imparziale?, come si verifica la sua imparzialità?, come si sanzionano eventuali violazioni?

Il termine “legittimazione” ha, in primo luogo, una valenza tecnica. Con esso si designa l'idoneità giuridica ad essere soggetto attivo di un determinato atto o comportamento. È questa la legittimazione in senso stretto o, per meglio dire, *istituzionale*. Ve n'è una più ampia, che potremmo definire *democratica*: con essa si misura l'approvazione, il consenso sociale dell'operato di quel soggetto. Di norma per un organo, un potere pubblico i due tipi di legittimazione devono coincidere. Una loro differenziazione – si riprende quanto sopra detto - è sintomo di patologia del sistema: il rimedio è la modifica dei meccanismi e delle previsioni normative posti a fondamento della prima, in modo che si soddisfino i requisiti della seconda. La ricerca dell'adeguamento, per via istituzionale, della prima alla seconda non vale per lo *ius dicere*: sempre presente dev'essere la tensione a far coincidere, anche in questo settore, l'una e l'altra, ma storicamente la divaricazione non è stata colmata sul piano dei meccanismi istituzionali. Nessuna delle varie soluzioni o proposte *storiche* (potere *nullo* della Rivoluzione francese, elezione – tramite il parlamento o a suffragio universale – dei magistrati, controllo del governo sull'operato dei magistrati, etc.) è mai riuscita a risolvere il problema per via istituzionale. Si pensi, per fare un esempio tra i tanti possibili, al caso del Belgio, dove la nomina dei magistrati è determinata dai politici: ebbene, in questo Paese si teorizza un *dovere di ingratitudine* dei magistrati nei confronti dei loro elettori. Un principio morale o deontologico, non certo tradotto, né traducibile, sul pia-

no istituzionale. Il risultato si raggiunge infatti *al di là* delle istituzioni. Così la sofferenza istituzionale si trasferisce nel convivere di due tipi di legittimazione.

Ma procediamo con ordine.

2. Legittimazione istituzionale e legislazione

Nella Costituzione italiana i principi fondanti la legittimazione della magistratura, come noto, sono: la soggezione soltanto alla legge (art. 101) e la nomina per concorso (art. 106). Di conseguenza, come principi serventi, si prevedono l'autonomia e l'indipendenza da ogni altro potere, garantiti dal Consiglio superiore della magistratura (art. 104), con connessa garanzia di inamovibilità (art. 107). La nomina per concorso risponde – dovrebbe rispondere – a due requisiti. Il primo è, per così dire, sociologico: la magistratura, soprattutto se si attuano gli artt. 3, 2° c, e 34 della Costituzione, è aperta a cittadini di ogni ceto e classe, rappresentando così di fatto ogni settore della società. Il secondo è di natura tecnico-culturale: entra in magistratura chi *sa di diritto*, conosce le leggi e sa come applicarle. Non è questa la sede per valutare se il concorso, così com'è, garantisce tutto ciò e, soprattutto, quali meccanismi occorrono per verificare periodicamente la permanenza di tali requisiti. Rileva che in genere si pone a fondamento legittimante l'esercizio della giurisdizione la *professionalità*⁴: il sapere di diritto renderebbe democraticamente accettabili le decisioni ed il comportamento dei magistrati⁵. Ma le recenti critiche a settori della magistratura – pensiamo a *Mani pulite* – non si appuntano certo sulla mancanza di professionalità, come era accaduto nella vicenda giudiziaria nota come il *caso Tortora*; nessuno mette in dubbio la professionalità, semmai la critica si rivolge al fatto che tale professionalità sarebbe usata in modo distorto e posta non al servizio della *giustizia*, ma della lotta politica.

Si presenta così all'attenzione il secondo corno del problema, la soggezione alla legge. Ma per comprendere la soggezione, bisogna misurare cosa sia la legge oggi, quali, per meglio dire, le caratteristiche di una legislazione moderna. Unanime è l'osservazione che la natura del contemporaneo Stato costituzionale

3. Sulla distinzione tra popolo eterno e popolo attuale vedasi M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Parigi, 1995, p. 46.

4. Così da ultimo P. Borgna - M. Cassano, *Il giudice ed il principe - magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Donzelli, Roma, 1997.

5. Ad essere precisi, oltre alla capacità tecnica nella formazione dei magistrati dovrebbero entrare un'educazione deontologica e quella della coscienza del ruolo. Vedasi al riguardo M. Dogliani, *La formazione dei magistrati*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, Consiglio superiore della magistratura e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

ha sconvolto lo strumento principe regolatore della sua azione, la legge. L'avvento dello Stato sociale e la partecipazione democratica (due fenomeni non a caso coevi) hanno imposto nuove prospettive, introdotto nuove figure istituzionali e trasformato l'essenza degli strumenti tradizionali, quali la legge, trasformando così ruolo e compiti del giudice.

Si legifera molto e male, e non solo in Italia. È ben nota la polemica sulle 150.000 (o quante sono di preciso) leggi italiane. Ma in tutto il mondo (Francia, Gran Bretagna, Germania, Stati Uniti d'America, per citare i Paesi avanzati e di solito ritenuti indenni da questo fenomeno) l'inflazione legislativa ha assunto livelli preoccupanti: ogni legislatore nazionale è colto dal timore di «dimenticare qualcosa»⁶, contribuendo così, quasi paradossalmente, ad aumentare, anziché diminuire, l'oscurità normativa; sempre più in questo contesto «la legge non è più la massima universale e luminosa rivolta alle generazioni future»⁷. Certo, per rimanere in Italia, a volte difetta una buona tecnica legislativa per assicurare chiarezza nella legge, come evidenzia M. Ainis, che elenca gli strumenti per porre rimedio all'attuale stato delle cose⁸. È altresì prevedibile e possibile una razionalizzazione legislativa anche dal punto di vista quantitativo, eliminando *doppioni*, testi obsoleti, raggruppando norme regolanti la stessa o analoga materia, etc.

Ma non sta qui il punto. Possiamo pure lamentare che lo Stato sia occupato dal diritto, come fa A. Garapon, secondo cui l'eccesso di diritto può snaturare la democrazia⁹. Se è un male, è un male inevitabile. Ormai è irrimediabilmente – e fortunatamente – passato il buon tempo antico in cui la legge si limitava a codificare regole già riconosciute nella società. Una tale legge era funzionale ad una società bisognosa di strumenti giuridici per i soli (e peraltro non complessi) rapporti economici, nonché per la definizione di modesti e limitati diritti civili e politici. Una legislazione che non si riprometta solo di registrare l'e-

sistente, ma programmi un intervento organizzativo capace di modificare lo stato di ingiustizia esistente o *naturale* – così come impone la nostra Costituzione – non può che invadere ed occuparsi (se non proprio regolamentare direttamente) ogni settore della società. Viene in primo luogo alla mente il compito di rendere effettivi i diritti sociali, ma una legislazione aderente alla Costituzione non può non incidere profondamente anche sui, più o meno tradizionali, diritti civili e politici: basti pensare alle potenzialità offerte da un uso meno parsimonioso delle *azioni positive* o all'allargamento del godimento (anche a *geometria variabile*, come direbbe S. Rodotà) di tali diritti a categorie di persone finora escluse, come gli stranieri. Sempre più deve cambiare il carattere della legge: essa non può rincorrere la preoccupazione di «dimenticare qualcosa». Occorre che nel regolamentare la vita della società il Parlamento con lo strumento legislativo fissi, per ogni settore, i *paletti* e fornisca per lo più i criteri di decisione, lasciando ad altri – governo, *autorità indipendenti*¹⁰, giudici – la *concretizzazione* del diritto.

Se ora la legge non «riesce a stare dietro a tutto», il diritto – cioè la normazione generale e/o specifica realizzata con il concorso di tutte le istituzioni ora menzionate – può svolgere questo compito. Insomma – per usare le parole di G. Silvestri – «la positivizzazione della giustizia non può essere compito esclusivo del legislatore, ma deve investire tutti i poteri dello Stato e tutte le strutture pubbliche di governo non statali, per l'impossibilità delle norme generali ed astratte della tradizione giuridica dello Stato liberale ottocentesco di racchiudere le risposte alle molteplici richieste di protezione giuridica provenienti da interessi fortemente differenziati, spesso non chiaramente definibili in anticipo e bisognosi quindi di forme di tutela meglio assicurate da norme concepite per essere suscettibili di successive implementazioni in sede applicativa»¹¹. D'altra parte nessuno contrapporreb-

6. Cfr sul punto A. Garapon e D. Salas, *La repubblica penale*, LiberilLibri, Macerata, 1997.

7. Così C. Matray, *Le chagrin des juges*, Ed. complèxe, Bruxelles, 1997, 34. L'autrice riporta un curioso esempio di cattiva legislazione: l'art. 2 del decreto reale belga del 20 luglio 1995, concernente gli alimenti per animali destinati ad un'alimentazione particolare, enuncia che «i soli alimenti destinati ad un'alimentazione particolare autorizzati al commercio sono quelli che per la loro natura e composizione sono appropriati all'alimentazione particolare cui sono destinati».

8. Vedasi al riguardo M. Ainis, *La chiarezza delle leggi*, in L. Violante (a cura di), *Legge, diritto, giustizia*, Storia d'Italia, Annali vol. XIV, Einaudi, Torino, 1998.

9. Cfr A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997.

10. Per non appesantire l'esposizione, sul parallelismo tra Autorità indipendenti e giudici mi permetto di rinviare al mio *Potere e poteri*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 663 ss., Franco Angeli editore.

11. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 5.

be le caratteristiche attuali della legge (meglio: la necessità di produrre leggi con tali caratteristiche) con una presunta precisione e completezza delle leggi del buon tempo andato. In un accurato lavoro C. Luzzati evidenzia la vastità del fenomeno della vaghezza delle norme, cioè del problema dei confini del loro significato. Egli distingue due tipi di vaghezza. Si ha vaghezza *comune* nei casi ordinari, quando il richiamo alle regole e ai valori etico-sociali (o extragiuridici) non è necessario per l'applicabilità di un concetto all'esperienza; si ha vaghezza *socialmente tipica (o da rinvio)* di un termine, quando questo esprime un concetto valutativo, i cui criteri applicativi sono determinabili solo attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume. E l'autore elenca in quattro pagine fitte fitte le norme di quest'ultimo tipo, contenute anche e soprattutto nel codice penale, di quel codice, cioè, da cui ci si aspetterebbe il massimo della precisione¹².

3. Quale magistratura per quali decisioni

In questo scenario deve muoversi la magistratura. Il *proprium* del giudice si appunta nella sua posizione di terzietà, nel risolvere un *caso particolare* e nell'essere di norma la sua azione *rivolta al passato*. Tutto ciò lo differenzia dal politico, che è di parte, portatore cioè di determinati interessi, e la cui azione, di norma, ha carattere generale ed è rivolta al futuro. Ma questo *proprium* non gli consente di scavarsi una comoda nicchia istituzionale, assumendo come riparo le previsioni normative. In questo contesto il giudice in tutte le società sviluppate – osservano C. Guarnieri e C. Pederzoli – è «costretto talvolta a confrontarsi con problemi del tutto nuovi ed (è) guidato nelle sue responsabilità decisionali da norme programmatiche o da testi alquanto scarni.... Il ricorso al giudice può... costituire, tende in effetti a diventare uno strumento di partecipazione al processo politico»¹³. Così gettati nella mischia, i giudici, nel loro specifico operare, non possono ignorare i fini che si pone una determinata legge o l'ordinamento in generale; e a ciò devono

orientare il loro potere discrezionale. Da tempo falsa risulta essere la contrapposizione tra «interpretazione» e «creazione» del diritto: il giudice, nei suoi precisi limiti processuali e sostanziali, deve riempire le lacune, precisare le *nuances*, chiarire le ambiguità¹⁴. Ma al giudice pare chiedersi molto di più. Si pensi alle sentenze «additive di principio» della Corte costituzionale, quelle sentenze con cui la Corte stabilisce un principio, senza introdurre norme precise nell'ordinamento. Esse sono volte a guidare sia il legislatore nella necessaria attività normativa diretta a rimediare alla situazione di incostituzionalità, sia – è ciò che qui rileva – i giudici «affinché, in attesa dell'intervento legislativo, trovino in sede di integrazione del diritto una soluzione per le controversie loro sottoposte»¹⁵.

Non diventa così più valida – come rileva G. Silvestri nell'opera citata – per gli ordinamenti contemporanei la costruzione kelseniana della produzione dall'alto verso il basso del sistema normativo: al legislatore spetta di concretizzare la Costituzione, al giudice (ed alla pubblica amministrazione) di concretizzare la legge. Pare preferibile nelle società contemporanee il *continuum* proposto da N. Luhmann. Con l'aumento della complessità sociale, è stata avvertita l'esigenza della differenziazione del diritto, realizzata con misure organizzative, quali la tradizionale separazione tra produzione ed applicazione del diritto: «riprendendo recenti concezioni della scienza dell'organizzazione possiamo definire questa differenziazione come *separazione tra decisioni programmatiche e decisioni programmate*»¹⁶. In questo *continuum* si realizza la programmazione del diritto, la compenetrazione tra produzione ed attuazione.

Si è così in presenza del *diritto* vivente, definito già da Tullio Ascarelli l'«interpretazione giurisprudenziale dominante». In una ponderosa e documentata monografia sull'argomento A. Pugiotto ricorda in primo luogo come l'Ascarelli rilevasse, in particolare negli anni '40 e '50, l'insufficienza del sistema delle definizioni giuridiche poste dal legislatore e l'inevitabilità di ricorrere ad elementi della realtà extragiudiziaria: la norma esiste ed ha una sua efficacia solo con l'applicazione concreta, dal momento che «nessuna norma opera ed esiste indipendente-

12. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990. Sulla necessità di ricorrere a criteri extra-giuridici, in definitiva a criteri *lato sensu* politici, conviene sempre rifarsi a S. Senese, *Relazione in Atti del seminario su "La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale (cenni storici e problemi)"*, Giuffrè, Milano, 1978; per un esame di diritto comparato della questione cfr. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995.

13. C. Guarnieri - P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997, citazioni tratte da pp. 15 e 17.

14. Cfr. sul punto M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

15. Cfr. sul punto G. Parodi, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, p. 160; citazione tratta da c. 161.

16. N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, p. 126.

mente dalla sua interpretazione ed applicazione»¹⁷. Il concetto di «diritto vivente» può dirsi presente alla Corte costituzionale fin dai suoi esordi, ma solo a partire dagli anni '80 si è affermato definitivamente nella sua giurisprudenza. Così essa giudica sulla costituzionalità o meno di una norma, non secondo una astratta lettura costituzionale di un dato testo normativo, ma secondo la concreta applicazione di detta norma: «spetta al giudice ordinario l'interpretazione della norma, mentre questa Corte ha la funzione di porre a confronto la norma *nel significato ad esso comunemente attribuito o assegnato dall'interprete*» (sent. 280/1992). Nel dubbio la norma va intesa in senso conforme alla Costituzione, ma laddove c'è diritto vivente tale incertezza non esiste affatto; il giudice può così attivare il giudizio incidentale solo se è impossibile una lettura conforme alla Costituzione oppure se esiste già un diritto vivente di dubbia costituzionalità. Da notare, per quanto attiene alla *diffusione* del potere giudiziario, che l'interpretazione della Cassazione, in particolare delle sezioni unite, è fonte di cognizione privilegiata in ordine all'esistenza di un diritto vivente, ma la principale matrice del diritto vivente è la interpretazione-applicazione invalsa tra i giudici – considerati nel loro complesso ed indipendentemente dal loro grado e funzione –, anche se priva del suggello della Cassazione. Il precetto legislativo è, dunque, di per sé spesso impotente a regolare tutti i casi della vita. E in alcune situazioni non soltanto è un dato di fatto, ma forse è bene che sia così: quando si affrontano temi delicati e valori confliggenti (come nel campo della bioetica), vi è una miglior *resa* della sentenza rispetto alla legge: «la decisione giudiziaria si presenta come uno strumento che, soprattutto in una società pluralista o comunque caratterizzata da un politeismo di valori, evita in definitiva la delegittimazione di una delle posizioni in campo ed i conflitti che da ciò discenderebbero». In tali situazioni occorre «una legislazione *aperta, elastica, leggera*» e dei giudici chiamati ad operare una concretizzazione dei diritti, con la possibilità di non esasperare la conflittualità tra diversi modelli culturali¹⁸.

In definitiva, per quanto attiene alla creatività giurisprudenziale, non si può che rilevare – citando G. Tarello – come «la norma non *ha* un significato perché è un significato, dal momento che è il prodotto di un processo di interpretazione in cui il giudice svolge ovviamente una parte importante»¹⁹.

Si è cercato di individuare il tipo di giudice che opera – o forse meglio, quello più adatto ad operare – in questo scenario. Vi è chi²⁰ ha prospettato tre modelli di giudice: bocca della legge, negoziatore qualificato di sentenze, interprete della situazione da giudicare. Altri²¹ individuano quattro modelli, distinguendo il comportamento del giudice in rapporto al potere politico: il giudice esecutore (con bassa autonomia politica e bassa creatività giurisprudenziale); il delegato (con bassa autonomia politica, ma alta creatività giurisprudenziale: una creatività interstiziale); il guardiano (con alta autonomia politica, ma bassa creatività giurisprudenziale); il politico (con alta autonomia politica ed alta creatività giurisprudenziale). Accanto ai modelli ricordati vi è chi rileva che «il giudice non è più visto come il mero custode delle leggi, ossia come il dichiaratore di un diritto integralmente preesistente, bensì è visto come un *cauto adeguatore del diritto*» (corsivo mio)²². Le classificazioni sono utili per comprendere la realtà; spesso però la definizione non si limita a descrivere la realtà, ma connota un giudizio di valore (come nella qualificazione di giudice politico). Proviamo allora – in estrema sintesi e prescindendo da giudizi di valore – a miscelare le definizioni offerte per individuare quale tipo di giudice *debba* – non solo e non tanto *possa* – essere presente nel panorama costituzionale italiano. Indubbiamente deve essere un giudice ad alta indipendenza politica. La sua creatività giurisprudenziale dev'essere adeguata al carattere della legislazione moderna poco sopra rammentato. E qui occorre distinguere, perché la tavola del diritto non è un dato omogeneo: così in campo penale la sua creatività deve essere la meno alta possibile, immediatamente sensibile a nuovi orientamenti legislativi ed ai cambiamenti di costume nella società (per considerare in particolare la *vaghezza di rinvio* di alcune norme): qui dev'es-

17. Citazione tratta da A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, usi, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 53. Dalla stessa opera sono tratte la citazione e le considerazioni successive.

18. Cfr. sul punto S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995; citazioni tratte da pp. 129 e 139.

19. Tratto da C. Guarnieri – P. Pederzoli, *op. cit.*, p. 124.

20. Così G. M. Chiodi, *Giurisdizione ed equità regolativa*, in E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1966, a cui si rinvia per una più puntuale definizione dei vari modelli.

21. Così C. Guarnieri - P. Pederzoli, *op. cit.*, in particolare pp. 57 ss.

22. Così C. Luzzatti, *op. cit.*, p. 133.

sere non un cauto, ma un pronto adeguatore del diritto. In quello civile è necessario a sua volta distinguere tra i settori di diritto sedimentato e le *nuove* (o ritornate nuove) *frontiere*. Laddove non vi è, non vi può essere, precisione legislativa, essendo il giudice tenuto a decidere, alta non può che essere la creatività giurisprudenziale. Il modello ottimale pare pertanto avvicinarsi a quello del giudice come interprete della situazione da giudicare.

4. Cosa legittima

Se a questo modello deve improntarsi il comportamento del giudice (e, più in generale, del magistrato), è evidente che il suo potere è sideralmente distante da quel potere *nullo* ipotizzato da Montesquieu; non solo: è probabilmente distante dal modello teorico (ma quanto sono sempre state divaricate teoria e pratica sul punto!), su cui ragionavano i nostri costituenti. Torniamo così al problema posto all'inizio: su quale legittimazione si fonda il suo operato?

«La legittimazione dei giudici – afferma G. Berti – è professionale, non politica»²³: se la seconda è costituzionalmente impraticabile, la prima – fondata sui due capisaldi della Costituzione (soggezione solo alla legge, ingresso in magistratura per concorso, cioè per vaglio professionale) – rischia oggi di apparire insufficiente (ammesso che potesse essere sufficiente in passato). Si rivela pertanto necessaria un'integrazione a quella sopra definita legittimazione istituzionale, quella cioè fondata sui meccanismi istituzionali. Certo è anche necessario affinare i meccanismi istituzionali per rispondere all'eterno quesito: chi (e come) custodisce i custodi? Così, a seconda degli orientamenti politici e dei *gusti* istituzionali, si avanzano varie e disparate proposte per salvaguardare a un tempo il bene irrinunciabile dell'indipendenza della magistratura e l'esigenza di un controllo sul suo operato: verifica periodica sulla professionalità, tipizzazione degli illeciti disciplinari, potenziamento e/o modifica del Consiglio superiore della magistratura, separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri, etc.²⁴. Ma su questa via – nella vana ricerca della quadratura del cerchio – i risultati non possono che essere insoddisfacenti.

Vi è in primo luogo la necessità di un richiamo per tutti gli operatori istituzionali ad un *fair play* costituzionale per quanto attiene critiche (reciproche),

rispetto delle rispettive competenze, attenzione ai rispettivi ruoli, etc. Al riguardo è bene rammentare come si parli normalmente di «giusto processo», mal traducendo il britannico *fair trial*. È mal tradotto, perché il *fair* è un termine molto più ricco che «giusto»: esprime un giusto nel senso di equo, corretto..., esprime cioè un andamento del processo che è *giusto*, cioè socialmente accettabile, al di là del formale rispetto delle regole processuali. Lo stesso vale – dovrebbe valere – nei rapporti tra i rappresentanti dei diversi poteri pubblici. Il *fair play* costituzionale dovrebbe essere tenuto in pari conto della consuetudine costituzionale: rispettato come legge non scritta. Ma quanto affermato vale, al più, come declamazione. Il *fair play* è, allo stato, come il coraggio per don Abbondio: se uno non lo ha, non se lo può dare.

Così bisogna puntare l'attenzione su un tipo di legittimazione che superi le previsioni normative dei meccanismi istituzionali. È quella che abbiamo chiamato legittimazione democratica. Al riguardo alcuni si muovono su un piano, per così dire, sociologico, constatando, ad esempio, su quali basi si sono legittimate, cioè socialmente approvate, determinate decisioni di determinati magistrati: riferendosi ai procedimenti tipo *Mani pulite*, A. Pizzorno afferma che «la magistratura italiana ha agito tenendo conto di quanto avveniva nella sfera pubblica; e ha potuto svolgere il suo compito soprattutto grazie all'appoggio che vi ha trovato»²⁵; insomma, coscientemente o meno, ha agito «fiutando l'aria», mettendosi in sintonia con l'opinione pubblica. La *vox populi, vox Dei* contrapposta alla Costituzione, dunque? Ma una considerazione del genere – oltre ad essere inaccettabile nel merito – è inadeguata a stabilire una *regola* – un principio non occasionale e non fondato sull'osservazione di un, seppur importante, fenomeno giudiziario – per stabilirne natura e confini. Una tale regola può essere rinvenuta in una massima di S. Mannuzzu: «quella che conta di più è la “consonanza” – “l'accordo fondamentale” – del giudice con la Repubblica. Qualcosa che è ben di più della lealtà e della fedeltà al giuramento prestato: ... un'adesione ad un insieme di principi non vaghi, incarnati nella storia – una scelta di merito»²⁶. La decisione giudiziaria è un fatto solitario; il magistrato, nell'agire e nel decidere, non si muove in base ad un *input* di una, più o meno qualificata, opinione pubblica, non chiede assensi. È solo, ma non isolato. Vive una consonanza di fondo con la

23. G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, p. 665.

24. Su questo problema e su proposte di riforma istituzionali – alcune peraltro discutibili – cfr C. Guanieri - P. Pederzoli, *op. cit.*

25. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 98.

26. S. Mannuzzu, *op. cit.*, p. 48.

Repubblica, cioè ad un tempo con le altre istituzioni e con i cittadini.

Come si realizza e mantiene una tale consonanza? A quali attori – oltre ai diretti interessati – è affidata la sua vitalità? Un tale impegno è inserito nel più ampio rapporto dialettico – non istituzionalizzato, né istituzionalizzabile – che deve esistere tra organi e poteri pubblici da un lato e cittadini organizzati, le formazioni sociali della società civile dall'altro. Il diritto – osserva J. Habermas – è specializzato nell'arginare conflitti aperti in modo tale che non si disgreghi il fondamento dell'agire orientato all'intendersi e quindi all'integrazione sociale²⁷. In un tale contesto di *agire comunicativo* «l'organizzazione dello Stato di diritto deve servire, in ultima istanza all'autorganizzazione politicamente autonoma di una collettività che, con il sistema dei diritti, si è costituita in associazione di liberi ed eguali consociati giuridici». Gli strumenti della politica e del diritto mettono in correlazione tra loro sfera pubblica e questo aggregato pluralista di cittadini. Sarà una correlazione – direttamente – dialettica tra l'autorganizzazione dei cittadini e la sfera pubblica politica, dovendo sussistere una «interazione delle consultazioni istituzionalizzate con le opinioni pubbliche informali»²⁸: le due parti dialogano, esprimono e ricevono proposte ed osservazioni. Sarà una correlazione – apparentemente – unidirezionale quella con la sfera pubblica giurisdizionale: il magistrato dev'essere, di norma, silente per quanto attiene quel suo determinato operare. È silente, ma – così come non è isolato nella solitudine – non è (non riesce, al di là della sua volontà ad essere) sordo. Cittadini or-

ganizzati non sono la plebe del *Crugifige*, manovrata dai farisei di turno; elaborano idee, avanzano proposte, formulano critiche ragionate e non emotive. Una tale presenza non può che dar vita a quel rapporto di consonanza con la Repubblica: la consonanza non considera il contingente – questa o quella decisione; i *desiderata* occasionali di un popolo attuale, spesso in contrasto con il popolo eterno della Costituzione –, ma impone ed offre ai magistrati quel *senso comune*, sul quale in una società si fonda l'*accettazione* dell'operato della magistratura considerata nel suo complesso.

Fragili ed instabili le basi di questa legittimazione democratica? Indubbiamente, soprattutto se non si dà piena attuazione a quell'insieme di diritti sanciti dalla prima parte della Costituzione, fatto che permette di rendere effettivamente democratici gli istituti della seconda parte (ivi compresi quelli del Titolo IV, dedicato a «la magistratura»). È una legittimazione mai conquistata una volta per tutte, non essendo per sua natura solo affidata ai meccanismi istituzionali: matura e si consolida con il maturare e consolidarsi degli spazi di effettiva libertà dei cittadini. Ma non ci è fornito di meglio. È un'illusione, adatta ad una temporanea e pelosa battaglia politica che, al di là di marginali interventi, la sola previsione normativa-istituzionale – come l'esperienza insegna – possa fornire un equilibrio, costante ed accettabile, tra indipendenza e controllo. La realtà sociale ed istituzionale, considerata nel suo insieme, è troppo complessa: i cittadini – e tra loro ci sono i politici e i magistrati – devono misurarsi (soprattutto) con essa e non con la (sola) ingegneria istituzionale.

27. Cfr J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 777 ss.

28. Per una completa disamina dell'argomento cfr. da ultimo J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerrini e associati, Milano, 1996; citazioni tratte da pp. 209 e 353.

Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali

di *Roberto Giovanni Conti*

Il contributo prova a fare il punto sullo stato della giurisprudenza interna sul tema dei rapporti fra ordinamento interno e Cedu, passando in rassegna alcune pronunzie della Corte di cassazione su temi eticamente sensibili. La prospettiva scelta dall'Autore è volta ad evidenziare gli effetti positivi prodotti dall'innesto dell'impianto convenzionale nell'ordinamento positivo ed è tesa, dichiaratamente, a promuovere un approccio equilibrato ai diritti fondamentali con una lente non offuscata da "precondizionamenti" che impedirebbero di scrutare la ricchezza infinita delle costellazioni dei diritti, indagando con l'ottica giusta sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più marcate interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell'ordinamento interno, il raggiungimento progressivo di standard di tutela della persona e dei suoi valori inimmaginabili nel passato.

1. Costituzione, Carte dei diritti sovranazionali e giudice comune. Tre anelli di un'unica catena

Discutere di protezione multilivello dei diritti fondamentali significa, oggi, affrontare nodi problematici di portata generale quanto al ruolo del giudice nazionale e del legislatore in una particolare contingenza storica che, protraendosi ormai da alcuni lustri, ha progressivamente modificato le coordinate di partenza dei sistemi giudiziari di protezione dei diritti delle persone, per l'un verso immettendo prepotentemente il controllo di legalità del giudice sulle leggi e, per altro verso, innestando nel tessuto normativo interno altre fonti produttive di significativi mutamenti delle coordinate dei diritti stessi.

Come ci è già capitato di sottolineare altre volte¹, sono diversi gli elementi che occorre brevemente – e qui solo in chiave riassuntiva – tornare a menzionare ai fini della presente indagine, volta a verificare la tenuta di un siste-

ma di protezione giudiziaria dei diritti che vede nel giudice il soggetto attuatore della legge e dei principi fissati dalle Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali, aventi natura precettiva: l'interpretazione della Costituzione, il ruolo delle Corti sovranazionali e quello del giudice nazionale. Resta solo da dire che tale analisi non può nemmeno tralasciare l'altro invitato di pietra, il legislatore, esso rappresentando la precondizione affinché gli anelli di cui si è detto possano operare armonicamente ed in modo leale verso la piena realizzazione della coppia assiologica rappresentata da libertà ed eguaglianza che sta alla base della democrazia interna².

Andando con ordine, quanto al tema tradizionale dell'interpretazione della Costituzione e della sua specificità rispetto a quella che può riguardare altri testi normativi, è a tutti chiaro che interpretare un principio costituzionale non equivale esattamente ad interpretare una norma di rango ordinario, proprio perché nel primo caso il diritto per principi «... presuppone un discorso assiologico»³.

1.R. G. Conti, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/01_mono_06-Conti.pdf.

2. Sul tema v., diffusamente, A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Torino, 2015, pp. 579 ss.

3. A. Gentili, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust.civ.*, 2014, 1, p. 65.

Si assiste, così, ad un meccanismo che attribuisce ai principi una molteplice valenza, essi per l'un verso **abbisognando di essere interpretati**⁴, per poi diventare metro di valutazione delle leggi le quali, a loro volta, **devono essere interpretate in modo conforme ai principi senza mai superare il contenuto di quegli stessi principi che rappresentano**, dunque, il limite dell'interpretazione giudiziale⁵. Principi che possono, infine, assumere anche il tratto di **fattore immediato sul quale incentrare le tutele**, in assenza della legge, ancorché l'idea del costituzionalismo "principalista" trovi in Luigi Ferrajoli un autorevolissimo antagonista⁶. Certo, **i principi costituzionali sono generalmente e quasi naturalmente destinati ad operare attraverso l'attuazione che di essi fa il legislatore**. Ma in ragione del loro carattere precettivo non può escludersi a priori – anzi, l'esperienza concreta insegna che ciò accade di frequente – che questa **attuazione**⁷, in caso di inerzia del legislatore, sia operata dal giudice, al quale non può dirsi **competa unicamente il ruolo di applicazione del diritto**⁸, connotandosi l'attività del giudice in tali casi come **propriamente "normativa", pur se con effetti circoscritti al caso, siccome produttiva di regole legislativamente mancanti**⁹. E di questo non ci si può né ci si deve scandalizzare se si considera, per l'un verso, che ciò accade per effetto dell'esercizio di un **diritto costituzionalmente riconosciuto alle persone** – quello di agire in giudizio e di ottenere una tutela processuale alla situazione giuridica prospettata – e, per altro verso, che non può impedirsi l'espansione di un diritto riconosciuto dalla Costituzione per effetto dell'inerzia del legislatore.

Il tema, peraltro, è reso ancor più scivoloso per effetto della **"concorrenza" proveniente da altre Carte che hanno a cuore la tutela dei diritti fondamentali e che, dunque, aggiungono materiale, anch'esso de-**

stinato ad operazioni di interpretazione e di bilanciamenti, capace di condizionare – in melius o in peius, a seconda della prospettiva prescelta – la portata della tutela costituzionale.

Si arriva, così, al tema dell'efficacia delle sentenze delle Corti sovranazionali che alle Carte dei diritti aggiungono, con frequenza ormai incessante dinamicità, attualità, carattere *vivo*.

Ora, le tematiche che si accostano al piano dell'interpretazione delle Carte dei diritti solo in apparenza doppiano quelle relative al contenuto delle Carte e al loro rango, invece assai differenziandosi per il fatto che esse guardano: a) alle tecniche decisorie delle Corti ed alla tendenza, sempre più marcata, alla **universalizzazione dei principi espressi**¹⁰; b) al particolare atteggiarsi di talune decisioni delle Corti europee, destinate talvolta a **precedere la soluzione del giudice nazionale** – Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale – e talaltra, invece, a seguire l'esaurimento dei rimedi interni – Corte europea dei diritti dell'uomo – ovvero a porsi come strumento dotato di mera efficacia consultiva in favore delle Alte giurisdizioni nazionali – in prospettiva *de jure condendo*, parere preventivo introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu, ancora non ratificato; c) ai rapporti che si creano rispetto ad eventuali **giudicati interni contrastanti con le decisioni dei giudici sovranazionali**; d) al reale significato e alla portata delle decisioni delle Corti sovranazionali ed al valore dei **principia** ivi espressi rispetto a casi simili o analoghi.

Si affacciano, infatti, dietro l'angolo, i pericoli: a) del mancato rilevamento – magari in buona fede – di alcune **decisioni rilevanti rese in materia**; b) del travisamento o anche solo della non corretta estrapolazione, da un caso deciso dalle Corti sovranazionali, di un **principio**¹¹.

4. Sul punto, tra gli altri, v. T. Mazzarese, *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in A. Donati, A. Sassi (eds.), *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, pp. 439 ss.

5. V., sul punto, R.G. Conti, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 196 ss.

6. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3, p. 2771.

7. Sul punto v. A. Ruggeri, *Effetti diretti delle norme eurolunitarie e Costituzione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, pp. 237 ss.

8. Invece, sul punto, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012.

9. A. Ruggeri, in molti scritti e, tra questi, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*, cit., p. 484, nota 20.

10. Il pensiero corre agevolmente alla figura delle cd. sentenze pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo.

11. In questa direzione non si manca di sottolineare la peculiarità della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, al cui interno la dimensione casistica di base si affida un sistema di precedenti, sui quali vanno stratificandosi i principi utilizzati e applicati dalla Corte al caso concreto.

In sostanza, ci si continua ad interrogare su quali siano gli effetti giuridici determinati dall'*intrusione*, nel processo decisionale riservato al giudice nazionale, di una pronuncia di una Corte sovranazionale che utilizza parametri normativi generalmente omogenei a quelli interni, ma contenutisticamente non sempre ai medesimi sovrapponibili e che può, a volte, inserirsi all'interno di una controversia senza che le parti ne abbiano chiesto l'intervento, ma per il solo fatto di avere affermato, magari anche in altri contesti rispetto a quello del singolo caso processuale, un principio *universale* proprio perché orientato a proiettarsi *ultra vires*.

Il problema si sposta – o, meglio, ritorna in modo circolare – sul versante dell'interpretazione del giudice – comune e non –, domandandosi se nell'interpretare le decisioni delle Corti dei diritti nazionali o sovranazionali esista un metro ordinante di stampo gerarchico formale – al pari di quello fissato dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale di fine 2007 quanto alle fonti – ovvero se a tale parametro debba sostituirsi altro meccanismo, anch'esso alimentato da una prospettiva assiologica, alla base del quale, pertanto, non si pone un problema di *primato* fra l'interpretazione costituzionale, quella convenzionale o quella eurounitaria, ma semmai una questione di maggiore e più intensa tutela che può derivare dall'interpretazione di una delle Carte, qualunque essa sia.

Questo scivolamento sulla via dell'ermeneutica e dei rapporti tra le interpretazioni orienta così l'indagine, quasi naturalmente, verso il ruolo del giudice nazionale, per l'un verso tutto a contatto con i fatti che, nella loro innata diversità e nella loro *carnalità* – per usare un'espressione cara a Paolo Grossi¹² – vengono portati al suo cospetto – senza che alla base vi sia un suo atto volitivo – e, per l'altro, chiamato a maneggiare – in tesi, con competenza e professionalità – Costituzioni, Carte sovranazionali, pronunzie delle Corti (nazionali e non), fonti, giuridiche e non – *soft law* –.

Ci è così già capitato di rilevare come sia proprio la complessità prodotta da questo spesso amorfo materiale a generare l'idea stessa di un giudice sempre più Re, sempre più Salomone, sempre più arbitro di contese sulle quali l'altro invitato di pietra, il legislatore, non ha *potuto* o non ha *voluto* o non ha *saputo* scolpire, in anticipo rispetto ai fatti, regole con valore precettivo destinate ad operare per i casi futuri.

Il contatto del giudice con principi elastici, clausole generali, vuoti normativi evoca scenari che si prestano, quasi ineluttabilmente, a giudizi di valore

radicali sul ruolo del *giudiziaro*.

A volte si tende ad enfatizzare il carattere sostanzialmente “libero” dell'agire di un giudice sempre più protagonista, sempre più artista, sempre più legislatore, fino al punto di intravedere in questo agire senza regole seri e crescenti pericoli per lo stesso ordine democratico, delineando il passaggio da uno “Stato legislativo” ad uno “Stato giurisdizionale”. Altre, si sottolinea l'ineludibilità della figura giudiziaria nell'attuale contesto storico perché essa stessa capace di – *recte*, tenuta a – offrire alle multiformi varietà che i casi della vita producono la regola concreta rispetto alla invocata tutela dei diritti positivizzati nelle Carte dei diritti in termini generali e che non sempre il legislatore intende, per inerzia o per scelta, assecondare o potrebbe *ex ante* ritagliare in termini tanto esatti rispetto alla dimensione fattuale delle vicende. Un giudice che, in quest'ultima prospettiva, proprio perché “coraggioso”, non si dovrebbe fare intimidire dalle difficoltà che si ergono sulla strada delle tutele, sempre orientandosi a garantire risposte efficaci e precise ai diritti invocati.

Così posti sul tappeto i nodi problematici, occorre qui orientare la riflessione sul ruolo giocato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema di protezione dei diritti interno, anche al fine di verificare se proprio la Cedu e il suo modo di operare abbiano contribuito a snaturare il ruolo del giudice per come sopra si è accennato.

Nelle pagine seguenti si tenterà dapprima di riassumere le coordinate sulle quali si fonda il rapporto fra ordinamento interno e Cedu, ivi cogliendo alcune persistenti contraddizioni e incertezze che ancora affliggono il ruolo del giudice comune, poi accostandosi ad un'analisi casistica sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione tesa a verificare la linearità e correttezza costituzionale o meno del suo agire in materie tanto delicate quanto nodali per un corpo sociale.

2. Bilancio di un'esperienza ancora troppo breve e *in progress*

Riflettere, ancora una volta, sulle due sentenze – nn. 348 e 349 del 2007 – della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo risulta indispensabile e, al contempo, fecondo per chi voglia farsi carico di esaminare i rapporti fra giudice e legge per come essi si vanno delineando ai nostri giorni¹³.

12. Cfr. P. Grossi, Post-fazione a F. Macario - M. Loboano, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, p. 413.

13. Per un'analisi complessiva del fenomeno e della dottrina solo a fini riassuntivi ci sia consentito il rinvio a R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011. Più di recente A. Di Stasi, *I rapporti fra l'ordinamento e il sistema conven-*

Il merito principale delle due sentenze appena ricordate è sicuramente quello di avere acceso i riflettori su un documento – la Cedu appunto – lasciato per troppo tempo in un cono d'ombra dal quale stentava a proiettare tutte le sue straordinarie potenzialità in tema di protezione dei diritti fondamentali.

Non che fossero mancati, prima di allora, i tentativi di valorizzare la Convenzione dei diritti dell'uomo all'interno delle fonti del diritto. Ma si era trattato di risposte sì autorevoli – per ricordare le più significative, Corte cost. n. 388/1999¹⁴, Corte cost. n. 10/1993¹⁵, Cass., sez. un., 23 novembre 1988, Polo Castro, Cass., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, Cass. sez. un. nn. 1348-1341/2004; Cass. sez. un. n. 28507/2005 – ma pur sempre episodiche, poco desiderose di sistematizzare un tema avvertito dalla stragrande maggioranza dei giuristi nazionali come assai insidioso, perché potenzialmente capace di minare le fondamenta dello Stato di diritto e, con esse, delle sue istituzioni apicali.

Come che sia, l'inquadramento stabile della Cedu fra le fonti del diritto va ascritto a merito delle sentenze gemelle del 2007 e può indicarsi come dato ormai acquisito.

Quanto al suo rango, le sentenze gemelle collocano la Cedu, resa esecutiva con legge dello Stato, su un gradino immediatamente sottostante a quello sul quale si erge la Costituzione, pur confezionando una corsia interna tra i due scalini che consente alle due Carte, attraverso il parametro rappresentato dal rinnovato art.117 1° comma Cost.- ovvero dall'art. 10, 1° comma, Cost., qualora la norma convenzionale presentasse un contenuto meramente ricognitivo di una norma del diritto internazionale generale) di fare tra loro sistema. Questa posizione *sui generis* pone quindi la Cedu a diretto contatto con la Carta fondamentale, consentendo alla fonte a quest'ultima sottordinata di irradiare comunque la sua efficacia sulla legge ordinaria su un duplice piano. Il primo, essenzialmente orientato a garantire una continua armonizzazione del diritto interno con la Convenzione, realizzata attraverso l'opera interpretativa del giudice

– soprattutto comune – ed il secondo rivolto, in caso di insanabile contrasto fra norma interna e Cedu non superabile in via interpretativa, ad espungere dall'ordinamento il diritto positivo nazionale non conforme alla norma Cedu – purché quest'ultima non risulti in conflitto «con altre norme conferenti della nostra Costituzione»¹⁶ – per mezzo del meccanismo – accentrato – dell'incidente di costituzionalità.

Tante volte, per lo più in occasioni informali, si è provato a delineare i possibili scenari della camera di consiglio che precedette le sentenze gemelle.

Fra questi, uno dei più accattivanti – ed ancora utile da prospettare – è quello che ha ricostruito la trama delle sentenze gemelle attorno ad un'idea di base, apertamente orientata a nettamente diversificare il ruolo della Cedu da quello dell'ordinamento Ue. Escludere che la Cedu godesse di una cornice ordinamentale idonea a giustificarne l'operatività sulla stessa base del meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario ad opera del giudice comune consentiva, infatti, non solo di salvaguardare la centralità della Corte costituzionale – anche rispetto al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo – ma anche la tenuta stessa della Costituzione nel suo insieme, potendo la norma convenzionale operare solo se conforme a Costituzione. Ciò consentiva di anestetizzare i dubbi, più o meno mascherati, ma presenti anche per la diversa estrazione dei giudici che compongono l'ordinamento giudiziario interno, sul fatto che il giudice comune fosse davvero attrezzato per svolgere un controllo di legalità della norma interna rispetto alla Cedu estremamente delicato proprio in ragione della frequente coincidenza fra i contenuti dei diritti convenzionali e quelli di matrice costituzionale.

Ad ogni modo, ci si è ben presto accorti che il piano teorico ricostruttivo ricamato nelle sentenze gemelle del 2007 non poteva che misurarsi con l'impatto concreto che esso avrebbe avuto sull'operato dei giudici nazionali, ai quali si attribuiva un "obbligo" di interpretazione convenzionalmente orientata

zionale, in *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, pp. 73 ss., V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 55 ss.

14. Corte cost. 22 ottobre 1999 n.388, in *Giur.cost.*, 1999, 2997 con note di C. Pinelli, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e di L. Montanari, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*. In tale ultima occasione, pur dichiarandosi che «spetta al legislatore dare a essa [Cedu, ndr] attuazione», si affermava appunto che le norme della Convenzione hanno un ruolo significativo nel processo decisionale della Corte costituzionale tanto da richiedere un certo coordinamento, fino al punto di ritenere che i diritti umani contemplati dalla Costituzione e dalla Cedu, «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione».

15. Corte cost., 10 gennaio 1993, n. 10, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1374. In dottrina, cfr., inoltre, V. Zagrebelsky, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, pp. 353 ss.

16. Ipotesi, quest'ultima, che avrebbe potuto condurre a disporre l'annullamento *in parte qua* della legge di esecuzione della Cedu.

alimentato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al cui rispetto il giudice interno era "vincolato".

Ora, rinviando agli approfondimenti dottrinari sul tema della vincolatività delle sentenze della Corte Edu¹⁷, è proprio da questo punto che si è andata delineando, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, una "fase due", che ha consentito, da un lato, una migliore delimitazione del campo d'applicazione della Cedu¹⁸ e, per altro verso una riduzione dell'ampiezza della porta aperta sulla Cedu – e sul suo diritto vivente- con le sentenze gemelle del 2007.

Partendo dal primo aspetto, le sentenze nn. 311 e 317 del 2009, pur ribadendo il cuore delle decisioni del 2007¹⁹, hanno particolarmente valorizzato il ruolo della Cedu nella protezione dei diritti fondamentali sottolineando, peraltro, il senso di tale protezione, certamente inidonea ad elidere segmenti di tutela aggiuntivi eventualmente previsti nell'ordinamento interno – a livello costituzionale – ma semmai proiettata, quasi fisiologicamente, ad aumentare il raggio d'azione di siffatti diritti.

La Corte costituzionale, in definitiva, prende coscienza del fatto che in un sistema multilivello i gradi di tutela dei diritti possono essere diversi, ma punta i piedi sul fatto che la compresenza di fonti (e giudici) nazionali e sovranazionali va orientata verso la protezione maggiore di quegli stessi principi.

Ciò fa richiamando, tanto nella sentenza n. 311 - p.6: «...La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tute-

la della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma Cedu, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53» – che nella sentenza n. 317 - p.7: «...Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni Cedu non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali» – l'art. 53 della Cedu. È per questo che «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»²⁰.

Al canone della massimizzazione delle tutele si affianca, peraltro, l'attenzione della Corte costituzionale al concetto di "margine di apprezzamento", individuato come "limite" all'operatività della norma Cedu. Ne consegue che le due decisioni del novembre 2009 della Corte costituzionale, pur orientandosi, secondo il meccanismo del livello più elevato di tutela, verso la ricerca di soluzioni favorevoli al riconoscimento di un'estensione anche (più) accentuata della tutela dei diritti fondamentali rispetto alle decisioni del 2007 ed a prescindere dalla fonte ove gli stessi trovano riconoscimento, intendono in modo non meno netto ribadire una "riserva" in favore delle istituzioni statali – fra le quali accanto al legislatore si individuano, appunto, il giudice costituzionale ma anche il giudice comune – che si pone, in definitiva, come limitato argine alla piena prevalenza delle norme Cedu nel sistema nazionale.

17.E. Lamarque, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. Cappuccio e E. Lamarque, Napoli, 2013, pp. 260 ss. e pp. 290 ss.

18. Si pensi a Corte cost. n. 234/2009, allorché si è affermato che in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della Cedu, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. Infatti «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire la Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma Cost. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, la Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge. V. volendo, anche Conti, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr.giur.*, 2011, 9, pp. 1242 ss.

19. Le sentenze nn. 311, 317 del 2009 e 93 del 2010 hanno ribadito l'impossibilità di estendere il meccanismo della disapplicazione proprio del diritto dell'Unione all'ipotesi di norma interna contrastante con la Cedu. Ed anche Corte cost. n. 306/2008 non si era lasciata sfuggire l'occasione per affermare che la diretta applicazione delle disposizioni Cedu in quanto tali è da escludere.

20. A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in www.federalismi.it, p. 19: «... Occorre, infatti, ricercare, nelle singole esperienze giuridicamente rilevanti (specie in quelle processuali), il raggiungimento del punto di sintesi ottimale tra i valori in campo, laddove cioè i beni della vita possano essere appagati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto. Il che vale come dire che le norme aventi origine esterna che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali possono farsi valere in ambito interno unicamente alla condizione che si dimostrino in grado d'innalzare il livello della tutela rispetto a quello conseguibile nello stesso ambito a mezzo delle norme in esso prodotte (così, espressamente, l'art. 53 sia della Cedu che della Carta di Nizza-Strasburgo)...».

Per quel che invece riguarda il secondo aspetto, una riduzione dell'angolo di apertura si è dapprima realizzata, in forma *soft*, attraverso la precisazione, espressa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 311/2009, che il vincolo alla giurisprudenza della Corte Edu andava calibrato in modo da salvaguardare il rispetto della "sostanza" della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Conclusioni, in effetti, queste persuasive²¹, poi seguite dall'idea che la Cedu non poteva trovare applicazione quando essa si poneva in contrasto con un superiore interesse di matrice costituzionale – Corte cost. n. 264/2012 –²².

Ma è stato l'ulteriore passaggio rappresentato dalla sentenza n. 49/2015 a scompaginare un assetto sul quale il giudice comune era sembrato essersi "ben" acquietato²³.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2015, ha infatti ulteriormente ristretto l'angolo di apertura alla Cedu al quale si faceva sopra cenno, ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, l'una sopra all'altra, la Costituzione e la Cedu.

Il *restyling* delle fondamenta dell'edificio "diritto interno-Cedu" viene realizzato con robuste iniezioni di Costituzione, rispetto alle quali la giurisprudenza della Corte Edu "non consolidata" non è in grado di incidere in alcun modo, essendo anzi essa stessa obbligata a ritrarsi e, in definitiva, ad essere "disapplicata" dal giudice quando essa contrasta con la Costituzione.

Pertanto, laddove si verifichi un'ipotesi in cui la norma ordinaria interna non consente la tutela più intensa garantita però, in modo aspecifico, in qualche precedente della giurisprudenza della Corte Edu, la sentenza n. 49/2015 è tassativa: «... Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto».

La Corte costituzionale chiarisce quindi che la gerarchia fra Cedu e Costituzione ed il "carattere sub-costituzionale" della prima si irradiano anche all'ambito delle operazioni interpretative che il giudice – comune e non – deve compiere allorché si ponga un problema di "conflitto" fra Cedu e Costituzione – ed i rispettivi diritti viventi –.

Quando il giudice comune si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «... questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale».

Solo il diritto consolidato della Cedu potrà quindi aprire le porte al sindacato di costituzionalità. Anzi, se il diritto convenzionale non è consolidato, il giudice comune è chiamato ad un'opera di re-interpretazione del precedente isolato in chiave costituzionale.

La gerarchia tra le interpretazioni – costituzionale, convenzionale ed eurolunitaria – è tale da determinare l'abbandono dell'interpretazione della giurisprudenza interna conforme a Cedu (non consolidata) – ma costituzionalmente illegittima – favorendo, per converso, l'affermazione dell'interpretazione della norma interna sulla base della Costituzione. In tutte le vicende caratterizzate da basi non solide della giurisprudenza della Corte Edu, quindi, la Corte costituzionale non può essere investita di alcun sindacato in via incidentale, dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune.

Secondo la sentenza n. 49/2015 i giudici comuni non sono, dunque, tenuti ad interpretare la legge interna in modo convenzionalmente orientato se la giurisprudenza della Corte europea non si è consolidata in una certa direzione. In queste circostanze, l'eventuale dubbio di compatibilità della norma convenzionale, arricchita da una giurisprudenza non consolidata, con la Costituzione, renderebbe immediatamente inoperante la prima.

21. R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pp. 202 ss.

22. Sulla complessità di tale formula allorché essa viene utilizzata per depotenziare un diritto fondamentale v., di recente, R. Rordorf, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee*, pag.18 ss. del *paper*, di imminente pubblicazione su *Foro it.*

23. I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; id., *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona. Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* (a cura di E. Lamarque e L. Cappuccio), Napoli, 2013, p. 225 e L. Montanari, *Il sistema integrato delle fonti: analisi e prospettive in relazione all'ordinamento italiano dopo l'intervento della Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007*, Relazione all'incontro di studi su *Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Roma 23-25 settembre 2009; E. Lamarque - F. Viganò *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in www.penalecontemporaneo.it.

3. La possibile lettura *patriottica* di Corte cost. n. 49/2015

La sentenza n. 49/2015 è stata assai criticata in dottrina²⁴, ma ben accolta nella giurisprudenza della Corte di Cassazione – v., rispettivamente, Cass. sez. un. civili, 6 maggio 2016 n. 9142; Cass. sez. un. penali, n. 27620 del 2016, ud. 28.4.2016, dep. 6.7.2016 – e, in definitiva, da molti vista con dichiarato favore.

Occorre, peraltro, mettere subito in chiaro che la presa di posizione delle Sezioni unite è stata di condisione dell'impianto della sentenza appena ricordata senza necessità alcuna di applicarne le coordinate, non avendo la Cassazione affrontato in tali pronunzie vicende in cui era in discussione una giurisprudenza "non consolidata" della Corte Edu.

Detto questo, il *favor* con il quale è stata salutata la sentenza n. 49/2015 sembra nascere dal fatto che, per il suo tramite, sarebbe finalmente possibile porre un argine rispetto alla prepotente ingerenza subita dal diritto che sta fuori dai confini nazionali. La formula qui usata, pur volutamente enfaticizzata, non sembra tanto lontana dal vero, se si guarda ad un serpeggiante sentimento nazionalista che, pur con diverse sfaccettature ed accenti, va progressivamente emergendo proprio all'interno di quei Paesi che, pur avendo dato vita all'attuale Unione europea, sentono emergere inquietanti spinte centripete.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale avrebbe servito su un piatto d'argento argomenti finalmente capaci di depotenziare il ruolo, spesso fastidioso e urticante, della giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto quando essa travolge soluzioni ed indirizzi pienamente rispondenti ad un sentimento diffuso nella collettività, mettendo addirittura a repentaglio, magari sulla base di pronunzie adottate in altri contesti statuali, la sovranità nazionale²⁵ e gli interessi generali determinati sulla base di scelte legittimamente esercitate dal legislatore interno.

Viene infatti per la prima volta richiamato l'art.101, secondo comma, Cost. e la soggezione soltanto alla legge del giudice²⁶.

È errato, secondo Corte cost. n. 49/2015, ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali – e in primo luogo i giudici comuni – passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato.

La Corte costituzionale sembra volere così delineare la figura del buon giudice *nazionalcomune*.

Un giudice che non deve essere *automa*, obbligato ad applicare la Cedu. Un giudice che non deve essere afflitto, coatto, intellettualmente "servo" della Cedu e dei *dicta* della Corte Edu. E in definitiva, un giudice che non deve essere sciocco, né prodigo verso le derive e le sirene provenienti da oltre confine, né poco avvertito rispetto ai sacri (questi sì) principi costituzio-

24. A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e prosocioglimento per prescrizione, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; ib., M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente nonché*, pure ivi, in V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, 13 aprile 2015*; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; R. Randazzo, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le "sentenze gemelle" (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, p. 617; N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine intern. dir. umani*, 15 luglio 2015, n.3, p. 555; D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-note-e-commenti/note-e-commenti-n-2-2015/820-osf-2-2015-russo.

25. Del resto, in dottrina, M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 203 e 204, aveva sostenuto che il vincolo all'interpretazione del giudice internazionale propugnato dalle sentenze gemelle del 2007 integra un caso di limitazione della sovranità statale. Analogamente, L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 301 ss.

26. A. D'Atena, *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, intervento svolto al seminario tenuto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta sul tema *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, in www.cortecostituzionale.it; M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 203; A. Bonomi, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in www.giurcost.it; M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it; Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo di monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, pp. 121 ss.

nali di matrice interna, né poco attento alla tradizione giuridica e culturale domestica, né infine, antipatriottico al punto di porre, con estrema leggerezza, sullo stesso piano della Costituzione un semplice *trattato* internazionale, ratificato con una legge ordinaria e ontologicamente sub-costituzionale.

Ecco, dunque, spiegato, secondo la sentenza n. 49/2015, perché il buon giudice non potrà ritenersi obbligato a compiere veruna interpretazione convenzionalmente conforme in assenza di una giurisprudenza convenzionale consolidata. Solo orientandosi lungo il tracciato descritto da Corte cost.n.49/2015 il giudice potrà dirsi realmente all'altezza dei suoi compiti. Ove, per converso, il giudice comune dovesse *forzare* tale cornice, attivando un sindacato di convenzionalità all'interno di un processo ermeneutico che lo conduca, magari per la prima volta, ad applicare la Cedu, egli diventerebbe complice di un grave attentato alla Costituzione, ponendosi fuori dal perimetro costituzionale e dimostrandosi, in definitiva, infedele alla Carta dei diritti fondamentali.

3.1 Una lettura *incostituzionale* della sentenza n. 49/2015

Alle critiche già espresse in altra precedente occasione all'impianto della sentenza n. 49/2015²⁷ è necessario qui aggiungere qualche considerazione specifica proprio al fine di fugare i dubbi, talvolta non peregrini, che attanagliano lo studioso allorché questi viene chiamato a verificare l'approccio scelto dal giudice comune quando si accosta alla Cedu.

Deve, per l'un verso, sommessamente dubitarsi dell'idea che l'assenza di una giurisprudenza consolidata della Corte Edu renda il giudice una sorta di burattino nelle mani della Corte di Strasburgo.

A ben considerare, infatti, i vincoli fissati dalla Corte costituzionale all'operato del giudice comune non sembrano coerenti con le stesse premesse che la

stessa sentenza n. 49/2015 pone a base del suo ragionamento. È proprio la garanzia di cui all'art. 101 Cost. ad impedire alla Corte costituzionale di predeterminare il percorso argomentativo del giudice comune, egli appunto rimanendo soggetto soltanto alla legge.

Il giudice, in effetti, come ci è capitato di ricordare in altra occasione²⁸, è e rimane soggetto alla legge «... secondo la lapidaria, particolarmente espressiva, formula della nostra Carta costituzionale [art.101, n.d.r.], nondimeno bisognosa di essere riletta in considerazione del presente contesto nel quale la legge non è ormai più la fonte delle fonti né ... tale è, invero, la stessa Costituzione, con la quale fanno "sistema" le Carte dei diritti e le altre fonti di origine esterna che, in modo sempre più consistente ed incisivo, si immettono in ambito interno ed ivi spiegano i loro effetti al servizio dei più pressanti bisogni dell'uomo»²⁹.

Per altro verso, il modello di giudice confezionato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 sembra mettere da parte gli aspetti relativi alla più intensa tutela, sui quali le *seconde* sentenze gemelle (nn. 311 e 317 del 2009) non avevano mancato di insistere, in ciò seguite espressamente da Corte cost. n. 191/2014 e – indirettamente – da Corte cost. n. 223/2014³⁰.

La massimizzazione delle tutele³¹ – ancorché spesso soltanto teorica rispetto a *deficit* di protezione che pure si avvertono scorrendo alcuni *dicta* delle Corti, internazionali e non – costituisce un dato caratterizzante delle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali – art. 53 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, art. 53 Cedu –. Assecondare la svolta di Corte cost. n. 49/2015 potrebbe dunque mettere in crisi tale prospettiva quando il tasso di maggiore protezione di un diritto venga offerto dalla giurisprudenza convenzionale non consolidata.

La ricostruzione che anestetizza il ruolo della giurisprudenza non consolidata della Corte Edu, oltre a non trovare alcuna conferma nella Cedu³², tralascia di

27. R.G. Conti, *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.giurcost.org, 1/2015, 10 aprile 2015, pp. 181 ss.

28. R.G. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2^a ed., 2015, p. 100.

29. A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013 nonché l'interessante contributo di D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008, spec. pp. 71 ss.

30. A. Ruggeri, *Una opportuna precisazione, a parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti ...) tra norme di diritto interno e norme della Cedu*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVIII, Studi dell'anno 2014*, Torino, 2015, pp. 369 ss.

31. Sul tema v. M. D'Amico, *Il rilievo della Cedu nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2015, pp. 55 ss.; id, e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. Pin (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, pp. 17 ss.;

32. V. Zagrebelsky-R. Chenal-L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 51.

considerare che è proprio la suddetta Convenzione ad essere un trattato internazionale reso esecutivo con legge dello Stato, come tale pienamente “vincolante” a prescindere dal carattere consolidato o meno della giurisprudenza della Corte Edu. Il che val quanto dire che l’interpretazione circa la portata della legge che ha reso esecutiva la Cedu e, quindi, della Cedu stessa non può che “spettare”, come diceva Corte cost. n. 349/2007, al giudice comune, vi sia o meno una giurisprudenza consolidata della Corte Edu.

Il che non significa, affatto, negare che l’esistenza di *revirement* nella giurisprudenza convenzionale, come anche di opinioni dissenzienti espresse da singoli Giudici della Corte Edu possono dare luogo, sul piano interpretativo, alla non applicazione della Cedu e del suo diritto vivente, operando tuttavia tali evenienze sulle operazioni di bilanciamento che il giudice comune sarà, volta per volta, chiamato ad operare, tenendo insieme sul suo scrittoio la Costituzione, la Cedu e le Carte che tutelano i diritti fondamentali ed avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani.

Orbene, le considerazioni appena espresse non intendono dunque in alcun modo negare il fatto che nell’attività di interpretazione ed applicazione del diritto di matrice convenzionale gli elementi esposti dalla n. 49/2015 – unicità del precedente, opinioni dissenzienti, ecc. – non debbano essere adeguatamente considerati e ponderati in sede di verifica giudiziale. Esse intendono semmai chiarire, ancora una volta, la centralità del giudice comune nel processo di attuazione dei diritti fondamentali. E ciò sotto il duplice profilo.

Per un verso, infatti, proprio le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale in ordine alle peculiari caratterizzazioni della giurisprudenza convenzionale dimostrano come sia unicamente il caso di specie, l’esame specifico della vicenda e della giurisprudenza a potere orientare l’attività interpretativa del giudice, questi dovendo tenere in considerazione

in maniera congiunta e non frazionata i diritti fondamentali e le fonti dalle quali promanano. Ciò che, del resto, aveva sagacemente suggerito Corte cost. n. 191/2014, sottolineando il compito del giudice comune rivolto alla «massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento».

Se dunque il piano dei rapporti fra le interpretazioni va riportato all’interno del sindacato ermeneutico riservato al giudice comune, le preoccupazioni della Corte costituzionale sono allora destinate ad attenuarsi, operando la Corte europea al pari di ogni altra giurisprudenza delle Corti superiori – anche interna – e perciò stesso destinata, eventualmente, ad essere ponderata da altri giudici interni che operano nel nome e nell’interesse della Convenzione stessa o modificata nelle sue coordinate anche per effetto di diverse e più progredite decisioni dello stesso giudice.

Del resto, ciò si riconosce nei rapporti fra giudice di merito e giudice di legittimità³³ – e non è dato comprendere perché non debba ammettersi, sia pur con i necessari temperamenti – sul piano dei rapporti fra ordinamento interno e Cedu.

Né sul piano interno si è mai pensato che una norma positiva debba trovare applicazione solo quando la Corte di cassazione abbia sulla stessa statuito o sulla stessa abbia formato una giurisprudenza consolidata.

Anche a voler riconoscere che la Corte di cassazione ha il compito di garantire l’uniforme interpretazione del diritto³⁴, in modo molto più incisivo di quanto non faccia l’art. 32 Cedu rispetto alla *competenza* della Corte di Strasburgo sull’interpretazione della Convenzione³⁵, ciò non può certo annacquare il valore e la portata della giurisprudenza della Corte Edu. Ed allora, se non può certo ritenersi che l’assenza di precedenti del giudice di legittimità determini l’inefficacia o la non vincolatività della legge, dovendo comunque

33. Cass.(ord.) 174/2015, con commento critico di A.G. Lanzafame, *Retroattività degli overruling e tutela dell’affidamento. L’istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in www.judicium.it. V. anche, sulla stessa decisione, G. Molinaro, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell’affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015,6, 501; A. Marcheselli, *Affidamento e certezza del diritto: limiti ai mutamenti giurisprudenziali*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, p. 319. Sul tema del mutamento giurisprudenziale v. R. Rordorf, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Il libro dell’anno del diritto*, 2012, Roma.

34. In altra sede abbiamo peraltro cercato di affrontare l’evoluzione del ruolo nomofilattico delle Corti supreme proprio in ragione dell’avvento delle Carte dei diritti fondamentali – v., volendo, R. G. Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di E. Lamarque, Torino, 2015.

35. In questo senso il «ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo» al quale accenna Corte cost. n. 49/15 va rettificato inteso. La Corte di Strasburgo, come dalla stessa ripetuto quasi fino all’ossesso, non è quello di un quarto grado di giudizio, essa semmai dovendo unicamente verificare che la Cedu abbia trovato espansione a livello interno. Non si pone, così, all’interno del circuito delle giurisdizioni nazionali come organo di impugnazione e dunque si distingue nettamente dal ruolo ricoperto dal giudice di legittimità.

il giudice di merito farne applicazione, anche in assenza di precedenti ovvero in presenza anche soltanto da “una sola” sentenza della Cassazione nemmeno può ritenersi che il singolo precedente della Corte Edu sia privo di efficacia, sia esso o meno riferibile al nostro Paese.

È vero, semmai, che a volere essere coerenti, le preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale a proposito dei possibili ondeggiamenti della giurisprudenza della Corte Edu costituiscono una delle ragioni che, affiancate ad altre già in passato messe a punto dalla dottrina³⁶, avrebbero dovuto suggerire alla Corte costituzionale la strada del sindacato diffuso di convenzionalità e, con esso, quello della disapplicazione da parte del giudice comune in relazione alla singola fattispecie.

Quanto fin qui detto, d'altra parte, non intende certo disconoscere che la Cedu non può essere interpretata in via autonoma dal giudice nazionale, dovendo egli comunque inserire il processo ermeneutico compiuto nell'ambito del diritto vivente della giurisprudenza della Corte Edu³⁷, piuttosto intendendo escludere che l'unicità del precedente, epperò pertinente e persuasivo, impedisca di fare applicazione della Cedu.

In questa prospettiva, il ruolo dell'interpretazione “convenzionalmente orientata” rimane comunque centrale e si delinea secondo tratti che non sembrano essere condizionati dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 49/2015 in tema di giurisprudenza consolidata, proprio perché il giudice comune è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Per questo, il ruolo dell'interpretazione si dimostra, in ogni caso, assai rilevante, costituendo una sorta di “testa di ponte” capace di realizzare in modo modulato e armonico, nel singolo caso, quella sinergia fra sistemi che rappresenta la vera nuova frontiera dei diritti fondamentali.

L'affermazione, di recente espressa dalle Sezioni unite penali – sent. n. 27620/16 – per cui «I principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte Edu, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (“convenzionalmente orientata”) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne» costituisce un approdo felice che dovrebbe contribuire a realizzare il processo di unificazione delle interpretazioni alle quali il giudice nazionale è tenuto, pur riconoscendosi che sarebbe paradossale ritenere, in tema di diritti fondamentali, una gerarchia delle interpretazioni³⁸.

4. La verifica del ruolo del giudice su alcuni temi eticamente sensibili. La sentenza Englaro (Cass. n. 21748/2007)

Ed allora, la domanda è la seguente: ha la giurisdizione debordato dai propri limiti in questi anni caratterizzati da un diffuso stato emergenziale correlato

36. V., sulla possibilità di applicare direttamente la norma convenzionale da parte del giudice comune in relazione a specifiche ipotesi – legge di adattamento successiva alla legge ordinaria ad essa contraria; vuoto di tutela da parte della legge nazionale, sostanziale coincidenza di norma Cedu con norme Ue *self-executing* – vari scritti di A. Ruggeri e, fra questi, specificamente Applicazioni e disapplicazioni dirette della Cedu (lineamenti di un “modello” internamente composito), in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2011, par. 2.2: «... Si fa dunque riferimento all'ipotesi che si dia un vuoto legislativo e che esso sia appunto colmato dalla Cedu. A rigore, anzi, il vuoto non c'è, proprio perché c'è la ... Cedu, cioè la legge con cui essa è stata recepita in ambito interno. È singolare che molti storcano il muso davanti alla eventualità della applicazione diretta della fonte convenzionale, trascurando tuttavia, per un verso, che essa – come si segnalava – è senza indugio alcuno ammessa con riguardo alla Costituzione e, per un altro e decisivo verso, che la Cedu – non ci si stancherà di ripetere – è pur sempre una “legge” e che i giudici alle leggi stesse sono (esclusivamente) soggetti»; id., L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema, in www.rivistaaic.it, p. 13 in nota 42; id., Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013, spec. al § 2: «... Il quarto ed ultimo caso si ha laddove non si dia l'esistenza di una norma interna e il giudice possa pertanto colmare il vuoto facendo immediato riferimento alla norma convenzionale. Non si capisce infatti la ragione per cui, mentre diffusamente si ammette, quanto meno con riferimento a taluni casi, la possibile (ed anzi doverosa) applicazione diretta della Costituzione, non possa dirsi lo stesso delle Carte internazionali dei diritti (e, segnatamente, della Cedu), tanto più che esse sono rese esecutive con legge (dunque, come si vede, una vera e propria lacuna legislativa in una siffatta circostanza non si ha)». Sulle prospettive di disapplicazione della norma interna contrastante con la Cedu ad opera del giudice comune v., volendo, R.G. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 134.

37. V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 61.

38. A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, Relazione tenuta all'incontro sul tema *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, svoltosi in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino ad Agrigento nei giorni 17–18 settembre 2010, in www.csm.it: «l'interpretazione conforme essendo incoraggiata a formarsi dalla struttura (in maggiore o minore misura) aperta e – diciamo pure – ambigua degli enunciati normativi cui si applica; allo stesso tempo, però, la tecnica in parola prestandosi non di rado ad usi particolarmente incisivi, alle volte di sostanziale rifacimento della tela normativa, talora posto in

all'assenza di legislazione adeguata a "coprire" i fatti e le questioni più spinose?

Non resta che operare una verifica sul campo, al fine di valutare se la giurisprudenza della Corte di cassazione abbia fatto buon uso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ovvero se abbia dato luogo a storture capaci di giustificare le preoccupazioni, se non gli attacchi, rivolti ad un attivismo giudiziario avvertito come sregolato.

L'analisi di alcuni casi su temi eticamente sensibili, oggi resa agevole dalla riflessione a tutto tondo di chi quell'esperienza ha in buona parte contribuito a realizzare nella giurisprudenza di legittimità³⁹, appare assai feconda proprio perché essa ha alimentato ed alimenta reazioni critiche – provenienti dal mondo politico e da ampi settori della dottrina – particolarmente aspre al punto da descrivere i tratti di questi indirizzi in termini di giurisprudenza usurpatrice delle prerogative parlamentari, poco accorta sul piano dell'ortodossia giuridica e, in ultima analisi, ammantata da soggettivismi che minerebbero, alla base, le fondamenta della democrazia e della ripartizione dei poteri oltre al principio di eguaglianza.

Il *leading case* è sicuramente quello che ruota attorno alla vicenda Englaro⁴⁰.

Ed infatti, la sentenza n. 21748/2007 resa dalla Cassazione è stata da una parte della dottrina – ed in verità non solo dalla dottrina – additata, probabilmente per le implicazioni umane vissute con sofferenza – ed in modo diametralmente opposto – da un'intera Nazione, come esempio di travalicamento, attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, dei compiti del giudice interno e dell'obbligo sullo stesso ricadente di applicare e non "creare" la legge. Essa consente, dunque, di focalizzare le critiche, aspre, che vengono mosse ad un uso che si assume "disinvolto" del canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il giudice comune, secondo tale prospettiva⁴¹, verrebbe a realizzare, attraverso il caso concreto, una vera e propria manipolazione, con l'*arma* dell'interpretazione, dei *valori* e dell'ordine di priorità in cui sono disposti saccheggiando orientamenti giurisprudenziali "altri" che poco o nulla avrebbero rilievo nell'ordinamento interno e giungendo a risultati frutto di preferenze soggettive e di intuizioni emozionali

essere *motu proprio* dai giudici comuni, talaltra invece sollecitato dalla giurisprudenza costituzionale per un verso, dalla giurisprudenza delle Corti europee per un altro. V'è un rapporto assai stretto tra le carenze, non di rado particolarmente vistose, del dato positivo e la tecnica dell'interpretazione conforme, che tra le tecniche interpretative, forse, proprio quella che meglio si presta allo scopo di piegare il dato stesso alle esigenze continuamente cangianti dei casi. Certo, l'interpretazione in parola non è sempre integrazione o, addirittura, superamento, riconformazione del dato stesso; alle volte è davvero e solo esplicitazione di un potenziale semantico genuinamente espresso dall'enunciato, non già fattore di alterazione dello stesso. Nondimeno, è fuor di dubbio che proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali la tecnica stessa ha reso (e seguita senza sosta a rendere) i suoi migliori servizi, anche (e, anzi, soprattutto) in difetto di adeguati interventi del legislatore. Si ha modo così di apprezzare il ruolo che l'interpretazione in parola esercita nelle vicende della pratica giuridica, ponendosi quale strumento prezioso a disposizione dell'operatore col quale assicurare l'effettività della tutela dei diritti, al pari peraltro di altre tecniche, quale quella dell'applicazione diretta della Costituzione e di altri documenti normativi relativi ai diritti ... è il caso, con la varietà e complessità dei materiali di cui si compone, che sollecita la messa in atto delle tecniche suddette (dell'una ovvero dell'altra, a seconda delle contingenze) e, ancora prima, che l'orientamento (o il preorientamento) del processo interpretativo; è pur vero, poi, che la stessa interpretazione a sua volta orienta la ricostruzione del caso, nella molteplicità degli elementi che lo costituiscono. Fatto e norma, insomma, si rincorrono senza sosta in seno ad uno stesso circuito, alimentandosi reciprocamente, malgrado non sempre se ne abbia piena consapevolezza da parte degli operatori. Il processo interpretativo, a sua volta, si presenta al proprio interno articolato e composito. Volendo, può anche discorrersi di un fascio di processi interpretativi concorrenti e – come si vedrà – convergenti, non solo a motivo della pluralità dei dati normativi simultaneamente evocati in campo dal caso ma anche (e soprattutto) della loro diversa natura e connotazione complessiva. La stessa tecnica dell'interpretazione conforme presenta, dunque, una varietà di movenze in relazione alla natura degli atti cui si applica, alla loro struttura nomologica (fatta a maglie ora più ed ora meno larghe), ai contesti in cui prende forma; di talché anche formule relative ai diritti apparentemente simili o, addirittura, in tutto identiche possono prestarsi ad esiti ricostruttivi di sensi non coincidenti o, diciamo pure, divergenti in ragione della provenienza delle fonti, dei caratteri propri del sistema cui esse appartengono, delle esigenze espresse dal caso ...».

39. G. Luccioli, *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 2016.

40. Cass., Sez. I, civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, in Foro it., 2008, I, p. 125. Su tale decisione v. F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in Il diritto di famiglia e delle persone, n. 1/2008, pp. 107 ss.; G. Anzani, *Consenso ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*, in *Danno resp.*, 10/2008, pp. 957 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen.proc.*, 2008, pp. 1039 ss.; A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, pp. 987 ss.; F. Mazzarella, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in *Foro it.*, I, pp. 786 ss.; P. Becchi, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2009, pp. 379 ss.; Bologna, *Sentenza in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda Terri Schiavo*, in www.forumcostituzionale.it.

41. Il punto è stato trattato anche da F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, spec. p. 1594 e p. 1595.

capaci, addirittura, di aggirare il comando legislativo ed il vincolo di soggezione alla legge, fino al punto di mortificare il significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale⁴².

Anzi, e più specificamente, il valore – nel caso concreto, quello della dignità umana del quale si è già accennato – sarebbe diventato «allora il canone-guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione o l'imposizione di un limite all'attività conformativa di questa, la ragione giustificativa dell'apposizione di vincoli non positivamente previsti a diritti di libertà»⁴³.

In definitiva, la dottrina appena citata, ricordando ulteriori pronunce che muovono dalla “valorizzazione ermeneutica” del “valore” dignità umana, ha osservato che detto canone «sembrerebbe rivestire la funzione di un criterio interpretativo residuale, correttivo, in qualche misura assimilabile all'argomento fondato sull'equità, mostra chiaramente come l'applicazione diretta di valori costituzionali possa spingere il giudice ad accreditare interpretazioni chiaramente esterne al perimetro dei significati astrattamente riconducibili alla lettera delle previsioni normative, con un aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale»⁴⁴.

Né è mancato chi si è fatto portavoce delle preoccupazioni espresse sul «fatto che la decisione sulla vita di una persona provenga da un tribunale sulla base di una discutibile ricostruzione della volontà»⁴⁵.

Le critiche, talvolta non compiutamente espresse, ma lasciate intendere, si sono in questo modo rivolte al fatto che in assenza di una posizione espressa dal legislatore in ordine alla possibilità di intervento sulla vita altrui da parte di soggetti pur legati da vincoli di parentela oltre che sulla natura stessa dello stato vegetativo permanente e dell'alimentazione forzata la

decisione dei giudici (di legittimità e di quelli di merito in sede di rinvio) avevano determinato un vero e proprio (grave) straripamento del (potere) giudiziario, mistificando le regole della “scienza”, proiettate nel senso di riconoscere una pur limitata attività cerebrale anche nei soggetti che si trovano in tale sventurata condizione. Le decisioni del giudice sarebbero state, in definitiva, il frutto di un'indebita operazione di *forzatura* dei principî, ottenuta attraverso una altrettanto indebita lettura “aperta” della Costituzione e di altri strumenti internazionali, per di più compiuta facendo – irriuale – ricorso a precedenti giurisprudenziali di Corti straniere.

Ciò renderebbe l'attuale sistema antidemocratico, le quante volte il giudice offre, spogliando i cittadini e chi loro rappresenta del potere di decidere ciò che è giusto e ciò che non è *giusto o degno* per un essere umano.

Orbene, la sentenza Englaro sembra rappresentare un buon paradigma laddove conferma che il giudice, di fronte al “silenzio” del legislatore, non può rimanere inerte rispetto ad una domanda di giustizia, ove questa sia giustificata e tutelata dal quadro dei principî scolpiti all'interno del sistema – integrato nel senso appena descritto – non essendogli consentito un *non liquet*⁴⁶.

Rispetto all'assenza di un *humus* comune e condiviso il giudice non deve né può, ad avviso di chi scrive, indietreggiare o deflettere dal ruolo e dalla funzione che questi svolge allorché emergano, in termini sufficientemente chiari e prevedibili, dei principî di base che trovano la loro naturale collocazione all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, per come vivificate dalle rispettive giurisdizioni.

In definitiva, Cass. n. 21748/2007 non rappresenta tanto e soltanto una pietra miliare rispetto al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona. Essa è molto, molto di più, offrendo il volto di un giudice capace di affrontare un “caso difficile” senza pregiudizi, senza pre-orientamenti di natura religiosa, con grande attenzione alla comparazione proprio per-

42. G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

43. G. Scaccia, op. ult. cit., p. 11.

44. G. Scaccia, op. ult. cit., p. 13.

45. I. Anrò, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in www.forum costituzionale.it.

46. Fu, probabilmente questo il convincimento di base che indusse il Tribunale di Roma a disattendere in primo grado la richiesta di Piergiorgio Welby – sul quale v. M. Azzalini, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 23, 2007, p. 313; id., *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, ibidem, I, 24, 2008, pp. 73 ss. In effetti, non poteva non convenirsi con il giudice romano circa la mancanza di un testo scritto capace di dare risposta alla domanda di giustizia “gridata” dal povero Welby. Sul punto v. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 58.

ché consapevole di quanto i fenomeni della globalizzazione rendano necessario un approccio aperto rispetto a temi che toccano l'essenza della persona. Tutto questo senza tralasciare le radici del contesto nazionale nel quale il giudice è chiamato ad operare, ma nemmeno perdendo di vista la dimensione universale che certi valori tendono progressivamente ad acquisire. Quando Cass. n. 21748/2007, ritiene che «... pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali» il giudice di legittimità iscrive un principio destinato a rimanere ben saldo nei decenni a venire⁴⁷.

D'altra parte, è stata sempre la vicenda Englaro a dare la misura delle tensioni esistenti fra "l'ordine" ed il "potere"⁴⁸, sfociati in atti – decreto legge, conflitto di attribuzione delle Camere – sui quali la riflessione della dottrina è parimenti cruciale per comprendere, fino in fondo, il ruolo del giudice comune⁴⁹.

Un'ultima riflessione merita di essere fatta proprio in relazione al ruolo fondamentale svolto dalla sentenza Englaro nel ricordato processo di concretizzazione dei principi fondamentali.

Cass. n. 21748/2007 è stata infatti accusata di avere fatto indebito uso del metodo comparatistico⁵⁰ richiamando, a sostegno della decisione, legislazioni e precedenti di paesi stranieri, asseritamente privi di valore "giuridico".

Accuse che non persuadono affatto, se si considera che l'attività di emersione dei diritti fondamentali ed il controllo di legalità in tal modo realizzato sono ormai alimentati dalla comparazione (intesa come strumento di ridefinizione semantica di istituti per effetto dell'apertura del sistema interno al diritto internazionale e sovranazionale) che, in apparenza non codificata, è desumibile dall'apertura della Costituzione – artt. 2, 3, 10, 11, 117 1° comma – alle fonti sovranazionali. Tale cornice, in definitiva impone al giudice costituzionale il canone dell'interpretazione secondo tali fonti ma, a cascata, si ripercuote sull'interpretazione delle leggi che sono attuazione dei principi costituzionali da parte del giudice comune⁵¹. D'altra parte, l'apertura al piano della comparazione data dallo stesso riferimento all'interpretazione sistematica contemplata dall'art. 12 disp. preleggi cc (disposizione, in ogni caso, da sottoporre a rilettura alla luce della Costituzione, non facendo essa ad es. menzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla obbligatorietà della quale oggi non si dubita malgrado il silenzio della medesima sul punto costituisce dato ineludibile tanto sul piano interno, per quanto detto, che su quello sovranazionale.

In definitiva, l'analisi svolta dalla dottrina⁵² sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici ha dimostrato non soltanto l'efficacia e la rilevanza di siffatto metodo⁵³, soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica di siffatto metodo da parte delle Corti supreme di molti

47. Certo, sono noti gli strali indirizzati contro tale decisione, come lo sono gli esiti dei conflitti di attribuzione sollevati dalle due Camere per una ventilata usurpazione delle funzioni legislative e dei ricorsi presentati alla Corte Edu da familiari di persone che assumevano di potere subire un pregiudizio dalle decisioni adottate in quella dolorosa vicenda. Per l'esame analitico di tale questione sia consentito il rinvio a Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 286 ss.

48. Sul punto v., peraltro, V. Onida, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Quaderni giustizia*, 2005, p. 4, che ha sfatato la polemica che continua tuttora ad infuocare il mondo politico circa la natura di "Potere" del *giudiziario*.

49. Cfr. ancora E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'era repubblicana*, cit., p. 108: «... Si tratta di una questione cruciale del costituzionalismo che trova l'occasione – più unica che rara – di uscire dalla contesa politica ed emergere in sede giurisdizionale. La Corte costituzionale non se la lascia sfuggire, e anzi la coglie appieno, utilizzandola per costruire un solido muro a difesa delle attribuzioni dei giudici contro gli attacchi della politica. Lo strumento utilizzato dalla Corte per rispondere ai ricorsi delle camere è indice inequivocabile della sua volontà di tagliar corto e far piazza pulita delle accuse rivolte all'autorità giudiziaria: un'ordinanza assunta in camera di consiglio e senza contraddittorio nella fase di ammissibilità del conflitto».

50. Per un approccio al tema v. G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1. A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004, pp. 3 ss.; E. Petrone, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2010, pp. 184-216.

51. A. Ruggeri, in più scritti e, di recente, in *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*, cit., pp. 639 ss.

52. B. Markesinis e J. Fedtke, a cura di, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, Bologna, 2009 - trad. a cura di A. Taruffo.

53. V., del resto, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico-O. Pollicino, Groningen 2010.

Paesi occidentali⁵⁴, capace di produrre un moto circolare fecondo quando la stessa traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali⁵⁵.

La sentenza Englaro conferma, dunque, come il ricorso al metodo comparatistico⁵⁶ costituisca in modo ormai stabile elemento indefettibile per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio⁵⁷ o addirittura carente⁵⁸. Canone comparatistico che (soprattutto) le Corti supreme *devono* utilizzare⁵⁹, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali⁶⁰. Per questo si è sottolineato che la comparazione è in funzione della certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali⁶¹.

4.1 Altri casi risolti dalla Corte di Cassazione su temi eticamente sensibili:

a) doppio cognome – Cass. nn. (ord.) 13298/2004; 16093/2006 –;

b) trascrizione di matrimonio *same sex* – Cass. n. 4184/2012 –;

c) nomina di amministratore di sostegno in via preventiva – Cass. n. 23707/2012 – ;

d) divorzio imposto – Cass. (ord.) n. 14329/13 e Cass. n. 8097/2015 –;

e) maternità surrogata – Cass. n. 24001/2014 –;

f) tutela del legame familiare d'origine – Cass. n. 13435/2016 –;

g) diritto all'anonimato in caso di decesso della madre rispetto al diritto di conoscenza

54. A. Barak, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 391: «...Le democrazie hanno valori fondamentali comuni. La democrazia deve garantire alcuni valori fondamentali per poterne tutelare altri. Per i giudici è importante sapere come il diritto straniero tratta questo problema e quali tecniche utilizza: una tecnica di bilanciamento o di categorizzazione? E perché una tecnica viene favorita ad un'altra? Ogni sistema giuridico affronta il problema dei limiti costituzionali dei diritti umani: quali sono questi limiti e quali tecniche sono state usate per stabilirli? ... Ovviamente, la soluzione di questi problemi è intrinsecamente locale; tuttavia in sistemi giuridici diversi vi è un nucleo comune, nel quale si riflettono i problemi della democrazia e la complessità delle relazioni umane. Di nuovo, non sostengo che vada adottata la soluzione straniera: non è mai vincolante. Io auspico solo un approccio aperto, che riconosca che nonostante la nostra individualità, non siamo soli». V. ancora, ibidem, G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, pp. 413 ss. e, specificamente, p. 416: «...Avvenendo in un contesto giuridico competitivo, tali esperimenti mirano all'efficienza e al miglioramento, e ogni sistema tende, tramite incorporazione o limitazione, ad ispirarsi al meglio degli altri, per diventare il migliore. In questo modo si mette da parte una concezione statica del diritto a favore di una visione decisamente evolutiva... La comparazione allarga l'orizzonte del giudice al fine di migliorare il suo diritto».

55. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, p. 148: «... Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive Costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale.».

56. A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008: «... il termine "diritto transnazionale" si fonda sull'intuizione secondo la quale la comparazione giuridica può essere utilizzata come uno strumento di interpretazione in vista dell'elaborazione di soluzioni che, ove utilizzate nell'ambito della formazione dottrinale o giurisprudenziale del diritto, potrebbero influenzare, in misura più o meno netta, l'attività di applicazione del diritto vigente nel Paese in cui la ricerca comparatistica viene svolta, in virtù della conoscenza che viene acquisita o diffusa del diritto vigente in altri Paesi, e quindi determinare un'evoluzione del diritto nazionale. In tal caso, il diritto straniero opera come una forma di *soft law*, se i formanti di tipo dottrinale o giurisprudenziale non siano riconosciuti da esso come fonti, oppure anche di *hard law*, ove lo siano, ovvero ove si abbia una recezione del tipo di quelle di cui si è parlato a proposito della circolazione dei modelli ...».

57. G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 418.

58. C. Sarra, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in ..., pp. 477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della difettività del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero - p. 490.

59. B. Markesinis e J. Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., p. 221: «... non ci si aspetta certo che una ricerca giuridica originale e comparatistica si svolga nelle corti inferiori e su tutti i numerosi casi giudicati. Le aspettative che abbiamo, tuttavia, sono diverse quando si tratta delle corti di più alto grado, dove il numero di casi da decidere è inferiore ed il tempo per riflettere più ampiamente rende la comparazione non solo possibile ma, talvolta, anche desiderabile, considerato come i giudici delle corti più alte del mondo sono chiamati sempre più spesso a decidere problemi che sono comuni a tutti noi, tutto ciò contribuisce a dimostrare che benché questo "argomento", relativo alla mancanza di tempo, abbia qualche fondamento, raramente è la ragione reale e determinante per l'assenza di qualunque uso effettivo del diritto straniero.».

60. V. i due saggi di C. L. Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. Schieman, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, in B. Markesinis e J. Fedtke, a cura di, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., pp. 445 ss. e pp. 467 ss.

61. A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2015, 27 luglio 2015; www.diritticomparati.it, 28 luglio 2015.

delle origini del soggetto adottato – Cass. n. 15024/2016 –;

h) trascrizione di atto di nascita rilasciato all'estero a coppia unita in matrimonio dello stesso sesso – Cass. n. 19599/2016

Non sembra certo potersi discorrere di uso spregiudicato dei diritti quando si esamina la vicenda del doppio cognome e la richiesta della Cassazione (ord. n. 13298 del 17 luglio 2004) alla Corte costituzionale di espungere dal sistema un ormai anacronistico precetto normativo. Richiesta rimasta senza esito – Corte cost. n. 61/2006, secondo la quale «l'intervento che si invoca con l'ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte» (tanto da imporre al giudice di legittimità il rigetto della richiesta formulata dalla coppia di sposi – Cass. n. 16093/2006)⁶². L'ortodossia giuridica della sentenza della Cassazione non poteva però evitare la condanna dello Stato italiano innanzi alla Corte di Strasburgo⁶³.

Anche la vicenda della trascrizione di un matrimonio fra persone omosessuali contratto all'estero merita di essere in questo contesto esaminata.

Benchè oggetto di opposte valutazioni, Cass. n. 4184/2012, pur non offrendo la tutela reclamata dalla coppia omosessuale che aveva celebrato all'estero

il matrimonio chiedendone la trascrizione in Italia, si è presa cura di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu in tema di riconoscimento delle unioni omosessuali, realizzata non solo attraverso la riconduzione delle unioni all'ambito delle relazioni familiari – art. 8 Cedu – ma direttamente dall'art. 12 Cedu – integrato lessicalmente dall'art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo –⁶⁴. In tal modo, il giudice di legittimità, mettendo a profitto le indicazioni espresse dalla Corte Edu, ha sottilmente – ma significativamente – colto nel ragionamento esposto dalla sentenza *Schalk c. Austria* del giugno 2010 la distinzione fra *riconoscimento* delle unioni omosessuali – ormai riconducibile all'art. 12 Cedu integrato dall'art. 9 della Carta – e *garanzia* della tutela del diritto ad unirsi in matrimonio della medesima coppia, che trova la sua regolamentazione sul piano – esclusivo – dei singoli ordinamenti nazionali⁶⁵.

Ora, al di là della condivisibilità o meno delle conclusioni – a mo' di *obiter dicta* – alle quali è giunta la Cassazione anche a proposito del superamento del principio dell'inesistenza del matrimonio fra coppie dello stesso sesso⁶⁶, non pare revocabile in dubbio che tale pronuncia resa dalla Corte suprema si sia mossa su coordinate assolutamente lineari.

62. Cass. 14 luglio 2006 n. 16093, in *Giust. civ.*, 2007, I, 149, affermò che «non può essere accolta la domanda congiunta dei genitori esercenti la patria potestà sul figlio minore legittimo di rettifica dell'atto di nascita del suddetto minore nel senso di imporre il cognome materno in luogo di quello paterno risultante dall'atto formato dall'ufficiale di stato civile in contrasto con la volontà espressa del padre al momento della dichiarazione di nascita. La ragione va rintracciata nel fatto che il quadro normativo relativo alla disciplina del cognome del figlio legittimo, diversamente da quella relativa al figlio naturale, adotta un meccanismo di attribuzione che non può essere derogata neanche dalla concorde volontà dei coniugi, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale. Si rileva, nell'attuale quadro normativo, l'effettiva sussistenza di una norma di sistema attributiva del cognome paterno al figlio legittimo che è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e non in sintonia con le fonti sopranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure adeguate ad eliminare le discriminazioni di trattamento nei confronti della donna, ma tuttavia spetta comunque al legislatore ridisegnare in senso costituzionalmente adeguato e perciò ci si oppone, allo stato, all'accoglimento della domanda».

63. Corte dir. Uomo, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*. Sarà ancora la Corte costituzionale – udienza pubblica calendarizzata per l'8 novembre 2016 – ad affrontare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 237, 262 e 299 cc 72, c. 1°, Rd 09/07/1939 n. 1238, 33 e 34 DPR 03/11/2000 n. 396, in relazione agli artt. 2, 3, 29, c. 2°, e 117, c. 1°, Costituzione; art. 16, c. 1°, lett. g), Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18/12/1979, ratificata e resa esecutiva con legge 132/1985, sollevata con ordinanza 26 novembre 2013 dalla Corte d'appello di Genova.

64. Cfr. p.3.3.4 sent. cit. «... la *ratio decidendi*, inoltre, costituisce vero e proprio *Overruling* (“[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...]”) rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale “l'articolo 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia”; 3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” –, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso ...».

65. Sulla possibilità che l'ordinamento interno si unifichi ai principi sovranazionali attraverso una legge ordinaria v. R. Romboli, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2010.

66. Massa Pinto, *“Fiat matrimonio!” l'unione omosessuale all'incrocio tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare “una consolidata ed ultramillenaria tradizione” (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in www.rivistaaic.it n. 2/2012; nonché, L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, (Cassazione I, sez. civile 15/3/2012, n. 4184).

La risposta del giudice di legittimità non solo ha contribuito a mutare la tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, ma ha aperto le porte prima alla sonora condanna pronunciata a Strasburgo – Corte dir. uomo, 21 luglio 2015, *Oleari c. Italia* – e poi, alla recente legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016).

Non meno attenta ai confini dei diritti delle persone vulnerabili si è dimostrata Cass. 23707/2012. Dopo avere chiarito che l'art. 408 cod. civ., ammettendo la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, individuando il coacervo delle fonti giuridiche interne e sovranazionali, la stessa pronuncia non ha assecondato una lettura del quadro normativo favorevole ad un'espansione indiscriminata dell'istituto, al punto da consentire ad un soggetto la nomina preventiva di un amministratore di sostegno, anche in assen-

za di una condizione di disagio ed ha così ribadito la correttezza dell'indirizzo, prevalente fra i giudici tutelari, per il quale l'inesistenza attuale di una condizione patologica non può giustificare l'apertura di un procedimento di amministrazione di sostegno, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto. Anche in questo caso nessun anelito ad un indiscriminato e malaccorto uso degli strumenti internazionali, dunque, ma un rigoroso quanto attento esame dell'istituto, realizzato attraverso un equo temperamento dei valori in campo⁶⁷.

Un altro *hard case* che molto ha fatto discutere riguardava la previsione normativa che imponeva il divorzio alla coppia al cui interno uno dei coniugi avesse mutato il proprio sesso.

La Corte di cassazione ha dapprima sollecitato un intervento caducatorio da parte della Corte costituzionale – Cass. (ord.) n. 14329/13⁶⁸ – di guisa che le aspettative delle parti trovavano una prima risposta presso la Corte costituzionale – sent. n. 170/2014 –. La Consulta ha dimostrato di non ri-

67. Peraltro, Cass. n. 23707/12 non manca di chiarire che la dichiarazione anticipata con la quale una persona in piena salute dà indicazioni a un soggetto da lui designato su come comportarsi in caso di insorgenza di una futura malattia, pur generalmente vincolante quanto al suo contenuto, potrà essere superata in ragione dell'esistenza di gravi motivi valutati dal Giudice tutelare, il quale dovrà comunque deliberare il contenuto, avendo cura di verificare fin quando non vi è più coscienza del beneficiario, l'eventuale volontà di revoca. In tal modo, il giudice di legittimità riesce a coniugare in maniera felice i principi espressi dalla sentenza Englaro, già ricordata con quelli, solo in apparenza distonici, che pure la Corte di cassazione aveva espresso con riguardo alla vicenda del testimone di Geova rispetto alle trasfusioni di sangue (Cass. nn. 4211/2007 e 23676/2008). Tutto ciò, ancora una volta, attraverso tecniche interpretative informate al corretto bilanciamento fra i valori in gioco.

68. L'ordinanza n.14329/13 della Cassazione – v. la in *Corr. giur.*, 2013, p. 1519 con commento di S. Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale*; v. anche A. Schuster, *Quid est matrimonium? Ri-tribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *NGCC*, 2014, I, pp. 33 ss.; L. Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *NGCC*, 2014, 5, p. 233; sul tema in generale v. S. Patti, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 163 ss. - ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.4 della legge n.164/1982 sulla rettificazione del sesso nella parte in cui dispone che la sentenza (di rettificazione) comporta lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio in maniera automatica. La Corte ha prospettato la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 Cost. nonché degli artt. 8 e 12 Cedu e per connessione degli artt. 10 e 117 Cost., ipotizzando che lo scioglimento automatico del matrimonio comporti lesione del diritto all'identità personale dei coniugi e del diritto al matrimonio. Anche in tale ipotesi l'intervento del giudice di ultima istanza si pone all'interno delle regole ed è, al contempo, dimostrativo, di quanto esso assuma rilevanza nel processo di progressiva trasformazione del diritto e dei diritti. Appare assai rilevante – e in definitiva confermativo di quanto si è detto nel testo a proposito della indispensabilità di siffatta tecnica decisoria- il riferimento comparatistico operato dai giudici di legittimità all'esistenza di analoga questione di legittimità costituzionale posta alla Corte costituzionale tedesca e alla declaratoria di incostituzionalità ivi pronunciata- sulla rilevanza della comparazione e, dunque, sulla necessità di conoscere la regolamentazione di una fattispecie oltre confine – v. S. Patti, *op.ult.cit.*, part. 178 ss. – E ciò si rileva quando proprio il richiamo di alcuni passi della motivazione della sentenza tedesca operato dal giudice nazionale è funzionale a delimitare la portata della eventuale declaratoria di incostituzionalità, al fine di fugare che essa costituisca un modo surrettizio di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. È dunque particolarmente significativo che tale passaggio sia stato pienamente condiviso da Corte cost.n.170/2014 che, pure escludendo la rilevanza del parametro di cui agli artt. 3,24 e 29 Cost., – e dell'art.117 1° comma Cost. in relazione agli artt.8 e 14 Cedu –, ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, ritenendo, fra l'altro – p. 5.6 –, che «... La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05)».

manere insensibile, adottando una decisione – pur a volte ritenuta insoddisfacente⁶⁹ – anche per casi “innegabilmente infrequenti”⁷⁰, quali quelli della coppia unita in matrimonio che, nell’ordinamento interno, si trovava esposta al “divorzio *ex officio*”. In tale vicenda il giudice costituzionale, mettendo da parte – in apparenza, almeno – il pur prospettato *vulnus* della normativa interna rispetto al parametro convenzionale⁷¹, ha ritenuto di dovere caducare la norma che imponeva il divorzio *ex officio* proprio sul presupposto che «...la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore».

La successiva sentenza n. 8097/2015 della Cassazione, con la quale si è garantita la prosecuzione degli effetti del matrimonio *fantatoché* il legislatore non fosse intervenuto a normare gli effetti prodotti dalla sentenza della Corte costituzionale sopra ricordata ha inteso attuare quel *dictum* rispetto alla vicenda concreta posta davanti al giudice comune.

Ha in tali casi il giudice comune esorbitato dalle proprie prerogative⁷²? Risposta ardua, soprattutto se si considera che, secondo alcuni Autori, la Cassazione avrebbe messo in atto un’opera di vera e propria manipolazione della sentenza della Corte costituzionale, per la quale il paradigma eterosessuale del matrimonio rimaneva inalterato.

Come che sia, non può sfuggire che la catena delle pronunzie susseguitesesi sul tema, accomunate dall’idea dell’ingiustizia di una previsione normativa che imponeva la scissione del legame matrimoniale in via automatica per effetto del mutamento di sesso, hanno eretto una *rete* nella quale si è incagliata l’inerzia del legislatore, sanzionata con la declaratoria di incostituzionalità – cd. additiva di principio – alla quale non poteva che seguire, ad opera del giudice comune, la presa d’atto di siffatta riconosciuta ingiustizia e l’adozione, nel singolo caso posto al vaglio giudiziale, di un intervento riparatore “a tempo” al quale, in ultimo, è seguita la provvidenziale normativa adottata dalla legge n. 76/2016⁷³. In questo modo, la carica d’innovatività insita nella pronunzia del giudice comune ha avuto modo ugualmente di prodursi, intervenendo sulla domanda giudiziale della coppia, mentre la sentenza n. 170/2014 si era limitata alla mera indicazione di principi, indirizzati al legislatore.

Mette ora conto esaminare Cass. n.24001/2014, orientata a salvaguardare il divieto di maternità surrogata, penalmente sanzionato dalla l. n.40/2004.

L’attività di bilanciamento operata dalla Cassazione fra valori fondamentali ed i fondamenti stessi dell’ordinamento nazionale si chiude con un giudizio orientato a dare prevalenza alla dignità umana della gestante (insieme all’istituto dell’adozione) rispetto alla richiesta della coppia che non aveva alcun legame genetico con il nato all’estero in base ad un contratto illecito anche secondo la legge straniera. Ed è proprio attraverso il *distinguishing* operato dal giudice di legittimità fra il caso al suo esame e quelli decisi dalla Corte Edu con riferimento a due contratti di maternità surrogata legittimamente conclusi negli Stati Uniti da una coppia

69. Cfr. F. Bartolini, *Cambiare sesso da sposati: la Consulta sul divorzio del transessuale*, in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/08/cambiare-sesso-da-sposati-la-consulta-sul-divorzio-del-transessuale> parla di decisione pilatesca.

70. La circostanza era già stata sottolineata per tempo in dottrina-, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 172, sottolineandosi che in genere al cambiamento del sesso si associa l’aspirazione a vivere con una persona di sesso diverso.

71. Cfr. Corte cost. n. 170/2014: «...in assenza di un consenso tra i vari stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso».

72. A. Ruggeri, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I Sez. civ., n.8097 del 2015, in Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell’anno 2015, cit., pp. 191 ss., ritiene che la Cassazione avrebbe inventato il singolare istituto del matrimonio “a tempo” (pur se indeterminato). Sempre in senso critico R. Romboli *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, pp. 2680 ss.; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. Panzera, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 settembre 2015. Diversamente e in modo conforme alla decisione B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014; P. Bianchi, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, pp. 669 ss.*

73. Art. 1 c. 26 e 27 l. n. 76/2016: La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l’automatica instaurazione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso.

francese che si era rivolta ad una donna donando il seme maschile consente alla Corte di ampliare la tutela reclamata dalla coppia con la quale peraltro il minore era rimasto a vivere per un certo lasso di tempo.

Non potendo né dovendo qui affrontare il tema dell'eventuale esistenza di un interesse pregnante del minore a permanere con la coppia italiana che aveva comunque prelevato ed allevato il piccolo, resta il fatto che il giudice nazionale ha, ancora una volta, percorso in modo ortodosso i binari della decisione, prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte Edu senza tuttavia ritenerla pertinente rispetto al caso esaminato, proprio in relazione alla diversità fattuale delle vicende lì esaminate.

Non meno marginale appare la recente Cass. n. 13435/2016, che offre all'operatore plurimi punti di interesse, confermando la crescente rilevanza assunta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno e, parimenti, offrendo un significativo tassello a quel mosaico che tenta, sia pur con difficoltà, di individuare lo "Statuto" delle modalità di efficacia delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno.

Nel ritenere ammissibile in rito e fondata nel merito una domanda di revocazione di una sentenza resa dalla stessa Corte di cassazione in tema di dichiarazione di adottabilità, Cass. n. 13435/2016 pone anzitutto a fondamento dell'ammissibilità del giudizio revocatorio l'errore fattuale nel quale era incorsa la precedente decisione del giudice di legittimità che, nel ritenere fondata la decisione assunta a carico dei genitori per avere abbandonato la figlia, si era adagiata su un fatto escluso dal giudice penale con la sentenza assolutoria – passata in giudicato – prodotta in sede di giudizio di legittimità e "male interpretata" dalla Cassazione.

E poiché tale elemento aveva costituito il dato fondamentale sul quale si era fondato lo stato di abbandono, si è ritenuto sussistente l'errore revocatorio di cui all'art.395 n. 4 cpc ascrivibile alla Cassazione. A tale conclusione Cass. n. 13435/16 perviene sottolineando che «... i presupposti della revocazione vanno valutati con particolare attenzione allorché si prospetti la violazione di diritti fondamentali, protetti dalla Convenzione Edu, da parte del giudice nazionale, in forza di un errore di fatto che non abbia condotto al rimedio reale in discorso, onde poi non resterebbe che quello del mero indennizzo, per definizione insoddisfacente quando si tratti di diritti fondamentali su beni personalissimi della vita». Tale inciso finale disvela, in realtà, la portata non marginale dell'operazione compiuta dal giudice di legittimità che, per superare le strettoie espresse ripetutamente in tema di qualificazione e determinazione dell'errore revocatorio⁷⁴, sottolinea la peculiarità della vicenda processuale, nella quale era in gioco la violazione di un diritto di matrice convenzionale⁷⁵.

Oggi, la posizione della Cassazione sembra decisamente orientata a fornire un'interpretazione del dato processuale interno in tema di errore revocatorio più elastica e, in ogni caso, compatibile con il quadro convenzionale di merito in gioco innanzi al giudice di legittimità.

In definitiva, l'esplicito riferimento alla posta in gioco – *id est*, la possibile violazione di un diritto fondamentale protetto dalla Cedu – apre le porte al sindacato revocatorio in considerazione dell'inutilità di un mero indennizzo economico che la Corte Edu avrebbe al più potuto riconoscere, *a posteriori*, in favore di chi ha subito una violazione di un diritto di matrice convenzionale.

74. Secondo la Cassazione, infatti, non può essere qualificato come errore rilevante ai fini del giudizio revocatorio quello che costituisce frutto dell'apprezzamento, implicito o esplicito, delle risultanze processuali (Cass. n. 6511/2005, n. 13401/1999).

75. In effetti, è sufficiente rammentare che secondo la Corte di legittimità l'errore revocatorio si configura ove la decisione sia fondata sull'affermazione di esistenza od inesistenza di un fatto che la realtà processuale, quale documentata in atti, induce ad escludere o ad affermare; non anche quando la decisione della Corte sia conseguenza di una pretesa errata valutazione od interpretazione delle risultanze processuali, essendo esclusa dall'area degli errori revocatori la sindacabilità di errori di giudizio formati sulla base di una valutazione (Cass. n. 25654/2013; Cass. n. 14608 del 2007). Ancor più di recente, Cass. n. 15961/2016 ha escluso l'ammissibilità di un giudizio revocatorio che si risolve in una richiesta di rivisitazione del giudicato reso da questa Corte sugli stessi fatti già prospettati dalla parte nel corso del giudizio, ponendosi tale opzione in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è ferma nel riconoscere l'importanza, quale principio fondamentale e cardine di ogni Stato di diritto, della certezza del diritto (*legal certainty* nella versione inglese e *sécurité juridique* in quella francese), intesa come esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di affidamento del pubblico nella giustizia – Corte dir. uomo, 9 febbraio 2016, Çelebi et aa. c. Turchia, p. 52 – e, quindi, come esigenza di esclusione della possibilità di ulteriore rimessione in dubbio delle decisioni finali dell'autorità giudiziaria – Corte dir.uomo, 18 gennaio 2012, *Penias et Ortmaier c. Austria* – n. 15961/16 ha poi aggiunto che «... la scelta legislativa di ridurre il controllo delle sentenze di ultima istanza ai limitati casi specificamente previsti in tema di revocazione (art. 395 n. 4 cpc richiamato dall'art. 391 *bis* cpc), espressione di una valutazione discrezionale, si ponga in contrasto con alcun principio e norma costituzionale – Cass. Sez. Un., 30 aprile 2008, n. 10867; Cass., 14 gennaio 2009, n. 704 – ove solo si consideri che la tutela del giusto processo esige pure che quest'ultimo, svoltosi nel rispetto dei diritti di tutte le parti, abbia comunque una fine e consegua il bene giuridico essenziale del giudicato, in linea con il già ricordato principio della certezza del diritto che pure si declina nella necessità di giungere alla definizione di un giudizio – Cass. n. 862/2011; Cass. n. 29580/2011; Cass. n. 30245/2011 –.

Non meno rilevante appare il merito del ricorso per revocazione esaminato da Cass. n. 13435/16, per risolvere il quale la Corte ha scrutinato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di protezione del legame familiare d'origine.

Nel far ciò essa muove, ancora una volta, dal presupposto che la Corte Edu è chiamata ad assicurare standard minimi di tutela dei diritti umani, «... onde i principi da essa espressi non possono essere trascurati, sebbene non vi sia pronuncia Cedu diretta nel presente caso».

Tale accenno iniziale, contenuto nel p. 5.1 della motivazione, viene poi sviluppato nel successivo passaggio motivazionale, ove si riconosce espressamente la «... particolare vincolatività delle pronunce delle Corti sovranazionali, che – almeno ai fini interpretativi – si estende anche al di fuori del giudizio nell'ambito del quale vengono emesse» – p. 5.4 sent.cit. –.

Da qui la conclusione che «... il giudice nazionale è quello naturale cui spetta di operare nei confronti delle parti, per le quali è il giudice prossimo, la verifica dell'avvenuto rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione, al fine di farsi garante della loro protezione effettiva ed omogenea...», poi aggiungendo che «... egli è vincolato al rispetto della Convenzione, la quale non si rivolge solo allo Stato –apparato ma anche alle sue articolazioni interne...».

La presa di coscienza che anche presso la Corte europea si va affermando la regola del precedente favorisce, secondo la Cassazione, una stabilizzazione delle decisioni in funzione del canone della certezza del diritto, incidendo sull'efficacia delle decisioni promananti da quel giudice che «... sebbene formalmente limitate al caso deciso, sono suscettibili di fornire delle linee guida per quelli avvenire, quando la violazione riscontrata sia stata commessa o in forza di una disposizione interna generale ed astratta o a fronte di una situazione fattuale ripetibile...». Ne consegue, allora, che «... il giudizio di violazione di un diritto fondamentale, sancito da una pronuncia della Corte Edu, sia insuscettibile di sviluppi solo ove esso appartenga all'esclusiva o specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell'abito di quel giudizio. Dove al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa un

giudizio che va oltre la peculiarità irripetibile del caso e che si propone come guida sia per la prevedibilità delle future decisioni, sia per le condotte degli Stati...».

Sono dunque queste le premesse che consentono alla Corte di cassazione di traghettare sul versante interno la giurisprudenza della Corte europea in tema di legami familiari d'origine.

Orbene, è proprio l'approccio scelto da Cass. n. 13435/16 ad aiutare l'interprete nella ricerca di un metodo di approccio generale al diritto sovranazionale che passa attraverso un triplice ordine di questioni.

Per l'un verso, esso dimostra la centralità del ruolo della protezione dei diritti fondamentali di matrice convenzionale assunta nell'ordinamento nazionale e le possibili ricadute, per certi versi esplosive, sul piano processuale e sostanziale. A tale conclusione la Cassazione giunge considerando il ruolo crescente assunto dalle pronunzie della Corte europea e la loro efficacia “di cosa interpretata”, oltre che “di cosa giudicata”⁷⁶.

Orbene, nel caso esaminato da Cass. n. 13435/2016 il risalto attribuito alla Cedu ed alla giurisprudenza del suo giudice naturale risulta evidente rispetto al duplice piano – processuale e sostanziale – sul quale si è misurata la Cassazione. Il parametro convenzionale, vivificato dalla giurisprudenza della Corte Edu, costituisce un dato imprescindibile per la soluzione del caso concreto da parte del giudice – qui di legittimità – tanto che la sua omessa considerazione avrebbe determinato un risultato sicuramente diverso, se la vicenda fosse stata scrutinata con la lente orientata unicamente verso il sistema normativo interno.

Non meno delicata è stata la vicenda che ha ruotato attorno alla coppia di decisioni, rispettivamente adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – sent. *Godelli c. Italia* – e dalla Corte costituzionale – sent. n. 278/2013 – sul tema della conoscenza delle proprie origini da parte della persona adottata nei confronti della madre che, all'atto della nascita, si era avvalsa del diritto assoluto, riconosciute dall'art. 28 c.7 l. n. 183/1984, all'anonimato.

All'indomani delle decisioni sopra ricordate la dottrina⁷⁷ si era chiesta quali ricadute esse avrebbero prodotto, permanendo l'inerzia del legislatore in esito alla caducazione dell'art. 28 c.7 cit., sulle vicende processuali in corso.

76. Sul punto sia consentito il rinvio a G.R. Conti, *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, in *Dialogando sui diritti Corte di cassazione e Cedu a confronto*, (AA.VV.), Napoli, 2016, pp. 41 ss.

77. Per tutti, J. Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2013, pp. 110-117; id., *Diritto della partorientale all'anonimato e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini: quale bilanciamento?*, in *Bioetica, rivista interdisciplinare*, Anno 2006, fasc. 2, pp. 226-235; id., *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *NGCC*, 2006 n. 6, pp. 549-560.

La soluzione resa nel caso Godelli dal Tribunale per i Minorenni di Trieste – 8 maggio 2015 – di “espandere” il diritto alla conoscenza delle proprie origini in relazione all’intervenuto decesso della madre dell’adottata che si era garantita il diritto all’anonimato e che, venuta a mancare, avrebbe consumato il limite alla conoscenza della persona a suo tempo generata, non aveva trovato convinti sostenitori nel mondo minorile⁷⁸. In una diversa prospettiva si era infatti collocata la Corte di appello di Torino – 5 novembre 2014 – che, in una vicenda assai simile, ebbe a negare il diritto alla conoscenza, ritenendo che il decesso della madre avesse determinato l’irrevocabilità assoluta della volontà a suo tempo manifestata dalla madre, non costituendo revoca implicita all’anonimato.

Ed è proprio in questo contesto che la Cassazione, esaminando la questione degli effetti della morte della madre che si sia avvalsa del diritto all’anonimato sulla richiesta di conoscenza delle origini da parte del figlio successivamente adottato, nel cassare la decisione resa dalla Corte di appello di Torino sopra ricordata, ha ritenuto che «... non può non discendere dalla chiara individuazione compiuta dal giudice delle leggi la impossibilità di ritenere operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine previsto dall’art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs n. 196 del 2003 perché la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l’anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della carta fondamentale» – Cass. n. 15024/2016, depositata il 21 luglio 2016 –⁷⁹.

Ed è sempre su temi eticamente sensibili che la recente Cass. n. 19599/2016 si sofferma, confermando la decisione della Corte di appello di Torino che, riformando la decisione di primo grado, aveva ammesso, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico,

la trascrivibilità dell’atto di nascita, formato all’estero, del figlio di una coppia omosessuale unita in matrimonio.

Cass. n. 19599/2016 è andata oltre il reticolo della motivazione dei giudici torinesi, riconoscendo che la trascrizione dell’atto di nascita non contrasta con l’ordine pubblico internazionale e intende salvaguardare il superiore interesse del minore alla conservazione e salvaguardia: a) dello *status* di figlio e del proprio cognome validamente acquisiti all’estero; b) della nazionalità italiana acquisita per effetto dell’atto di nascita da cittadino italiano; c) del diritto alla conoscenza delle proprie origini del minore ed all’accertamento della discendenza biologica; d) del diritto alla bigenitorialità e alla protezione della relazione familiare allacciata dal minore con la madre sociale donatrice dell’ovulo.

Due i punti sui quali, ai fini della presente indagine, è necessario soffermare l’attenzione.

Il primo riguarda la nozione di ordine pubblico che la Cassazione tratteggia, delineandone in modo chiaro la sua nozione aperta, proprio perché rivolta non alla verifica della compatibilità del provvedimento da riconoscere con il quadro normativo interno ma, unicamente, all’accertamento dell’assenza di contrasto con quel ceppo fondamentale di valori al quale l’ordinamento positivo nazionale non può derogare. La concretizzazione di tale concetto passa, così, attraverso la valorizzazione delle Carte dei diritti fondamentali, al cui interno trovano spazio e formale riconoscimento i trattati internazionali, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Cedu. In questa prospettiva, la Cassazione si inserisce nel solco che intende sottolineare e valorizzare la naturale vocazione plurale del sistema costituzionale interno⁸⁰ e la sua apertura verso le fonti sovra-

78. Trib. min. Trieste, 8 maggio 2015: «... Ad una contrapposizione tra due prerogative di pari rango costituzionale, tutelanti interessi primari in capo a soggetti diversi, subentra un solo interesse di portata fondamentale che, se prima trovava ingresso “in maniera premiente”, ora si espande “in maniera fondamentale” – per ricorrere ad espressioni utilizzate allorché deve essere applicato un bilanciamento in materia di principio del superiore interesse del minore, nel primo caso ove si tratti di azioni ricadenti sul minore ma che riguardano terze persone e, nel secondo caso, quando non vi siano altre parti coinvolte – non incontrando più l’unico limite atto ad affievolirne la tutela pervasiva, nei confronti di tutti, rappresentato da un altro diritto assoluto, personalissimo, dello stesso livello costituzionale. Insomma, non entrando più in competizione diritti fondamentali riconducibili a diversi centri d’interessi viene altresì meno la necessità, per il giudice, di realizzare un’attività di bilanciamento».

79. Si segnala, peraltro, la recente proposizione di un ricorso da parte del Procuratore generale della Corte di cassazione, assegnato alle Sezioni unite in quanto contenente una questione di massima di particolare importanza, affinché sui temi degli effetti della declaratoria di incostituzionalità espressa da Corte cost. n. 278/2013 e della necessità o meno di attesa dell’intervento integrativo del legislatore e della regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto per il tramite della giurisprudenza in caso di inerzia del legislatore, venga espresso dalla Cassazione un principio di diritto ex art. 363 cod. proc. civ. nell’interesse della legge. Il tema rimane, dunque, ancora da sviscerare in tutti i suoi possibili svolgimenti, se si pensi al fascio di interessi contrapposti che possono ipotizzarsi nella vicenda, tra i quali quelli facenti capo ai congiunti della madre deceduta – sul punto, v., di recente, A. Ruggeri, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/10/RUGGERI_Discussant_NEW.pdf, p.17, nota 47 –.

80. In questa direzione merita di essere ricordata Cass. n. 19405/2013: «... la nozione di ordine pubblico[...] non è enucleabile esclusivamente sulla base dell’assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e

nazionali che si prendono cura dei diritti fondamentali della persona.

L'altro elemento cardine sul quale si muove l'asse motivazionale di Cass. n. 19599/2016 è rappresentato dal superiore interesse del minore. Esso viene delineato in tutta la sua portata di valore avente rango costituzionale, che si compone attraverso il composito richiamo di fonti interne e internazionali. Valore, osserva la Corte, che non è *tiranno*, assoluto e incompressibile, ma che, tutto al contrario, vive insieme agli altri diritti umani ed è soggetto anch'esso alle operazioni di bilanciamento fra diritti fondamentali⁸¹. Il tutto a dimostrare quanto l'esercizio della giurisdizione sia sempre di più a contatto con i valori della persona umana.

Resta soltanto da sottolineare la capacità dinamica mostrata da Cass. n. 19599/2016 nel dialogare con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il richiamo operato a più riprese a quel diritto vivente di quella Corte lo identifica come luogo privilegiato di concretizzazione dei diritti fondamentali scolpiti dalla Cedu, ma anche come luogo privilegiato al quale volgere lo sguardo per evitare operazioni di copertura dei diritti fondamentali che potrebbero dimostrarsi fallaci.

È assai interessante, sotto questo profilo, come la Cassazione abbia proceduto a segmentare i diversi *principia* che provengono dalla Corte di Strasburgo, sottolineando volta a volta il rilievo ivi offerto al margine di apprezzamento dei singoli Stati in materia eticamente sensibile, ma al contempo la contrazione di siffatto ambito in presenza di un superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte Edu è ripetutamente entrata, in questo modo, nel ragionamento della Cassazione, anche al fine di confermare la correttezza della decisione assunta in ragione del legame biologico fra madre sociale e minore. Ciò ha fatto valorizzando le differenze fra il caso esaminato e quello deciso da Cass. n. 24001/2014, non discutendosi di maternità surrogata, ma di un'assai particolare pratica fecondativa messa in atto per realizzare il progetto di coppia inizialmente voluto dalle due donne unite in matrimonio.

Ciò che conferma, per l'un verso, l'utilizzazione ormai stabile del metodo comparativo da parte del giudice di legittimità e, per altro verso, dimostra la maturità del giudice di legittimità nel muoversi tra fonti interne e sovranazionali.

Conclusioni. Investire nella formazione e nel dialogo fra le Corti

Alla fine di questa lunga riflessione, si può provare ad offrire un pugno di considerazioni finali.

Non sembra, anzitutto, potersi dubitare che il giudice non può arrestarsi né di fronte alla mancata attuazione dei principî ispiratori dell'ordine costituzionale – purché espressi in modo precettivo – né davanti alle incertezze del legislatore, attingendo al patrimonio del diritto – *in law e in action* – ed alla sua coscienza⁸².

La circostanza che i principî di riferimento – di matrice costituzionale e convenzionale o eurounitari – non si mostrino, in relazione a singoli casi, specificamente determinati non sembra impedire l'opera

regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale [...]. Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus operandi* del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principî desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario"). Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea – o Carta di Nizza – che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello...».

81. Si colgono gli echi del recente volume di E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, pp. 84 ss.

82. R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, in I. Abate, *Il piccolo giudice*, Palermo, 1992, p. 62; R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, pp. 25 e 30. V. anche, in prospettiva particolare, R. Livatino, *Fede e diritto*, in I. Abate, *Il piccolo giudice*, cit., 86: «... Ed è proprio in questo scegliere per decidere, decidere per ordinare, che il magistrato credente può trovare un rapporto con Dio. Un rapporto diretto, perché il rendere giustizia è realizzazione di sé, è preghiera, è dedizione di sé a Dio. Un rapporto indiretto per il tramite dell'amore verso la persona giudicata. Il magistrato non credente sostituirà il

di emersione delle regole ad opera del giudice, anzi dovendosi considerare che l'elasticità dei detti canoni consente al meglio di adeguarne il significato alla coscienza sociale ed ai singoli casi della vita, in definitiva, rendendoli coerenti con le trasformazioni sociali verificate.

Si delinea così, con tratti marcati, un'immagine della giurisdizione nazionale – costituzionale⁸³ e non – costantemente *in progress* proprio perché chiamata, fuori da una dimensione *museale*, a misurarsi e prim'ancora a dialogare, in un ciclo continuo e mai concluso, con le altre Corti sovranazionali.

Quella odierna è davvero l'epoca in cui si mostra in modo marcato la tendenza alla flessibilizzazione delle tutele. Il mutamento del ruolo del giudice – comune e di ultima istanza – si delinea così attraverso non marginali “*cessioni di supremazia*” in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa per altro verso da contrappeso l'acquisizione di non indifferenti “*quote di sovranazionalità*” che contribuiscono ad avvicinare le Corti tutte, intersecandone in modo più deciso i compiti, gli sviluppi interpretativi, le soluzioni. Ed è proprio sul versante da ultimo ricordato che si apprezza, in maniera davvero imponente, la discontinuità con un passato caratterizzato da una visione del giudice interno – di merito e/o di ultima istanza – come *hortus conclusus*, oggi davvero impossibile da offrire.

La quotidiana opera di riconformazione, riparametrazione, riformulazione della giurisprudenza alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale alla quale si assiste costituisce la *cifra* di un diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale⁸⁴, partecipando in modo incessante a processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare nel circuito internazionale e dunque ad “internazionalizzarsi”. E che tutto ciò non sia un *gioco*, ma una *necessità* vitale per i sistemi e gli ordinamenti, appare evidente se si studiano i collegamenti sempre più stretti che fra gli stessi si creano. Ciò che sembra addirittura confermato da Corte cost. n. 49/2015, già ricordata, se ad essa si guarda da una prospettiva che

prende coscienza dell'ineliminabilità di un confronto con i diritti di matrice convenzionale.

Quanto ora rappresentato consente di fortemente rimodulare e, in definitiva, rivitalizzare il principio di sussidiarietà posto a base del sistema Cedu, nel senso che quest'ultimo *investe*, ancora una volta ed in modo deciso, sul giudice nazionale, offrendogli strumenti di dialogo di portata cruciale sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Il mutare delle coordinate rappresentato dall'avvento del diritto di matrice sovranazionale rende perciò evidente il cambio di prospettiva della funzione nomofilattica – e in definitiva la *mutazione genetica* – della Corte di cassazione, ormai «giuridicamente obbligata» a garantire – anche – l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della Cedu, dei trattati internazionali e del diritto di matrice Ue.

Rimane la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al *governo degli uomini*, in contrapposizione al governo delle leggi.

Non va quindi in alcun modo modificato il modello che lascia comunque al legislatore l'introduzione della regola e al secondo la sua applicazione concreta.

Va dunque valutato con favore un sistema nel quale il giudice possa esercitare le funzioni decisorie sulla base di modelli normativi minimi, quanto più elastici, in modo che il prodotto del suo agire sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi che vengono al suo esame e che appaiono “nelle loro singolarità irriducibili”, non potendo comunque il giudice rimanere paralizzato dall'assenza di normazione, quando trovi al suo fianco i principi e i valori di matrice costituzionale e convenzionale capaci di

riferimento al trascendente con quello al corpo sociale, con un diverso senso ma con uguale impegno spirituale...». Nella stessa direzione, Piero Calamandrei andava scrivendo, nel suo saggio *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, che «... La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà un'operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa ... ridurre la funzione del giudice ad un puro sillogismo vuol dire impoverirla ..., inaridirla ..., disseccarla La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana».

83. Si pensi alle sentenze della Corte costituzionale rese in tema di salvaguardia del diritto del figlio a conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278/13), sovraffollamento carcerario (Corte cost. n. 279/2013) fecondazione eterologa (Corte cost. n. 162/2014), tutela della loro condizione di coppia, a seguito dello scioglimento del loro matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno di essi (Corte cost. n. 170/2014).

84. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, specificamente nel paragrafo dedicato alle *mutazioni genetiche* della funzione giurisdizionale.

offrire risposte a quella domanda di giustizia spesso incessante, sofferta, lacerante.

L'*attivismo* della giurisdizione non rappresenta, dunque, un'usurpazione di poteri, nè pone in discussione il rapporto fra giudice e legislatore, piuttosto dimostrando quanto sia fallace la contrapposizione fra questi ultimi, semmai occorrendo investire su logiche fondate sul reciproco rimando, completamento e cooperazione⁸⁵.

Certo, il pericolo che questa attività di "estrazione" dei principi tracimi, nel concreto, fino a diventare attività creativa esiste e sarebbe bene che il legislatore intervenisse in modo da ridurre tali rischi. Ma *nell'attesa*, il giudice non può sottrarsi ai suoi doveri.

Come, allora, vincere i pericoli di soggettivismo, che pure risultano non implausibili, in ragione della complessità delle attività demandate al giudice nazionale?

Occorre, anzitutto, sottolineare che le forme di tutela, di natura processuale e sostanziale, provenienti dalla Cedu vanno conosciute e correttamente applicate, perché è l'ordinamento nazionale ad imporre il rispetto delle regole convenzionali provenienti da Strasburgo.

In questo senso, non c'è "libertà" da parte dell'operatore, ma c'è una *doverosità* che va, peraltro, non solo bene intesa nei suoi contenuti, ma soprattutto accettata nella prospettiva della migliore e più ampia tutela possibile dei diritti fondamentali che trovano matrice nella Convenzione.

In questa prospettiva, la doverosità finisce col diventare non onere, ma pieno dispiegamento del ruolo attribuito al giudice.

Per raggiungere questo obiettivo non ci si stancherà mai di sottolineare quanto fondamentale sia l'apporto delle strutture di formazione, centrale e decentrata, della magistratura. Investire sull'acquisizione non parcellizzata delle conoscenze sulle

fonti sovranazionali, sulle loro dinamiche, sulle loro "regole" è, forse, il modo migliore non soltanto per realizzare una diffusione capillare di questo *diritto nuovo* e delle sue regole, ma anche di garantire, nel tempo, risposte giudiziali tendenzialmente sempre meno imprevedibili proprio perchè improntate al rigoroso rispetto del metodo al quale si è fatto sopra cenno.

Il tutto passa, poi, attraverso un chiarimento ulteriore in ordine al rapporto fra giudice nazionale e Corte dei diritti umani, questo non potendosi ritenere sovrapponibile a quello che corre fra giudice di merito e di legittimità. Ciò perchè la funzione nomofilattica della Corte Edu, pur sicuramente rilevante, va rettammente intesa.

L'astrazione dei principi espressi dalla Corte europea è operazione delicata e complessa, va sicuramente favorita e diffusa, ma presuppone la consapevolezza che la Corte dei diritti umani è, a differenza del giudice di legittimità, giudice "del fatto" poichè, quando verifica il rispetto della Cedu da parte dei singoli Stati, scende all'esame complessivo e specifico di tutte le circostanze che hanno caratterizzato la singola fattispecie, valutando se "nel caso concreto" l'atteggiarsi della condotta dei singoli soggetti ha reso possibile la violazione prospettata dalla parte ricorrente.

I pericoli di arbitrio, insopportabile soggettivismo e pernicioso antiformalismo connessi a taluni indirizzi giurisprudenziali ai quali la dottrina fa spesso riferimento⁸⁶ si vincono, dunque, con risposte giudiziarie all'altezza della complessità dei problemi.

Le medesime preoccupazioni si alleviano, poi, rammentando il (poderoso, forse anche eccessivo rispetto all'attuale condizione) sistema di garanzie ordinariamente previsto, capace di correggere errori od abusi.

Orbene, il sistema delle impugnazioni⁸⁷, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ancorchè schiacciata da un numero di ricorso che ne depoten-

85. A. Ruggieri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., p. 638: «... occorre farsi portatori – a me pare – di un modello di Stato in seno al quale ciascuna delle sedi istituzionali in cui si articola è sollecitata ad incarnare un ruolo viepiù impegnativo e crescente, in cui cioè si abbia un ruolo forte sia degli organi della direzione politica e sia degli organi di garanzia (per ciò che qui specificamente importa, dei giudici, comuni e costituzionali). Insomma, uno Stato che è, a un tempo, "legislativo" e "giurisdizionale", se vogliamo riprendere queste usuali, ancorché logore, etichette, nel quale l'equilibrio complessivo del sistema risulti – perlomeno, secondo modello – costantemente preservato e idoneo ad essere trasmesso anche ai tempi a venire, in cui perciò non si abbiano più "diritti senza legge", rimessi per intero in ordine al loro riconoscimento ed alla loro tutela ad occasionali e non di rado improvvisati interventi regolatori (pur se circoscritti *quoad effectum*) dei giudici, in tal modo sovraccaricati di un peso e di una responsabilità, morale prima ancora che giuridica, che non possono (e non devono) da sé soli portare. Occorre, in breve, dotare il dialogo tra le Corti di un orientamento e di un verso che, negli ordinamenti a tradizione di diritto scritto, non possono che venire dalla legge, costituzionale in prima battuta e, a seguire, comune».

86. M. Luciani, da ultimo, in *Le salmerie della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, n.2/2015.

87. v. sul punto, M.R. Morelli, *Contributo sul ruolo del giudice come garante dei diritti fondamentali della persona nello Stato costituzionale*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal Csm ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino nei giorni 20-21 settembre 2011, su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in www.csm.it: «... La decisione che il giudice adottasse in applicazione di una norma sostanzialmente da lui creata attraverso un uso surrettizio della interpretazione adeguatrice (non rispettoso dell'indicato limite di tolleranza del dato testuale) costituirebbe infatti un provvedimento *abnorme*, già come tale rimuovibile *con gli strumenti processuali*».

zia e snatura fortemente il ruolo, l'integrazione fra Costituzione e sistema normativo assicurata dalla Corte costituzionale e dalle Carte dei diritti fondamentali – costituenti, pur nell'ambito delle rispettive competenze, documenti tutti *intercostituzionali*⁸⁸ – insieme al controllo da parte della dottrina e dell'opinione pubblica⁸⁹ costituiscono, al pari della giustizia disciplinare, le condizioni di contesto perché la combinazione soggettiva tra scienza e coscienza non si trasformi in arbitrio individuale⁹⁰. Per di più, è la stessa "processualità" dell'agire del giudice che ne distingue nettamente i connotati rispetto all'azione del legislatore⁹¹ e che trova nella motivazione un "fidato servitore" della legalità del giudizio. Il rischio di imbattersi non in un giudice razionale e ragionevole, qual è il giudice "Ercole" di Dworkin, ma nel giudice ottuso o ideologico, deciso a far valere come evidenza del diritto, giustizia materiale insita nelle cose in sé, quella versione che è a lui più consona si vince, appunto, attraverso la motivazione che allontana il giudice dell'onnipotenza.

La ricognizione qui compiuta su un segmento, altamente significativo, del diritto vivente della Cassazione su temi eticamente sensibili, al di là della divisibilità nel merito delle soluzioni volta per volta espresse, sembra rassicurante nel metodo.

Professionalità, competenza e familiarità del giudice nazionale rispetto alle fonti sovranazionali e, in definitiva, ai diritti fondamentali sembrano essere la migliore risposta a quanti intravedono nell'agire giurisdizionale dei nostri giorni una pericolosa deriva verso forme di autoritarismo giudiziario. E' il metodo che si ricostruisce dall'esame dei singoli casi ed il *formalismo* dei percorsi seguiti dalla Cassazione – anche rispetto alle sollevate questioni di legittimità costituzionale – a fugare buona parte dei dubbi in ordine ai

possibile scostamenti dalle coordinate fissate dalla Costituzione.

È, ancora, l'approccio critico della giurisdizione al "patrimonio" dei diritti fondamentali – di matrice nazionale e sovranazionale – non rivolto ad esso con una prospettiva unidirezionale di servile appiattimento ma, al contrario, di realizzazione della massimizzazione delle tutele, laddove ciò sia necessario e dovuto e all'esito delle operazioni di bilanciamento rese necessarie in relazione ai casi a dimostrare quanto possa essere fecondo per le democrazie il dialogo fra le Corti.

I precedenti qui ricordati della Corte di cassazione sembrano, dunque, in buona parte dimostrare quanto il giudice di legittimità, attraverso un apparato motivazionale adeguato, abbia contribuito a realizzare un'armoniosa utilizzazione delle Carte dei diritti fondamentali, mostrando rigore nell'uso delle stesse anche rispetto al ruolo ed alla funzione della Corte costituzionale. Il che, d'altra parte, non vuol dire affatto che le decisioni assunte dal giudice di legittimità siano tutte da condividere "nel merito". Importa, semmai, che nella definizione delle vicende stesse quel giudice non abbia debordato dai confini ad esso propri.

Ciò che, a parere sommo di chi scrive, sembra essere in grado di depotenziare i timori e le preoccupazioni delle quali sembrava farsi interprete Corte cost. n. 49/2015 a proposito di un uso troppo disinvolto delle fonti sovranazionali e dei diritti viventi promananti dalle Corti internazionali⁹².

In conclusione, la figura del giudice *custode* dei diritti umani è il frutto di un processo di costituzionalizzazione del diritto reso concreto dalla Corte costituzionale⁹³ e culminato, per quel che riguarda la giurisdizione ordinaria, nel convegno Anm tenutosi

88. A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme a Cedu: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, anche in Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX, studi dell'anno 2015, cit., pp. 277 ss.

89. A. Cerri, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Scritti in onore di Lorenza Carlassare, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2009, p. 1270.

90. G. Silvestri, *Scienza e coscienza due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir pubbl.*, 2004, p. 438.

91. R. Romboli, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Intervento svolto in occasione del convegno organizzato dal Csm ad Agrigento in occasione del ventennale della morte di Rosario Livatino, cit., in www.csm.it: «... Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius al diritto*)».

92. L. Salvato, *Relazione svolta alla tavola rotonda su Gli approdi della corte Edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l'uguaglianza*, in www.csm.it.

93. R. Pinardi, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, pp. 1523 ss.

a Gardone nel 1965⁹⁴, come ci ha ricordato Gabriella Luccioli con la sua esperienza di giudice-donna al servizio dei diritti e della dignità – della persona e della funzione giudiziaria –⁹⁵.

Ciò non significa affatto espropriare la funzione legislativa delle sue prerogative, anzi. Proprio la (tendenziale) assenza del vincolo del precedente giurisprudenziale – sul quale è tornata di recente la Corte costituzionale con la sentenza n.230/2012⁹⁶ – impone alla normazione di fare la propria parte, tracciando il solco o la cornice entro cui gli indirizzi giurisprudenziali hanno quindi modo di affermarsi e svolgersi⁹⁷.

Giudici, nazionali e sovranazionali, del resto, dimostrano sempre di più di essere capaci, con forme variegate, di dialogare⁹⁸.

Per un verso, infatti si riscontra la formalizzazione di strumenti capaci di costituire un ordinato canale di collegamento fra organi nazionali decentrati e giurisdizioni sovranazionali centralizzate. In questa di-

rezione, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la possibilità di chiedere, da parte delle Alte giurisdizioni nazionali, un parere (anche se non vincolante) alla Grande Camera della Corte dei diritti umani sull'interpretazione della Cedu secondo le rime del Protocollo n. 16 annesso alla Cedu – ancora non efficace fino alla ratifica da parte di dieci Paesi aderenti al Consiglio d'Europa – costituiscono dei meccanismi in grado di ridurre i contrasti senza annientarli, mantenendo nei decisori nazionali di turno – anche in fase discendente, allorché si tratta di dare attuazione alle pronunzie del giudice europeo – fette consistenti di autonomia che possono essere tutte spese al servizio della più intensa tutela dei diritti fondamentali. Il Protocollo n. 16 sembra destinato a realizzare una rivoluzione copernicana negli ordinamenti – e nelle giurisdizioni – che hanno sempre vissuto con un notevole grado di ansia “la prova Strasburgo”. Il rapporto di complementarità fra giudice interno e giu-

94. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 163 ss. Sul punto, v. volendo, G.R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit., 267 ss. V., anche le lucide considerazioni espresse a più riprese da E. Lamarque sul punto e, da ultimo, in *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2012 ed in *L'interpretazione conforme alla Cedu da parte dei giudici comuni*, Relazione svolta l'11 gennaio 2013 al convegno organizzato dalla Formazione decentrata del Csm del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della Cedu e i criteri d'interpretazione conforme*, in www.ca.milano.giustizia.it/allegatocorsi.aspx?Fileidallegato=844.

95. G. Luccioli, *Diario di una giudice*, op.cit., spec. p. 30: «Le acquisizioni raggiunte al Congresso di Gardone e nelle battaglie successive degli anni Settanta hanno portato all'affermazione di principi e valori che non possono considerarsi superati, ma mantengono oggi tutta la loro validità, in quanto costituiscono l'essenza stessa della giurisdizione. In particolare, il principio di eguaglianza di tutti i magistrati, saldamente ancorato al disposto costituzionale secondo il quale essi “si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”. Il rispetto del principio del giudice naturale, inteso come fondamentale presidio dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. Il ruolo della magistratura di garante dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, e in particolare dei soggetti più deboli. L'impegno del giudice non più solo in direzione della conservazione dell'ordine giuridico esistente, ma anche per la promozione e attuazione dei precetti costituzionali. Infine, la consapevolezza della valenza politica dell'attività giudiziaria e della collocazione del giudice nella società».

96. A. Ruggeri, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra Cedu e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf; G. R. Conti, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte. cost. n. 230/2012*, in www.diritticomparati.it; R. Rordorf, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, cit.

97. A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, cit., p. 277.

98. Occorre qui ancora una volta lasciare spazio, senza nulla aggiungere, a A. Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIX. Studi dell'anno 2015*, cit., p. 51, in nota 38: «... È proprio grazie al “dialogo” intergiurisprudenziale infatti che non di rado le Corti hanno modo di mettere a punto e, se del caso, correggere i propri orientamenti, nell'intento di innalzare fin dove possibile il livello di appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, senza che dunque ciò debba di necessità tradursi[...] in una “denegata (o insufficiente) giustizia”. D'altro canto, che i singoli verdetti e gli indirizzi che gli stessi compongono siano “perfettibili” non mi pare che vada visto come un tratto negativo né della giurisdizione né di qualsivoglia altra funzione (a partire, ovviamente, da quella legislativa), non meritando – a me pare – di essere disprezzata l'aspirazione ad un accresciuto appagamento dei bisogni dell'uomo, specie di quelli più diffusamente ed intensamente avvertiti. Che poi siffatto appagamento possa in concreto ... appagare solo fino ad un certo punto non è certo colpa dei giudici che fanno unicamente ciò che possono fare, nei limiti delle competenze di cui dispongono e del loro ruolo che – come qui pure, e già altrove, mi sono sforzato di mostrare – è (e deve) ad ogni buon conto restare diverso da quello degli organi d'indirizzo. Sta di fatto (e gli esempi addotti, specie in relazione a questioni emergenti in ambito bioetico, ne danno eloquente testimonianza) che è difficile negare, per un verso, l'influenza che l'una Corte esercita sulle altre, testimoniata *per tabulas* dai fitti richiami che vicendevolmente si fanno, e, per un altro verso, la circostanza per cui, grazie al carattere duttile della struttura di molte pronunzie delle Corti materialmente costituzionali, che si limitano a fissare principi bisognosi di ulteriore svolgimento tanto da parte del legislatore che dei giudici, vengono naturalmente a comporsi quelle “catene” di atti giurisdizionali, di cui è parola nel testo. “Catene” che incessantemente si rinnovano negli elementi di cui si compongono, conformandosi ed adeguandosi alla varietà dei casi che ne giustificano l'adozione, e grazie alle quali si rende possibile la impegnativa e non di rado sofferta ricerca di quell'innalzamento del livello di tutela dei diritti, di cui si è venuti dicendo. Negare l'esistenza delle “catene” suddette, di cui – come si è veduto

dice di Strasburgo è correlato all'atteggiarsi di siffatto strumento *facoltativo e preventivo*, lo stesso prendendo corpo dalla scelta del giudice nazionale e che non intende né elidere le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non è dunque un caso che la Corte di Strasburgo, per come previsto dai documenti preparatori del Protocollo, accetti di buon grado la "cooperazione" dei giudici nazionali sulla possibile interpretazione della Cedu⁹⁹.

Per altro verso, vanno prendendo piede anche forme di dialogo, frutto di *soft law*, qual sono quelle fiorite dopo la firma del Protocollo d'intesa firmato dalla Corte di cassazione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo l'11 dicembre 2015¹⁰⁰.

In questo contesto, rimane spesso sulla schiena dei giudici nazionali la croce delle loro decisioni, anche quando è prevedibile che queste ultime possano risultare indigeste o laceranti.

Quando ciò accade non si può certo dire che il giudice si dimostri "infedele" alla Repubblica¹⁰¹.

Tutto ciò non significa sostituire il *giudiziario al legislativo*, né realizzare un *arbitrio giudiziario*, ma soltanto favorire un criterio di leale cooperazione fra i due poteri¹⁰².

Giustizia *povera*, come mi è capitato altra volta di dire, scegliendo l'accezione (nobile, in realtà) che a tale termine riconduce, per l'un verso, la condizione di infelicità, di gravità, di inanità del giudice rispetto alle vicende umane che gli vengono affidate, a ciò che tali vicende agita e al loro porsi sul piatto della giustizia, anzi

sui due piatti che la bilancia data in mano a un giudice tenta di fare restare in costante equilibrio. Ma che, anche, deve essere e apparire giustizia povera, *serva*¹⁰³ proprio perché impegnata al servizio di tutte quelle aspettative che sono alla base della dignità delle persone. Tali attese non possono acquietarsi con risposte notarili e burocratiche, meritando invece una giurisdizione che, pur senza fughe in avanti vertiginose e pur rimanendo assolutamente fedele ai valori stessi fissati dalla Costituzione e ai canoni fondamentali ad essa sottesi, come integrati e rigenerati incessantemente dalle Carte dei diritti fondamentali europee, offre di sé un'immagine adeguata alla società che la circonda.

Occorre, in definitiva, semplicemente guardare alle fonti sovranazionali con l'occhiale giusto.

Sarà allora sempre di più utile osservare il planetario dei diritti fondamentali con una lente non offuscata da "precondizionamenti" che impedirebbero di scrutare la ricchezza infinita delle costellazioni dei diritti, indagando con l'ottica giusta sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più marcate interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell'ordinamento interno, il raggiungimento progressivo di standard di tutela della persona e dei suoi valori inimmaginabili nel passato.

Questo atteggiamento è, forse, l'unico idoneo a porre riparo a quel galoppante disincanto che sembra attanagliare anche i più accorti guardando alle contraddizioni, ancora micidiali, che attanagliano talune realtà europee, afflitte da incredibili e ancora sottovalutati attacchi al cuore delle democrazie occidentali.

– si hanno crescenti riprove, temo che possa, a conti fatti, equivalere a non mettere a fuoco, come si deve, proprio l'essenza del "dialogo" intergiurisprudenziale ovvero darne una travisata o sottostimata rappresentazione.».

99. Proprio attraverso questi opinioni, del resto, potrebbero emergere elementi tali da rendere indefettibile la "risposta" della Corte europea, soprattutto quando il giudice nazionale esprima il proprio avviso facendo riferimento ai margini di apprezzamento che la stessa Corte riserva non infrequentemente agli Stati contraenti, già prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 15 annesso alla Cedu.

100. Il Protocollo firmato a Strasburgo nel dicembre 2015 dal Presidente della Corte di cassazione Giorgio Santacroce e dal Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Guido Raimondi si è inserito nell'ampio panorama degli strumenti che offrono alle Corti nazionali e sovranazionali momenti di confronto fra le diverse istituzioni giudiziarie. In esito a tale intesa la Corte di cassazione ha aderito alla Rete delle Corti superiori costituita dalla Corte Edu con la firma del Protocollo di accordo sulla partecipazione alla rete delle Corti superiori della Corte suprema di cassazione d'Italia, avvenuta a Strasburgo lo scorso 26 maggio. Su obiettivi e prospettive di siffatta iniziativa v., di recente, A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovverosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, cit., p. 31, nota 80. V. si, pure, *Dialogando sui diritti, Corte di cassazione e Cedu a confronto*, Napoli, 2016. Tale volume ha raccolto i lavori preparatori del primo incontro della Cassazione con la Corte Edu svolto a Strasburgo il 26 maggio 2016.

101. G. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 184. Sul dovere di fedeltà v. M.R. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013 e, con specifico riferimento al ruolo dell'interpretazione, p. 195 e p. 253. È però A. Ruggeri, ancora, a rilevare alcuni seguiti infedeli dati alle decisioni della Consulta.

102. Assai persuasivo, sul punto, G. Moschella, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 125 ss.

103. E. Lamarque, nel suo *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 244, individua il giudice come *Arlecchino servitore* di due padroni – Costituzioni e fonti esterne –. In *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 180, nota 18, ci è parso di dovere sottolineare come nell'espressione di giudice "servitore" debba essere marcato il significato estensivo del termine, che indica colui che con abnegazione e devozione si dedica ad un ideale.

L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro

di Antonio Lamorgese

Nella filosofia politica il concetto formale di democrazia, come modo di formazione del diritto (nel quale le leggi sono adottate dai destinatari attraverso i loro rappresentanti secondo il principio di maggioranza), è stato sostituito da un concetto sostanziale nel quale è imprescindibile la protezione dei diritti fondamentali attraverso la rigidità costituzionale e la garanzia della giurisdizione (R. Guastini, *La grammatica dei diritti*, in *La vocazione civile del giurista*, 2013, p. 57). In questa prospettiva la giurisprudenza costituisce un importante indicatore del tasso di democraticità di una nazione. Se un tempo i giudici potevano nascondersi dietro il testo formale della legge (della quale erano considerati soltanto una bocca), oggi più di ieri la loro attività interpretativa è spesso creativa e densa di opzioni valoriali che essi dovrebbero enunciare nelle sentenze. La responsabilità dei giudici è aumentata e con essa il bisogno di un più efficace controllo sociale.

1. L'espressione *interpretazione creativa* riferita all'attività decisoria del giudice potrebbe rappresentare un ossimoro: l'interpretazione nella misura in cui è chiamata a dare un *sensu* alla norma di legge non potrebbe per definizione essere *creativa*, cioè dare vita ad *un sensu* che non è nella *norma*, come testimoniato dall'art. 12 preleggi («nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore») e dall'art. 1362 cc sulla interpretazione dei contratti, ma anche dall'art. 101, secondo comma, Cost. («i giudici sono soggetti soltanto alla legge»). Se così non fosse – si potrebbe sostenere – non sarebbe possibile distinguere tra legge e sentenza, tra la giustificazione che è a base della prima in funzione del perseguimento di determinati risultati e la giustificazione della sua *applicazione* in concreto da parte dei giudici. Si assume come decisivo l'argomento che le decisioni giurisdizionali devono essere sempre giustificate in ragione della loro conformità a un sistema di valori e di norme precostituito dal legislatore (al

quale soltanto competono le scelte di fondo del vivere insieme di una comunità), essendo i giudici sforniti di una *legittimazione popolare*: è un precipitato dei principi di legalità e della separazione dei poteri.

Ma può veramente escludersi la “creatività” dell'interpretazione giudiziale?

Ove si aderisca alla concezione che la norma e/o la regola è quella che solo un'attività *interpretativa* dei testi di legge consente di “rinvenire” e/o di scoprire, ecco che il *sintagma interpretazione creativa* non dovrà più apparire come un *ossimoro* ma addirittura una cosa *ovvia e naturale*, senza bisogno di aderire alle teorie *realiste del diritto*¹.

La tesi secondo cui il giudice si limita a *dichiarare* un'entità preesistente o a svelare cosa dica il diritto o a concretizzarne il materiale nascosto, anche quando *determini una nuova regola o norma*, è una utile concessione al tranquillizzante modello di giudice come “bocca del legislatore” che è ormai superato. Il giudice non è un mero linguista. Il predicato di normatività appartiene non al testo, che ha solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione, ma

1. Secondo queste teorie l'argomentazione *in iure* serve a giustificare *ex post* decisioni prese sulla base di diverse e concrete ragioni di fatto.

al suo significato: «le norme sono non l'oggetto ma piuttosto il prodotto, il risultato dell'interpretazione»². Il modo di esprimersi corrente secondo il quale l'*oggetto* dell'interpretazione sono le norme è, quindi, *fuorviante*.

Se è vero che più frequentemente il giudice dichiara (o applica) il diritto in casi in cui il significato del testo è chiaro ed esplicito (il cerchio più vicino al centro nella teoria dei cerchi concentrici di Barak³), spesso il linguaggio del legislatore non è chiaro e ne consegue una apparente incertezza che può essere superata mediante un processo interpretativo che conduce consapevolmente il giudice a scegliere l'unica soluzione legittima (è il cerchio intermedio); è quando ci si trova nella zona di penombra (soprattutto nei cd. casi difficili che ricadono nel cerchio più esterno), ove a causa della vaghezza o ambiguità del testo normativo diverse sono le soluzioni astrattamente possibili e legittime, che la teoria dichiarativa dell'attività giurisdizionale entra in crisi. In tali casi la discrezionalità - che significa facoltà di optare tra due o più possibili linee di azioni ciascuna legittima⁴ - si rivela necessaria per stabilire quale sia la regola di diritto o quale il suo campo di applicazione: il potere nomofilattico, che è attribuito *in primis* agli organi legislativi e consiste nella creazione di norme giuridiche generali, è esercitato accessoriamente anche dal giudice ai fini della soluzione di una specifica controversia in giudizio⁵.

È ovvio che il potere di fare le leggi spetta al Parlamento (art. 70 Cost.), ma è empiricamente falso affermare che il giudice non crei diritto⁶.

Si è creduto per lungo tempo che i giudici non creassero il diritto, ma semplicemente lo scoprissero e lo esprimessero. La teoria affermava che ogni caso

era disciplinato da una norma giuridica pertinente, esistente da qualche parte e scopribile in qualche modo. Tuttavia, è ormai riconosciuta la vera natura della nomofilachia che è attività creativa del diritto: è «un dato di fatto, non costituisce più una novità, né è necessario dilungarsi per spiegarlo»⁷. Si è anche sostenuto che, a volte, quando vi sia esercizio della discrezionalità del giudice (soprattutto nei casi difficili), la sentenza assume valore assimilabile a un atto legislativo in senso funzionale⁸.

Le sentenze possono esprimere norme giuridiche generali che non si rivolgono solo alle parti e valgono per il futuro, in tal modo imponendosi nella società in modo direttamente proporzionale all'autorevolezza del giudice (specie di ultimo grado), tanto che qualora non le condivida il legislatore deve legiferare in senso contrario. Infatti nulla impedisce al legislatore di far valere la propria *voluntas* mediante una legge che sconfessi un orientamento giurisprudenziale⁹, rispettando naturalmente i limiti costituzionali.

L'idea che l'unico significato possibile e legittimo del testo normativo sia quello letterale, che il giudice è chiamato a rivelare, si scontra a sua volta con un dato letterale: l'art. 12 delle preleggi «non privilegia in assoluto il criterio interpretativo letterale, poiché evidenzia, attraverso il riferimento "all'intenzione del legislatore" un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema; di conseguenza il dualismo, presente nell'art. 12, tra lettera "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" e spirito o *ratio* "intenzione del legislatore" va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale»¹⁰ (e, si può aggiungere, al giudice è dato anche il grande potere di abrogare le leggi nei casi di

2. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, 2014, p. 442.

3. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, 1995, p. 52.

4. A. Witkon, *Some Reflections on Judicial Law Making*, in *Israel Law Review*, 1967, 480, ha osservato che «è sempre facile decidere tra ciò che è legittimo e ciò che non lo è; la difficoltà inizia quando si deve scegliere tra due tipi di risposta legittima».

5. A. Barak, cit., pp. 91 ss.

6. L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione*, 1994, p. 120.

7. A. Witkon, cit., p. 475; non potrebbero essere più chiare le parole di L. Radcliffe, *Not in Feather Beds*, 1968: «oggi si riconosce ampiamente non vi è mai stata controversia più sterile sulla creazione del diritto da parte del giudice. Ovvio che il giudice legifera. Come potrebbe evitarlo? Il processo legislativo e giudiziario sono rispettivamente due fonti complementari di creazione del diritto».

8. K. Diplock, *The Courts as Legislators (Holdsworth Club, Presidential Address)*, 1965; secondo H. Klinghoffer, *Administrative Law*, 1957, la creazione di norme generali è creazione del diritto in senso funzionale «senza distinzione relativamente all'organo che le crea».

9. Come evidenziato da Corte cost., ord. n. 334/2008, quando ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione sollevato dalla Camera dei deputati contro la sentenza della Cass., sez. I, n. 21748/2007, sul caso Englaro.

10. Cons. di Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6392.

incompatibilità con leggi precedenti, art. 15 delle preleggi).

Se è vero che la lettera del testo è il fattore dominante nell'interpretare le leggi, sarebbe un errore negare l'importante circostanza che il testo, anche se costituisce l'imprescindibile punto di partenza, non è di solito quello di arrivo e che la determinazione finale del significato della legge non è sempre uguale al significato dei vocaboli, delle locuzioni o degli enunciati contenuti nella legge¹¹. E ciò non solo per l'inevitabile incapacità del linguaggio di prevedere tutti gli scenari possibili in un mondo sempre più complesso e variabile, ma anche perché qualunque testo normativo si innesta in uno o più sistemi di norme con le quali è destinato ad interagire in una convivenza che è spesso difficile.

È il caso dell'art. 37 cpc che pone una regola (sulla rilevanza anche d'ufficio delle questioni di giurisdizione «in qualunque stato e grado del processo») che è stata interpretata come cedevole (e quindi inapplicabile) in presenza di controregole endoprocessuali, come il giudicato sulla giurisdizione, prima espresso e poi anche implicito¹²; di recente si è stabilito che all'attore, soccombente nel merito, non è consentito di interporre appello per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto¹³.

Interpretare implica necessariamente un'attività creativa, come dimostra l'ermeneutica giuridica che adempie ad una funzione di mediazione tra il senso originario (e/o la lettera) del testo e le domande che nel presente si pone chi ad esso si rivolga.

Tale forma di insopprimibile creatività si configura come "discrezionalità", seppure tale discrezionalità sia diversa da quella del legislatore che è autonoma nonché libera nei fini e nei contenuti (inoltre il legislatore non è soggetto ad alcun obbligo di neutralità e coerenza, a differenza del giudice). Lo dimostra il fatto che l'esistenza in molti ordinamenti di regole ermeneutiche che fissano i criteri di interpretazione delle norme giuridiche non è sufficiente ad eliminare la discrezionalità del giudice in ragione

delle incertezze semantiche delle stesse regole interpretative¹⁴.

Un fattore fondamentale della discrezionalità e creatività dell'attività giurisdizionale, quantomeno nei cd. casi difficili, deriva dal fatto che il giudice non deve limitarsi a svelare il significato originario della legge all'epoca della sua approvazione: «egli non può ignorare nuovi valori adducendo a giustificazione di tale atteggiamento la loro novità o il fatto che non siano ancora riconosciuti dall'ordinamento. Deve intraprendere un confronto razionale e ragionevole con quelli vecchi e, proprio come questi non vanno abbandonati perché datati, non va impedita l'introduzione di valori nuovi perché troppo recenti. Tuttavia, questi ultimi non andranno a sostituire quelli vecchi, qualora non siano saldamente radicati nella società e nella coscienza di almeno buona parte dell'opinione pubblica»¹⁵. In altri termini, ciò che conta non è l'*original intent* o la *voluntas* del legislatore storico, ma la *ratio*, il fine oggettivo che l'atto legislativo manifesta al momento della decisione¹⁶.

2. L'ideologia positivista, propria del codice napoleonico, obbligava il giudice (definito "*etre inanimè*") ad uno stretto rispetto del testo di legge, dovendo dare voce *alla legge* nel caso singolo. Oggi la contrapposizione, sul piano del dover essere, tra positivisti e antipositivisti è *astratta*, non rispecchia più la situazione concreta ed è di natura prevalentemente *ideologica*.

Sul piano dell'*essere* è incontestabile che anche per i positivisti: a) il metodo rigorosamente *sillogistico* (tipico dell'ideologia positivista) è stato più declamato che realmente *applicato* dai giudici; b) si può procedere per via *induttiva* a trovare la regola del caso concreto; c) si può fare ricorso all'analogia; d) il messaggio finale del modello positivista si risolve nel monito che il giudice deve agire nell'ambito della legittimità formale, ma non è in grado di indicare *come* e *in quale direzione*.

11. F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, 2014 (ed. it.), p. 20.

12. Cass., sez. un., n. 24883/2008.

13. Cass., sez. un., n. 21260/2016.

14. Si è sostenuto che anche se ci fosse una regola di portata universale che prevedesse che, nei casi in cui le regole ermeneutiche lasciasero spazio alla discrezionalità, sarebbe valida solo l'interpretazione che negasse ogni potere discrezionale del giudice, la discrezionalità non potrebbe comunque venir meno.

15. A. Barak, cit., p. 159.

16. G. Pino, *I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica*, in *La vocazione civile del giurista* cit., pp. 25 ss., si sofferma criticamente sulla teoria dell'interpretazione originalista delle norme costituzionali.

E, inversamente, anche per i fautori della componente creativa dell'interpretazione giudiziale, occorre *tenere conto* che la creatività, se non vuole tramutarsi *in arbitrio*, deve far ricorso a criteri pre-definiti di *decisione*, che diano la possibilità di controllarne i risultati sul piano, se non altro, della coerenza e nell'ottica della prevedibilità delle decisioni.

Non v'è dunque un'alternativa tra *deduzione* (da regole astratte) e *creazione*, ma necessità (sulla quale si tornerà più avanti) di rinvenire criteri *concreti ed affidabili* per controllare le decisioni dei giudici, all'interno di una visuale complessiva di cui i *formanti*, a partire dal testo di legge, sono *i valori* e i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento, il *comune sentire* (*coscienza o consenso sociale*), le *consuetudini*, la stessa *tradizione giuridica* (cd. dati extratestuali).

È ricorrente l'obiezione basata sul postulato che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e ciò impedirebbe di attribuire all'interpretazione giurisprudenziale il valore di fonte del diritto¹⁷. Tale postulato, tuttavia, non è contraddetto dal fatto che la giurisprudenza possa creare diritto in via accessoria e complementare rispetto alla missione principale del giudice che è quella di decidere singole controversie; è, in un certo senso, una creatività marginale che non contraddice il fatto che il giudice agisce sempre sotto l'ombrello (o, come si usa dire, negli interstizi o nelle pieghe) della legge allo scopo di rivelarne, attualizzarne il significato, adattarlo ai casi concreti.

3. Ma come conciliare la creatività interpretativa del giudice con il fatto che egli è sfornito di legittimazione popolare? È un quesito ricorrente¹⁸, al quale è agevole rispondere nel senso che quella legittimazione proviene, formalmente, dal fatto che il giudice è *deputato secondo le leggi della Repubblica* a decidere «in nome del popolo», come direttamente prevede l'art. 101, primo comma, Cost. (è significativo che un'analogia previsione per la Corte costituzionale sia contenuta in una legge di rango inferiore: la n. 87 del 1953, art. 18, terzo comma); inoltre la legittimazione del giudice presuppone che ricorrano

congiuntamente tre condizioni necessarie: l'essere la decisione il risultato finale di un procedimento nel quale siano state rispettate le garanzie processuali; l'essere la decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti controversi ed il risultato di una corretta interpretazione delle norme rilevanti nel caso concreto¹⁹.

A queste condizioni può dirsi rispettato il principio che la sovranità popolare – che si manifesta anche nella giurisdizione – è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, secondo comma, Cost.)²⁰.

4. È utile domandarsi se siano più dotati di *capacità innovativa* i sistemi di diritto non codificato o codificato.

Si sarebbe indotti a rispondere nel senso che sono più innovativi i primi, se non fosse per il fatto che nei sistemi non codificati il *vincolo del precedente* molto spesso rappresenta un elemento di *conservazione* (e anche di *stabilità*) ed è più difficile *innovare* dovendo giustificare le ragioni per cui non si rispetta il *precedente* con riferimento alle concrete situazioni di fatto messe a confronto, anziché sorreggere *l'innovazione* sul terreno più semplice di una diversa interpretazione del testo di legge.

Nei sistemi codificati, ove l'interpretazione del giudice si appalesa libera, essendo essa vincolata al solo rispetto della legge, può funzionare da contrappeso la funzione *nomofilattica* di un giudice superiore (vd. Corte di Cassazione, art. 65 ord. giud.), ma resta il fatto che il mancato rispetto di quanto ritenuto dal giudice si risolve, in definitiva, in *motivo di impugnazione*.

Cosa accade nei due sistemi se l'interpretazione letterale (quando il testo sia dotato di un significato proprio e chiaro) conduca ad un risultato irragionevole o assurdo o chiaramente opposto allo scopo della legge?

Nell'ottica squisitamente positivista, lasciare che il significato testuale delle parole (cd. testualismo) sia accantonato sarebbe inaccettabile, giacché la determinazione di ciò che è assurdo dipenderebbe dalla

17. G. Giacobbe, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, in *Iustitia*, 2015, pp. 313 ss.; v. Cass., sez. un., n. 15144/2011.

18. Lo pone anche A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, 2011, pp. 6 ss., il quale riconosce la funzione creativa della giurisprudenza e considera indiscusso che l'applicazione del diritto richiede scelte di valore non integralmente predeterminabili.

19. M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 11 ss.

20. Secondo A. Barak, cit., p. 99, «chiunque abbia promulgato una data norma, con quello stesso atto, implicitamente, ha autorizzato il giudice ad interpretarla ed a determinarne il campo di applicazione. Chiunque inoltre abbia autorizzato il giudice a decidere la controversia, implicitamente l'ha legittimato a stabilire la norma secondo cui decidere il caso, nonché il campo di applicazione di essa. La promulgazione di una legge, quindi, corrisponde ad un conferimento di discrezionalità al giudice perché egli possa interpretarla».

valutazione dell'osservatore²¹. E tuttavia negli ordinamenti di *common law* vale la cd. regola aurea (*golden rule*) in base alla quale il significato testuale o ordinario del testo prevale a meno che non dia luogo a risultati assurdi o evidentemente contrasti con lo scopo o l'intenzione del legislatore²².

Nei sistemi di *civil law* si perviene a conclusioni simili percorrendo strade diverse: quella più ortodossa è di sollecitare l'intervento della Corte costituzionale per espungere la disposizione che non sia possibile ricondurre a ragionevolezza perché non interpretabile in modo diverso da quello testuale²³, mediante pronunce additive (che annullino la disposizione là dove "non pone" o "omette" di disporre) o sostitutive (che la annullino là dove dispone la norma x anziché la norma y). Oppure, si persegue una soluzione *in fact*: ad esempio, se si tratta di disposizione sanzionatoria, pur riconoscendo la violazione, si applica al contravventore una sanzione minima.

5. Quali i maggiori "veicoli" del carattere *innovativo* della interpretazione giudiziale? Si indicheranno quelli più importanti:

a) Il *diritto comunitario* ha rivoluzionato il sistema delle fonti. È giurisprudenza ormai risalente della Corte di giustizia Ue che il giudice, nell'applicare il diritto nazionale, deve interpretare – e addirittura disapplicare – il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo delle direttive, onde conseguire il risultato (da raggiungere) contemplato dall'art. 189 (ora 249) del Trattato, sicché il giudice che interpreta il proprio diritto nazionale alla stregua delle direttive "crea" una regola di decisione orientata al risultato²⁴.

b) Analoga rivoluzione è dovuta, per il tramite dell'art. 117 Cost. e grazie all'opera della Corte costituzionale (a partire dalle fondamentali sentenze n. 348

e 349 del 2007), alla penetrazione della giurisprudenza Edu, cui si deve una importante forza propulsiva nel processo di modernizzazione del diritto nazionale, in verità non sempre favorito dalla giurisprudenza interna e talora osteggiato da una parte della dottrina²⁵.

c) Il principio di invero delle norme costituzionali nell'ordinamento (che producono un effetto cd. orizzontale), le quali forniscono concrete regole di decisione nei rapporti tra privati, con conseguenziale superamento della centralità della legislazione ordinaria e, in particolare, del codice civile.

d) Il concetto di "diritto vivente"²⁶ sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto. Negli ordinamenti di *civil law*, che non conoscono il precedente, il diritto vivente ha solo una autorità istituzionale derivantegli dalla funzione di assicurare l'uniformità della interpretazione della legge, ma a partire dal 1981 l'espressione è penetrata nel gergo della Corte costituzionale²⁷, come sintesi verbale dell'orientamento secondo il quale la Corte costituzionale si astiene dall'interpretare le disposizioni di legge ed assume ad oggetto del giudizio di legittimità costituzionale il significato dato alla norma dal diritto vivente, posto che vi sia, derivante dalla giurisprudenza della Cassazione. E ciò potrebbe incidere, in via di fatto, sulla disponibilità della Corte costituzionale ad intervenire per sconfessare un diritto vivente che si basi su interpretazioni oggettivamente controverse (come nella vicenda della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile in mancanza di adeguamento dei caratteri anatomici primari²⁸).

e) I giudici sono tenuti preventivamente a fare ogni sforzo (senza limitarsi al dato letterale) per dare alla norma un significato conforme a Costituzione, a pena di inammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale²⁹, e che quindi l'interpretazione delle norme costituzionali non è riservata al

21. In senso critico su tale impostazione è F. Schauer, cit., pp. 216 ss.

22. F. Schauer, cit., p. 219, ritiene che in tali casi l'interpretazione letterale sia "defettibile". L'A. (cit., p. 206) fa l'esempio della norma, di chiara formulazione, che vieta di dormire nelle stazioni ferroviarie e che tuttavia risulta inapplicabile all'uomo d'affari che, avendo perso un treno ed essendo stanco, si sia appisolato in una stazione ferroviaria, evento estraneo allo scopo della norma che è quella di contrastare il vagabondaggio.

23. È il caso delle disposizioni di immediata comprensione e, quindi, applicazione, come quella che vieta di superare una certa velocità o di parcheggiare in un determinato luogo o che stabilisce un certo termine o particolari formalità per compiere un'attività ecc.

24. A. Di Majo, *Diritto dell'Unione europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati, in Europa e diritto privato*, 2014, p. 311.

25. C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile*, 2015.

26. V. le riflessioni di L. Mengoni, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, pp. 14 ss.

27. V. Corte cost. n. 11/1981.

28. V. Cass., sez. I, n. 15138/2015 e Corte cost. n. 221/2015.

29. V. Corte cost. n. 356/1996: «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

Giudice delle leggi, ma è attribuita direttamente a ciascun giudice in funzione applicativa. Ciò alimenta la creatività della giurisprudenza, impegnando i giudici in una complessa opera interpretativa mediante progressive contestualizzazioni rispetto al significato letterale (o apparente) della norma nella ricerca della migliore soluzione del caso concreto. Questo modo di procedere mette ulteriormente in crisi il modello positivista, essendo il dato testuale insufficiente per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali (specie di quelle che enunciano diritti fondamentali), ma è coerente con l'essere il diritto disciplina razionale delle condotte umane.

f) Una certa tendenza della Corte costituzionale, specie in passato, ad eccedere nel giudizio di irrilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, ha avuto l'effetto, segnalato in dottrina³⁰, di impedire l'accesso al giudizio costituzionale e di indurre i giudici comuni a sperimentare nuove tecniche interpretative, che è la premessa della creatività della giurisprudenza ordinaria, allo scopo di superare i dubbi di costituzionalità sollevati dalle parti o rilevabili d'ufficio.

g) Inoltre, l'uso talora eccessivo dell'argomento fondato sulla discrezionalità delle scelte del legislatore ha indotto la medesima Corte ad astenersi dal fare uso dell'armamentario a sua disposizione (costituito da un ampio ventaglio di sentenze manipolative) in presenza di lacune in leggi specifiche e nelle situazioni di "latitanza" (cd. omissioni) del legislatore in intere materie rilevanti per la tutela dei diritti costituzionali, con l'effetto di canalizzare le domande di tutela verso i giudici ordinari.

h) Ed ancora, sostanzialmente legislativo è l'effetto dell'interpretazione creativa operata dalla Corte costituzionale³¹ in materie costituzionali (qual è quella relativa ai presupposti della giurisdizione amministrativa e ai suoi rapporti con quella ordinaria), laddove, ad esempio, ha ritenuto conforme a Costituzione il diritto vivente che attribuisce al giudice amministrativo le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione a ricorrere in giudizio contro l'amministrato, nonostante che

gli artt. 113 e 103 Cost. attribuiscano a quel giudice la giurisdizione di legittimità ed esclusiva per la tutela degli interessi legittimi e «anche» dei diritti soggettivi dei privati «nei confronti della pubblica amministrazione».

Si presta ad un'analogia critica la giurisprudenza costituzionale che, per un verso, in nome della particolarità delle materie *ex art. 103 Cost.* nelle quali il giudice amministrativo potrebbe giudicare di diritti soggettivi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che attribuivano alla sua giurisdizione esclusiva le controversie con la pubblica amministrazione vertenti su "blocchi di materie"³²; per altro verso, tuttavia, ha avallato³³ l'illimitata espansione di quella giurisdizione all'unica (apparente) condizione che essa sia attuata non per blocchi di materie ma per singole materie, disinteressandosi del fatto che queste materie possano essere in numero illimitato e che si raggiunga un analogo (o ancor più accentuato) effetto di ammettere, in sostanza, la giurisdizione esclusiva su tutte le materie nelle quali la pubblica amministrazione eserciti (anche solo potenzialmente) poteri pubblicistici³⁴. In altri termini, l'effetto finale è stato quello di avallare l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi *in qualunque materia nella quale la pubblica amministrazione eserciti (o possa esercitare) poteri pubblicistici*, che è esattamente quanto non è consentito dall'art. 103 Cost.

In presenza di riserve di legge previste in Costituzione, gli organi giurisdizionali, non solo, non dovrebbero mai sostituirsi al legislatore, al quale soltanto spetta la creazione della norma di legge, ma nell'attività interpretativa dovrebbero ispirarsi a un rigido *self restraint*. Se il giudice delle leggi – che è pur sempre un organo giurisdizionale – può interpretare creativamente le disposizioni costituzionali, perché non può farlo il giudice comune con le norme di legge ordinarie?

Diverso è il caso in cui è la stessa legge (e non la Costituzione) a rinviare ad altra legge, come nel caso dell'art. 2059 cc che pone la regola della risarcibilità del danno non patrimoniale «solo nei casi determinati dalla legge», ove la Cassazione³⁵ ha "creato" la

30. S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, 2015.

31. V. Corte cost. n. 179/2016 in un caso in cui un comune aveva chiesto la condanna del privato al pagamento di somme dovute per l'assegnazione di suoli edificatori in base ad una convenzione urbanistica.

32. V. Corte cost. n. 204/2004.

33. A partire da Corte cost. n. 191/2006.

34. V. il lunghissimo e non esaustivo elenco delle materie indicate nell'art. 133 cpa.

35. A partire dalle sentenze n. 8827 e 8828 del 2003 della III sez. civ. della Cassazione.

regola della risarcibilità del danno non patrimoniale in ragione della «natura del valore inciso», di rilievo costituzionale, come ad esempio «l'interesse alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia».

i) La forza della interpretazione *sistematica* è un ulteriore fattore che favorisce la creatività del giudice, essendovi piena consapevolezza che il diritto, elevandosi a *sistema*, è dotato di *propulsione normativa propria* anche sul piano della produzione di *regole* (nel caso da ultimo esaminato, la forza del «sistema» si è fatta sentire: è dal sistema bipolare fondato sulla distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale che si ricava la regola sulla risarcibilità di «pregiudizi diversi ed ulteriori» rispetto al danno morale soggettivo e a quello biologico).

l) Ad individuare l'ambito normativo delle disposizioni di legge si può giungere anche attraverso la tecnica del «controllo delle conseguenze», in funzione di un impiego dell'ermeneutica giuridica *impostata sulla valutazione delle conseguenze sociali* derivanti dalla scelta dell'una o dell'altra delle possibili ipotesi di soluzione del caso da decidere. Di tale tecnica è stato fatto uso dai giudici costituzionali per affermare la decorrenza degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale (nella specie, delle norme sull'addizionale, cd. *Robin Tax*, all'imposta sul reddito delle società) dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale «al fine di evitare che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla pronuncia determini uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venir meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale»³⁶.

6. Il discorso critico sulla creatività dell'interpretazione dei giudici, talora vista come fattore di inquinamento dei principi democratici di rappresentanza e divisione dei poteri, si rivela impregnato di ideologismo e non si confronta con i caratteri propri della legislazione, di cui oggi si evoca la crisi, ma alla quale da sempre si addebita la produzione di norme affette da indeterminatezza linguistica, vaghe

o generiche (e quindi di ardua comprensione), ambigue (perché suscettibili di interpretazioni diverse e talora contrastanti), al punto che, oggi più che ieri, sono messe fuori gioco le regole ermeneutiche classiche³⁷, obbligando i giudici a sperimentare nuove tecniche interpretative nel tentativo di dare senso alle norme; spesso è lo stesso legislatore ad evitare, talora opportunamente, la formulazione di regole precise e a rimettere al giudice la concretizzazione del precetto definito con formule generali o elastiche («tempo o durata ragionevole», «prudenza», «diligenza», «interesse del minore», ecc.), con l'effetto di esaltare il potere di apprezzamento (o margine di manovra) dell'interprete; spesso le norme (come quelle di derivazione comunitaria) sono formulate minuziosamente con periodi molto lunghi e farraginosi per il tentativo velleitario di disciplinare ogni dettaglio delle possibili fattispecie in esse ricomprese, con l'effetto di aumentare la frequenza dell'intervento giudiziale.

Tuttavia, non si deve dimenticare che è lo stesso legislatore a stabilire che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12, secondo comma, preleggi).

Si dimostra in tal modo l'estraneità all'ordinamento di statuizioni di «*non liquet*», essendo il giudice chiamato a dare risposte, anche ricorrendo alla più tradizionale delle tecniche a disposizione dei giuristi, qual è l'analogia, e ai principi generali dell'ordinamento (uguaglianza, ragionevolezza, libertà, proporzionalità ecc.).

Nella retorica sulla necessità di *attendere* il legislatore (magari per decenni) e sull'esortazione ai giudici di non invadere campi che si assume *riservati* ad un altro potere, in realtà, è insita una precisa e occulta opzione valoriale, che si traduce nell'auspicio di *astensione* del giudice nei *casi difficili*. In quest'ottica il silenzio del legislatore in determinate materie sensibili è inteso come una forma implicita di legislazione negativa che, in quanto tale, impedirebbe ai giudici di intervenire (con un garbato invito ai cittadini che invochino la tutela di nuovi diritti a rassegnarsi...³⁸).

36. V. Corte cost. n. 10/2015.

37. È il caso della regola «*inclusio unius, exclusio alterius*» (le omissioni devono essere interpretate come esclusione) nella vicenda, esaminata da Cass., sez. III, n. 7775/2014, del diritto di recesso dei risparmiatori per l'offerta fuori sede dei servizi di investimento.

38. Come disse S. Mancini durante l'approvazione della legge n. 2848 del 1865, all. E, rivolgendosi al cittadino amministrato che lamenta la lesione dei propri interessi da parte della pubblica amministrazione: «che vi si rassegni...».

E non si deve pensare che tale impostazione sia fedele all'ideologia positivista: infatti, il *Code Civil Napoleon* puniva il giudice che rifiutasse di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'insufficienza o dell'oscurità della legge³⁹.

7. A dover essere bandita è, in realtà, la stessa nozione di “lacuna” normativa, se intesa come un'implicita autorizzazione a non decidere o, come talora accade, un invito al giudice a rivolgersi alla Corte costituzionale, ove si individua una sede che si assume più affidabile o rassicurante o più legittimata a fare le scelte che si assume proprie del legislatore.

La “lacuna” è soprattutto una nozione assiologica, che sta ad indicare la situazione in cui ad essere controversa è la capacità della norma di *includere o di escludere* casi che non sembrano coperti dalla giustificazione sottesa apparentemente alla norma stessa: se si vuole sostenere che la norma è inapplicabile al singolo caso si dovrà dimostrare che essa è *sovrainclusiva*, altrimenti si dovrà dimostrare che è *sottoinclusiva*, in entrambi i casi in via *interpretativa* (sempre che non sia necessario investire il giudice costituzionale).

Ad esempio, se si sostiene l'applicabilità della norma sulla riduzione della penale manifestamente eccessiva alla caparra confirmatoria eccessiva⁴⁰, si dovrebbe dimostrare che la norma (art. 1385, secondo comma, cc) è *sottoinclusiva*, essendo riferita solo apparentemente alla clausola penale, mentre dovrebbe essere applicabile in via di interpretazione estensiva anche alla caparra confirmatoria; analogamente, se si ritiene illegittima l'introduzione di un registratore portatile da parte di un consigliere comunale, al fine di registrare una seduta consiliare, si dovrebbe dimostrare che il regolamento comunale che pone il relativo divieto è *sottoinclusivo* perché, pur vietando espressamente l'introduzione dei soli apparecchi di riproduzione “audiovisiva”, si riferisce anche agli apparecchi di registrazione⁴¹; e ancora, se si sostiene l'adottabilità del figlio

minore del *partner*, invocando l'applicazione di una norma prima mai applicata in presenza di relazioni tra persone dello stesso sesso, si dovrebbe dimostrare l'inclusività della suddetta fattispecie nella norma sull'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d, della legge n. 183 del 1984)⁴²; e ancora, se una norma vietasse l'aborto *tout court*, se ne potrebbe sostenere la *sovrainclusività*, in quanto escluderebbe irragionevolmente la possibilità di abortire nei casi in cui vi sia un pericolo per la salute della donna, ecc.

Nella pratica si parla erroneamente di lacuna o silenzio del legislatore, talora – come si è detto – allo scopo di giustificare o supportare decisioni di rigetto di istanze di tutela di nuovi diritti, non ancora riconosciuti dall'ordinamento formale, in situazioni in cui semplicemente non vi sono precedenti giurisprudenziali pertinenti.

E ancor meno giustificato è il richiamo alla categoria della lacuna o del silenzio legislativo in tema di delibazione di atti o di sentenze straniere che riconoscano diritti o istituti giuridici elaborati in ordinamenti stranieri e non tutelati né riconosciuti dall'ordinamento nazionale, essendo il controllo spettante al giudice italiano limitato a verificarne la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale nella restrittiva accezione offerta dalla Cassazione⁴³.

8. Codesta riflessione, tuttavia, non vuole esporsi al rilievo di essere espressione di un *relativismo* neutrale e indifferente a scelte e valori (tale da riprodurre un modello di “diritto libero”). Occorre tenere conto dei seguenti *passaggi*:

a) l'interpretazione giudiziale nell'applicazione delle leggi non può sottrarsi all'esigenza che essa sia, nei limiti del possibile, *razionalmente prevedibile*: la *prevedibilità* delle decisioni⁴⁴ è una componente *essenziale* di qualsiasi ordinamento ed è destinata ad esprimersi attraverso la censura della “violazione di norme di diritto” (ove la decisione fosse al di là di

39. R. Bin, *A discrezione del giudice*, 2013, p. 57, ha osservato che molte delle regole che apparentemente sono dirette a disciplinare l'interpretazione (come l'art. 12 preleggi) sono in effetti rivolte a costringere i giudici ad emettere comunque una decisione. Lo stesso A. (cit., 95) invita a non sovrapporre la *rule of politics* alla *rule of law*, nel senso che, mentre il parlamento si occupa del riconoscimento di un diritto *in generale*, i giudici hanno a che fare con gli interessi di una *singola* persona così come essi si presentano in un caso *specifico*, al quale sono tenuti a dare risposte avendone le competenze (come è avvenuto nel caso Englaro).

40. In senso negativo v. Corte cost. n. 248/2013 e, sull'art. 1384 c.c., Cass., sez. III, n. 14776/2014.

41. In senso negativo v. Cass., sez. I, n. 5128/2001.

42. V. Cass. n. 12962/2016.

43. V. Cass. n. 19599/2016 in tema di riconoscimento di atto straniero attestante la nascita di un figlio da due donne.

44. È stato sostenuto da R. Bin, cit., p. 32, che molte interpretazioni diverse della stessa disposizione, per esempio quelle che emergono attraverso l'incessante battaglia tra precedenti, *revirement* giurisprudenziali e così via, non sarebbero un difetto, ma un'opportunità che stimolerebbe non confusione ma profondità e, alla fine, risultati migliori.

ogni prevedibilità si esporrebbe al sospetto di aver violato la legge).

b) essa dev'essere supportata da una logica argomentativa *esauriente*, tale appunto da renderla *persuasiva* (di qui l'obbligo di *motivazione* dei provvedimenti).

È comunque avvertita l'esigenza, pur ritenendo superato l'ancoraggio *positivistico* dell'*applicazione* della legge, che siano posti *limiti e paletti* alla carica innovativa che reca con sé, per definizione, ogni attività di carattere *ermeneutico* che non voglia rinunciare alla sua funzione di attribuzione di senso e significato agli enunciati di diritto.

Esistono a questo proposito, si potrebbe dire, garanzie e/o sistemi "propri" di governo e normalizzazione delle decisioni giudiziarie che sono intrinseci e, si direbbe, quasi connaturali ad esse e tali appunto da essere compatibili con l'indipendenza e l'autonomia della magistratura non solo dal punto di vista della sua collocazione istituzionale ma anche (dei contenuti) delle sue decisioni.

È questo il sistema delle *impugnazioni*, cioè della *emendabilità* delle decisioni, ma emendabilità delle decisioni non può non voler dire che *interpretazione a mezzo di interpretazione*.

Il che significa, in un ordinamento fondato sul principio di legalità (obbedienza del giudice alla legge) ma anche sull'indipendenza e autonomia dei giudici (art. 101 Cost.), che non v'è altro sistema possibile di controllo della *legalità* se non sul terreno della emendabilità delle decisioni in ragione di un diverso apprezzamento dei fatti (quando possibile) e di un diverso criterio di ermeneutica *giuridica*.

Interpretazione a mezzo di interpretazione è lo snodo irrinunciabile di un controllo delle decisioni giudiziarie che rifiuti ogni modello autoritativo di intervento dall'esterno.

Altre tecniche, da definirsi *improprie*, sono quelle extraprocessuali che, guardando al comportamento del magistrato (e non alla interpretazione da esso effettuata), lo valutano in chiave di *illiceità* (disciplinare o di responsabilità civile) in presenza di interpretazioni *abnormi* e/o frutto di negligenza inescusabile, ma questo argomento esorbita dalle finalità del presente scritto.

9. La formula che si è proposta, *interpretazione per mezzo di interpretazione*, potrebbe apparire meramente *procedurale* o autoreferenziale, perché non

in grado di garantire un *controllo* anche *esterno*, cioè di fornire, agli stessi giudici (in particolare a quelli chiamati a pronunciarsi in sede di impugnazione) e al popolo in nome del quale la giustizia è amministrata (art. 101, primo comma, Cost.), parametri sufficientemente concreti per comprendere e giudicare il *risultato* o il *prodotto* dell'interpretazione.

Ci si limiterà a dare, nulla più, che qualche indicazione di metodo.

a) Se ammettiamo la discrezionalità (seppure nella limitata e peculiare accezione di cui si è detto) e una certa creatività dell'interpretazione giudiziale, il giudice è chiamato a fare delicate opzioni valoriali, essendo chiamato a *scegliere* (cioè a *decidere*) tra valori diversi che talora si contrappongono o contraddicono reciprocamente. Ma questi valori sono molto spesso nascosti, sotterranei; i giudici non si *sentono* a proprio agio quando devono maneggiare un materiale che ritengono pericoloso ed estraneo alla loro cultura o formazione di giuristi; per questo molte volte sono restii ad enunciarli chiaramente e preferiscono brandire il testo delle norme come un'arma che consente loro di salvaguardare ciò in cui ritengono che sia custodita l'essenza del proprio ruolo e la fonte della propria legittimazione, cioè il carattere a-valoriale dell'attività giurisdizionale come presunto attributo della propria indipendenza.

Tuttavia, è stato efficacemente evidenziato che «il giudice non può svolgere adeguatamente la sua funzione se non identifica [i valori] con precisione, non ne valuta gli effetti e non ne stabilisce un ordine di priorità»⁴⁵. Se il dato testuale si presta a diverse opzioni valoriali (ciò è la norma nei c.d. casi difficili e non solo), è ovvio che l'esclusivo riferimento ad esso non basta a *giustificare* la decisione. Solo il giudice che abbia consapevolezza dei valori in campo, che li *espliciti con chiarezza* e renda conto della sua scelta in motivazione, è in grado di salvaguardare l'autorevolezza del proprio ruolo; solo così la sua decisione potrà apparire trasparente e non arbitraria, evitando il rischio che appaia come espressione di una deprecabile "giustizia del caso singolo"⁴⁶ nella quale le vere *rationes decidendi* restano occulte; solo così la discrezionalità potrà dirsi esercitata dal giudice in modo coerente e razionale, salvaguardando la coesione dell'ordinamento che si nutre di valori e principi fondamentali garantiti dalla giurisprudenza.

Si potrebbe dire che la creatività dell'interpretazione del giudice è accettabile sino a quando rimanga saldo il nesso di *continuità* (non con uno specifico in-

45. A. Barak, cit., p. 146.

46. Tale indirizzo, sostenuto da taluni orientamenti di teoria del diritto, è criticato da M. Taruffo, cit., il quale ha evidenziato l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali ispirati alla preminente o esclusiva considerazione di determinati fattori: il sesso (la *feminist jurisprudence*), la razza, la religione, le condizioni economiche e sociali delle parti ecc.

dirizzo giurisprudenziale ma) con i *valori fondamentali* dell'ordinamento.

b) Un ulteriore aspetto che viene in rilievo a proposito del controllo esterno sulle decisioni dei giudici riguarda il controverso profilo del consenso sociale: il giudice deve tenere conto del grado di approvazione espresso dalla società nei confronti dell'una o dell'altra opzione valoriale in campo?

Si potrebbe chiudere il discorso evidenziando le difficoltà pratiche in cui si troverebbe un giudice che volesse effettuare una simile indagine⁴⁷: come conoscere gli orientamenti della società su questa o quella opzione valoriale?

Tale impostazione è troppo radicale e non considera che una interpretazione giudiziaria che sia in contraddizione con i valori sociali dominanti, non solo, mina la indispensabile fiducia che l'opinione pubblica deve avere nell'imparzialità del potere giudiziario, ma non considera che le decisioni dei giudici sono *criticabili*: «È l'opinione pubblica, in fondo, a rendere effettive le sentenze; una giurisprudenza non dura se non incontra consenso⁴⁸». Se la loro attività è criticabile *ex post* dalla collettività, non v'è ragione di ritenere che i giudici debbano ignorare gli orientamenti presenti nella società, essendo invece auspicabile che si astengano dal farsi paladini di nuovi valori non emersi nella società o troppo controversi. Se le decisioni dei giudici (o alcune di esse) hanno forza normativa è perché sono accolte come tali non solo dalle parti, ma anche dalla «comunità giuridica e dal contesto sociale»⁴⁹.

Se il giudice non è semplice bocca del legislatore, ma partecipa oggi più di ieri alla creazione del diritto, aumenta il bisogno di un controllo sociale sul suo operato⁵⁰. Tale controllo diffuso è possibile se le *rationes* delle decisioni non rimangano occulte nelle pieghe del tecnicismo testuale ma siano palesate dai giudici mediante l'enunciazione delle opzioni valoriali compiute.

c) Infine, sviluppando quanto si è detto poc'anzi, un metodo per rendere più oggettivo il controllo

esterno sulle decisioni dei giudici è di valutarle sempre in stretta relazione ai casi concreti: se il significato dei principi e valori in conflitto «non è determinabile in astratto, ma solo in concreto, e solo in concreto se ne può intendere la portata»⁵¹, è con riferimento al contenuto e agli effetti concreti delle singole decisioni che dovrebbe essere apprezzato il consenso o l'approvazione sociale.

Il contrasto sui valori ovvero sulla determinazione della loro importanza in via comparativa è alimentata da un approccio teorico che pretenda di dare ai problemi risposte valide *in astratto* e una volta per tutte, mentre esso è destinato a sciogliersi o a ridursi se si ha riguardo ai concreti casi della vita che vengono portati nelle aule di giustizia e alle risposte date dai giudici in concreto. Non è questa una prospettiva più efficace e tollerabile (anche perché rispettosa del diritto delle persone all'autodeterminazione) per valutare la *giustizia* delle decisioni che implicano delicate scelte valoriali?

10. Si è detto (al par. 9, p.a) della necessità che nelle decisioni che implicano opzioni valoriali (e ciò non accade solo nei c.d. casi difficili) il giudice sia *sincero*, cioè si sforzi di enucleare quali sono i valori in campo e quale sia la sua scelta. È una prospettiva fruttuosa che rende più trasparente l'attività giurisdizionale nell'interesse della collettività e degli stessi giudici (soprattutto in sede di impugnazione).

Quando le norme si prestano a diverse interpretazioni plausibili e legittime e, come talora accade, la scelta dipende da opzioni valoriali, è auspicabile che tali opzioni non vengano bandite dall'argomentazione giuridica, ma siano manifestate (soprattutto, dai giudici di ultimo grado) ed entrino a pieno titolo nel dibattito giuridico. Si cercherà con qualche esempio e in modo molto sommario di dimostrare come scelte valoriali occulte possano celarsi in decisioni su questioni dense di tecnicismo giuridico, che l'interprete dovrebbe sforzarsi di enucleare.

47. In senso critico sulla possibilità per il giudice di fare appello alla coscienza sociale come strategia interpretativa per chiarire il significato di concetti generici, indeterminati e valutativi contenuti nella normativa costituzionale in tema di diritti fondamentali, G. Pino, cit., pp. 28 ss.

48. In tal senso R. Bin, cit., p. 98, secondo il quale: «È la critica a testare *rationes* e argomenti usati dai giudici per giustificare ognuna delle loro decisioni. È la critica ad ammonire i giudici a non oltrepassare la sottile linea che ne delimita la funzione e a basare le loro decisioni su specifiche regole di diritto. È la critica che può correggere il comportamento delle corti che discettano dei diritti senza avere un collegamento preciso con casi e fatti specifici».

49. M. Taruffo, cit. Secondo A. Barak, cit., p. 208, i giudici dovrebbero «ricercare soluzioni in linea con il consenso sociale, o per lo meno non in contraddizione con esso».

50. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, 2007.

51. G. Pino, cit., 34; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 1992, p. 149.

a) In materia espropriativa, prima delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 e 181 del 2011 (e del successivo adeguamento legislativo), i criteri di determinazione delle indennità di esproprio – molto penalizzanti per i privati proprietari dei beni espropriati – erano diversi a seconda che si trattasse di beni edificabili e non edificabili e/o agricoli (si escludeva l'esistenza di un *tertium genus* di beni e anche la possibilità di riconoscere la cd. edificabilità di fatto); sicché la previa qualificazione urbanistica dei beni costituiva un passaggio necessario per la corretta quantificazione delle indennità secondo i diversi criteri legali previsti per le due categorie di beni (e, di conseguenza, l'erronea valutazione urbanistica da parte dei giudici era censurabile per cassazione come "violazione di legge" perché direttamente incidente sull'applicazione di quei criteri *legali*).

Oggi il quadro è mutato, essendo applicabile il criterio del valore di mercato per tutti i beni, edificabili e non (con una limitata eccezione che qui non rileva).

In tale nuovo contesto può ancora ritenersi essenziale la previa qualificazione urbanistica dell'area espropriata come un insopprimibile presupposto *legale* per la determinazione del valore di mercato, ora che è venuto meno il sistema binario o bipolare di stima dell'indennità in base alla natura dell'area? Può ancora ritenersi che l'erronea qualificazione urbanistica renda viziata per violazione di legge, censurabile *ex art. 360 n. 3 cpc*, la determinazione di tale valore operata dal giudice di merito?

A queste domande la prevalente giurisprudenza di legittimità offre tuttora risposta positiva⁵², facendo leva sulla lettera del superstite terzo comma dell'art. 5 *bis* dl. n. 333 del 1992, conv. dalla legge n. 359/1992, secondo il quale «Per la valutazione delle edificabilità delle aree, si devono considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio».

Non si vuole contestare che l'interpretazione corrente sia *compatibile* con l'argomento letterale men-

zionato, ma non v'è dubbio che essa non sia l'unica possibile, essendovi buone ragioni per ritenere ammissibile (e preferibile) un'interpretazione diversa. Queste ragioni si possono così riassumere:

- l'oggetto dell'indennità di esproprio è la perdita della proprietà di un bene, unitariamente inteso, non già di una facoltà o di un attributo (lo *jus edificandi*) di esso, come invece avviene nel diverso caso dell'indennizzabilità per la reiterazione dei vincoli espropriativi; e analogamente, lo scopo del giudizio non è (o non dovrebbe essere più) quello di fare la radiografia urbanistica dei beni espropriati;
- non è chiaro quale rilievo abbia la classificazione urbanistica di un'area (edificabile o non edificabile⁵³) che debba essere stimata comunque in base al suo valore di mercato: se si intende dire che il valore dipende da tutte le caratteristiche concrete del bene, e quindi anche dall'accertamento della sua edificabilità legale, si dice una cosa ovvia, ma ciò non è sufficiente a trasformare un eventuale errore *di fatto* nella concreta quantificazione del valore di mercato in un errore *di diritto* censurabile per violazione di legge (tanto più che tale errore di diritto non necessariamente sarebbe decisivo sul risultato finale della quantificazione dell'indennizzo);
- secondo una risalente ma condivisibile giurisprudenza, il valore del bene è desumibile dai dati economici concreti «a prescindere dalla sua condizione giuridica»⁵⁴ e, comunque, la condizione urbanistica «avendo influenzato il prezzo di mercato delle aree omogenee ha già riverberato i propri effetti sul valore dell'area da stimare ed il suo nuovo calcolo darebbe vita ad una duplicazione del tutto illogica e inammissibile»⁵⁵; «la qualificazione dell'area come edificabile o non, condotta sulla base dei relativi criteri legali, non assume rilevanza diretta, poiché quel che rileva, invece, è l'identificazione dell'effettivo valore venale di quell'area»⁵⁶;

52. Secondo Cass., sez. I, n. 22992/2014: «... operazione preliminare necessaria, nella determinazione dell'indennizzo espropriativo, è l'accertamento della natura del fondo espropriato, ai fini dell'adozione del corretto criterio di determinazione indennitaria, se edificabile o meno (anche a seguito delle recenti dichiarazioni di incostituzionalità, è rimasto in vigore dl. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 *bis*, comma 3 conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359, che pone la summa divisio tra suoli edificabili e non edificabili), verificandosi in primo luogo se sussista l'edificabilità legale, configurabile secondo la disciplina contenuta negli strumenti urbanistici».

53. A tal fine non pare che si possa dare rilievo al fatto che nel capo VI del TU sugli espropri (d.lgs n. 327 del 2001) vi sia una sezione (la III) dedicata alle aree edificabili o edificate e un'altra sezione (la IV) alle aree non edificabili, essendo comune nelle due tipologie il criterio di stima (valore di mercato).

54. Cass., sez. I, n. 1589/1980, n. 2392/1990.

55. Cass., sez. I, n. 7145/1993.

56. Cass., sez. I, n. 5451/1993, n. 8075/1998, n. 7967/1999.

- come osservato dalla Corte costituzionale⁵⁷, «tale punto di riferimento [il valore di mercato] non può variare secondo la natura del bene, perché in tal modo verrebbe meno l'ancoraggio al dato della realtà postulato come necessario per pervenire alla determinazione di una giusta indennità. Con ciò non si vuol negare che le aree edificabili e quelle agricole o non edificabili abbiano carattere non omogeneo. Si vuol dire che, pure in presenza di tale carattere, anche per i suoli agricoli o non edificabili sussiste l'esigenza che l'indennità si ponga "in rapporto ragionevole con il valore del bene"». E tale rapporto ragionevole, che consiste oggi nel riferimento al valore di mercato, viene evidentemente compromesso se un dato astratto (qual è la classificazione urbanistica) viene a prevalere su un dato di realtà (il valore di mercato), ferma l'irrilevanza del *surplus* di valore connesso ai beni abusivi.

Quale messaggio si può ricavare in termini di valori *impliciti* o *sotterranei* che ispirano la giurisprudenza nella vicenda che si è descritta? Spetta all'interprete ricavarli, non essendo esplicitati apertamente nelle sentenze.

La risposta da dare è probabilmente nell'ancoraggio della giurisprudenza a una certa interpretazione dell'art. 42, secondo comma, Cost. sulla cd. "funzione sociale" della proprietà, formula che è stata utilizzata per molto tempo per consentire ai pubblici poteri di acquisire i beni privati (anche all'esito di procedimenti illegittimi) senza dover corrispondere il giusto prezzo. Oggi questa impostazione, che riemerge implicitamente nelle *rationes decidendi* delle sentenze, non è più sostenibile, anche grazie alla giurisprudenza Edu, essendosi compreso che *altro* è il significato di quella formula costituzionale. È come se i giudici non condividessero fino in fondo l'ancoraggio normativo dell'indennizzo al valore di mercato e cercassero in qualche modo di bilanciarne gli effetti mediante l'enucleazione di un nuovo criterio, anomalo e astratto, il «*valore di mercato legale*», di nuovo potenzialmente penalizzante per i privati.

b) Un altro esempio riguarda il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Un giornalista aveva fatto istanza di accesso ed estrazione in copia dei contratti derivati in titoli sottoscritti dal Ministero dell'economia e delle finanze, avendo necessità di acquisirli ai fini dell'esercizio del

diritto di cronaca (art. 21 Cost.), tenuto conto anche di una inchiesta parlamentare in corso. La risposta del Consiglio di Stato⁵⁸ è stata negativa in base alle seguenti ragioni: il diritto d'accesso agli atti amministrativi, in base alla legge n. 241, non è connotato da caratteri di assolutezza e soggiace, oltre che ai limiti di cui all'art. 24 della legge n. 241 del 1990, alla rigorosa disamina della posizione legittimante del richiedente, il quale deve dimostrare un *proprio e personale interesse* (non di terzi, non della collettività indifferenziata) a conoscere gli atti e i documenti richiesti; secondo il Consiglio di Stato, il diritto di cronaca è presupposto fattuale del diritto ad esser informati, ma non è di per sé solo la posizione che legittima il privato all'accesso ai sensi della legge n. 241; altrimenti, si finirebbe per introdurre una sorta di inammissibile azione popolare sulla trasparenza dell'azione amministrativa che la normativa sull'accesso non conosce.

Questa interpretazione restrittiva del diritto di accesso, che è in linea con la giurisprudenza amministrativa⁵⁹, è *compatibile* con le disposizioni della citata legge n. 241 del 1990 in base alle quali «non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni» (art. 24, comma 3); «la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata» (art. 25, comma 2); sono "interessati" all'accesso coloro «che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (art. 22, comma 1, lett. b).

Tuttavia, da questa interpretazione - venendo al discorso sui valori - traspare una visione *paternalistica* e di difesa corporativa degli organi dello Stato, nella misura in cui conferisce al giudice il potere di attribuire (o non attribuire) un diritto che è riconosciuto dalla legge in applicazione di un precetto costituzionale (l'art. 97 sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione).

A questa *visione* se ne può contrapporre un'altra, ugualmente *compatibile* con il testo delle disposizioni menzionate, fondata sul principio-valore secondo cui «l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza» (art. 22, comma 2, della legge del 1990).

57. Sentenza n. 181/2011.

58. Cons. di Stato, sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631.

59. V., ad esempio, Cons. di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 201, secondo cui il giudice può ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione.

Si dimostra l'importanza che il giudice, all'esito di una valutazione comparativa dei valori in campo, espliciti quello prescelto.

c) Nell'ambito del diritto privato, la filiazione è materia densa di problematiche interpretative aventi implicazioni valoriali.

La questione che si pone è la seguente: premesso che il termine di un anno per la proposizione della domanda di disconoscimento della paternità decorre dalla scoperta dell'adulterio⁶⁰, è possibile fare coincidere tale scoperta con il momento del conseguimento della certezza negativa della paternità biologica (cioè con l'effettuazione del test ematologico)? *Nulla questio* nei casi di sicura scoperta dell'adulterio (inteso come vera e propria relazione o incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere) in epoca precedente al raggiungimento della certezza negativa della paternità biologica; ma nei casi in cui vi sia incertezza su tale scoperta (e sulla data della stessa), è possibile fare decorrere il termine dalla data di effettuazione del test ematologico tramite il quale si ha conoscenza certa della verità biologica?

La giurisprudenza di legittimità è in senso contrario⁶¹: fa leva sulla lettera dell'art. 244, secondo comma, cc che fa decorrere il termine dalla scoperta dell'adulterio, sicché chi agisce in giudizio è tenuto a provare tale circostanza, ai fini della prova della tempestività dell'azione, a prescindere dal fatto, che si assume di nessun rilievo, del raggiungimento della certezza negativa della paternità biologica, nemmeno come elemento presuntivo (della conoscenza dell'adulterio) idoneo a determinare un'inversione dell'onere della prova a carico di chi si oppone all'azione di disconoscimento.

In tal modo quale valore è tutelato in via preferenziale? Certamente quello della stabilità dello *status* legale e della famiglia matrimoniale (cd. *favor legitimitatis*).

Così impostata la questione, quella offerta dalla Cassazione appare come un'interpretazione coerente con l'art. 30, quarto comma, Cost. che rimanda alla legge di stabilire le norme e i limiti per la ricerca della verità.

Tale interpretazione, tuttavia, non è l'unica possibile se si considera che il *favor legitimitatis* è tutelato dalla legge mediante la stessa previsione di un termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento da parte del padre legale⁶². Ed è ovvio che se si fissa la decorrenza di tale termine da una data in cui potenzialmente la persona non è in condizione di esercitare l'azione di disconoscimento o se, comunque, si pongono ostacoli all'esercizio della stessa (ponendo a suo carico l'onere di fornire prove diaboliche della tempestività dell'azione), il *favor legitimitatis* finisce per ricevere una tutela *doppia* rispetto a quella che sarebbe consentita.

L'indagine relativa all'adulterio torna indirettamente ad assumere carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo, che è quanto la Corte costituzionale ha stigmatizzato. Infatti, secondo la Consulta, «Il subordinare – sulla base del diritto vivente in precedenza richiamato – l'accesso alle prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrilevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo status e alla identità biologica (sentenza n. 50 del 2006)»⁶³. La conseguenza è il sacrificio del principio del *favor veritatis*⁶⁴.

Un'ultima notazione riguarda il citato art. 30, quarto comma, Cost. che rimanda alla legge di stabilire le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Esso – al pari del terzo comma che tutela i figli nati fuori del matrimonio nei limiti della «[compatibilità] con i diritti della famiglia legittima» – è ritenuto ormai superato. Secondo la dottrina la predetta norma costituzionale rappresentava l'esito di un bilanciamento tra i diritti e gli interessi dei genitori con quelli dei figli e con l'esigenza di tutela dell'istituzione familiare: oggi, però, la giurisprudenza europea e il legislatore, quando si occupano della filiazione, non

60. Corte cost. n. 134/1985 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 244 cc nella parte in cui non disponeva, per il caso previsto dall'art. 235 n. 3 cc (in tema di adulterio della moglie nel periodo del concepimento e prova della esclusione della paternità), che il termine di un anno dell'azione di disconoscimento decorresse dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie (la norma faceva decorrere il termine dalla nascita o dalla scoperta della nascita).

61. V., tra le altre, Cass., sez. I, n. 25263/2008.

62. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.

63. V. Corte cost. n. 266/2006.

64. Sul crescente rilievo del *favor veritatis* v., tra le altre, Corte cost. n. 7/2012 e Cass., sez. I, n. 19599/2016.

fanno più un bilanciamento a tre, ma soltanto a due (genitori-figli), essendo ormai quasi scomparso quello che è considerato un “terzo incomodo”, cioè la tutela della famiglia quale involucro formale⁶⁵.

La persona che invochi il riconoscimento della *verità* (cd. *favor veritatis*) si limita a far valere un principio basilare: non si può fingere in materia di fatti, come invece si può in materia di diritto (*circa facta non potest fingi sicut circa iura*). La legge, ostacolando l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, si arroga *iure imperii* il potere di mutare la verità dei fatti (facendo apparire come esistente una filiazione *naturale* che non c'è), in contrasto con le consolidate massime secondo cui «non si può cam-

biare la verità di fatto» (*veritas facti non potest mutari*), o «l'autorità delle leggi non può abolire la verità naturale» (*auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere*)⁶⁶. All'obiezione secondo cui ciò già accade nella filiazione adottiva si può replicare che in tale forma di filiazione la legge si limita a modificare il diritto (*fictio legis*) per uno scopo solidaristico, creando un rapporto *legale* di filiazione, ma non si arroga il potere di creare una filiazione *naturale* inesistente.

Non è forse questo un esempio di come decisioni apparentemente *tecniche*, nella specie in ordine alla decorrenza di un termine per la proposizione di un'azione, possano nascondere opzioni valoriali di massimo rilievo?

65. E. Lamarque, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro su Famiglia e filiazione*, Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, giugno 2013, in www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/12/Lamarque-Catania.pdf.

66. Secondo Y. Thomas, *Fictio legis*, 2016, p. 114, la natura come sostrato normativo dei comportamenti umani è tornata ad essere un criterio dominante a livello giuridico e ideologico.

Dire il diritto che non viene dal sovrano

di *Enrico Scoditti*

Nell'ipotesi di diretta attuazione della Costituzione, per i casi non contemplati dalla legge, il diritto che il giudice applica non è il principio costituzionale astrattamente considerato, ma la norma di diritto risultante dal bilanciamento dei principi in relazione alle circostanze del caso concreto. Il diritto di cui si fa applicazione non è quindi posto dal legislatore, ma rinvenuto dal giudice quale regola del caso concreto. La sentenza che enuncia il relativo principio di diritto costituisce precedente vincolante per i casi riconducibili al medesimo principio perché solo nella pronuncia giudiziaria, e non altrove, si è manifestato il diritto. Laddove il diritto non venga dal sovrano (come anche nell'ipotesi di concretizzazione delle clausole generali) deve pertanto presumersi operante la regola dello *stare decisis*. Se invece il diritto da applicare corrisponde a quello legislativo, i margini di vincolatività del precedente sono fissati dal legislatore.

1. Il diritto che viene dal sovrano e il precedente giudiziario

La sottoposizione del diritto ad un sovrano, e la sua liberazione dal particolarismo medievale, corrispondono per Max Weber alla conquista di quella razionalità formale che sola consente alla moderna economia di funzionare. Alle esigenze di prevedibilità delle moderne relazioni economiche risponde una decisione giuridica che sia applicazione di una fattispecie generale e astratta al caso concreto, e non l'empirismo del precedente giudiziario del mondo anglosassone¹. Il diritto è certo se posto da un sovrano, e applicato da un giudice mediante sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, mentre perde la virtù della calcolabilità se affidato all'arte empirica dell'inferire un caso particolare da un altro caso particolare, senza passare attraverso l'astrazione della previsione astratta e generale. Al di là del pregiudizio weberiano nei confronti del basso grado di razionalità formale del diritto anglosassone, diritto legislativo e

diritto giurisprudenziale si collocano subito all'interno delle grandi categorie che le scienze sociali pongono a base del Moderno.

Il diritto posto dal sovrano ha, sul piano del tipo ideale, il crisma dell'artificialità, e dunque dell'innovazione dell'ordine preesistente. All'interno della grande distinzione fra *Kultur* e *Zivilisation*, tradizione e modernità, il diritto legislativo è chiaramente sul secondo versante. La certezza del diritto è un attributo del principio di legalità perché il diritto del sovrano, e soprattutto del sovrano democratico del 1789, che porta a compimento il processo di dissoluzione dell'antico regime cetuale inaugurato dall'assolutismo monarchico, introduce il principio dell'autorità certa a fronte del particolarismo e della sovrapposizione di ordinamenti e giurisdizioni che caratterizzava il mondo giuridico medievale. «Soltanto per il fatto che diviene legge, ciò che è diritto ottiene non solamente la *forma* della sua universalità, sibbene la sua verace determinatezza»². Grazie alla legge il diritto acquista la sua forma determina-

1. M. Weber, *Economia e società*, III, Milano, 1980, p. 17 e p. 196.

2. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio con le Aggiunte di Eduard Gans*, Roma-Bari, 2010, p. 170.

ta, e questa forma è quella dell'universalità. Il precedente giudiziario, nel mondo giuridico dominato dal diritto posto dal sovrano democratico, è venuto acquisendo il ruolo di supporto determinante degli attributi del principio di legalità, l'eguaglianza e la certezza del diritto.

L'origine del diritto nell'atto del sovrano impedisce che il precedente acquisti una naturale efficacia vincolante. Il giudice, come recita l'art. 101 della Costituzione italiana, resta soggetto (solo) alla legge. La necessità però di salvaguardare eguaglianza e certezza impone la presenza di una Corte Suprema a garanzia dell'«uniforme interpretazione della legge» e dell'«unità del diritto nazionale», come recita l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario. La funzione nomofilattica della Corte di cassazione trova qui la sua radice: nell'ineludibile vincolo alla legge del giudice e nella necessità allo stesso tempo che la legge, il diritto posto dal sovrano, trovi attuazione in modo certo ed eguale per tutti i cittadini. Il precedente è strumento di garanzia del principio di legalità. Si comprende così perché il giudice, soggetto soltanto alla legge, dal precedente può discostarsi. La vincolatività del precedente è debole, perché è cedevole rispetto alla legge. In un sistema legalistico la forza vincolante del precedente non può che derivare dal diritto positivo. Se il giudice è soggetto alla legge, solo quest'ultima può stabilire margini di vincolatività del precedente e può farlo in misura più o meno estesa, nel rispetto del principio previsto dall'art. 101 della Costituzione. È quanto accade con l'art. 374, comma 3, cpc che prevede che se la sezione semplice della Corte di cassazione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime la decisione del ricorso. Al precedente enunciato dalle sezioni unite non è però vincolato il giudice di primo o secondo grado, il quale, motivando sul punto, può appellarsi alla legge contro il precedente e riaprire il circuito della nomofilachia. Sarà la Corte Suprema ad assicurare a questo punto l'«esatta osservanza» della legge. La disposizione di cui all'art. 374 è di carattere procedimentale. Non si può parlare di vincolo formale al precedente finché una disposizione legislativa non preveda la possibilità di impugnare la sentenza in quanto difforme dal precedente della Corte regolatrice³.

Il precedente giudiziario del *common law*, in quanto relativo ad un diritto che non viene dal so-

vano, è dotato di una vincolatività propria, ontologica, che non viene dal diritto positivo e che rinvia all'appartenenza del precedente al sistema delle fonti (quanto meno dopo il superamento della teoria classica di Blackstone della natura dichiarativa della giurisprudenza). La fenomenologia del precedente di *common law* resta estranea al principio di legalità. Si tratta perciò di una vincolatività forte (e tecniche quali quelle del *distinguishing* e dell'*overruling* presuppongono l'esistenza di quella vincolatività). Un diritto che non viene dal sovrano è, quanto meno sul piano del tipo ideale, dal lato della *Kultur* e non della *Zivilisation*. Il problema storico dello *stare decisis* (*et non quia movere*) nel mondo anglosassone è la preservazione della tradizione, la protezione delle *ancient common laws and customs of the realm*. Tocqueville opponeva alla volontà di potenza della sovranità popolare ed alla nuova foga democratica post-rivoluzionaria il procedere con lentezza e la visione conservatrice del giudice anglosassone, garante della *lex terrae*. Il riferimento allo standard esistente è il primo canone del giudice di *common law*⁴. La forma di legge ha determinato la scissione di diritto e *ethos* collettivo, favorendo la sublimazione tecnica del ragionamento giuridico ammirata da Weber per la sua capacità di rendere prevedibile e calcolabile il diritto. Quella rottura di diritto e *ethos collettivo* non si è mai veramente consumata al di là della Manica. Naturalmente il giudice anglosassone non è più il vecchio *magistrate* protettore della *old constitution* non scritta. I celebri casi costituzionali della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di diritti civili vanno sicuramente ascritti alla *Zivilisation* e non alla *Kultur*. Il giudice è qui dal lato della modernizzazione e del mutamento sociale, e non da quello della tradizione. E tuttavia, anche nella forma più aggiornata di pensiero giuridico angloamericano, proclamatrice dei valori universalistici e egualitari, e cioè la teoria interpretativa del diritto di Ronald Dworkin, resta l'orientamento al passato. Per Dworkin è un modello di ragione, e non il mero rispetto della tradizione, che guida l'interprete, ma quel modello è depositato nella prassi giuridica della comunità, e compito del giudice è fornirne la migliore interpretazione. Nell'ambito di un'importante polemica filosofica di oltreoceano si è precisato che il vincolo al caso precedente non corrisponde ad un rapporto fra le individualità dei giudici, ma alla partecipazione ad una comune tradizione

3. Come proposto da F. Galgano, *Stare decisis e no della giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 12.

4. M.A. Eisenberg, *La natura del common law*, Milano, 2010, *passim*. Contrappone la concezione legislativa e creazionistica del diritto a quella giudiziale ed evolucionistica M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, vol. 44, pp. 67 ss.

cui il giudice attuale ed il suo predecessore, con minore o maggiore successo, mirano ad essere fedeli⁵.

Se lo *stare decisis* è l'altra faccia di un diritto non posto dal sovrano, ma rinvenuto nella "catena narrativa" dei precedenti giudiziari per dirla con Dworkin⁶, vi è da chiedersi quali riflessi vi siano sul precedente nella tradizione di *civil law* una volta che anche essa si apra ad un diritto che non viene dal sovrano. È il tema della diretta attuazione della Costituzione da parte dei giudici comuni per i casi non contemplati da una previsione legislativa (fermi i limiti della riserva di legge), ed in genere dell'interpretazione costituzionale. Come riconosce la giurisprudenza costituzionale, a fronte della carenza di una specifica disciplina legislativa spetta al giudice del caso concreto ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali⁷.

2. Costituzione e sovranità

Dire la Costituzione non è come dire il diritto che viene dal sovrano. La Costituzione non è meramente posta da un sovrano alla stessa stregua del diritto legislativo. Il punto di vista del positivismo giuridico è quello di una integrale artificialità del diritto, al punto che gli stessi principi costituzionali risultano «positivizzati ed imposti come condizioni di validità»⁸ e le norme costituzionali rilevano «quali che siano i principi e i diritti in esse stipulati»⁹. L'indifferenza rispetto ai contenuti del principio di legalità, e la riduzione di quest'ultimo a mera tecnica di garanzia di quei contenuti, propugnate dal giuspositivismo, vengono

trasferite dal diritto ordinario a quello costituzionale. La Costituzione, secondo questa lettura, è il risultato puro e semplice di un atto di posizione da parte di un'autorità sovrana.

Nella letteratura recente si va sempre più problematizzando il nesso fra Costituzione e sovranità. La Costituzione, è stato scritto, non si basa sull'esplosione di una volontà, su un potere, ma su una norma, il complesso di principi fondamentali che la compongono, e si realizza in modo processuale come attuazione di quei principi da parte della pluralità dei poteri che essa istituisce, in primo luogo legislatore e giudici¹⁰. Un potere costituente che dichiari i diritti fondamentali non può identificarsi nella posizione del diritto quale decisione sciolta da ogni contenuto o vincolo presupposto alla stessa stregua della decisione assoluta di Carl Schmitt. Quel potere, dichiarando i diritti fondamentali, è già diritto. Se il potere costituente è capace di diritto (come l'uomo di Agostino, *capax Dei*), vuol dire che non è solo potere o volontà, ma anche diritto. I principi costituzionali non hanno il crisma dell'artificialità che connota il diritto che viene dal sovrano perché costituente e costituito si appartengono reciprocamente. Non c'è un sovrano che preceda la costituzione: il sovrano è sia causa che effetto della Costituzione. Si tratta di un processo circolare, nel quale «il primo diventa anche l'ultimo, e l'ultimo anche il primo»¹¹. Il potere costituente non è un nudo volere, ma è governato dai principi che il documento costituzionale enuncia e l'instaurazione di una Costituzione non è un mero fatto empirico di posizione ma è un processo animato da un criterio regolativo, che è il complesso di principi che si va ad enunciare. Il

5. R. Brandom, *Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms*, in *European Journal of Philosophy*, VII, 1999, pp. 179 ss. e J. McDowell, *Comment on Robert Brandom's "Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism"*, *ibidem*, pp. 192 ss.

6. R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, pp. 215 ss.

7. Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, *Il Foro italiano*, 1998, I, 996 e 26 settembre 1998, n. 347, *ibidem*, 3042. Nega la possibilità dell'applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti privati C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 37 ss, mentre l'ammette con riferimento alla materia contrattuale, sia pure nei limiti delle norme in forma di regola e non di principio, G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giustizia civile*, 2015, pp. 262 ss., mentre l'ammette, in mancanza di una regolamentazione legislativa specifica, G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 443 ss.

8. L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, p. 190.

9. *Ibidem*.

10. M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 16 ss. Il potere costituente non è un fatto empirico separabile da ciò che crea, ma è un atto che è parte della sua stessa creazione: «esso, creando, si è modificato, è condizionato da ciò che ha costituito» (B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, p. 206). Scrive Paolo Grossi: «la Costituzione preesiste alle istituzioni del potere; essa, infatti, esiste prima di essere scritta, fatto originario della comunità radicato negli strati più profondi di essa, che trova nei centotrentanove articoli unicamente una manifestazione» (P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 31).

11. G.W.F. Hegel, *Scienza della logica*, I, Bari, 1977, p. 70.

sovrano costituente non è un soggetto assoluto sciolto da vincoli. L'autore della Costituzione è parte di essa. In fondo, il processo costituente è un processo di auto-creazione costituzionale.

Assumere l'integrale artificialità dei principi costituzionali, quale risultato del mero fatto empirico della positivizzazione, vuol dire confinare quei principi nel regno dell'indifferenza contenutistica e del divenire, in base al quale le norme «sono emanate e abrogate, tratte dal nulla o ricacciate nel nulla»¹². La lettura del costituzionalismo con le lenti del giuspositivismo schiude le porte al cosiddetto nichilismo giuridico. Dare avvio al processo costituente non è invece un «puro nulla, ma un nulla da cui deve uscire qualcosa. Dunque anche nel cominciamento è già contenuto l'essere»¹³. Le norme costituzionali non sono tratte dal nulla¹⁴. Le stesse norme ordinarie non vengono dal nulla. La prospettiva del nichilismo giuridico non coglie che in presenza di una Costituzione rigida la posizione legislativa non è nuda volontà e artificio perché il legislatore, cui per primo compete l'attività di bilanciamento, come ricorda il giudice delle leggi¹⁵, quando pone una norma bilancia principi costituzionali.

Quando si applica il diritto costituzionale si dice dunque un diritto che non viene *sic et simpliciter* dal sovrano. La giurisdizione rispetto alle norme costituzionali ha un significato diverso da quella relativa alle norme ordinarie. Attuare la Costituzione vuol dire partecipare ad un processo di concretizzazione di principi con l'insieme dei poteri istituiti dalla Costituzione stessa. A differenza del diritto legislativo, che è una forma conclusa e definita in attesa delle diverse puntualizzazioni interpretative, con la Costituzione la concretizzazione è la forma stessa del diritto. Il complesso di principi fondamentali è immanente non solo al fatto della sua posizione originaria, ma anche alla sua diuturna attuazione. Il diritto costituzionale

coincide con la concretizzazione dei suoi principi e quella concretizzazione non è opera solo del sovrano democratico, ma anche dei giudici¹⁶. Per la parte in cui la concretizzazione dei principi costituzionali è opera dei giudici si tratta di un diritto che non viene dal sovrano. Dire un tale diritto è cosa diversa dal dire il diritto che viene dal sovrano. Nell'ottica della forma costituzionale del diritto il precedente giudiziario non può più essere concepito come in un comune sistema a dominanza legislativa. Per comprendere la portata del precedente è necessaria una lunga digressione sul diritto costituzionale, a partire da una delle teorie più influenti nell'odierno panorama giusfilosofico, quella di Luigi Ferrajoli.

3. In difesa del diritto per principi

La teoria e la prassi del diritto costituzionale degli ultimi decenni è contrassegnata dal tema del bilanciamento dei principi costituzionali. Il bilanciamento è un metodo ermeneutico mediante cui coordinare i principi concorrenti nel caso concreto. La prevalenza dell'un principio e la soccombenza dell'altro, anche in forme graduate, sono guidate dal canone della proporzionalità¹⁷. Viene in rilievo, a questo proposito, la distinzione fra principi e regole: mentre i primi concorrono ai fini della regolazione del caso, ragione per la quale cadono nel bilanciamento, le seconde, avendo la forma della regolamentazione di specifici presupposti di fatto, costituiscono disciplina esclusiva del caso, per cui l'applicazione di una regola esclude l'applicabilità delle altre¹⁸. L'alternativa è fra normatività condivisa e normatività esclusiva. Come afferma il giudice costituzionale, «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta

12. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 34.

13. G.W.F. Hegel, *Scienza della logica*, I, cit., p. 73.

14. Ravvisa un'incompatibilità fra positivismo giuridico, quale riduzione del diritto alla volontà del sovrano, e costituzionalismo proprio sul terreno del garantismo, già N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 985 ss.

15. Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317, *Il Foro italiano*, 2010, I, p. 359.

16. «La costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ricrea continuamente dal concorso di molteplici volontà che, nel convergere verso di essa e secondo i modi di questa convergenza, la ridefiniscono continuamente nella sua portata storico-concreta» (G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther (a cura di) *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 75).

17. R. Alexy, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, pp. 23 ss.

18. La letteratura in argomento è vastissima, sufficiente è richiamare i fondamentali contributi di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 e R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»¹⁹. La lettura del diritto costituzionale in termini di bilanciamento fra principi è stata radicalmente messa in discussione da Luigi Ferrajoli.

Il punto di partenza della teoria assiomatica del diritto di Ferrajoli è il carattere integralmente artificiale del diritto conseguente alla circostanza del suo essere posto, a partire dalle stesse norme sui diritti fondamentali contenute nella Costituzione. La declinazione assiomatica della teoria risiede nell’assunzione stipulativa di condizioni di validità cui le norme poste devono risultare coerenti pena la loro illegittimità. L’introduzione su basi stipulative del criterio di validità delle norme all’interno del sistema designa l’integrazione del positivismo giuridico con il paradigma costituzionalistico²⁰. L’antica contrapposizione fra normativismo e realismo si ricompone all’interno di un sistema interamente formalizzato e artificiale su basi convenzionali, nell’ambito del quale l’invalidità della norma posta corrisponde all’ineffettività della norma costituzionale violata e le necessità logiche del sistema assiomatico (coerenza e completezza) implicano la restituzione di effettività alla norma superiore violata mediante la dichiarazione d’illegittimità della norma vigente ma invalida.

Le condizioni di validità, quali assiomi stipulativi di partenza di un sistema formalizzato, non sono suscettibili di bilanciamento. La caduta dei diritti fondamentali nel bilanciamento ha il significato della lesione del garantismo costituzionale, secondo una critica che fu anche di Habermas²¹. Per Ferrajoli biso-

gna distinguere fra principi direttivi, che sono norme non suscettibili di essere violate e che si limitano a prescrivere finalità per le politiche pubbliche, e principi regolativi, in pratica i diritti fondamentali, costituenti invero regole, le quali in quanto tali possono essere violate o applicate. Il fraintendimento del cosiddetto costituzionalismo principialista risiede per Ferrajoli nel fatto che si ritiene che siano i principi ad essere bilanciati, laddove invece sono le circostanze di fatto ad essere bilanciate secondo il modulo della ponderazione equitativa. Quando emerge il conflitto tra il diritto della libertà di stampa e di informazione e il diritto alla riservatezza e alla reputazione, ad esempio con riferimento a personaggi della vita pubblica in occasione della loro candidatura a una carica pubblica di tipo elettivo, ciò che si pondera non sono le norme ma le caratteristiche del fatto: la natura e il grado di rilevanza pubblica della notizia rispetto al corretto esercizio della carica istituzionale, la natura della stessa carica e il tipo di funzioni ad essa affidate, il grado di incidenza che i fatti o le circostanze oggetto della notizia possono avere sul giudizio degli elettori. Più in generale l’argomentazione basata sull’equità, continua Ferrajoli, ha ad oggetto non il diritto applicabile, ma gli specifici connotati del fatto oggetto di giudizio che il giudice reputa rilevanti²².

In che senso, si è chiesto un autore, si possono ponderare fatti? «I fatti acquistano rilevanza, e dunque “peso”, nel diritto come altrove, solo alla luce di qualche criterio normativo, come può essere una norma giuridica (regola o principio), una valutazione morale o equitativa, una stima economica, ecc.»²³. La natura e il grado di rilevanza pubblica della notizia rispetto al corretto esercizio della carica istituzionale, il grado di incidenza che i fatti o le circostanze oggetto della notizia possono avere sul giudizio degli elettori, per tornare all’esempio di prima, sono valutati non quali nudi fatti ma per il significato che assumo-

19. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, *Il Foro italiano*, 2014, I, p. 451.

20. Il programma teorico di Luigi Ferrajoli (da ultimo si veda *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, cit.) porta a compimento la concezione pragmatico-convenzionalistica del giuspositivismo di Uberto Scarpelli, il cui manifesto è contenuto in *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; significativa è l’evoluzione del pensiero di Scarpelli nella direzione di un diritto per principi, come testimoniato dai suoi scritti più tardi, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di filosofia*, 1987, pp. 3 ss. e *Il positivismo giuridico rivisitato*, *idem*, 1989, pp. 461 ss. (in argomento rinviamo a E. Scoditti, *La filosofia del diritto del Novecento e il giuspositivismo di Uberto Scarpelli*, in *Democrazia e diritto*, 2011, n. 1-2, pp. 357 ss.).

21. J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, pp. 235 ss. e pp. 302 ss.; ma si può risalire alla polemica con il costituzionalismo per valori di Rudolf Smend contenuta in E. Forsthooff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 197 ss.

22. L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 95 ss. (e già *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 2771 ss.); *Id.*, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questo numero di *Questione Giustizia*.

23. G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 987.

no sulla base di un criterio. Se riteniamo che le circostanze oggetto della notizia possano influenzare il giudizio degli elettori vuol dire che abbiamo già dato prevalenza al diritto di informazione su quello alla riservatezza. Naturalmente il maggior peso del diritto di informazione dipenderà dalle circostanze del caso (l'oggetto della notizia in questione), ma questo deriva dal fatto che l'importanza del principio non va valutata in astratto, ma in relazione alle circostanze. I principi vanno bilanciati in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

Allo stesso modo circa l'argomentazione basata sull'equità in generale, la rilevanza che il giudice attribuisce agli specifici connotati del fatto dipende dalla regola di risoluzione del caso. I fatti sono valutati per il significato che assumono sulla base di un criterio. Caratteristica dell'equità è l'integrale congruenza del criterio ai fatti. Dalla esclusiva riconducibilità della regola al caso, quale tratto costitutivo dell'equità, discende l'impossibilità di ricondurre a quella regola altri casi. Nell'ipotesi di pronuncia secondo equità non si fa applicazione di norme di diritto, ma si dirime la controversia secondo equità, come dice l'art. 112 cpc. Il giudice non identifica una norma ma recepisce esclusivamente le circostanze fattuali desumendone *a posteriori*, secondo una logica perfettamente aderente alle circostanze del caso, la risoluzione della controversia. Dato che il giudice non applica norme di diritto, si comprende perché la decisione equitativa sia incensurabile per violazione di diritto ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc ed il ricorso per cassazione possa essere proposto solo per vizio motivazionale ai sensi dell'art. 360 n. 5 (salvo il controllo di coerenza ai principi informativi della materia nell'ipotesi di sentenza del giudice di pace). Nel caso invece del bilanciamento fra principi, come vedremo meglio più avanti, dalla decisione può essere indotta una regola cui possano essere ricondotti casi analoghi, quella che definiremo norma concreta di diritto. Benché la ponderazione dei principi concorrenti si svolga in relazione alle circostanze del caso, il giudice identifica una regola risultante dal bilanciamento, cui altri casi possono essere ricondotti, e l'affermazione del relativo principio di diritto è suscettibile di sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc. Ma è tempo di tornare alla teoria assiomatica del diritto, per riprendere il titolo dell'opera di esordio di Ferrajoli²⁴.

4. La concretezza del diritto costituzionale

L'illegittimità costituzionale di una norma è per Ferrajoli non solo un vizio giuridico, ma anche un vizio logico. Se il principio regolativo che funge da condizione di validità della norma corrisponde all'assunzione stipulativa di partenza del sistema, la sua violazione integra non solo un'illegittimità, ma anche un'incoerenza logica. Kelsen, secondo Ferrajoli, non coglie l'applicabilità della logica al diritto, perché resta al piano della corrispondenza dell'atto giuridico alle forme previste per la sua produzione. Bisogna invece acquistare anche il punto di vista del significato normativo. Su quest'ultimo piano emerge la contraddizione logica fra il significato della norma posta e quello della condizione sostanziale di validità²⁵.

L'identificazione dell'illegittimità costituzionale con un vizio di coerenza logica del sistema presuppone la preesistenza del parametro di costituzionalità rispetto al singolo caso. Quest'ultimo è rappresentato dalla classe di fatti, previsti in forma astratta e generale dalla norma, rispetto ai quali vanno ponderati i principi costituzionali. Identificato mediante la ponderazione il parametro, si valuta la legittimità della norma alla stregua di tale parametro. Una volta che si concluda nel senso che il bilanciamento riguarda i principi, e non le circostanze di fatto, non è però possibile ipotizzare la preesistenza dei parametri di costituzionalità, rispetto ai quali la norma sia logicamente coerente o meno, perché la regola costituzionale, risultante dal bilanciamento, insorge con il caso. Il parametro è dato infatti non da principi regolativi che fungono da regole presupposte, rispetto alle quali stabilire le inferenze logiche di coerenza o meno, ma da una regola derivante dalla ponderazione di principi che può essere effettuata solo all'esito dell'insorgenza del caso. Come afferma sempre il giudice costituzionale, il punto di equilibrio fra i principi è "dinamico e non prefissato in anticipo"²⁶. L'ordine dei principi non è astratto e formale ma in costante ed incessante adeguamento alla materia viva del mondo dei fatti. Non c'è inferenzialismo logico se la regola insorge con il caso²⁷. Il posto della logica nel diritto è in fondo là dove Weber lo localizzava, e

24. L. Ferrajoli, *La teoria assiomatica del diritto*, Milano, 1970.

25. L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. 144 ss.

26. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit.

27. Non condivisibile è anche l'affermazione di Ferrajoli secondo cui le sentenze sono gli unici atti in cui la validità giuridica dipende dalla verità delle loro motivazioni (L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., e Id., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di*

cioè nell'operazione di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Emerge così la particolare concretezza del diritto costituzionale.

Ha scritto Roberto Bin che «i principi costituzionali non sono richiamati nella loro astrattezza per essere applicati direttamente a un rapporto sociale; essi fungono piuttosto come schema giustificativo di una nuova norma di cui si propone l'introduzione... I "fatti" catalizzano i principi, li fanno scendere dal piano dell'enunciazione incondizionata di un *favor* a quello di fattispecie regolativa del bilanciamento tra interessi diversi: innumerevoli fattispecie quanti sono i "fatti", per ognuno dei quali va fissato il punto di equilibrio tra interessi concorrenti»²⁸. Il complesso dei principi fondamentali è privo di gerarchie e priorità. Rispetto al caso il principio astratto manca di forza precettiva. Il parametro di legittimità della norma risiede non nella lista dei principi una volta per tutte ed in via preventiva, ma nella graduazione che si manifesta nel caso concreto. La regola di legittimità fa la sua apparizione in relazione alle circostanze che volta a volta si presentano, e all'esito dell'operazione di bilanciamento fra i principi concorrenti. Non è il principio in quanto tale il parametro di validità, perché, anche se preferito rispetto all'altro soccombente, lo è sempre entro una regola che stabilisce l'ordine di preferenza rispetto al caso concreto, graduando eventualmente le condizioni di applicazione a seconda se si tratti del principio prevalente o di quello recessivo. Il compito dei principi è allora quello di generare regole in occasione del presentarsi del fatto. Le regole che risultano dal concorso dei principi non sono regole ermeneutiche²⁹, ma fattispecie normative vere e proprie³⁰. Il bilanciamento è infatti la tecnica interpretativa di identificazione della regola che costituisce il para-

metro di costituzionalità. La norma è illegittima non per diretta violazione dell'astratto principio o della forma logica del bilanciamento, ma per violazione della norma risultante dal bilanciamento in concreto dei principi. Emerge in tal modo una moltiplicazione illimitata di regole di costituzionalità, tante quanti sono i fatti che si prospettano. Quali regole, esse hanno la forma della fattispecie, e cioè di apprezzamento di fatti. Tali fattispecie di ordine costituzionale costituiscono il parametro di legittimità della norma, che quei fatti in via generale e astratta abbia valutato, oppure, se ci spostiamo dal piano della giurisprudenza costituzionale a quello della giurisprudenza comune, rappresentano la regola del caso concreto, risolto mediante un diretto appello alla forza giusgenerativa dei principi costituzionali in mancanza di una fattispecie legislativa. Quelle regole possono essere definite norme concrete di diritto. Si tratta di norme senza disposizione, in quanto identificate solo in via interpretativa, e non risultanti da un enunciato linguistico posto.

Dunque i principi non sono regole, ma generano regole all'insorgere del fatto. La figura del principio regolativo introdotta da Ferrajoli non è, in realtà, compatibile con la struttura a gradi dell'ordinamento giuridico concepita da Kelsen. La correzione in senso costituzionalistico del normativismo kelseniano, che si deve a Ferrajoli, è caratterizzata dall'inserimento fra le norme sulla produzione di norme anche di quelle sulle condizioni di legittimità sostanziale. Il principio non può però costituire una regola alla stessa stregua della norma fondamentale di Kelsen stante il carattere costitutivamente formale di quest'ultima. La norma fondamentale, quale nozione della dottrina pura del diritto e non istituto di un particolare ordinamento giuridico, determina i modi di produzione della norma

Hans Kelsen, cit., p. 151). Il parametro di validità della sentenza è riposto nel controllo di legittimità cui è deputata la Corte di cassazione. Il giudizio circa la verità dei fatti controversi non può costituire il parametro di validità perché esso ha ad oggetto il rapporto sostanziale controverso e non la sentenza (sul rapporto controverso). Con l'appello è il rapporto controverso che continua ad essere oggetto di esame, tant'è che la sentenza di secondo grado ha il carattere di rimedio sostitutivo di quella di primo grado. Il punto di vista della validità non è quello della verità dei fatti, ma quello del rispetto delle regole. È questa la differenza fra il gravame, o rimedio sostitutivo, e l'impugnazione dell'atto/sentenza. Se oggetto del giudizio è la sentenza, non è il merito del rapporto controverso che rileva, ma le condizioni di validità della sentenza medesima. Se prestiamo attenzione alla norma di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, cpc constatiamo che, con riferimento alle ragioni di fatto della decisione, il parametro di validità corrisponde al rispetto di una procedura di formazione della decisione (non omettere l'esame dei fatti controversi e decisivi per il giudizio), e dunque a un criterio di razionalità puramente formale, di cui la motivazione dà conto. Non si tratta di un controllo di verità o falsità (che piegherebbe il controllo di legittimità a rimedio sostitutivo), ma di un controllo di razionalità, che mira a sottoporre la motivazione ad un test di universalizzabilità.

28. R. Bin, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3, p. 12.

29. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 125.

30. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 41. Muovendo dal carattere di norma giuridica della regola di bilanciamento si accede ad una concezione di norma fondamentale del sistema normativo plurale e contestuale ai casi specifici (sul punto rinviamo a E. Scoditti, *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, pp. 379 ss.).

e non il suo contenuto³¹. Una norma fondamentale sostantivamente integrata, già sul piano della forma logica e non su quello del singolo ordinamento positivo, non è coerente alla condizione logico-trascendentale del sistema in senso kantiano, cui Kelsen rinvia. Nella sua essenza la norma fondamentale è meramente strumentale, in quanto il suo compito è quello di dare avvio al sistema produttivo di norme. Nella parte della *Critica della ragion pura* dedicata alla dialettica trascendentale Kant definisce così il principio regolativo: «un principio della maggiore possibile continuazione ed estensione della esperienza; un principio, per cui nessun limite empirico può valere come limite assoluto; quindi un principio della ragione, che, come regola, postula ciò che da noi deve farsi nel regresso, e non anticipa ciò che nell'oggetto è dato in sé innanzi a ogni regresso»³². La condizione di validità, intesa in senso logico-trascendentale, non può che essere formale, in quanto ogni contenuto sostantivo ne minerebbe la funzione regolativa. Nell'ottica della norma fondamentale il *primum movens* è necessariamente procedurale. I principi, in quanto plurali, hanno irrimediabilmente carattere sostantivo e dunque volta a volta acquistano il ruolo di limite empirico, direbbe Kant, incompatibile con il criterio di validità. Quale parametro di legittimità delle norme ordinarie i principi non possono agire nella forma di regola che dà avvio al sistema à la Kelsen. Essi operano solo all'interno di concrete regole di bilanciamento. Non possiamo, in conclusione, leggere con le lenti della norma fondamentale i principi costituzionali.

Il fenomeno delle norme su norme riguarda le regole, e non i principi. Se liberiamo la gerarchia delle fonti dalla norma fondamentale di Kelsen, quale presupposto logico-trascendentale di natura puramente formale, realizziamo che le regole su norme hanno carattere astratto e generale, laddove integrano le condizioni formali di validità, ossia le forme e le procedure, ma hanno anche carattere concreto, laddove si tratta delle condizioni sostanziali di validità, e cioè del parametro di legittimità risultante dal bilanciamento in concreto dei principi. La nozione di norma fondamentale non consente dunque di vedere in tutta la sua estensione il fenomeno delle norme su norme.

5. Norma concreta di diritto e *stare decisis*

Il caso da disciplinare mediante i principi costituzionali conosce diversi livelli di intensità: si va dall'astrattezza e generalità che ricorre nel giudizio di costituzionalità quando viene in rilievo la specifica classe di eventi contemplata dalla norma oggetto di scrutinio costituzionale, alla concretezza che contraddistingue la controversia innanzi al giudice comune per la tutela di un diritto non disciplinato dalla legge ordinaria. Il diritto rilevante, in entrambi i casi, corrisponde non ai principi oggetto di bilanciamento ma alla norma, relativa alle circostanze, in cui sfocia il bilanciamento medesimo ed in base alla quale viene sindacata la legittimità costituzionale della norma ordinaria o decisa la controversia relativa ad un caso non previsto dalla legge. Del resto anche il legislatore quando pone una norma bilancia principi, ed il diritto, in tal caso, corrisponde ovviamente alla norma legislativa, non ai principi dalla cui ponderazione risulta quella norma. Allo stesso modo, il diritto corrisponde alla norma concreta, e non ai principi costituzionali, quando il giudice comune, chiamato al bilanciamento dei principi costituzionali di fronte ad un *hard case* non disciplinato dalla legge, dichiara la regola del caso concreto. La norma di diritto, la cui violazione o falsa applicazione è denunciabile con il ricorso per cassazione (art. 360, comma 1, n. 3 cpc), è data dalla norma concreta di diritto, e non dagli astratti principi costituzionali (nella vasta categoria di "norme di diritto", di cui parla il numero 3 dell'art. 360, ben possono essere incluse le norme concrete di diritto in discorso).

Si viene così dispiegando nella casistica giudiziale un ordinamento concreto di norme generato dai principi costituzionali. Trattasi di norme prive di disposizione perché risultanti solo dalla pronuncia giudiziale. Le norme concrete di diritto non sono poste dal sovrano, ma riconosciute dal giudice mediante il metodo ermeneutico del bilanciamento. Interpretare non è qui puntualizzare la norma posta in via astratta e generale mediante l'attività logico-sillogistica, ma rinvenire (*invenire*, trovare, direbbe Paolo Grossi³³) nell'ambito dell'ordinamento la norma del caso con-

31. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, pp. 226 ss. A proposito della giurisdizione costituzionale Kelsen distingue fra costituzione in senso stretto, quale complesso di norme che regolano la formazione delle leggi, e costituzione in senso lato, comprensiva del catalogo dei diritti fondamentali, risultante dall'estensione nel singolo sistema di diritto positivo della "forma costituzionale" a norme che disciplinano il contenuto delle leggi, e che dunque non rientrano nella costituzione in senso stretto (H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 132 ss.). L'ambito originario della nozione di costituzione, risultante dalla teoria della struttura gerarchica del diritto, attiene quindi alle regole di procedura. Emerge qui la differenza fra normativismo kelseniano e positivismo giuridico *stricto sensu*: mentre per il primo la norma fondamentale, come si dirà subito nel testo, è il presupposto logico-trascendentale del sistema, per il secondo è un fatto empirico, e cioè il fatto che i giudici la usino quale criterio per riconoscere il diritto valido (H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, pp. 291 ss.).

32. I. Kant, *Critica della ragion pura*, Bari, 1977, p. 413.

33. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 84 ss.

creto mediante il bilanciamento dei principi. Rinvenire il diritto attraverso il bilanciamento non vuol dire decidere sulla base del valore "tirannico" del singolo giudice³⁴. C'è una realtà esterna rispetto all'interprete ed è data dall'ideale bilanciamento dei principi scritti in Costituzione rispetto alle circostanze del caso concreto. Il bilanciamento ideale costituisce l'idea-limite che funge da criterio regolativo dell'interpretazione. Il giudice orienta la propria attività ermeneutica sulla base del perseguimento della forma ideale di bilanciamento che, stante il fatto empirico del concorso di principi e caso, dobbiamo presumere esistente, sia pure sub specie di puro ideale³⁵.

Le norme concrete di diritto sono pur sempre norme a fattispecie, solo che mentre quelle astratte e generali contemplanò una classe di eventi o azioni, quelle concrete contemplanò un'azione individuale. Dal caso concreto, proprio perché mancante di una corrispondente previsione legislativa, si estrae un principio di diritto, corrispondente alla norma concreta, che è suscettibile di generalizzazione ai casi assistiti dai medesimi requisiti fattuali. Il meccanismo operante è però quello della riconduzione e non della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso concreto attraverso la selezione degli elementi corrispondenti all'ipotesi astratta. È necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In essa la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra universale e particolare, ma fra particolare e particolare. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma risultante dal caso si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini del

precepto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa³⁶. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Si procede attraverso accostamenti per successive approssimazioni, secondo la logica incrementale e cumulativa del diritto casistico³⁷.

L'enunciazione del principio di diritto resta pur sempre formalmente interpretazione e non atto normativo. Il suo termine di riferimento è però non la norma a fattispecie astratta e generale, la quale è suscettibile di uno spettro più o meno ampio di interpretazioni, bensì una norma concreta, la cui interpretazione non è svincolabile dalle circostanze del caso singolo contemplato dalla norma medesima. L'enunciato del principio di diritto corrisponde non ad una delle possibili puntualizzazioni interpretative della norma, bensì direttamente alla norma, ma non nel senso che quell'enunciato abbia efficacia normativa sul piano del sistema delle fonti. L'efficacia normativa è sempre quella della norma (concreta), non del principio di diritto che la enuncia. La norma concreta non è suscettibile di puntualizzazioni interpretative in relazione ai casi perché è già essa, quale norma individuale, una puntualizzazione normativa. Non c'è una disposizione che trapassi in norma, ma direttamente la norma, la quale si manifesta esclusivamente in sede interpretativa. Quale norma senza disposizione la norma individuale si manifesta infatti solo nel principio di diritto enunciato dalla sentenza. La *vis* normativa non coincide con quest'ultima, ma la sentenza, nella misura in cui il diritto è solo del caso, esprime la norma. In definitiva, il principio di diritto non è attuativo, ma ostensivo della norma.

Il vincolo che a questo punto deriva dalla pronuncia giudiziale non è meramente persuasivo, ma normativo. Il precedente giudiziario è giuridicamente vincolante perché solo in esso fa la sua apparizione la norma, ma ciò che in realtà vincola non è il principio di diritto, ossia la sentenza, bensì la norma concreta

34. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 16 ss.

35. Per alcuni riferimenti su tale prospettiva di realismo trascendentale, J. R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, pp. 199 ss. e M. Cacciari, *Labirinto filosofico*, Milano, 2014, pp. 305 e 318 ss.

36. La distinzione fra sussunzione e riconduzione è adottata da G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 121 a proposito dell'elaborazione dei tipi contrattuali.

37. Secondo N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 919 anche nel decidere secondo precedenti opera il giudizio sussuntivo perché «il giudice, estraendo la norma dalle sentenze già emesse, delinea di necessità una fattispecie, cioè sale dal caso deciso ad uno schema tipico entro cui riconduce il nuovo fatto sottoposto alla sua cognizione». Nell'ipotesi dello *stare decisis* il rapporto è fra concreto e concreto e non opera il giudizio sussuntivo: se è vero che ricorre l'applicazione di una norma di diritto (altrimenti si avrebbe la decisione secondo equità), è pur vero che la norma ha carattere concreto, è relativa alle circostanze del caso; ne discende che il caso successivo non può essere sussunto in una norma avente carattere concreto, ma solo ricondotto ad essa, in forma più o meno intensa.

che vi appare. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario va così identificata in quella della norma cui viene imputato il principio di diritto³⁸. Il giudice è soggetto a quella norma, alla stregua di qualsiasi vincolo di diritto, non solo nel processo in cui ne è invocata per la prima volta l'applicazione, ma anche nei successivi in cui ne è domandata l'applicazione in presenza dei medesimi requisiti fattuali rilevanti una volta che la Corte regolatrice abbia enunciato il relativo principio di diritto. L'efficacia vincolante del precedente giudiziario non è, come si è detto, un attributo della sentenza come tale, ma è l'efficacia normativa del diritto concreto che in quella sentenza si è manifestato a rendere vincolante il precedente. Solo nella pronuncia giudiziaria, e non altrove, si è infatti manifestato il diritto. La giurisdizione è sempre dichiarativa, non costitutiva, del diritto. Costituisce però precedente vincolante perché il diritto che dichiara corrisponde ad una norma senza disposizione. Una volta che quella norma concreta sia stata enunciata, gli altri giudici, alla stessa stregua del giudice che l'ha enunciata, vi sono vincolati per quei casi che hanno in comune i requisiti fattuali rilevanti. Il principio dello *stare decisis* è pienamente operante, quale effetto proprio della soggezione del giudice al diritto (vincolante non è insomma il precedente come tale, ma il diritto che solo in quel precedente si è manifestato).

Diversamente da ciò che accade quando si fa applicazione del diritto posto dal sovrano, i margini di vincolatività del precedente non sono fissati dalla legge, ma sono dettati dalla natura propria del fenomeno giuridico. L'efficacia di precedente vincolante è originaria, e non derivata da una previsione legislativa. È la configurabilità di una norma concreta di diritto che impone il principio dello *stare decisis*, tant'è che il ricorso per cassazione dovrebbe essere proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 cpc non per inottemperanza al precedente (il quale in un sistema di *civil law* non è fonte del diritto in senso tecnico), ma per violazione della norma concreta di diritto. Se la legge interviene a disciplinare il caso, prima affidato al bilanciamento in concreto dei principi, il giudice non dovrà più naturalmente fare applicazione della norma enunciata nel precedente, ma dovrà rispettare il disposto legislativo (come del resto accade nel

rapporto fra *common law* e *statute law*). Come abbiamo dimostrato in altra sede, anche la concretizzazione delle clausole generali è connotata dall'identificazione di norme concrete di diritto: la legge fissa con la norma elastica l'ideale di norma cui appellarsi per l'individuazione della norma concreta di diritto; quest'ultima rende poi vincolante il precedente che la enuncia³⁹. La significativa diffusione della giurisprudenza sulle cosiddette norme elastiche, rispetto a quella ben più limitata e residuale sui casi non previsti dal legislatore, fa sì che siano proprio le clausole generali il terreno di elezione della regola dello *stare decisis*. Più in generale, un diritto non posto dall'autorità legislativa, ma dichiarato dal giudice nel caso concreto, apre al tema dello *stare decisis*.

Se la pronuncia non è meramente equitativa, una norma di diritto, sia pure concreta (nella forma del bilanciamento in concreto dei principi costituzionali o della concretizzazione di clausola generale), ha trovato applicazione. Essa troverà ancora applicazione sulla base del meccanismo non della sussunzione, che presuppone l'integrale corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta, ma, come abbiamo detto, della riconduzione, che presuppone la corrispondenza (più o meno intensa) fra due fattispecie (entrambe) concrete solo per gli elementi rilevanti ai fini del precetto normativo.

Conclusione

Quel che abbiamo inteso dimostrare è che laddove il diritto non viene dal sovrano deve presumersi operante la regola dello *stare decisis*. Gli scenari che si aprono a questo punto sono molteplici. Nella misura in cui il bilanciamento in concreto dei principi corrisponde ad una norma, non si pone un problema di vincolatività del precedente anche nell'ambito della giurisprudenza costituzionale? Se una norma prevede, rispetto a determinate circostanze di fatto già oggetto di disciplina normativa, ulteriori effetti giuridici, lo scrutinio di costituzionalità della norma che prevede questi effetti ulteriori non risulta vincolato a quello che ha per ipotesi riguardato l'altra norma che disciplina i medesimi fatti, sia pure a fini diversi e con diverse conseguenze giuridiche? E, in un caso del

38. A Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 2011, p. 728.

39. E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giustizia civile*, 2015, pp. 685 ss.. Altro luogo di emersione della vincolatività del precedente è quello del diritto basato non sulla fattispecie legale (*ubi ius ibi remedium*) ma sul rimedio (*ubi remedium ibi ius*), di cui è significativa manifestazione la materia dello squilibrio contrattuale: un contratto non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte è valido dal punto di vista della fattispecie, ma alla sua domanda di adempimento potrebbe essere opposto un rimedio quale l'*exceptio doli generalis* e la relativa pronuncia giudiziaria sarebbe vincolante per i casi riconducibili al precedente perché lì, e non altrove, si è manifestato il diritto del caso (E. Scoditti, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*, in *Il Foro italiano*, 2016, I, pp. 2505 e Id., *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, id., 2015, V, p. 417).

genere, lo *stare decisis* non opera anche laddove si tratti d'interpretazione conforme a Costituzione? In entrambi i casi il parametro costituzionale è fornito dalla regola risultante dal bilanciamento dei principi relativo alle circostanze di fatto disciplinate, a diverse effetti, dalle due norme, oggetto di sindacato di costituzionalità o di interpretazione adeguatrice. Ma c'è un altro aspetto che va evidenziato.

È possibile ipotizzare che i fenomeni sempre più spinti di pluralizzazione delle fonti spingano nella direzione dello *stare decisis* anche per ciò che concerne il diritto che viene dal sovrano, stavolta per volontà del legislatore, coerentemente ad un sistema di *civil law*. Il precedente della Corte regolatrice ha acquistato una relativa visibilità sul piano dell'ordinamento processuale civile. A parte la norma di cui all'art. 374, comma 3, cpc vanno richiamati l'art. 360 *bis*, sull'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione, e l'art. 363 sul principio di diritto nell'interesse della legge. Possiamo attenderci un'evoluzione ulteriore della disciplina processuale in tale direzione (unitamente al rafforzamento delle misure a garanzia della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, che è

il correlato necessario della vincolatività del precedente). La proliferazione della legislazione speciale (per la quale già più di trenta anni or sono si parlò di decodificazione), la moltiplicazione delle fonti ed il principio di interpretazione conforme, non solo alla Costituzione ma anche al diritto della Cedu e a quello dell'Ue, hanno di gran lunga relativizzato l'antico primato della forma-codice (e del pensiero dogmatico che ne rappresentava la spina dorsale). La codificazione si affermò sul continente europeo nel XIX secolo assolvendo ad esigenze di sistematicità, certezza e prevedibilità. A quelle esigenze ha corrisposto al di là della Manica la regola dello *stare decisis*, anch'essa impostasi nel XIX secolo⁴⁰. In un'opera risalente sul diritto giurisprudenziale si osservò che negli ordinamenti continentali la certezza del diritto è meglio garantita, rispetto al regime del precedente giudiziale, da «un codice organico, inteso a regolare integralmente una materia attraverso anticipate formulazioni generali»⁴¹. Il tempo di quel codice "organico" sembra che non possa più tornare. Oggi che la forma-codice ha perso il suo primato è lecito immaginare che alla calcolabilità e prevedibilità del diritto possa provvedere quello strumento, il precedente giudiziario, cui all'inizio del secolo scorso mai Max Weber avrebbe affidato un simile compito.

40. L. Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, I, p. 136 e pp. 142 ss.

41. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 584.

Giurisdizione e interpretazione in Cassazione

di *Alberto Giusti*

L'Autore, anzitutto, tratteggia le questioni teoriche che si agitano attorno al tema della *interpretazione creativa* e rimarca la necessità che venga conservata chiarezza sul confine tra interpretazione della legge e sua produzione (pena la violazione del principio di separazione dei poteri). La riflessione, poi, prosegue segnalando come l'argomentazione – che muove da principi (costituzionali e di matrice sovra-nazionale), che valorizza clausole generali e che tiene conto della specificità dei *casi della vita* – consenta alla giurisdizione di offrire risposte sul piano applicativo che si muovono comunque in una cornice di legalità. L'Autore passa allora in rassegna alcuni casi in cui la giurisdizione si è trovata su quel delicato confine; vengono – tra le altre – esaminate decisioni in materia di rapporti tra procreazione medicalmente assistita e azione di disconoscimento di paternità, di trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero del figlio generato da due donne con ricorso a tecniche di Pma, di rettificazione di attribuzione di sesso, di (non) delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario. All'esito di tale rassegna l'Autore constata che è possibile – per la giurisdizione – «adeguare l'interpretazione delle disposizioni di legge al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti dal testo normativo ed alla luce dei principi posti dalla giurisprudenza costituzionale e dalle pronunce delle corti sovranazionali».

1. La discrezionalità interpretativa del giudice

Il tema degli spazi e dei confini dell'interpretazione della legge da parte del giudice rappresenta uno snodo centrale nei rapporti tra giurisdizione e legislazione nella realtà dell'esperienza contemporanea, oggetto di forti controversie, ma anche

specchio ed espressione della trasformazione e della crescita del ruolo istituzionale della giurisdizione a presidio dei diritti fondamentali, nell'ambito di un più generale processo di ridefinizione degli equilibri interni al quadro tradizionale delle fonti e a fronte della difficoltà dei Parlamenti, e non solo di quello italiano, a intervenire su problemi particolarmente scottanti¹.

1. V., per tutti, R. Badinter e S. Breyer, *Judges in contemporary democracy: an international conversation*, New York-London, 2004, spec. pp. 79 e ss.; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Massachusetts)-London, 2004; L. Violante, *Magistrature e forme di governo*, nel numero monografico su *Sistema politico e magistrature di Democrazia e diritto*, n. 3-4/2011, p. 22; G. Verde, *Questione giustizia*, Torino, 2013, pp. 119 e ss. Per A. Barak (*La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, p. 230 e p. 233) – che parla di «attività legislativa interstiziale del giudice» – «le moderne società riconoscono al giudice una certa discrezionalità non solo riguardo alla chiarificazione dei fatti, ma anche rispetto all'applicazione del diritto ai fatti»: «un sistema normativo costituito solo da regole che non lascino alcuno spazio alla discrezionalità del giudice è un sistema inflessibile ed indesiderabile, perché non ha la capacità di adattarsi alle speciali difficoltà poste dal caso individuale»; «il bisogno di flessibilità che è imposto dalla concretezza individuale della decisione giudiziaria, richiede che sia attribuita al giudice una certa discrezionalità».

I saggi di Luigi Ferrajoli² e di Nicolò Lipari³, con cui si apre il dibattito su questo tema ospitato dalle pagine di *Questione giustizia*, convergono nel riconoscere che l'«espansione della giurisdizione», ovvero la «progressiva giurisdizionalizzazione, intesa come spostamento del punto focale dell'analisi dall'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso», costituisce uno dei tratti caratterizzanti dell'esperienza del nostro tempo.

Essi si differenziano nella valutazione del fenomeno.

Se Ferrajoli chiama in causa la responsabilità della politica e mette in guardia dai rischi di squilibri che gli spazi lasciati aperti alla discrezionalità interpretativa e all'argomentazione per principi sono suscettibili di generare nei rapporti tra poteri, Lipari guarda con favore al perfezionamento creativo della legge che si realizza nella concretizzazione di questa ad opera del giudice nel caso particolare.

L'uno ritiene l'«interpretazione creativa» «una contraddizione in termini»: «dove c'è interpretazione non c'è creazione e dove c'è creazione non c'è interpretazione, ma produzione illegittima di nuovo diritto»; «la giurisdizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente, argomentabile come legittima e giusta solo se in base a tale diritto ne sia predicabile la “verità” processuale sia pure in senso intrinsecamente relativo». L'altro – nel sottolineare l'importanza del momento applicativo, nel quale «si saldano e si fondono, in termini non sempre facilmente distinguibili, la determinazione del fatto, la sua qualificazione secondo paradigmi di tipo giuridico, l'individuazione dell'enunciato o del principio al quale riagganciare, in termini motivatamente plausibili, la soluzione del caso» – considera la categoria del «diritto vivente» significativa di una «dimensione di creatività»: «la norma è posta non in quanto formalmente dettata, ma nella concretezza degli atti che individuano le situazioni storiche in cui, movendo da un enunciato, si definisce un modello di comportamento che appare plausibile, condivisibile, accettabile».

Si confrontano, dunque, una impostazione intesa a richiamare l'effettività del principio di legalità e la

subordinazione dei giudici alla legge contro la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione; e una logica, viceversa, che pone al centro del sistema il giudice (e più in generale il giurista) “tessitore”, investito del compito di elaborare, come membro della comunità interpretante, la soluzione destinata a prevalere in una logica di contesto, facendola «salire dal basso di situazioni fattuali praticamente attuate e progressivamente sempre più diffuse», nella consapevolezza che «la prescrizione giuridica dipende sempre più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti e valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità»⁴.

È un confronto che riflette un più ampio dibattito al quale idealmente partecipano i contributi sistematici di altri giuristi.

Ne citerò, tra quelli più significativi apparsi di recente, tre.

In una *Lezione magistrale*, dal titolo *I cancelli delle parole*, tenuta alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa⁵, Natalino Irti critica la «superbia dei profeti di “valori”, impazienti di sbarazzarsi dei “cancelli” linguistici e di prendere immediata posizione sui fatti di vita»: *interpretare testi* è infatti altro da *intuire valori* e solo la “positivizzazione” è in grado di restituire «dignità ed essenzialità all'interpretazione» perché è il testo linguistico che «dà misura alla discrezionalità giudiziaria, la quale deve certo volgere dall'esterna letteralità agli interni significati, dal di fuori al di dentro, ma non andare oltre, degradando il testo a pre-testo di entità immaginarie»⁶.

Nella voce *Interpretazione conforme a Costituzione*⁷, Massimo Luciani sostiene che, nelle condizioni date di forma di governo e di forma di Stato delle democrazie contemporanee, l'operatore del diritto, sebbene nella sua attività di applicazione e interpretazione «possa compiere anche una ridefinizione del preciso contenuto delle proposizioni normative alla luce delle esigenze applicative sottese all'azione interpretante», tuttavia «non potrà mai presentare le proprie conclusioni come soggettivistiche derivazioni di

2. *Contro la giurisprudenza creativa*.

3. *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*.

4. Il virgolettato è ripreso da N. Lipari, *Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 20.

5. Napoli, 2015.

6. Le citazioni sono tratte da pp. 62, 56, 57 e 60.

7. In *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, spec. pp. 429 ss.

un dover essere dall'essere, né come creative forme di produzione normativa». In questa prospettiva, la *iuris-dictio* è destinata a presentarsi come «un'attività di ascrizione di significato agli enunciati in cui si risolve l'esercizio della *legis-latio*»: il giudice è chiamato indubbiamente a compiere «scelte discrezionali», ma non per questo «crea» il diritto, bensì «seleziona» «la più plausibile fra le interpretazioni delle quali il testo è condizione di possibilità».

Il terzo contributo è il dibattito su *Giudici e legislatori* svoltosi a Firenze nell'ottobre 2015 tra attuali e precedenti componenti del Comitato direttivo della rivista *Diritto pubblico*, pubblicato nel fascicolo n. 2 del 2016 della stessa⁸. Cesare Pinelli, nel procedere all'inventario delle questioni per quella discussione scientifica, distingue tra “creatività”, quale predicato riferibile tanto all'interpretazione quanto all'innovazione del diritto oggettivo, ed “eccesso di creatività”, per poi giungere alla conclusione che «le sentenze dei giudici non possono mai annoverarsi tra le fonti a pena di sovvertire il sistema, stante l'incompatibilità radicale tra sentenza e atto normativo».

2. I confini dell'interpretazione: le indicazioni della giurisprudenza

Se si passa ad esaminare il tema del rapporto fra giudici e legislatore dal punto di vista delle “prese di posizione” della giurisprudenza della Corte di cassazione, mi pare che emerga un primo punto fermo: la consapevolezza che l'interpretazione non si risolve in un mero cognitivismo e non si acquieta nella piatta ed inerte esegesi del testo, ma implica la legittima scelta della fissazione del possibile significato razionalmente associabile all'enunciato interpretato secondo le potenzialità di senso che vi sono incluse, sulla base anche della coerenza con il sistema e della contestualizzazione e dell'attualizzazione del precetto legislativo; il rifiuto, al contempo, della possibilità di collocare la giurisdizione in una dimensione potestativa, suscettibile di giustificare l'abbandono, ad opera del giudice interprete, del testo linguistico e di legittimare un voluto giudiziale che si ponga al di fuori della cornice della proposizione prescrittiva espressa dall'enunciato.

Significativa di questa prospettiva, che differenzia l'interpretazione per via giurisdizionale di un testo normativo preesistente dalla formulazione legislativa di un testo normativo *ex novo*, è una recente sentenza

delle Sezioni unite⁹ in tema di limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

Con questa pronuncia la Corte ha escluso che sia incorsa in eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore la decisione del Consiglio di Stato che, con riguardo alla procedura per la nomina del presidente di un'autorità portuale, abbia ritenuto valutabile, insieme con altri titoli e in relazione ai profili dei candidati in comparazione, il possesso del diploma di laurea, ancorché detto titolo non sia espressamente indicato dalla legge; e ciò dopo avere riconosciuto che l'intervento giurisdizionale compiuto dal giudice amministrativo si è risolto in una attività interpretativa della disciplina applicabile (l'art. 8 della legge 28 gennaio 1994, n. 54, che si riferisce ad «esperti di massima e qualificata esperienza professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuale») quanto ai titoli suscettibili di valutazione, in uno con l'imprescindibile esperienza e pratica professionale, e non in una inammissibile introduzione di un requisito di accesso alla selezione non previsto dalla legge.

Preme sottolineare che con tale sentenza le Sezioni unite non si limitano a ribadire l'implausibilità del tentativo di configurare un eccesso di potere a danni del legislatore rinvenendolo in una attività di individuazione interpretativa, la non ipotizzabilità dell'eccesso di potere le volte in cui il giudice speciale od ordinario individui una *regula iuris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione anche analogica del quadro delle norme, e la non contenibilità dell'attività interpretativa in una funzione meramente euristica (posto che quell'attività si risolve piuttosto «in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto») ¹⁰. Esse infatti tracciano altresì il confine oltre il quale l'attività interpretativa trasmoda in attività creativa, ossia in una invasione della sfera riservata al legislatore, affermando in proposito, a chiare lettere, che «l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale, nell'ambito del quale la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale».

Un'altra pronuncia attenta, anche nelle indicazioni di metodo, a non confondere l'attività interpretati-

8. V. pp. 483 ss.

9. Si tratta di Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2014, n. 27341.

10. Sul punto v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23400.

va con la nomopoiesi legislativa e ad escludere che la prima sia priva di paradigmi normativi che ne delimitino il campo e ne definiscano la portata, è la sentenza delle Sezioni unite in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata¹¹. Nell'affrontare la questione, eticamente sensibile ed oggetto di contrasto, se il nato disabile possa agire in caso di omessa diagnosi prenatale per il risarcimento del danno, sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, i giudici di legittimità dichiaratamente escludono di poter seguire «un approccio di carattere eminentemente giuspolitico» (perché questo «appartiene al legislatore», «spettando, per contro, al giudice l'interpretazione della disciplina vigente, sia pure nel più completo approfondimento delle potenzialità evolutive in essa insite»), ed affermano che «la così detta giurisprudenza normativa, talvolta evocata quale fonte concorrente di diritto, violerebbe il principio costituzionale di separazione dei poteri ove non si contenesse all'interno dei limiti ben definiti di clausole generali previste nella stessa legge, espressive di valori dell'ordinamento (buona fede, solidarietà, ecc.)».

Una terza pronuncia che si preoccupa di distinguere la funzione di chi fa le leggi da quella di chi è chiamato ad interpretarle, è la sentenza delle Sezioni unite che ha limitato al futuro gli effetti delle sentenze *overruling* in campo processuale quando portino a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse¹². La Corte espressamente esclude che il presupposto logico di questo indirizzo riposi nella forza normativa delle sentenze¹³. Infatti, la Corte si dà cura di precisare: (a) che «la norma giuridica ... trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo»; (b) che «nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono ... (per disposto dell'art. 101, secondo comma,

Cost.), “soggetti alla legge”» («il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»); (c) che il diritto, «per la sua complessità», «esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea»; (d) che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, non potrebbe costituire il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con essa, perché con ciò «si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un *novum ius*, in sequenza ad un *vetus ius*, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice». Presupposto logico della soluzione «non immancabilmente retroattiva dei mutamenti di giurisprudenza»¹⁴ è piuttosto la tutela dell'affidamento incolpevole che la parte, nel compiere un atto processuale, abbia riposto in un orientamento giurisprudenziale che in quel momento appariva indiscusso e consolidato: una tutela dell'affidamento attinente al diritto che le Sezioni unite ricavano dalla nozione di giusto processo, radicata nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e recepita dall'art. 111 Cost., alla luce di un generale principio di ragionevolezza immanente alla stessa Carta costituzionale.

Su questa impostazione logica, di distinzione tra pronunciamento giurisdizionale e precetto legislativo e di impossibilità di equiparare la sentenza alla legge sul piano delle fonti del diritto¹⁵, convergono le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 230 del 2012, ha escluso la rilevanza del mutamento giurisprudenziale (ancorché conseguente a decisioni delle Sezioni unite) ai fini del superamento del giudicato penale, affermandone l'estraneità all'area applicativa della revoca della

11. Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Resp. civ.*, 2016, 162 e ss., con nota di Gorgoni, *Una sobria decisione di “sistema” sul danno da nascita indesiderata*.

12. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144. La si può leggere in *Foro it.*, 2011, I, pp. 3343 ss., con nota di R. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, e in *Corr. giur.*, 2011, 1392 e ss., con nota di F. Cavalla, C. Consolo e M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*.

13. Come esattamente sottolinea M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 411.

14. Così R. Rordorf, *Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 661.

15. R. Rordorf (*Funzione, tempi e risorse della giurisdizione di legittimità*, relazione all'Assemblea generale della Corte di cassazione tenutasi il 25 giugno 2015, p. 6 del dattiloscritto) afferma che il nostro ordinamento «riconosce il valore del precedente ma non lo assume tra le fonti del diritto». Cfr. altresì G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana* a cura di M. Acierno, P. Curzio e A. Giusti, Bari, 2015, pp. 47 ss.

sentenza per abolizione del reato ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen.¹⁶. Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cod. proc. pen., nella parte appunto in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, anche il mutamento giurisprudenziale, determinato da una decisione delle Sezioni unite, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato, il giudice delle leggi nega fondamento di validità alla premessa concettuale che aveva alimentato il dubbio del rimettente – ossia «che la *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo), così da giustificare il richiesto intervento dilatativo del perimetro di applicazione dell'istituto delineato dall'art. 673 cod. proc. civ.» –, perché ciò «comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale». Ad opporsi ad una simile equiparazione, secondo la Corte costituzionale, non è soltanto la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite: è, prima ancora, «il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge».

3. Il giudice tra *ius* e *lex*: un settore giurisprudenziale di analisi

Una ricerca empirica nelle decisioni della Corte di cassazione dimostra come il settore del diritto delle persone e della famiglia sia uno di quelli nei quali è maggiormente evidente il ruolo determinante della

giurisprudenza sia al fine di tradurre la astratta disciplina astratta «in un concreto modello dell'azione»¹⁷, sia nel cogliere e dare valenza ordinante, proprio attraverso il momento applicativo, a fattori propulsivi dell'evoluzione del sistema, interni ed esterni alla disposizione di legge.

Mi pare che questo sia dovuto ad una pluralità di convergenti fattori.

Innanzitutto, alla difficoltà della legge di seguire e disciplinare in tempi sufficientemente rapidi i conflitti, ma anche i bisogni e le aspettative, generati dagli sviluppi velocissimi della scienza e della tecnica e dalla nuove forme dei rapporti tra le persone¹⁸. Chiamato a individuare la regola del caso per quella certa situazione di vita, il giudice – che non può sottrarsi – talora addivene ad una decisione in assenza di fattispecie, ossia di quello «strumento di precisione, che permette di “disporre” per il futuro e di convertire innumerevoli fatti in casi di applicazione normativa». E lo fa rivolgendosi alle norme costituzionali e alle Carte dei diritti, applicate «senza la mediazione di leggi ordinarie, e, dunque, senza quel riconoscersi del tipo nel fatto, della forma generale nell'evento concreto, in cui ... risiede la genesi logica del “caso”»¹⁹.

Altra ragione concorrente è data dalla presenza, nel tessuto normativo del diritto delle persone, di clausole generali²⁰ (l'interesse del minore, l'impossibilità di affidamento preadottivo²¹): una strutturazione normativa aperta ai principi e ai valori che dà elasticità e flessibilità all'ordinamento, con «forti poteri ... di concretizzazione»²² affidati al giudice. Nell'interpretazione di ogni norma giuridica – è stato affermato²³ – «esiste un ambito di discrezionalità, che aumenta nel caso della clausola generale soprattutto perché in essa è implicito il riferimento ai valori». Il rinvio alla clausola generale ad opera della legge implica l'affidamento al giudice di un «giudizio sintetico *a priori*»: chi esprime il giudizio «tiene conto sia del

16. Sul tema v. G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, pp. 305 ss., spec. p. 311.

17. L'espressione è tratta da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 105.

18. S. Rodotà, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti. *Ambito e fonti del biodiritto* a cura di Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, pp. 169 ss., pp. 192 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2004, pp. 37 ss., pp. 53 ss.

19. Così N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, pp. 36 ss.

20. «“Norme ponte” con i principi costituzionali» le definisce M. Poletti, voce *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 982.

21. Su cui v., da ultimo, nella vicenda dell'adozione coparentale, Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, pp. 2342 ss.

22. P. Borrè, *La Corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale* a cura di M. Bessone, Torino, 1996, p. 162.

23. S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Il rischio del running the business giurisprudenziale*, Atti del Convegno Trento, 22-23 maggio 2009, a cura di F. Macario e T. Pasquino, Milano, 2015, p. 42.

programma normativo sia dei dati della realtà», ed è legittimato ad individuare una regola «che non deriva interamente dalla norma»²⁴.

Una terza – ma non ultima – spiegazione del contributo crescente del formante giurisprudenziale nell'applicazione e, prima ancora, nella “ricostruzione del diritto”²⁵, è rinvenibile nel fatto che il diritto delle persone rappresenta terreno di elezione per la sperimentazione del vincolo della interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme²⁶. Ed è osservazione pienamente condivisibile quella secondo cui i valori di riferimento del costituzionalismo “multilivello” (la proporzionalità e la ragionevolezza come generali istanze di adeguatezza concreta della norma al fatto regolato; la dignità umana come formula riassuntiva e fondante i diritti della persona) rimettono «alle autorità giurisdizionali le *chance* di una loro effettiva attuazione e ne sollecitano pertanto un coinvolgimento più diretto nell'attività di elaborazione creativa del diritto»²⁷.

4. Gli svolgimenti applicativi nel diritto delle persone e della famiglia

4.1. Nella giurisprudenza ordinaria, la prima tappa della disciplina italiana della procreazione medicalmente assistita può rinvenirsi nella sentenza della I Sezione civile 16 marzo 1999, n. 2315²⁸, con cui la Corte ha stabilito che il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il

disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione.

A tale conclusione il giudice di legittimità perviene dopo avere escluso la possibilità di estendere od applicare in via analogica l'art. 235 cod. civ. alla fattispecie in questione, sul rilievo che l'attribuzione dell'azione di disconoscimento al marito, anche quando abbia a suo tempo prestato assenso alla fecondazione artificiale della moglie con seme altrui, priverebbe il bambino, nato anche per effetto di tale assenso, di una delle due figure genitoriali, e del connesso apporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo per atto del giudice in «figlio di nessun padre», stante l'insuperabile impossibilità di ricercare ed accertare la reale paternità a fronte del programmato impiego di seme di provenienza ignota. La nascita di tale figlio senza padre – afferma la Corte – può essere subita dall'ordinamento, ove discenda da vicende di vita non controllabili e non più emendabili. Viceversa, la norma che permettesse detta condizione, per mezzo di una statuizione giudiziale resa proprio su istanza del soggetto che abbia determinato o concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, eluderebbe «i ... cardini dell'assetto costituzionale ed il principio di solidarietà cui gli stessi rispondono»: «il frutto dell'inseminazione, infatti, verrebbe a perdere il diritto di essere assistito, mantenuto e curato, da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglierlo quale padre “di diritto”, in ossequio ad un parametro di prevalenza del *favor veritatis*, che è privo di valore assoluto, e non può comunque compromettere posizioni dotate di tutela prioritaria».

Qui è interessante sottolineare il modo di ragionare dei giudici: essi interpretano riduttivamente

24. L. Rovelli, *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *Rassegna forense*, 2014, 669.

25. L'espressione è di V. Manes, *Il giudice nel labirinto*. Profili delle intersezioni tra diritto nazionale e fonti sovranazionali, Roma, 2012, p. 22.

26. Sul tema v., in generale, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli, 2008, pp. 99 ss.; M. Manetti, *La delega al giudice nell'applicazione della Costituzione come sistema di governance*, in *Democrazia e diritto*. Sistema politico e magistrature, cit., n. 3-4/2011, pp. 132 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, pp. 101 ss.; M. Ruotolo, *Interpretare*. Nel segno della Costituzione, Napoli, 2004, pp. 57 ss.; A. Ruggeri, *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in *Consulta OnLine*, 3/2016, 3 novembre 2016, pp. 382 ss.; V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 61 ss.

27. Così G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e società*, 2011, p. 140. Per l'affermazione che la protezione dei diritti umani richiede la considerazione di tutti i dettagli della vicenda, cosicché la tutela, invece di essere generale e astratta, possa essere “concreta ed effettiva”, v., altresì, V. Zagrebelsky, *I giudici dei diritti fondamentali in Europa*, in *Democrazia e diritto*. Sistema politico e magistrature, cit., p. 232.

28. Vedila in *Giust. civ.*, 1999, pp. 1317 ss., con commenti di M. R. Morelli, *Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione*, e di C. M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, pp. 1834 ss., con nota di E. Scoditti, “Consensus facit filios”. *I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 347 ss., con note di G. Ferrando, *Regole e principi nel disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, di Sesta, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, e di S. Patti, *Lacune “sopravvenute”, presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*.

l'art. 235 cod. civ., non direttamente riferibile al caso dell'inseminazione artificiale («l'inseminazione artificiale non è adulterio della moglie, esprimendo anzi un progetto di maternità basato proprio sul rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale per procreare»); e ricavano la regola del caso – di un caso “difficile”²⁹, precipitato delle nuove possibilità che il progresso della scienza medica e della tecnica offre alle donne e agli uomini – facendo diretta applicazione dei «precetti degli artt. 2, 30 e 31 della Costituzione» nonché dei «canoni generali dell'ordinamento sul dovere di lealtà nei rapporti intersoggettivi».

Si tratta di un approccio di metodo suggerito dalla stessa Corte costituzionale: la quale – chiamata a giudicare del dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 235 cod. civ., nella parte in cui pareva consentire la possibilità di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo del concepimento, avesse dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie – concludeva il giudizio con una pronuncia³⁰ di inammissibilità per «l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata», ma, al contempo, certificava «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali», e segnalava che, se «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore», «tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

Quest'ultima frase, contenuta nella sentenza della Corte costituzionale, rappresenta – come è stato rilevato³¹ – «un importante pilastro nei rapporti legislatore giudici nella disciplina delle materie eticamente sensibili», in considerazione della forza espansiva dei compiti della giurisdizione, a presidio dei diritti fondamentali. Il giudice deve stare al suo posto, «assicurando e non sopravanzando le risultanze della legislazione democratica, frutto della partecipazione politica» nella sede – il Parlamento – in cui si esprime la sovranità popolare, ma ciò non significa che il giudice debba aspettare il legislatore politico, «aste-

nendosi nel frattempo dall'applicare regole e principi costituzionali i quali, per loro stessi, non esigano strettamente un tale attendismo»³².

Sempre in tema di procreazione medicalmente assistita – questa volta nel quadro risultante dall'intervento del legislatore con le norme della legge n. 40 del 2004 come “corrette” dalla Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato incostituzionale il divieto incondizionato della fecondazione eterologa nelle coppie eterosessuali – merita di essere ricordata la recente sentenza della I Sezione civile 30 settembre 2016, n. 19599, che affronta la questione se contrasti con l'ordine pubblico l'atto straniero di nascita, validamente formato all'estero in esito ad una procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza da parte della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto.

La trama argomentativa, arricchita dal costante confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ruota attorno alla ricostruzione della nozione di ordine pubblico e al suo impiego in relazione alla disciplina della filiazione: a tale categoria non si può ricorrere per giustificare discriminazioni nei confronti del minore a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia (delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero); la barriera dell'ordine pubblico può e deve essere innalzata in presenza di principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento, non là dove ci si trovi di fronte semplicemente a opzioni legislative in ambiti materiali nei quali non esistano rime costituzionali obbligate.

In questo contesto, i principi di diritto che la Corte ha elaborato per risolvere il caso sono i seguenti:

a) il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di nascita straniero, i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto

29. Le Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, poi introdotte con la legge 19 febbraio 2004, n. 40, erano ancora di là da venire.

30. Si tratta della sentenza n. 347 del 1998.

31. Da C. Tripodina, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di Cavino e Tripodina, con introduzione di M. Dogliani, Milano, 2012, p. 44.

32. V. Angiolini, in *Diritto pubblico*, n. 2/2016, 526 e 531.

ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo;

b) il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne – in particolare, da una donna italiana (indicata come madre B) che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola (indicata come madre A) che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese – non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della Ue);

c) tale atto di nascita non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, posto che essa rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate;

d) in tema di procreazione medicalmente assistita, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria *partner* la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, da cui si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri all'estero (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico).

4.2. In materia di diritti delle persone, la giurisprudenza assume talora, là dove vi sia una esigenza

za di dare sostanza a diritti fondamentali nella concretezza di una vicenda umana non rientrante nello *standard* prefigurato dal legislatore, un ruolo di «completamento della decisione politica»³³ negli spazi non coperti da quella scelta.

Una vicenda che può essere esaminata come esempio paradigmatico di questa tendenza è quella rappresentata nella sentenza della Corte di cassazione 20 luglio 2015, n. 15138³⁴, intervenuta sulla interpretazione della disciplina sulla rettificazione di attribuzione di sesso.

La legge 14 aprile 1982, n. 164, che per la prima volta ha previsto la rettificazione nel nostro Paese, ha disposto che essa si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali. A sua volta, l'art. 31, comma 4, del d.lgs 1° settembre 2011, n., 150, in cui è confluito l'originario art. 3 della legge n. 164 del 1982, prevede che, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato.

La sentenza della I Sezione civile ha ammesso il diritto alla rettificazione anagrafica di sesso in una situazione che la legge non aveva preso originariamente in considerazione: quella di coloro che non intendono sottoporsi all'intervento chirurgico, pur non riconoscendosi nel sesso biologico di nascita.

Alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della Cedu, dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, poi appunto confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs n. 150 del 2011, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile la Corte ritiene non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari: l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale.

In questa prospettiva, la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di un processo di autodeter-

33. L'espressione, impiegata in altro contesto, è di G. Montedoro, *Il giudice e lo sguardo. Il pluralismo giurisdizionale nell'età della globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*. Sistema politico, cit., p. 434.

34. Vedila in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 1349 ss., con nota di F. Bartolini, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione di un'interpretazione "costituzionalmente orientata"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 1068 ss., con nota di D. Amram, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*; in *Foro it.*, 2015, I, pp. 3138 ss., con commento di G. Casaburi, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico "radicale". Rivive il mito dell'ermafroditismo?*; nonché in *Dir. fam. pers.*, 2015, I, pp. 1279 ss., con nota di P. Cavana, *Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza*.

minazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso. Il ricorso alla chirurgia costituisce uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale, come percepita dal soggetto. D'altra parte, «la complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici e psicologici, mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche».

Il risultato interpretativo cui la Corte perviene si fonda «sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi della scienza medica e psicologica».

In tal modo – come è stato osservato in dottrina³⁵ – la giurisprudenza di legittimità fa spazio ad una «condizione ... minoritaria anche nella specificità delle circostanze che spingono alla transizione sessuale: minoritaria nella minoranza, quindi, non contemplata sin dall'inizio, ma che comunque esiste ed esistendo chiede giustizia anche per sé».

Si tratta di un risultato interpretativo che la Corte costituzionale³⁶ ha poi condiviso e ha indicato, con una pronuncia interpretativa di rigetto, al giudice rimettente che muoveva da una diversa, e restrittiva, lettura della norma oggetto del dubbio di legittimità costituzionale. E ciò sul rilievo che «interpretata alla luce dei diritti della persona – ai quali il legislatore italiano ... ha voluto fornire riconoscimento e garanzia – la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizza la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione

anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali». «L'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive».

4.3. In tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, a partire dal 2011 è ricomparso in Cassazione un contrasto giurisprudenziale tra un orientamento volto a negare la delibazione qualora la nullità sia pronunciata a seguito di protratta convivenza tra i coniugi e un indirizzo prevalente incline ad affermare la delibabilità anche in tale ipotesi: contrasto, questo, riproduttivo di quello sorto intorno alla metà degli anni '80 del secolo scorso e risolto dalle Sezioni unite con la sentenza n. 4700 del 20 luglio 1988 nel senso della delibabilità della sentenza pronunciata dopo il decorso di un anno dalla celebrazione del matrimonio concordatario o dopo che i coniugi abbiano convissuto successivamente alla celebrazione stessa³⁷.

Con la sentenza 17 luglio 2014, n.16379³⁸, le Sezioni Unite, abbandonando l'orientamento dalle stesse in precedenza propugnato, hanno risolto il contrasto aderendo al primo indirizzo ed affermato così il principio per cui la convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio, intesa come consuetudine di vita coniugale, stabile e continua nel tempo, esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti fatti specifici e comportamenti dei coniugi e che si sia protratta per almeno tre anni, è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, qualunque ne sia il vizio.

35. Da A. Pioggia, in *Diritto pubblico*, n. 2/2016, p. 545.

36. Con la sentenza n. 221 del 2015.

37. Per una puntuale ricognizione in questo senso dei termini del problema, v. A. Renda, *Nullità del matrimonio e prolungata convivenza*, in *Il Libro dell'anno 2015*, Roma, 2015.

38. La sentenza ha ricevuto numerosi commenti: v., tra gli altri, quelli di: G. Casaburi, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza postmatrimoniale: le matrioske di Piazza Cavour*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 627 ss.; E. Giacobbe, *Le sezioni unite tra nomoflachia e "nomofantasia"*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, pp. 1368 ss.; N. Colaiani, *Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2119 ss.

A giustificare la svolta – sulla linea di una «piena modernizzazione del diritto matrimoniale italiano»³⁹ che mette fine ad «un'era giuridica iniziata nel 1929» (quella dell'efficacia civile «senza se e senza ma»⁴⁰ delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale) – è un'argomentazione per principi che si alimenta del dialogo con le Corti dei diritti, nella ricerca di coerenze sistematiche e valoriali. La sentenza sottolinea infatti le «significative convergenze» della giurisprudenza costituzionale, della Corte dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia nel riconoscere la convivenza dei coniugi o come coniugi come «un aspetto essenziale e costitutivo del “matrimonio rapporto”», che si caratterizza come manifestazione di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle relazioni familiari. La convivenza «connota nell'essenziale ... lo stesso istituto matrimoniale delineato dalla Costituzione e dalle leggi che lo disciplinano ed è quindi costitutiva di una situazione giuridica che, in quanto regolata da disposizioni costituzionali, convenzionali ed ordinarie, è perciò tutelata da norme di “ordine pubblico italiano”, secondo il disposto di cui all'art. 797, primo comma, n. 7, cod. proc. civ.».

Ancora una volta è nella Costituzione e nelle Carte internazionali che il giudice di legittimità rinvia la bussola per orientarsi nella propria attività interpretativa: il che consente alla Corte di procedere ad una più rigorosa determinazione dell'ordine pubblico interno al fine di salvaguardare la costituzione di un rapporto familiare, sano dal punto di vista affettivo, e così di evitare che, attraverso la delibazione, si realizzi una rinuncia dello Stato a far valere i propri principi fondamentali a tutela della persona umana, autentica protagonista del diritto.

Conclusioni

Esaurita questa rassegna di alcune pronunce della giurisprudenza della Corte di cassazione, mi pare – come considerazione conclusiva – che ne emerga lo sforzo del giudice di legittimità di adeguare l'interpretazione delle disposizioni di legge al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti dal testo normativo ed alla luce dei principi posti dalla giurisprudenza costituzionale e dalle pronunce delle Corti sovranazionali⁴¹.

La nomofilachia non è infatti soltanto statica conferma e stabilizzazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo. Accanto all'apporto di certezza, essa rappresenta anche uno strumento di razionalità e di evoluzione del sistema di giustizia, garantendo – grazie agli apporti e agli stimoli dei giudici di merito e al contributo sistematico della più attenta dottrina – che le spinte innovative nella prospettiva della massima tutela possibile dei diritti fondamentali si realizzino e si incanalino in un contesto di coerenza e di solidità argomentativa, e quindi assumano valore di svolta con capacità precezionale.

È questa la lezione che viene dalle parole con cui Giuseppe Borrè concludeva, venti anni fa, la sua *relazione* al Convegno su *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*⁴². La Corte «è luogo in cui le novità si pongono non con i tempi rapidi della casualità e del soggettivismo, ma con l'aspirazione ad esprimere, pur attraverso un'elaborazione più lunga e talvolta travagliata, un avanzamento non caduco»: in ciò sta la sua «capacità ... di collocarsi ... nell'ordinamento democratico, cioè di filtrare e produrre dinamiche giurisprudenziali sempre più aderenti ai valori di fondo della Costituzione».

39. Così G. Casaburi, *Nullità del matrimonio-atto*, cit., p. 631.

40. N. Colaianni, *Convivenza “come coniugi*, cit., p. 2119.

41. Si veda, al riguardo, G. Canzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, Roma, 28 gennaio 2016, pp. 6 e 9 (del dattiloscritto).

42. I cui atti sono raccolti e pubblicati nell'omonimo volume, Milano, 1996. Per la citazione vedi p. 252.

I giudici, il diritto del lavoro e l'interpretazione che cambia verso

di *Anna Terzi*

Dopo una stagione di intenso impegno interpretativo nel dare alle nuove norme del diritto del lavoro un carattere compiutamente autonomo e speciale, fondato sulla ideale adesione ai principi costituzionali dettati in materia, la magistratura del lavoro ha fortemente risentito del mutamento del clima complessivo, inclinando verso interpretazioni riduttive delle norme e dei diritti e dando vita ad una creatività regressiva rispetto alle precedenti tendenze. Da ultimo, pare ormai affermato un conformismo diffuso e sentito addirittura come doveroso da parte dei magistrati del lavoro.

1. I primi vent'anni successivi all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori hanno rappresentato una stagione di giurisprudenza intensamente "creativa" nel nostro Paese. Il concorso di vari fattori sinergici ha determinato le condizioni per la costruzione del diritto del lavoro quale branca compiutamente autonoma e speciale del diritto dei contratti: l'emana-zione di una legislazione di tutela forte del lavoratore che favoriva l'accesso alla giustizia, veicolato da organizzazioni sindacali molto attive e diffuse sul territorio; un movimento autorevole ed esteso nel Paese per l'emancipazione sociale delle classi non abbienti; un sistema industriale ad elevato impiego di manodopera che creava un ambiente fertile per il proselitismo sindacale e la coesione dei lavoratori su rivendicazioni di miglioramento delle condizioni di lavoro; la vocazione all'impegno professionale connesso alla elaborazione delle nuove norme sostanziali e processuali da parte della magistratura culturalmente sensibile a questi temi e con una piena adesione ideale verso l'attuazione dei valori costituzionali.

Queste condizioni hanno aperto la via alla definizione del contenuto del rapporto di lavoro subordinato alla luce dei valori espressi negli artt. 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 della Costituzione.

Le poche disposizioni del codice avevano costituito oggetto di una elaborazione giurisprudenziale circoscritta, nell'impiego privato, alle questioni direttamente o indirettamente retributive. La mancanza di una tutela forte del vincolo contrattuale, essendo consentito il libero recesso con preavviso, era risultata comprensibilmente ostativa, per il timore di ritorsioni, a un accesso del lavoratore alla protezione giurisdizionale e con esso alla garanzia di effettività dei, peraltro scarni, diritti astrattamente riconosciuti al lavoratore dal codice civile del 1942 o quanto meno era risultata ostativa a interventi giudiziali sulla dinamica del rapporto di lavoro, venendo chiamato il giudice per lo più a pronunciarsi a rapporto cessato.

Lo snodo è stato l'entrata in vigore in successione di tre leggi con oggetti diversi ma tra loro complementari: la L. n. 604/66 sulla disciplina del licenziamento individuale che introduce il recesso causale e motivato, lo Statuto dei lavoratori sui diritti e libertà sindacali che introduce con l'art. 18 la tutela reale del posto di lavoro nelle imprese con più di 15 dipendenti (5 per le imprese agricole) e la L. n. 533 del 1973 che, con poche essenziali disposizioni, struttura uno strumento processuale elastico che consente interventi tempestivi e incisivi nelle controversie di lavoro¹. La

1. Dall'inizio degli anni '60 si sono susseguite numerose leggi di tutela del lavoro e dei lavoratori: la L. n. 1369/60 divieto di interposizione nel collocamento della manodopera, la L. n. 230/62 sul contratto a termine, L. n. 7/63 divieto di licenziamento per causa di matrimonio, dPR n. 1224/65 tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, L. n. 604/66 sui licenziamenti individuali, L. n. 153/69

disciplina dei poteri datoriali è articolata in clausole generali la cui interpretazione è rimessa ai giudici e nel contempo vengono fortemente sostenuti l'attività sindacale, con disposizioni specifiche di protezione dei rappresentanti sindacali, di garanzia di spazi e tempi per lo svolgimento di attività di informazione e proselitismo, di tutela dei diritti individuali alla dignità personale sul luogo di lavoro², di manifestazione del pensiero e di partecipazione.

È indubbiamente la garanzia della stabilità del posto di lavoro a protezione da licenziamenti illegittimi introdotta con lo Statuto del 1970 che realizza il presupposto per la costruzione dei diritti attraverso l'accesso alla giurisdizione. La giurisprudenza pretoriale è stata chiamata a definire le controversie a rapporto in corso, interpretando nuove norme o affrontando questioni prima mai prospettate, statuendo su quanto esigibile e dovuto nell'esecuzione del contratto attraverso una riconduzione dei contrapposti interessi ai valori espressi dalla Carta costituzionale. Ed è in questo che si è espressa la "creatività": nell'interpretazione del più importante atto politico di un ordinamento, la Carta costituzionale, per stabilire una scala di valori tra quelli tutelati e trarre da essa i criteri di interpretazione per l'applicazione della legge ordinaria nel caso concreto. La definizione della scala di preminenza, con l'individuazione del punto dove un diritto costituzionale deve cedere ad altro diritto costituzionale, dove la libertà di iniziativa economica deve cedere alla tutela della dignità, libertà e sicurezza del lavoratore, implica necessariamente una selezione del significato attribuibile alla norma rispetto alla quale è difficile tracciare un confine tra una creatività davvero ancorata a principi superiori e una creatività che stabilisce quali sono i principi superiori.

È vero che qualsiasi interpretazione implica una "creazione" mediante l'attribuzione di uno solo dei significati tra i più possibili, anche quando quel significato sembri l'unico plausibile perché compendia in quel momento storico un sentire diffuso e indiscusso, coerente con la realtà economico sociale che la norma deve regolare, senza che si rappresentino conseguen-

ze irrazionali o incongruenti (effetti questi che costituiscono una spinta all'indagine verso la ricerca di possibili interpretazioni diverse per una riconduzione a coerenza del sistema). L'interpretazione "costituzionalmente orientata" in una materia quasi vergine, come è stato per il diritto del lavoro dagli anni '70 agli anni '90, ha implicato però l'interazione di due fattori non ordinari che hanno esaltato la "creatività" intesa nel senso di creazione giurisprudenziale di una regola precedentemente non esistente: l'assenza di riferimenti consolidati che, esprimendo uno *status quo* che deve essere superato attraverso una analisi critica e uno sforzo motivazionale, sono elementi che frenano o rallentano il percorso innovativo e l'immediata enucleazione della regola da disposizioni che per loro natura hanno il significato e il contenuto di un progetto politico, la cui lettura non può che riflettere la sensibilità politica e culturale del giudice che li traspone nella legge ordinaria e nelle disposizioni di un codice civile scritto in epoca fascista e preconstituzionale.

L'assenza di una precedente elaborazione giurisprudenziale, possibile remora a interpretazioni innovative, ha riguardato anche il nuovo rito per le cause di lavoro, anch'esso concepito dal legislatore, attraverso la sottrazione dei tempi processuali alla disponibilità delle parti (art. 415, 418 e 420 cpc) e attraverso l'attribuzione al giudice di poteri di acquisizione d'ufficio della prova (art. 421 cpc), quale strumento di realizzazione di parità sostanziale in un rapporto diseguale.

Indubbiamente, il diritto sindacale è stato un campo in cui i pretori si sono cimentati e in cui sono stati chiamati a interventi molto incisivi, che si inserivano nelle lotte sindacali in corso: l'opera di regolazione dei conflitti ha avuto una ineludibile colorazione politica. Il diritto di assemblea e soprattutto il diritto di sciopero hanno dato materia di riflessione, valutazione e definizione dei confini tra lecito esercizio e ingiustificato abuso del diritto. Lo Statuto dei lavoratori è stata però una solida cornice, con previsioni anche di dettaglio, di inequivoco sostegno all'azione sindacale in un momento storico di grande fer-

riforma sistema pensionistico Brodolini, L n. 300/70 Statuto dei lavoratori, L n. 1204/71 tutela delle lavoratrici madri, ma l'architettura del sistema è stata costruita con il passaggio dal recesso acasuale al recesso causale e con il diritto, di immediata realizzazione processuale, alla reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo, che consentivano l'esercizio di tutti gli altri diritti senza eccessivo timore di atti ritorsivi. Sulla reintegrazione nel posto di lavoro quale "garanzia di spazi di libertà" (Kohn Freund) Giacomo De Tommaso in *Riv. Giur. Lav.* 1979, I, p. 343.

2. La tutela della libertà e dignità del lavoratore sono l'oggetto dei primi sei articoli dello Statuto che sanciscono la libertà di manifestazione del pensiero sul luogo di lavoro e vietano controlli sulla attività lavorativa e sulla persona del lavoratore non strettamente necessari allo svolgimento della attività aziendale e previo accordo sulle modalità con le organizzazioni sindacali. L'art. 4, in particolare, vietava controlli a distanza e vietava l'uso dei cd controlli preterintenzionali, occasionati da sistemi autorizzati e installati per altri fini aziendali leciti. La disposizione è stata recentemente modificata con l'art. 23 del d.lgs n. 151/15 che pare consentire l'uso indiscriminato di informazioni "intercettate" da tali sistemi anche a fini di verifica dei livelli di rendimento e disciplinari: «Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli».

mento culturale e di lotta sociale, rispetto al quale la costruzione giurisprudenziale ha trovato nella stessa legge ordinaria i riferimenti fondamentali.

Molto più intensa è stata l'elaborazione giurisprudenziale della disciplina del rapporto di lavoro.

Il controllo sulla legittimità degli atti datoriali, attraverso azioni individuali, sistematicamente promosso se non addirittura provocato da organizzazioni sindacali dotate di propri uffici legali specializzati nella materia del lavoro, *porta la* giurisprudenza a definire il contenuto degli obblighi del lavoratore di diligenza, di ubbidienza e di fedeltà in una prospettiva strettamente finalistica rispetto all'interesse oggettivo di corretta esecuzione della prestazione, con esclusione e superamento di quel concetto di subordinazione precedentemente inteso e vissuto come vero e proprio assoggettamento personale al datore di lavoro (e ai suoi preposti nell'esercizio del potere gerarchico). Nell'opzione tra possibili diverse interpretazioni viene scelta quella che si ritiene conforme ai principi costituzionali, a loro volta definiti nel contenuto attribuendo prevalenza a una lettura dei rapporti economici nel rispetto dei diritti fondamentali e della pari dignità sociale sanciti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. L'art. 41 della Carta viene declinato come parametro di riferimento e limite a poteri di supremazia che non siano correlati alla realizzazione di uno scopo, inerente alla attività di impresa, socialmente apprezzabile e si traducano quindi in non necessarie limitazioni della libertà e dignità del lavoratore, essendo l'azienda un luogo di relazioni sociali all'interno del quale il lavoratore svolge la sua personalità.

È così stabilito che non è insubordinazione la reazione alla condotta offensiva del datore o del capo, che non è insubordinazione il rifiuto di prestazioni lesive di interessi superiori, che non vi è violazione degli obblighi di correttezza nell'esercizio del diritto di critica rispetto alla attività datoriale o all'organizzazione del lavoro in azienda, che la diligenza nella esecuzione della prestazione deve essere valutata nel contesto dei tempi e dei modi della prestazione medesima, che il rifiuto dello straordinario è legittimo se vi sono esigenze personali apprezzabili del lavoratore, che sono estranee al vincolo fiduciario vicende personali anche di rilevanza penale non incidenti sulla corretta esecuzione della prestazione lavorativa³. La

specialità e l'autonomia del diritto del lavoro trovano inoltre espressione in deroghe o interpretazioni in difformità al diritto comune dei contratti, come in materia dell'onere della prova della diligenza nella esecuzione della prestazione, che diviene onere della prova a carico del datore di lavoro della scarsa diligenza rispetto a quella ordinariamente esigibile⁴.

Attraverso la casistica, dovendo calare nel caso in giudizio una regola che ripete la propria validità dall'equo bilanciamento di interessi contrapposti e di visioni ideali spesso antitetiche dei rapporti economici e dei limiti di preminenza dell'interesse dell'impresa, vengono individuati i principi di riferimento e definiti i criteri di valutazione delle condotte delle parti nel corso di un rapporto contrattuale che si caratterizza per due peculiarità: lo svolgimento quotidiano che assorbe un terzo del tempo di vita di ogni giorno e implica rapporti interpersonali continuativi; la supremazia di una parte rispetto all'altra sia sul piano economico, sia sul piano giuridico, essendo la prestazione a cui è tenuto il lavoratore determinata, secondo le mutevoli esigenze aziendali, nel contenuto, nel tempo e nel modo dall'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, titolare altresì del potere disciplinare per sanzionare l'inesatto adempimento della prestazione e degli obblighi accessori.

È questo l'ambito elettivo della giurisprudenza che si occupa delle sanzioni e del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, che costruisce un percorso di accertamento della responsabilità con norme procedurali che vanno oltre la formulazione letterale dell'art. 7 dello Statuto, definendo l'interesse tutelato ed enucleando rispetto allo stesso obblighi complementari la cui violazione determina l'illegittimità della sanzione: la specificità della contestazione, la tempestività della contestazione, la tempestività della irrogazione della sanzione, l'immutabilità della contestazione. La sussistenza di un interesse reale e non strumentale a sanzionare la condotta viene verificato non solo in base alla esistenza dell'infrazione disciplinare, quale sarebbe letteralmente consentito dall'art. 2106 cc, ma anche in base all'oggettiva rilevanza della condotta, all'effettiva esistenza e incisione del bene protetto e all'atteggiamento antecedente e successivo complessivamente tenuto dal datore di lavoro⁵. Vengono stabilite le modalità per garantire

3. Tribunale Genova 29.11.81, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, p. 99, Cass. n. 3721/86, *Giust. Civ.* 1986, I, p. 2089, Pretura Milano 6.8.87 Lavoro 80, 1987, p. 964, Pretura Parma 18.2.87, *ivi*, 1987, p. 819, Pretura Milano 18.8.87, *ivi*, 1987, p. 1087, Pretura Milano 24.8.87, *ivi* 1987, p. 1089, Cass. 2346/87, Cass. 8123/92

4. Cass. n. 3432/79, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, p. 369, Tribunale Milano 10.10.87, in *Lavoro* 80, 1988, p. 166

5. Cass. n. 2144/74, Cass. n. 5744/77, *Riv. Giur. Lav.* 1978, II, p. 515, Cass. n. 5320/78, in *Giustizia Civile*, 1979, I, p. 479, Pretura Milano, 14.12.87, Lavoro 80 1988, p. 508, Pretura Milano 16.3.88, Lavoro 80, 1988, p. 700, Pretura Milano 29.3.88, *ivi*, p. 701, Pretura Milano 5.12.88 in Foro It., 1989, I, p. 563, Tribunale Milano 14.2.90 in Lavoro 80 1990, p. 359, Tribunale Napoli 20.1.90, Lavoro 80, 1990, p. 527.

un effettivo esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore e viene chiarito che l'art. 7 si applica anche al licenziamento disciplinare⁶.

Si tratta di arresti giurisprudenziali che costituiscono ormai diritto vivente e che mantengono la loro validità e vitalità nonostante gli interventi legislativi che dal 2012 in avanti hanno smantellato l'impianto normativo di garanzia della stabilità del rapporto di lavoro.

In una analoga prospettiva di costruzione di un sistema coerente di principi e norme e di definizione dei poteri del datore di lavoro attorno a parametri di oggettiva sussistenza e oggettiva rilevanza dei presupposti per il loro esercizio⁷ si è mossa la giurisprudenza sul controllo della legittimità del recesso per motivi oggettivi attinenti alla organizzazione e alla gestione economica dell'impresa e alla sussistenza delle ragioni tecnico produttive per il trasferimento. Il controllo sugli atti datoriali in questi ambiti è costruito rigorosamente come controllo di legittimità e non di merito, essendo circoscritto al nesso logico tra le ragioni addotte (e provate) e la scelta effettuata. Non viene sindacata l'opportunità della scelta ma la correlazione logica con l'atto che incide sul rapporto.

Indubbiamente lo spartiacque è meno chiaro nel momento applicativo rispetto a come enunciato nelle sentenze, poiché il vaglio della consequenzialità tra scelta gestionale e atto datoriale applicato a una situazione concreta non può tradursi in un semplice sillogismo la cui correttezza è verificabile attraverso consolidati canoni di logica astratta. Un esempio significativo della labilità del confine si è avuto

in materia di trasferimento, per il quale parte della giurisprudenza di merito riteneva compreso nel controllo⁸, sempre sotto il profilo della congruenza logica tra ragione aziendale e atto datoriale, anche la scelta del lavoratore da trasferire tra più lavoratori aventi la medesima professionalità, per escludere atti arbitrari o diretti a mettere in difficoltà dipendenti non graditi per i quali il trasferimento per ragioni personali o familiari fosse particolarmente gravoso. La giurisprudenza di legittimità ha invece ritenuto insindacabile questa scelta⁹. Ed è abbastanza evidente che la scelta del lavoratore da trasferire non è atto datoriale per il quale si possa automaticamente escludere che sia valutabile una congruenza logica rispetto alla esigenza aziendale che si vuole soddisfare.

Nonostante i margini di opinabilità e per quanto non si possa escludere che vi siano state delle pronunce di merito anomale, la giurisprudenza di legittimità ha però tratteggiato nel corso del tempo, con precisione, sul piano teorico, gli ambiti di discrezionalità dell'attività imprenditoriale che non possono essere scalfiti¹⁰ e disposizioni quali gli artt. 27, 69 d.lgs n 276/03 o l'art. 30 L n. 183/10, compendio delle recriminazioni sugli esorbitanti poteri e sconfinamenti dei giudici del lavoro,¹¹ non hanno introdotto alcun reale nuovo vincolo normativo, rimanendo compresa nell'accertamento del "solo" presupposto di legittimità la valutazione di congruenza logica tra esigenza aziendale rappresentata e atto datoriale adottato.

Si tratta di disposizioni che hanno avuto e hanno il significato e lo scopo di una pressione culturale,

6. Pretura Parma 23.10.76, in *Riv. Giur. Lav.* 1977, II, p. 57, Cass. n. 553/76, n. 1632/76, n. 3455/76, n. 307/77, Corte Cost. n. 204/82, n. 427/89.

7. Pretura Napoli 24.2.83, in *Riv. It. Dir. Lav.* 1983, p. 653, Pretura Roma 6.10.87, in *Lavoro* 80, 1988, p. 497.

8. Pretura Milano, 18.3.74, in *Riv. Giur. Lav.* 1974, p. 409, Pretura Milano 25.2.86, in *Lavoro* 80, 1986, p. 872, Pretura S. Vito al Tagliamento, 29.1.87, ivi, 1988, p. 164, Pretura Roma 21.12.87, ivi, 1988, p. 157, Tribunale Firenze 13.3.85, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, p. 426.

9. Cass. n. 331/79, in *Orient. Giurisp. Lav.* 1979, 524, Cass. n. 2490/84, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 139.

10. Cass. 6450/84, Cass. 4286/85, Cass. 12554/98 e la controprova della corretta applicazione dell'art. 41 cost. senza sconfinamenti in ambiti di discrezionalità imprenditoriale che potessero comprimere indebitamente il diritto di impresa è data dalla giurisprudenza in materia di licenziamenti collettivi, che ha continuato, così come antecedentemente al 1970, a indicare i limiti del sindacato giudiziale alla correttezza della procedura sindacale di contrattazione e verifica dei presupposti della riduzione del personale (prevista dagli accordi interconfederali del 1950, del 1965 e poi dalla L n. 223/91), alla verifica della correlazione del singolo licenziamento con il presupposto della riduzione del personale e alla applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede.

11. art. 30: «1. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge ... contengano clausole generali... il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro... 3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro... Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento».

espressione di un clima politico ormai mutato sotto la spinta ideologica dei movimenti di pensiero che sostengono la prevalenza della ragione economica sulla ragione politica quale necessità imposta dal mercato e che si sono sempre più affermati a partire dalla fine degli anni '80. Un clima politico che oramai all'inizio del 2000 ha permeato l'orientamento di buona parte della giurisprudenza del lavoro.

2. Non è semplice ripercorre il cammino che ha portato progressivamente i giudici del lavoro a restringere gli ambiti di accertamento e sindacato delle forme contrattuali e delle condotte delle parti e a interpretazioni riduttive delle norme e dei diritti e, in definitiva, a una creatività regressiva rispetto ai precedenti arresti. Le condizioni sinergiche che avevano favorito la stagione di intensa costruzione giurisprudenziale espansiva del diritto del lavoro sono rapidamente venute meno e se ne sono create altre di segno opposto, per un mutamento della concezione del proprio ruolo da garante di una parità sostanziale a garante di una parità formale delle parti e per un adagiarsi in un rassicurante conformismo giurisprudenziale, piuttosto indifferente alle reali dinamiche economiche e sociali che si esprimono nelle nuove tipologie contrattuali, ma funzionale a rendimenti quantitativamente elevati in termini di definizione dei procedimenti assegnati.

Era prevedibile, in una prospettiva storica, che la legislazione di tutela dei diritti dei lavoratori e l'elaborazione giurisprudenziale che ne è seguita – in sintonia con l'assunzione del lavoro a valore fondativo della Costituzione repubblicana (art. 4 secondo comma), titolo di legittimazione alla effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese – determinassero una reazione ideologica avversa, di insofferenza al controllo prima sindacale e poi giudiziario. E la reazione si è espressa sia nella elusione delle discipline legali e contrattuali, sia nella divulgazione di un pensiero strutturato di contestazione della utilità sociale di qualsiasi forma di vincolo contrattuale alla libertà di impresa nella gestione della forza lavoro e dei relativi costi. La reazione ha coinvolto tutti i paesi dell'Europa occidentale, ma in modo particolare quelli dell'Europa continentale e meridionale, che nel corso degli anni '60 e '70 avevano introdotto legislazioni limitative dei licenziamenti e dell'accesso a forme di lavoro temporanee, sotto la pressione di lotte sociali promosse dai sindacati con il sostegno dei partiti

di sinistra e in modo particolare paesi come l'Italia nei quali, a differenza dei paesi del Nord Europa, affermazioni come la responsabilità sociale dell'impresa, la solidarietà sociale quale presupposto per il benessere collettivo, la tutela del valore reale del salario quale condizione di realizzazione della pari dignità sociale non erano il risultato di una crescita culturale della società nel suo insieme e di una idea condivisa di organizzazione sociale, ma erano stati il vessillo di una sola parte nel duro scontro politico e sindacale di quegli anni.

Il susseguirsi di due crisi economiche, nel 1973 (crisi petrolifera) e nei primi anni '80, durante la fase espansiva e di affermazione dei movimenti progressisti per l'emancipazione dei soggetti deboli e per la pari dignità sociale ha favorito la diffusione della critica ai nuovi modelli di società, sostenuta dalle dottrine neolibériste della scuola di Chicago di Milton Friedman, che predicava l'ottimizzazione dei risultati economici di macrosistema attraverso la riduzione ai minimi dei vincoli all'impresa e attraverso la privatizzazione di tutti i beni e servizi. Il sistema industriale intanto è andato trasformandosi con l'introduzione massiccia di nuove tecnologie, con l'affidamento all'esterno delle attività accessorie e con la modificazione degli schemi di produzione: il modello del *just in time* implica la massima elasticità della offerta per adattarsi alla domanda, senza accumulo di scorte e dunque, si predica, una organizzazione del lavoro con elevato grado di flessibilità. Diretto derivato da queste teorie è stata l'affermazione della correlazione tra tutele nel rapporto di lavoro e basso livello di occupazione, tesi per dimostrare la quale l'Ocse all'inizio degli anni '90 ha intrapreso studi su tutti i sistemi dell'economie ad alta industrializzazione (*Employment protection legislation index/Epl*). Dopo vent'anni di ricerche, sul periodo 1990-2013, l'affermazione del 1994 «Un mercato del lavoro flessibile è fondamentale per garantire che le politiche economiche favoriscano la creazione di nuovi posti di lavoro»¹², si è tramutata in «La maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro, suggeriscono che esse hanno un impatto nullo o limitato sui livelli di occupazione nel lungo periodo»¹³.

Gli stessi studi e ricerche hanno invece dimostrato che la riduzione delle tutele e la flessibilizzazione del mercato del lavoro, che sulla spinta ideologica di un pensiero teorico indimostrato si sono frattanto attuate nei paesi occidentali, hanno determinato una

12. *Ocse/Oecd Jobs Study*, 1994, p. 28, Relazione prof. Emiliano Brancaccio, *Scuola Superiore Magistratura, Scandicci* 26.10.16.

13. *Oecd Employment Outlook*, 2016, p. 126, Relazione prof. Emiliano Brancaccio, *Scuola Superiore Magistratura, Scandicci* 26.10.16.

deflazione dei salari e una redistribuzione del reddito nazionale a favore delle rendite e dei profitti¹⁴.

3. Nel corso dell'ultimo ventennio si è contemporaneamente realizzato un graduale mutamento nella magistratura del lavoro, esito peraltro di fattori del tutto ordinari quali la progressione di carriera, il ricambio generazionale, la mobilità sul territorio. Un mutamento che però ha implicato, soprattutto nel primo grado di giudizio, la sostituzione di giudici votati professionalmente ad occuparsi di una materia del tutto peculiare come è il diritto del lavoro, favorendo l'ingresso della vicenda umana e degli interessi concreti nelle aule di giustizia, con giudici con minor sensibilità per gli aspetti politico-sociali-economici di questo contenzioso e più propensi ad indulgere in "tecnicismi" e speculazioni astratte, forse talvolta più funzionali a preservare la propria organizzazione di lavoro e di vita, a scoraggiare l'accesso alla giustizia, che non a soddisfare l'esigenza delle parti di interventi tempestivi e risolutivi¹⁵. E il ricambio generazionale è fattore importante non solo per una diversa sensibilità dovuta al diverso contesto storico di formazione culturale e professionale, ma anche perché il meccanismo processuale è tale per cui se il primo grado di giudizio non è svolto facendo entrare nella materia che costituisce la base della decisione la vicenda concreta del rapporto i gradi successivi restano vincolati a un ambito ristretto di cognizione, senza poter trarre dalle peculiarità della singola controversia impulsi per una rivisitazione critica di principi che si ritengono consolidati e la cui applicazione potrebbe non portare a risultati conformi allo spirito delle norme, in particolare quelle costituzionali.

Il mutamento del clima politico, la diffusione quale pensiero comune della correlazione delle tutele

accordate al lavoratore con il calo dell'occupazione, il convincimento che la globalizzazione deve necessariamente abbassare i salari e la qualità della vita dei lavoratori salariati, unitamente al ricambio generazionale, hanno avuto una ricaduta sulla giurisprudenza. Le stesse disposizioni che nel ventennio precedente avevano segnato l'affermazione del diritto del lavoro come diritto diseguale a protezione della parte debole del rapporto non sono più sentite come sufficienti per arginare l'erosione dei diritti. Emblematica è la vicenda dei cosiddetti contratti co.co.co, contratti nei quali l'attività lavorativa viene definita come non subordinata e portata fuori dall'applicazione dei contratti collettivi.

I rapporti di «collaborazione coordinata e continuativa» sono menzionati per la prima volta nell'art. 2 della L n. 741/59 e successivamente nell'art. 409 terzo comma cpc e negli artt. 5 del dPR 633/72, 49 dPR 597/73 e 49 dPR 917/86 ai fini fiscali. Si tratta di disposizioni che non hanno quale finalità quella della creazione di un nuovo contratto tipico, intermedio tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, ma quella della tutela di lavoratori autonomi, professionisti ed anche si sostiene, quanto alla applicazione dell'art. 409 cpc, piccoli imprenditori che, per essere sostanzialmente fidelizzati a una azienda si vengono a trovare in una situazione di dipendenza economica equiparabile sul piano delle esigenze di tutela a quella dei lavoratori subordinati¹⁶.

Questa forma contrattuale viene invece prescelta dalla seconda metà degli anni '80 in poi per eludere le tutele del rapporto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato. La flessibilità è garantita dalla apposizione di un termine, con possibilità di rinnovo, e/o dalla facoltà di recesso anticipato con preavviso e il costo è sistematicamente inferiore a quello del lavoro subordinato, sia in termini di retribuzione,

14. Relazione prof. Emiliano Brancaccio, *Scuola Superiore Magistratura, Scandicci* 26.10.16 e gli studi degli autori citati nella bibliografia.

15. Significativo e del tutto esplicativo sotto questo profilo è stato il contrasto giurisprudenziale sulla ammissibilità del ricorso d'urgenza ex art. 700 cpc in caso di licenziamento, procedimento che veniva introdotto per scavalcare i tempi lunghi della fissazione della causa di merito in certi uffici giudiziari. Per buona parte dei giudici del lavoro il ricorso non sarebbe stato ammissibile in quanto il danno sofferto dal lavoratore sarebbe stato un danno meramente patrimoniale, che sarebbe stato riparato, qualora fosse stata accolta la domanda, con l'integrale risarcimento ex art. 18 L n. 300/70, con il risultato che nel 2012 per dare soddisfazione a una esigenza di assoluta celerità condivisa da entrambe le parti del processo e non solo dal lavoratore è stato introdotto il cd. rito Fornero che ha imposto ai giudici tempi ridotti di trattazione, strutturando il procedimento in due fasi di cui la prima concepita come una sorta di fase cautelare a cognizione sommaria e imponendo ai capi degli uffici una sorveglianza speciale sul rispetto dei termini (art. 1 comma 66 L n. 92/12).

16. Art. 1 L n. 741/59 «Il Governo è delegato ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria. Nella emanazione delle norme il Governo dovrà uniformarsi a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge». Art. 2 «Le norme di cui all'art. 1 dovranno essere emanate per tutte le categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi riguardanti una o più categorie per la disciplina dei rapporti di lavoro, dei rapporti di associazione agraria, di affitto a coltivatore diretto e dei rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata». Le due disposizioni fanno evidentemente anche se implicitamente riferimento, sia pure senza menzionarli, solo agli agenti e rappresentanti di commercio, uniche categorie per le quali erano stipulati accordi collettivi, agenti e rappresentanti poi menzionati nell'art. 409 cpc separatamente rispetto ai collaboratori coordinati e continuativi.

sia per la mancanza di ogni forma di assicurazione previdenziale. Solo con la L n. 335 del 1995 verrà introdotta una gestione autonoma per queste forme di attività parasubordinata, ma fino al 2004 con aliquote basse e comunque sempre più convenienti rispetto al costo del lavoro subordinato.

I giudici del lavoro vengono investiti della questione della natura elusiva di questi contratti e richiesti di accertare la natura subordinata dei rapporti di lavoro sottostanti. Dopo pronunce difformi e contrastanti della giurisprudenza di merito, i giudici del lavoro di legittimità anziché mettersi nella prospettiva adottata nel passato, con orientamento consolidato, della individuazione dell'interesse che con il contratto si vuole realizzare e della funzione che in concreto svolge nella organizzazione della attività aziendale, a prescindere dalle singole clausole contrattuali¹⁷, al fine di riconoscere le tutele del lavoro subordinato indipendentemente dal *nomen iuris* del singolo contratto¹⁸, reiterano affermazioni tanto apodittiche quanto indimostrate («ogni attività umana economicamente rilevante può essere svolta sia in forma autonoma che subordinata»)¹⁹ e si perdono in una analitica individuazione di indizi significativi che deporrebbero per l'una o per l'altro tipo di contratto (orario, luogo di lavoro, modo di retribuzione e così via)²⁰, addossando al lavoratore l'onere della prova e dibattendosi nella confutazione o conferma della «volontà espressa dalle parti», fino a giungere alla tautologica statuizione che ha natura subordinata il rapporto di lavoro che implica l'esercizio del potere disciplinare, con la sin-

golare conseguenza che di tale indice non può esservi prova se il lavoratore è bravo e diligente o se il datore di lavoro recede dal contratto co.co.co con preavviso e senza motivazione (così impedendo di verificare se si sia trattato di un recesso disciplinare quale reazione a una condotta del collaboratore).

Questo sforzo ricostruttivo/interpretativo della «volontà delle parti» e del loro comportamento successivo conforme o difforme dalla volontà dichiarata è completamente indifferente alla evidenza della funzione elusiva delle tutele e di *dumping* salariale che le forme contrattuali co.co.co assolvono sul mercato del lavoro e alla stessa finalità originaria della emersione normativa di queste figure di collaboratori, diretta ad estendere tutele e non a circoscriverle.

Per apprezzare pienamente la creatività regressiva di questi arresti è sufficiente porre mente alla costruzione dogmatica condivisa dell'art. 36 della Costituzione, quale è stata adottata per il lavoro subordinato e all'applicazione che non ne è seguita invece rispetto alle collaborazioni coordinate e continuative.

La nostra Costituzione ha accolto una nozione di remunerazione della prestazione di lavoro non come prezzo di mercato, ma come retribuzione sufficiente ossia adeguata ad assicurare un tenore di vita dignitoso²¹. Nonostante il riferimento all'«esistenza libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia» non potesse essere un criterio applicativo di reale consistenza e nonostante quindi l'art. 36 fosse disposizione più facilmente collocabile fra quelle di natura programmatica, la giurisprudenza, anche di seguito all'interven-

17. Cass. 183/74, in *Riv. Dir. Lav.*, IV, p. 94, Pretura Milano, 14.4.76, in *Riv. Giud. Lav.*, 1977, p. 236, Cass. 1825/76, in *Riv. Dir. Lav.*, 1977, p. 483, Cass. SU n. 1885/76 ivi p. 490.

18. La giurisprudenza in materia di contratti atipici è del resto consolidata nel senso che la disciplina applicabile va individuata in base alla «causa concreta, la quale definisce lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione». «Infatti, la causa, “ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto”, non può essere che “funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale” (in tali espressi sensi, con argomentazioni approfondite e convincenti, si esprime Cass. 8 maggio 2006 n. 10490, ripresa tra le altre da Cass. 12 novembre 2009 n. 23941)... la causa concreta costituisce del resto uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'art. 1343 cc) e, per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 cpv cc (Cass. 19 febbraio 2000 n. 1898)... sul punto, i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass. 19 giugno 2009 n. 14343): in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di “ordinamento giuridico”, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informativi o fondanti dell'ordinamento stesso» (per tutte Cass. 7557/11).

19. Cass. n. 6701/83, n. 5705/85, n. 1502/92, n. 13858/99, n. 5710/98, n. 8028/03, n. 5508/04, n. 6224/04, n. 8804/94, n. 11711/98, n. 4036/00, n. 7310/02, n. 7171/03.

20. Un esempio di sentenze di questo tipo è la sentenza sui “moto fattorini”, Tribunale Napoli, 11.12.89 in *Lavoro* 80, 1990, p. 290.

21. Opzione di natura politica che sta a significare che viene posto un limite all'espansione del profitto a danno del monte salari.

to legislativo operato con la L n. 741/59 che ha reso obbligatori i minimi salariali stabiliti dai contratti e dagli accordi collettivi, già dagli anni '60 ha attribuito alla disposizione efficacia immediatamente precettiva²² e l'ha utilizzata per estendere, sia pure indirettamente, assumendole come parametri orientativi di liquidazione, le retribuzioni minime sindacali anche ai rapporti di lavoro intercorrenti con datori di lavoro non vincolati alla applicazione del contratto collettivo perché non aderenti alle associazioni firmatarie. Si è trattato di un procedere creativo, come sostenuto da parte della dottrina, non essendovi una piana consequenzialità logica nei vari passaggi, dall'attribuire efficacia immediatamente precettiva all'art. 36, all'individuare i parametri di liquidazione della giusta retribuzione in quella sindacale, al bypassare l'art. 39 Cost. estendendo tendenzialmente anche se non integralmente l'efficacia obbligatoria del contratto collettivo (e non solo ai minimi tabellari, ma in ragione della incidenza immediata sulla remunerazione, anche ad altri istituti)²³. Si è trattato in ogni caso di un procedere che ha portato a una posizione consolidata, recepita dalle prassi contrattuali e dalle difese legali in giudizio, a cui è stato aggiunto quale corollario quello della ammissibilità della liquidazione anche d'ufficio sulla base dei minimi salariali dei contratti collettivi della giusta retribuzione quando fosse comunque stata dedotta una violazione dell'art. 36 cost.²⁴.

Ci si può chiedere quindi cosa abbia trattenuto la giurisprudenza nelle cause promosse dai lavoratori co.co.co in cui venivano chieste differenze retributive ex art. 36 cost., dal desumere dai contratti collettivi il valore della giusta retribuzione una volta affermato da un lato che ogni attività umana economicamente rilevante può essere svolta sia in forma autonoma che subordinata e una volta riscontrata dall'altro l'iden-

tà qualitativa/quantitativa della prestazione quanto a oggetto e durata ancorché svolta con un contratto co.co.co anziché subordinato. La risposta pare obbligata: una lettura dell'art. 36 cost., in assenza di qualsiasi limitazione espressa o di *ratio*, come norma rivolta alla sola tutela del lavoro subordinato e non di quello parasubordinato²⁵. Una lettura regressiva, di una giurisprudenza ormai restia a interpretazioni costituzionalmente orientate di tutela del lavoro svolto in posizione di dipendenza economica e sensibile invece alle esigenze di un mercato che si afferma imprigionato dalle troppe tutele.

Il paradosso è che lo scopo elusivo di queste forme contrattuali, con una pesante incidenza sulla mancanza di copertura assicurativa per il futuro trattamento pensionistico, ha portato lo stesso legislatore, sebbene sempre più liberista, a intervenire con disposizioni repressive. Un primo intervento si è avuto con il d.lgs n. 276/03, che, pur introducendo o avallando la proliferazione di tipologie contrattuali destinate a dare rilievo normativo alle massime esigenze di flessibilità nell'impiego della forza lavoro, ha fatto divieto di stipulare per il futuro contratti co.co.co. (artt. da 61 a 69-*bis* e art. 86), consentendo nell'ambito delle collaborazioni continuative solo il contratto a progetto, sanzionando l'abuso di questo tipo di contratti con la conversione del rapporto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e imponendo in astratto una giusta retribuzione con riferimento ai compensi dei lavoratori autonomi (art. 63)²⁶. Successivamente, di fronte all'abuso del contratto a progetto²⁷, si è introdotta una disciplina più restrittiva e la giusta retribuzione è stata individuata nei minimi tabellari dei contratti collettivi (art. 1 commi 23-25 L n. 92/12 cd legge Fornero) e infine con il decreto legislativo n. 81/15 (denominato vol-

22. Per una trattazione esaustiva: Luisa Riva Sanseverino, *Lavoro in Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca.

23. In via giurisprudenziale si è ritenuto di temperare l'estensione con riduzioni percentuali dei minimi tabellari, posizione questa diretta a realizzare una sorta di equità ma a sua volta discutibile in assenza di un reale parametro capace di esprimere la "sufficienza" costituzionalmente garantita. Ed infatti, Cass. 2245/06: «Quando però la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il Giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali». Sui presupposti per operare una riduzione Cass. 17250/04, Cass. 3184/00.

24. Cass. 12227/05, Cass. n. 1393/85.

25. Cass. 15069/03.

26. Art. 63: «Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto».

27. Art. 1 comma 25: «Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e, in relazione a ciò nonché alla particolare natura della prestazione e del contratto che la regola, non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dai contratti collettivi».

garmente *Jobs act*) è stata abrogata la disciplina del contratto a progetto (art. 52), è stato abrogato l'art. 2549 codice civile nella parte in cui consentiva che nell'associazione in partecipazione (nuova forma elusiva) l'apporto dell'associato potesse essere costituito da una prestazione di lavoro ed è stata nuovamente prevista la possibilità di contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Si è però stabilito a questo proposito che «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro»²⁸. Si è quindi alla fine dato rilievo a due dei fattori che evidenziano un collegamento funzionale particolarmente intenso della prestazione di lavoro con l'attività aziendale e l'insussistenza di un interesse contrattuale apprezzabilmente diverso (causa concreta del negozio) da quello soddisfatto con il rapporto di lavoro subordinato per estenderne la disciplina. In sostanza, si è pervenuti in via normativa a un risultato che avrebbe potuto essere realizzato vent'anni prima dalla giurisprudenza percorrendo il proprio stesso precedente argomentare sulla distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e autonomo, o che avrebbe potuto essere raggiunto quanto meno sul piano delle garanzie retributive (se non di quelle assicurative volendo mantenere l'autonomia dei co.co.co) attraverso l'interpretazione e applicazione dell'art. 36 Cost. secondo la via che era stata seguita per la liquidazione della giusta retribuzione in base ai contratti collettivi di lavoro nei rapporti intercorrenti con datori di lavoro non aderenti ad alcuna associazione di categoria.

4. La vicenda delle collaborazioni dimostra una sorta di impotenza della giurisprudenza dopo gli anni '90 a intervenire efficacemente per sanzionare l'elusione delle tutele a danno del lavoro dipendente, ovvero di quei lavoratori in situazione di dipendenza economica che scambiano sul mercato la propria opera con un salario, comunque si voglia denominare l'emolumento percepito (partecipazione agli utili, provvigione, compenso) e qualsiasi sia la forma contrattuale studiata per sottrarsi agli obblighi retributivi e contributivi dell'impresa secondo la con-

trattazione collettiva (anche i minimali contributivi sono parametrati dalla legge in base alle retribuzioni tabellari previste dai contratti collettivi). È un'area questa dell'elusione che si è sempre più incrementata attraendo forme di collaborazione di diverse tipologie, compresi i contratti formativi o stage e le prestazioni occasionali che occasionali non sono ma godono in questa forma di agevolazioni fiscali e contributive e che molto spesso coinvolgono nel dumping retributivo anche il lavoro professionale.

Nonostante ciò, rimane diffuso nel sentire comune il convincimento della necessità di aggiustamenti per evitare che “troppe” tutele siano di ostacolo al mercato, nella cui capacità di soddisfare gli interessi di tutti si crede fideisticamente. Questa impostazione traspare, anche se non esplicitata, in sentenze che affrontano la questione degli ambiti di discrezionalità non sindacabile delle scelte imprenditoriali, che tendono a portare fuori dal controllo giudiziario il presupposto di legittimità del licenziamento per esigenze aziendali²⁹ e traspare nel persistente atteggiamento della giurisprudenza di autorestringimento degli spazi interpretativi che consentirebbero di riportare a una coerenza di sistema rispetto ai principi costituzionali anche le più deboli tutele introdotte negli anni 2000.

Un esempio è dato dalla disciplina del licenziamento disciplinare introdotto con la L n. 92/2012³⁰.

A differenza del licenziamento per esigenze aziendali, il licenziamento per motivi soggettivi non coinvolge alcun aspetto di discrezionalità imprenditoriale nelle decisioni sull'impiego della manodopera e sul rapporto ottimale costo/utile d'impresa. Non vi è quindi alcuna «esigenza di mercato» da soddisfare: il posto di lavoro non viene soppresso ma solo coperto con altro lavoratore che prenderà il posto di quello licenziato. Ciò che è in gioco nel licenziamento disciplinare è unicamente la correlazione del recesso con una mancanza apprezzabile rispetto all'interesse del datore di lavoro alla corretta esecuzione della prestazione. Un uso distorto del potere disciplinare in senso punitivo/ritorsivo senza proporzione tra mancanza e interesse tutelato reintroduce una concezione della subordinazione quale assoggettamento della persona del lavoratore al datore di lavoro, sicuramente lesiva della sua dignità in violazione dell'art. 41 della Costituzione, come più volte affermato dalla giurisprudenza degli anni '70 e '80.

28. Salvo alcune eccezioni e salvo che non intervengano specifici accordi collettivi per queste categorie di lavoratori.

29. Carla Ponterio, La valutazione del giudice e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in *Questione Giustizia* on line, www.questionegiustizia.it/articolo/la-valutazione-del-giudice-e-il-licenziamento-per-giustificato-motivo-oggettivo_20-09-2016.php

30. La questione è stata risolta in radice dal d.lgs n. 23/15 che ha riportato ogni questione attinente alla valutazione di difetto di proporzionalità tra illecito e sanzione a una tutela meramente indennitaria.

Con la legge n. 92/12 il sindacato del giudice circa la proporzionalità tra mancanza e sanzione è stato disciplinato con un più stringente riferimento alla disciplina delle sanzioni disciplinari dei contratti collettivi, che secondo la formulazione letterale della norma può funzionare in due modi: o quale criterio di mera riconduzione della condotta contestata negli illeciti espressamente previsti o di pari gravità, con possibilità di valutazione della gravità per analogia e possibilità di reintegrazione qualora si ritenga applicabile una sanzione conservativa, oppure quale esautoramento completo sotto questo profilo, con la conseguenza che la reintegrazione non può essere disposta se il contratto collettivo non contempla espressamente la condotta contestata fra quelle per le quali è prevista la sanzione conservativa, con palese disparità di trattamento per gli illeciti disciplinari di pari o minor gravità non espressamente previsti. Questa seconda opzione interpretativa implica quindi una irrazionalità evidente essendo fatto trattamento diverso a situazioni uguali o trattamento uguale a situazioni diverse in contrasto con l'art. 3 Cost.

La giurisprudenza si è divisa tra i giudici che hanno adottato una interpretazione costituzionalmente orientata e i giudici che hanno adottato l'interpretazione restrittiva, senza però che questi ultimi si siano mai posti un problema di illegittimità costituzionale. È una situazione di stallo che potrebbe essere spiegata con l'attesa di un arresto autorevole da parte del giudice di legittimità³¹, sulla base del quale, qualora non condiviso, i fautori della prima tesi interpretativa potrebbero sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale.

5. Non pare peraltro che lo stesso giudice delle leggi riesca a sottrarsi ai condizionamenti del clima complessivo, le cui posizioni sono di grande cautela quando le decisioni possono avere ricadute politiche o finanziarie di ostacolo a una azione governativa che si dichiara volta alla ripresa dell'economia del Paese in fase di grave stagnazione dopo il crollo finanziario del 2007/2008.

Questo atteggiamento potrebbe spiegare la decisione nel procedimento all'esito del quale, dopo la

rimessione della questione alla Corte di giustizia Eu e la statuizione di non conformità della normativa interna alla direttiva 1999/70/Ce, è stata ritenuta l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che hanno consentito per decenni la reiterazione di assunzioni a termine nella scuola (personale insegnante e amministrativo). Con questa sentenza³² la Corte ha ritenuto di non limitarsi alla questione di illegittimità costituzionale che le era stata rimessa, ma altresì di dare una risposta «alla questione della necessità o meno del riconoscimento del diritto al risarcimento in capo ai soggetti che abbiano subito un danno a seguito dell'inadempimento dello Stato italiano», qualificandosi come giudice nazionale della controversia. Ha quindi affermato che con il decreto legislativo n. 107/15 sulla «buona scuola» si è soddisfatto alla condizione indicata dalla Corte europea per la quale «quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione», essendosi previsto *per il futuro* «un termine effettivo di durata dei contratti a tempo determinato, il cui rispetto è garantito dal risarcimento del danno», una cadenza triennale per i concorsi e la possibilità di immissione in ruolo per i docenti precari attraverso «un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati)».

A questa decisione si è uniformata la Corte di cassazione³³, ritenendosi evidentemente vincolata ed escludendo fosse necessario rimettere nuovamente alla Corte di giustizia. Non è questa la sede per entrare nel merito di queste sentenze³⁴, la cui impostazione argomentativa di appoggio all'azione di Governo in materia di precariato scolastico è esplicita, quello che è singolare, sicuramente nuovo e preoccupante è stato l'inoltro dal Primo presidente della Corte di cassazione del comunicato stampa con cui veniva

31. Non è sicuramente un precedente autorevole Cass. n. 23669/14 che contiene un *obiter dictum* non solo non necessario ma anche contrastante con il contenuto della decisione.

32. Corte cost. 187/16.

33. Sentenze dalla n. 22552 alla n. 22558 del 2016.

34. Non è chiara la distinzione tra sanatoria dell'inadempimento nell'ambito di una procedura di infrazione e conseguenze per violazione della direttiva nel rapporto giuridico diretto con i destinatari della direttiva e vi è inoltre un'intrinseca contraddizione tra la risarcibilità del danno per tardiva trasposizione di una direttiva e la negazione della risarcibilità del danno per violazione di una direttiva.

data notizia delle sentenze della Corte «allo scopo di portare a conoscenza dei giudici di merito in via prioritaria gli indirizzi adottati in proposito dalla Corte di cassazione». Ora, poiché non si può pensare che il Primo presidente presupponga che decisioni così rilevanti e attese passino inosservate ai giudici di merito, e tanto meno che ciò possa avvenire con gli strumenti informatici e i collegamenti agli archivi di giurispru-

denza oggi disponibili, il senso di quel messaggio non può che essere un chiaro invito a uniformarsi acriticamente al *decisum*. E la riflessione che si impone è che se una simile iniziativa è stata presa senza timore che venisse indicata come impropria è perché si fa affidamento su un conformismo diffuso e sentito addirittura come doveroso da buona parte della magistratura del lavoro.

Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti

di *Guglielmo Leo*

L'Autore osserva che il concetto di legalità è oggi soggetto a spinte evolutive che ne stanno modificando la portata (il *protagonismo dei diritti umani*, la penetrazione e l'impatto nel nostro ordinamento delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza delle corti sovranazionali Edu). Tuttavia, l'interazione tra fonti non può in alcun modo essere vissuta in modo acritico, essendo necessario avere piena consapevolezza della profonda valenza garantistica che tuttora conserva il principio di legalità penale così come risulta scolpito nella nostra Costituzione. Nel contributo che qui pubblichiamo, l'Autore prende in particolare considerazione due casi che mettono in evidenza i possibili punti di frizione – sotto il profilo del rispetto del principio di legalità – nelle dinamiche di interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali. Si allude ai delicati temi implicati dalla sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso Taricco e alla possibile attivazione – da parte della Consulta – dei *controlimiti* (il contributo qui pubblicato, redatto prima del deposito dell'ordinanza n. 24 del 2017, è stato poi aggiornato con pochi riferimenti essenziali al contenuto della decisione assunta dalla Corte costituzionale) e alle ricadute che può avere nel nostro ordinamento – e a quali condizioni – la giurisprudenza di Strasburgo inaugurata con il caso Contrada.

1. Si moltiplicano le riflessioni sull'attuale fisionomia del principio di legalità quale colonna portante del sistema penale. Ed è quasi istintivo, per spiegare il fenomeno, un riferimento alle “nuove” interazioni tra ordinamenti di livello diverso, per effetto delle quali mutano le procedure di produzione normativa e si determinano complessi problemi di adattamento.

In effetti, le discussioni più attuali nascono da specifici arresti della giurisprudenza europea. D'altra parte, il ruolo essenziale della legalità nei sistemi di giustizia penale è stato riaffermato con forza proprio attraverso le Carte sovranazionali dei diritti, assumendo significati cogenti prima non inclusi nei singoli ordinamenti.

Per una lunga stagione è sembrato prevalere l'ottimismo indotto dalla forza propulsiva di un sistema delle garanzie capace di assestarsi sulla soglia più alta, a seconda che la stessa fosse indicata da una fonte sovranazionale o dalla Carta repubblicana¹.

È sempre più evidente, però, che l'incontro tra i sistemi genera anche frizioni: è difficile lo scambio tra la logica di *common law* che anima spesso le fonti europee (specie riguardo al diritto giurisprudenziale) e la natura formale conferita al principio di legalità negli ordinamenti continentali.

Questo, a maggior ragione, in un Paese la cui Costituzione è interamente pervasa dal principio di legalità, in base all'idea fondamentale che le libertà della persona possono trovare limiti solo in forza della mediazione politica, attuata secondo il metodo democratico, e quindi (più o meno direttamente) in base alla decisione di un Parlamento liberamente eletto.

Il principio di legalità è qui, anzitutto, questione di qualità della fonte o, altrimenti detto, di *provenienza della norma*. Ciò che vale, com'è noto, non solo per le norme sanzionate penalmente, ma anche per ogni altro comando che imponga ai cittadini di

1. Ad esempio, Corte cost., sentenza n. 317 del 2009.

fare o non fare qualcosa, comando che deve trovare nella legge (almeno) la sua base essenziale. Tema difficile, sviluppato soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo, e però affrontato con forza dalla giurisprudenza proprio quando la politica (una parte della politica) ha inteso "delegificare" gli strumenti del controllo sociale. La vicenda delle ordinanze sindacali emanate per ragioni di ordine pubblico, capaci oltretutto di indurre responsabilità di tipo penalistico per il caso di loro violazione, testimonia della forza perdurante dei valori che sottendono al primato della legge. Dichiarando illegittima la norma che consentiva ai sindaci di vietare intere classi di condotte altrimenti lecite, la Corte costituzionale ha ribadito come solo la legge possa consentire al potere pubblico di incidere «sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti e obblighi di fare e di non fare»: un «principio supremo dello Stato di diritto» (dunque non suscettibile di revisione), tratto essenzialmente dall'art. 23 della Costituzione, che non declina verso il criterio della puntualità e della determinatezza, ma implica che i consociati siano «tenuti [...] a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare e di dare previsti in via generale dalla legge»².

La riserva di legge diviene assoluta, com'è noto, relativamente ai precetti del diritto penale (art. 25, secondo comma, Cost.), e dunque, a differenza di quella relativa, include i connotati della determinatezza e della tassatività. L'attenzione si estende dunque alla *qualità della norma*, che deve garantire, come tante volte affermato dalla Consulta³, l'obiettivo fondamentale della legalità: rendere ciascuno libero di agire, ciò che non sarebbe se il divieto intervenisse successivamente alla condotta, o per l'effetto retroattivo conferito ad una legge sopravvenuta, o perché, nell'assenza di elementi descrittivi idonei in una norma preesistente, la porzione fondamentale del precetto viene enucleata dal giudice dopo il fatto.

Qualità della norma e qualità della sua fonte sono dunque funzioni inscindibili. Se la legge non può sostituire un provvedimento riservato alla giurisdizione⁴, la giurisdizione (al pari dell'amministrazione) non può produrre norme fondanti di responsabilità

penale, *neppure* se sono antecedenti, chiare e dettagliate.

Non solo, perché la dominanza della legge si manifesta anche per altri versi, ad esempio con il già citato fenomeno della retroattività *in mitius* spinta oltre la barriera del giudicato: la quale altro non è, nella sostanza, se non appunto l'affermazione d'una volontà legislativa contraria sul comando concreto stabilito con la sentenza.

Naturalmente, la legalità è anche garanzia dei diritti individuali prevaricati mediante comportamenti illegittimi, da chiunque tenuti, e dei diritti collettivi, ciò che implica l'interesse, costituzionalmente rilevante, all'effettività della tutela penale, alla legalità quale connotazione profonda del vivere sociale.

2. Così stando le cose (in termini ovviamente assai sommari), si intuisce quali siano le occasioni di frizione, o almeno le dissonanze, che si determinano nell'incontro tra sistemi multilivello. Come spesso viene osservato, quello convenzionale non è fondato sul bilanciamento (non almeno in termini assimilabili ai nostri), e al tempo stesso manifesta una tendenziale indifferenza per la fonte del comando, concentrandosi sui comportamenti concreti degli Stati e privilegiando, nell'approccio alle norme, non tanto la loro determinatezza, quanto piuttosto la loro "comprensibilità".

Si può dire, riprendendo spunti dottrinali di segno analogo, che, nella prospettiva della Convenzione, la legalità si risolve soprattutto in presidio del principio di colpevolezza, mediante la pretesa d'un carattere antecedente e comprensibile del comando o del divieto imposti ai consociati. E forse non è banale il rilievo che, nel nostro ordinamento, la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza fosse stata invece trovata *altrove*, almeno in prima battuta, e cioè nell'ambito della necessaria finalizzazione rieducativa della pena e del principio di personalità della responsabilità penale.

È risaputo. La giurisdizione convenzionale si occupa di singole e concrete violazioni di un diritto umano, e non è dirimente che il *vulnus* derivi dall'applicazione di norme nazionali (e dunque

2. Corte cost., sentenza n. 115 del 2011.

3. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 282 del 2010 e n. 327 del 2008.

4. Corte cost., sentenza n. 85 del 2013: nel senso qui rilevante, la riserva di giurisdizione, « – non enunciat[a] esplicitamente da una singola norma costituzionale, ma chiaramente desumibile in via sistematica da tutto il Titolo IV della Parte II della Costituzione – consiste nella esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie, che coinvolgono diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni. Con riferimento alla giurisdizione penale, la «riserva di sentenza», di cui sinora s'è detto, è integrata nella Costituzione italiana dalla riserva al pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale, che costituisce un potere esclusivo, ma anche un dovere dei titolari di tale funzione giudiziaria (art. 112 Cost.)».

comporti un problema sistemico) o piuttosto costituisca l'effetto di comportamenti non normati, o illegali, ad opera di rappresentanti del potere pubblico. Nella prospettiva nazionale, invece, la riserva di legge ha certo il senso della protezione dei singoli contro la «regola fatta per il caso concreto» e contro la «legge posteriore al fatto», ma valorizza anche, in termini decisivi, la qualità della fonte. La legittimità del precetto, poi, è questione che non attiene necessariamente al piano della “validità generale” della legge (non dipendendo sempre da indeterminatezza od oscurità del linguaggio legislativo), ma incide comunque su ciascuna concreta fattispecie, escludendo se del caso la colpevolezza dei singoli individui, attraverso la garanzia apprestata dall'art. 5 cp nell'assetto conferitogli dalla Consulta⁵.

In altre parole, il principio di legalità penale è cresciuto nel nostro ordinamento come fattore di illegittimità di fonti alternative del diritto punitivo, tra le quali, progressivamente, la nostra Corte costituzionale ha finito col comprendere le sue stesse sentenze, ed a maggior ragione, per certi versi, tutte le decisioni giudiziali. Una concezione radicale, espressa affermando il divieto di sindacato *in malam partem* delle norme di diritto penale, tanto da indurre, secondo parte autorevole della dottrina, una indebita mutilazione del sistema di garanzia della legalità costituzionale⁶.

Nello stesso tempo, la riserva alla legge del “diritto” di punire ha indotto a riconoscere per la discrezionalità politica del legislatore un “ampio margine” quanto alle scelte di diritto sostanziale, ed anche alle opzioni concernenti le regole processuali. La legge, per definizione, è libera nell'individuazione dei fini e dei modi, salvi naturalmente i limiti costituzionali⁷. Dunque la discrezionalità legislativa è connaturata al principio di legalità.

In sintesi, secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata, il diritto punitivo non può essere integrato neppure dal giudice delle leggi, e neppure quando manchi la discrezionalità legislativa.

Nel diritto penale, l'adeguamento della legge alla Costituzione per la via della giurisdizione (si tratti poi di manipolazione o di interpretazione conforme) è possibile solo alla doppia condizione del verso *in*

bonam partem e della compatibilità esclusiva tra la soluzione adottata ed il dettato costituzionale.

Tutto ciò naturalmente non vuol dire che la Corte costituzionale, o la giurisdizione comune, abbiano ignorato il ruolo dell'interpretazione nella vita del sistema penale, anche e soprattutto ai fini della sua evoluzione e del suo adeguamento ai principi costituzionali.

Certo però, sol che si rifletta sui temi appena evocati, che non può stupire l'imponenza (ed in qualche caso l'irrazionalità) delle reazioni che si producono quando, attraverso le decisioni delle Corti sovranazionali, fanno irruzione sullo scenario nazionale, con tutto il relativo portato di precarietà, elementi tipici del “diritto giurisprudenziale” (come la pretesa rilevanza dell'*overruling* favorevole, o la giurisprudenza contrastante quale fattore di “imprevedibilità” della punizione). Ed anche quando, *mutatis mutandis*, la portata del principio di legalità viene sostanzialmente modificata per editto giurisprudenziale (come nel caso, sul quale brevemente si tornerà, della deroga imposta al divieto di retroattività per fini di protezione degli interessi finanziari dell'Unione).

Uno sconcerto duplice, che investe la sostanza delle sollecitazioni provenienti dal contesto europeo riguardo al sistema interno delle fonti, ma prima ancora concerne la fonte stessa di quelle sollecitazioni, che a sua volta esprime una funzione non legislativa, e che, per vero, del diritto giurisprudenziale riproduce finanche le connotazioni della instabilità e, talvolta, della imprevedibilità⁸.

3. Sarebbe in verità riduttiva – già si è accennato – un'analisi che riferisse solo all'attivazione delle fonti sovranazionali la spinta evolutiva che sta modificando il concetto di legalità penale.

Lo stesso principio di legalità formale ha indotto previsioni interne la cui portata è stata progressivamente estesa per assicurare tutela efficace ad alcuni diritti fondamentali. La Corte costituzionale, dal canto proprio, ha incrementato, sia pure con prudenza, l'efficienza del proprio controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, riducendo le “zone franche” e di fatto attenuando la forza preclusiva del binomio

5. Corte cost., sentenza n. 364 del 1988.

6. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 394 del 2006, n. 57 del 2009, n. 109 del 2016.

7. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 394 del 2006, n. 22 del 2007, n. 68 del 2012, n. 185 del 2015, n. 23 del 2016, n. 148 del 2016.

8. Sono discussioni destinate a rinnovarsi a fronte di una recentissima manifestazione dei problemi tipici del “diritto giurisprudenziale”: la sentenza della Grande Camera della Corte Edu, in data 15 novembre 2016, nel procedimento A e B v. Norvegia. Un provvedimento da meditare, e che però certamente esprime – a proposito della compatibilità con il principio di *ne bis in idem* dei sistemi nazionali di doppia rilevanza degli illeciti tributari – significative dissonanze rispetto ad arresti recenti della medesima fonte (ad esempio, la sentenza Grande Stevens v. Italia, del 4 marzo 2014), poste in luce del resto da opinioni dissenzienti pubblicate unitamente alla sentenza.

legalità/discrezionalità quale prerogativa della sola fonte parlamentare.

Le ragioni di questo fenomeno sono molteplici. Sullo sfondo primeggia di nuovo – qui indirettamente – il benefico protagonismo che i diritti umani hanno assunto nel diritto europeo, al doppio livello della legislazione e della giurisdizione. Le letture date a Strasburgo dell'art. 7 della Convenzione, ad esempio, hanno indotto la Consulta ad assestare la propria giurisprudenza sulla retroattività della legge penale più favorevole ancor prima che si approdasse ad una costituzionalizzazione del principio per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.⁹. E non v'è dubbio che il “timore” di esporre l'Italia a ripetute condanne, per asserite violazioni del diritto dell'Unione o di quello della Convenzione, abbia esercitato una decisa influenza su molti aggiornamenti della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria¹⁰.

Non vanno sottovalutate però le cause endogene del fenomeno evolutivo. Tra queste primeggia la qualità, spesso scadente o molto scadente, della recente legislazione, e rileva inoltre l'enorme ritardo del legislatore nella riforma complessiva del codice penale e delle sue fattispecie, tale da porre con sempre maggiore frequenza problemi di anacronismo, che si risolvono in questioni di ragionevolezza e di proporzionalità.

Dunque, come si diceva, il diritto interno ha trovato in se stesso le basi per un miglior presidio della “legalità della legge”, cioè della sua legittimità costituzionale.

La regola di iperretroattività delle sentenze dichiarative della illegittimità di una norma penale – sancita dall'art. 30, ultimo comma, della legge n. 87 del 1953 – è stata progressivamente estesa, muovendo

dall'*abolitio criminis* verso lo spazio pertinente alle circostanze del reato, e poi finanche alle variazioni dei valori edittali di pena¹¹.

Per altro verso, i muri che la stessa Corte costituzionale aveva eretto a difesa del principio di legalità formale, negando l'ammissibilità di questioni *in malam partem*, od afferenti agli spazi di elevata discrezionalità legislativa in materia penale, si stano palesemente sgretolando.

Se il risalente dibattito sugli obblighi costituzionali di incriminazione non aveva per lungo tempo prodotto effetti concreti, la sentenza n. 28 del 2010, antesignana dei provvedimenti sugli obblighi “comunitari” di tutela penale, ha costituito un evento di grande portata, che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia condurrà certamente a rimeditare.

Per implicito prima che per esplicito, la Corte ha poi considerato lecita e doverosa, sempre più spesso, l'implementazione del diritto punitivo che derivi dal controllo sulla regolarità del procedimento di formazione della legge più favorevole.

È avvenuto con l'intervento su leggi regionali che pretendevano di autorizzare comportamenti vietati dalla legge penale statale¹². È avvenuto nell'ambito del sindacato di regolarità del procedimento per la formazione di norme statali, come nel caso del decreto legislativo che abrogava, in eccesso di delega, una fattispecie incriminatrice¹³, o nel caso del decreto-legge non convertito e della disciplina che ne imponeva l'applicazione quale *lex intermedia mitior*¹⁴.

Una citazione merita, naturalmente, anche la sentenza che ha travolto, sia pur con effetti generalmente favorevoli per i singoli, una estesa e radicata disciplina dei fatti di narcotraffico, ancora una volta sanzionando un vizio di produzione della disciplina sanzionatoria

9. Principio che la nostra Corte costituzionale non aveva tratto dall'art. 25 Cost., facendone piuttosto questione di ragionevolezza nei singoli casi della disciplina di transizione, progressivamente affermandone la peculiare rilevanza (sentenze n. 393 del 2006 e n. 324 del 2008), e poi stabilendone la cogenza alla luce del diritto convenzionale, limitatamente all'oggetto della fattispecie incriminatrice ed alla pena (sentenze n. 240 del 2015 e n. 236 del 2011).

10. Si pensi solo alla cosiddetta vicenda Scoppola ed a quella delle persone condannate all'ergastolo nelle stesse condizioni del citato Scoppola: Corte cost., sentenza n. 210 del 2013; Cass., Sez. un., sentenza n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, in *Ced Cass.*, n. 258649.

11. Tra le decisioni più significative, Cass., Sez. un., sentenza n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, in *Ced Cass.*, n. 260697. Il motore di questa tendenza evolutiva si rinviene nella giurisprudenza costituzionale: si vedano la sentenza n. 210 del 2010 e la più recente sentenza n. 57 del 2016. Con quest'ultimo provvedimento, per inciso, la Consulta ha escluso espressamente che l'iperretroattività discenda anche dall'art. 136 Cost., e che dunque l'art. 30 costituisca l'oggetto d'una prescrizione costituzionalmente imposta: «È il legislatore ordinario (sentenza n. 210 del 2013) a stabilire la retroattività delle declaratorie di illegittimità costituzionale che abbiano colpito le norme penali in applicazione delle quali è stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna (art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953; art. 673 cod. proc. pen.)».

12. Da ultimo, e con ampia motivazione, sentenza n. 46 del 2014; in precedenza, sentenze n. 234 del 1995, n. 110 e n. 96 del 1994, n. 437, n. 307, n. 306 del 1992, n. 504, n. 213, n. 117 e n. 14 del 1991.

13. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014.

14. Corte cost., sentenza n. 51 del 1985, dichiarativa addirittura della parziale illegittimità dell'art. 2 cp.

(nella specie, la violazione dell'art. 77 Cost. per il carattere disomogeneo delle disposizioni introdotte in sede di conversione d'un decreto-legge)¹⁵.

Ma forzature dell'area protetta dalla riserva assoluta di legge si sono prodotte, in realtà, anche fuori dalla logica del controllo sulla procedura, e quindi al fine di assicurare le esigenze "sostanziali" dell'uguaglianza, della ragionevolezza, della proporzionalità. Le linee estreme dell'elevata discrezionalità legislativa sono state superate anche là dove sembravano insuperabili.

Si possono portare ad esempio sentenze con le quali la Corte ha manipolato le cornici edittali di pena, anche dopo la storica (e per lungo tempo isolata) decisione sull'oltraggio¹⁶. Vi sono casi nei quali il risultato è stato ottenuto "estendendo" figure circostanziali oltre i limiti indicati dal legislatore¹⁷. L'attualità segnala poi un caso di diretto intervento sui valori edittali della sanzione¹⁸, particolarmente interessante, perché segnato da una *ratio decidendi* fondata in misura decisiva sulla (carenza di) proporzionalità della pena, ove il ricorso al ragionamento triadico è compiuto solo al fine di individuare un'alternativa sanzionatoria ragionevole: fino ad oggi, in effetti, la Corte aveva considerato essenziale, invece, l'individuazione di un *tertium* comparabile, quale presidio almeno formale di garanzia per la discrezionalità del legislatore¹⁹.

Sempre per grandi linee, vanno ricordate anche le decisioni che hanno inciso, pure in nome del principio di uguaglianza (qui rafforzato dalla direttiva di tutela dell'interesse dei minori), sui presupposti di applicazione di pene accessorie in precedenza comminate in termini di automatismo sanzionatorio²⁰.

Potrebbe rilevarsi, volendo ridimensionare la portata della tendenza in atto, che nella gran parte dei casi citati la Corte ha dovuto confrontarsi con il limite dell'elevata discrezionalità politica, ma non con quello del divieto di decisioni *in malam partem*. Non

si coglierebbe però nel segno: anche riguardo al *verso* del proprio intervento la Consulta esprime una qualche spinta evolutiva.

Si allude qui alla teorica delle cosiddette «norme penali di favore»: se una norma viola il principio di uguaglianza, eccettuando una determinata classe di persone o di fatti dall'applicazione di una disciplina sanzionatoria di portata più vasta, la Corte costituzionale può ben dichiararla illegittima, poiché l'effetto peggiorativo *pro futuro* non dipende dalla sua pronuncia, quanto piuttosto dalla "riespansione" della norma generale o comune, pur sempre dettata dal legislatore.

Nel linguaggio corrente, anche per effetto delle preoccupazioni che avevano animato la Corte in alcune importanti pronunce sul tema²¹, il rapporto che deve esistere tra le due discipline si definisce nel senso della «specialità sincronica»: l'area applicativa della norma illegittima dovrebbe essere compresa nell'ambito di rilevanza di quella più ampia, ed entrambe le disposizioni dovrebbero trovarsi contemporaneamente in vigore. Ma se fosse inteso in senso stretto, il riferimento alla specialità risulterebbe fuorviante. La Consulta l'ha ribadito in una recente occasione, riconoscendo l'ammissibilità di una questione che riguardava una norma non connotata da specialità rispetto a quella derogata (si trattava nella specie dell'art. 649 cp, che sancisce la non punibilità degli stretti congiunti per una serie di delitti contro il patrimonio: norma "comune" ma non "generale"): un altro segnale di allargamento del controllo di legittimità, ormai chiaramente centrato sull'uso eventualmente irragionevole della discrezionalità legislativa²².

Il primato della Costituzione, insomma, si afferma con sempre maggiore efficacia quale connotazione fondamentale del principio di legalità, senza indebolirlo nei suoi profili formali.

Nel diritto penale il primato è della legge, e la prima legge è la Costituzione, che orienta i fini e gli stru-

15. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014.

16. Corte cost., sentenza n. 341 del 1994.

17. Corte cost., sentenza n. 68 del 2012, con la quale una diminuzione stabilita per figure particolari di sequestro di persona è stata estesa alla figura generale del reato.

18. Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, dichiarativa della illegittimità del secondo comma dell'art. 567 c.p., nella parte in cui prevedeva una determinata pena edittale anziché un'altra, sensibilmente più moderata.

19. Si riveda ad esempio la nota sentenza n. 22 del 2007.

20. Corte cost., sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013.

21. Si veda soprattutto Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, cioè il celebre provvedimento sui falsi elettorali.

22. Corte cost., sentenza n. 223 del 2015.

menti della normazione punitiva secondo tutti i propri valori (uguaglianza, dignità, libertà, proporzionalità), ormai ben oltre le questioni, pur decisive, che attengono al rango od alle procedure di produzione della fonte. Vero naturalmente che nella Costituzione campeggiano anche gli artt. 10 e 11, ed il primo comma dell'art. 117. Sono cancelli che hanno dato ingresso ad ormai numerose implementazioni del quadro di tutela dei diritti umani, e che costituiscono, a loro volta, efficaci presidi del principio di legalità costituzionale, ove questo si estenda, come deve, alla dimensione internazionale, a quella comunitaria, a quella convenzionale. Sono cancelli per altro che, secondo l'insegnamento della Consulta, immettono nel circolo parametri di misurazione destinati a trovare un armonico e complessivo assestamento con tutti gli altri, senza improprie gerarchie²³.

4. L'evoluzione del principio di legalità è insomma il frutto di un'interazione assai complessa tra il bilanciamento di valori e diritti "interno" alla Costituzione ed l'integrazione che ad esso deriva dall'incontro con gli ordinamenti sovranazionali.

Non è possibile in questa sede neppure un cenno al tema generale del rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali, ed all'assetto conferitogli dall'interazione tra la giurisprudenza costituzionale, quella dei giudici comuni e quella delle Corti europee. Ma può essere utile, per completare la bozza di un'analisi sul destino evolutivo del principio di legalità penale, proprio qualche riflessione su recenti decisioni delle Corti sovranazionali.

Il quadro relativo è ovviamente composito, e non v'è certo bisogno di enfatizzare lo straordinario contributo di alcune decisioni all'affermazione di diritti fondamentali nel nostro ordinamento²⁴. Nondimeno, come detto in apertura, le frizioni tra i sistemi sono in aumento, e la giurisprudenza europea non sembra sempre impegnata a prevenirle.

Viene anzitutto in rilievo, a tale proposito, l'ormai celeberrima sentenza resa dalla Corte di giustizia Ue nel caso Taricco²⁵. Senso ed oggetto della decisione sono noti. Contrasta con il diritto dell'Unione una disciplina nazionale che – come quella stabilita dal com-

binato disposto dell'art. 160, ultimo comma e dell'art. 161 cp – limiti ad un quarto del termine ordinario, per effetto del compimento di atti interruttivi, l'aumento del tempo utile alla prescrizione di reati che costituiscono «frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto», sempre che tale disciplina impedisca di «infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi» che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o che la stessa assicuri per gli interessi dell'Unione una protezione meno efficace di quella garantita agli analoghi interessi di uno Stato membro. È dunque compito del giudice italiano, ove ricorrano le condizioni indicate, disapplicare la *disciplina penale favorevole*, pervenendo ad una affermazione di responsabilità dell'accusato.

Ebbene, nelle diffuse reazioni in Italia della dottrina e della giurisprudenza si colgono bene i molteplici profili di disagio cui sopra si alludeva in generale. Qui non rileva tanto (almeno non esplicitamente) la qualità "non parlamentare" del comando, essendo indubbio che spetti alla Corte di Lussemburgo il compito di interpretare il diritto dell'Unione ed essendo ormai usuale che la Corte medesima indichi al giudice nazionale anche gli effetti del ritenuto contrasto tra il diritto medesimo e quello interno. Ma certamente si apprezza l'ambigua connotazione che il comando assume anche in forza della propria fonte, cominciando dall'impropria tensione tra il riferimento alla portata della legge (va disapplicata solo se produce effetti negativi «in un numero considerevole di casi») e le funzioni cognitive proprie di un giudizio penale (che riguardano il fatto in sé considerato e la personale responsabilità dell'accusato).

Alcuni interpreti, molto sensibili al valore dell'interazione tra i sistemi, hanno definito inappropriate le forti reazioni critiche alla sentenza, nonostante la sfasatura marcata e per certi versi inaudita che nella specie si registra rispetto all'usuale prospettiva di allargamento delle tutele per i diritti individuali. Il rilievo muove in effetti, e soprattutto, dalla rilevanza politico-istituzionale del problema. La disciplina italiana della prescrizione appare indifendibile, nella sua attitudine a vulnerare la tutela di interessi primari di carattere individuale e collettivo (ben oltre il livello, un po' burocratico e poco emozionale, degli interessi

23. Così ben prima della nota sentenza n. 49, e cioè con la sentenza n. 317 del 2009: «questa Corte ha già chiarito che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme Cedu – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione».

24. Basti richiamare, oltre a quanto già detto sul principio della retroattività *in mitius*, la spinta per il superamento delle condizioni disumane della detenzione in carcere (Corte Edu, sentenza Torreggiani v. Italia dell'8 gennaio 2013), o del perverso sistema delle espulsioni seguite da mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento (sentenza della Corte Ue in c. El Dridi, 28 aprile 2011).

25. Grande Sezione, 8 ottobre 2015.

finanziari dell'Unione). Che l'intero sistema multilivello delle fonti possa essere messo potenzialmente in crisi nel nome di una "indebita" aspettativa di immunità, sganciata da comportamenti riparatori e spesso riferibile a fenomeni di abuso del diritto nelle procedure giudiziarie, pare effettivamente sconvolgente.

Il destino dei diritti, per la verità, è quello di essere difesi sempre, nei limiti dati dal bilanciamento che segna la Costituzione repubblicana²⁶. Tuttavia le reazioni della dottrina e della giurisprudenza prevalenti si comprendono bene alla luce dei rilievi svolti fino a qui. La comunità dei giuristi e dei pratici non metabolizza in ogni sua parte l'idea che il principio di legalità formale comprenda nel concetto di "legge penale", quale solo strumento legittimo per l'implementazione del sistema punitivo, anche il diritto dell'Unione e la forza vincolante del suo interprete privilegiato. Nonostante i contributi di alcuni studiosi, l'eventualità di precetti penali direttamente introdotti dal diritto sovranazionale pare ancora fortemente problematica.

Qui d'altra parte non si tratta solo della provenienza della norma, ma della sua ambizione ad operare retroattivamente *in malam partem*. S'è detto da alcuni che la Corte europea, citando la giurisprudenza di Strasburgo sulla tollerabilità di modifiche peggiorative in materia di prescrizione²⁷, avrebbe inteso limitare il "comando" di disapplicazione ai soli casi nei quali la normativa incompatibile non abbia ancora prodotto l'effetto estintivo. Ma proprio questo, semmai, aumenta la percezione della sentenza come diritto applicato *in luogo* della legge: della legge peggiorativa vorrebbe avere anche lo statuto di regola valevole solo per il futuro, salvo produrre effetti riguardo a fatti commessi in precedenza, ché altrimenti l'irrazionalità del *decisum* raggiungerebbe il culmine. Non è spiegato perché una norma radicalmente incompatibile col diritto dell'Unione, e retroattiva in quanto non sostanziale, dovrebbe indurre "diritti quesiti" a giudizio ancora aperto.

Non v'è dubbio infine, per continuare un'analisi (troppo) sintetica, che la legge introdotta dai giudici di Lussemburgo difficilmente passerebbe un controllo condotto secondo il parametro della legalità-determinatezza, e dello stesso principio di ragionevolezza. Se clausole costruite sul concetto di "gravità" e sulla relativa graduazione non sono sconosciute al nostro diritto sostanziale, lo stesso non può dirsi per quel che riguarda la "considerevole" quantità dei

casi di tutela inefficace. Non si tratta solo della palese imprecisione del concetto, dal quale pure dipende in misura decisiva la punizione di persone determinate. Gioca piuttosto, ed anche, l'irrazionale sfasamento introdotto nel percorso cognitivo del giudice, chiamato ad una indagine su fatti esterni al processo e francamente relegabile sul solo piano delle scienze economiche e tributarie, che studiano tendenze e ben difficilmente focalizzano avvenimenti dati. Per non dire della tensione plateale tra il meccanismo innescato dalla Corte ed il principio di personalità della responsabilità penale, tanto e giustamente caro alla stessa giurisprudenza sovranazionale.

Infine, suscita gravi difficoltà l'individuazione per via giudiziaria di un criterio che, una volta disapplicata la disciplina censurata a Lussemburgo, identifichi ragionevolmente un tempo entro il quale perfino i reati offensivi degli interessi finanziari dell'Unione dovrebbero subire una vicenda estintiva.

Tutto questo – non importa qui secondo quale misura nelle singole prese di posizione – può spiegare l'imponenza delle reazioni opposte alla sentenza Taricco, tanto più rimarchevole una volta considerata, per parlar chiaro, l'*odiosità* dell'aspettativa concretamente frustrata dalla sentenza.

E bisogna ancora considerare, ad avviso di chi scrive, i limiti di una motivazione per molti versi inadeguata, che si intuisce percepita, da più parti, come frutto di disinteresse per un "dialogo tra pari" nel circuito europeo della legalità.

Riferendosi senza toni espliciti al tema della retroattività, ad esempio, la Corte europea ha rilevato che l'autore del reato destinato alla prescrizione non può dirsi inconsapevole, nel momento del fatto, del rilievo penale di questo e della prevedibile applicazione di una pena. Non poteva mancare alla Corte notizia della granitica giurisprudenza nazionale sul carattere sostanziale della disciplina concernente la prescrizione, comprese le regole pertinenti ai criteri di decorrenza del termine relativo²⁸. Se la decisione si fonda sull'assunto contrario – ed in tal senso depone la stessa indifferenza per la questione della retroattività – non resterebbe che rimarcare il disinteresse per un serio confronto con la giurisprudenza costituzionale italiana. A prescindere, sarebbe parsa ovvia la necessità di elaborare compiutamente una nozione "comunitaria" di legge penale, chiarendo con decisione se, ed in quale misura, siano risolu-

26. Si vedano i recenti rilievi di Corte cost., sentenza n. 63 del 2016.

27. La citazione concerne le sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, e giurisprudenza ivi citata.

28. *Ex multis*, Corte cost., sentenze n. 393 del 2006, n. 324 del 2008, n. 143 del 2014.

tivi i cosiddetti criteri Engel²⁹, che limitano quella nozione ai profili di qualità e quantità della misura punitiva di volta in volta presa in considerazione. Con tutte le conseguenze del caso, compresa la prospettiva della illegittimità costituzionale, a determinate condizioni, di norme applicative del principio di retroattività favorevole.

Tra le reazioni alla sentenza si sono registrate, naturalmente, sollecitazioni rivolte alla Corte costituzionale nell'ambito di procedimenti per reati tributari concernenti le imposte indirette. È noto in particolare come, dopo una (forse troppo) immediata reazione adesiva³⁰, la giurisprudenza nazionale avesse preso atto della sentenza Taricco sollevando questioni di legittimità costituzionale, correttamente impostate in base all'insegnamento della stessa Consulta, secondo cui sono inammissibili, per irrilevanza, questioni fondate sul ritenuto contrasto tra diritto interno e diritto *self-executing* dell'Unione, posto che, per definizione, il giudice nazionale non deve fare applicazione della norma interna confliggente³¹.

Erano dunque in discussione i "controlimiti", cioè l'eventuale illegittimità della norma che ha reso esecutivo il Trattato in base al quale il giudice nazionale sarebbe obbligato a disapplicare, con effetti retroattivi *in malam partem*, una norma penale soggetta al principio di legalità formale³².

Il compito delegato alla Corte non era facile e stavolta non si sarebbe potuto neppure contare (a parte ogni considerazione politica) su un intervento risolutivo del legislatore, come quello ad esempio che interruppe, nei mesi successivi alla storica sentenza El Dridi, l'interessante riflessione della giurisprudenza sulle conseguenze generali di una decisione europea di incompatibilità del diritto penale interno col diritto dell'Unione. In quell'epoca, con indiscutibile

afflato europeista, e senza forse una percezione piena delle implicazioni complessive e future, fu attribuito alla sentenza di Lussemburgo lo stesso effetto di una decisione di illegittimità costituzionale (con la conseguente disapplicazione di provvedimenti amministrativi concernenti le espulsioni degli stranieri, e con la revoca di sentenze penali passate in giudicato per i reati connessi)³³. Oggi, la stessa ed auspicata riforma della prescrizione nulla potrebbe in senso retroattivo, a meno che non si ipotizzi, radicalmente, l'obbligo costituzionale di una "riduzione d'ambito" del principio di non retroattività.

Ebbene, in data 26 gennaio 2017, dopo che erano state redatte tutte le considerazioni che precedono, è intervenuto, nell'ambito degli indicati giudizi incidentali di legittimità, il deposito dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, mediante la quale è stato disposto "rinvio pregiudiziale" alla Corte di giustizia dell'Unione per l'interpretazione dell'art. 325 del Tfu (primo e secondo paragrafo), con una serie di quesiti che denunciano e confermano chiaramente la tensione in atto.

Il provvedimento andrà studiato e meditato in ogni sua parte, ed invece le presenti note vengono aggiornate all'impronta. Subito si può notare, ad ogni modo, come l'ordinanza sia segnata da alcune scelte irreversibili, coerenti – come nota la Corte – non solo rispetto ai profili fondanti del sistema costituzionale italiano, ma anche con riguardo ai principi della Convenzione Edu ed alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. La nostra Consulta ha escluso, in particolare, la possibilità di una "riduzione" dell'area giuridica regolata dal principio di legalità penale presidiato dall'art. 25 della Costituzione, e dunque la possibilità di risolvere il problema posto dalla sentenza Taricco con un *revirement*

29. È usuale appunto il richiamo alla sentenza della Corte edu in c. Engel e altri v. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976. Si vedano anche Corte edu, sentenza Zolotoukhine c. Russia del 10 febbraio 2009. Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tra l'altro, sentenze Grande Sezione in c. Bonda, 5 giugno 2012, e in c. Fransson, 26 febbraio 2013.

30. Cass., Sez. III, Sentenza n. 2210 del 17/09/2015, Pennacchini, in *Ced Cass.*, n. 266121.

31. Ad esempio, Corte cost., sentenza n. 168 del 1991.

32. App. Milano, 18 settembre 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. La Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui è stata ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Tfu, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 Tfu, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma cp in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.». Più ampio il quadro dei parametri evocati dalla Corte di cassazione sollevando, a sua volta, questioni concernenti l'art. 2 della legge n. 130 del 2008, in riferimento agli artt. 3,11, 25 comma secondo, 27, comma terzo, 101, comma secondo, Cost.. La norma censurata sarebbe illegittima in quanto ne deriverebbe l'obbligo di disapplicare gli artt. 160, comma terzo e 161, comma secondo, cp «anche quando dalla disapplicazione e dal conseguente prolungamento della prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato» (Cass., Sez. III, Ordinanza n. 28346 del 30/03/2016, Cestari, in *Ced Cass.*, n. 267259).

33. Tra le altre, Cass. Sez. I, Sentenza n. 14276 del 12/04/2012, Khemiri, in *Ced Cass.*, n. 252235.

circa la natura sostanziale della disciplina della prescrizione. D'altra parte, il principio che esige una legge penale antecedente al fatto per l'applicazione di conseguenze punitive è un «principio supremo» dell'ordinamento, come tale neppure suscettibile di revisione costituzionale, e certo non cedevole in rapporto al diritto dell'Unione.

Una questione di controlimiti, quindi, come s'era detto. E la Consulta ha anticipato con molta chiarezza – anzi, con un livello di chiarezza forse suscettibile di provocare reazioni emotive – che orientamento prenderebbe se davvero il diritto dell'Unione, secondo il suo interprete istituzionale, prescrivesse di applicare norme lesive di quel principio: «se l'applicazione dell'art. 325 del Tfu comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

Da questa logica, con l'evidenza d'un invito molto ... deciso ad introdurre “specificazioni” di segno derogatorio per i sistemi nazionali che includono la prescrizione nell'area di influenza del principio di legalità penale, promana il più cruciale dei quesiti rivolti alla Corte di Lussemburgo: se davvero il diritto dell'Unione, nella conformazione assunta con la sentenza Taricco della Grande Sezione, imponga la disapplicazione *in malam partem* di norme penali interne, anche «quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

Non sembrano davvero in discussione il controlimite e lo strumento della sua attivazione: semmai, si attende una “precisazione” del comando comunitario, che ne adatti la portata e, di fatto, lo neutralizzi per il nostro sistema nazionale. Una qualche attenzione per il galateo istituzionale, e comunque per le dinamiche profonde dei rapporti tra sistemi e tra giurisdizioni nella dimensione comunitaria (compresa quella dell'assestamento sul più alto dei livelli di garanzia per i diritti dell'uomo), ha indotto la nostra Consulta ad ipotizzare che i semi di quella precisazione già si colgano nella sentenza Taricco, sebbene manchi la chiarezza che avrebbe consentito di rinunciare al rinvio pregiudiziale. Alla sentenza resterebbero, se così fosse, l'effetto d'aver evidenziato la responsabilità dello Stato italiano per non avere garantito efficace tutela agli interessi finanziari dell'Unione, ed un portato di forte sollecitazione per il legislatore nazionale affinché introduca mutamenti normativi che, per i casi futuri, eviterebbero analoghe lesioni.

In effetti, nella pronuncia della Grande Sezione si leggono riferimenti alla necessaria verifica che l'at-

tuazione del comando di disapplicazione, ad opera del giudice nazionale, non comporti la violazione di diritti fondamentali degli accusati. Tuttavia non si comprende bene, a tacer d'altro, perché, se davvero avessero pensato al divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole (ed imprevedibile), i Giudici di Lussemburgo si sarebbero nel contempo impegnati in riferimenti alla natura processuale della prescrizione, od in considerazioni negative sulla aspettativa (non giudicata meritevole) che l'autore di un reato potrebbe maturare, nel momento del fatto, circa la futura estinzione del reato in corso di realizzazione. Si discute d'altra parte di disposizioni la cui disapplicazione comporta il disconoscimento di un effetto estintivo già maturato in base alla norma corrispondente, e la Corte dell'Unione ben l'aveva compreso.

A questo punto, non resta che attendere la risposta al quesito, se risposta di merito vi sarà.

Resta da aggiungere come la nostra Consulta abbia poi colto il secondo nucleo fondamentale della crisi di legalità (se l'espressione non è troppo forte) indotta dalla sentenza Taricco, che vari commentatori avevano posto in luce e che del resto emerge anche dalle note redatte prima di questo aggiornamento. Prescindendo dalla sua matrice “giudiziale” (*supra*), il comando rivolto ai cittadini e al giudice deve essere determinato, e descritto con precisione lo strumento della tutela apprestata dalla legge per l'obiettivo che pure alla legge spetta di determinare. Il problematico riferimento della Corte europea al «numero *considerevole* di casi di frode *grave*» introduce, secondo la Consulta, un «concetto (che) rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa». Si torna ai fondamentali: «non è [...] possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento».

Sono, queste, considerazioni che varrebbero quand'anche il diritto della prescrizione assumesse valenza processuale, come la Corte espressamente rileva, non casualmente ancorando il principio di legalità processuale (già propriamente recepito nel testo novellato dell'art. 111 Cost.) al disposto dell'art. 49 della Carta di Nizza.

E sono considerazioni, anche, che conducono ad un quesito (il primo dei tre che segnano il dispositivo dell'ordinanza) che potrebbe esercitare un effetto davvero urticante sui suoi destinatari: se (cioè, se davvero) il comando di disapplicazione della norma interna debba considerarsi cogente anche «quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata».

5. Molto meno rilevanti, a ben guardare, dovrebbero essere le concrete implicazioni di un'altra recente decisione d'ambito europeo, questa volta proveniente dalla Corte di Strasburgo. Si allude alla sentenza pronunciata il 14 aprile 2015 nel procedimento *Conrada v. Italia*.

La vicenda è nota. Nei confronti dell'ex funzionario di polizia era stata definitivamente inflitta, e poi eseguita, una sanzione per il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, sul presupposto che avesse ripetutamente favorito l'organizzazione *cosa nostra*, a far tempo dal 1982. La Corte europea ha ritenuto integrata, per tal via, una violazione dell'art. 7 della Convenzione Edu. Ciò per effetto dell'irrogazione di una pena in rapporto ad una fattispecie che sarebbe «risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso», e dunque riguardo ad un precetto che non sarebbe stato «sufficientemente chiaro e prevedibile», per il ricorrente, al momento della sua condotta. Dove il rimprovero – si noti ancora – non risiede affatto nella pretesa matrice giurisprudenziale del precetto penale, quanto, piuttosto, nell'asserita sopravvenienza di quel precetto rispetto alla condotta. In altre parole, secondo i giudici di Strasburgo, un banale caso di (illegittima) applicazione retroattiva della legge penale, la quale sarebbe “maturata”, in termini di adeguata conoscibilità, solo a partire dagli arresti delle Sezioni unite sugli elementi costitutivi del cosiddetto concorso esterno (dapprima la sentenza Demitry, del 1994, e poi le decisioni Carnevale e Mannino³⁴).

Le ricadute sull'ordinamento interno, secondo una sequenza ormai sperimentata, stanno evolvendo in tre direzioni.

La prima attiene agli effetti del provvedimento sulla posizione giuridica del ricorrente, da valutare alla luce dell'obbligo per l'Italia di dare esecuzione ai deliberati della Corte europea. La Corte d'appello competente³⁵, in esito ad un discutibile giudizio di ammissibilità della richiesta di “revisione europea” avanzata dall'interessato, ha ritenuto che la violazione riconosciuta a Strasburgo consistesse nell'avere i giudici nazionali deliberato la

condanna senza una previa verifica della “prevedibilità” della punizione da parte dell'interessato. Ha dunque ritenuto di dare esecuzione alla sentenza compiendo *ex post* l'anzidetta verifica, e per altro pervenendo, in fine, ad un risultato sfavorevole per il ricorrente (così da “rilegittimare” la decisione iniziale secondo uno standard convenzionalmente accettabile)³⁶.

Una seconda serie di conseguenze della decisione di Strasburgo attiene alla posizione di persone diverse dal ricorrente, e però condannate per lo stesso reato ed in condizioni analoghe. In assonanza con i meccanismi sperimentati per le “pene incostituzionali”, un noto esponente politico condannato per concorso esterno in associazione mafiosa ha promosso un incidente di esecuzione, affinché la sentenza di condanna fosse revocata a titolo di esecuzione della decisione sovranazionale. Il tentativo non ha avuto successo. In sede di legittimità, per altro, il giudice nazionale ha “accettato” una logica di generalizzazione del *dictum* di Strasburgo, dedicandosi ad un vero e proprio lavoro di *distinguishing* (irrinunciabile, in effetti, nella prospettiva di un sistema a precedente vincolante), e negando, in fine, l'analogia delle condizioni sottese alle pronunce in comparazione³⁷.

Qui interessano comunque, e soprattutto, le implicazioni della decisione sul terreno della legalità penale.

Va purtroppo annotata, ancora una volta, la seria inadeguatezza dell'impegno profuso dalla Corte europea nella valutazione delle ricadute generali del proprio assunto, che – di nuovo – sembra spiegare le resistenze interne assai meglio di presunte prevenzioni del giudice nazionale riguardo al sistema multilivello di garanzia dei diritti umani.

I riferimenti confusi e largamente imprecisi ai contrasti di giurisprudenza che avevano preceduto gli interventi delle Sezioni unite, quali fattori sintomatici (o addirittura costitutivi) del vizio di imprevedibilità, collidono in radice con la funzione protettiva del principio di legalità nei confronti dei beni giuridici fondamentali. Non può bastare la dissonanza delle decisioni giudiziali (che tra l'altro, nella specie, non riguardava la rilevanza penale delle condotte di ausilio all'organizzazione mafiosa, ma solo la loro qua-

34. Si tratta rispettivamente di: Cass., Sez. Un., sentenza n. 16 del 05/10/1994, Demitry, in *Ced Cass.*, n. 199386; Cass., Sez. un., sentenza n. 22327 del 30/10/2002, Carnevale, *ivi*, n. 224181; Cass., Sez. un., sentenza n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, *ivi*, n. 231671.

35. App. Caltanissetta, 18 novembre 2015, *Conrada*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016.

36. Non migliore fortuna ha sortito un tentativo del ricorrente di ottenere soddisfazione mediante lo strumento dell'art. 625-bis cpp, che prevede un ricorso straordinario al fine di emendare errori di fatto nei quali la Corte di cassazione sia incorsa nell'ambito del giudizio di legittimità. Il tentativo era stato comprensibilmente suggerito dalle notissime sentenze rese nei casi Drassich e Scoppola – frutto per altro di situazioni particolari, risolte in assenza della cd. «revisione europea» – ma la Cassazione ha negato che il “vizio” rilevato a Strasburgo potesse qualificarsi come errore di fatto: Cass., Sez. II, sentenza n. 43886 del 6/07/2016, *Conrada*, in *Ced Cass.*, non massimata.

37. Cass., sez. I, 11/10/2016, n. 44193, Dell'Utri, in *Ced Cass.*, non massimata. Anche nel caso di Dell'Utri è stato dichiarato inammissibile un concorrente ricorso *ex art. 625-bis* cpp: Cass., sez. V, Sentenza n. 28676 del 14/03/2016, Dell'Utri, in *Ced Cass.*, n. 267240.

lificazione) a legittimare il dubbio sulla legalità convenzionale della punizione. Specie nell'assenza, come nella specie, di qualunque indagine sulle competenze particolari dell'agente, ignorate dalla Corte, che pure le aveva valorizzate, pervenendo a conclusioni opposte, in casi del tutto analoghi³⁸.

Del resto, la stessa Corte europea sarebbe stata in forte (per quanto dissimulato) imbarazzo nel valorizzare in termini decisivi dissonanze *sopravvenute* quasi per l'intero alla condotta tenuta dal ricorrente, il quale aveva agito, infatti, in sostanziale costanza d'una giurisprudenza univoca a favore della configurabilità del concorso esterno³⁹. Non a caso, nell'economia della motivazione, ha finito col prevalere l'argomento d'una presunta *novità* dell'applicazione della disciplina ai casi di criminalità comune, data la pertinenza dei precedenti a fattispecie concernenti la criminalità eversiva o terroristica.

Non importa qui evidenziare la sostanziale fallacia dell'assunto (specie se riferito alla giurisprudenza di merito), quanto piuttosto la portata devastante delle implicazioni che potrebbero trarsi, in potenza, da una siffatta concezione del principio di legalità. Il quale principio vieta interpretazioni analogiche od estensive, ma non preclude la ricerca di nuovi significati nella legge, e men che meno preclude, più semplicemente, l'applicazione della legge medesima a fattispecie concrete che si manifestano per la prima volta.

Sembrano davvero evidenti gli effetti di paradosso che, proprio in forza della valenza "costitutiva" assegnata alla carenza od alla contraddittorietà dei precedenti, possono determinarsi in danno dell'interpretazione, delle sue capacità evolutive e della primazia che, in questa dimensione, spetta al giudice. E sembra evidente che si tratta di effetti capaci di ostacolare anche interpretazioni evolutive *in bonam partem*, ove

queste finissero per essere vissute, nella giurisdizione e nell'intera società, come premesse di sostanziale ed unilaterale affievolimento dell'efficacia di una legge penale (e non semplicemente nella soluzione *ex post* di un caso concreto).

Non si può negare una certa coerenza del meccanismo nella logica di *common law*. La funzione del diritto giurisprudenziale opera in tutte le direzioni tipiche della legge, e quindi può *constituire* una fattispecie incriminatrice prima inesistente, così come può introdurre una disciplina di senso contrario, salvo nel primo caso il temperamento dato dal principio di non retroattività. Il prezzo da pagare per la trasposizione di logiche del genere, sul piano della legalità formale, è parso fino ad oggi troppo alto. Una plastica dimostrazione è data dalla sentenza della Corte costituzionale con la quale fu respinta la proposta assimilazione tra legge ed arresto giurisprudenziale, quando si trattasse di far retrocedere gli effetti del secondo, senza l'ostacolo del divieto di applicazioni *in malam partem*, anche al di là della barriera del giudicato e, soprattutto, con un'efficacia generalizzante del tutto sconosciuta al nostro assetto costituzionale⁴⁰.

Il fatto è – sembra ormai un rilievo banale, tante volte è stato ripetuto – che a Strasburgo si occupano di comportamenti dell'Autorità pubblica, e solo indirettamente, quando ne ricorrono le condizioni, di qualità della legge che impone o legittima quei comportamenti.

Nell'ottica dei giudici europei, a proposito del principio di legalità e del divieto di retroazione della legge penale, rileva, o dovrebbe rilevare, l'impossibilità per il singolo di percepire *ex ante* il giudizio di disvalore penale che sarà dato del suo comportamento, e la punizione conseguente. Questa impossibilità può dipendere dalla qualità della legge, ma anche dallo

38. Sentenza *Soros v. Francia* del 6 ottobre 2011. La Corte aveva respinto il ricorso proposto contro una condanna deliberata mediante l'applicazione della norma penale sull'*insider trading*, per la prima volta, ad una nuova classe di fattispecie concrete. Ciò affermando che un professionista deve interrogarsi sui rischi penali della propria condotta, anche quando la relativa descrizione legale non sia molto precisa ed anche in assenza di precedenti applicazioni della norma a casi come il suo; e la regola vale, a maggior ragione, quando l'agente abbia od avrebbe potuto valersi di «consulenti illuminati», ciò che aumenta i doveri di cautela e diligenza nella creazione del rischio penale. Si vedano anche le sentenze *Pessino c. Francia*, del 10 ottobre 2006, e *Varvara c. Italia*, del 23 ottobre 2013, ove si legge: «Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile».

39. Una prima ed isolata voce di dissenso si era levata, nel panorama della giurisprudenza, con Cass., sez I, sentenza n. 8092 del 19/01/1987, Cillari, in *Ced Cass.*, n. 176348. Il paradosso è, tra l'altro, che – come le seguenti – la sentenza dissonante negava la configurabilità del concorso esterno solo perché affermava che le condotte corrispondenti implicano l'appartenenza all'associazione, e dunque una responsabilità da intraneo per l'interessato. Dopo un nuovo ed isolato episodio (Cass., sez. I, sentenza n. 8864 del 21/03/1989, Agostani, *ivi*, n. 181637), un serio «conflitto» si era manifestato solo nel 1994, con tre sentenze contemporanee della Prima sezione penale della Cassazione, dando così luogo all'intervento delle Sezioni unite. Si ricordi che la condotta ascritta a Contrada era iniziata negli anni '70, ed era qualificata come concorso esterno a far tempo dal 1982, epoca di introduzione del delitto di cui all'art. 416-*bis* cp. L'ultimo episodio ascritto all'ex funzionario data al 1988.

40. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012.

stato della giurisprudenza o dalle stesse condizioni personali dell'interessato, e presenta la medesima rilevanza qualunque ne sia la causa. Ciò che non viola il precetto dell'uguaglianza, perché attiene alla dimensione concreta ed individuale del caso, ed asseconda il principio del diverso trattamento di situazioni diseguali, in vista del comune bisogno di "rimproverabilità" dell'agente.

Il difetto della possibilità di previsione, quale connotazione del caso concreto, attiene al piano della colpevolezza, mentre la determinatezza è una caratteristica della legge come atto generale, ed attiene propriamente al principio di legalità formale. La giurisprudenza nazionale più sensibile non ha mancato di ammettere, sul piano astratto e con specifico riferimento all'art. 7 della Convenzione Edu, che non potrebbe essere affermata la responsabilità penale in ordine ad una condotta compresa nella fattispecie incriminatrice solo secondo una giurisprudenza "imprevedibile" al momento del fatto. Ma si è trattato appunto, nei limiti di un'analisi funzionale alla soluzione dei casi concreti, di decisioni riferibili al piano della colpevolezza (cioè – si direbbe – alla tradizionale prospettiva dell'ignoranza non evitabile circa la portata del precetto), e non certo, in generale, alla qualità della legge incriminatrice⁴¹.

Per tornare al punto. Se davvero il precetto che vieta di apportare contributi rilevanti all'azione di un gruppo criminale pur senza farne parte non trovasse sufficiente determinazione nella legge, sarebbe ovvia l'inemendabilità del vizio, e l'irrilevanza di ogni costruzione giurisprudenziale, per quanto capace di fissare connotati di dettaglio per la fattispecie punibile.

Ed infatti la conseguenza immediata della sentenza Contrada, sul piano generale qui in considerazione, è consistita nella ripresa della polemica sul difetto di determinatezza dell'art. 110 cp, in radice o, quanto meno, una volta che debba essere applicato alle figure di reato associativo.

Il respiro di questa nuova ondata polemica, comunque, sembra corto. S'è visto come la Corte europea, per quanto disponibile – senza la necessaria prudenza – ad utilizzare concetti come «reato di creazione giurisprudenziale», si sia occupata in realtà della col-

pevolezza del ricorrente (nel senso proprio dei presupposti per una sua effettiva rimproverabilità). E s'è visto che la stessa Corte ha scoraggiato questioni correlate al quadro normativo stabilitosi dopo l'elaborazione sviluppata dalle Sezioni unite della Cassazione.

La conseguenza è che la giurisprudenza, e buona parte della dottrina, non esprimono sostanziali mutamenti dell'orientamento ormai stabile per la piena compatibilità tra la disciplina del concorso esterno ed il principio di legalità⁴². La necessità di ripetuti interventi giurisprudenziali può essere un fattore sintomatico (e non costitutivo) della indeterminazione della fattispecie. Ma la nostra Consulta ha sempre chiarito che l'osservanza del principio di determinatezza non si misura solo sulla lettera della legge, isolatamente considerata, quanto attraverso la collocazione del testo in un ambito più ampio, nel quale certamente confluisce anche l'opera di chiarimento degli interpreti e della giurisprudenza⁴³.

Nella sentenza Contrada non si vede alcuna seria premessa per uno scontro con questa concezione della determinatezza, la cui applicazione sta infatti procurando *de plano* giudizi di manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale occasionate dall'impatto emotivo della pronuncia.

6. Il "dialogo tra le Corti" non è agevole senza la piena consapevolezza che ad esse sono deputati compiti diversi, e che la trasposizione dei giudizi oltre i rispettivi ambiti provoca frizioni non salutari per il sistema multilivello.

Di trasposizioni siffatte le Corti (in genere) non sono responsabili, ma certo le stesse possono essere facilitate da fenomeni di incontinenza del linguaggio, di imprecisione dei concetti, di indifferenza per le peculiarità dell'ambito nazionale in cui le decisioni devono produrre i propri effetti: peculiarità che vanno rispettate ed anzi valorizzate, purché idonee a parificare verso l'alto, nei suoi concreti effetti di garanzia, i livelli di tutela per i diritti umani.

Non è chi non veda come le resistenze nazionali all'interazione tra sistemi siano in aumento. In questa chiave è stata letta finanche la giurisprudenza recente della nostra Corte costituzionale, a partire dalla nota

41. Si veda ad esempio Cass., Sez. F., Sentenza n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, in *Ced Cass.*, n. 256584: «L'art. 7 della Cedu – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu – non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa». La decisione ha per altro escluso l'operatività del principio nel caso concreto, così come altra e più recente decisione analogo: Cass., Sez. II, Sentenza n. 21596 del 18/02/2016, Tronchetti Provera, *ivi*, n. 267164.

42. Nel senso della manifesta infondatezza di rinnovate questioni di legittimità costituzionale, proposte anche in rapporto al primo comma dell'art. 117 Cost., si vedano Cass., sez. II, sentenza n. 34147 del 30/04/2015, Agostino, in *Ced Cass.*, n. 264624; Cass., sez. II, sentenza n. 18132 del 13/04/2016, Trematerra, *ivi*, n. 266908.

43. Tra le più recenti, Corte cost., sentenze n. 172 del 2014 e n. 282 del 2010.

sentenza n. 49 del 2015⁴⁴. E forse la recentissima decisione della Corte di Strasburgo sul principio *ne bis in idem*, già sopra citata, potrà essere letta, tra l'altro, come espressione di una maggior prudenza nei metodi di attuazione dello scopo.

Il quale resta la massima efficienza del sistema delle garanzie, danneggiata "politicamente" da at-

teggiamenti d'apparente ispirazione sopraffattoria almeno quanto da resistenze di marca nazionalistica. E non è solo questione di "clima" politico ed istituzionale: perché davvero funzioni la clausola di allineamento verso l'alto dei livelli di tutela, le potenzialità dei sistemi nazionali vanno valorizzate, e non certo annichilite.

44. E potrebbe essere letta, naturalmente, l'ordinanza n. 24 del 2017.

Appunti sul principio di legalità amministrativa

di *Dario Simeoli*

Il presente scritto non vuole essere un contributo alla «teoria» del principio di legalità e neppure una riflessione storica sull'ideologia politica cui si deve il radicamento dello Stato di diritto. I rapidi e disorganici appunti che seguono sono dedicati alla «fenomenologia» frammentaria dei rapporti tra legge e amministrazione. Gli spunti raccolti rendono ragione del conclamato indebolimento strutturale della legge quale strumento di coordinamento e indirizzo degli apparati amministrativi funzionalmente diversificati e multiformi. L'evoluzione della tecnica, le politiche di liberalizzazione, le nuove istituzioni di regolazione, la perdita di centralità dello Stato rispetto alle istituzioni europee, hanno mutato in profondità la relazione tra autorità, società e diritto pubblico. Il principio di legalità appare oramai distante dall'archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge dello Stato. In importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige forme fluide di «indirizzamento» alla realizzazione di valori e principi, e non comandi rigidamente positivizzati.

1. Premessa

Nel corso della sua storia – normativa e concettuale – il principio di «legalità amministrativa» è stato differentemente interpretato, sfuggendo ad ogni tentativo di definizione unitaria. Lo stesso testo costituzionale ne reca indicazioni soltanto implicite, al contrario della legalità penale cui è riservata una dichiarazione espressa.

Il presente scritto non vuole essere un contributo alla «teoria» del principio di legalità e neppure una riflessione storica sull'ideologia politica cui si deve il radicamento dello Stato di diritto. I rapidi e disorganici appunti che seguono sono (assai più modestamente) dedicati alla «fenomenologia» frammentaria dei rapporti tra legge e amministrazione.

La rilevanza «pratica» del principio di legalità – l'essere cioè regola di esercizio e, quindi, di validità dell'azione amministrativa – conosce sfumature e declinazioni intermedie in corrispondenza dei diversi modelli regolativi dell'azione amministrativa. Ciò ne rende ancora più incerto il contenuto (se enunci la necessità di una norma, qualsivoglia sia la fonte, o se invece tale norma debba essere di ordine legislativo) e la struttura (se il rapporto tra legge e amministra-

zione si atteggi in termini di mera «compatibilità» o di «conformità»). L'intermediazione delle legge assume poi un significato diverso in corrispondenza della distinzione tra atti che costituiscono manifestazione di *autonomia* (quelli attraverso i quali la Pa esercita funzioni materialmente normative) e provvedimenti espressivi di *discrezionalità*.

2. Le fonti amministrative «atipiche»

La ricchezza morfologica delle fonti costituisce una componente della «specialità» del diritto amministrativo. Il quadro regolativo al quale i pubblici poteri devono sottostare è costituito da norme di valore e provenienza diversa. L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo si manifesta, non solo nelle fonti «secondarie», ma anche nella congerie indefinita degli atti amministrativi dotati del carattere della generalità. Il tentativo di delineare un'autonoma categoria di atti amministrativi idonei a dettare precetti di natura sostanziale (e che fungono da parametri cui i provvedimenti individuali devono sottostare) ha palesato tutte le incertezze concettuali legate alla nozione di norma giuridica.

Possono dedicarsi alcuni accenni soltanto ad alcune figure paradigmatiche.

Una prima riflessione viene dedicata al potere delle autorità indipendenti di prescrivere regole generali e astratte, idonee a innovare l'ordinamento giuridico e a trovare applicazione in una serie indeterminata di fattispecie.

In seconda battuta, si prenderanno in considerazione i piani urbanistici "perequativi", ricordando che proprio nella materia urbanistica è stata sperimentata la categoria dell'«effetto giuridico precettivo».

2.1. Autorità indipendenti, regolazione e autonomia privata

La relazione assolutamente atipica tra legge ed atti delle autorità indipendenti costituisce uno dei punti più problematici del dibattito sul principio di legalità.

Per quanto articolata in attività di diverso contenuto e valore giuridico, la «regolazione» dei mercati ha oramai guadagnato un assetto sempre più omogeneo di istituti, i quali raffigurano un modello distinto rispetto alle tradizionali tecniche di condizionamento dei rapporti economici privati. Tale tecnica di intervento pubblico si è manifestata in concomitanza con l'avvio di importanti processi di liberalizzazione in settori strategici per l'innanzi gestiti in regime di privativa dai pubblici poteri o da loro concessionari. Con l'erosione dei monopoli pubblici e la dismissione di imprese operanti in settori economici di interesse generale, la recessione delle condizioni di privilegio prima accordate all'operatore "delegato" dall'amministrazione (il quale esercitava l'attività riservata in nome proprio ma per conto della autorità concedente) è stata accompagnata dalla predisposizione di un sistema complesso di funzioni e poteri finalizzato a edificare condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori. Nel nostro ordinamento i compiti inerenti alla regolazione di un determinato settore economico sono stati sin dall'inizio affidati a corpi che, pur mantenendo natura amministrativa, sono caratterizzati da un grado di indipendenza prima sconosciuto nel panorama delle figure pubbliche. Tale dato di struttura è stato storicamente condizionato dal processo politico di riduzione della sfera pubblica (con abbandono dei compiti direttamente ge-

stionali) nonché dalla necessità di proteggere l'attività pubblica dalla crescente pressione di interessi esogeni (soprattutto politici e finanziari).

Per quanto non sia agevole ricondurre a sistema il variegato regime dei poteri regolatori delle diverse autorità indipendenti, è comune rilevare come il legislatore, nel conferire loro competenze di carattere generale, si limiti sovente alla scarsa individuazione degli obiettivi da perseguire e dei valori da tutelare, spesso affidandosi a nozioni tratte dalla letteratura economica. La "torsione" cui è sottoposto il paradigma di legalità, nella declinazione afferente sia alla gerarchia delle fonti, sia alla distribuzione soggettiva dei poteri fra i diversi organi pubblici, viene solitamente giustificata in ragione di due fattori estremamente critici che contrassegnano settori sensibili della vita sociale ed economica: l'estrema difficoltà per il legislatore di creare un sistema completo di prescrizioni in settori specialistici che richiedono una capacità di adattamento alle incessanti evoluzioni tecniche, del tutto incompatibile con l'attuale lentezza dei processi legislativi; il carattere già di per sé estremamente indefinito dei valori da tutelare non può che riflettersi inesorabilmente nella vaghezza delle norme attributive. In definitiva, poiché non è possibile, a causa del repentino invecchiamento delle regole, prefigurare una cornice regolatoria sufficientemente stabile ma solo generici programmi di scopo, il controllo fondato sul principio di legalità ha dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione dell'attività e degli effetti, per incentrarsi sulla combinazione e raffronto tra lo scopo assegnato ed il risultato ottenuto.

Dall'ampia premessa occorre ora passare allo specifico contesto problematico dei rapporti tra potere di regolazione e contratto.

Gli atti di fonte secondaria adottati nell'esercizio della funzione regolatoria non solo condizionano (dall'esterno) lo svolgimento dell'autonomia privata (per via degli "incentivi" ingenerati dalla normativa di tipo condizionale e dagli atti di *soft law*)¹, ma giungono finanche a limitarne il campo elettivo di esplicazione, nella misura in cui:

- dettano il procedimento di formazione del contratto e le modalità di informazione precontrattuale;
- prescrivono forme *ad substantiam*² e requisiti di forma-contenuto (come con riguardo alle moda-

1. Quali lettere di intenti o pareri non vincolanti secondo l'efficace tassonomia suggerita da M.R. Maugeri, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Milano, 2013, pp. 1309 ss.

2. Cfr. l'art. 117, 2° co., Tul. banc. in materia di contratti bancari («Il Ciar può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma»); nonché l'art. 121 *bis* del Tul. banc.

lità di redazione delle clausole in funzione della loro intelligibilità³;

- integrano il contenuto del regolamento⁴;
- impongono il compimento di negozi giuridici⁵ o ne vietano la stipulazione⁶;
- disciplinano il comportamento da tenersi nella fase esecutiva⁷.

Orbene, la circostanza che regole, persino restrittive della libertà contrattuale, scaturiscano da atti di autorità amministrative ripropone in un contesto inedito (rispetto al fecondo dibattito intrapreso negli anni settanta del ventesimo secolo), il dubbio se tali fonti subprimarie possano disciplinare un campo costituzionalmente considerato riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, così come prospettato dalla teoria della tutela costituzionale "indiretta" del contratto e della libertà contrattuale (in virtù della quale, come è noto, la libertà di fare contratti strumentali all'esercizio dell'iniziativa economica è costituzionalmente protetta nella stessa misura in cui riceve protezione l'iniziativa economica, ovvero nella stessa misura in cui è tutelata la proprietà dei beni negoziati: artt. 41, 3 comma; 42, 2 comma, Cost.).

Il discorso deve, a questo punto, essere organizzato in considerazione della (almeno) duplice graduazione del problema. In un primo importante novero di ipotesi (rinvenibile, ad esempio, nel contesto della disciplina dei contratti bancari, assicurativi e finanziari: cfr. art. 117, 8 comma, Tul.banc.; art. 6, 2 comma, e 23 Tuf), il punto critico di equilibrio tra esigenza di flessibilità conformativa e riserva di legge ha trovato una forma di "mediazione" nel meccanismo giuridico per cui la fonte amministrativa secondaria opera comunque su espressa delega del legislatore. In tale

evenienza, l'azione del regolatore appare quantomeno avviata nel solco del principio di legalità, pacifico essendo (in giurisprudenza ed in dottrina) che la natura relativa della riserva di cui agli artt. 41 e 42 Cost., consente (sia pure a date condizioni) di accordare al potere amministrativo la prerogativa di incidere sui diritti di proprietà e di iniziativa economica (la necessaria intermediazione della legge è resa manifesta dal richiamo ad essa contenuto agli artt. 1339 cc e 1374 cc). Il problema è quello di stabilire se la delega possa compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ovvero se a ciò debba accompagnarsi un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti. Quest'ultima soluzione parrebbe necessitata non solo perché l'inserzione automatica di clausole costituisce una restrizione assai significativa del diritto di libertà economica (art. 41 Cost.) di cui è espressione l'autonomia privata.

Senonché, in alcuni casi, manca addirittura una norma primaria attributiva di analoga delega. Ecco, dunque, come il problema della riserva di legge si "aggrava" in quello ancor più spinoso dell'ammissibilità di poteri amministrativi impliciti. Non è possibile qui soffermarsi a lungo sulla questione se, in capo agli organi preposti alla regolazione, si debbano riconoscere i soli poteri che gli sono espressamente attribuiti dalla legge o, invece, anche quelli non contemplati che siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati. La linea interpretativa che ritiene di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati di incisione *ab externo* sul contratto deve essere fermamente respinta. L'art. 1372 cc, nell'attribuire "forza di legge" (con formula linguistica figurata ma espressiva del vincolo di soggezione delle parti) alla manifestazione di volontà

3. Cfr. l'art. 125 bis, 1° co., Tul.banc., secondo cui: «I contratti di credito (...) contengono in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del Cicer».

4. Cfr. ancora l'art. 117, 8° co., Tul.banc. («La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia»). Viene in rilievo anche il potere dell'Isvap di definire il contenuto necessario di alcune clausole contrattuali, ad esempio in relazione alle tariffe dei rami vita (cfr. regolamento n. 21 del 28-3-2008). In tema di comunicazioni elettroniche, cfr. l'art. 57, 1° co., d.lgs 1-8-2003 n. 259: «L'Autorità adotta, ove opportuno, misure specifiche per garantire che gli utenti finali disabili fruiscano di un accesso, ad un prezzo accessibile, ai servizi telefonici accessibili al pubblico, compresi i servizi di emergenza ed i servizi relativi agli elenchi, che sia equivalente a quello degli altri utenti finali».

5. Cfr. M. Angelone, *Autorità indipendenti e etero regolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 162 ss. il quale fa l'esempio, nel settore delle telecomunicazioni, della "interconnessione" e del "roaming".

6. Cfr. l'art. 39 del regolamento Consob n. 16190/2007.

7. Cfr. gli artt. 11 e ss. del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale, approvato dall'Aeeg con deliberazione ARG/com 104/10; la definizione, ad opera dell'Isvap, del contenuto della nota informativa e di specifiche regole di comportamento nell'esecuzione del contratto (Titolo XIII del d.lgs 7-9-2005, n. 209); l'art. 122 Tuf che commina la nullità dei patti parasociali che non siano stati assoggettati agli obblighi di comunicazione, pubblicazione e deposito secondo "le modalità ed i contenuti" stabiliti dalla Consob con apposito regolamento (cfr. delibere 24-11-1998, n. 11715 e 14-5-1999, n. 11971).

sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare “in via amministrativa” l’assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 cc) ovvero prefigurato nell’accordo stesso; in definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti⁸. Opinando diversamente, si pensi soltanto a quanto sarebbe incerta l’individuazione delle sanzioni civilistiche che dovrebbero ricollegarsi alla difformità dei contratti rispetto alle prescrizioni dettate da fonti amministrative non autorizzate.

2.2. Le linee guida Anac tra regolamenti e *soft law*

Nella nuova disciplina dei contratti pubblici introdotta dal d.lgs 18 aprile 2016, n. 50, il regolamento di esecuzione è stato sostituito da un inedito sistema di disposizioni attuative emanata dall’Anac. Interessa qui soffermarsi su due tipologie di atti.

Le linee guida non vincolanti sono direttive volte ad assistere le stazioni appaltanti nella fase di pianificazione e conduzione delle procedure di gara. Di tali strumenti di normazione flessibile non ne è affatto chiaro il valore giuridico: o si assume che siano del tutto privi di sanzione; oppure (come forse è preferibile) si ritiene che comportino quantomeno un specifico onere di motivazione allorché non si opti per il modello previsto (*comply or explain*). In quest’ultimo caso, non dovrebbero esserci dubbi sulla loro “impugnabilità”.

Le linee guida a carattere vincolante hanno un significato rilievo pratico⁹, ma la loro qualificazione giuridica è del tutto incerta. Il Consiglio di Stato, valorizzando la natura del soggetto emanante, le ha ricondotte alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti¹⁰.

Appare assai improbabile la prospettata demarcazione tra potere “regolatorio” e “regolamentare”. Il processo di elaborazione e aggiustamento delle regole di governo del settore, in cui consiste la regolazione, consta di atti eterogenei sotto il profilo della forza e della efficacia normativa, potendo risultare anche da regolamenti, e non solo da atti amministrativi generali e individuali. Secondo un criterio ampiamente seguito in giurisprudenza, l’atto amministrativo generale si distinguerebbe dal regolamento per il fatto di essere indirizzato a un numero limitato e identificabile di destinatari, quantomeno *a posteriori*. A questa stregua, le linee guida in esame dovrebbero essere ricondotte nel novero delle fonti secondarie atipiche¹¹, essendo dotate dei caratteri della generalità, astrattezza e novità.

Desta dubbi anche l’affermazione secondo cui l’Anac dovrebbe assimilarsi alle altre autorità di regolazione. Le “procedure di evidenza pubblica” sono strumenti di indirizzo e controllo amministrativo, con i quali si realizza un coordinamento fra attività di diritto privato della pubblica amministrazione e fini pubblici imputati all’amministrazione. La regolazione dei mercati, invece, non funge da canone di comportamento per l’amministrazione, bensì è volta a definire un quadro di regole e valori che devono essere tutelati dai soggetti che operano sul mercato”. È un tipo di azione pubblica che incide sull’economia senza comprimerne i meccanismi spontanei, sul presupposto che i fallimenti di mercato debbano, ove possibili, semplicemente “corretti”, combinando gli elementi positivi della competizione economica con il perseguimento delle istanze sociali.

Le precisazioni svolte sono di assoluto rilievo rispetto al tema della legalità.

La «funzione normativa» dell’Anac si svolge attraverso regolamenti “quasi indipendenti” o “per obiettivi”, in quanto autorizzati da una fonte legislativa, ma svincolati dalla predeterminazione legale del loro contenuto. Inoltre, l’ammissibilità di poteri

8. Un esempio dell’attualità della tematica è data dall’ordinanza del Consiglio di Stato (n. 5277 del 2016), che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 dell’art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui prevede che, disposta dall’assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell’art. 29, comma 2-ter, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere dalla Banca d’Italia limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo. Il contrasto è stato sollevato con riguardo agli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Cedu e con riguardo agli artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost..

9. Ad esempio, riguardano: i sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, art. 83, comma 2; la disciplina degli organismi di attestazione, art. 84, comma 2; i requisiti di qualificazione del contraente generale, art. 197, comma 4.

10. Parere 1 aprile 2016, n. 855.

11. Ammesse dalla giurisprudenza costituzionale anche dopo la legge cost. n. 3 del 2001, che ha introdotto l’art. 117, comma sesto, Cost..

di produzione normativa in capo a regolatori indipendenti – posti al di fuori del circuito politico rappresentativo e quindi in una condizione di irresponsabilità – è stata in passato giustificata sulla base di elementi non riproducibili in capo all'Anac: l'obbligo di attuare le direttive europee che prevedevano la necessità di regolatori sottratti all'indirizzo politico del Governo; il carattere settoriale e tecnico della regolazione; la specifica copertura costituzionale degli interessi tutelati.

2.3. Atti generali di pianificazione, perequazione e statuto della proprietà

Il fenomeno “perequativo” si articola in una varietà di modelli. In termini essenziali, la perequazione urbanistica opera mediante la distribuzione di coefficienti di edificabilità “virtuali” uniformi in capo a tutti i proprietari dei fondi che si trovino in una area dotata di caratteri omogenei. Si vuole, attraverso tale tecnica, scongiurare la discriminazione derivante dalla diversità di valore esistente tra terreni edificabili e terreni che, pur avendo le medesime caratteristiche, sono assoggettati a vincoli conformativi diversi in ragione di una scelta ampiamente discrezionale della pubblica amministrazione in ordine alla localizzazione effettiva delle volumetrie complessivamente consentite nella zona.

Il corollario principale del piano “perequativo” consiste nel fatto che la dotazione volumetrica viene scorporata dal suolo che l'ha generata, assumendo la forma del “diritto edificatorio”. Tale situazione giuridica soggettiva può essere oggetto di autonoma circolazione prima di “atterrare” su di un fondo-acquivalente.

Possono avanzarsi diverse riserve legate al rispetto del principio di legalità. L'istituto non ha trovato ancora una disciplina organica a livello legislativo statale. È previsto soltanto da talune leggi regionali – che, peraltro, neppure indicano la specifica strumentazione – e da alcuni strumenti urbanistici generali.

Il complesso dibattito circa la natura dei diritti in esame (se beni immateriali, nuovi diritti reali tipici, diritti meramente obbligatori, interessi legittimi o aspettative reali) e del negozio giuridico mediante il quale si opera la cessione della potenzialità edificatoria non è arrivato a conclusioni definitive. Non può tuttavia dubitarsi del fatto che il modello perequativo, in difetto di uno statuto generale della proprietà fondiaria dato con legge statale, consente di perseguire effetti, che, in sostanza, realizzano una

scissione tra diritto di proprietà e *jus aedificandi* (ribaltando le conclusioni della sentenza n. 5 del 1980 della Corte costituzionale). Soprattutto con riguardo ai diritti edificatori nascenti dai piani perequativi “compensativi” e “premiati” (dove il diritto edificatorio è creato dalla stessa amministrazione), lo *jus aedificandi* non appare un attributo “originario” della proprietà dei suoli. Il proprietario acquista dal piano ciò che non è contenuto nel suo *entitlement*. L'art. 42 Cost., ponendo una riserva di legge sullo statuto della proprietà, imporrebbe invece una precisa definizione normativa dei poteri “perequativi” dell'amministrazione.

L'art. 5 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con la legge 12 luglio 2011, n. 106, ha inserito all'art. 2643, comma 1, cc, il punto 2-*bis* (estendendo il regime di pubblicità immobiliare ai “contratti che trasferiscono, modificano o costituiscono i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”). La disposizione ha regolato la pubblicità della fattispecie, senza tuttavia disciplinare il fenomeno giuridico in sé, ovvero le tecniche pianificatorie che consentano lo scorporo delle volumetrie dalla proprietà dei fondi.

I piani perequativi appaiono, in definitiva, atti generali adottati *praeter legem*. Il principio di tipicità e nominatività degli strumenti urbanistici dovrebbe precludere all'amministrazione di adottare una figura di piano non corrispondente, per presupposti, competenze, oggetto, funzione ed effetti, a uno schema già prefigurato da una norma primaria dell'ordinamento. Neppure l'attuazione della perequazione con modelli consensuali sembra di per sé sufficiente a superare la necessità della intermediazione della previa legge regolatrice della potestà conformativa della proprietà (in tal senso, tuttavia, si è espressa la quarta sezione del Consiglio di Stato¹², in relazione ad un piano urbanistico che riconosceva al privato un indice di edificabilità che poteva essere incrementato dalla Pa, a fronte di oneri monetari).

3. La legalità “sospesa”: l'amministrazione straordinaria

L'amministrazione “straordinaria” è qui intesa in un senso circoscritto. In particolare, esulano dalla presente riflessione, sia le fattispecie normative che consentono una sospensione temporanea dell'ordine delle competenze, sia gli atti cd. necessitati, consistenti nell'esercizio in via di urgenza di poteri ordinari.

12. Consiglio di Stato, sentenza n. 4546 del 2010.

Interessa, invece, spendere alcune considerazioni sulle cd. ordinanze libere¹³, categoria che ha oramai guadagnato una ragguardevole estensione applicativa. Per fare fronte a situazioni non fronteggiabili attraverso procedimenti tipizzati, la legge conferisce a determinate autorità poteri a contenuto indeterminato, non prestabilito dalla legge ma rimesso alla valutazione discrezionale dell'organo amministrativo investito della gestione emergenziale. Nello specifico sottosistema della protezione civile, la fase operativa è preceduta da un procedimento che accerta e dichiara lo stato di emergenza. Nell'esercizio di tali poteri straordinari, le ordinanze possono derogare alla disciplina di fonte primaria.

Sono note e risalenti le discussioni relative alla compatibilità di queste fattispecie con il principio di legalità (in ragion di una così marcata de-tipizzazione) e con l'assetto delle fonti (in quanto si assiste alla sospensione della norma primaria ad opera di una fonte non pariordinata né superiore). La giustificazione di atti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente creativi di uno "*jus singulare*", ha imposto di aderire ad una nozione di legalità senza dubbio eccentrica rispetto alla sua declinazione originaria e più rigorosa.

La Corte costituzionale – con le sentenze: 2 luglio 1956, n. 8; 27 maggio 1961, n. 26; 14 aprile 1995, n. 127 – ha fissato le seguenti condizioni di "tolleranza": efficacia limitata nel tempo; adeguata motivazione; rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico; divieto di intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta (nelle materie soggette a riserva relativa occorre che la legge delimiti la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito).

L'analisi empirica rileva che tali condizioni non sono sovente osservate.

L'ampiezza temporale della gestione straordinaria rende sovente stabile l'emergenza e non rispetta il canone della contingibilità¹⁴. Il presupposto dell'imprevedibilità non è riscontrabile quando la legislazione considera, tra le circostanze che possono dare vita all'esercizio dei poteri di ordinanza, anche fatti di disfunzione amministrativa e di amministrazione complessa¹⁵.

La deroga della fonte primaria coinvolge anche principi generali dell'ordinamento, segnatamente:

la regola competitiva in materia di contratti pubblici (di ascendenza comunitaria); il concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego; i canoni del giusto procedimento; il principio per cui i poteri normativi, di pianificazione e programmazione sono rimessi all'organo assembleare.

4. L'autotutela decisoria

Il fondamento dell'autotutela amministrativa, cioè della possibilità di tutelarsi da sé, senza rivolgersi a un giudice, risiede nella particolare rilevanza dell'interesse di cui è portatrice la pubblica amministrazione. Come rilevato in dottrina (Mattarella), l'autotutela amministrativa ha storicamente nei confronti del principio di legalità un atteggiamento ambivalente: è strumento di affermazione della legge e, allo stesso tempo, di privilegio (consistente nel fatto di potere far valere retroattivamente l'illegittimità dei propri atti, sostituendosi al giudice) che deve essere limitato con la legalità.

Recenti riforme hanno inciso sui presupposti per l'esercizio del potere di autotutela decisoria.

L'art. 25, comma 1, lett. *b-quater*, del dl n. 133/2014, convertito nella legge n. 164/2014, ha modificato l'art. 21-*nonies*, escludendo la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio nei casi di provvedimenti già non annullabili dal giudice amministrativo nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 21-*octies*, comma 2. L'art. 25, comma 1, lett. *b-ter*, del medesimo decreto ha dettato criteri più rigorosi per l'esercizio del potere di revoca, ex art. 21-*quinquies*, della legge n. 241/1990¹⁶.

Anche la successiva legge n. 124 del 2015 opera nel segno di una tendenziale riduzione dei poteri discrezionali dell'amministrazione, al fine di garantir certezza e stabilità ai rapporti giuridici dei soggetti la cui azione risulta condizionata dalle decisioni amministrative, anche a scapito dell'interesse alla legittimità dell'attività amministrativa.

Il rafforzamento della tutela dell'affidamento si manifesta con la fissazione di un limite temporale dell'annullamento d'ufficio e nella ridefinizione dei rapporti fra autotutela e Scia (in particolare, con la

13. Art. 2 Rd 18 giugno 1931, n. 773; art. 54, comma 2, Tuel 2000; art. 5, l.n. 225 del 1992.

14. Di recente, l'articolo 10, comma 1, lettera b) del dl 14 agosto 2013, n. 93, ha previsto che lo stato di emergenza non può superare 180 giorni prorogabili per altri 180 giorni.

15. I cd. "grandi eventi" sono stati abrogati dall'art. 40-*bis* comma 1°, del dl 24 gennaio 2012, n. 1.

16. A seguito della novella la revoca può essere disposta per: - sopravvenuti motivi di pubblico interesse; mutamento della situazione di fatto, non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; - nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

più rigida perimetrazione dei poteri inibitori e conformativi attribuiti all'amministrazione destinataria della segnalazione).

I recenti svolgimenti normativi hanno una ben precisa valenza sistematica. Si assiste ad un deciso allontanamento dalla tradizionale ricostruzione dell'istituto fondata sull'immanenza ed inesauribilità del potere amministrativo e dall'idea che si tratti di una prerogativa a tutela del solo interesse pubblico che non può essere necessariamente tipizzata. Viene completato il disegno legislativo che nel 2005 aveva operato per una stretta tipizzazione della sola autotutela esecutiva.

5. Legalità e accordi amministrativi

È opportuna una breve riflessione anche sui rapporti tra il principio di legalità e gli accordi procedurali e sostitutivi (disciplinati dall'art. 11 della legge 241/90), oramai ampiamente sperimentati nella pratica amministrativa. La dottrina e la giurisprudenza sono attestati nel senso che essi non hanno natura di contratti di diritto privato, bensì costituiscono una particolare espressione di potere pubblico "concordato". Per questo motivo, anche quando si serve del modulo convenzionale, l'azione amministrativa non perde il suo tipico regime di legittimità, né i suoi parametri normativi. Senonché, non è ancora chiaro quali scostamenti sono consentiti rispetto al modello legale dell'atto unilaterale, che si viene a sostituire.

Il problema è quello di capire se il principio di legalità debba applicarsi nello stesso modo con riguardo all'intero accordo. Ovvero, in alternativa, se sia possibile "isolare" quella parte di contenuto che, costituendo esercizio di autonomia privata, consente di modificare l'assetto di rapporti producibile dal singolo provvedimento amministrativo. Discernere tra esercizio atipico (e quindi illegittimo) del potere amministrativo e lecita espressione del potere di autoregolamentazione dei propri interessi, è assai arduo.

La dottrina che meglio ha approfondito la materia (Greco) esclude, sia che con l'accordo si possa derogare alle componenti procedurali o sostanziali rigorosamente prefigurate dalla legge (che continuano a costituire parametri di legittimità dell'esercizio del potere anche nel caso di stipulazione di accordi in luogo degli atti unilaterali); sia che si possano introdurre deroghe al modello legale della fattispecie che comportino pregiudizio per i terzi o, comunque, vantaggi per l'altro contraente non previsti dal paradigma normativo. Cauti aperture sono, invece, riservate alle clausole che derogano lo schema legale per consentire al privato di assumere gli oneri economici (e ogni altra obbligazione) che l'assetto desiderato dell'esercizio del potere amministrativo comporta.

6. La "fuga" nel diritto privato

Tradizionalmente, la ritenuta assenza di interferenza tra interesse privato ed interesse generale comportava che il diritto privato ed il diritto pubblico fossero studiati come sistemi organici funzionalmente differenziati. A partire dagli anni novanta del secolo scorso, tra le aree del diritto pubblico e del diritto privato, ha cominciato a profilarsi uno spazio di comune incidenza quanto a tecniche e finalità. La "confluenza" di diritto amministrativo e privato nella disciplina dell'attività amministrativa è divenuta oggi regola di diritto positivo, dando luogo ad una inedita interazione di fonti e strumentazioni giuridiche radicate in aree disciplinari da sempre concepite come "non comunicanti", la cui ricomposizione vede ora la dicotomia "pubblico-privato" esplicitarsi (non più all'esterno bensì) all'interno dei rispettivi sistemi giuridici.

L'art. 1, comma 1-*bis* della legge n. 241/1990, prevede che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato. La forza del provvedimento viene riservata soltanto a quanto è funzionalmente necessario. L'impiego del diritto amministrativo diviene la regola per i soli atti dell'amministrazione che limitano la sfera giuridica altrui, senza il consenso del destinatario dell'atto, mentre per gli atti che non sono imperativi, l'amministrazione agisce secondo il diritto privato.

In una prima fase applicativa è sembrato che l'impiego del diritto privato per compiti di amministrazione pubblica dovesse coincidere con un radicale arretramento della legalità amministrativa. La disciplina pubblicistica veniva rappresentata come un ostacolo alla celerità dell'azione amministrativa, la quale, per essere rapida ed efficace, avrebbe dovuto essere svincolata dall'impianto pubblicistico e assumere, invece, le connotazioni tipiche del diritto privato, le cui norme non regolano minuziosamente le modalità di svolgimento dell'azione stessa.

La "riduzione" della sfera del diritto pubblico è stata invece progressivamente accompagnata da misure (introdotte per effetto della respinzione del legislatore o, in via ermeneutica, dal giudice) volte a salvaguardare (pur nel contesto della privatizzazione di beni, funzioni o poteri amministrativi) talune garanzie pubblicistiche sostanziali e procedurali, attraverso tecniche alternative di controllo.

In alcuni casi, si è operata una vera e propria riquilibratura in senso pubblicistico di atti e organizzazioni formalmente privatistiche. Si pensi alla nozione sostanziale di organismo di diritto pubblico, che consente di trasfigurare atti di diritto privato in provvedimenti amministrativi, e alla disciplina "antielusiva" cui sono state progressivamente sottoposte le società pubbliche (ivi compreso il regime della responsabilità erariale)¹⁷.

Un'altra direzione è stata quella di impiegare categorie e istituti del diritto privato in modo tale da ottenere risultati più o meno equivalenti a quelli che sarebbero assicurati dal regime pubblicistico (dilatazione della sanzione della nullità; impiego delle clausole generali del diritto civile per ottenere un risultato analogo alla funzionalizzazione pubblicistica¹⁸; contaminazione della disciplina contrattuale con regole proprie dell'azione amministrativa¹⁹).

In caso di "esternalizzazione" di funzioni pubbliche, la disciplina pubblicistica deve subire i necessari adattamenti in conseguenza della sua estensione a soggetti (non solo formalmente ma anche) sostanzialmente privati. Ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter della l. 7 agosto 1990, n. 241 «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza della presente legge». Anche sul piano processuale, l'art. 7, comma 2, d.lgs 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), prevede che, «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

È ancora estremamente incerta la portata che, in tali casi, possono assumere i principali istituti di garanzia previsti dalla legge sul procedimento (divieto di aggravio del procedimento, motivazione, figura del responsabile del procedimento, istituti partecipativi, preavviso di rigetto). In un caso recente, la Corte costituzionale ha affermato che l'esternalizzazione della funzione di certificazione comporta l'estensione dell'ambito applicativo dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento anche ai privati conferitari e ciò, a sua volta, determina e giustifica una limitazione all'autonomia dei privati, che vedono conformata dalla legge la propria struttura organizzativa (sentenza n. 94 del 2013²⁰).

7. Legalità e organizzazione

L'iniziale disconoscimento del rilievo intersoggettivo del potere organizzativo implicava la sua sottrazione al principio di legalità. La successiva giuridificazione ha comportato per lunghissimo tempo (fra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX) l'inclusione dell'organizzazione entro la disciplina provvedimentale. A seguito della privatizzazione e contrattualizzazione del lavoro pubblico, la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. è stata interpretata nel senso di non implicare una riserva di atti a regime pubblicistico. L'imparzialità ed il buon andamento possono essere assicurati anche senza il ricorso ad un sistema "analitico", imperniato cioè sulla conformità del singolo atto alla legge.

Le principali fonti primarie dell'organizzazione statale (il d.lgs n. 300/1999 e il d.lgs n. 165/2001) tratteggiano l'apparato strumentale solo in termini di principi generali, senza scendere al di sotto degli uffici di vertice, per quanto anche quelli sotto ordinati (divisioni e sezioni) emanino atti a sicura rilevanza esterna. La restante gran parte della organizzazione (anche degli uffici i cui effetti si riverberano all'esterno) sono retti da fonti secondarie e da atti non normativi.

A dispetto della tradizionale lettura dell'art. 97 Cost. (secondo cui sarebbe riservato alla legge la disciplina degli uffici di maggiore rilevanza, competenti ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente), le fonti del potere di organizzazione sono articolate su più livelli: atti normativi (leggi, regolamenti), atti non normativi (provvedimenti amministrativi) e, finanche, atti negoziali (atti di gestione del datore pubblico). La recessività del concetto classico di competenza, intesa come predeterminazione normativa certa e stabile della regola di distribuzione dei compiti, delle aree di intervento e dei poteri degli organi, si giustifica per il fatto che la sua fissazione con atto normativo è avvertita come ostacolo allo svolgimento delle attività piuttosto che come garanzia di legalità. Degradazione del-

17. Un esempio recente è dato anche dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2016, la quale ha dichiarato fondate le censure mosse all'art. 1, comma 1, della legge reg. Calabria n. 12 del 2005 per violazione dell'art. 97 Cost. La Corte ha ritenuto di applicare la giurisprudenza relativa all'incompatibilità con l'art. 97 Cost. (dettato per i pubblici uffici) di disposizioni di legge che prevedano meccanismi di decadenza automatica dalla carica, pur trattandosi nella specie del presidente del consiglio di amministrazione di una società per azioni *in house*.

18. Cfr. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, 2012, specie pp. 253 ss..

19. Sul tema, tra gli altri: Mattarella, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di Falcon-Marchetti, Padova, 2013; G. Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di Cerulli Irelli, Napoli, 2006, pp. 89 ss. Nella letteratura straniera, quanto al problema dei limiti del conferimento di funzioni pubbliche ai privati: v. J.B. Auby, *Contracting Out and Public Values: A Theoretical and Comparative Approach*, in s. Rose-ackerman & p. L. Ljvdseth (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham UK, 2010, 514.

20. Si trattava dell'art. 40, comma 3, del d.lgs 163/2006, il quale prevedeva l'esclusività dell'oggetto sociale delle Soa, con i conseguenti divieti per uno stesso soggetto di svolgere contemporaneamente attività di organismo di certificazione e di organismo di attestazione e per un organismo di certificazione di detenere partecipazioni azionarie in una Soa.

le fonti (tre ordini decrescenti di fonti pubblicistiche) e marcata delegificazione (distribuzione dei compiti tramite atti privatistici) rispondono all'esigenza di una organizzazione più flessibile e dinamica.

L'art. 2, comma 1, d.lgs n. 165/2001, rimettendo alle disposizioni di legge (peraltro limitatamente alla definizione di principi generali) soltanto le linee fondamentali di organizzazione degli uffici di maggior rilevanza, aveva collocato il discrimine tra ordinamento pubblicistico e privatistico non più in corrispondenza della (peraltro, già difficoltosa) demarcazione tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto ma sul crinale più sottile che distingue l'organizzazione degli uffici esterni (macro) da quella degli uffici interni (micro). La riforma del 2009 (d.lgs n. 150/2009) ha fatto registrare una marcata inversione di tendenza: la legge sottrae nuovamente spazio alla contrattazione collettiva per affidare un ruolo crescente alle fonti unilaterali nella disciplina del rapporto di lavoro. Questa "ricentralizzazione" normativa propende verso un modello di lavoro pubblico sottoposto (nei suoi aspetti più qualificanti) ad una disciplina di settore inderogabile dall'autonomia privata. Il contingentamento degli spazi operativi della disciplina contrattuale del rapporto di lavoro si manifesta in molteplici disposizioni. Il legislatore "rilegifica" una serie di materie per sottrarle alla contrattazione collettiva: si tratta non soltanto degli istituti di confine tra lavoro ed organizzazione (come i principi generali sulla valutazione), ma anche taluni contenuti propri della relazione intersoggettiva (sanzioni disciplinari, premialità, anticipazione dei benefici economici nel caso di ritardi nel rinnovo, progressione in carriera). La ridefinizione dei confini tra materie riservate alla legge, alle fonti unilaterali pubblicistiche e alla contrattazione collettiva, trova fondamento nell'intenzione di scongiurare quelle forme ambigue di cogestione sindacale (si pensi alle progressioni interne) che erano state consentite, specie a livello decentrato, dalla cronica debolezza del datore pubblico.

La regolazione per via legislativa del rapporto di lavoro non coincide, tuttavia, con la ri-pubblicizzazione del regime giuridico. La riserva di disciplina legislativa esprime, piuttosto, la volontà di incidere sulle modalità di esercizio del potere privatistico del datore di lavoro, nella direzione della "unilateralizzazione" degli istituti, tanto sul piano normativo, quanto su quello gestionale, ma muovendosi pur sempre nel sistema di diritto privato. Viene meno il precedente parallelismo tra area "privatizzata" e area "contrattualizzata" del rapporto di lavoro pubblico, in base al

quale, per l'appunto, la contrattazione collettiva doveva svolgersi su tutte le materie privatizzate relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali.

L'erosione dei caratteri della specialità pubblicistica e la propensione dell'ordinamento alla libertà formale al fine di incrementare efficienza e standard qualitativi (esigenza quest'ultima ritenuta oggi prevalente sulla predeterminazione imparziale delle regole organizzative), impone di verificare quali siano le ricadute effettive dell'utilizzo del diritto privato all'interno dell'organizzazione degli uffici e del personale.

Secondo una prima impostazione, sia l'organizzazione "alta" (in regime di diritto pubblico), sia l'organizzazione "bassa" (in regime di diritto privato) sarebbero vincolate nel fine alla soddisfazione del pubblico interesse. Cambierebbe radicalmente, però il modo in cui l'ordinamento monitora e garantisce il conseguimento del fine pubblico. Nel caso del potere organizzativo in regime di diritto pubblico, lo strumento sarebbe la "funzionalizzazione" del potere (espressione che indica una attività che l'ordinamento considera giuridicamente rilevanti in tutti i passaggi e singoli atti). Nel caso del potere organizzativo in regime di diritto privato, invece, l'ordinamento non appresta alcuna "funzionalizzazione", cioè non prevede né la rilevanza giuridica di ogni singolo atto né un controllo analitico. A tutela della "finalizzazione" all'interesse generale sarebbe sufficiente, nel caso del potere organizzativo in regime privatistico, un controllo sintetico e riferito al solo risultato complessivo dell'attività o di singole fasi intermedie dell'attività.

Altra impostazione sostiene, invece, la necessità dell'assoggettamento anche degli atti privatistici di organizzazione e gestione a vincoli funzionali, i quali vengono in considerazione, non solo in termini di responsabilità, ma anche di validità dell'atto. La Corte di cassazione, pur confermando la natura privatistica degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali e la conseguente inapplicabilità delle norme della l. n. 241/1990, ha ritenuto che l'obbligo del datore di lavoro di esercitare i suoi poteri secondo correttezza e buona fede richieda comunque una «procedimentalizzazione» dell'esercizio del potere di conferimento degli incarichi, «obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte»²¹. Anche la Corte Costituzionale, riferendosi alla fase anteriore alla scadenza dell'incarico, ha affermato la necessità che alcune garanzie minime, in ordine all'esercizio del potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, siano rispettate in-

21. (Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814. In senso conforme la giurisprudenza successiva: da ultimo Cass., sez. VI., 12 ottobre 2010, n. 21088, che precisa che non è sufficiente, ai fini della legittimità del provvedimento di conferimento dell'incarico, il mero «accertamento

dependentemente dalla qualificazione, di diritto pubblico o privato, degli atti che sono espressione di tale potere (Corte cost. n. 103 del 2007).

8. Principio di legalità e pluralismo autonomistico: i regolamenti comunali

Lo studio del potere regolamentare dei Comuni rende evidente il legame eccentrico tra la legge e il principio autonomia politico-istituzionale locale.

In epoca pre-costituzionale, l'amministrazione locale è stata fatta oggetto di una disciplina pervasiva da parte della legge. Gli enti locali, anche quando politicamente rappresentativi, si consideravano come enti preposti alla cura di finalità e funzioni statali (autarchici). Il disegno tracciato dagli artt. 5 e 128 della Costituzione è rimasto privo di attuazione per molti anni. Soltanto a partire dagli anni novanta del secolo scorso²², sono stati progressivamente rimossi i vincoli impropri apposti all'autonomia locale, restituendole i dovuti spazi normativi. La riforma del 2001 ha costituzionalizzato tanto la potestà statutaria degli enti locali (art. 114, comma secondo), quanto la loro potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, comma sesto).

I regolamenti organizzativi si pongono oggi in un rapporto di "competenza" con la legge²³.

Anche i regolamenti di polizia urbana, di igiene, edilizi ed urbanistici, di uso dei beni demaniali, di regolazione delle attività economiche in ambito comunale, non si connotano per un rapporto di specificazione della legge, in quanto si spingono a regolare situazioni e rapporti caratterizzati dall'assenza di una previa disciplina legislativa. In quanto "conformativi" dell'iniziativa economica e del diritto di proprietà, dovrebbero a rigore essere armonizzati con le riserve di legge di cui agli artt. 41, comma secondo, e 42, comma secondo, Cost.).

9. Il principio di legalità nell'amministrazione per risultati

La formula "amministrazione per risultati" (o "legalità di risultato") descrive un modello di azione pubblica rilevante nella sua unità teleologica, in con-

trapposizione alla amministrazione "per atti", scissa in una serie di atti puntuali ed episodici.

Il cambio di paradigma può farsi risalire a due sopravvenienze normative.

Il principio di separazione tra amministrazione e politica, codificato dalle riforme sul pubblico impiego degli anni novanta, ha reso necessario ricomporre la scissione fra attività di indirizzo politico e attività di gestione, attraverso la predisposizione di un nuovo sistema di controlli. Nella responsabilità dirigenziale, il "risultato" ispira la valutazione dell'attività complessiva del dirigente pubblico, attraverso l'impiego di criteri diversi da quelli che si utilizzano per valutare la legittimità del singolo atto amministrativo. Nel nuovo regime dei controlli "di" e "sulla" gestione, viene superata la tradizionale identificazione tra amministrazione legale ed amministrazione efficiente. L'attività, tuttavia, assume rilevanza giuridica secondo parametri diversi dalla legittimità: la liceità, l'opportunità, l'efficienza, l'efficacia, l'economicità.

Un altro ambito in cui la "legalità di risultato" sembra fare premio sulla legalità "formale" riguarda la teoria del provvedimento amministrativo, il regime della cui validità si vorrebbe riconfigurare attraverso l'introduzione del "risultato" tra i parametri di qualificazione giuridica. Il principale punto di emersione nel diritto positivo è contenuto nella legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990. L'art. 21-*octies*, comma 2, esclude, a date condizioni, l'annullabilità di provvedimenti privi di "vizi sostanziali", anche se affetti, non da tutti, ma soltanto da alcuni "vizi formali", attinenti al procedimento e alla forma degli atti. Sulla interpretazione della norma si sono manifestate incertezze di vario tipo, principalmente: se le norme di cui si parla debbano essere considerate di natura sostanziale o piuttosto di natura processuale e se l'esclusione della annullabilità del provvedimento implichi la sua qualificazione come legittimo.

Il fondamento di tale disposizione è stato correttamente identificato (Sorace) nei principi di ragionevolezza e proporzionalità che sarebbero violati se non si conservassero provvedimenti che, pur divergenti rispetto al diritto positivo, non avrebbe potuto essere legittimamente diversi. I paventati dubbi di costituzionalità non appaiono fondati: il terzo comma dell'art. 113 Cost., rimettendo alla legge di prevedere in quali casi e con quali effetti gli organi giurisdizionali possano annullare gli atti delle pubbliche amministrazioni, può essere interpretato anche come ri-

delle attitudini e delle capacità professionali» del dirigente prescelto, perché ciò «non realizza alcuna effettiva comparazione fra gli aspiranti».).

22. A partire dalla legge n. 142 del 1990 trasfusa nel Tu n. 267 del 2000.

23. Cfr. la sentenza della Corte Cost. n. 246 del 2006.

conoscimento della non indefettibilità costituzionale della vanificazione di tutti gli atti illegittimi.

10. Il principio di legalità nel campo delle sanzioni amministrative

La dottrina e la giurisprudenza hanno codificato, nell'ambito delle misure amministrative ad effetti limitativi della sfera giuridica, una netta cesura (non solo tipologica ma neanche) sistematica tra sanzione "in senso stretto" e sanzione "in senso lato", assegnando alle due categorie di sanzioni un diversificato apparato di garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali. A sanzione in senso stretto, ovvero la sanzione pecuniaria disciplinata dalla legge n. 689 del 1981, costituisce reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria ed è inflitta nell'esercizio di un potere equivalente a quello del giudice penale. A questa stregua, la commisurazione della misura afflittiva avviene attraverso un potere «ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi», atteso che «l'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla legge all'amministrazione» dovrebbe essere «esclusivamente utilizzato per adeguare la sanzione alla gravità della violazione commessa ed alle condizioni soggettive dell'autore, restando escluso ogni giudizio di valore sugli interessi amministrativi tutelati dalla norma sanzionatoria» (Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240 e Cass., sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246). Sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, tale discrezionalità "giudiziale" (esercitata cioè sulla base di criteri diversi, che prescindono dalla valutazione di qualsiasi interesse pubblico) fronteggia posizioni di diritto soggettivo alla "integrità patrimoniale". Sotto altro profilo, la sanzione in "senso stretto" è irrogata tramite un procedimento assai più rispettoso del contraddittorio di quello generale previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), è garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza (per quanto mutuati dalla legislazione ordinaria e non dalla Costituzione), è suscettibile di integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di "merito" amministrativo). Sull'altro versante, le residue sanzioni ("senso lato") non ricomprese nella *species* appena delineata, alle quali si riconducono tradizionalmente le "sanzioni ripristinatorie" ed interdittive (ove non meramente accessorie alle sanzioni amministrative in senso stretto, altrimenti rientrando nella disciplina di cui all'art. 20, legge n. 689 del 1981), costituiscono una manifestazione tipica di potere amministrativo autoritativo, in relazione al quale il cittadino versa in

una posizione di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. A tali sanzioni "altre" si applicano i principi dell'attività amministrativa tradizionale (dettate dalla legge generale sul procedimento amministrativo), pure quando esse abbiano carattere marcatamente punitivo.

La nozione di sanzione amministrativa (di per sé considerata, a prescindere quindi dall'individuazione dell'ambito di applicazione della legge n. 689 del 1981) è tornata negli ultimi anni al centro delle riflessioni degli interpreti. La riemersione della esigenza definitoria, in particolare, è riconducibile al progressivo consolidamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha imposto un radicale ripensamento delle garanzie connesse al principio di legalità e delle tutele procedurali e giurisdizionali.

Il punto di partenza dell'indirizzo giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo è che la Convenzione consente agli Stati di stabilire essi stessi il discrimine tra sanzione penale e misure afflittive non aventi natura penale. Poiché, però, dalla attribuzione del carattere penale ad una misura sanzionatoria discende l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 6, III paragrafo, e 7 della Convenzione, sull'inquadramento interno all'ordinamento giuridico delle sanzioni come penali o non penali hanno giurisdizione i giudici di Strasburgo. La nozione "sostanziale" enucleata dalla Corte di Strasburgo comporta l'applicazione di garanzie molto significative (il diritto al giusto processo in materia civile e penale, di cui all'art. 6; l'applicazione del principio *nulla poena sine lege*, di cui all'art. 7, e del principio *ne bis in idem*, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Protocollo n. 7) anche per l'emanazione di provvedimenti sfavorevoli che, pur senza essere qualificabili come sanzioni amministrative secondo i canoni tradizionali, incidono negativamente sulla sfera del destinatario. Mentre tali garanzie si considerano limitate, nell'ordinamento interno, al solo ambito di applicazione della legge n. 689 del 1981. Torna così ad essere controversa soprattutto la natura dei provvedimenti sfavorevoli a carattere non pecuniario, tra cui le misure interdittive, ovvero quelle che comportano la perdita dei requisiti necessari per svolgere una certa attività o per mantenere un certo *status*.

A questo punto, occorre passare velocemente in rassegna gli snodi principali della giurisprudenza Cedu sui limiti relativi agli effetti retroattivi delle sanzioni ai sensi dell'art. 7 Cedu, la cui applicabilità presuppone l'utilizzo di autonomi criteri di qualificazione elaborati dalla stessa giurisprudenza europea per la definizione di materia penale, accusa penale, reato e pena. Sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (i cosiddetti criteri Engel):

- la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale;

- la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente;
- la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto.

Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come “penale”²⁴. La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell’ordinamento di appartenenza non riveste valore determinante, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. La qualificazione formale interna, invece, assume valore vincolante, ai fini convenzionali, soltanto in senso «estensivo», per affermare cioè l’applicabilità dell’art. 6 Cedu, anche nelle ipotesi in cui non siano integrati gli altri due requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo.

Il criterio formale deve essere integrato sia alla luce dell’esame della natura dell’infrazione, da compiersi avendo riguardo all’interesse tutelato dall’ordinamento (che deve essere di carattere generale) nonché allo scopo perseguito dal legislatore (il quale deve avere una finalità di deterrenza generale o speciale); sia dalla valutazione della gravità della sanzione (che deve incidere in modo rilevante su diritti fondamentali). Come ribadito da ultimo nella sentenza Grande Stevens (§ 94), «questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi».

L’aspetto particolarmente rilevante, ai nostri fini, è che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini Cedu non sembra comportare alcuna incompatibilità funzionale tra l’infliggere una punizione a fini retributivi e di deterrenza e la cura dell’interesse pubblico. All’interno della sanzione ben possono coesistere

finalità afflittive-dissuasive e (contemporaneamente) di ripristino della lesione subita dall’interesse pubblico. Proprio a fronte degli argomenti difensivi che miravano a sostenere la natura sostanzialmente amministrativa delle sanzioni in quanto dirette alla tutela dell’interesse pubblico e non a imporre una afflizione, la Corte di Strasburgo ha replicato più volte che la specifica preordinazione dei provvedimenti sanzionatori a tutelare un dato interesse pubblico non è affatto incompatibile con un carattere penalistico-punitivo²⁵. A questa stregua, la giurisprudenza della Corte europea ha qualificato in termini penalistici e ritenuto in contrasto con l’art. 7 della Convenzione, attesa la loro indubbia gravità e nonostante il carattere ripristinatorio: la confisca per equivalente²⁶, la confisca per lottizzazione abusiva prevista dalla legislazione urbanistica²⁷; il provvedimento amministrativo di annullamento di punti della patente, in conseguenza di illeciti stradali²⁸; l’ordine di demolizione di un immobile abusivo²⁹; il procedimento di “lustrazione” previsto in Polonia, comportante interdizione dall’accesso a pubblici uffici³⁰; le sanzioni interdittive e pecuniarie irrogate in Francia dalla Commissione bancaria³¹.

La giurisprudenza Cedu, sopra sinteticamente riportata, ha indotto i giudici nazionali a irrigidire il proprio controllo sul rispetto del principio di irretroattività. La sentenza della Corte costituzionale n. 196 del 2010, muovendo dal riconoscimento della natura sanzionatoria della confisca del veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza, ha ritenuto contrastante con l’art. 7 Cedu l’applicabilità retroattiva della misura, facendo proprio il descritto approccio “sostanzialistico” al tema delle sanzioni e della loro retroattività³². La Corte, in

24. Corte eur. dir. uomo, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari. I principi ivi enunciati sono stati confermati da plurime sentenze successive: cfr. sentenza 26 marzo 1982, *Adojf c. Austria*, par. 30; sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, par. 27; sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, par. 54; sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32.

25. Cfr. Corte eur. dir. uomo, sentenza 27 settembre 2011, cit; Corte eur. dir. uomo, sentenza, 4 marzo 2014, cit.; Corte eur. dir. uomo, decisione, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjec v. Polland*; Corte eur. dir. uomo, sentenza 9 ottobre 2003, casi nn. 39665/98 e 40086/98, *Ezeh v. United Kingdom*. Nella causa n. 307-A/1995, *Welch* contro Regno Unito, cit., si legge che: «*Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment*».

26. Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, *Muslija v. Bosnia Herzegovina*.

27. Corte eur. dir. uomo, sentenza 30 agosto 2007, caso n. 75909/01, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Sempre in tema di confisca “urbanistica”, cfr. *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013.

28. Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 Settembre 1998, caso n. 68/1997/852/1059, *Malige v. France*.

29. Corte eur. dir. uomo, 27 novembre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, par. 59-60. In termini opposti il tradizionale orientamento italiano: Cass., sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1264; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4403.

30. Corte eur. dir. uomo, sentenza, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Migyjek c. Polonia*.

31. Corte eur. dir. uomo, sentenza, sentenza 11 giugno 2009, *Dubus SA c. Francia*.

particolare, ha affermato che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della Cedu, si ricava «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Detto principio è peraltro desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost., «il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito [...]») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile in senso stretto a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»³³. L'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 25 Cost. è stata operata, sulla scorta delle medesime argomentazioni, anche dalla sentenza della Corte n. 104 del 2014 (in tema di sanzioni amministrative pecuniarie per violazioni della disciplina sul commercio) e dalla successiva sentenza n. 276 del 2016 (in tema di incandidabilità)³⁴.

11. Legalità e diritto sovranazionale

Il ridimensionamento del principio di legalità, inteso come soggezione dell'amministrazione alla legge dello Stato, è correlato anche al venir meno della «insularità» del diritto amministrativo. Il primato della legge formale dello Stato è contraddetto dal fatto che la legge dello Stato è subordinata al rispetto del diritto europeo e può essere disapplicata, in caso di contrasto, dalle stesse amministrazioni. Le autorità amministrative degli Stati membri dell'Unione europea sono soggette agli indirizzi politici e alla giurisdizione dei competenti organi sovranazionali.

Il diritto sovranazionale opera, tuttavia, anche nella direzione del rafforzamento del principio di legalità, come insegna la vicenda dell'occupazione acquisitiva, la quale (con due sentenze della Corte Edu del 30 maggio 2000) è stata ritenuta in contrasto con

il principio di legalità (per la fonte giurisprudenziale della regola) e con i connessi principi della chiarezza, intelligibilità e prevedibilità della regola di diritto.

12. L'estremo confine della legalità: l'atto politico

Una recente sentenza della Corte costituzionale suggerisce di dedicare alcune righe anche alla discussa categoria dell'atto politico. La giurisprudenza amministrativa è giunta ad approdi tendenzialmente stabili, che hanno ridimensionato la rilevanza della categoria ai soli «rapporti internazionali e agli atti costituzionali», ingrossando (in direzione inversamente proporzionale) la nozione degli atti di alta amministrazione. L'esegesi restrittiva dell'art. 7 cpa – fondata sull'art. 113 Cost., il quale riferisce la garanzia giurisdizionale agli «atti della pubblica amministrazione», e non già agli atti amministrativi «in senso stretto» – è stata ulteriormente rafforzata dal principio di effettività della tutela (art. 1 cpa e art. 6 Cedu).

Quanto ai criteri identificativi dell'atto politico, la giurisprudenza talvolta sembra ispirarsi alla tesi del «movente»: in particolare, quando afferma che deve trattarsi di atto emanato dal governo nell'esercizio di un potere politico riguardante «la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione».

Altre volte pare ispirarsi alla teoria «negativa», ovvero all'idea che gli atti politici non presentano delle peculiarità intrinseche, ma semplicemente sono atti rispetto ai quali non è possibile il sindacato giurisdizionale, in quanti liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge: la nozione di atto politico trova quindi il proprio limite nella predeterminazione normativa della fattispecie³⁵.

La recente sentenza n. 52 del 2016 risolve favore del Governo la questione se la richiesta (nella specie,

32. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss., con commento di A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di 'sanzione'*.

33. La Corte costituzionale aveva già riconosciuto l'illegittimità della retroattività di norme sanzionatorie di natura amministrativa emanate a seguito di depenalizzazione, con sentenza n. 78 del 1967.

34. La sentenza n. 193 del 2016 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi.

35. Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 81 del 2012, in tema di nomina degli assessori da parte del Presidente della Giunta: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

avanzata dalla Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) di avviare le trattative per l'intesa ex art. 8, comma terzo, Cost., costituisca o meno una "pretesa" giustiziabile.

Contraddicendo le sezioni unite della Corte di cassazione (sent. 16305 del 2013), la Corte afferma che «anche [nel]l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore [...] hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità». Tale statuizione, che finisce per subordinare un diritto fondamentale della minoranza all'insindacabile apprezzamento della maggioranza di governo, suscita alcune riserve per la dilatazione del politicamente riservato che ne consegue. La qualificazione giuridica dell'istante in termini di confessione religiosa non appare diversa dalla comune attività interpretativa che il giudice deve impiegare in presenza di una fattispecie normativa che contempra tra i suoi elementi un concetto giuridicamente indeterminato.

La Corte avverte che, in futuro, potrebbe giungersi a diverse conclusioni «se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore». Può, tuttavia, replicarsi che a delimitare la discrezionalità del Governo stavano già le norme che disciplinano il giusto procedimento amministrativo.

La sentenza afferma che «un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse». Sennonché, nel regime di diritto amministrativo, la legalità procedimentale deve essere osservata (forse con maggiore fondamento) anche quando l'istanza avanzata dal cittadino non sia a "risultato garantito".

Conclusioni

Gli spunti raccolti rendono ragione del conclamato indebolimento strutturale della legge quale strumento di coordinamento e indirizzo degli apparati amministrativi funzionalmente diversificati e multiformi. L'evoluzione della tecnica, le politiche di liberalizzazione, le nuove istituzioni di regolazione, la perdita di centralità dello Stato rispetto alle istituzioni europee, hanno mutato in profondità la relazione tra

autorità, società e diritto pubblico. Il principio di legalità appare oramai distante dall'archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge dello Stato. In importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige forme fluide di "indirizzamento" alla realizzazione di valori e principi, e non comandi rigidamente positivizzati.

Esiste un rapporto di intima connessione e, allo stesso tempo, di perenne contraddizione tra il concetto di legalità e quello di discrezionalità amministrativa. Nella prima metà del diciannovesimo secolo, la «discrezionalità» ancora designava gli atti dell'amministrazione del tutto sottratti al sindacato giurisdizionale. L'affermazione del principio di legalità ha supportato l'edificazione dogmatica del potere amministrativo e delle sue garanzie, attraverso la prefissione normativa dei suoi limiti. Nel contesto di tale costruzione, gli ineliminabili spazi di valutazione discrezionale dell'amministrazione hanno trovato giustificazione nella declinazione politico-rappresentativa della sovranità (la quale promana nei pubblici poteri attraverso la rappresentanza politica e la legittimazione democratica dell'autorità). Tale modello entra in crisi nel momento in cui alle autorità amministrative è sempre più spesso conferito il potere di partecipare al processo di articolazione e di progressiva concretizzazione del precetto astratto, mediante attività normativa e di programmazione.

Tradizionalmente si afferma che, (almeno) nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge, il principio di legalità risulta rafforzato in senso "sostanziale" (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge. Sennonché, l'analisi rivela come, anche in tali settori, le nuovi «sedi tecniche» di regolazione esercitano poteri (normativi e autoritativi) fondati su previsioni spesso generiche ovvero implicite³⁶.

Secondo una tesi³⁷, il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. La "lega-

36. Per alcuni esempi recenti, si leggano la delibera Agcom n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, recante l'approvazione del «Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto-legislativo 9 aprile 2003, n. 70»; la delibera AeeG 7 Luglio 2016 369/2016/R/EEL, Riforma dei vigenti meccanismi di mercato per la tutela di prezzo dei clienti domestici e delle piccole imprese nel settore dell'energia elettrica. istituzione della tutela simile al mercato libero. ulteriori obblighi per le imprese di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale.

37. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, pp. 75 ss..

lità” sarebbe soddisfatta anche da fonti subprimarie, in quanto comprensiva di tutto ciò che la concreta attività amministrativa deve rispettare. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell’esigenza democratica di assoggettare l’amministrazione pubblica all’indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l’imparzialità dell’azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili.

Nota bibliografica

Sul principio di legalità amministrativa

Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; Fois, «Legalità (principio di)», in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, pp. 659-703; Levi, «Legittimità (Diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, Milano, XXIV, 1974, pp. 124-140; Carlassare, «Legalità (principio di)», in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1988; Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994; Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, DPb, 1995, pp. 91 ss.; Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’Amministrazione*, FA, 1997, pp. 3303 ss.; Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, DAMM, 1999, pp. 111 ss.; Capotosti, *Legalità ed efficienza nell’amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001; Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Quad. C, Bologna, 2006, pp. 274 ss.; Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; Rescigno, *Sul principio di legalità*, DPb, 1995, pp. 247-310; Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; Corso, *Il principio di legalità nell’ordinamento italiano*, SI, 2010, p. 1011; Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; Mangano, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa*, Napoli, 2000; Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, p. 309; Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, pp. 75 ss.

Sull’attività amministrativa di diritto privato: Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2014; Piazza, *La disciplina dell’attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. Amm.*, 2015, p. 541.

Sulla legalità di «risultato» dell’azione amministrativa: Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 57 ss.; Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la “regola del caso”*, ivi, 2000, pp. 131 ss.; Immordino e Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004.

Sui rapporti tra regolazione e autonomia privata

Merusi, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 45; Simeoli, *Contratto e potere regola-*

torio (rapporti tra), (voce) in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2014.

Sull’autotutela

Mattarella, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione, Milano, 2008, pp. 305-306; Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 634 ss.; Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi*, n. 20 del 2015.

Sugli accordi amministrativi

Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; Greco, *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, *Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 429-446.

Su autonomie locali e principio di legalità

Pastori, *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 267-286; Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 121; Romano, *Regolamenti dei Comuni*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 2015.

Sul rapporto fra l’amministrazione nazionale e l’ordinamento europeo

A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 137 ss.

Su organizzazione e lavoro pubblico

Cerbo, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in *Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 507-540; Cerbo, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007; Poggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Padova, 2004; Sgroi, *Dalla contrattualizzazione dell’impiego all’organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, 2006.

Sull’atto politico

Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, *Dir. amm.*, 3, 2012, pp. 329 ss.; Ruggeri, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell’area delle decisioni politiche non giustiziabili* (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016, in *Federalismi.it*, n. 7/2016).

Sulle sanzioni amministrative

Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II ed., pp. 585 ss.; Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 51 ss.; Cfr. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell’azione amministrativa*, in AA.VV. (a cura di U. Pototschnig), *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di scienza dell’amministrazione (Varenna 1980), Milano, 1982, 33 ss.; Paliero-Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 311; M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; Travi - Enrico Paliero, *Voce Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, pp. 345 ss.; Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista dir. comunitario*, 2013, pp. 79 ss. Allema, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli,

2012; Goisis, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria delle Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 ss.; Goisis, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 Cedu*, in *Foro amm.-Tar*, 2013, pp. 1228 ss.

Sui diritti edificatori

Trapani, *I diritti edificatori*, in *Riv. notariato*, 4, 2012, p. 775; Grazioli, *Figure poliformi di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *Rivista giur. edil.*, 2007, II, p. 150; Bartolini, *I diritti edificatori in funzione premiale*; Sabato, *La perequazione urbanistica*, in www.giustizia-amministrativa.it; Boscolo, *La perequazione da semplificare*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, p. 50, nota 16.

Sull'amministrazione dell'emergenza

Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Mila-

no, 2005, pp. 5 ss.; Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Annuario Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., pp. 31 ss.; Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2007, pp. 345 ss.; Ferrara, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la «storia infinita» delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, pp. 2910 ss.; Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Scritti, Milano, II, 2002, pp. 949 ss.; Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, pp. 33 ss.

Sulle fonti amministrative

Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova, 2004, pp. 262-263; Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *diritto pubblico* 1-2/2010; Deodato, *Linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust. amm.*, 2016; Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 683.

Spunti per una ricostruzione storica

di *Alfredo Guardiano*

In questo contributo, l'Autore ragiona sul diverso ruolo che la *legge* ha assunto nelle diverse epoche storiche e nei diversi modelli sociali.

Ci si sofferma poi, in particolare, sulle *trasformazioni* impresses al ruolo della legge dall'ordinamento fascista – prima – e da quello repubblicano – poi – al ruolo della legge all'interno del sistema delle fonti del diritto.

L'analisi considera anche l'impatto che la Costituzione repubblicana e la giurisprudenza costituzionale hanno avuto sull'attività giurisdizionale e, di riflesso, sul sistema delle fonti del diritto.

Non mancano poi, nella riflessione qui proposta, considerazioni sul rilievo che hanno storicamente assunto le matrici culturali dei protagonisti della giurisdizione nell'azione di adeguamento della legge alla Carta costituzionale e sulla sempre possibile tentazione del potere legislativo di circoscrivere – soprattutto in determinati ambiti – il perimetro di intervento della giurisdizione.

Se la storia delle istituzioni è (anche, ma non solo) storia dei rapporti istituzionali, cioè delle dinamiche, a volte aspramente conflittuali, che segnano la convivenza dei pubblici poteri all'interno degli ordinamenti statuali, la storia dei rapporti tra potere politico e potere giudiziario ne costituisce uno degli aspetti più significativi per la piena comprensione delle forze che, con diversi risultati, interagiscono all'interno del sistema politico.

L'intima connessione tra sistema politico e sistema giudiziario ha condotto la moderna scienza politica a considerare il secondo come uno dei sottosistemi attraverso i quali si articola il primo, quello, più precisamente, costituito da «un complesso di strutture, procedure e ruoli mediante il quale il sistema politico soddisfa uno dei bisogni essenziali per la sua sopravvivenza: l'aggiudicazione delle controversie sull'applicazione concreta delle norme riconosciute dalla società»¹.

Le vicende del sistema giudiziario appartengono, dunque, (non esaurendole, naturalmente) alle vicen-

de del sistema politico, nella misura in cui il mondo del diritto, alla cui affermazione l'organizzazione del sistema giudiziario è istituzionalmente finalizzata, non può essere artificialmente separato da quello della politica.

In uno dei suoi saggi più famosi, lo storico del diritto John M. Kelly, nel citare l'importante corrente culturale che, tra gli anni '70 e gli anni '80, aveva dato vita, negli Stati Uniti d'America, al «movimento critico di studi giuridici» o «scuola realistica», sottolinea come, per i seguaci di questa scuola, non era possibile separare il diritto e le decisioni giudiziarie dalla politica e dalle decisioni politiche, sul presupposto che «il diritto sia la politica sotto un'altra forma e che le sue pretese di un'obiettività che trascende le scelte politiche sono una mistificazione»².

Tali affermazioni, pur caratterizzate da particolari condizioni storiche (nel sistema americano il carattere politico delle sentenze delle giurisdizioni superiori viene esaltato dal valore vincolante dei precedenti

1. V. la voce *Sistema giudiziario*, curata da A. Marradi, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1992, p. 1021.

2. V. John M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, pp. 535 ss., traduzione italiana di *A short History of Western*

giurisprudenziale e, quindi, dalla loro capacità di creare diritto) e da inevitabili giudizi di valore soggettivi, hanno un valore che trascende la storia dei rispettivi contesti storico-giuridici in cui sono state rese.

Esse, infatti, con radicale consapevolezza, squarciano il velo di una pretesa neutralità del diritto, imposta dalla duratura influenza della pandettistica e della cultura giuridica positivista come una realtà oggettiva, quasi naturalistica, nel tentativo, più o meno consapevole, di fornire un adeguato armamentario teorico-pratico all'affermazione ed al mantenimento dei valori tipici del liberalismo ottocentesco, a partire dalla libertà e dalla uguaglianza formali dell'individuo e dal diritto di proprietà inteso innanzitutto come estensione della libertà personale, che andavano protetti contro le tumultuose vicende della storia, recintandoli nel campo sacrale del diritto, dal quale era bandita la politica.

Non è un caso che uno dei critici più acuti del liberalismo ottocentesco, Carl Schmitt, nel condurre il suo affondo contro le apparenti neutralizzazioni e spolitizzazioni del pensiero liberale del secolo precedente, senta il bisogno di definire nei seguenti termini i rapporti tra diritto e politica: «Il diritto, sia privato, sia pubblico, ha in quanto tale – e nel modo più sicuro all'ombra di una grande capacità di decisione politica, come ad esempio in un sistema statale stabile – il suo proprio ambito relativamente autonomo. Esso, però, come ogni sfera della vita e del pensiero umano, può essere utilizzato sia in appoggio, sia in opposizione ad ogni altro tipo di sfera. Dal punto di vista del pensiero politico è ovvio e non è né illegale, né immorale prestare attenzione al significato politico di tali utilizzazioni del diritto o della morale e, soprattutto, rendere sempre più problematico l'impiego di espressioni come la “signoria” o la sovranità “del” diritto: chiedersi, cioè, in primo luogo se “diritto” indica qui le leggi positive e i metodi legislativi esistenti, che devono continuare ad avere valore; ed allora la signoria del diritto non significa altro che la legittimazione di un determinato *status quo*, al cui mantenimento naturalmente hanno interesse tutti coloro il cui potere politico ed utile economico si consolida in questo diritto.

In secondo luogo il richiamo al diritto potrebbe significare che viene contrapposto al diritto dello *status quo* un diritto naturale o razionale; in tal caso è

ovvio per un politico che la “signoria” o la “sovranità” di questo tipo di diritto significa signoria e sovranità degli uomini che possono richiamarsi al diritto superiore e decidere quale sia il suo contenuto e in che modo e da chi esso debba venire applicato»³.

L'analisi schmittiana assume un grande rilievo, si condivide o meno la sua tesi del predominio del «politico» su tutte le altre categorie della realtà, non solo per la sua capacità di smontare il “giocattolo” del tradizionale pensiero giuridico liberale, rivelandone i meccanismi di funzionamento ed i limiti (operazione, che, su presupposti diversi, ma con sorprendente somiglianza di effetti, ha compiuto la critica marxista del diritto borghese), ma anche per avere evidenziato che ogni riflessione sul diritto è, inevitabilmente, una riflessione sulla politica (ed, in ultima analisi, sul potere).

Ma cosa intendiamo, oggi, quando parliamo di “politica” o di “pensiero politico” e, soprattutto, perché insistere sulla dimensione politica del diritto, parlando di potere giudiziario?

Tra le tante nozioni di “politica”, particolarmente efficace, mi sembra quella proposta da Carlo Galli.

Il pensiero politico, sostiene Galli, è un «pensiero concreto, coinvolto attivamente nel mondo, sia come critica dell'esistente, cioè come de-costruzione, sia come costruzione, cioè come progetto di edificare un ordine “migliore”, ovvero rispondente a criteri di legittimità diversi da quelli dell'ordine presente»⁴.

La politica, dunque, come una continua ed (apparentemente) inarrestabile produzione di valori, progetti, azioni, comportamenti concreti, alla quale partecipa una pluralità di protagonisti, in grado di agire su vari livelli, da quello superiore ed ufficiale dello Stato, nelle sue diverse articolazioni, a quello «rasente il suolo» delle miriadi di formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo (famiglia, scuola, partiti politici, organizzazioni religiose, sociali, sindacali, culturali, sportive; circoli amicali, impresa), dando vita, al tempo stesso, a regole di condotta (norme) che possono considerarsi giuridiche, concorrendo a formare il “diritto”, in presenza di due condizioni: 1) essere state poste sulla base di procedure decisionali predeterminate (di solito sulla base di un atto fondativo) dai destinatari delle norme stesse; 2) la capacità (*rectius* la forza) di chi le ha prodotte di assicurarne il rispetto nei confronti di eventuali trasgressori.

Legal Theory, Oxford, 1992. Una interessante ricostruzione critica del movimento dei *critical legal studies* è contenuta in G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, pp. 177 ss., traduzione italiana di *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995.

3. V. C. Schmitt, *Il concetto di politico*, Munchen-Leipzig, 1932, nella traduzione italiana contenuta in *Le categorie del “Politico”*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 2001, p. 153.

4. V. C. Galli, *Manuale di storia del pensiero politico*, Bologna, 2001, p. 13.

Nondimeno il continuo divenire del pensiero politico, trova un fondamentale momento di composizione proprio nella creazione delle regole giuridiche, che *istituzionalizzano*, rendendoli stabili (almeno sino a quando non verranno modificati dall'emergere di nuove esigenze), gli orientamenti politici che risultano dominanti o prevalenti nel contesto sociale.

A questa fondamentale opera di trasformazione del «politico» in «giuridico» o, se si vuole, della «politica» in «diritto», quanto meno a partire dall'affermazione nell'Europa continentale dello Stato borghese ottocentesco, ha provveduto e provvede (con una efficacia, a dire il vero, fortemente ridotta nel presente), la legge, in considerazione della sua capacità di rivolgersi coattivamente alla generalità dei consociati.

Ma ad essa contribuisce in maniera determinante (e con una efficacia inversamente proporzionale, nel tempo, rispetto alla legge), attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, quindi con le sue decisioni, il giudice, anche in quei paesi, non facenti parte dell'area del *common law*, che non conoscono la giurisprudenza come fonte formale di produzione del diritto.

Se ciò è vero, può allora essere utile verificare quali siano stati i modelli teorici elaborati dall'ideologia dominante in un determinato momento storico sul ruolo del giudice quale interprete vincolante della legge, spesso prontamente recepiti attraverso la elaborazione di norme codicistiche che ne disciplinano il potere interpretativo, e, per converso, quale sia stata (nei casi in cui ciò è avvenuto) la «politica invisibile»⁵ perseguita dalla magistratura, intesa come il complesso dei valori in concreto attuati nel diritto prodotto per via applicativo-interpretativa dal giudice.

Orbene, il rapporto tra legge ed interpretazione giurisprudenziale, nella prospettiva storica che si propone, può essere sintetizzato nei seguenti termini, al netto di inevitabili schematizzazioni: 1) si deve in gran parte alla cultura filosofico-giuridica francese ed italiana dell'illuminismo l'elaborazione ideologica della supremazia della legge positiva, che stava alla base della richiesta al Sovrano di porre mano ad una riforma del diritto comune fondata sulla creazione di codici, in un contesto in cui le critiche all'arbitrio dei giudici e le esigenze di certezza del diritto, rappresentavano le due facce di una stessa medaglia; 2) fu con la Rivoluzione francese e con la promulgazione del *Code Napoléon* che nacque il mito della onnipotenza della legge positiva e, contemporaneamente, si diede

una disciplina organica, attraverso una serie di interventi legislativi, al potere interpretativo dei giudici; 3) in Francia, i giudici, nonostante gli inevitabili condizionamenti derivanti da un'adesione "fideistica" della cultura giuridica al *Code Napoléon* ed al predominio assoluto della legge su tutte le altre fonti di produzione del diritto, riuscirono ad elaborare, soprattutto nel settore del diritto privato, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, un'autonoma politica del diritto, che contribuì all'affermazione dello Stato borghese ed, allo stesso tempo, ne evidenziò i limiti; 4) in Italia, dove particolarmente acuta fu la critica all'onnipotenza della legge positiva e la valorizzazione del ruolo della giurisprudenza, con l'avvento della Costituzione repubblicana, è cambiato radicalmente il modo di intendere la funzione giurisdizionale e si è aperta la possibilità di collocare, anche da un punto di vista dommatico, la giurisprudenza nel sistema delle fonti di produzione del diritto.

Con particolare riferimento alla varietà e alla ricchezza di contributi ai quali pervennero insieme dottrina e giurisprudenza in Italia tra la fine del XIX secolo e la prima metà del XX secolo, non sembra arbitrario rinvenire un substrato ideologico comune in una matura consapevolezza: l'insufficienza della legge e, soprattutto, dei codici, a risolvere la complessità del mondo del diritto nel suo rapporto con la dimensione sociale, con l'evoluzione dei costumi, con lo sviluppo di nuove forme di organizzazione dell'economia e del lavoro, con la spinta sempre più pressante per il riconoscimento di nuovi diritti da parte dei ceti emergenti.

In questa fase, dunque, venne avvertita come imperativo la ricomposizione della frattura tra diritto e società, che una lettura del primato della legge positiva, incentrata sul predominio di un'unica classe, aveva creato e progressivamente allargato.

Ciò produsse due effetti di straordinaria importanza: da un lato entrò in crisi, l'idea stessa dell'onnipotenza del codice, che produsse la prassi dell'intervento legislativo di settore o specialistico per far fronte alla necessità di fornire un'adeguata disciplina alle nuove esigenze sociali non previste dalle norme di derivazione codicistica⁶, destinata a trasformarsi in una delle principali cause di quel fenomeno, oggi universalmente noto con il termine di "decodificazione", destinato a caratterizzare l'esperienza giuridica italiana del secondo dopoguerra.

Simmetricamente veniva rimesso in discussione l'intero sistema delle fonti di produzione del diritto

5. Questa espressione rende con notevole efficacia, il contributo che la magistratura fornisce, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale del diritto, all'affermazione concreta dei più diversi valori sociali e culturali e, quindi, di politiche proprie, non meno efficaci di quelle «visibili» perseguite dagli organi formalmente titoli del poter politico e non necessariamente coincidenti con queste ultime.

6. Sull'importanza di questa legislazione speciale per la cultura giuridica italiana del tempo, si rimanda a P. Grossi, *La scienza del diritto privato - Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo-1893/896*, Milano, 1988.

fondato sul predominio assoluto della legge e si riconosceva, prima timidamente, poi con maggior convinzione, l'apporto della giurisprudenza nella creazione del diritto⁷.

Questo percorso, da allora, non ha mai subito interruzioni, pur attraversando fasi storiche completamente diverse: dallo Stato autoritario fascista allo Stato democratico costituzionale del secondo dopoguerra⁸.

Si tratta di una continuità solo apparentemente paradossale.

Lo Stato fascista, infatti, nasceva come risposta alla crisi della democrazia liberale e, quindi, nonostante la sua natura intimamente autoritaria, non poteva accettare passivamente l'idea che il mondo del diritto venisse per sempre racchiuso proprio nello strumento, la legge, attraverso il quale si era manifestata in forma esclusiva la politica del disprezzato parlamentarismo liberale, caratterizzata, comunque, da un pluralismo, sia pure limitato, nella rappresentanza degli interessi sociali, che il fascismo, con la sua pretesa di tutto comporre all'interno della dimensione statale, non poteva tollerare.

Se non si intende bene il significato della natura totalitaria dello Stato fascista, non è possibile comprendere nemmeno come, pur mantenendo inalterato il suo ruolo di vertice nella scala gerarchica delle fonti di produzione del diritto, la legge positiva debba confrontarsi, con altre fonti, come previsto dalle «Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262».

La preminenza della legge viene assicurata, collocandola al vertice, della scala gerarchica delle fonti di produzione del diritto, in grado di prevalere su tutte le altre, perché dotata di maggiore forza⁹.

Tuttavia essa ha perso la sua splendida solitudine, perché altre fonti concorrono, sia pure su piani sottostanti, alla produzione del diritto.

Ciò significa riconoscere che non esiste un solo ordinamento giuridico, quello prodotto dal legislatore, ma una pluralità di ordinamenti giuridici, frutto dell'esperienza storica e politica, tutti destinati a trovare il necessario momento di sintesi nell'ordinamento statale e nell'ideologia che ne costituisce il soffio vitale¹⁰.

7. Rappresentava bene questa fase di cambiamento Francesco Carnelutti, quando, nella «Introduzione» ai suoi studi in tema di infortuni sul lavoro del 1913 scriveva: «sotto la pressione imponente dei bisogni sociali, norme costituite da leggi nuove, norme proclamate per ingegnose vie, da singolari organi pseudo-legislativi, norme formulate con lavoro cauto dalla giurisprudenza ordinaria, con lavoro più audace dalla giurisprudenza probivirale, norme imposte con mezzi di coazione diversi dalla coazione giuridica, da contratti e da arbitrati collettivi, son venute in compagnia forte a colmare la gran lacuna del codice»; cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Introduzione, Roma, 1913, p. XII. Su questi temi, per i doverosi approfondimenti, si rimanda alla fondamentale opera di P. Grossi *Scienza giuridica italiana, un profilo storico, 1860-1950*, già citata. L'autore ricorda, tra l'altro, come, nel secolo XIX, i giudici abbiano contribuito in maniera decisiva, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, ad adeguare il diritto ai mutamenti sociali, svolgendo un ruolo creativo, fortemente criticato da uno dei più noti civilisti italiani dei primi del Novecento, Nicola Coviello, come un «abuso di potere», mentre sarà ancora la giurisprudenza agli inizi del XX secolo, attraverso l'azione di magistrati come Raffaele Majetti, traduttore delle sentenze del *bon juge* Magnaud e delle opere di Joseph Kohler, Oronzo Quarta e Lodovico Mortara, per citare i più noti, a consentire all'ordinamento giuridico (sono parole di Grossi) di mantenere «il suo contatto con la società in tumultuoso progresso».

8. Crisi del tradizionale sistema delle fonti del diritto imperniato sul primato della legge positiva e necessità di ripensarne l'interpretazione partendo dal superamento del mito della sua completezza, costituiscono i tratti salienti della riflessione di una parte non minoritaria della cultura giuridica italiana coeva o contemporanea al Fascismo, sin dal noto saggio del 1921 di G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, 1958, in cui si proponeva una lettura innovativa dell'art. 3 del codice civile del 1865, nel senso che il ricorso ai principi generali del diritto come strumento ermeneutico per colmare le lacune dell'ordinamento positivo, andava inteso come riferito ai principi di diritto naturale e non a quelli ricavabili dal complesso delle disposizioni del diritto positivo vigente, per giungere alla notevole opera del 1928 di M. Ascoli, *L'interpretazione delle leggi-Saggio di filosofia del diritto*, Milano, 1991, il quale ritorna su di un tema già affrontato da Giuseppe Maggiore in uno scritto del 1914, dall'eloquente titolo *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*. Sul significato storico del modo con cui la dottrina italiana intese affrontare la «crisi» della legge nel ventennio intercorso tra le due guerre mondiali, cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico, 1860-1950, op. cit.*, pp. 134-155.

9. Il mantenimento da parte delle legge di una posizione dominante nel sistema delle fonti di produzione del diritto, rappresenta, peraltro, sotto il profilo formale, uno degli aspetti più evidenti di continuità tra lo Stato fascista e lo Stato liberale. Del resto tutti i più importanti interventi sulla organizzazione in senso fascista dello Stato vennero realizzati attraverso lo strumento legislativo, senza che venissero apportate formali modifiche alla costituzione vigente. Sui rapporti tra legislazione fascista e Statuto albertino, v. la voce *Statuto albertino*, a cura di G. Melis, in *Dizionario del fascismo*, vol. 2, Torino, 2003, pp. 696-700.

10. Secondo l'insegnamento di Santi Romano, autore tra il 1917 ed il 1918 del notissimo *L'ordinamento giuridico*, in qualche modo anticipato dalla prolusione pisana all'anno accademico 1909-1910 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Non a caso il Romano, nel 1928, venne prescelto da Mussolini per presiedere il Consiglio di Stato, all'interno di un disegno più ampio di rafforzamento dell'azione statale e dell'esecutivo nel quale al Consiglio di Stato venne attribuito il compito di supremo organo di consulenza giuridica, in funzione di superiorità rispetto a tutti i ministeri, sancita, dal trasferimento, nello stesso anno, delle competenze sul Consiglio stesso dal ministero degli Interni alla presidenza del Consiglio dei ministri.

E qui si ritorna alla matrice ideologica del fascismo, compiutamente rivelata nella dottrina sociale dello stato corporativo, che entra a viva forza nella dimensione sociale, rifiutando la pretesa separazione tra diritto e politica dello stato liberale.

Nessuna contraddizione, dunque, tra autoritarismo e pluralità delle fonti di produzione del diritto: il fascismo non poteva consentire una società “aperta”, in cui trovassero spazio modelli politici ed economici alternativi, in concorrenza tra loro, ma, al tempo stesso, per sopravvivere e perpetuarsi, non poteva negare la sua vocazione sociale, non poteva, in altri termini, non prestare attenzione alle diverse “istituzioni” che producono diritto, solo che, invece di consentirne il libero spiegamento, doveva permearle con i suoi valori (sulla famiglia, il lavoro, la razza, la religione, l’organizzazione amministrativa e via discorrendo), in modo che non vi fosse alcuna cesura tra stato, diritto e società.

Con questi presupposti non vi era nessun motivo per intervenire sulle disposizioni di legge relative al potere interpretativo dei giudici, che rimasero sostanzialmente invariate rispetto alla previsione legislativa del 1865: era sufficiente garantire il controllo della magistratura, il che fu reso possibile attraverso una serie di interventi che stroncarono quasi sul nascere ogni tentazione di “politicizzazione” dell’ordine e ne designarono l’assetto in senso verticistico¹¹.

La caduta del fascismo non muta i termini della crisi dello strumento legislativo e non arresta l’opera di ripensamento critico del sistema delle fonti del diritto, che, anzi, si fa più penetrante.

L’entrata in vigore della Costituzione democratica di tipo rigido¹² determina la perdita della supremazia

della legge nel sistema delle fonti di produzione del diritto, ma soprattutto, impone un’interpretazione “costituzionalmente” orientata, che incide direttamente sull’esercizio della funzione giurisdizionale e “riposiziona”, per così dire, il giudice nel nuovo ordinamento costituzionale.

I profondi cambiamenti sociali, l’evoluzione tecnologica, le incessanti trasformazioni economiche e produttive, la nascita di nuovi soggetti politici internazionali e sovranazionali, la dimensione “globale” delle *issues* politiche, economiche e sociali, rendono, all’improvviso, evidente l’insufficienza dei codici, in particolare del codice civile, a prevedere una disciplina di rapporti economico-sociali, divenuti ormai troppo complessi, perché frutto di mutamenti talmente veloci, da potere essere compresi e tradotti in regole di comportamento uniformi, solo all’esito dello stabilizzarsi di prassi applicative ed interpretative, recepite, in taluni casi, con gli strumenti della legislazione speciale¹³.

Il pluralismo politico e sociale fatto proprio dalla Costituzione italiana in norme che hanno un valore giuridico e non di semplice testimonianza di opzioni politiche, trova corrispondenza in una cultura giuridica che ha compiuto una scelta, sembrerebbe irreversibile, nel riconoscere la realtà del pluralismo degli ordinamenti giuridici, che si traduce nella conseguente inevitabile ammissione della coesistenza di una pluralità di fonti di produzione normativa, con le quali la legge è costretta a confrontarsi, subendo limitazioni inconcepibili non solo per lo stato liberale, ma anche per il regime fascista¹⁴.

Ciò avviene, è opportuno ribadirlo, in un contesto politico affatto diverso, dove l’organizzazione in

11. Per una sintetica visione d’insieme dei principali interventi del fascismo nei confronti del potere giudiziario, v., da ultimo, la voce *Magistratura*, in *Dizionario del fascismo*, op. cit., pp. 74-77. L’organizzazione in senso gerarchico della magistratura, consacrata nella nuova disciplina dell’ordinamento giudiziario contenuta nel Rd 30 gennaio 1941, n. 12, si rifletteva, inevitabilmente anche sul piano della interpretazione della legge positiva, soggetta al vigilante controllo della Corte di cassazione. L’art. 65, nello stabilire, a differenza di quanto previsto nel passato, che vi fosse una sola Corte di cassazione, con sede in Roma, con giurisdizione su tutto il territorio soggetto alla sovranità dello stato, le attribuiva il compito di assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto oggettivo nazionale. Per un approfondito studio sui rapporti tra magistratura e fascismo, con particolare riferimento al ruolo svolto dalla Corte di cassazione nell’elaborare, attraverso le proprie decisioni, un’autonoma politica del diritto, in sostanziale sintonia con i valori dominanti nella società del periodo fascista, v. O. Abbamonte, *La politica invisibile: Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, 2003.

12. La “rigidità” del testo costituzionale non è espressamente sancita in Costituzione, ma si ricava da una serie di disposizioni costituzionali: l’articolo 138, che prevede una procedura aggravata per la revisione della Costituzione e l’approvazione delle leggi costituzionali, e gli articoli da 134 a 137 che hanno introdotto il controllo di costituzionalità sulle leggi ordinarie.

13. Si deve a Natalino Irti la prima approfondita analisi della crisi dell’idea e della funzione stessa del codice nello Stato contemporaneo nel suo notissimo saggio, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979. Su questo tema, si veda, da ultimo anche il contributo di P. Cappellini, *I Codici*, in *Lo Stato Moderno in Europa, Istituzioni e Diritto*, a cura di M. Fioravanti, pp. 102-127, Roma-Bari 2002 e, con uno sguardo rivolto al futuro, P. Grossi, *Il Codice oggi: qualche considerazione dello storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, pp. 116-124.

14. Una sintesi efficace del dibattito interno alla cultura giuridica italiana sul nuovo sistema delle fonti di produzione del diritto, è contenuto nel saggio di Alessandro Pizzorusso, intitolato significativamente *Pluralismo delle fonti interne e formazione di un sistema di fonti*

senso gerarchico delle fonti di produzione del diritto, con *in apicibus* il testo costituzionale, non esclude, ed anzi presuppone, l'uguale dignità di ciascuna fonte e, quindi, dell'istituzione che la esprime, a svolgere la propria funzione, senza alcun limite che non sia quello della minore o maggiore forza innovativa e del rispetto dei limiti costituzionalmente imposti alla legittimità ed alla efficacia di ciascuna di esse.

Ben si comprende, dunque, come, in questa prospettiva, il quesito sull'appartenenza o meno dell'interpretazione giurisprudenziale della legge al sistema delle fonti del diritto, sia un problema da impostare in termini non formali, ma sostanziali, prendendo atto che il momento interpretativo rappresenta una fase non eliminabile del processo di formazione del significato della norma posta dal legislatore e, dunque, di produzione del diritto¹⁵.

Se, come affermato in numerose occasioni dal giudice delle leggi, l'intervento della Corte costituzionale presuppone l'impossibilità per il giudice *a quo* di individuare una norma conforme a Costituzione (il che si verifica solo in due ipotesi: quando la disposizione consente solo una interpretazione incostituzionale o impedisce l'individuazione di una regola costituzionale ovvero quando su di essa si è consolidato un diritto vivente incostituzionale), mentre nelle altre ipotesi, che rappresentano la maggior parte dei casi, la questione di legittimità costituzionale può essere decisa nell'ambito della giurisdizione comune, non sembra infondato ritenere che la giustizia costituzionale in Italia si sia ormai evoluta verso un particolare sistema diffuso, in cui la funzione della Corte costituzionale si indirizza con sempre maggior convinzione

verso il controllo di costituzionalità del diritto vivente, riguardando più la corretta ed uniforme applicazione del diritto costituzionale, che l'annullamento delle leggi, rafforzandosi, per converso, il ruolo di garante dei diritti costituzionalmente garantiti del giudice comune (il giudice, dunque, come vero «custode della Costituzione»)¹⁶.

Non può non rilevarsi, inoltre, come l'intero sistema di giustizia costituzionale delineato dagli interventi «creativi» della Corte costituzionale, sia incentrato sulla nozione di «diritto vivente», che, ove sviluppatosi in senso conforme a Costituzione, impedisce al giudice di investire la Corte della questione di legittimità costituzionale, dovendo egli attenersi alla consolidata interpretazione costituzionalmente adeguata, mentre legittima l'intervento del giudice delle leggi nel senso della pronuncia della illegittimità costituzionale, quando si ponga in contrasto con i precetti costituzionali.

Con tale espressione, notoriamente, in dottrina ed in giurisprudenza, si intende il diritto vigente quale risulta da consolidati orientamenti interpretativi, fatti propri sia dalla giurisprudenza di merito che, in modo particolare, dalla giurisprudenza di legittimità, ed, al suo interno, dalle decisioni delle Sezioni unite, anche se possono mutare i parametri per considerare sufficientemente consolidato un determinato «filone» interpretativo¹⁷.

Se, dunque, come detto in precedenza, il vero oggetto del controllo di costituzionalità, esercitato con diversa efficacia, ma con apporti concorrenti dal giu-

sovranazionali, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 1128-1154. L'autore evidenzia come il panorama delle fonti di produzione del diritto si sia enormemente allargato con l'entrata in vigore della Costituzione e con l'affermarsi di un pluralismo territoriale ed istituzionale, finendo con estendersi ad una serie di fenomeni del tutto nuovi: dalle fonti internazionali, comunitarie e straniere, alle sentenze della Corte Costituzionale dichiarative della incostituzionalità delle leggi; dagli atti dotati di efficacia normativa degli enti territoriali o delle formazioni sociali che hanno natura di enti pubblici o privati, ai quali l'ordinamento dello Stato rinvia, all'interpretazione giurisprudenziale; dagli atti normativi del governo al risultato positivo del *referendum* abrogativo previsto dall'art. 75 della Costituzione.

15. Questo tema ha appassionato e continua ad appassionare la dottrina giuridica italiana ed europea: v. per una riflessione d'insieme, ricca di riferimenti alle esperienze di *civil law* e di *common law*, G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996 e, soprattutto per la completezza delle indicazioni bibliografiche, C. Guarnieri - P. Pederzoli, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002. Di particolare interesse, perché colgono con sensibilità l'*impasse* in cui si rischia di cadere quando ci si pone con atteggiamento formalistico di fronte al rapporto tra attività giurisprudenziale e fonti del diritto, sono le osservazioni svolte da Maryse Deguerge, nella voce *Jurisprudence* del *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 887. L'autrice, infatti, dopo avere smontato le tradizionali critiche alla possibilità di configurare la giurisprudenza come fonte del diritto, fondate sulla mancanza, nei paesi di *civil law*, dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario e sulla possibilità per gli orientamenti giurisprudenziali costanti di essere modificati con una legge, finisce con l'ammettere che si tratta di un problema oggettivamente insolubile, strettamente connesso alla nozione che si privilegia di fonte del diritto: se ad essa si attribuisce un significato monolitico e centralizzato, la giurisprudenza non potrà essere considerata tale, se, invece, se ne accetta un significato frammentato e diversificato (si potrebbe meglio dire pluralistico), la giurisprudenza rientrerà a pieno titolo tra le fonti del diritto.

16. In questo senso, v. la raccolta dei diversi contributi contenuti in E. Malfatti, R. Romboli ed E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Torino, 2000.

17. Un'attenta analisi del tema, corredata da ampi riferimenti storiografici, si rinviene in L. Mengoni, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, pp. 141-163, Milano, 1996. Preme rilevare che oggi il «diritto vivente» viene utilizzato

dice e dalla Corte costituzionale, è il «diritto vivente», non sembra azzardato sostenere che, soprattutto attraverso i consolidati orientamenti della Corte di cassazione, l'attività di interpretazione della legge svolta dai giudici è venuta a configurarsi come una vera e propria attività di creazione del diritto, consentendo di inquadrare la giurisprudenza tra le fonti di produzione¹⁸.

Una simile conclusione, del resto, trova solide basi normative all'interno dell'ordinamento giuridico vigente, se solo si ponga lo sguardo appena oltre le apparenze.

L'aver costituzionalizzato il ruolo della Corte di cassazione quale supremo organo di garanzia dell'osservanza della legge¹⁹ ed avere, allo stesso tempo, mantenuto il principio fissato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, che attribuisce alla Suprema corte il compito di assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale, significa riconoscere, anche sul piano formale, che il diritto oggettivo, una volta fissato dal legislatore, è solo quello che risulta dalla interpreta-

zione consolidata della Corte di cassazione e, quindi, dai suoi precedenti, di fatto, vincolanti²⁰.

Se nel campo del diritto civile la crisi della legge, ed in particolare del codice, intesa come incapacità di comprendere e rappresentare adeguatamente il complesso divenire ed evolversi dei rapporti sociali, ha dominato in Italia ed, in generale, in Europa, il panorama culturale della seconda metà del Novecento, non si può dire lo stesso per il diritto penale.

Da un lato, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, la legislazione speciale è intervenuta ad un ritmo incessante e sempre crescente, creando numerosissime nuove figure di reato²¹, dall'altro, i codici penale e di procedura penale, pur avendo perduto terreno in forza della creazione di sotto-sistemi normativi organizzati per settori di materie, spesso attraverso la redazione di testi unici, hanno tendenzialmente mantenuto il loro valore fondante della disciplina di diritto penale sostanziale e processuale, nonostante i continui interventi di riforma, che, spesso, sono stati influenzati proprio dalla elaborazione della giurispru-

dalla giurisprudenza di legittimità come vero e proprio criterio ermeneutico, soprattutto in quei settori, come il diritto del lavoro, in cui maggiore è l'influenza di valori extragiuridici nella interpretazione della legge positiva, che vengono presi in attenta considerazione, allo scopo di adeguare il contenuto della norma alla dimensione sociale in cui è destinata ad operare. Di valore paradigmatico, in tale senso, risulta una decisione della Sezione lavoro della Cassazione civile del 13 aprile 1999, la n. 3645 (*Russo c. Banco di Sicilia*, in *Foro. It.*, 1999, I, 3558, con nota di M. Fabiani), di cui si ritiene opportuno riportare per intero la massima: «I giudizi di valore compiuti ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme "elastiche" che indichino solo parametri generali presuppongono da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico-sociale. Ne consegue la censurabilità in Cassazione di tali giudizi quando gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e quegli *standard* "valutativi" esistenti nella realtà sociale-riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato- che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente. In tale quadro, deve ritenersi che ricorra il vizio di falsa applicazione della legge, denunciabile in cassazione, nel caso in cui il giudice di merito, nel valutare la gravità del comportamento del lavoratore licenziato, a causa di episodi limitati di uso di sostanze stupefacenti, disattenda il principio che impone la valutazione della concreta incidenza dell'inadempimento sulla funzionalità del rapporto e il diffuso *standard* valutativo (sorretto dal principio costituzionale sul diritto al lavoro e dalla legislazione sulle tossicodipendenze), secondo cui l'opportunità di un reinserimento nel mondo del lavoro del soggetto che abbia saputo rompere con una pregressa esperienza negativa in materia di uso di stupefacenti va adeguatamente considerata e privilegiata rispetto a generiche considerazioni negative sulla personalità di un lavoratore che abbia fatto uso di stupefacenti e sulla pubblicità sfavorevole derivante da episodi del genere per il datore di lavoro».

18. Proprio la natura della Costituzione italiana come "processo", piuttosto che come atto, pone in primo piano il momento dell'attuazione costituzionale (che si realizza, anche, ma non esclusivamente, per mezzo della funzione giurisdizionale), determinando un profondo cambiamento nel sistema, organizzato gerarchicamente, delle fonti di produzione del diritto, attraverso una rivalutazione del processo interpretativo-applicativo, che fa dell'integrazione tra norme, pur collocate su piani diversi, il proprio tratto tipico, come rilevato da Antonio Ruggeri, in *Idee sulla Costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, testo non pubblicato di un seminario svolto al Dottorato di ricerca in Diritto ed economia, presso l'Università Federico II di Napoli, il 9 dicembre 2004.

19. Secondo l'art. 111 della Costituzione, che, sul punto, non è stato modificato dalla riforma costituzionale sul "giusto processo", "contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

20. Si segnala, al riguardo, una interessante sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione civile del 4 luglio 2003, n. 10615, in *Dir. e Giust.* 2003, f. 29, 98, in cui si parla espressamente di un vero e proprio dovere di fedeltà ai propri precedenti da parte della Corte stessa, «sul quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale, assegnatale dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario e dall'art. 111 della Costituzione».

21. Non vi è in pratica nessun settore della vita sociale, economica, amministrativa che non sia stato interessato dall'intervento del legislatore penale, secondo una prospettiva di inarrestabile estensione dell'ambito del penalmente rilevante, come può facilmente rilevarsi attraverso la consultazione delle sempre più diffuse raccolte di leggi penali speciali, che recuperano l'antica funzione meramente compilatoria dei codici (si veda, ad esempio, l'imponente edizione del 2016 del *Codice Repertorio delle Leggi Penali Speciali* della casa editrice *La Tribuna* di Piacenza).

denza, in un rapporto fecondo tra orientamenti giurisprudenziali e recezione legislativa.

Questa migliore capacità di “tenuta” della legge penale è dovuta, in larga parte, ad una maggiore “politicalità” del diritto penale, sostanziale e processuale, in quanto espressione di una delle forme più tipiche della sovranità statale, il diritto di punire, che, inevitabilmente, non può fare a meno dello strumento legislativo per manifestarsi.

Nella legge e nel codice, infatti, trovano un momento di sintesi sia il comando imperativo dello Stato, che le esigenze (fondamentali in un ambito dove sono in gioco i supremi valori dell'individuo: la vita e la libertà personale), di certezza del diritto e di creazione di garanzie in grado di assicurare un processo in cui le ragioni della difesa e quelle dell'accusa abbiano la possibilità di svolgersi su di un piano di sostanziale parità.

L'intima connessione del diritto penale con l'essenza del patto che lega i consociati all'interno della loro principale forma di organizzazione politica, consente anche di comprendere come, una volta fissati, con la rivoluzione illuministica, i principi in grado di garantire la libertà dei singoli dalle illecite intrusioni dello Stato e dall'arbitrio dei giudici penali, tali principi siano sopravvissuti, immutati, sino ai nostri giorni.

Ciò vale in modo particolare per le disposizioni sulla interpretazione della legge penale cui fa riferimento l'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942²², come quelle relative alla efficacia della legge penale contenute negli articoli 1²³ e 2²⁴ del codice penale approvato con Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, che rappresentano capisaldi indiscutibili della cultura giuridica liberale, mantenute dal legislatore nel periodo fascista ed ancora vigenti nell'ordinamento democratico, proprio per il loro valore, in un certo senso, di «diritto naturale penale».

Nonostante gli stretti limiti entro i quali è stato storicamente costretto il potere interpretativo dei giudici in materia penale, l'esperienza italiana del dopoguerra si è trovata a fronteggiare un notevole attivismo della giurisprudenza, di legittimità e di merito, che, in questo settore, ha prodotto un'autonoma politica del diritto, spesso influenzando con le sue scelte la stessa politica legislativa.

Il peso sempre maggiore assunto dalla giurisprudenza penale è strettamente collegato, almeno nella fase iniziale, alla volontà di dare attuazione ai principi della Costituzione del 1948.

I principi costituzionali in materia penale, ripropongono, tendenzialmente, i tradizionali postulati del pensiero liberale²⁵, che, in parte, come si è detto, erano già contenuti nella parte generale del codice del 1930; tuttavia il loro inserimento nel testo di una Costituzione rigida come quella italiana ne ha profondamente modificato l'efficacia normativa, nel senso che, mentre in precedenza essi erano destinati a soccombere nel conflitto con le disposizioni del codice contenute nella parte speciale, quella a contenuto più marcatamente autoritario, in base al principio che la regola speciale prevale su quella generale, con l'entrata in vigore del testo costituzionale il rapporto si è esattamente ribaltato come avvertito dalla Corte costituzionale, che, quasi immediatamente, ha proceduto ad una sistematica opera di demolizione delle parti più illiberali del codice Rocco, adeguando, in generale la legislazione penale non solo ai principi di diritto costituzionale penale, ma al complesso dei diritti di libertà (come, ad esempio, il diritto di libera manifestazione del pensiero, il diritto di riunione e di associazione, il diritto di fede religiosa) e dei diritti sociali (come il diritto di sciopero o il diritto al lavoro) affermati in Costituzione²⁶.

L'intervento innovatore della Corte costituzionale non sarebbe stato possibile, tuttavia (anche in consi-

22. «Le leggi penali ... non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

23. «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

24. Comma 1: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato»; comma 2: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali».

25. Si tratta, in particolare, del principio di stretta legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, co. 2); del divieto di estradizione per i reati politici (art. 26, co. 2); del carattere personale della responsabilità penale (art. 27, co. 1); dell'abolizione della pena di morte, salvo che nei casi previsti dalla leggi militari di guerra (art. 27, co. 4), mentre, del tutto innovativo è il principio sulla funzione della pena, sancito nell'art. 27, co. 3, secondo il quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al principio di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», che eserciterà una profonda influenza sugli interventi legislativi in tema di ordinamento penitenziario, a partire dalla riforma del 1975.

26. L'opera di adeguamento ai nuovi valori costituzionali della Corte, iniziò con la nota sentenza n. 3/1956, in materia di responsabilità per i reati commessi con il mezzo della stampa, che determinò la modifica legislativa realizzata con la L 4 marzo 1958, n. 127 e proseguì con una serie, quasi ininterrotta di sentenze che, in un arco di oltre trent'anni, hanno profondamente mutato il sistema del diritto penale sostanziale nel nostro paese. Si pensi, in particolare, alle sentenze: n. 42/1965, sul concorso di persone nel reato; n. 29/1960, n. 46/1958,

derazione del particolare procedimento di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi, fondato sulla necessaria preventiva valutazione in ordine alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed alla non manifesta infondatezza della stessa, riservata esclusivamente al giudice), se non si fosse affermato un forte movimento rinnovatore promosso dalla cultura giuridica e dalla parte più dinamica della magistratura italiana, concentrata, soprattutto, per ragioni anagrafiche, in quella di merito, attenta a dare immediata attuazione alla Costituzione, attraverso un'interpretazione di adeguamento della legislazione penale ai valori costituzionali, che aveva l'intenzione di supplire all'inerzia ed alle eventuali tendenze autoritarie del legislatore²⁷.

In questo nuovo contesto, si imponeva una nuova figura di giudice ed un nuovo modello di giurisdizione.

Al giudice puro tecnico del diritto, incaricato di trovare la soluzione più corretta all'interno del sistema, si andava sostituendo, con sempre maggiore intensità, il giudice portatore di un'autonoma linea di politica del diritto, identificata nella immediata applicazione delle libertà e dei diritti costituzionali

(o, come, iniziò a dirsi dei "beni" costituzionalmente protetti), che in breve tempo condusse ad una rielaborazione per via giurisprudenziale del diritto penale in materie di estrema importanza sociale, come l'ambiente, il territorio, il mondo del lavoro, le relazioni familiari, gli alimenti, in cui maggiormente veniva avvertita l'esigenza di apprestare nuove e più incisive forme di tutela contro le vecchie e nuove aggressioni ai beni oggetto della tutela costituzionale (come la salute, il lavoro, la famiglia, l'istruzione, la personalità dei singoli, ed il complesso dei rapporti economico-sociali)²⁸.

L'originalità dell'esperienza italiana è consistita proprio nella capacità di valorizzare in chiave costituzionale (di protezione, cioè, dei diritti e delle libertà costituzionali) la legislazione penale ricevuta dal regime fascista, trasformandola da strumento repressivo in uno dei tanti "luoghi" normativi in cui trova attuazione, nella nuova sistematica delle fonti di produzione del diritto e sempre per il mezzo del filtro rappresentato dalla interpretazione giurisprudenziale, la Costituzione democratica, cui si aggiunge oggi la variegata trama delle fonti di produzione europee e del dialogo tra le corti sovranazionali.

n. 84/1969, n. 290/1974, n. 222/1975, n. 165/1983, in tema di diritto di sciopero e di serrata per finalità contrattuali, nel settore dell'industria e del pubblico impiego; n. 65/1970, n. 23/1974 e n. 108/1974 sui delitti di apologia, istigazione all'odio di classe e di istigazione a disobbedire alle leggi; n. 87/1966 in tema di delitti di propaganda e di apologia sovversiva e antinazionale, n. 193/1985, che ha dichiarato illegittimi i delitti di illecita costituzione e di illecita partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale, alla quale va aggiunta la sentenza n. 243/2001, che ha dichiarato illegittimo il delitto di costituzione e partecipazione ad associazioni antinazionali; n. 142/1973, a proposito di associazione sovversiva; n. 147/1969 e n. 49/1971, che hanno dichiarato, rispettivamente, illegittimi i delitti di adulterio e di concubinato ed il delitto di incitamento; n. 27/1975 in materia di aborto; n. 139/1982, n. 249/1983, 1102/88, attraverso le quali la Corte ha eliminato il concetto della pericolosità sociale presunta dall'ambito della legislazione penale; n. 364/1988, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 5, cp, nella parte in cui non escludeva dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile; n. 299/1992 che ha inciso, riducendolo, sul potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena in concreto da applicare, affermando che non risponde al principio di legalità fissato nell'art. 25, co. 2 della Costituzione, ogni norma penale che stabilisca, per un determinato reato, il minimo della pena irrogabile e non anche il massimo o che preveda un eccessivo divario fra il minimo ed il massimo della pena. Per una compiuta sintesi della evoluzione del sistema penale italiano, v. C. F. Grosso, *Storia e ideologia del diritto penale dall'illuminismo ai giorni nostri*, in *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002, pp. 143-205, nonché M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 487-551.

27. Per un approfondimento di questo periodo di particolare vivacità del diritto penale in Italia, v. C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano*, in *Storia d'Italia, Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997.

Scrivendo lucidamente Franco Bricola, forse il più consapevole interprete del nuovo corso culturale, nell'evidenziare i tratti comuni tra l'ideologia portante del *Programma del corso di diritto criminale* di Francesco Carrara e la nuova esigenza di raccordo tra Costituzione e legislazione penale: «L'aggancio del "diritto" come oggetto giuridico del reato deontologicamente inteso è conseguenza logica di una pretesa e richiesta concordanza della legge penale positiva al diritto naturale che proclama il riconoscimento anche da parte del potere costituito dei diritti fondamentali dell'individuo e della comunità e costituisce un freno all'arbitrio del legislatore. È la stessa esigenza che sta oggi al fondo del tentativo di rintracciare nella Carta costituzionale i beni e gli interessi suscettibili di tutela penale La tesi che circoscrive l'oggettività giuridica del reato ai beni costituzionalmente protetti è oggetto di vivaci polemiche nella scienza penalistica contemporanea; resta, comunque, l'esigenza di limitare il potere del legislatore penale, non solo nelle scelte tecniche di formulazione delle fattispecie e nella gerarchia delle funzioni della pena, bensì anche negli oggetti di tutela»: v. *Introduzione a F. Carrara, Programma del corso di diritto criminale*, in F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 297-298. La compiuta esposizione del pensiero di Bricola sulla dimensione costituzionale del diritto penale, è contenuta nel suo *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 17.

28. A partire dagli anni '60, l'ordine giudiziario è attraversato da profondi spinte innovative, che impongono, parallelamente agli sviluppi della dottrina penalistica, un nuovo modo di concepire la giurisdizione. Come ricorda uno dei protagonisti di maggiore spicco di quella stagione culturale, il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli (tra i fondatori della corrente di sinistra dei giudici, Magistratura democratica), al vecchio giuspositivismo dogmatico e formalistico, rifiutato in nome di una maggiore attenzione alla dimensione dell'effettività del diritto ed all'apporto che altri settori della scienza, quali l'antropologia e la sociologia, potevano fornire per la esatta comprensione dei fenomeni

Ciò non sarebbe stato possibile, naturalmente, senza un profondo mutamento dell'assetto costituzionale della magistratura, che ne garantiva l'assoluta indipendenza ed autonomia dagli altri poteri dello Stato²⁹ ed, al tempo stesso, attraverso l'affermazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112, Cost.), le forniva lo strumento più adeguato per attuare, nel campo della tutela penale, il principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale contenuto nell'art. 3 della Costituzione.

Perseguire un'autonomia politica del diritto in materia penale, implica, tuttavia, un pericolo costante: oltrepassare i limiti del principio di legalità, per sostituirsi al legislatore, attraverso una indebita estensione, per via interpretativa, delle norme penali a fattispecie concrete sfuggite alla previsione legislativa.

Un rischio particolarmente forte nei periodi in cui la gravità dell'attacco criminale fa nascere, quasi come una sorta di riflesso condizionato, anche all'interno della magistratura, la tendenza a privilegiare risposte ispirate alla logica dell'emergenza, che può compromettere il delicato equilibrio della separazione dei poteri, generando politiche e prassi, non solo giurisprudenziali, in contrasto con la lettera e lo spi-

rito dei principi costituzionali.

Bisogna, tuttavia, prendere atto che, pur non potendosi oltrepassare per via interpretativa i limiti fissati in Costituzione all'intervento dello Stato in materia penale, tuttavia, nel momento in cui è mutata la teoria e la prassi dell'interpretazione giurisprudenziale della legge positiva, modificandosi lo stesso sistema delle fonti di produzione del diritto, non più separabile dal momento interpretativo, che tende ad oltrepassare il mero significato logico-giuridico della legge, per recuperare la dimensione sociale del diritto, sarebbe espressione di un "candore" eccessivo (e per questo sospetto) ritenere che tutto questo non debba valere anche per il giudice penale, in ossequio ad un rispetto formalistico del principio di legalità.

Spetterà al potere legislativo intervenire per ovviare alle eventuali incertezze interpretative della giurisprudenza con norme chiare e precise, rifuggendo dalla tentazione di sottrarre alla giurisdizione la possibilità di intervenire in relazione a determinati settori o fattispecie concrete, magari in nome di "superiori" interessi economici (come accaduto nel caso dell'Ilva di Taranto³⁰) od etici dello Stato; alla Corte costituzionale dichiarare la eventuale illegittimità di

giuridici e delle scelte giurisprudenziali, si sostituì un *giuspositivismo critico* (il corsivo è dello stesso Ferrajoli), fatto proprio dalla magistratura italiana nella sua parte più progressista, costruito su tre pilastri fondamentali: la consapevolezza della "finzione" del preteso carattere meramente tecnico e neutro della giurisdizione; la consapevolezza del valore precettivo delle disposizioni costituzionali, innanzi alle quali la legislazione penale in contrasto con esse era destinata a soccombere; la necessità di procedere per via interpretativa, in sede cioè di applicazione della legge, all'attuazione della Costituzione, in condizioni di assoluta indipendenza: v. L. Ferrajoli, *Per una storia delle idee di Magistratura Democratica*, in *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, 1994, pp. 55-79. Un'attenta analisi dell'evoluzione della magistratura italiana dal dopoguerra ai primi anni '70, con particolare attenzione alla nascita delle correnti dell'associazionismo giudiziario, si rinviene in Romano Canosa - Pietro Federico, *La magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna, 1974. Sul nuovo orientamento culturale dei giudici italiani, esercitarono una notevole influenza anche le teorie neomarxiste che proponevano un «uso alternativo del diritto», riconoscendo al giurista, ed in primo luogo al giudice, un'ampia libertà interpretativa per «sopperire, rimediare o correggere» i presupposti classisti del diritto di produzione legislativa, considerato, in quest'ottica, tipica espressione del potere politico borghese: v. P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, 2 volumi, Roma-Bari, 1973 ed il contributo di D. Zolo, *Cittadinanza democratica e giurisdizione*, nel già citato *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, pp. 81-82.

29. Uno studio della storia e delle principali tematiche della magistratura italiana, attento alle implicazioni di natura costituzionale, è quello svolto da Vladimiro Zagrebelsky, nel suo *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, op. cit., pp. 713-790. Si veda anche l'ormai classico saggio di A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La Magistratura nel sistema politico e istituzionale*, prima edizione, Torino, 1982. Sulla collocazione della magistratura all'interno del sistema costituzionale, v. F. Bonifacio, G. Giacobbe, *La Magistratura, Art. 104-107*, Tomo II, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1986, nonché V. Denti, G. Neppi Modona, G. Berti, P. Corso, *La Magistratura, Art. 111-113*, Tomo II, *Commentario della Costituzione*, op. cit., Bologna 1987. Con particolare riferimento ai progetti di riforma costituzionale della magistratura oggetto di dibattito nella Commissione bicamerale istituita con la legge costituzionale n. 1 del 1997, v. L. Chieffi, *La Magistratura, origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998. Con la Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, intitolata «Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione» è stato esplicitamente costituzionalizzato un modello di processo (e, quindi, di esercizio della giurisdizione), fondato sulla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti. V., per gli effetti della riforma costituzionale sul processo penale e sul processo civile, rispettivamente, C. Valentini, *Il recepimento dei principi del giusto processo nella nuova formulazione dell'art. 111 Cost. e nelle disposizioni di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 4, 2225 e N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2, 381.

30. Cfr. F. Grassi, *Il caso Ilva: ancora un conflitto tra legislatore e giudici*, in RQDA n. 2/2015, pp. 147 e ss.; M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso Ilva*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/13; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza Ilva*, in www.robertobin.it/ARTICOLI/NotaIlva.pdf.

quelle interpretazioni consolidate in «diritto vivente», che concretizzino un *vulnus* dei principi costituzionali; alla giurisdizione esercitare con la necessaria ponderazione ed equilibrio il proprio potere, evitando pericolosi sconfinamenti, perché, come notava Gadamer, se è vero che «il compito dell'interpretazione è la

concretizzazione della legge al caso particolare, cioè l'applicazione, così verificandosi un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice», occorre sempre rammentare che egli è pur sempre «sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica»³¹.

31. V. H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, nella traduzione italiana a cura di Gianni Vattimo, Milano, 1972, p. 382.

Gli autori

Roberto Giovanni Conti, consigliere della Corte di cassazione

Luigi Ferrajoli, professore emerito, Università di Roma Tre

Alberto Giusti, consigliere della Corte di cassazione

Alfredo Guardiano, consigliere della Corte di cassazione

Antonio Lamorgese, consigliere della Corte di cassazione

Guglielmo Leo, magistrato, componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura

Nicolò Lipari, professore emerito, Università La Sapienza di Roma

Francesco Macario, professore ordinario di diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino

Geminello Preterossi, professore ordinario di Filosofia del diritto e Storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Salerno

Renato Rordorf, presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di *Questione Giustizia*

Enrico Scoditti, consigliere della Corte di cassazione

Dario Simeoli, consigliere di Stato

Anna Terzi, consigliere della Corte di appello di Trento

Pier Luigi Zanchetta, (17 maggio 1953 - 24 novembre 2010), già sostituto procuratore della Repubblica di Torino