

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Le fonti
del diritto,
il ruolo della
giurisprudenza
e il principio
di legalità

Quaderno 26

Volume a cura di Gianluca Grasso e Marisaria Maugeri, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, Luigi Salvato, Procuratore generale della Corte di cassazione, e Fulvio Troncone, sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione

Contributo redazionale: Antonella Licheri, funzionario giudiziario della Scuola superiore della magistratura, e Giuliano Graniti, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Costantino De Robbio, Fabrizio Di Marzio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2023
ISBN 9791280600325

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità

Quaderno 26

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

| | |
|--|-----|
| Fulvio Troncone | |
| Presentazione | 11 |
| Paolo Grossi | |
| Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia | 15 |
| Giuseppe Vettori | |
| Oltre la legalità. Un libro di Paolo Grossi | 33 |
| Luigi Salvato | |
| La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali | 47 |
| Giancarlo Montedoro | |
| La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo” . . | 71 |
| Roberto Bin | |
| Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità . . | 89 |
| Guido Alpa | |
| Aspetti del principio di solidarietà nel diritto contrattuale | 107 |
| Giovanni Verde | |
| L’antinomia tra “soggezione” alla legge e “ricerca” del diritto e le ricadute sullo “status” del giudice | 129 |
| Michele Massa | |
| Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive | 143 |
| Elisabetta Lamarque e Nicola Canzian | |
| Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Esempi e svolgimenti. | 157 |

Massimo Luciani

Il ruolo della giurisprudenza: applicazione delle clausole generali e certezza dei rapporti giuridici 171

Enrico Scoditti

Clausole generali e certezza del diritto 177

Francesco Palazzo

Legalità penale vs. creatività giudiziale 187

Ernesto Lupo

Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale 211

Giovanni Salvi

Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero 231

Antonello Cosentino

Sanzioni amministrative e a carattere punitivo 243

Rosario Sapienza

Modalità di risoluzione delle antinomie nel sistema delle fonti: i vincoli derivanti dai trattati internazionali 255

Rosita D'Angiolella

Eterogeneità dei vincoli internazionali e legislatore tributario: composizione delle antinomie attraverso le convenzioni bilaterali internazionali contro la doppia imposizione 263

Gli autori

Guido Alpa

*Professore emerito di Diritto civile presso l'Università degli studi di Roma
"La Sapienza"*

Roberto Bin

Professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Ferrara

Nicola Canzian

Ricercatore in Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Milano "Bicocca"

Antonello Cosentino

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Rosita D'Angiolella

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Paolo Grossi

Presidente emerito della Corte Costituzionale

Elisabetta Lamarque

*Professore associato di Diritto costituzionale e Giustizia costituzionale presso
l'Università degli studi di Milano "Bicocca"*

Massimo Luciani

*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli
Studi di Roma "La Sapienza"*

Ernesto Lupo

Primo Presidente emerito della Corte Suprema di Cassazione

Michele Massa

*Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università Cattolica
del Sacro Cuore*

Giancarlo Montedoro
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Francesco Palazzo
Professore emerito di Diritto penale presso l'Università degli studi di Firenze

Luigi Salvato
Procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione

Giovanni Salvi
Procuratore generale emerito della Corte Suprema di Cassazione

Rosario Sapienza
Professore ordinario di diritto internazionale presso l'Università di Catania

Enrico Scoditti
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Giovanni Verde
Professore emerito di diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Giuseppe Vettori
Professore emerito di Diritto civile presso l'Università di Firenze

Presentazione

Si è soliti affermare che nessuno ha la possibilità di scegliere il tempo in cui vivere e operare.

Il nostro è per il giurista, di certo, un tempo difficile, ma anche ricco di opportunità e intellettualmente stimolante.

Affrontare la sfida della contemporaneità significa confrontarsi con la molteplicità delle fonti del diritto, con la complessità e l'intrecciarsi dei formanti e con la consapevolezza della grave responsabilità, quasi un'opera improba, che ricade sull'operatore giuridico, in generale, e sul giudice, in particolare.

Abbandonato da tempo il porto sicuro del positivismo codicistico, il giurista e, ancor di più l'operatore pratico, obbligato per mandato istituzionale o per dovere professionale a dare una soluzione immediata e convincente alle problematiche che gli vengono sottoposte, devono essere in grado di orientare la propria rotta seguendo la bussola segnata in primo luogo dal dato costituzionale e di evitare di infrangersi contro gli scogli ammalati da sirene di soluzioni suggestive, semmai anche intellettualmente eleganti, ma non in grado di dare risposte stabili, durature e, in ultima analisi, davvero convincenti.

E questa prospettiva è ancor più vera per la giurisdizione, che, specie nel settore civile e amministrativo, da espressione di sovranità si è tramutata in esercizio di un potere statale a servizio dei cittadini, di modo che il giudice e l'ordine giudiziario, nel suo insieme, nello Stato costituzionale è «organo dello Stato-comunità: di quell'aggregato, cioè, di componenti, istituzionali e personali, che esprimono – nel tempo che cambia e nelle generazioni che si sovrappongono e si succedono – le qualità della convivenza: vale a dire, le modalità del vivere insieme secondo un sistema di principi e di valori assumibili come generalmente condivisi senza essere stati specificamente pattuiti» (Lattanzi, 2018).

È indubitabile che il giudice, in particolare, costituisca il punto tangente tra la giustizia sociale e le prerogative della società. Egli svolge la funzione di cerniera tra le esigenze sociali e quelle statali (secondo Aharon Barak, «[t]hrough his or her interpretation, a judge must give effect to the purpose of the law and ensure that the law in fact bridges the gap between law and society. The judge is a partner in the legislature's creation and implementation of statutes, even if this partnership is a limited one»).

In tal ottica egli è avamposto della legalità costituzionale. Ha il dovere, ancor prima del potere, di far valere la sua unica posizione di intermediarietà tra legge e Costituzione, non già quale mero burocrate esecutore della legge, ma di interprete e garante dello Stato costituzionale di diritto (Zagrebelsky, Marcenò, 2018),

essendo mutata la percezione della Costituzione, che da tavola delle regole è passata a essere, secondo la sintetica ma efficace definizione di Valerio Onida, deposito di valori, cui è riconosciuto un predominio assiologico (sentenza n. 49 del 2015), quale precipitato della sofferenza che costituisce il *background* storico della nostra Carta fondamentale (v. discorso di Calamandrei sulla Costituzione agli studenti di Milano – 26 gennaio 1955).

Partendo da tali solide basi, piuttosto che in via antinomica, il rapporto fra Costituzione e fonti europee va costruito secondo una lettura di complementarietà nell'ottica della massimizzazione della tutela e di una visione propulsiva e modernizzatrice del diritto, pur sempre nel rispetto della primazia (la cd. *primauté*) della fonte europea su tutto il diritto interno contrastante anche se di rango costituzionale (Corte di Giustizia 9 marzo 1976, 106/77 Simmenthal). E di tanto si avverte ancor più il bisogno con il progressivo affermarsi della società di mercato (decisamente altro dall'economia di mercato) che alimenta le disegualianze di partenza, mina la coesione sociale, tradisce l'impianto repubblicano e, nel medio periodo, fessura irrimediabilmente il canone occidentale.

Il tema è dunque quello delle ricadute effettuali della gerarchia che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, connota il nostro ordinamento, al cui vertice vi sono i diritti fondamentali (sentenza n. 170 del 1984) e a seguire, in primo luogo, le norme dell'Unione europea; quindi, le disposizioni della Costituzione che non assurgono al rango di diritti fondamentali; ancora, le norme della CEDU (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e, infine, gli atti aventi forza di legge (leggi, decreti-legge, decreti legislativi). Ma ancora oltre: gli atti espressione dei poteri impliciti delle *Authorities*; le linee guida e la *soft law*, in generale; le circolari amministrative; i principi Unidroit e così via.

A fronte della molteplicità delle fonti, del quale costituisce corollario l'obiettivo scadimento qualitativo del prodotto normativo, vi è la frammentazione della funzione nomofilattica con conseguente incertezza dell'agire giurisprudenziale e l'apertura di ampi margini anche per la creatività giudiziaria, persino nel settore penale.

Nondimeno, va qui ribadito che la lettura più corretta dell'art. 101 della Costituzione sia quella per cui il giudice è chiamato ad applicare il diritto (ossia anche norme senza fattispecie, se non pure i principi o i valori) e non solo la legge, utilizzando le più generiche e rassicuranti tecniche della interpretazione giuridica (da ultimo, A. Barbera, Enc. Dir., Aggiornamento).

Senza che ciò necessariamente comporti una sovrapposizione fra giudice e legislatore, essendo stato ben evidenziato (basti far riferimento agli studi di Cappelletti) che il giudice, a differenza del legislatore, non controlla l'agenda, è sottoposto a regole procedurali, ha l'obbligo di intervenire, stante il divieto di *non liquet*.

A ciò occorre aggiungere che anche il metodo decisorio è diverso (Bignami, 2019): quello della giurisdizione è un metodo dialogante, che esige il contraddittorio e che giunge a una decisione ragionata, sempre indeterminata a priori: ossia dove il filo logico si dipana dalle premesse verso un fine incognito.

Questo quadro così composito richiede e, anzi, impone un forte investimento di fiducia nel giudice e nella giurisdizione, in generale: ne è testimonianza il costante orientamento della Corte costituzionale avverso agli automatismi legislativi, alle presunzioni assolute, che precludono la delibazione da parte del giudice della particolarità del caso concreto. Fiducia che, però, esige per altro verso l'esercizio del prudente apprezzamento, che, come ha ricordato Papa Francesco (discorso del 17 giugno 2014), «è una virtù di governo, una virtù per portare avanti le cose, la virtù che inclina a ponderare con serenità le ragioni di diritto e di fatto che debbono stare alla base del giudizio. Si avrà più prudenza se si possederà un elevato equilibrio interiore, capace di dominare le spinte provenienti dal proprio carattere, dalle proprie vedute personali, dai propri convincimenti ideologici».

Il che, in primo luogo, passa attraverso una cultura della giurisdizione informata alla “filosofia del dialogo” (e qui il pensiero corre all’elaborazione di Guido Calogero), che costituisce la principale via per assicurare piena vitalità e forza espressiva al profilo culturale del magistrato, quale principale difesa contro ogni forma di improprio condizionamento o soggezione del medesimo.

E il primo e ineludibile momento di dialogo si inverte nella sede formativa, atteso che la Scuola superiore, proprio per la sua peculiare collocazione nel sistema istituzionale, è in grado di percepire l’evoluzione dei fenomeni e di fungere da ponte fra accademia, avvocatura, giurisdizione di merito e quella di legittimità nell’ottica di una piena esplicazione della nomofilachia circolare, rispettosa della diffusività del potere giudiziario.

Proprio nella divisata ottica, il presente volume, che si riconnette idealmente a quello dedicato a “I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee” (quaderno n. 11), affronta, in prima battuta, le problematiche conseguenti all’attuale declinazione delle fonti del diritto, del principio di legalità e del ruolo della giurisprudenza, in particolare della funzione nomofilattica, e con i contributi di Giuseppe Vettori, dedicato al pensiero di Paolo Grossi, Paolo Grossi, Luigi Salvato, Giancarlo Montedoro, Guido Alpa e Roberto Bin, non senza esaminare le ricadute sullo “status” del giudice, con lo scritto di Giovanni Verde.

Un particolare momento di approfondimento riguarda la giurisprudenza costituzionale con specifica attenzione al giudizio di bilanciamento e se, segnatamente, esso dia luogo a una giurisprudenza costituzionale orientata al caso: problematiche affrontate da Michele Massa e di Elisabetta Lamarque con Nicola Canzian.

Di seguito, il volume esamina le tematiche più spinose che si pongono nel diritto civile, con riguardo al cd. riempimento delle clausole generali e al conseguente pericolo di esondazione del potere giudiziario, con gli interventi di Massimo Luciani e di Enrico Scoditti, e, nel diritto penale, riguardo al rapporto tra legalità e creazionismo giudiziario, con le relazioni di Francesco Palazzo e di Ernesto Lupo, anche con particolare attenzione alla posizione del pubblico ministero, con lo scritto di Giovanni Salvi.

Si passa, quindi, a esaminare specifiche problematiche, quali quella delle sanzioni amministrative, con la riflessione di Antonello Cosentino e quella concernente la modalità di risoluzione delle antinomie nel sistema delle fonti per i vincoli derivanti dai trattati internazionali, con la nota di Rosario Sapienza e, quindi, nello specifico settore tributario, grazie all'analisi di Rosita D'Angiolella.

Si ringraziano, dunque, tutti gli interventori, che, con le loro approfondite relazioni, hanno inteso contribuire al dialogo su tali questioni così attuali e dense di nervature problematiche. Sia consentito un pensiero di particolare deferenza per il Presidente Paolo Grossi, che da poco ci ha lasciati.

Fulvio Troncone

Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia¹

SOMMARIO: 1. In limine. – 2. Sul sistema moderno delle fonti del diritto nell'Europa di civil law. – 3. Sulla sua progressiva erosione durante il tempo giuridico posmoderno. – 4. Caratteri del tempo giuridico posmoderno: funzione ordinamentale del diritto e riscoperta della sua complessità. – 5. La riscoperta della complessità del diritto e la riscoperta della pluralità delle sue fonti.

1. In limine

Credo di dover cominciare con un plauso alla Presidenza della “Scuola Superiore della Magistratura” per la scelta del tema delle fonti in un paese di *civil law* come l'Italia, *tema/problema* su cui è necessario (più che opportuno) riflettere oggi. Io l'ho sostenuto già parecchi anni fa in una lezione bolognese del 2005, quando – esplicitamente – proposi di *ripensare* le fonti alla luce del messaggio scientifico di un lungimirante giuspubblicista nostro, Santi Romano²; ho ribadito l'esigenza di un ripensamento in una lezione napoletana del 2007³ affrontando direttamente il ruolo del “diritto giurisprudenziale” nell'attuale assetto giuridico della Repubblica⁴.

¹ Lezione introduttiva al corso di formazione organizzato dalla “Scuola Superiore della Magistratura” su “Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità”, tenuta il 20 settembre 2021. Il testo è stato successivamente pubblicato su Riv. Internazionale di filosofia del diritto, Giuffrè, Milano, Serie V, n. 2, aprile/giugno 2021, p. 155 ss.

² *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, I, Giuffrè, Milano 2008, p. 669 ss.

³ *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Lezione tenuta il 20 dicembre 2007 nella Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, ora in *Laurea magistrale* honoris causa in *Giurisprudenza a Paolo Grossi*, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli 2008.

⁴ *Il diritto giurisprudenziale in Italia oggi*, in *Dottorato di ricerca ad honorem in Giurisprudenza a Paolo Grossi*, University Press, Padova 2021. In altra forma, il martello batte sullo stesso chiodo, in un saggio di poco precedente: *A proposito de “il diritto giurisprudenziale”*, ora in P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma Bari 2020, p. 99 ss.

Non sembri, inoltre, un fuor d'opera se avvìo questa lezione presentandovi a Voi, giovani magistrati. Ciò non si limita, infatti, né a un gesto di cortesia, né all'osservanza di un cerimoniale; è, piuttosto, l'indicazione di una identità culturale, che serve a introdurvi alla nervatura essenziale della mia riflessione.

Chi Vi parla non proviene dalle fila dell'ordine giudiziario, bensì dal numeroso (ohimè, quanto numeroso!) stuolo dei docenti universitari italiani, avendo compiuto tutta la sua vicenda professionale nelle Facoltà giuridiche degli Atenei di Macerata e di Firenze (la nomina a giudice costituzionale da parte del Presidente della Repubblica è, infatti, un evento maturatosi nel 2009). In quelle Università ho insegnato diverse discipline giuridiche, ma soprattutto la "Storia del diritto medievale e moderno"; ed è a questo proposito che si potrebbe qualificare la mia una professionalità affatto inidonea ad approfondire l'oggetto del nostro "corso", che, nella voluta congiunzione – assai netta fin nel titolo – del ruolo della giurisprudenza e del principio di legalità nel contesto delle fonti del diritto, mette a fuoco accesi problemi di un presente sempre più lontano dalla statica quiete di ieri e sempre più proiettato a rivedere sedimentate certezze, oggi ormai discusse incrinata rimosse nella corsa verso il futuro.

L'obbiezione, a prima vista, non appare fallace giacché non avrebbe molto da dire lo storico del diritto sapiente conoscitore del passato prossimo e remoto; poco, certamente, se egli, immergendosi nel passato, si dedica a contare i granelli di polvere che il fluire del tempo vi ha depositato. Certo! Lo storico può appartarsi completamente nel passato, restando immerso e, forse, anche soffocato da una pesante coltre erudita. Sarebbe, in tal modo, un personaggio dottissimo ma non corrisponderebbe alla pregnanza culturale di un sapere autenticamente storico, che non può non essere intensamente dialettico, colloquio tra il cercatore attuale, soggetto ben vivo nella sua attualità, e un oggetto temporalmente distante. Quel personaggio si rifiuterebbe, in altre parole, di instaurare un colloquio tra presente e passato che arriva alla percezione piena delle loro rispettive identità (di più: delle loro peculiari storicità, mettèndo nel più netto e prezioso risalto le differenziate tipicità). Insomma, non si tratta di imbalsamare dei cadaveri, ma di restituire vitalità a realtà sepolte nel chiuso scrigno del passato. Venendo alla mia posizione culturale, non ho esitazioni nel constatare che, forte di questa elementare consapevolezza epistemologica, quale giurista del presente ho sempre cercato di realizzare il dialogo cui ora si accennava tra l'oggi e l'ieri senza subire incantamenti da una parte o dall'altra, con la piena disponibilità a valorizzare le ricche messi che da ambe provenivano, che si confrontavano, si integravano, si contrapponevano, si trasformavano nel perenne divenire, con una attenzione vigile al senso della

lunga linea dove confronti, contrasti, integrazioni, trasformazioni si andavano via via realizzando⁵.

Debbo ammettere che, in un tempo come questo nostro posmoderno, l'occhio dello storico attento non ai singoli punti, alle isolate vigenze, ma piuttosto al senso e alla portata complessiva della linea, può costituire un osservatorio dalla straordinaria efficacia. Rispettoso verso movimenti e mutamenti, egli, infatti, riesce a ricomporli nel ribollente crogiuolo della storicità del diritto. Nel nostro tempo di transizione – nel quale mancano o si rarefanno le certezze cui appigliarsi, nel quale è forte il disagio verso le troppe dogmatizzazioni e immobilizzazioni provenienti da un passato dispotico e intollerante, ma nel quale è anche forte l'esigenza di revisioni e adeguamenti – può essere davvero giovevole la visione complessiva di un movimentato itinerario giuridico tuttora in corso; che può sicuramente sgozzare, ma che è prezioso ripercorrere seguendo il filo interiore del progressivo recupero di quella carnalità del diritto troppe volte cancellata e tradita sull'altare seducente ma falsante del purismo, del diritto quale scienza pura. Per un siffatto recupero soprattutto lo storico del diritto – avvezzo a fare i conti col divenire della linea – può essere fruttuoso orientatore. In tal modo, come ho spesso sostenuto, egli viene a rivestire la funzione inestimabile di coscienza critica del cultore del diritto positivo, salvandolo da culturalmente rischiosissime immobilizzazioni dogmatizzazioni assolutizzazioni del presente/vigente⁶.

⁵ Ho dato conto del mio itinerario di ricerca e delle mie letture orientatrici in alcune "Lezioni di Palazzo Strozzi", tenute nel dicembre del 2006 presso lo "Istituto italiano di scienze umane", fondato e diretto da Aldo Schiavone, allora vivacemente operoso a Firenze: P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino, Bologna 2008, soprattutto p. 31 ss.

⁶ In diverse occasioni. Ne cito due dove esplicito è il richiamo alla salvante funzione critica per il cultore del diritto positivo: la lontana Relazione genovese *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in G. REBUFFA, G. VISINTINI (a cura di), *L'insegnamento del diritto oggi*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova (46 maggio 1995), Giuffrè, Milano 1996, ora anche in P. GROSSI, *Società, diritto, Stato – Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 9 ss.; la ugualmente lontana lezione dottorale di Sevilla del 1998, dalla quale mi piace trascrivere qui alcune frasi puntualissime e ancora oggi del tutto condivisibili: «ancor oggi, di fronte a evocazioni come "legge, legislatore, Codice, legalità, gerarchia delle fonti di diritto, certezza del diritto, eguaglianza giuridica, divisione dei poteri", e così via – cioè di fronte agli idoli santi del sacrario dell'Ottantanove – ci comportiamo acriticamente come un giacobino infiammato da una concione di Robespierre... È qui che si inserisce vivace la ulteriore funzione di presenza critica dello storico del diritto. Il suo compito, legato al suo statuto epistemologico, è relativizzare; immergere il dato nel grembo storico e, conseguentemente, relativizzarlo. È di una siffatta relativizzazione che ancor oggi v'è bisogno» (P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, ora in ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, cit., p. 19).

2. Sul sistema moderno delle fonti del diritto nell'Europa di *civil law*

Ho qualificato, all'inizio, volutamente, come un *tema/problema*, quello odierno delle fonti del diritto in Italia.

Il tema, infatti, si colora di una intensa problematicità, sol che ci si dia pena di scorrere con attenzione i duecento anni dietro le nostre spalle e si proietti il sistema moderno delle fonti del diritto fuori della sua nicchia originaria di fine Settecento, osservando con attenzione (come si suggeriva più sopra) una lunga *linea* storica⁷ contraddistinta da un forte dinamismo segnato da altrettanto forti tensioni innovative; linea che non può non incidere su quel sistema, dato che le fonti del diritto sono vocate a vivere la propria intrinseca storicità quali espressione primaria di un determinato contesto storico (anche se, troppo spesso e fino ad oggi, ci si è ostinati di volerle fissare nel limbo di una irrealistica durata assolutamente a-storica).

A far data dal momento fondativo della modernità – giuridica quando nel sessennio di svolgimento della rivoluzione francese si definì il volto di un paesaggio giuridico profondamente nuovo – ha preso l'avvio un lungo tempo, in cui quel volto, pur proteso con spavalda sicurezza verso un futuro senza fine, si è andato sempre più stravolgendo, via via che il divenire, tenendo dietro alla forza di ingombranti novità, assumeva la consistenza di una corrosiva e incisiva transizione. A un tempo giuridico *moderno* è andato subentrando (massicciamente, almeno col secolo ventesimo) un tempo che si può chiamare *posmoderno*, intendendo sottolineare con questa generica aggettivazione un periodo che, percorso com'è da una vivacissima dinamica, si distanzia sempre più dai valori che illuminismo e rivoluzione avevano nella seconda metà del Settecento ritenuto di scrivere sulla pietra alla stregua di indiscutibili tavole sinaitiche⁸.

E un tempo non ancora compiuto, che stiamo – anzi – tuttora pienamente vivendo, che, recando in sé il carattere di una progressiva transizione, apre ad indubbii provvidi arricchimenti, ma provoca – nei suoi movimenti e mutamenti – il crollo o le incrinature delle certezze su cui il diritto moderno si era (spesso artificiosamente) costruito. È ovvio che il tema delle fonti del diritto – tema basilare per ogni ordine giuridico – ne sia rimasto conseguentemente scosso (se non, addirittura, sconvolto), anche se ad esso era stata riservata dai demiurghi della modernità una attenzione specifica e puntigliosa con soluzioni tanto inoppugna-

⁷ Cfr. *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, cit.

⁸ Su questo schema interpretativo, applicato specificamente al Novecento, secolo che lo vive e lo manifesta intensamente, cfr. P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno* (2010), ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma Bari 2012, p. 3 ss.

bili da essere sottoposte a una semplice credenza e, quindi, a ferrea obbedienza. Siamo di fronte a quelle che, in un fortunato libriccino di venti anni fa, ritenni di chiamare le *Mitologie giuridiche della modernità*⁹.

Un richiamo è necessario per storicizzare i rinserramenti settecenteschi ed evitare valutazioni tendenziose venate di manicheismo. A metà del secolo XVIII, quando, in Italia, Muratori scrive la sua requisitoria sui “difetti della giurisprudenza”¹⁰ e Beccaria, nel suo aureo libretto penalistico, riduce l’interpretazione di giudici e maestri del diritto a un procedimento sillogistico di logica rigidamente deduttiva¹¹, si viveva il tramonto del pluralismo giuridico del vecchio *ius commune*, ormai trasformatosi in una realtà disordinata, assolutamente caotica¹²; ed ebbero buon gioco gli *homines novi* della riflessione giuridica illuministica e postilluministica a pretendere un rinnovamento fondamentale, a cominciare proprio da una specifica innovativa visione del diritto e da una sistemazione conclusivissima delle fonti. Nella completa perdita di prestigio delle tradizionali fonti plurali (consuetudine, dottrina, giudici, notai), cui si ascrisse la responsabilità di quel disordine, fu facile la idealizzazione (e conseguente gigantizzazione) della figura del *Principe* e del suo ruolo. Costui – allora il Sovrano assoluto, poi il titolare del potere politico concretizzato in una assemblea di rappresentanti – è l’entità cui si credette di poter affidare la totale produzione del diritto, giacché, al contrario dei vecchi motori medievali e posmedievali della *iurisprudencia* teorica e pratica immersi nel particolarismo dei fatti e da questi “contaminati”, è disegnato e collocato al di sopra della mischia sociale ed appare, pertanto, l’unica autorità in grado di percepire e attuare la volontà generale instaurando regole generali chiare e certe.

In questa ottimistica (anche se apodittica) visione, il diritto non può che ridursi alla sola manifestazione del potere supremo, la legge, la quale, troneg-

⁹ Giuffrè, Milano 2007 (3° ed. accresciuta).

¹⁰ È del 1742 l’accesso libello di Ludovico Antonio Muratori *Dei difetti della giurisprudenza*.

¹¹ Il riferimento è al capitolo IV del *Dei delitti e delle pene* (1764) dedicato alla “*Interpretazione delle leggi*”.

¹² Lo *ius commune*, originato e maturato nel colmo dell’esperienza giuridica medievale con una caratterizzazione eminentemente scientifica, fu soprattutto opera dei grandi maestri di diritto docenti nelle Università dell’Europa occidentale, presentandosi come una sorta di tessuto giuridico universale, rampollato sulle basi del diritto romano e di quello canonico, capace con la sua duttilità di poter corrispondere alle esigenze ultime del nuovo (e in continua rinnovazione) assetto socio-economico ormai prosperante dal Mediterraneo fino al Baltico. Uno *Juristenrecht*, che ha stancamente prolungato la sua presenza fino al secolo XVIII, diventando però un disordinato ammasso di opinioni dottrinali, sentenze di giudici, formularii notarili, nonché di consuetudini le più diverse e più particolari sedimentate nel corso dei secoli le une sulle altre.

giando da una posizione gerarchicamente superiore, potrà condizionare tutte le altre fonti ad essa subordinate¹³. Insomma, tutto il diritto, anche il diritto privato (anzi, in una civiltà borghese come quella uscita vittoriosa dalla grande rivoluzione del 1789, soprattutto il diritto privato perché disciplinante elementi basilari dell'ordine socio-economico quali proprietà individuale, contratti e successioni *mortis causa*) si trova in un nesso di necessaria vincolazione al potere politico, seppellendo definitivamente (o, almeno, lo si pretende) l'idea di un diritto civile estrastatuale, carattere e vanto del pluralistico regime prerivoluzionario¹⁴.

L'operazione nacque, dunque, come abbiamo or ora rilevato, nel Settecento, in Europa continentale, in grazia, sia delle comprensibili reazioni al caos giuridico, sia delle edulcoranti convinzioni sul dispotismo illuminato, ma si deve anche convenire che ciò si inseriva alla perfezione in una strategia del ceto borghese, acuto percettore del ruolo straordinariamente coesivo del cemento giuridico per la costruzione di uno Stato compatto unitario centralistico. Il diritto – principalmente il diritto privato – perdeva la sua impronta di realtà autonoma rispetto al potere supremo, lasciandosi catturare dalle sue strategie, abbassandosi ormai a prezioso strumento nelle sue mani e intridendosi largamente delle miserie di cui troppo spesso quello è contrassegnato.

Proprio per il suo spessore altamente strategico la scelta monistica sulle fonti del diritto non fu, come si è accennato prima, soltanto drastica, ma confezionata in modo da preservarla da qualsiasi modifica o logoramento nel divenire continuo dell'esperienza; risultato abilmente ottenuto grazie al mantello di un impeccabile apparato mitologico. Si sarebbe continuato, infatti, a ripetere monotonamente il credo della valenza *democratica*¹⁵ della legge quale unica manifestazione capace di esprimere fedelmente la volontà generale dei cittadini, prescindendo totalmente dalla circostanza di un pesante effettivo discrimine censitario riducente i partecipi alle pubbliche elezioni in una esigua minoranza di pingui benestanti. Si sarebbe continuato a ripetere monotonamente il ritornello estenuante delle *déclarations* del sessennio rivoluzionario, e cioè che la legge «*ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre*

¹³ La gerarchia delle fonti, tanto rigidamente intesa da ridurre le fonti a quella sola collocata nel gradino più alto della scala gerarchica, è la chiave di volta della novissima sistemazione.

¹⁴ Lettura sempre profittevole è un vecchio (ma non invecchiato) saggio di FILIPPO VASSALLI, saggio rimarchevole per la acutezza e lungimiranza con cui si osserva congiuntamente, a metà del Novecento, passato e futuro: *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in ID., *Studi giuridici*, Giuffrè, Milano 1960, voi. Ili, tomo II, pp. 753-765.

¹⁵ «*La loi est l'expression de la volonté générale*»: è la sonora verità che la Rivoluzione afferma sin dalla grande *Déclaration* di apertura del 26 agosto 1789 (all'art. 6).

*que ce qui est nuisible*¹⁶, ovviamente senza alcuna motivazione atta a sorreggere “verità” ritenute indiscutibili. Si sarebbe continuato a riaffermare la valenza squisitamente garantistica di una rigidissima applicazione del principio di divisione dei poteri, quasi che il potere politico fosse immune dagli arbitrii di cui si era macchiata in un passato prossimo e remoto la *iurisprudencia* teorica e pratica.

È precisamente a causa di un siffatto macigno mitologico che sul tema delle fonti del diritto si è impedito e, comunque, vanificato ogni tentativo teso a rivedere e a variare conclusioni definite in un momento storico lontano di ben due secoli. Quel macigno non era fatto per misurarsi alla stregua dei vari e diversi tempi; era, invece, offerto, come si diceva più sopra, alla credenza del cittadino e destinato a durare indefinitamente, neppure sfiorabile dal flusso della storia. Insomma, il sistema delle fonti – sistema che la concatenazione gerarchica aveva reso sostanzialmente monistico – veniva racchiuso entro una sorta di fortilizio mitologico inattaccabile dalle mutazioni proprie della vita sociale e politica; forse, più che in un fortilizio, addirittura in un sacrario da venerare nella sua intangibilità.

Il tema della storicità del diritto suonava (e suona, purtroppo, anche oggi) ereticale investendo questo sacrario, e si presentava (e si presenta) agli occhi della ufficialità trionfante come un vero tentativo di sovversione per un ordine giuridico (e, quindi, per un sistema di fonti) concepito quale formidabile salvataggio da tener fermo ad ogni costo.

3. Sulla sua progressiva erosione durante il tempo giuridico posmoderno

Con alle spalle tutto questo assommarsi di convinzioni e di strategie, con un macigno di certezze trasformatesi col passare del tempo in un complesso dogmatico sui basilari fondamenti dell'*ordine statale* (assorbente – si badi – l'intero ordine giuridico), si è snodato nell'Occidente europeo, sul continente, il corso di un tempo forzosamente (ossia artificiosamente) risolto in una scansione liscia e piana della storia giuridica, il cui motore e la cui forza propulsiva eran tutti contenuti nell'evento primigenio dello scossone rivoluzionario di fine Settecento, tanto ricco di impostazioni e soluzioni da proiettarsi e distendersi in una durata meramente applicativa di queste. Insomma, tutto il futuro era potenzialmente già racchiuso in esse, senza che si prevedesse una possibilità di variazioni; situazione singolare ma anche paradossale del diritto occidentale sul continente, concretantesi in un innaturale ingessamento.

¹⁶ L'esempio (uno fra i tanti) è tratto dallo: *Acte Constitutionnel* del 24 giugno 1793, art. 4.

Si trattava, tuttavia, di una strategia destinata a durare finché lo Stato mono-classe borghese avesse avuto nelle sue mani la capacità di bendare gli occhi ai nuovi attori del secolo posmoderno, occhi – però – sempre più immunizzati dai bagliori accecanti della rivoluzione ottantanovarda; evento, questo, certamente di enorme incisività ma storicamente connotato, frutto ed espressione di un determinato contesto *storico* con interessi fattualmente dominanti da tutelare pienamente. Non si può non aggiungere che occorreva molto coraggio per togliersi bende intrise di mitizzazioni e sacralizzazioni, o, in altre parole, di credenze assolute.

Eppure, si erano profilate assai nettamente in quei duecento anni vicende capaci di acutizzare la vista a osservatori ideologicamente non troppo compromessi. Nella inevitabile complessità del flusso storico, e al solo scopo di rendere più lineare il mio discorso, mi limiterò a segnarne tre che mi appaiono come le più determinanti.

La prima, in atto dai due ultimi decenni dell'Ottocento e sempre più palese durante il Novecento, è la riscossa che lentamente (ma progressivamente) si verifica nel magma sociale: costretto a piattaforma inerte e prona alle volontà provenienti dai palazzi alti del potere, tende sempre più ad una affrancazione/autonomizzazione, frutto – allo stesso tempo – di una crescente coscienza collettiva e di lotte sociali turbative dello pseudo-paradiso terrestre allestito da una civiltà solo formalmente democratica. Per la prima volta la società si scopre *plurale*, una pluralità che la articola nella sua interezza fino a ricomprendere i ceti più bassi e che rende infine effettiva la vecchia *égalité* rivoluzionaria strategicamente confinata nel limbo della mera potenzialità¹⁷. E l'informe magma sociale si autoordina, dando vita a formazioni che ledono la tanto auspicata compattezza dei giacobini e danno voce a chi era rimasto nei fatti assolutamente muto. L'individuo socialmente ed economicamente debole trova solo nel "collettivo" una reale possibilità di affermarsi e solo attraverso il "collettivo" di far sentire la sua voce. E questo, per lo Stato scaturito dalla rivoluzione francese, dopo cento anni di vita, un momento di profonda crisi perché di profondo logorìo nella saldezza dei suoi basamenti¹⁸.

¹⁷ Nella strategia borghese l'uguaglianza deve restare uguaglianza giuridica senza incidere sulla dimensione fattuale e sulla discriminazione fattuale di ricchi e di poveri. Forniva un salvataggio pseudo-democratico la assenza di vincoli cetuali e limitazioni giuridiche per il povero a diventare ricco. "Enrichissezvous" è il grido/invito "generoso" (!) dell'individualismo possessivo borghese autorevolmente pronunciato a Parigi, nel 1843, nella stessa Camera dei Deputati (cfr. «Moniteur Universel», del 2 marzo 1843, p. 345).

¹⁸ È la diagnosi espressa, con acutezza di sguardo, da un giovane giuspubblicista, Santi Romano, che, salendo nel 1909 la cattedra di "diritto costituzionale" nell'Ateneo di Pisa, volle dedicare l'oggetto della solenne prolusione a "Lo Stato moderno e la sua crisi", rinvenendo la crisi più disgregante, per lo Stato liberalborghese ancora arrogantemente presente in Italia, nel proliferare fattuale delle formazioni sociali più diverse, profondamente lesive della sua compatta unità.

La seconda vicenda è la prima guerra mondiale, sicuramente all'origine della rinnovazione profonda nell'assetto socio-politico giuridico dell'Europa continentale. Grazie alla catastrofe bellica, a parte il completo disfacimento dell'Impero ottomano nell'estremo lembo orientale, l'instaurarsi nell'Impero russo della leninista dittatura del proletariato e il crollo delle strutture politiche autoritarie degli Imperi austro-ungarico e germanico, è proprio la guerra a modificare a fondo anche l'assetto borghese del diritto privato. Le enormi esigenze economiche emerse per il conflitto, grazie a una cospicua legislazione eccezionale di guerra, reclamarono l'abbandono di impostazioni artificiose ma fino ad allora difese a oltranza¹⁹: il basarsi su modelli astratti e non carnali di uomo, il rifiuto delle dimensioni sociale e collettiva perché rischiose per la tenuta di un ordine giuridico saldamente individualistico, il rifiuto della *fattualità* economica e sociale perché pregiudizievole all'elitarismo economico costitutivo di quell'ordine e alla necessaria scansione della società in ricchi e poveri, anche se in molto ricchi e in molto poveri.

La terza vicenda, strettamente consequenziale (e anche la più determinante dal punto di vista giuridico), è offerta dal volto nuovo che il costituzionalismo giusnaturalistico²⁰ assume assorbendo in pieno gli assestamenti della società posmoderna; quando, cioè, il nuovo relazionarsi posmoderno fra costituzionalismo, società, diritto, Stato (e, quindi, profondamente trasformandosi) lascia l'empireo delle dichiarazioni dei diritti formulate per il soggetto metastorico di un preteso stato di natura, lascia tra le collezioni museali il suo rapportarsi ad astratti modelli di uomo, per calare ad occuparsi finalmente di un uomo in carne ed ossa e delle sue quotidiane vicissitudini; quando alle *dichiarazioni* subentrano i disegni concreti di un vero e proprio breviario di vita, un breviario *ab origine* giuridico e, in quanto tale, matrice di diritti e doveri, tutti in stretta connessione alla *dignità*²¹ del cittadino e alla sua effettiva tutela; quando, in altre parole, il costituzionalismo novecentesco (che vediamo vivere nella Costituzione della repubblica di Weimar nell'immediato primo dopoguerra e in quella italiana nel secondo

¹⁹ Sul carattere assai innovativo della cospicua legislazione eccezionale di guerra – ben avvertita nella sua demitizzante novità da osservatori vigili come i civilisti Francesco Ferrara senior e Filippo Vassalli – rinvio allo sguardo complessivo fornito in una mia sintesi di parecchi anni fa: *Scienza giuridica italiana – Un profilo storico 1860/1950*, Giuffrè, Milano 2000.

²⁰ Un costituzionalismo che ha le sue più rilevanti manifestazioni nelle “carte dei diritti” nordamericane e francesi di fine Settecento. Ho offerto uno sguardo spiccatamente comparativo in alcune recenti lezioni napoletane: *Costituzionalismi tra “moderno” e “posmoderno” – Tre lezioni suororsoliane*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

²¹ La *dignità*, di cui è innervata tutta la nostra Costituzione, non attiene a modelli ma a uomini storicamente concreti, immersi nella attualità del quotidiano.

dopoguerra) ha come impronta fondamentale di essere un costituzionalismo *sociale*, sociale nel significato preciso di rispecchiare interamente, senza esclusioni discriminanti (come si accennava più sopra), la *pluralità* della rinnovata società novecentesca²².

4. Caratteri del tempo giuridico posmoderno: funzione ordinamentale del diritto e riscoperta della sua complessità

E qui non si può non affrontare il vero problema di fondo: perché continuare a far capo alle dogmatizzazioni settecentesche, quando queste sono superate da un paesaggio socio-giuridico-politico affatto nuovo? Per costruire validamente l'oggi e preparare il domani non possiamo rifarci a ipoteche settecentesche, fingendo che i duecento anni dietro di noi siano stati una strada liscia e piana senza incisivi rinnovamenti; ripetendo quanto ho scritto appena un anno fa, «noi dobbiamo leggere l'odierno paesaggio giuridico non con gli occhiali confezionati a fine Settecento... bensì con occhiali capaci di mettere a fuoco ciò che oggi (e non ieri) bolle nel magma sociopolitico giuridico»²³. E, soprattutto, quando, se abbiamo occhi per vedere, possiamo rilevare le enormi novità scritte a chiare lettere nella “carta” italiana del 1948. In questo testo emerge, infatti, nitida la dialettica Repubblica/Stato, con il disegno della Repubblica quale realtà squisitamente pluri-ordinamentale, con lo Stato certamente quale ordinamento centrale, con le sue leggi al centro del panorama delle fonti, ma, altrettanto certamente, né voluto, né disegnato come l'entità che esaurisce in sé la dimensione giuridica della Repubblica.

La visione ordinamentale, ricevuta dall'istituzionalismo italiano e francese (come provano i nomi di Hauriou, di Renard, di Santi Romano ripetuti durante i lavori dell'Assemblea Costituente soprattutto dai *Patres* di formazione cattolica), si sposava perfettamente con un altro indirizzo di pensiero, il *personalismo*, fiorito in Francia grazie all'impegno eticamente e culturalmente robusto di Emmanuel Mounier, da lui partecipato a un largo pubblico mercé la voce amplificatrice della Rivista «Esprit», assai circolante in Assemblea (e non solo fra i cattolici)²⁴.

²² È stato il tema della lezione inaugurale per Fanno accademico 2016/17 nell'Università “Sapienza” di Roma, che ho tenuto il 19 gennaio 2017: *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in «Nuova Antologia», CLI, 1, 2017, fase. 2280, p. 5 ss.

²³ P. GROSSI, *A proposito de “il diritto giurisprudenziale”*, cit., p. 100.

²⁴ Un esempio è offerto dal “costituente” Piero Calamandrei, giurista laico chiaramente appartenente alle fila azioniste, che qualifica come “memorabile” il fascicolo di «Esprit» dell'agosto 1947 dedicato alla “giustizia” (cfr. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei* (2009), ora in: ID., *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, voi. II, Giuffrè, Milano 2014, p. 49).

Il personalismo, infatti, reagendo all'exasperato individualismo di impronta economicistica elevato a modello dalla civiltà borghese, assumeva a perno di una rinnovata società la *persona*, intesa – in guisa radicalmente diversa dal vecchio individuo della modernità – quale creatura né solitaria né solipsistica bensì intimamente relazionale e perciò intimamente sociale, al centro di un tessuto di diritti e di doveri, in stretta connessione con gli *altri* che è chiamata a integrare e da cui è essa stessa integrata²⁵. Ed è comprensibile che la *persona* mounieriana, che sprizza socialità da ogni poro della pelle, si sposi bene con l'istituzionalismo giuridico in forza della sua aperta valorizzazione della dimensione sociale del diritto.

Con un risultato cospicuo: la visione ordinamentale congiunta alla visione personalistica smantella il riduzionismo borghese e spalanca le porte a una percezione completamente nuova dell'essenza del diritto e, conseguentemente, della relazione diritto/società, cioè colma il fossato che, per tutta l'età borghese, ha separato diritto e società, toglie al diritto l'odioso carattere di realtà fortemente potestativa, restituendogli il suo naturale carattere di schietta socialità. Forse, fra i *Patres*, i molti non-giuristi non si resero conto del carattere autenticamente rivoluzionario di quella scelta, ma indubbiamente si impennò in essa una svolta fondamentale²⁶. Cogliere il carattere identitario del diritto nel suo essere un *ordinamento* del “sociale” (un “sociale” entro cui òpera la persona “socializzata” di Mounier)

²⁵ Notabile anche un'altra realizzazione puntualmente segnata nell'articolo 2 della Costituzione, dove è efficacemente sottolineata la armonica integrazione fra la dimensione relazionale della “persona” e le “formazioni sociali”.

²⁶ Come è noto, si è parlato, spregiativamente da parecchi, della Costituzione nostra come frutto di poco edificanti compromessi fra attori di diverse ideologie e di contrapposte fazioni politiche. Io mi sento, al contrario, di condividere la valutazione di Giuseppe Dossetti, l'autorevole costituente che, più di ogni altro, si adoperò per una lungimirante e feconda *sinergia* (vocabolo squisitamente dossettiano!) su punti essenziali per la futura convivenza in seno alla nascente Repubblica. E mi piace di trascrivere quanto lo stesso Dossetti, ormai lontano dal fervore edificatorio dell'Assemblea, ormai divenuto monaco e guida di una comunità monastica, volle intensamente sottolineare, a Napoli, nel maggio del 1995 (nella Relazione introduttiva al Convegno “La Costituzione repubblicana oggi”, organizzato dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici), con preciso riferimento all'accordo finale sul testo della “Carta” approvato dalla larghissima maggioranza dei membri dell'Assemblea: «questo Patto non è stato un qualunque compromesso o un semplice effimero espediente, ma il risultato di una sinergia costruttiva (al di là dei contrasti politici, anche molto aspri e talvolta persino cruenti) che l'ottica mondiale della necessaria ricostruzione imponeva malgrado tutto ai Costituenti [...] accordo di validità universale, oltre il nostro ambito nazionale, e quindi ancorato a principii generali di umanità e di civiltà più vastamente ammessi, capaci in qualche modo di interpretare il comune sentire umano dopo la grande catastrofe della guerra» (G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, ora in ID., *I valori della Costituzione – Principii da custodire, istituti da riformare*, La Città del Sole, Napoli 2003, p. 19).

significava capovolgere la vecchia impostazione giacobina fondata sul legame indissolubile fra potere politico e diritto e sulla visione nettamente potestativa di questo, sul suo proporsi come *norma*, come comando, cui doveva corrispondere una algida obbedienza. Sì, capovolgere! Perché, in luogo di un diritto che piove dall'alto sulla massa informe dei cittadini, si individua la sua genesi nel basso e dal basso. L'ordinamento, infatti, si realizza se riesce a ordinare il caos sociale, ma un siffatto risultato lo si può ottenere soltanto se si registrano fedelmente i valori e interessi universalmente condivisi che orientano e armonizzano la vita sociale, giacché è solo in tal modo che il caos si trasforma in un ordine sostanziale.

Nella visione ordinamentale il diritto è còlto come realtà di *radici*; appartiene agli strati profondi ma anche fondativi della società, traendo da essi una straordinaria (e tutta nuova) coerenza con i capisaldi assunti dalla stessa comunità a sua guida²⁷; ed è proprio da qui che la dimensione ordinamentale del diritto, rafforzata dal personalismo mounieriano, ricava il suo inabdicabile carattere sociale. C'è qui, insomma, una irrinunciabile *socialità* del diritto, che fa spicco non solo rispetto al tirannico autoritarismo fascista, ma altresì alla democrazia incompiuta attuata dalla civiltà borghese, che la volle incompiuta perché basata sul forte e insanabile distacco fra uno Stato per molti versi rimasto monoclasse e la società nella sua articolazione plurale. Per la prima volta, in Italia, il solco profondo fra società e Stato – solco duramente separatorio – veniva colmato nel *novissimo* assetto costituzionale della democrazia repubblicana. La *novissima* Repubblica (tengo a evidenziare un aspetto che storicamente la caratterizza e la differenzia), grazie all'attenzione per gli strati profondi della società e fondativi di tutto l'e-

²⁷ Ed è proprio per questo carattere che le manifestazioni del diritto nella vita sociale assumono, secondo una accezione largamente ricevuta, la denominazione di fonti, un contenitore metaforico che, per far capo alle fonti della natura fisica, ha suscitato nel passato prossimo e remoto parecchi dubbii e rigetti. Io l'ho sempre reputato azzeccatissimo, perché serve a mettere a fuoco il fondamento del diritto, di tutto il diritto, nel sostrato valoriale collocato nelle estreme radici di una civiltà storica (nel 2000, nella "pagina introduttiva" al volume ventinovesimo dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» intitolata *Ancora sulle fonti del diritto*, io affermavo: «mi consenta il lettore di tornare ancora una volta su un problema che mi sta molto a cuore: quello delle fonti. Un problema, anzi, il problema più incalzante per il giurista perché problema di radici e di fondazioni, tradizionalmente espresso con terminologia di remota ascendenza da una metafora che sembra segnalare soprattutto il fatto della esterna manifestazione. La metafora può essere conservata, a condizione che la si serbi in tutta la sua pregnanza e che dalla manifestazione si risalga a quel serbatoio sotterraneo, profondo, radicale, da dove la sorgente trae contenuto e vitalità. Già! Perché parlar di fonti significa non riferirsi mai agli strati superficiali della società, bensì a quelli più riposti e fondanti, significa parlar di fondazioni di un intero ordine giuridico» (*Ancora sulle fonti del diritto*, ora in *Società, diritto, Stato. – Un recupero per il diritto*, cit., p. 325). Circa la metafora delle fonti mi sono dilungato, seguendo la medesima linea interpretativa, in: *Prima lezione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003 (la ed.), pp. 77-78.

dificio socio-giuridico-politico, registra, senza alterazioni falsazioni limitazioni, la complessità naturale della società italiana, finalmente arbitra nel governare il proprio destino; in perfetta coerenza anche il diritto riscopre la sua complessità.

Questa è una rilevante conquista di civiltà realizzata nella Carta del 1948, assommatrice nei suoi centotrentanove articoli di tutto un fecondo itinerario dal 1943 in poi. Né si dica che tutto ciò, nell'anno di grazia 2021, a distanza di ben settantatre anni dal traguardo raggiunto nel 1948, non è nemmeno il caso di precisarlo, trattandosi ormai di un indiscusso comune sentire tra i giuristi italiani. Ritengo, al contrario, che è d'obbligo il riaffermarlo oggi, quando non è difficile cogliere ancora in molti giuristi italiani un amaro rimpianto per quel mondo di ieri, quando il diritto era certo e chiaro perché immedesimato in leggi e Codici e inchiodato in una rigidissima gerarchia di fonti eliminatrice di ogni ambiguità. È doveroso riaffermarlo, se si può leggere tuttora, in un libro pubblicato nel 2015 da un esimio cattedratico italiano di diritto civile, una impostazione tutta dominata da questo amaro rimpianto, con un aperto invito a ritornare alfiere confinando nuovamente la carta costituzionale tra le nobili proposizioni filosofico-politiche affidate al legislatore per una loro possibile traduzione in norme giuridiche (aggiungo: essendo ferma la convinzione che il diritto è soltanto norma e che solo il legislatore è in grado di produrlo²⁸). Purtroppo, il comune giurista italiano (e soprattutto il civilista²⁹) è ancora viziato nel profondo della sua coscienza culturale da un inguaribile positivismo giuridico; resta, cioè, statalista e legalista, mentre le aperture sociali gli sembrano breccie nefande in una benefica muraglia, adeguata tutelatrice con la sua compattezza di *norme e forme* giuridiche³⁰.

5. La riscoperta della complessità del diritto e la riscoperta della pluralità delle sue fonti

Deve esser conclusivamente chiaro che, per *ogni* giurista, fonte sicura per *ogni* sua orientazione resta la Costituzione, e tutto il suo sapere tecnico dovrà

²⁸ Il riferimento è a: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015.

²⁹ Il punto è, più distesamente, argomentato e dimostrato in una mia recentissima riflessione: *Il diritto civile in Italia tra "moderno" e "posmoderno" – Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè, Milano 2020.

³⁰ È singolare che una simile persuasione non sia stata (e non sia) messa in crisi dal malo uso fatto (e non di rado!) dal legislatore italiano durante il Novecento inzeppando le leggi di contenuti aberranti. Per esempio, le leggi razziali italiane del 1938 sono, come ho scritto qualche anno fa, «la dimostrazione atroce che il legislatore non poteva meritare una incondizionata fiducia» (cfr. *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma Bari 2015, p. 24).

trovare una prima e primaria misurazione con i *valori* diventati nel suo grembo una densa raggiera di principii. Nella nostra Repubblica la Costituzione è evento originario della comunità italiana, radicato negli strati più profondi di essa e recante in sé una forte impronta identitaria; evento *giuridico*, perché quei valori – etici, culturali, sociali – nello stesso momento in cui sono stati assunti a fondazione di tutto l’edificio repubblicano, si sono intessuti di intrinseca giuridicità diventando le matrici dei diritti e dei doveri del cittadino. E a questo patrimonio ideale (ma, al tempo stesso, dotato della concretezza derivante dalla sua traducibilità in esperienza quotidiana) che il giurista dovrà – sempre e comunque – riferirsi; *ogni* giurista, anche il civilista³¹, essendo da respingere la pervicacia di quei cultori del diritto positivo codificato che, cavalcando il metodologicamente periglioso cavallo alato della purezza, hanno disegnato aride tessiture separate dalla vita e troppo spesso incapaci di ordinarla effettivamente.

Se questo è vero, si deve insistere su un non eludibile risultato: il tessuto, che funge da nervatura della Costituzione, è un affermato, decisamente affermato, pluralismo giuridico. Senza minimizzare il ruolo centrale che alla legge dà la stessa Carta³², si dovrà, però, relegare in un passato sempre più remoto (e sempre più inattuale) il serrato *riduzionismo* settecentesco, un riduzionismo che non può che identificarsi in un rigido *monismo* e, per ciò stesso, proporsi come la inevitabile negazione di ogni apertura pluralistica. Si arriva, così, a questa elementare conclusione: la Costituzione la si attua solo sbarazzandosi, come di un dannoso ingombro, delle mitizzazioni e dogmatizzazioni risalenti alla serrata settecentesca delle fonti, considerato soprattutto che quelle sarebbero oggi portatrici di artificiose forzature per un paesaggio giuridico *toto coelo* diverso. Si impone, al contrario, una riflessione, come la attuale voluta dalla “Scuola Supe-

³¹ Come hanno egregiamente fatto, in un passato remoto, Salvatore Pugliatti, Pietro Rescigno, Rosario Nicolò, Luigi Mengoni, Stefano Rodotà, Nicolò Lipari, Pietro Perlingieri; come fa, da ultimo, Giuseppe Vettori a proposito del “contratto”: G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in «Enciclopedia del diritto» – *I tematici: Contratto*, dir. G. D’Amico, Giuffrè, Milano 2021.

³² Ovviamente, la necessità di una disciplina legislativa si impone soprattutto per quei settori dell’ordine giuridico dove sono in gioco problemi di sicurezza pubblica, per esempio nel campo del “penale”, anche se da qualche autorevole esponente della riflessione penalistica italiana si ha una aperta problematizzazione di quella “riserva di legge” ritenuta fino a ieri indiscutibile (cfr., da ultimo, le puntuali notazioni di un brillante allievo della scuola fiorentina di diritto penale, Roberto BARTOLI, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 6, 2021, p. 705, dove non ci si pèrita di affermare che «la legalità penale non si esaurisce nel testo astratto, ma consiste nella legge interpretata», spostando il perno sul momento interpretativo e fuori dalle chiusure del testo). Lo stesso si deve dire quando sono necessarie intelaiature organizzative unitariamente valide per l’intero territorio della Repubblica (per esempio, nel campo processuale).

riore della Magistratura”, che apra la strada a una revisione, di cui si ha oggi la indilazionabile esigenza e che vediamo con soddisfazione serpeggiare, sempre meno nascostamente, in atteggiamenti coraggiosi della prassi giudiziaria e notarile³³, nonché della stessa analisi teoretica³⁴.

Un’ultima notazione (fatta *ad abundantiam*, giacché dovrebbe essere superflua): l’approccio del giurista alla Costituzione non può assomigliare a quello con le tante codificazioni di cui la modernità è gremita. La Costituzione, infatti, non è racchiusa interamente in una Carta, ossia in centotrentanove articoli. Questi rappresentano la cuspide di un continente per buona parte sommerso, che i Costituenti ebbero lo zelo e l’intelligenza di segnare in un testo, dietro l’urgenza di fissare prontamente le fondazioni di un nuovo ordine sociale politico giuridico. In realtà, la dimensione costituzionale della Repubblica, parzialmente (in apparenza) inespressa, è (e lo sarà anche in futuro) rappresentata da un *complesso valoriale* che la comunità continua a vivere; complesso non legato alla mera episodicità e all’informe magma fattuale, anzi da questo e su questo *isolato* da parte della stessa comunità nella sua azione filtrante, destinato certamente a durare, però non immobile perché connesso al lento itinerario del costume. I valori non sono degli astorici cristalli di rocca, appartengono alla storia dell’uomo e vivono nella storia, dotati di quella forza espansiva su cui in anni lontani, con una Carta ancora fresca di stampa, ebbero il merito di insistere convintamente giuristi di viva sensibilità storicistica come Salvatore Pugliatti (gius-privatista) e Paolo Barile (gius-pubblicista). La dimensione costituzionale è tutto questo; e, assolutamente, non è un blocco fissato una volta per tutte nella sua immobilità. Mi toma alla mente, quando io, negli anni felici del mio insegnamento fiorentino terminato (ohimè!) quasi venti anni fa, tentando di far capire agli studenti la vita complessa (e continua) della dimensione costituzionale, chiedevo ausilio all’enorme fenomeno della natura fisica costituito dai ghiacciai, strutture apparentemente immobili ma percorsi da un movimento lentissimo, impercettibile ma effettivo, come dimostrano le modificazioni provocate nel paesaggio dalla forza immane di un nascosto movimento.

Dunque! Ecco il tessuto basilare della nostra Costituzione: valori/principii espressi e inespressi; una Carta che chiede di essere integrata con la riposta vita costituzionale della comunità; valori/principii, non comandi bisognosi unicamente di passivi esegeti, bensì manifestazioni che hanno bisogno di inventori-inter-

³³ Più distesamente, cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra “moderno” e “posmoderno”*, cit., p. 146 ss.

³⁴ Rinviamo ad alcune nostre precise notazioni: *Il diritto civile in Italia fra “moderno” e “posmoderno”*, cit., p. 139 ss.

preti³⁵. È questo il punto da sottolineare, che manda in soffitta il riduzionismo illuministico/giacobino, che impone una netta apertura pluralistica e restituisce una indispensabile pluralità al nòvero delle fonti. Il pilastro monocratico e monopolistico della legge, frutto della legolatria indispensabile per l'*assolutismo giuridico* della civiltà borghese³⁶, cede agli interpreti, i soli che possono garantire una continuità di *invenzioni* della dimensione costituzionale; e saranno interpreti, *in primis* certamente il legislatore costituente e il legislatore ordinario, ma, accanto, quali presenze effettive nella perenne trincea del “quotidiano”, la Corte costituzionale, il giudice ordinario, il *doctor iuris*, il notaio.

I *laudatores temporis acti* eleveranno lamenti per l'oltraggio infetto alla rigida “divisione dei poteri” della tradizione postilluministica. Al che non può che essere pronta una prima irrefutabile replica: il dogma di una rigidissima divisione dei poteri ha già ceduto alla visione/soluzione sostanziosamente nuova realizzata dalla nostra Carta con inserimento, tra gli organi di garanzia per il cittadino, del *mostro* giuridico della Corte costituzionale. *Mostro*, ovviamente, per chi continua a guardare la dimensione costituzionale con gli occhiali approntati nelle officine degli illuministi; e *mostro* fu per chi, in Assemblea Costituente, continuava ad essere portatore delle impostazioni strutturali dell'ordine giuridico borghese³⁷. Si trattava, in quell'immediato secondo dopoguerra, di alcuni costituenti di notevole statura, il cui corifeo era lo stesso rinnovatore della scienza gius-pubblicistica italiana a fine Ottocento, Vittorio Emanuele Orlando, irretito su posizioni dogmatiche assunte come un credo. Pur con rifiuti tanto netti quanto autorevoli, il *mostro* è lì, tassello rilevante nell'impianto della Costituzione; ed è lì a mostrare seccamente la implicita revisione della divisione dei poteri, non cancellata, non rifiutata, ma attenuata nel suo rigore dogmatico, un rigore (è bene averne co-

³⁵ “Inventori”, con il significato che ho tentato di precisare e definire in un mio recente volume: *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma Bari 2017, quello di mettere a fuoco il fulcro di una operosità consistente in un “cercare per trovare” alle radici della società.

³⁶ Nella quale si congiungevano il più acceso liberismo economico e il più rigido controllo della produzione giuridica da parte del potere politico, controllo concretantesi in un severo “assolutismo giuridico” (cfr. P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli “atti” di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*; ID., *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, saggi tutti redatti nel decennio 1988/98), ora in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998.

³⁷ Anche perché, nella discussione in Assemblea Costituente per l'inserimento di un così singolare “Tribunale” supremo, aveva prevalso la proposta – propugnata dal giurista Giovanni Leone – per un controllo accentrato della Corte, attivabile però in via incidentale da un qualsiasi giudice e sottolineando così la *giudizialità* come carattere intrinseco del nuovo organismo.

scienza e ripeterlo qui ancora una volta) smaccatamente legolatrigo, frutto della legolatria indispensabile per l'assolutismo giuridico moderno. La voce accorata di un vecchissimo Orlando – che urlerà, anche dopo il 1948, la sua totale incomprendimento, profetizzando cupamente «lo stato di disagio di tutto l'ordinamento giuridico ogni volta che un organo sovrano come il Parlamento venisse a trovarsi dal lato del torto dichiarato giurisdizionalmente»³⁸ – rappresenta l'estrema volontà di resuscitare un corpo definitivamente morto.

Per la maggioranza dell'Assemblea si trattò, al contrario, di un atto di coraggio e, insieme, di fedeltà all'assestamento innovativo che il diritto posmoderno aveva avuto in Italia grazie a una orientatrice visione lucida e lungimirante. Il pluralismo giuridico pluralismo di fonti realizzava pienamente il progetto inscritto nella nostra dimensione costituzionale³⁹; e la nuova Corte, aprendo un varco nel dogma della divisione dei poteri, incarnava il crollo di un pesante credo mitologico e, nel contempo, l'allestimento di una pròvvida valvola respiratoria, tale da consentire al diritto positivo italiano una maggiore ossigenazione; respiro avvalorato e ampliato da quel canone interpretativo, intuito e definito dalla stessa Corte a cominciare dagli anni Novanta del secolo scorso⁴⁰, che siamo soliti chiamare “interpretazione conforme a Costituzione” e che espande il giudizio di costituzionalità coinvolgendo in esso il giudice ordinario⁴¹.

Non si parli, dunque, come da taluno (da troppi) ancora oggi si fa, stracciandosi le vesti, di *creazionismo* dei giudici (e, più generalmente, dei giuristi teorici e pratici), di giuristi che, creando *ex nihilo*, rompono in tal modo l'unità dell'ordine dando vita – se non al caos – almeno a una corrosiva incertezza. Ci si guardi, piuttosto, dal voler provvedere alle esigenze dell'oggi con strumenti inadeguati che, trapiantati di sana pianta, non possono che concretarsi in un odierno letto di costrizione. E mi piace qui ripetere quanto dissi a Pisa in una giornata di studio organizzata, nel 2019, da quell'Ateneo in ricordo di Alessandro Pizzorusso. Oggi che abbiamo ben percepito, con la guida della Costituzione, il

³⁸ V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1, 1951, p. 43.

³⁹ Ho fortemente puntualizzato questa indiscutibile constatazione in alcune recenti pagine: *Ritorno al diritto*, cit., p. 113.

⁴⁰ E' un canone che trova la sua origine in quel 1994, in cui lo individuò per primo un lungimirante giudice costituzionale proveniente dalle fila dell'ordine giudiziario, Renato Granata, con la sentenza 443, 1223 dicembre 1994.

⁴¹ Canone che ha riscosso plausi e rifiuti. Ne ho distesamente parlato in una mia recente lezione sempre presso la “Scuola Superiore della Magistratura”, tenuta a Scandicci il 7 aprile 2017: *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, ora in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 121 ss. È ovvio che tra i plaudenti sta l'autore di questa Lezione.

vincolo simbiotico fra diritto e valori radicali di una comunità, oggi che abbiamo providenzialmente riscoperto il diritto come *invenzione*, se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante; è il mantenimento di un legalismo "ad ogni costo", che è causa dell'inaridimento causato dal distacco fra produzione legislativa e movimento/mutamento incessante della vita sociale; un rigido legalismo che deve cogliersi per quel che è, un *vulnus* alla ossatura portante della Costituzione nella complessità del suo messaggio, espresso e inespresso, formale e materiale, percorso da una dinamica espansiva e intensamente teso anche ben oltre il presente⁴².

Ripensare oggi, come si fa in questo "corso", il problema delle fonti del diritto è un'indispensabile acquisizione critica.

⁴² Cfr. P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, cit., pp. 114-115

Oltre la legalità. Un libro di Paolo Grossi*

SOMMARIO: 1. La scienza giuridica nell'ordine del tempo. – 2. Dal codice alla Costituzione. – 3. La difesa dello Stato di diritto in Europa. – 4. Scienza giuridica e responsabilità dell'interprete.

1. La scienza civilistica nell'ordine del tempo

Il tempo scorre in modo diverso dal passato.

Viviamo in un'attesa dominata da incertezza e il diritto non può alzarsi in volo, come la nottola di Minerva, quando finisce il giorno e un nuovo assetto si è stabilito. Le Scienze sociali devono orientare le nostre vite anche e soprattutto in un tempo in cui è difficile comprendere e padroneggiare il reale¹. Ad esse non chiediamo di affermare certezze, che nessuno ha, ma di indicarci le strade che possono aprirsi al tramonto delle nostre antiche visioni del mondo².

La riflessione di Paolo Grossi scruta e interpreta l'attuale passaggio d'epoca con una critica lucidissima all'assolutismo giuridico, un'analisi attenta ai tratti del secolo lungo che stende la sua ombra sul presente, immerso in una pos-modernità che stenta a trovare un ordine condiviso. Due scritti recentissimi³ si propongono di ripensare i cardini essenziali dello Stato liberale di diritto: il principio di

* Il presente saggio è stato pubblicato su *Persona e mercato*, 1, 2021, p. 5 ss.

¹ J.L. NANCY, *Un trop humain virus*, Paris, Bayard, 2020.

² C. ROVELLI, (*L'ordine del tempo*, Milano 2027), un grande fisico, racconta della perdita di unicità del tempo del suo scorrere in modo diverso, in montagna e in pianura, o a seconda della massa che incontra e della velocità. Sicché non si “può descrivere come il mondo evolve nel tempo: descriviamo le cose evolvere in tempi locali e i tempi locali evolvere *uno rispetto all'altro*”. Insomma “il mondo non è come un plotone che avanza al ritmo di un comandante. È una rete di eventi che si influenzano l'un l'altro”. Come ci insegna “la teoria della relatività generale di Einstein” (p. 25). Sull'incertezza sono fondamentali le riflessioni di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 83 ss.

³ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, p. 3 ss; e la bella intervista di F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti 10 giugno 2020)* in *Lo Stato*, 2020, 14, 261.

legalità e la separazione dei poteri. I due testi si completano a vicenda nel fissare i tratti dell'ordine giuridico esistente e il mio discorso intende iniziare da qui, seguendo la trama del volume.

Legalità e separazione dei poteri sono state due verità per molto tempo non sottoposte a discussione e verifica e tutt'oggi fonte di imbarazzo nei parlari in discussione, stante la loro compenetrazione con la forma democratica, ma la storia ci indica come i due principi si siano manifestati in un *continuum* che deve essere oggi fissato sul presente.

La separazione dei poteri, si legge nel Libro, fu pensata per arginare il ruolo del Principe ma ha finito per sottrarre ai giudici e ai sapienti ogni spazio nella produzione del diritto riservato solo al Potere politico secondo un'idea oggi smentita dal ruolo della Corte Costituzionale e dall'art. 117 della Costituzione che vincola il legislatore all'ordinamento comunitario e alle norme della CEDU attuati e garantiti da apposite Corti con ampi poteri. La stessa soggezione del giudice alla legge (art. 101), preso alla lettera, non è compatibile con il sistema della giustizia costituzionale che elimina norme non conformi, interviene in caso di lacune nella tutela dei diritti fondamentali, in ascolto della società e delle sue esigenze, anche contro il potere legislativo.

D'altra parte la legalità ha realizzato il progetto dell'assolutismo: vanificare ogni lettura del reale e dei fatti per foggiare concetti e categorie astratte, racchiuse in regole analitiche e rigide contro un'"invenzione del diritto" tipica dell'assetto medievale, frutto in una società senza Stato, di grandi Maestri delle università europee e di operatori pratici nel loro lavoro quotidiano. Tutto ciò fu sostituito da un ordine superiore, ispirato dalla filosofia dei lumi e affidato ad un Principe a cui si affida, in esclusiva, la produzione del diritto proveniente da una sola fonte e così certo e coerente. Tutto ciò con una "grande rivoluzione e una grandissima riduzione" del diritto civile alle esigenze del potere politico e della classe dominante che ha il suo approdo nel *code Napoleon*. "Legalità è da allora in poi riduzione, semplificazione e monopolio giuridico dello Stato e assieme alla separazione dei poteri crea un inscindibile vincolo fra produzione del diritto e potere politico"⁴.

Il punto di svolta si ha con le Costituzioni che nascono per contrastare l'"idea di un potere senza limiti". In Francia si parla di "una rivoluzione permanente". In Germania si fa ricorso alla teoria della autolimitazione dello Stato⁵. In Italia si teorizza una trasformazione radicale dello Stato liberale.

⁴ P. GROSSI, op. ult. cit.

⁵ M. VOGLIOTTI, *Fragilità della costituzione e nihilismo giuridico*, in *Dialogues autor du nihilisme Juridique*, Sous la direction de P. Alvazzi del Frate, G. Ferri, F. Cherfou-Baich, N. Hakim, Roma, 2020, p. 163 ss.

In ognuna di queste esperienze la Carta è intesa, ancora oggi, come l'unica via possibile “per vincolare la legge al Diritto, dopo le illusioni giusnaturalistiche e la tragedia dei totalitarismi”. Ciò emerge chiaramente dall'art. 117 ma è espresso benissimo anche nella sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale che istituisce una nuova categoria di principi supremi, i quali “non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”. Così il testo e la Corte con il consenso di gran parte della cultura giuridica del tempo “stabiliscono, nell'unico modo possibile il dualismo fra *ius et lex*”⁶, fra legge ordinaria e legge superiore ove diritti e principi proclamati solennemente, dirà Luigi Mengoni, appartengono al diritto e alla morale, ma devono essere attuati con le modalità e le procedure della dinamica giuridica⁷.

Il tratto più chiaro di tutto ciò si ha nella distinzione chiarissima fra lo Stato e la Repubblica che Paolo Grossi richiama in modo limpido. Al centro lo Stato legislatore essenziale e prezioso, e accanto la Repubblica con una dimensione pluri-ordinamentale scandita dalla presenza di una pluralità di attori dalla prassi consuetudinaria, il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale), la Corte Costituzionale e il giudice ordinario soggetto ad una interpretazione conforme per rendere effettive le regole e le tutele ed affermare una legalità, diversa per storia e tradizione dalla *common law* di oltremanica, ma che esprime, al pari di quella, non la primazia della legge ma il primato del diritto⁸.

Una giuridicità, dunque, che ha subito un'evoluzione nettissima perché il tempo delle clausole generali che ha accompagnato per decenni la riflessione dei più acuti studiosi ha ceduto il passo alla primazia dei principi. Per alcuni motivi chiari: il pos-moderno “ha fatto affiorare, disagi esigenze, restrizioni, disuguaglianze intollerabili rispetto al mondo (o al tempo) dei codici” e determinato un'inversione di valori: “certezza, chiarezza, determinatezza erano i pregi della norma” ma “movimento e mutamento rapidissimi hanno eroso architetture ritenute robustissime spazzando via verità stabilite da una generale credenza”⁹ e da una carica assiologica già intravista ed evocata da Nicolò negli anni Sessanta e tale da pretendere nuove certezze e nuovi strumenti, frutto di un'invenzione che impone “di trovare il diritto” nel substrato valoriale che i Padri Costituenti seppero fissare. Da qui il ruolo nuovo dell'interprete per “consolidare qualcosa di effettivo” che “il potere politico non ha avuto la forza né la volontà di assecon-

⁶ M. VOGLIOTTI, op. cit. p. 176.

⁷ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 7

⁸ V. così testualmente G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Contratto, Milano. 2020,

⁹ P. GROSSI, op. cit. p. 67 ss.

dare”. Senza timori per un soggettivismo demonizzato dai “fisiocrati illuministi e giacobini e oggi da un desolante richiamo alla nudità delle norme e a un nihilismo privo di qualsiasi valore”¹⁰.

2. Dal codice alla Costituzione

Questa analisi riesce ad esprimere in modo limpido il nostro tempo in continuità con il pensiero dei più Grandi civilisti del novecento.

Filippo Vassalli già nel 1951¹¹ richiamava il giurista al diritto oltre la statualità del Potere con un monito fortissimo a lungo vanificato dal positivismo imperante. Rosario Nicolò aveva già nei primi anni sessanta compreso le strade da percorrere in un tempo “ricco e mutevole e così poco suscettibile di essere cristallizzato in un sistema stabile di norme scritte”¹². Nicolò riconosce i meriti del codice¹³ e si pone domande ancora attualissime: se il testo avesse mortificato il pensiero giuridico e l’opera della giurisprudenza, non all’altezza della sua tradizione; se la sua struttura di “corpus di norme precise e analitiche” fosse ancora attuale o fosse più utile un tessuto di principi da integrare con norme speciali e “attraverso il lavoro di giuristi teorici e pratici”. Ma soprattutto sottolinea con forza come le idee fondamentali fossero deboli per un fatto evidente. Il codice nasce quando il regime muore e l’attenzione alla proprietà, all’impresa, al lavoro non erano certo un punto di arrivo, ma di partenza per “avviare nella giusta direzione il corso futuro della nostra esperienza giuridica”¹⁴.

Tali interrogativi avevano una premessa di fondo nel confronto fra l’opera legislativa e la funzione del diritto civile che coincide con la storia della convivenza umana sin da quando si è “preso di coscienza della necessità di attuare gli interessi “nel segno della giustizia anziché della forza e di coordinare l’attività

¹⁰ P. GROSSI, op. cit. p. 17.

¹¹ F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Scritti in onore di Antonio Cucu*, Miano, 1951, p. 481 ss.

¹² R. NICOLÒ, *Codice civile*, in questa *Enciclopedia*, VII, 1960, 240 ss.; Id., *Diritto civile*, in questa *Enciclopedia*, XII, 1964, 904 ss.

¹³ L’aver mantenuto il testo, eludendo l’ideologia del tempo, nel solco della tradizione, l’unificazione riuscita dei due codici, civile e di commercio, l’elaborazione di alcuni istituti esemplari come il possesso, la trascrizione e alcune regole delle obbligazioni, l’attenzione al contraente debole (1341 e 1342) e soprattutto al ruolo delle clausole generale di correttezza e buona fede “aperte ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici” nonostante che la giurisprudenza non avesse saputo servirsi di tali preziosi strumenti. Osservando in modo spregiudicato la realtà.

¹⁴ R. NICOLÒ, op. ult. cit.

individuale con le esigenze di collaborazione e solidarietà che esige ogni relazione umana”. “In un continuo processo di creazione del quale gli uomini sono ineliminabili protagonisti”. Una scienza, dunque, che non è una species del diritto privato, ma ha la sua essenza nella struttura degli istituti fondamentali della vita associata e nei principi che li animano da trarre con un’osservazione spregiudicata della realtà e attuando la Costituzione repubblicana, ove si trovano i principi e le direttive fondamentali per l’elaborazione e attuazione degli istituti civilistici in una società che andava precisando il suo nuovo assetto, tramite “l’erosione intrinseca dei principi attivi del diritto civile segnati dal riferimento alla funzione sociale e all’utilità sociale che impongono di rivedere dall’interno la proprietà, la responsabilità civile e il contratto sotto la pressione di interessi della Comunità” oramai lontanissima dalle ideologie e strutture dello Stato liberale di diritto. È noto come tale programma sia stato realizzato con successo negli anni sessanta e settanta da Stefano Rodotà¹⁵.

Luigi Mengoni chiude il secolo rifiutando il primato della Tecnica e della Politica ed esaltando il ruolo dei principi costituzionali che appartengono al diritto e alla morale ma debbono essere attuati con gli strumenti positivi del civilista chiamato a padroneggiare ermeneutica e dogmatica per attuare il nuovo ordine e la nuova legalità¹⁶.

Paolo Grossi fissa gli elementi del presente.

¹⁵ Si veda in particolare, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; Id. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970; Id., *Il terribile diritto*, Bologna, 1981.

¹⁶ L. MENGONI, Diritto e tecnica, in Riv.trim.dir.proc.civ.,2001, p. 5 ss. “la tesi della separazione tra diritto e morale era riferita non tanto ai procedimenti di formazione della volontà legislativa quanto ai procedimenti di interpretazione e applicazione della legge, che doveva essere guidati esclusivamente dalle regole formali della deduzione logico-sistematica con esclusione rigorosa di argomenti extrasistematici religiosi, morali, politici o economici. Siffatta concezione presuppone una società omogenea, quale la società borghese dell’Ottocento, concorde su un blocco di valori incontestati e incontestabili. Essa non è più possibile nella società complessa che è venuta evolvendosi nel secondo dopoguerra, pluralistica e fortemente dinamica a causa dell’accelerazione del progresso tecnologico.” “Negando la possibilità della fondazione conoscitiva dei valori il nominalismo normativista lascia solo l’uomo in un mondo che si suppone vuoto di senso e gli addossa la responsabilità di creare dal nulla una norma che fissi il discrimine tra bene e male, tra lecito e illecito. Ma è una responsabilità che l’uomo non è in grado di sopportare: il diritto è un prodotto della storia, ma non è giustificato dalla storia” (p. 6) Ancora: “La costituzione repubblicana è ispirata a una concezione opposta, oggi correttamente denominata post-positivistica” e i diritti fondamentali appartengono “in pari tempo al diritto e alla morale” sicché da un lato “è restituita al diritto positivo la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali e non semplicemente nella legalità procedurale” dall’altro “è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell’argomentazione giuridica” (p. 7) e su ciò si veda Id. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

In primo luogo la storicità, ossia “un continuo intridersi del diritto con valori, interessi, fatti di cui è intessuta la società” in modo diverso da una prevedibilità che appartiene all’ordine giuridico della modernità dove spetta allo Stato trasformare ogni esigenza sociale in legge con categorie geometriche e una tessitura astratta, tipica dei Codici scossi oggi da una complessità descritta bene da Santi Romano, ma racchiusa anche in poche chiarissime parole da Rodolfo Sacco¹⁷.

Poi la fattualità che si oppone ai vecchi criteri della validità e conformità ad un modello astratto e generale specialmente se potenziata dall’effettività che altro non è che la “*carica intrinseca a taluni fatti*” che esprime la necessità di registrare la peculiarità dell’esperienza giuridica. Una linea “di tendenza presente in una comunità vivente in un determinato momento storico”, la quale si oppone al legalismo astratto attraverso una giuridicità inarrestabile e un ruolo maggiore degli interpreti, delle clausole generali e dei principi, protagonisti nel nuovo sistema delle fonti che rompe la gerarchia del Codice. Insomma la fattualità reagisce alla “*copertura delle diseguaglianze*” voluta dallo statalismo moderno capace di garantire “la libertà di dormire sotto i ponti”, mentre l’effettività esige di far coincidere la sostanza con la forma dell’eguaglianza e dei diritti secondo l’ordine del nuovo Stato sociale di diritto. Tutto ciò determinato dall’avvento della Costituzione italiana ove si opera una scoperta del collettivo “che rende più forte il socialmente ed economicamente debole” attraverso un’inversione netta. Sempre più società e sempre meno Stato¹⁸.

Infine il fattore democratico essenziale per l’affermazione di un diritto pos-moderno. Basta pensare che solo nel 1913 si ha il suffragio universale e nel 1946 l’accesso al voto per le donne. Solo allora si realizza davvero un pluralismo sociale che la guerra e il regime fascista avevano impedito. E la svolta si ha con la Costituzione che rifiuta lo statalismo, esalta il ruolo della Repubblica nella produzione del diritto senza nostalgia di un tempo remoto ma riconoscendo il ruolo della politica e dello Stato in un assetto ordinamentale in profonda evoluzione, che richiede all’interprete e ai giudici di “colmare i vuoti e di rivestire il carattere di autentica fonte del diritto”¹⁹.

Ma che cosa c’è oltre la legalità costituzionale dei primi settanta anni della Repubblica?²⁰

¹⁷ R. SACCO, voce *Ricodificazione*, in *Digesto*, Torino, 2010.

¹⁸ P. GROSSI, op. cit. p. 67 ss.

¹⁹ P. GROSSI, op. cit. p. 63 ss.

²⁰ F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi*, op. cit. p. 220 ove si parla di un “esperienza giuridica distinta dovunque alle grandi domande della comunità che si susseguono nella storia si darà una risposta specifica ed autonoma sul piano del diritto” esperienza da “intendere quale schema interpretativo ordinante e unificante il divenire storico giuridico”.

Le pagine di questo lucidissimo libro ci interrogano e spingono ad una riflessione su alcune questioni essenziali: il dovere civile di contribuire a difendere il pluralismo sociale e politico alla base dello Stato di diritto; la elaborazione di nuove tecniche della interpretazione e della decisione giudiziale, dopo l'ampliamento dei poteri che il nostro tempo ha assegnato a questo formante della giuridicità. Vediamole da vicino.

3. La difesa dello Stato di diritto in Europa

Lo Stato sociale di diritto, in Italia e in Europa è in una fase molto delicata.

Come si è osservato nel nostro Libro, il nuovo sistema delle fonti e il nuovo e complementare ruolo di Stato e Repubblica²¹ è stato possibile solo con il consolidarsi della forma democratica e del funzionamento degli organi di garanzia, prima fra tutte la Corte Costituzionale e poi i giudici ordinari, ma è evidente l'indebolimento della democrazia che richiama tutti ad un nuovo compito civile e tecnico di fronte a questa stagione inedita del nostro tempo.

Ciò che accade è connesso alla stessa idea di Occidente²². Un'area geopolitica accerchiata e corteggiata da opposte tensioni. Da un lato la Russia, che dichiara il tramonto delle democrazie liberali e rafforza il potere del "sovrano" tramite metodi brutali, alla luce del sole e tali da consolidare la sua influenza su Paesi vicini. Dall'altra parte l'America, ancora scossa da una tensione populista. Ma c'è di più. Ad ogni latitudine il "potere ritiene ormai di mostrare il suo vero volto senza conseguenze né interne né internazionali, gettando appunto la maschera perché oggi i tempi sono propizi e nel mondo è successo qualcosa che lo consente". Questo qualcosa "è il doppio indebolimento dell'Occidente e della democrazia come sua ragione di essere, sua natura politica, sua visione culturale. Le due fragilità sono collegate e i nuovi despoti lo hanno capito"²³.

Due fattori su tutti hanno determinato questa fragilità. L'Occidente dopo la caduta del muro di Berlino doveva consolidarsi come luogo dei diritti e della de-

²¹ Nell'*Intervista al Prof. Paolo Grossi*, cit. p. 228 si osserva che "la nostra Carta costituzionale dà un rilievo centrale allo Stato legislatore, dedicandogli quasi interamente la seconda parte, ma si propone come "Costituzione plurale" giacché configura la Repubblica italiana quale comunità che accoglie e raccoglie una pluralità di ordinamenti giuridici primari".

²² Si veda sul punto il classico volume di E. DE MARTINO, *La fine del mondo. Contributo all'analisi delle apocalissi culturali*, (nuova ed.), Torino, 2019 p. 347 ss.

²³ V. la lucida analisi di S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p. 47 ss. e 75 ss. ma anche il bell'*Editoriale* di E. MAURO, *Se il potere degli autocrati avvelena le democrazie*, in *Repubblica*, del 7 settembre 2020.

mocrazia ma così non è stato. L'Europa, divisa al suo interno, non è stata capace di proporsi come soggetto protagonista di tale evoluzione e l'America di oggi, solitaria e isolata, ha eroso fino a vanificarlo il rapporto Atlantico come comunità che nel corso del Novecento ha rappresentato il modello di Stato di diritto.

Tutto ciò “ha liberato l'istinto autoritario che covava nelle democrazie” rispettose di alcune forme democratiche ma rette da poteri intolleranti e dispotici sino a “separare per la prima volta concettualmente la democrazia e la cultura liberale divenuta per Putin obsoleta e insufficiente, sì da imporre il ruolo “del potere sovrano senza i condizionamenti e i vincoli dei contrappesi e senza il bilanciamento dei poteri concorrenti, della Corte Costituzionale e di una magistratura libera e indipendente”. Da qui il tempo delle post-democrazie, con ciò che ne consegue: repressione del dissenso, arresti arbitrari, brogli elettorali, arbitrio nell'esercizio del potere, nonostante che le “Costituzioni riconoscano i diritti e le libertà dell'uomo (Russia), la supremazia della legge (Bielorussia), la libertà come diritto naturale inviolabile (Turchia)”. Domina in questo tempo il sopruso che minaccia a viso aperto l'Europa e il Mediterraneo e impone un risveglio dell'Occidente e dell'Europa nella difesa dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della forma democratica e sociale del Continente²⁴.

Ma ciò che accade nell'Unione Europea è rassicurante.

La Corte di Giustizia Europea aveva per la prima volta già applicato l'art. 7 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea sulla violazione di regole dello Stato di diritto da parte di alcuni Stati membri, mentre sono state a lungo allo studio una serie di interventi comunitari per applicare sanzioni di carattere economico dissuasive agli Stati colpevoli di tali violazioni. L'esito è stato un compromesso oggetto di diversi commenti. Questa la vicenda.

Il Regolamento europeo sul Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 prevede che si possano sospendere con un voto a maggioranza qualificata i fondi europei per violazioni dello Stato di diritto e per qualsiasi atto individuale, sistematico o ricorrente che minacci i valori fondamentali dell'Unione come la libertà, democrazia e il rispetto dei diritti umani. Polonia e Ungheria hanno opposto il loro veto e il Consiglio europeo ha proposto una mediazione con una dichiarazione interpretativa approvata da tutti i suoi membri. Questi i tratti essenziali: il Regolamento dovrà essere applicato nel rispetto delle identità nazionali degli Stati relativamente alle loro strutture politiche e costituzionali” (dell'art. 4, par. 2 TUE). La Commissione dovrà adottare delle linee guida per l'applicazione e sino alla loro pubblicazione non si potrà iniziare alcuna procedura sanzionatoria. Se un Paese membro impugna il testo si attiverà un procedimento davanti alla Corte

²⁴ Così E. MAURO, *Se il potere degli autocrati avvelena le democrazie*, ult.cit.

di Giustizia e si dovrà tener conto di tale pronunzia. Dunque il Regolamento entrerà in vigore il primo gennaio 2021 ma non avrà una applicazione immediata.

Per alcuni tutto ciò ha posto in luce la “forza e la debolezza dell’Unione”. La forza sta nell’aver raggiunto (l’11 e il 12 dicembre 2020) un accordo fondamentale per fronteggiare la crisi economica determinata dalla pandemia superando il veto di Polonia e Ungheria. La debolezza sta nei contenuti di quell’accordo. Di fronte a paesi “impegnati a trasformare il loro paese in democrazie illiberali” il Consiglio europeo si è espresso con una “dichiarazione interpretativa della proposta di Regolamento sullo Stato di diritto” che ha soddisfatto i paesi ribelli. Per una ragione chiara. Il Consiglio europeo ha stabilito due principi: da un lato si precisa che “il Regolamento sullo Stato di diritto “deve essere applicato ..nel pieno rispetto.. delle identità nazionali degli Stati membri inerenti alle loro fondamentali strutture politiche e costituzionali”, riconoscendo così la legittimità di aspetti autoritari nelle istituzioni di uno Stato membro. Dall’altro si rinvia l’operatività del Regolamento “fino a quando non sarà stato emesso un giudizio da parte della Corte di Giustizia europea”. In tal modo il Consiglio europeo si sarebbe attribuito un potere interpretativo che non è nelle sue attribuzioni ma soprattutto, come si è osservato ha eluso la domanda essenziale “se è possibile avere regimi illiberali all’interno di un Unione che vuole essere liberale”²⁵. D’altra parte il Parlamento Europeo con una risoluzione del 17 dicembre 2020 ha respinto l’interpretazione del Regolamento europeo sulla base di alcuni argomenti: la Commissione è indipendente, il Regolamento sullo Stato di diritto e l’approvazione a maggioranza che esso consente hanno un’importanza storica, le dichiarazioni del Consiglio europeo non sono vincolanti per la Commissione perché tale organo non ha funzioni legislative, e le sue dichiarazioni politiche non possono essere considerate una interpretazione di atti giuridici.

Il giudizio positivo²⁶ sulla dichiarazione interpretativa si basa, invece, su diversi e convincenti argomenti: l’equilibrio raggiunto, si dice, “ha del miracoloso” sulla base di una “sottigliezza giuridica” che ha superato, per il futuro, il bisogno di un voto all’unanimità di cui si sono giovati, anche in questo caso, Polonia e Ungheria rivendicando un giudizio esclusivo degli Stati sul rispetto dei principi. Non solo.

²⁵ V. sul ruolo attuale dell’Unione il bel libro di S. FABBRINI, *Prima l’Europa*, Milano, Edizioni Sole 24ore, 2020, p. 247 ss e Id, Polonia, Ungheria e la fragilità dell’Europa, in Sole24 del 13 dicembre 2020 da cui sono tratte le osservazioni precedenti e le citazioni con un rinvio, per l’ultima domanda al pensiero di J. Habermas.

²⁶ S. CASSESE, *L’Europa dei diritti cammina*, in Corriere della sera del 17 dicembre 2020, ove si sottolinea che per alcuni il compromesso è astuto ma poco coraggioso, per altri è una resa e per altri ancora è una scelta fondamentale.

Si precisa che il “legame diritto-soldi” come altre condizionalità sono strumenti utili ed efficaci per risolvere il problema del controllo delle regole dello Stato di diritto perché “solo così la democrazia e il diritto delle singole nazioni si arricchiscono” e le dichiarazioni universali o sovranazionali dei diritti dell’uomo non rimangono lettera morta”. Come si trae nell’assetto di molte organizzazioni globali “ove si cercano *linkage* (collegamenti) che unendo benefici e limiti possono rendere effettivi principi stabiliti universalmente per le comunità internazionali”. Il compromesso addirittura, secondo questa visione, migliora il testo del Regolamento perché le linee guida e l’istruttoria “aprono la via ad una giurisdizionalizzazione del conflitto” con il ricorso alla Corte di Giustizia. Insomma l’Unione europea “aumenta la sua capacità di pressione sugli Stati, attraverso la finanza” e si afferma una “nuova e più ricca declinazione della democrazia. Chi esercita il potere politico non deve solo rispondere al proprio elettorato ma deve anche rispettare i principi comuni del diritto, fissati nei Trattati insieme con gli altri Paesi”²⁷.

4. Scienza giuridica e responsabilità dell’interprete

Da qui un compito urgente per la Scienza giuridica civilistica sollecitato anche dal maggiore peso affidato alla giurisprudenza e ai giudici. Provo ad indicare alcuni aspetti.

Il rapporto annuale del Censis parla di una società incerta e spaurita di fronte ad una crisi sanitaria ed economica inedita, scossa da una diseguaglianza enorme e in crescita esponenziale, destinataria di provvedimenti assistenziali giusti ma provvisori che possono avere effetti gravissimi sui comportamenti collettivi di reazione. Non solo perché la pandemia ha indotto a rinunciare “alle libertà personali in nome della tutela della salute collettiva”. La paura e l’incertezza, secondo l’indagine del Censis, stanno inducendo una percentuale alta dei cittadini ad accettare una possibile rinuncia ad alcuni diritti sociali fondamentali per una maggiore sicurezza economica, mentre una quota ancora più alta di giovani è pronta a reclamare una priorità di cura nei confronti degli anziani e quasi la metà degli italiani ad essere favorevoli ad un forte inasprimento delle sanzioni penali compresa la pena di morte²⁸. Questa analisi spietata richiede risposte immediate.

Di fronte a tutto ciò il conflitto e la lotta politica sono insostituibili per il mantenimento di una forma democratica che non può reggere senza una *auctoritas*

²⁷ S. CASSESE, ult.cit.

²⁸ V, Il Rapporto annuale del Censis 2020 pubblicato il 4 dicembre 2020 e in particolare il 54° Rapporto sulla situazione sociale del Paese.

liberamente scelta che sappia garantire e assicurare la effettività dei diritti e dei doveri. D'altra parte c'è un altro aspetto da considerare. È certo che la carica rivoluzionaria del nostro tempo sta nella capacità di *trovare* il diritto nell'alveo di una società "libera e in grado di costruire il suo futuro", ma ciò esige di interrogarsi sulle forme di rappresentanza politica e sul ruolo della giurisprudenza e della scienza giuridica. Si dovrà studiare a fondo come ripensare la forma della delega e della democrazia parlamentare²⁹ mediante tecniche che nel corso del Novecento hanno aumentato la quantità dei ruoli di rappresentanza e non hanno affatto migliorato la qualità del rapporto fra eletti ed elettori. Questo aspetto essenziale non potrà essere trascurato da una riforma organica della Costituzione. Il tempo è sicuramente maturo e spetta alla politica affrontare questo problema in dialogo con la scienza giuridica e la volontà popolare. In altre parole, il ruolo di movimenti di contrasto contro abusi e repressioni all'interno di una forma democratica sono essenziali³⁰ quanto il ruolo di una stampa libera e coraggiosa³¹.

La Corte Costituzionale ha intrapreso un iter condivisibile da potenziare e arricchire. Il dialogo con il legislatore e l'invito a provvedere quando non sia tutelato in modo effettivo un diritto o un dovere ha dato buoni frutti e innova il rapporto tra potere politico e controllo di legittimità. Il Giudice delle leggi interviene così non solo in presenza di una norma illegittima ma anche in presenza di una lacuna o di una insufficiente tutela di una posizione soggettiva. Il suicidio assistito è un precedente di grande rilievo che incrina la assoluta discrezionalità del legislatore su temi sensibili e apre ad un intervento della Corte, che può emanare una regola adatta al caso e suscettibile di essere estesa a ipotesi simili³². Non solo. Con la recente delibera dell'8 febbraio 2018, la Corte Costituzionale apre, in sintonia con molti ordinamenti a noi vicini, alla presenza nel procedimento di *amici curiae* e alla scienza che può essere consultata in casi specifici durante il processo³³.

²⁹ Così P. GROSSI, op. ult. cit.

³⁰ V. ora sul punto N. URBINATI, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, p. 8 ss.

³¹ Solo due esempi. Una analisi molto documentata comparsa sulla stampa italiana nel febbraio del 2020 ha posto in luce, sulla base di una documentazione oggettiva, come la democrazia sia in forte crisi di fronte ad un autoritarismo che avanza nel mondo e in Italia. Il responso sul grado di democraticità è misurato in base ad una serie di parametri (indipendenza della magistratura, funzionamento della giustizia ecc.) ed è un efficace monito sullo stato del problema nel mondo.

³² V. Corte cost. ord. del 2018 n. 2017, e ord. del 2019 n. 242 su cui v. G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 58 ss.

³³ V. Corte cost. Delibera 8 gennaio 2020 Modificazioni alle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale", in G.U. 22 gennaio 2020 e sul tema T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla Giustizia costituzionale in Italia*, in

Ed è sempre più urgente una voce forte della dottrina giuridica, che è libera, dice la nostra costituzione (art. 33) e deve certo contribuire a garantire il pluralismo giuridico sociale ma deve anche affinare tecniche e strumenti che comportano una responsabilità diversa e più ampia della giurisprudenza. Ciò che occorre, insomma, è un totale cambio di mentalità che non amplia un Potere a discapito di un altro ma che muta il ruolo di tutte le Istituzioni chiamate ad un compito arduo all'altezza delle esigenze dei tempi. Solo qualche notazione.

Il rapporto fra Regole e Principi esige molto rigore per evitare semplificazioni e rotture. Non è sufficiente un richiamo alla ragione o allo spirito dei tempi³⁴. La ricerca del diritto nel caso concreto esige un percorso *dal fatto, alla norma, ai principi, per fissare la rilevanza giuridica del fatto e per formulare, entro quel contesto, la regola di decisione effettiva perché espressione concreta e adeguata della risposta del diritto al problema di vita sottoposto all'interprete*.

Dal testo e dal linguaggio³⁵, delle norme e dei principi, occorre trascorrere alla loro *ratio* come ordine oggettivo che lo sorregge. Questo passaggio è fondamentale e su di esso vi è il consenso delle teorie analitiche e della teoria er-

Consulta online, 2019, fasc. 1 ed ivi P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'Amicus Curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*; 20 S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Acc.Sc.Torino, Atti Sc.Mor*, 149 (2015), 15ss.

³⁴ In un saggio di Schmitt del 1944 ripubblicato di recente (*La situazione della scienza giuridica europea*, a cura di A. SALVATORE, Quodlibet, Macerata, 2020) si analizza il ruolo del positivismo dell'Ottocento capace di riconoscere nello Stato il titolare esclusivo della produzione normativa con "una letale riduzione del diritto alla legge". Lo stesso Schmitt rifiuta questa impostazione e richiama Savigny (cantore della scienza giuridica europea), e capace di legare il diritto alla tradizione del razionalismo occidentale di riconoscere nella scienza giuridica l'autentica fonte del diritto "così come la lingua è formata dai parlanti". Dunque una inversione netta, da parte di Schmitt, rispetto al decisionismo degli anni Venti e del nazionalismo statalistico degli anni Trenta. Un ragionamento, come si è osservato da molti (Cassese, *L'attualità della teoria giuridica di Schmitt*, in *Sole24ore*, del 13 settembre 2020), pieno di contorcimenti ma è certo che il richiamo alla funzione della scienza giuridica è essenziale oggi più di sempre superando le tensioni a trovare dentro se stessa la propria legittimazione e aprendosi invece alle discipline confinanti e alle intersezioni che vadano oltre in Europa le tradizioni costituzionali comuni e il dialogo tra le Corti.

³⁵ V.G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 171 "il linguaggio è al centro dell'ermeneutica, e più in generale del pensiero novecentesco" ed ivi le citazioni di Schleiermacher "Nell'ermeneutica c'è un solo presupposto: il linguaggio", di Heidegger "il linguaggio è la casa dell'essere", di Gadamer "Non c'è cosa, dove viene meno il linguaggio" di Fuchs "Se c'è significato c'è anche il linguaggio" sino all'eccesso di Vattimo "Le cose sono quelle che sono davvero soltanto nell'interpretazione e nel linguaggio".

meneutica³⁶. L'intenzione del legislatore espressa nell'art. 12 non può che essere riferita "ad un ordine oggettivo vigente"³⁷ composto da regole e principi. Non solo nazionali. Perché la Costituzione vanifica, negli articoli 11 e 117, la limitazione dei principi all'ordinamento positivo dello Stato contenuta nell'art. 12, comma 2. Dunque dalla Costituzione si deve alzare lo sguardo all'ordinamento comunitario e alla CEDU per individuare una regola contestuale, tratta dal confronto fra la fattispecie legale, i principi e la normatività del fatto. In tutto ciò il caso ha un'intrinseca normatività perché indirizza alla ricerca di quegli indici normativi di risposta alla peculiarità ed evoluzione delle circostanze che debbono essere valutate. Insomma il declino della fattispecie legale astratta evoca un discorso del giurista basato "su un'argomentazione attendibile e convincente"³⁸ che vada oltre l'analisi letterale del testo con un procedere rigoroso che *positivizzi i principi* e si ponga il problema di convincere e persuadere³⁹. Per un motivo chiaro

La "giustificazione" di una decisione o di un'opinione non può che essere tratta "dal sistema del diritto positivo". I principi vanno dogmatizzati ossia "messi fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico"⁴⁰.

L'esempio di alcune decisioni simbolo aiuta a comprendere tutto ciò.

Il caso Englaro⁴¹, il caso Cir Fininvest⁴² e il suicidio assistito⁴³ sono esempi di una coerente capacità di argomentare in modo rigoroso con il richiamo di tutti gli indici della giuridicità da applicare al caso da regolare e la capacità di trarre

³⁶ V.F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*; in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, pp. 63-104; Id., *L'interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*; P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI, G.B. RATTI, (a cura di), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol.i.p. 40; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

³⁷ COSÌ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*. Cit. p. 272-275.

³⁸ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, op. cit. p. 94, e S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 1033 ss.

³⁹ È questa l'ultima grande lezione di G. Benedetti, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., p. 160 ss.

⁴⁰ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII e il richiamo in G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, cit. p. 291 ss.

⁴¹ Cass. 16 ottobre 2007 n. 2017, Relatore A. Giusti.

⁴² Cass. n. 21255 del 2013 Relatore G. Travaglino e una sintesi in D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Pers.merc.*2013, ed ivi G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, p. 279.

⁴³ Corte cost. n. 242 del 2019 già citata.

da quei segni semantici una decisione motivata e corretta capace di esercitare compiutamente il compito della giurisdizione nella difesa di prerogative essenziali della vita personale e patrimoniale dei cittadini.

Questa *responsabilità ermeneutica*⁴⁴ è espressione di un preciso dovere per chi giudica o interpreta: evitare la semplificazione e usare in modo corretto i principi. Chi si sottrae a questo compito aiuta solo chi vuole sminuire il loro ruolo e la loro essenziale funzione.

Credo che ciò si chiami *ricerca della verità* che nasce dal basso e si impone in ogni problema di vita per tutelare libertà ed eguaglianza ma anche per contrastare la superficialità e talvolta la negligenza dell'interprete, giudiziale o sapienziale. La storia da millenni ci insegna questo nel bene e nel male.

Il civilista ha un compito fondamentale nella tutela di questi valori senza privilegiare assoluti o indulgere in reciproche condanne, ma alla ricerca di una *verità polifonica*⁴⁵ agevolata da una teoria degli opposti come "sintesi di una tensione feconda", di una "prospettiva dialogante" capace di superare la dinamica del conflitto amico-nemico e la "crisi della uniformità totalizzante dell'era della globalizzazione e dei particolarismi"⁴⁶. Ciò che occorre è un modello di pensiero antinomico che tenga uniti gli opposti impedendo la reciproca delegittimazione. Non solo.

Si deve rifiutare anche il più pericoloso estremismo, ossia l'estremismo di centro che vanifica qualsiasi messaggio. Perché fra Legge e Diritto "non c'è nessun terzo ordine, ma solo la sintesi dei primi due"⁴⁷, difficile da realizzare perché occorre una sapienza incarnata "da una contemplazione che si fa attraverso la storia e in base al tempo"⁴⁸.

Il Libro di Paolo Grossi è una preziosa testimonianza di tutto ciò.

⁴⁴ *Intervista a Paolo Grossi*, cit. p. 265: "Su quali ali il giurista di oggi può contare? Non è creatore del diritto (nemmeno il legislatore lo è); è più semplicemente interprete/inventore. La sua virtù maggiore sarà, come sempre, la *prudentia*."

⁴⁵ R. GUARDINI, *L'opposizione polare. Tentativi per una filosofia del concreto vivente*, in *Scritti di metodologia filosofica*, in *Opera omnia*, vol. I, Brescia, 2007 e in particolare M. Borghesi, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, Milano, 2018, p. 10.

M. BORGHESI, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, cit. p. 9

⁴⁶ M. BORGHESI, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, cit. p. 16.

⁴⁷ R. GUARDINI, *Lettere a Josef Weiger 1908-1962*, in *Opera omnia*, cit. p. 236 citato da M. Borghesi, *Romano Guardini*, cit. p. 43 ove si osserva che Guardini allude agli opposti "trascendentali". "La polarità in questione è quella che caratterizza l'unità nella differenza cioè la forma logico-psicologica che regola l'associazione polare". Nel testo si utilizza questa intuizione per il legame fra Legge e Diritto.

⁴⁸ J.M. BERGOGLIO, *Evangelizzazione della cultura e inculturazione del vangelo*, Relazione ad un convegno del settembre, 2015, pubblicata in *Civiltà cattolica*, nel novembre 2015., ove si teorizza l'incontro tra fede e cultura in un processo sapienziale che non teme il conflitto e implica parrhesia creativa che "non resta avvulupata da alcun estremismo", ma è capace di mediare come momento dell'atto conoscitivo.

La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sistema delle fonti e Costituzione. – 3. Natura del rapporto tra fonti interne ed esterne. – 4. Fonti interne e CEDU. – 5. Fonti interne ed UE. – 6. Nuove questioni.

1. Premessa

Per porre in luce la rilevanza del tema oggetto dell'incontro, è sufficiente ricordare con Roberto Bin che, «per dire che cosa sia il diritto si ricorre ad una metafora, quella della “fonte”. Le fonti del diritto sono tutti quei documenti o quei comportamenti accreditati della capacità [...] di produrre regole [...]. Sicché, individuate le “fonti”, il giurista ha risolto il problema di che cosa sia il diritto e può iniziare il suo lavoro»¹. Stabilire «qual è il “diritto” dello Stato di diritto», identificare e ricostruire il sistema delle fonti è tuttavia opera diventata nel tempo sempre più complessa. Nel Novecento, con la crisi della società moderna, caratterizzata «dalla completa identificazione del diritto nella legge»², «tutto è stato rimesso in discussione, a cominciare da quel sacrario intoccabile che era il recinto proibito delle fonti»³ e, quindi, anche il ruolo della fonte dominante, la legge. Ne è conseguentemente uscita complicata la questione dell'interpretazione (sintetizzabile negli interrogativi: in cosa consiste? Quali sono i suoi limiti?) e, quindi, del rapporto tra il giudice e la legge o, se si preferisce, tra il legiferare ed il giudicare, tra il dettare e l'applicare le regole dell'agire⁴.

Si tratta di un tema antichissimo. Basta ricordare che Vittorio Emanuele Orlando, nella prefazione ad un volume del 1948 sui lavori preparatori della Co-

¹ R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in www.unikore.it.

² P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012, 6.

³ P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi*, in *Introduzione*, cit., 121.

⁴ R. RORDORF, in L. SALVATO-R. RORDORF, *Conversando su diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, giustiziainsieme.it*, 2 febbraio 2021.

stituzione, ricordava che «quando l'Imperatore Giustiniano compì la prodigiosa codificazione del suo *“Corpus Juris”* e pubblicò come legge del suo Impero quella che doveva poi essere la legge di tutto il mondo civile, emanò nel tempo stesso la famosa costituzione, contenuta in C. I, 12, con cui vietava severamente la pubblicazione di libri che servissero ad interpretazione o commento del suo Codice immortale, prescrivendo al giudice, in caso di dubbio, di rivolgersi alla stessa Maestà Imperiale, la sola autorizzata a risolvere i dubbi nell'applicazione di quello. Ma anche la stessa onnipotenza dell'Imperatore non poté questa volta vincere gli ostacoli che rendevano assurda e inattuabile quella sua pretesa, di sopprimere ogni maniera di interpretazione obiettiva: il che val quanto dire sopprimere la giurisprudenza. Il divieto, dunque, non fu mai osservato e si è sempre ritenuto che sia stato abrogato da un cosiddetto “diritto consuetudinario generale”: caso rarissimo⁵. La questione ha nondimeno continuato ad essere riproposta nei secoli, soprattutto nel diritto premoderno. Una delle cause scatenanti del processo rivoluzionario e dell'affermazione del principio che il giudice deve essere mera *“bocca della legge”*, in quanto «fonte primaria del diritto che ai giudici spetta applicare in modo rigoroso e senza margini di autonomia», fu infatti la moltiplicazione delle fonti del diritto e l'inesistenza di una chiara gerarchia tra le stesse che avevano consentito un'indeterminata espansione del potere interpretativo dei magistrati, avvertita come lesiva di fondamentali esigenze, di giustizia e di certezza, anche perché essi esprimevano «prevalentemente il punto di vista dei ceti nobiliari» cui appartenevano o aspiravano ad appartenere⁶.

Nell'impossibilità di ripercorrere, sia pure sommariamente, il dibattito che, soprattutto a seguito dell'avvento della Costituzione, ha messo in discussione e fatto rivedere tale approdo, è sufficiente osservare che la questione, dal punto di vista della magistratura, sembrava avviata a soluzione dal lontano 1965, quando il congresso dell'A.N.M. di Gardone approvò una mozione unitaria che conteneva una conclusione in cui si dichiarava «decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del paese».

L'emergere di nuovi bisogni e di nuovi diritti in una società che si evolve sempre più velocemente e pone nuovi problemi con una rapidità tale che il legislatore non è in grado di risolvere tempestivamente, la transizione dal diritto acquisito all'accordo regolato contrattualmente, il passaggio dal dominio della

⁵ V.E. ORLANDO, Prefazione, in V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori, con prefazione di V.E. Orlando*, Roma, 1948.

⁶ C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, 32.

tradizione a quello della razionalità, la «dissoluzione delle strutture tradizionali»⁷, la globalizzazione, hanno segnato il definitivo tramonto della modernità giuridica e dell'ideale illuministico del «diritto chiaro e preciso» e l'irrompere della *pos-modernità* in cui il diritto è «frutto di invenzione» (nell'accezione di Paolo Grossi).

L'esito è stato l'espansione del potere giudiziario, tipica di tutte le democrazie occidentali, senz'altro non ascrivibile alla volontà dei magistrati (almeno, non solo), in quanto è stata frutto di condizioni nuove nella società e nelle istituzioni politiche del regime rappresentativo, della nuova natura della legislazione e della domanda di giustizia che ne è conseguita⁸. È così accaduto che, mentre il giudice dell'età liberale tendeva a decidere secondo norme precise e precostituite (sebbene già allora non vi riuscisse), il giudice dell'età contemporanea lavora invece come un rilevante, attivo, cooperatore allo sviluppo dell'intero sistema normativo. La funzione giurisdizionale è attività non più meramente servente della legislazione (se mai lo è stata), bensì promotrice e realizzatrice dei principi costituzionali.

Nel momento di massima crisi della fattispecie, dell'espansione della dimensione dell'interpretazione e dell'affermarsi della giurisprudenza quale fonte del diritto hanno ripreso vigore gli interrogativi sul c.d. *attivismo giudiziario* (espressione dell'interpretazione c.d. creativa) da parte della dottrina⁹, ma anche (almeno sotto certi profili) della giurisprudenza costituzionale, con il ridimensionamento dell'interpretazione costituzionalmente orientata¹⁰ ed il rinnovato richiamo al valore vincolante della lettera della legge¹¹, stabilito dall'art. 12, primo comma, delle preleg-

⁷ R. DAHRENDORF, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Bari, 2003, 28.

⁸ *Ex plurimis*, A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Bari, 1998, in particolare, 41 ss.

⁹ Nella vasta letteratura sul tema, tra gli scritti più recenti, M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 4, 37.

¹⁰ Nella declinazione offerta dalla sentenza n. 356 del 1996, secondo cui il mancato approfondimento delle ragioni impeditive dell'interpretazione adeguatrice dava luogo all'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. In seguito, la Corte costituzionale ha affermato che la non adeguata utilizzazione dei poteri interpretativi e la mancata esplorazione di diverse, pur praticabili, soluzioni ermeneutiche determinano la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale (tra le molte, Corte cost. n. 221 e n. 262 del 2015; n. 45, n. 95, n. 204 del 2016) e, se il rimettente ha considerato la possibilità di una interpretazione adeguatrice, ma l'abbia motivatamente scartata, «la valutazione sulla correttezza o meno dell'opzione ermeneutica prescelta riguarda non già l'ammissibilità della questione sollevata, bensì il merito di essa», sentenze n. 50 del 2020 e n. 204 del 2021, anche per ulteriori richiami.

¹¹ Tra le più recenti, sentenze n. 102 del 2021, 221, n. 158, n. 141 e n. 54 del 2019.

gi, riaffermato anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹², mentre si è imposta all'attenzione anche la questione dei confini che delimitano l'agire della Corte costituzionale, significativamente sollevata anche dallo *interno* della stessa¹³.

Queste pur sommarie considerazioni sono sufficienti a dare conto della circostanza che il sistema delle fonti (con tutti i suoi corollari) resta un cantiere aperto, con le originarie e le nuove complessità. Lo è in quanto investe i cardini essenziali dello Stato liberale di diritto (i principi di separazione dei poteri e di legalità come aspetti della forma democratica), l'eterno «nodo» della «giustizia sostanziale o del caso singolo» e l'identificazione dell'istituzione in grado di garantirla, temi ai quali sono dedicate intere biblioteche, in ambito non solo giuridico¹⁴. La problematicità dei temi è esemplarmente riassunta dalla nota vicenda del mugnaio di *Saint Souci* (o di *Potsdam*), se però considerata nel suo completo dipanarsi. Occorre infatti ricordare – ha sottolineato Romano Ricciotti – che il mugnaio, per ottenere giustizia, dovè sì ricorrere, in un primo tempo, al giudice, ma in seguito, affinché ciò fosse, fu per i suoi eredi necessario rivolgersi all'imperatore Federico II¹⁵.

¹² In particolare, con esemplare chiarezza da S.U. n. 24413 del 2021: «la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura “dichiarativa”, giacchè riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, con esclusione di qualunque efficacia direttamente creativa».

¹³ «La Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che *oggi* ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”, «La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che “sta al passo coi tempi”: come se i tempi, tra l'altro, dovessero mutare sempre e solo di bene in meglio, in un incessante e inarrestabile progresso dei diritti individuali e collettivi, e la Costituzione, cambiando insieme ai tempi, dovesse riflettere “*the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”», N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2021, n. 3, 9786 ss, e nella vasta letteratura sul tema, ivi gli scritti di M. RUOTOLO, *Oltre le 'rime obbligate'*, 54, e di D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, 86. La considerazione secondo cui «la formula corretta non è dove deve fermarsi la Corte, ma fino a dove si estende la Costituzione che la Corte è chiamata a difendere» (S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 54), indubbiamente suggestiva, si risolve in una formulazione diversa (peraltro, solo apparentemente) della questione, ma forse non aiuta a risolverla.

¹⁴ Il secondo, efficacemente delineato da M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, cit., 40, osservando: «Il nodo è la giustizia sostanziale o del caso singolo: si deve fare di tutto (anche a costo di forzare o addirittura violentare le fonti da applicare) per dare al caso la soluzione più “giusta”? Oppure si deve restare un passo indietro, perché non spetta al giudice rendere Giustizia, ma solo esercitare la giurisdizione?», quesito oggetto di riflessioni anche nella filosofia, nella letteratura, e non solo.

¹⁵ R. RICCIOTTI, *La vera storia del mugnaio di Saint Souci e la responsabilità dei magistrati*, in *Critica penale*, 2005, 99.

Il tema involge altresì questioni fondamentali concernenti la collocazione ordinamentale del magistrato. La soggezione del giudice al diritto legislativa giustifica, infatti, che il magistrato sia un pubblico funzionario, reclutato mediante concorso, in virtù di una configurazione che, forse, tollera una dose minima di creatività dell'interpretazione. La validità del modello sembra invece messa in crisi dalla dimensione integrativo-creatrice dell'interpretazione giurisprudenziale e può dare forza all'interrogativo di Salvatore Mannuzzu secondo cui occorrerebbe allora chiedersi «da dove viene, come si giustifica un loro potere così grande»¹⁶, influenzando altresì sull'agire quotidiano del magistrato (tra l'altro, sulla finalità e sulla modalità della motivazione dei provvedimenti) e sui tipi di responsabilità prefigurabili in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale.

2. Sistema delle fonti e Costituzione

Siffatte considerazioni inducono a ricordare che nel nostro ordinamento il sistema delle fonti era stato chiaramente fissato nell'art. 12 delle preleggi, stabilendo la gerarchia tra le stesse quale presupposto caratterizzante. Il sistema è stato innovato dalla Costituzione: da un canto, è stata confermata nell'art. 101, secondo comma Cost., la soggezione del giudice alla legge; dall'altro, il primato della Carta fondamentale ha reso la funzione giurisdizionale attività non meramente servente della legislazione (se mai lo è stata), ma promotrice ed attuatrice dei principi e dei valori costituzionali. La Carta ha altresì attribuito nuova e precisa rilevanza ai diritti fondamentali, proclamati «inviolabili» (art. 2), assicurandone una protezione rinforzata contro ogni tentativo di modifica proveniente dall'interno, ma anche dall'esterno. Essi valgono, infatti, «a salvaguardare la continuità dell'ordinamento a fronte dell'alternarsi degli orientamenti politici e dei cambiamenti di indirizzo politico delle maggioranze al governo; nei rapporti esterni, europei e internazionali, essi costituivano una zona impenetrabile, deposito dei tratti fondamentali della cultura di un popolo, da preservarsi di fronte alla internazionalizzazione e alla globalizzazione»¹⁷.

In tal modo la Costituzione non ha tuttavia realizzato una chiusura del nostro ordinamento. Anzi, la Carta è caratterizzata da una forte impronta e vocazione universalistica¹⁸ e proprio questa ha contribuito ad innovare il sistema

¹⁶ S. MANNUZZU, *Il fantasma della giustizia*, Bologna, 1998, 74.

¹⁷ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali*, 15 e 23, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei su «*La Costituzione ieri e oggi*», Roma, 9-10 gennaio 2008, 92-93.

¹⁸ V. ONIDA, *La Costituzione del 1948, ieri e oggi*, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei su «*La Costituzione ieri e oggi*», cit., 15.

delle fonti sul versante esterno¹⁹. Nata nel clima storico segnato dalla seconda guerra mondiale, espressione del costituzionalismo contemporaneo, la Costituzione ha infatti aperto il nostro Paese alle relazioni internazionali e legittimato le limitazioni di sovranità necessarie a dare vita ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni. Proprio per questo, è stata ricompresa tra le più ambiziose «anche per quanto concerne la determinazione dell'atteggiamento dello Stato italiano rispetto alla comunità internazionale». Essa annovera «ben quindici precetti internazionalistici», nella «consapevolezza che lo Stato è interamente calato nella realtà internazionale, la quale ne condiziona direttamente e in larga misura anche la vita interna»²⁰. La Costituzione ha dunque accolto una nuova concezione della sovranità dello Stato rispetto a quella soltanto pochi anni prima consacrata negli articoli del capo primo delle preleggi del codice civile («Delle fonti del diritto»)²¹, attuata attraverso il processo di integrazione europea²² e la trasformazione subita dal diritto internazionale, diventato anche il diritto degli individui²³.

Nel tessuto dei principi e delle regole che i giudici sono chiamati ad applicare si è attenuato il rapporto fra norma e territorio; lo *ius dicere* ha assunto «un respiro internazionale e, soprattutto, europeo», in conseguenza della molteplicità e concorrenza delle fonti di produzione normativa nel quadro di un sistema in cui «il diritto non è monopolio dei giuristi»; conseguentemente, «il giurista deve impadronirsi con maggiore sicurezza degli approcci e delle tecniche sperimentati dagli studi del diritto compiuti da non giuristi, uscendo dal chiuso del proprio metodo»²⁴. Nel lessico giuridico (e non solo) sono comparse e si sono affermate locuzioni quali «ordinamento multilivello», «globalizzazione dei diritti e delle tutele», «superamento della territorialità del diritto», «dissoluzione del rapporto tra norma e territorio», «dialogo tra le corti», «tutela multilivello», formule che sintetiz-

¹⁹ V. ONIDA, *La Costituzione del 1948, ieri e oggi*, cit., 15.

²⁰ A. CASSESE, *Commentario della Costituzione, sub artt. 10 e 11*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 461 ss.

²¹ Ispirati alla «assolutezza del potere statale nei rapporti internazionali», A. PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *Foro it.*, 2009, V, 215.

²² Integrazione che ha incrinato il «rapporto biunivoco ritenuto fondamentale dalla scienza giuridica moderna, e cioè quello tra Stato e diritto, emblema della sovranità statale», A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-Nazione alla globalizzazione (sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto)*, Milano, 2010, 4.

²³ Anche grazie all'istituzione di corti internazionali cui gli individui possono rivolgersi direttamente per conseguire forme di tutela dei loro diritti fondamentali, A. PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., 215.

²⁴ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 518.

zано efficacemente il superamento della dimensione nazionale dell'ordinamento giuridico, cui sono seguite una congerie di questioni; tra queste, quella del «pericolo di una “Babele” dei diritti (e delle loro tutele)»²⁵. Si tratta di un pericolo frutto, tra l'altro: della nuova complessità del sistema delle fonti, non limitato dai confini dello Stato; della facoltà dei singoli di rivolgersi, in taluni casi, direttamente alle Corti *esterne*²⁶; della difficoltà di armonizzare le giurisdizioni nazionali, sovranazionali ed internazionali; di una tendenza caratterizzata anche dal richiamo in modo disinvolto delle fonti esterne, senza preoccuparsi di accertarne rango ed efficacia nell'ordinamento interno²⁷.

3. Natura del rapporto tra fonti interne ed esterne

Indiscussa la complessità del sistema delle fonti, il tema, con riguardo a quelle esterne, va affrontato muovendo dalla premessa che il rapporto tra fonti interne ed esterne ha valenza costituzionale. È, infatti, «nella Costituzione che normalmente, con formule diverse e di portata più o meno ampia, si trova il riferimento all'osservanza del diritto internazionale» e sovranazionale, che consente ed impone l'applicazione delle relative norme e, in determinate ipotesi, un confronto tra le norme esterne, le norme della Costituzione ed i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato²⁸.

Tale rapporto ha, inoltre, valenza internazionale, dato che all'ordinamento internazionale inerisce l'obbligo degli Stati, in tutte le articolazioni interne, di osservarne le norme (di natura consuetudinaria, o derivanti da accordi, obbligo sintetizzato dai brocardi *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda*), nel rispetto del «principio fondamentale che preclude agli Stati di far valere una

²⁵ C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in *Riv. trim.dir.pubb.*, 2009, 1.

²⁶ Della quale costituisce esempio la circostanza che la Corte di Strasburgo, al fine di potenziare l'efficacia delle proprie sentenze, in alcuni casi, ha cominciato ad accompagnare le condanne con l'indicazione delle misure, generali o specifiche, ritenute più idonee per il rispetto e l'attuazione della decisione da parte dello Stato sanzionato, o anche per evitare future condanne simili: C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi*, cit., 1 ss.

²⁷ Privilegiando nella decisione dei casi soluzioni pseudo-equitative, prive di un sicuro fondamento normativo, con il rischio di «consegnare i diritti fondamentali alla mercé del consenso» ed alimentare la cd. *juristocracy*, termine utilizzato «per sottolineare la tendenza un po' aristocratica di individuare nelle aule giudiziarie le sedi più appropriate per le decisioni sui diritti fondamentali», M. CARTABIA, *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, cit., 106.

²⁸ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, 399.

norma interna, ancorché costituzionale, per giustificare una violazione del diritto internazionale, ciò che nella sostanza si traduce in una *primaute* di principio della norma internazionale sulla norma nazionale, che lascia salva, specularmente, soltanto la verifica di sintonia con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale interno»²⁹.

Il dovere del legislatore, dei giudici e della pubblica amministrazione, di assicurare l'osservanza degli obblighi dello Stato nei confronti dell'intera Comunità internazionale e degli altri Stati sovrani singolarmente considerati, che ha fonte nella Costituzione, ha aperto il nostro Paese ed il suo ordinamento giuridico alla vita di relazione internazionale ed alle sue regole, operando con differenti meccanismi.

In primo luogo, tra i principi fondamentali è stata inserita la previsione dell'adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, primo comma, Cost.), ai trattati sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10, secondo comma, Cost.), ai Patti Lateranensi sui rapporti tra Stato e Chiesa (art. 7 Cost.). In secondo luogo, la Costituzione ha ripudiato la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali³⁰ ed ha legittimato le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», nonché la partecipazione ad organismi internazionali rivolti a tale scopo, con una disposizione «collocata tra i “principi fondamentali” della Costituzione» (art. 11 Cost.)³¹. La novellazione dell'art. 117, primo comma, Cost., ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha infine completato l'apertura alle fonti esterne, imponendo al legislatore ordinario (statale e regionale) il rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»³².

In passato, era stata sostenuta la riferibilità della regola dell'adattamento automatico, stabilita per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, anche alle norme convenzionali, con tesi che non ha avuto successo³³.

²⁹ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 398.

³⁰ Con disposizione di portata chiaramente pacifista, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004.

³¹ Sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

³² Su tale modifica, tra i molti, B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *FORO it.*, 2002, IV, c. 229; G. SERGES, *Art. 117, 1° comma*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, p. 2215; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2002, 1335.

³³ Propugnata da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 59.

La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, affermato che le norme contenute negli accordi internazionali non hanno copertura costituzionale (qualora, ovviamente, non siano state recepite con legge costituzionale) e, diversamente da quelle contemplate dall'art. 10, primo comma, Cost., devono costituire oggetto di una legge di adattamento *ad hoc*³⁴. Questa soluzione aveva, tuttavia, determinato un rilevante problema pratico: la sintonia con le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute si traduceva, infatti, nel loro primato, salvo il limite dei principi fondamentali interni; l'adattamento ai trattati realizzato dalla legge ordinaria comportava, invece, che questi soccombevano all'impatto con la prima legge ordinaria successiva che ne contraddiceva, in tutto o in parte, il contenuto e/o la portata³⁵. Il problema era emerso soprattutto in riferimento ai diritti fondamentali ed aveva spesso posto i giudici comuni di fronte alla difficoltà di garantire agli stessi la più ampia tutela eventualmente prevista dalle fonti esterne, soprattutto quando ciò era (o sembrava) impedito dalle fonti interne.

È nel quadro di detti principi che va affrontata la questione del rapporto tra fonti interne e norme sovranazionali, con distinto riguardo alle norme della CEDU e dell'UE, diversamente risolta, tenuto conto della differente modalità di ingresso delle stesse nel nostro ordinamento.

³⁴ Le argomentazioni a conforto del principio sono state diffusamente svolte, in particolare, nella sentenza n. 323 del 1989: «Emerge in modo inequivocabile dai lavori dell'Assemblea costituente – e dottrina e giurisprudenza sono concordi – che l'art. 10, primo comma, della Costituzione prevede l'adattamento automatico del nostro ordinamento esclusivamente alle “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, intendendosi per tali le norme consuetudinarie. L'adattamento alle norme internazionali pattizie avviene invece per ogni singolo trattato con un atto *ad hoc* consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria. Ne consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. In tal modo si verrebbe a ricondurre le norme internazionali pattizie sotto l'impero dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, mentre – come si è detto – esso è stato così formulato proprio per limitarlo alle norme generali materiali ed escludere dalla sua sfera di applicazione i trattati, in quanto la norma generale “*pacta sunt servanda*” è norma strumentale non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno».

³⁵ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 404.

4. Fonti interne e CEDU

La valenza costituzionale ed internazionale del rapporto tra fonti interne ed esterne impone di ritenere che le regole di ingresso delle seconde sono quelle stabilite dalla Costituzione, come interpretata, con efficacia vincolante per il giudice comune, dal Giudice delle leggi, il quale ha enunciato principi chiari e precisi che hanno risolto in modo tendenzialmente esaustivo le principali questioni.

Volgendo l'attenzione alle norme della CEDU, regola fondamentale è quella secondo cui, qualora con le stesse sia in contrasto una norma interna, il giudice *comune* è privo del potere di "non applicare" quest'ultima, in quanto, come si dirà, la Corte costituzionale lo ha escluso.

Non convince la considerazione che tale questione «rest[erebbe] nelle mani del giudice *comune*, e quindi in ultima analisi della Corte di cassazione (oltre che, beninteso, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti)»³⁶. L'inesistenza nel nostro ordinamento di un monopolio dell'interpretazione delle norme costituzionali in capo al Giudice delle leggi non esclude, infatti, che, quando una questione ha valenza costituzionale, è a questo che spetta l'ultima parola. La regola enunciata dalla Corte costituzionale può, ovviamente, costituire oggetto di critica, ma si impone al giudice *comune*³⁷, anche in ordine al parametro che viene in rilievo³⁸.

Sarebbe un fuor d'opera (comunque, non è possibile) procedere alla ricognizione dell'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e *comune* in ordine alla questione del rango e dell'efficacia della CEDU³⁹. È sufficiente ricordare che, sino alla novellazione dell'art. 117, primo comma,

³⁶ L'intervento della Corte costituzionale dovrebbe, quindi, ritenersi «riservato ai casi di sua violazione "flagrante", vale a dire allorché la norma posteriore esprima, anche implicitamente, la volontà di contravvenire a quella internazionale, mentre nei casi "ordinari" dovrebbe essere il giudice comune a far prevalere la norma internazionale, disapplicando quella interna configgente», G. RAIMONDI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato*, in *appinter.csm.it*, 18.

³⁷ La configurazione del contrasto con la norma CEDU come questione di legittimità costituzionale non esclude la possibilità di evocare quale parametro l'art. 10, primo comma, Cost. «ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta», sentenza n. 311 del 2009.

³⁸ Evocarne uno diverso significa destinare la questione ad una decisione di infondatezza, come accaduto per quella oggetto della sentenza n. 129 del 2008 (caso *Dorigo*).

³⁹ Per esigenze di sintesi, per una ricognizione di tali orientamenti, sia consentito rinviare a L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne" ed i poteri ed i compiti del giudice "comune"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 259; ID, *Norme interne e norme della CEDU: poteri e compiti del giudice 'comune' alla luce di tre sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *www.appinter.csm.it*.

Cost., secondo la Corte costituzionale, alle norme convenzionali non era riferibile l'art. 10, primo comma, Cost.; in relazione alle stesse neppure veniva in rilievo l'art. 11 Cost. (non essendo individuabile, con riferimento alla CEDU «alcuna limitazione della sovranità nazionale») e, quindi, la Convenzione aveva lo stesso rango della legge ordinaria che l'aveva resa esecutiva nel nostro ordinamento.

Sono state le cc.dd. *sentenze gemelle* del 2007 (n. 348 e n. 349) ad avere enunciato l'innovativo principio, in seguito ribadito⁴⁰, secondo cui alla CEDU non è riferibile l'art. 11 Cost. e le norme convenzionali «non si collocano a livello costituzionale», alle stesse neanche attribuito dall'art. 117, primo comma, Cost., il quale ha stabilito «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettar[le]», con la conseguenza che la disposizione nazionale con esse in contrasto lo «viola per ciò stesso» e, appunto per questo, è costituzionalmente illegittima.

Corollari di tale principio sono che il giudice *comune*, qualora in una fattispecie venga in rilievo la CEDU, individuata la pertinente norma applicabile, avuto riguardo all'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, se la ritenga vulnerata da una norma interna e non sia possibile eliminare l'antinomia mediante l'interpretazione conforme, ovvero valorizzando il margine di apprezzamento spettante al giudice nazionale, deve sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., essendo privo del potere di «non applicarla»⁴¹. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, con l'art. 6, ha attribuito alla Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea giuridico dei Trattati, senza estendere le competenze dell'Unione, aveva indotto a prefigurare la *comunitarizzazione* della CEDU (che avrebbe consentito di estendere a questa il potere di «non applicazione»), che è stata tuttavia esclusa dalla Corte costituzionale⁴².

L'art. 117, primo comma, Cost. ha realizzato «un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati», ma quest'ultima «è soggetta a sua volta [...], ad una verifica di compatibilità» con riguardo alle «pertinenti norme

⁴⁰ Tra le altre, sentenze. n. 311 e n. 317 del 2009; n. 80 e n. 113 del 2011; n. 68 del 2017; n. 25 e n. 311 del 2019.

⁴¹ Particolarmente chiara, tra le altre, la sentenza n. 80 del 2011: «si deve, dunque, conclusivamente escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU»; analogamente, sentenza n. 93 del 2010 (il giudice *comune* non può «disapplicare la norma interna contrastante» con la disposizione convenzionale) e le altre richiamate nella nota che precede.

⁴² Sentenza n. 80 del 2011.

della Costituzione»⁴³. Diversamente da quanto accade per le norme comunitarie e concordatarie, lo scrutinio del Giudice delle leggi non è dunque limitato «alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali» da parte della disposizione della Convenzione. Qualora il contenuto precettivo desunto dalla disposizione convenzionale dalla Corte di Strasburgo vulneri norme della Costituzione, «tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale»⁴⁴, «e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta [...] l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento»⁴⁵. La Corte costituzionale accerta altresì «che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela 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».

Siffatto meccanismo d'ingresso delle norme convenzionali e la negazione del potere del giudice *comune* di “non applicare” quella interna con esse in contrasto non deprime compiti e ruolo allo stesso attribuiti, che risultano anzi esaltati dal “decalogo” declinato dalla Corte costituzionale⁴⁶. Il potere interpretativo del giudice *comune* è certo meno ampio di quello spettante in relazione agli obblighi internazionali diversi dalla CEDU, ma ciò è frutto della scelta di istituire un organo giurisdizionale sovranazionale quale custode della medesima, titolare del potere nomofilattico⁴⁷. Resta nondimeno fermo il potere di applicare la CEDU

⁴³ Successivamente alle sentenze *gemelle*, in tal senso, *ex plurimis*, sentenze n. 113, n. 181 e n. 236 del 2011 e quelle ulteriori richiamate nelle note che seguono.

⁴⁴ Sentenza n. 311 del 2009, dato che è questa una «ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato» sentenza n. 113 del 2011.

⁴⁵ Sentenza n. 311 del 2009.

⁴⁶ E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione al seminario tenutosi a Palazzo della Consulta sul tema *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, 2009, 4, www.cortecostituzionale.it, che ha desunto dalle sentenze cc.dd. gemelle del 2007 i «dieci comandamenti che la Corte costituzionale ha ricavato in via interpretativa» dall'art. 117, primo comma, Cost.

⁴⁷ Al riguardo, giova riportare il passo della sentenza n. 349 del 2007, nella parte in cui la Corte afferma: «In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza “si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle

anche a casi che non siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo, dato che «[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri». In questa attività interpretativa il giudice *comune* «incontra il solo limite costituito dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi a questa Corte per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato»⁴⁸.

La costruzione elaborata dalla Corte costituzionale neanche incide sull’effettività della tutela dei diritti fondamentali, vieppiù in quanto sono stati oramai superati i dubbi in ordine all’ammissibilità della tutela cautelare, quanto al *fumus boni iuris*, se ritenuto sussistente in considerazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale⁴⁹.

5. Fonti interne ed UE

Volgendo l’attenzione alle norme dell’Unione Europea (in precedenza, Comunità economica europea), in relazione a queste risulta più marcato il superamento della dimensione nazionale del diritto, grazie anche ai principi enunciati dalla Corte costituzionale.

Pregnante interesse riveste la preliminare considerazione che la modalità di ingresso delle norme sovranazionali e tre fondamentali principi del relativo ordinamento (il principio del primato del diritto dell’UE su quelli nazionali⁵⁰; il principio dell’efficacia diretta delle norme del Trattato e delle direttive non attua-

condizioni previste” dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell’una e dell’altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest’ultima, così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziazione o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale».

⁴⁸ Sentenza n. 68 del 2017.

⁴⁹ In ordine a detta questione, per ragioni di sintesi, si rinvia a L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

⁵⁰ In virtù di tale principio il diritto dell’UE prevale sul diritto interno con esso in contrasto, che, quindi, “non è applicabile”, sentenza 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa v. Enel*.

te⁵¹; il principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'UE⁵²) hanno matrice giurisprudenziale, in quanto enunciati all'esito di un serrato dialogo ('a distanza', in una prima lunga fase) tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, avviato negli anni '60 (con la sentenza della Corte cost. 24 febbraio 1964, n. 14) e sostanzialmente concluso (quanto almeno alla prima fase) dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170.

All'esito di tale dialogo, la Corte costituzionale ha indicato nell'art. 11 Cost. la norma che ha permesso l'adesione dell'Italia alla CE e la configurazione dei due ordinamenti come "distinti ed al tempo stesso coordinati". La costruzione ha assicurato il primato del diritto dell'UE, grazie al controllo diffuso di compatibilità "comunitaria" ed al potere del giudice *comune* di "non applicare" la disposizione interna in contrasto con la norma comunitaria avente effetto diretto, con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale sollevata per denunciare l'antinomia di una norma interna con una norma UE avente effetto diretto è inammissibile, per irrilevanza⁵³. Nel tempo è stato poi precisato che il potere di "non applicazione" esige anzitutto di identificare il criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione e la riconducibilità della fattispecie nel cono di applicazione delle norme sovranazionali (in quanto, appunto, disciplinata dalle stesse), che non hanno carattere di generalità⁵⁴. Siffatto potere sussiste in relazione alle norme dell'UE aventi effetto diretto⁵⁵, alle sentenze della Corte di giustizia⁵⁶ e nei casi di violazione di un

⁵¹ In riferimento al primo, sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, alle seconde, sentenza 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*. In virtù di tale principio, la norma comunitaria che presenta determinati caratteri è idonea a dare vita a diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai soggetti dell'ordinamento (persone fisiche o giuridiche), che possono farli valere dinanzi al giudice nazionale, anche nel caso in cui si tratti di norme indirizzate agli Stati membri, che a questi impongono un obbligo di fare o di non fare, la cui osservanza si collega comunque ad un diritto del singolo.

⁵² Sentenza 19 novembre 1991, C-6/90, 9/90, *Francovich*.

⁵³ Tra le tante, Corte cost. n. 284 del 2007, b. 125 del 2009, n. 227 del 2010.

⁵⁴ Di recente, Corte di giustizia, 28 maggio 2020, C-17/20, MC; Corte cost. n. 33 e n. 30 del 2021.

⁵⁵ Questo effetto connota gli atti vincolanti dell'Unione, comprese le direttive, scaduto il termine di recepimento (Cass. 25 febbraio 2004, n. 3762; C. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1270), qualora le relative disposizioni "appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise" (CGUE 5 ottobre 2004, C-397-403/01, *Pfeiffer*; C. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5197), se da esse derivi un diritto del cittadino, azionabile nei confronti dello Stato (Corte cost. n. 28 del 2010; n. 168 del 1991), anche quando formalmente non siano destinate ai singoli (così da CGUE 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*).

⁵⁶ Le pronunce hanno "operatività immediata negli ordinamenti interni", nel caso sia di decisioni interpretative rese in via pregiudiziale (Corte cost. n. 113 del 1985; Cass. 21 dicembre 2009,

principio generale del diritto eurounitario⁵⁷, di non completa applicazione della norma dell'Unione da parte della disposizione nazionale, ovvero di insufficienza della seconda all'attuazione della prima⁵⁸. Il potere di non applicazione del giudice *comune* incontra il solo limite dell'intangibilità, da parte della norma dell'UE, dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione (cc.dd. *controlimiti*). La violazione dei *controlimiti* determina l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di ratifica, nella parte in cui ha permesso l'ingresso nel nostro ordinamento della disposizione sovranazionale; il relativo accertamento spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, alla quale la questione può e deve essere sottoposta dal giudice *comune*⁵⁹.

Il dialogo tra le Corti è stato, infine, rafforzato a partire dal 2008 (ordinanza n. 203), grazie al rinvio pregiudiziale disposto per la prima volta in un giudizio principale e, successivamente, anche in giudizi incidentali⁶⁰.

6. Nuove questioni

Il complesso di detti principi ha definito in modo tendenzialmente esaustivo il rapporto tra fonti interne e CEDU, tra ordinamento nazionale e dell'Unione

n. 26897; 22 ottobre 2007, n. 22067), sia di decisioni pronunciate in sede contenziosa (Corte cost. n. 389 del 1989; con riguardo ad entrambi i casi, Corte cost. n. 227 del 2010). Esse, infatti, si inseriscono “direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *jus superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate” (Corte cost. n. 268 e n. 241 del 2005; n. 168 del 1991). Analogamente, sono provviste di effetto diretto le decisioni della Commissione che dichiarano l'incompatibilità di un aiuto statale (Cass. 3 marzo 2010, n. 2428; 10 novembre 2006, n. 24065; 28 ottobre 2005, n. 21083; per Cass. 2 aprile 2010, n. 8082, la decisione della Commissione adottata ai sensi dell'art. 88 del Trattato “non dà luogo ad una valutazione definitiva ed insindacabile circa la compatibilità dell'aiuto, potendo essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità d'ufficio, ai sensi dell'art. 234 CE, anche se non impugnata dai soggetti legittimati”).

⁵⁷ CGUE 12 dicembre 2002, C-442/00, *Rodríguez Caballero*.

⁵⁸ C. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1054. Inoltre, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale deve assicurare la piena efficacia del principio generale (nella specie, di non discriminazione in ragione dell'età) disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della direttiva non è ancora scaduto (CGUE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*); l'equità non consente, inoltre, di derogare all'applicazione delle norme comunitarie al di fuori dei casi previsti dalla normativa o nell'ipotesi in cui la normativa stessa sia dichiarata invalida (CGUE 26 ottobre 2006, C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun UA*).

⁵⁹ Corte cost. n. 284 del 2007; n. 454 del 2006; nella giurisprudenza amministrativa, contra, ma del tutto isolata, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

⁶⁰ Corte cost., n. 207 del 2013, n. 24 del 2017, n. 117 del 2019, n. 182 del 2020.

europea. Nondimeno, alcune questioni continuano ad essere dibattute e controverse, altre, nuove, sono emerse, come è naturale, tenuto conto che – è stato icasticamente sottolineato da Giuseppe Capograssi – «nessun ordinamento è definitivo, perché nessuna situazione della vita esaurisce le invenzioni della vita. E nessun ordinamento resta intatto di fronte al mutare della storia perché non è possibile prevedere l'imprevedibilità della vita»⁶¹. Esula dai limiti del presente intervento la puntuale identificazione (a *fortiori*, l'approfondimento) di siffatte questioni ed è possibile soltanto richiamare l'attenzione su alcune di esse.

Con riguardo alle norme della CEDU, resta oggetto di dibattito il dovere del giudice *comune*, nell'identificare il contenuto precettivo della norma convenzionale, di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea e di applicarla nel significato attribuitole da quest'ultima⁶². Secondo la giurisprudenza costituzionale, occorre infatti rispettare «la sostanza» della giurisprudenza europea, alla luce degli specifici margini di apprezzamento riservati al giudice nazionale e di adeguamento che gli permette di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi. Il giudice *comune* non può «sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo», ma può (e deve) «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»⁶³. La violazione del parametro convenzionale, «ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, può compor-

⁶¹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 202.

⁶² Per tale principio, sentenza n. 236 del 2011, n. 236, ove una completa indicazione delle sentenze che, a partire dal 2007, hanno lo hanno affermato; successivamente, sentenza n. 25 del 2019.

⁶³ La sentenza n. 311 del 2009, che ha deciso la questione dei limiti di legittimità delle leggi interpretative, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ritiene vietata l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, salvo che sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale (*impérieux motifs d'intérêt général*). Secondo la Corte costituzionale, fare salvi i «motivi imperativi d'interesse generale» che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate. La regola, dopo la sentenza della Corte di Strasburgo 7 giugno 2011, *Agrati*, è stata ribadita dalla sentenza n. 236 del 2011.

tare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un "approdo giurisprudenziale stabile" [...] o un "diritto consolidato"⁶⁴. La puntualizzazione è rispettosa delle norme della CEDU⁶⁵ ed è coerente con (ed imposta dal) contenuto della Convenzione. Al riguardo, è dirimente la puntualizzazione di Vladimiro Zagrebelsky secondo cui «correttamente» la Corte costituzionale ha fatto rinvio alla giurisprudenza europea, tenuto conto che «il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato», essendo il testo della stessa «sovente vago e ridotto all'essenziale»⁶⁶.

Neppure è convincentemente contestabile l'affermata riserva, in capo alla Corte costituzionale, del potere di accertare l'eventuale *vulnus* arrecato dalla sentenza della Corte EDU a valori costituzionali equiordinati. Si tratta infatti di una riserva saldamente radicata nel «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»⁶⁷, giustificata dall'esigenza di garantire la tutela di tutti gli interessi costituzionalmente protetti e di evitare che pronunce e norme di altri ordinamenti alterino la tutela dei valori costituzionali complessivamente considerati. La Corte costituzionale, diversamente da quella di Strasburgo, opera infatti «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante»⁶⁸, allo scopo di scongiurare che un diritto assurdo ingiustificatamente a *tiranno*, in pregiudizio di altro diritto pure garantito dalla Costituzione ed equiordinato. La Costituzione, essenzialmente, è anche una Carta di diritti fondamentali e fissa i principi preordinati a preservare i caratteri originari e fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, la cui ragionevole difesa non costituisce esaltazione della sovranità politica del legislatore statale, ma «si traduce, per così dire, nella sovranità della Costituzione, il cui nucleo essenziale, come è sottratto agli

⁶⁴ Corte cost. sentenza n. 25 del 2019, ove ulteriori richiami, avendo altresì la Corte avuto cura di esplicitare una serie di indicatori del consolidamento.

⁶⁵ In particolare, con le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'art. 28, M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*.

⁶⁶ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, 72, in V. ZAGREBELSKY – V. MANES (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011.

⁶⁷ Corte cost., sentenze n. 25 del 2019 e n. 49 del 2015.

⁶⁸ Corte cost., n. 264 del 2012; negli stessi termini, la sentenza n. 25 del 2019 e le altre in questa richiamate.

attacchi esterni, così è protetto dagli attacchi interni»⁶⁹. Affinché tale risultato sia conseguito, occorre peraltro che sia ben chiara la diversità tra il limite di ingresso opponibile alle norme CEDU ed alle norme dell'UE (cc.dd. *controlimiti*), come non sempre accade⁷⁰.

Siffatte considerazioni confortano l'importanza del *dialogo* tra le Corti, sostantivo suadente, di grande successo, che tuttavia esige attenzione anche da parte delle Corti sovranazionali a ciò che dicono (e perché lo dicono) i giudici nazionali e richiede poi una precisa formalizzazione dei modi con i quali realizzarlo. Ed è proprio questa la finalità del Protocollo 16, la cui ratifica ha però innescato l'ennesima guerra di religione, mentre sarebbe necessario approfondire le modalità per assicurare che abbia segno positivo, senza arroccarsi in aprioristiche posizioni contrarie o favorevoli.

Tra i profili oggetto di maggiore attenzione vi è quello della mancanza di strumenti in grado di garantire piena tutela nel caso di accertata violazione della convenzione da parte della Corte di Strasburgo, ritenuta non rimediabile nel processo civile ed in quello amministrativo⁷¹. La lacuna si avvia ad essere eliminata

⁶⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 383.

⁷⁰ Ad esempio, alcune sentenze della Corte di cassazione (Cass. 8 ottobre 2013, n. 22874; Cass. 17 giugno 2013, n. 15080, Cass. 9 maggio 2013, n. 15079, n. 15078, Cass. 13 maggio 2013, n. 11406; Cass. 8 aprile 2013, n. 8487; Cass. 5 aprile 2013, n. 8446 e n. 8445; Cass. 27 marzo 2013, n. 7680), concernenti il caso delle pensioni svizzere, con argomentazione sostanzialmente ripetuta in modo identico hanno affermato: «Ricordando a questo ultimo proposito anche la giurisprudenza della Corte E.D.U. relativamente al margine di apprezzamento riservato al legislatore nazionale nell'identificare i cosiddetti controlimiti, vale a dire i motivi imperativi di interesse generale che suggeriscono interventi della legislazione nazionale interpretativi o comunque retroattivi», utilizzando impropriamente il sostantivo, con tutti i rischi che possono conseguire.

⁷¹ Tenuto conto della dichiarazione di infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale delle norme del processo amministrativo e civile che non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarate infondate dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 123 del 2017 («nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco») e n. 93 del 2018, sulle quali, M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 1521; E. D'ALESSANDRO, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile: 'nihil novi sub sole'*, in *Foro it.*, 2018, I,2291. Relativamente al processo penale, nell'inerzia del legislatore nel prevedere la riapertura di procedimenti giudiziari a seguito di violazioni della CEDU, la Corte cost., con sentenza n. 113 del 2011 dichiarò invece costituzionalmente illegittima «la

grazie alle previsioni contenute nella legge-delega 23 novembre 2021, n. 206, che reca principi e criteri direttivi con cui il legislatore si è dimostrato attento all'esigenza di tutelare i diritti dei terzi ed il «rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*», espressamente sottolineati dalla Corte costituzionale⁷². Restano sul campo non pochi dubbi, anche legati al rischio di un'evoluzione dell'ordinamento multilivello che, nel dare detta soluzione al dilemma tra incremento delle cause risarcitorie e flessibilità del giudicato, può preludere ad una sorta di «eterno processo», ad una «flessibilizzazione del giudicato» pregiudizievoli di molteplici esigenze⁷³, in particolare della certezza (pur nella nuova dimensione della prevedibilità), specie in considerazione della ricordata vaghezza del testo della Convenzione.

In relazione al rapporto tra ordinamento interno e dell'Unione europea, di pregnante interesse per il giudice *comune* è la recente puntualizzazione del contenuto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale operata dalla sentenza 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*, che dovrà costituire oggetto di approfondimento. La pronuncia, da un canto, ha infatti ribadito i principi enunciati dalla sentenza *Cilfit*, anche in ordine al significato del contenuto dello '*atto chiaro*'; dall'altro, ha gravato il giudice nazionale di ultima istanza di un onere interpretativo di evidente complessità⁷⁴. La sentenza, forse, non ha peraltro adeguatamente considerato le convincenti conclusioni rese nel giudizio dall'Avvocato Generale Michal Bobek, laddove ha sottolineato che l'obbligo di controllare la corretta applicazione della legge in ogni singolo caso è compito assai arduo, ricordando quanto argutamente affermato dall'avvocato generale Nils Wahl: «incontrare un

manca un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando sia necessario, ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti umani, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani».

⁷² L'esigenza di tutela, sottolineata dalla sentenza n. 123 del 2017, costituisce infatti oggetto del criterio direttivo dell'art. 1, comma 10 della legge-delega n. 206 del 2021 secondo cui i decreti-delegati dovranno «prevedere che, nell'ambito del procedimento per revocazione a seguito di sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, siano fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁷³ Efficacemente poste in luce da G. MONTEDORO (*La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *giustiziansieme.it*, 18 gennaio 2022, e, in precedenza, negli scritti in questo richiamati).

⁷⁴ In quanto «deve maturare il convincimento che la stessa evidenza» nell'interpretare una determinata situazione «si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte», in applicazione dei criteri (appunto complessi) enunciati nei §§ 41-46.

“vero” caso di *acte clair* sarebbe probabile, nella migliore delle ipotesi, quanto l’incontro con un unicorno». Inoltre, ha rimarcato che «lo scopo dell’obbligo di rinvio pregiudiziale è quello di garantire l’interpretazione uniforme del diritto dell’Unione, non l’applicazione corretta di tale diritto. Pertanto, l’uniformità ricercata non è e non è mai stata a livello di singolo esito di ciascun caso di specie, bensì a livello di norme giuridiche da applicare. Ciò, logicamente, significa che mentre esiste un ragionevole grado di uniformità delle norme giuridiche, può esistere una diversità in termini di esiti specifici» (§ 149).

La Corte di giustizia, con la sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstat*, da ultimo, ha affermato che, per garantire l’applicazione del diritto dell’UE e porre rimedio ad una violazione imputabile ad una sentenza del Consiglio di Stato, non occorre che questa debba poter essere impugnata per tale ragione dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione. Alla questione è sotteso lo strisciante conflitto innescato tra Corte costituzionale e Corte di cassazione dalla restrittiva interpretazione del ricorso ex art. 111, ultimo comma, Cost. affermata dalla sentenza n. 6 del 2018 che, sconfessando la concezione c.d. dinamica dell’eccesso di potere giurisdizionale (anche quella più moderata), lo ha sostanzialmente svuotato di contenuto. Nell’impossibilità di sostenere una nozione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” diversa da quella accolta dal Giudice delle leggi (come riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione e, senza approfondire la praticabilità di altre strade⁷⁵), quest’ultima ha cercato (non trovandola) una sponda esterna per recuperare una concezione più aderente alla *ratio*, alle finalità sottese al ricorso ed al sistema plurale di giurisdizioni⁷⁶. La sentenza della Corte

⁷⁵ Non viene infatti in discussione la questione del riparto della titolarità del potere interpretativo delle norme ordinarie (alla base della teorica del ‘diritto vivente’ e del c.d. conflitto tra le Corti), ma la delimitazione del confine delle attribuzioni di organi appartenenti ad ordini diversi di uno stesso potere stabilito da una norma costituzionale, che appunto per questo rientra nella competenza tipica e propria della Corte costituzionale, quale interprete ultima delle norme della Carta. Le S.U. hanno, affermato che la nozione dei “motivi di giurisdizione” va stabilita «in coerenza» con quella esplicitata dalla Corte costituzionale (S.U. n. 31023 del 2019), rientrando nella «competenza naturale della stessa» (S.U. n. 29082 del 2019) e che, quindi, ha «carattere vincolante (S.U. n. 15338 e n. 15744 del 2019; analogamente, S.U. n. 8842 e n. 8843 del 2020). La mancata osservanza del principio enunciato dalla Corte costituzionale potrebbe essere denunciata mediante un nuovo (ma non extravagante) tipo di conflitto di attribuzione tra poteri, di cui sarebbero parti la Corte suprema di cassazione ed il Consiglio di Stato.

⁷⁶ Tenuto conto che, come sottolineato da G. MONTEDORO (*La Corte di Giustizia risponde alle S.U.*, cit.) «il provvedimento abnorme è un non provvedimento non un provvedimento viziato da violazione di legge sostanziale o processuale», con tutte le conseguenze che ne derivano, benché tale crinale sia indubbiamente «delicato».

di giustizia non ha fugato tutti i dubbi⁷⁷, anche quanto alla percorribilità di altre strade per porre rimedio alla violazione⁷⁸. La pronuncia assume inoltre particolare significato per il preciso ed espresso richiamo – non nuovo, ma emblematico nel contesto della pronuncia, tenuto della questione decisa – dello «obbligo di risultato chiaro e preciso» in virtù del quale «i giudici nazionali devono disapplicare, se necessario le disposizioni di diritto che comportano tale violazione [del diritto dell'Unione, n.d.r.], quand'anche tali disposizioni abbiano natura costituzionale» (così nel § 54), che sollecita riflessioni di sistema sulle quali non è qui possibile soffermarsi.

Riconducibile alla questione dei rimedi esperibili nel caso di violazione del diritto dell'Unione è il rinvio pregiudiziale con cui il Consiglio di Stato (ordinanza 18 marzo 2021, n. 2327) ha interrogato la Corte di giustizia sul se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad un sistema, quale quello fissato dalle norme regolatrici del processo amministrativo, che non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, evi-

⁷⁷ La sentenza ha infatti dichiarato priva di «attinenza con l'oggetto della controversia» la questione dell'esclusione dell'esperibilità del ricorso *ex art.* 111, ultimo comma, Cost., per censurare l'immotivata violazione da parte del Consiglio di Stato, quale organo giurisdizionale di ultima istanza, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, a fronte dell'espressa istanza di una parte. Da un canto, «la pronuncia sembrerebbe aver lasciato aperta la questione» della censurabilità di tale violazione con il ricorso *ex art.* 111, ottavo comma, Cost., «dal momento che ha ritenuto irricevibile la questione perché priva di “attinenza con l'oggetto della controversia del procedimento principale”. Mi pare che la Corte di Giustizia abbia cercato di evitare di prendere una posizione chiara e netta sulla questione preliminare dell'obbligo di rinvio pregiudiziale» (F. FRANCIARIO, in R. CONTI, F. FRANCIARIO, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *giustiziainsieme.it*, 12 gennaio 2022). Dall'altro, potrebbe invece ritenersi che «la questione non è stata trattata espressamente dalla Corte UE ma non potrebbe avere sorte diversa da quella relativa alla violazione del diritto UE», in quanto «ciò traspare dal complesso della motivazione della sentenza e deriva dal principio di autonomia procedurale o processuale degli Stati membri» (G. MONTEDORO, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U.*, cit.).

⁷⁸ La sentenza della Corte di giustizia afferma infatti: «nessun elemento menzionato nella domanda di pronuncia pregiudiziale o nelle osservazioni presentate alla Corte induce a ritenere *a priori* che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione.

denziando una lacuna che è dubbio possa essere eliminata dai decreti attuativi della legge-delega n. 206 del 2021⁷⁹.

Un'ultima questione che resta sul campo, cui è davvero possibile soltanto accennare, è quella riaperta dalle sentenze 22 giugno 2010, C-189/10, *Melki e Abde-li*, e 11 settembre 2014, C-112/13, *A.B ed altri*, secondo cui il diritto dell'Unione non osta allo svolgimento della questione prioritaria di costituzionalità, se sono rispettate tre "riserve di compatibilità"⁸⁰. Le sentenze, in parte, hanno infatti rimeditato l'ortodossia comunitaria inaugurata dalla sentenza *Simmenthal*, spianando la strada alla questione della doppia pregiudizialità (locuzione peraltro criticata da una parte della dottrina⁸¹), cui sono sottesi importanti interrogativi⁸². *L'an* ed il *quomodo* dell'attivazione dei controlimiti, esemplarmente declinati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 238 del 2014 (sui crimini nazisti), ha infine costituito oggetto della c.d. *saga Taricco*⁸³ (significativamente definita nel comunicato

⁷⁹ La legge-delega prevede che siano introdotte nuove ipotesi di revocazione nel caso di contrasto sopravvenuto con sentenze della Corte EDU. Secondo G. MONTEDORO (*La Corte di Giustizia risponde alle S.U.*, cit.) «andrebbe valutato, in sede di attuazione della delega, se estenderla al caso di contrasto con sentenze preesistenti al giudicato ed altresì se includervi le sentenze della Corte UE».

⁸⁰ In sintesi, è ammissibile che il meccanismo di controllo di costituzionalità possa sospendere o ritardare il potere del giudice di dare piena ed immediata soddisfazione ai diritti invocati in forma di norme UE direttamente efficaci se il giudice *comune*, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, può rivolgere quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia ed adottare misure cautelari provvisorie, mentre la tutela piena è rimandata all'esito del giudizio di costituzionalità; sulle questioni poste dalle sentenze, per tutti, R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089. ID, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole dell'unione europea. la posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, 589.

⁸¹ A seguito della soluzione adottata dalla sent. n. 269 del 2017 e dei successivi seguiti costituiti dalle decisioni n. 182 del 2020 e nn. 117, 69 e 20 del 2019. Sulla questione, *ex plurimis*, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, *www.europeanpapers.eu*, 2020, con una precisa critica delle ragioni che dimostrerebbero l'improprietà della locuzione.

⁸² Tenuto conto delle molteplici, sopravvenute, modifiche del diritto dell'UE, dell'intersecazione che caratterizza i principi ed i diritti enunciati dalla Carta ed i diritti garantiti dalla Costituzione italiana che richiedono un'ulteriore riflessione sulla riserva in capo alla Corte costituzionale del sindacato, anche sulla scorta delle considerazioni sviluppate da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia, relazione tenuta all'incontro tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Italia, Francia, Portogallo e Spagna*, in *www.rivistaaic.it*, 2017.

⁸³ Tra i molti commenti, R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. contemporaneo*; ID, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*; A. Natale, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Questione giustizia*, 2017.

della Corte costituzionale del 31 maggio 2018 come «Vicenda emblematica di dialogo tra corti») che lascia presagire ulteriori sviluppi.

In conclusione, l'apertura del sistema delle fonti a quelle esterne ha onerato il giudice di più ampi poteri, ma anche di sempre più gravosi compiti, da adempiere nell'osservanza di un preciso rigore formale. La distinzione (di diritto positivo e di rango costituzionale) tra obblighi internazionali, diritto dell'Unione europea e della CEDU; la previsione, nell'ordinamento dell'UE, di apposite procedure per la formazione di tale diritto, diversamente da quello della CEDU, di matrice sostanzialmente (e pressoché solo) giurisprudenziale; la carenza di efficacia di una Carta internazionale, quando non recepita nei modi e nelle forme stabiliti dalla Costituzione, esigono infatti che i giudici: in primo luogo, non indulgano con eccessiva, inesatta, semplificazione nel richiamo di norme (e di giurisprudenze) esterne anche quando prive di efficacia cogente⁸⁴, in violazione del sistema delle fonti, tuttora esistente, sia pure in una nuova dimensione e con nuove complessità; in secondo luogo, improntino la loro azione a *judicial modesty*, al detto del giudice Jackson della Corte suprema U.S.A.: «*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*», riferito alle Corti supreme⁸⁵, ma concernente tutti i giudici, in quanto in ogni vicenda hanno sempre l'ultima parola, sia pure limitatamente ad una determinata fase del suo complessivo dipanarsi.

⁸⁴ Rilevando allora le stesse esclusivamente quale dato fattuale, come avviene quando si cita un fatto storico o un'opinione dottrinale, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

⁸⁵ Il detto è ricordato da S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit, 21.

La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo”

SOMMARIO: 1. La funzione nomofilattica. A partire dalla certezza del diritto. – 2. l'esigenza di concordia fra giurisdizioni. Il suo fallimento. – 3. La nomofilachia è sempre “stabile ma non troppo”. – 4. La forza della logica del concreto. – 5. Conflitti giurisprudenziali ed overruling. – 6. Considerazioni critiche: orizzonti ed illusioni sulla strada del ritorno dal caos all'ordine.

1. La funzione nomofilattica. A partire dalla certezza del diritto

Come è noto la funzione nomofilattica è il compito di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto in uno Stato.

Tale funzione nell'ordinamento italiano è descritta dall'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12):

«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.»

Si tratta quindi di una funzione che il regio decreto del 1941 attribuisce alla Corte Suprema di Cassazione.

Potere condiviso, nell'ambito del diritto amministrativo e giuscontabile, da Consiglio di Stato e Corte dei Conti i cui pronunciati sono sindacabili in Cassazione solo per motivi di giurisdizione.

Inutile sottolineare quanto conti – per i giuristi – la perenne aspirazione alla certezza del diritto, chiarita con considerazioni ancora attuali da Lopez de Onate (Lopez de Onate *La certezza del diritto* Milano, 1968).

Nella sua lettura la crisi del diritto è un aspetto della crisi dell'uomo contemporaneo, il frutto di un'epoca che ha mille motivi di contrasto entro se medesima.

“Il contrasto fra meccanizzazione e spiritualità, tra collettivismo e solitudine interiore, tra godimento banale e intima miseria, tra le soddisfazioni offerte dal

possesso della tecnica e le delusioni che la tecnica, con le sue contraddizioni offre, tra la volontà esteriore di conquistare il piacere e la continua amarezza e malinconia, tra l'indifferenza al vero e la preoccupazione, tra l'anelito il più delle volte vago ed indeterminato verso il trascendente e l'attaccamento al mondo terreno, in cui l'uomo contemporaneo mostra di sentire sempre più profondamente affondate le radici della sua vita, tra la consapevolezza storicistica e dialetticistica, che nel secolo XIX restava sul piano della filosofia nel senso più rigoroso ed ora invece è coscienza diffusa, ed il sentimento geloso ed irriducibile dell'individualità, questo contrasto, anzi questi molteplici contrasti danno luogo a una serie di antinomie che si trovano nell'anima dell'uomo contemporaneo e ne formano il traguardo che sembra insanabile."

Si tratta di parole che hanno un valore ancora attuale.

La crisi del diritto è affrontata da Lopez citando Calamandrei, definito un maestro italiano del diritto del quale si riporta questa precisa analisi:

"progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi ad un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche fra diritto sostanziale e diritto processuale, discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio, aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso."

Si tratta della critica al diritto giurisprudenziale ed a concezioni occasionalistiche del diritto, una critica fortemente improntata alle concezioni normativistiche del diritto nelle quali le anime liberali – dopo il disastro dei totalitarismi – trovavano rifugio.

Forse a seguito degli eccessi delle privatizzazioni e del neoliberalismo che – nella ottica ordoliberal delle Corti europee consente di rileggere tutta l'azione pubblica alla luce del paradigma della responsabilità civile – la visione di Calamandrei andrebbe aggiornata ed in parte ridimensionata (essendo evidenti che esistono anche eccessi di diritto privato), ma il suo messaggio di fondo rimane profondo – ove critica l'occasionalismo – a fronte delle recenti torsioni di ripubblicizzazione della vita del diritto ed amministrativizzazione del sistema delle fonti, imposte dalle rivoluzioni tecnico-informatiche, dal mondo post-pandemico e dalla crisi sanitaria.

Oggi il ruolo creativo della giurisprudenza e la sua centralità quale formante del diritto non è più revocabile in dubbio a partire da tali premesse.

Si rinvia per questo alle analisi di Nicola Lipari (da ultimo N. Lipari *Elogio della giustizia* Bologna 2021) sul diritto giurisprudenziale e sulla concretezza necessaria a finalizzare l'esperienza giuridica a scopi di giustizia.

L'incertezza del diritto rimane tuttavia un tema centrale nei mezzi di comunicazione come negli studi scientifici perché lo è nella vita pratica, dovendosi legare la crisi del diritto alla crescente incertezza dei confini fra lecito ed illecito, fra la legittimità e l'illegittimità.

Tanto che potremmo affermare senza timore di essere smentiti che la crisi del diritto si risolve nella sua incertezza.

L'incertezza poi determina la difficoltà crescente della coscienza morale e della libertà umana ad agire in un campo di garanzie stabili e quindi una prevalenza – o un rischio di prevalenza – degli interessi più forti o contingenti.

Se al centro dell'analisi – ai tempi di Lopez de Onate – si poneva la lacunosità dell'ordinamento giuridico ma anche l'oscurità dei testi legislativi dovuta alla crescente complessità della vita sociale ora non è più così.

Si considera inevitabile il confronto realistico con la funzione interpretativa e si ritiene anche i giudici possano fare la loro parte affinando sistemi e criteri che consentano di aumentare la prevedibilità delle decisioni.

Il rimedio è stato individuato, da tempo, nel rafforzamento della funzione nomofilattica.

In tale direzione va il famoso Memorandum sulla giustizia promosso da Italiadecide (analizzato nel volume AAVV *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni, Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti Bologna 2018*).

La risposta però finora è mancata.

2. L'esigenza di concordia fra giurisdizioni. Il suo fallimento

La concordia fra le giurisdizioni – approvato il Memorandum dai vertici degli organi nomofilattici – è durata lo spazio di un mattino, forse perché sono – in questa epoca di crescenti disequaglianze effettive ma di altrettanto forti spinte al ridisegno dei poteri dal basso – destinati a fallire tutti i tentativi illuministici di risoluzione della complessità socio-politica ed istituzionale con operazioni di “riforma” o “autoriforma” dall'alto (e di qui l'illusorietà dello strumento del c.d. concordato giurisprudenziale come fu l'accordo Romano-DAmelio).

Ma vi sono ragioni di fondo circa questo fallimento che vanno analizzate senza timore del vero.

Ciò al fine di mantenere l'orizzonte di lavoro delineato da quella esperienza disvelandone i limiti e continuandone a coltivare il condivisibile spirito.

Come sappiamo – e come si è già evidenziato in precedenza – la funzione nomofilattica derivante dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario è comune a tutti gli organi di vertice del complesso sistema giurisdizionale.

Essa è stata enfatizzata – per quanto riguarda il processo amministrativo – dall'art. 99 del codice del processo amministrativo che prevede che se la

sezione semplice cui è assegnato il ricorso rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza, emanata su richiesta delle parti o d'ufficio, può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Il deferimento, prima della decisione, può avvenire ad opera del Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, per risolvere questioni di massima di particolare importanza o per dirimere contrasti giurisprudenziali.

Inoltre tutte le volte in cui una Sezione semplice cui è assegnato il ricorso ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza Plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

La plenaria poi ha un articolata gamma di poteri definiti dalla stessa norma.

Può: 1) decidere l'intera controversia anche su punti non toccati dal provvedimento di deferimento; 2) può enunciare il principio di diritto e rimettere la questione alla Sezione remittente.

Tanto può avvenire anche nel caso in cui il deferimento avvenga ad opera del Presidente del Consiglio di Stato.

Può poi in caso di ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile o estinto, enunciare comunque il principio di diritto in presenza di una questione di particolare importanza nell'interesse della legge e senza effetto sul provvedimento impugnato.

È discutibile che ciò possa giustificare la Sezione Semplice a deferire alla Plenaria una questione di particolare importanza quando ricorra una di queste cause di definizione del processo in rito o se tali cause debbano necessariamente sopravvenire al deferimento.

La questione da deferire alla Plenaria da parte della Sezione semplice sarebbe in tal caso puramente teorica. La risposta dovrebbe essere affermativa, poiché la legge fa riferimento anche a cause di irricevibilità, normalmente presenti sin dall'origine del processo, e ciò significa che non deve trattarsi di eventi sopravvenuti che determinino la definizione in rito.

Ciò dimostra che la nomofilachia – in peculiari casi – ove la questione sia di particolare importanza, è un interesse superiore alla stessa funzione del processo.

In tali casi tuttavia ove vi sia interesse nomofilattico ma non vi sia lite, il processo rischia di funzionare in astratto e senza un contraddittorio adeguato e quindi rischia di non produrre una decisione giusta, tale essendo solo una decisione che scaturisce da un contraddittorio pieno.

È vero che le parti potrebbero considerarsi onerate del dovere di contribuire a fare chiarezza su un principio di diritto che sarebbe comunque stato rilevante nella lite tra loro intercorsa, ma ciò è troppo poco per assicurare un contraddittorio efficiente ai sensi dell'art. 111 Cost.

Il processo non si dovrebbe mai celebrare per gusto puramente dottrinale o al confine con il dottrinale.

3. La nomofilachia è sempre “stabile ma non troppo”

Vi è poi da dire che la nomofilachia presenta sempre rischi e determina svantaggi o svantaggi pratici.

Ad es. le sentenze dell’Adunanza Plenaria sulle GAE n. 9 ed 11 del 2017 e n. 4 del 2019 non hanno sopito ma anzi hanno – paradossalmente – alimentato un aspro e vasto contenzioso successivo, basato sulla contestazione radicale delle predette sentenze.

La Plenaria n. 9 del 2017 in tema di sanzioni edilizie trova invece costante applicazione e non viene quasi mai discussa in radice dalle parti che pure cercano di annullare le sanzioni impugnate, piuttosto impegnandosi a richiamare passi a loro favorevoli della predetta decisione.

Ciò dipende dal fenomeno della c.d. “recezione” del principio di diritto affermato in via giurisprudenziale.

Ossia – in definitiva – dalla sua accettazione da parte delle Sezioni semplici e del foro.

Ossia della nomofilachia, come dei pensosi disegni di Bruno Bozzetto si diceva dessero forma ad un “allegro non troppo”, può dirsi che sia sempre “stabile ma non troppo”.

Un paradosso per il fatto che si tratta sempre di una stabilità giurisprudenziale, prodotta cioè con materiali per loro essenza instabili.

In realtà la vera questione del problema nasconde un nodo politico che è bene esplicitare.

Il rapporto – nello strutturarsi e nello svolgersi, nel darsi e nel farsi del potere – fra verticale ed orizzontale.

È infine il nodo costitutivo della modernità che torna a mostrare la sua significatività.

Chiariamo con calma.

Sappiamo come nell’epoca premoderna il potere fosse strutturato verticalmente (a divinis).

Dopo le rivoluzioni borghesi il potere si struttura e si svolge orizzontalmente (diviene potere dal popolo, potere prima elitario e poi democratico).

Ciò si riflette nell’assetto del potere giurisdizionale, che nello Stato liberale ci presenta una magistratura elitaria, omogenea alla classe politica dominante composta da possidenti che si dividono in partiti, ma nell’ambito di una composizione sociale che non è ampiamente inclusiva di tutti gli strati della popolazione, per mancanza del suffragio universale. La stabilità è garantita dall’omogeneità sociale.

Nello Stato fascista la magistratura è chiamata a svolgere un ruolo autoritario, la legge si rivela un presidio insufficiente in presenza di una costituzione flessi-

bile, la composizione sociale della magistratura non cambia, il liberalismo della cultura dei giudici si farà sentire in più di una decisione ma nel complesso in note a margine che non cambiano il segno di un regime. La stabilità è garantita dalla natura autoritaria del potere.

Nel regime democratico l'architave che regge il mondo giudiziario inizia ad essere improntata insieme al principio di uguaglianza ed al principio meritocratico, la magistratura si libera del passato mediante il ricorso all'associazionismo proibito dal fascismo, poi lo stesso associazionismo degenera in correntismo ed in prassi che minacciano l'indipendenza dei giudici dall'interno. La stabilità non appare garantita a sufficienza prevalgono spinte disgregatrici e caotiche (in parte indagate nel nostro G. Montedoro *Il diritto pubblico fra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità Bari 2018*).

In queste complesse evoluzioni si è avuta anche un'espansione del ruolo del giudiziario rispetto ad altri poteri.

A questa espansione non si è accompagnata una restaurazione della certezza del diritto e questo è un problema sociale rilevante.

A questo problema sociale si è data una risposta sul versante del rafforzamento della funzione nomofilattica.

La risposta non va certo abbandonata ma essa può dare il suo massimo contributo alla (sempre parziale) soluzione del problema segnalato, solo a partire dalla consapevolezza di alcune eccessive illusioni sorte dalla conclamata politica di autoriforma delle giurisdizioni.

In primo luogo occorre partire dalla concreta posizione del giudice.

In Costituzione troviamo "la soggezione del giudice solo alla legge".

Il giudice però può essere riguardato come giudice solo o individuo ovvero come ufficio ovvero come parte di un corpo collettivo (la magistratura).

È uguale agli altri giudici da cui si distingue solo per funzioni.

È tutelato dal CSM o da altro organo di autogoverno (nelle magistrature speciali).

L'inserimento nel corpo collettivo non è una cosa che possa essere ignorata o fatta passare come irrilevante.

In sostanza la carriera del giudice (ed anche la funzione da lui esercitata) ossia la collocazione nella organizzazione dipende dal corpo collettivo, il giudizio solamente dalla coscienza.

Può accadere che una coscienza "limpida" paghi – per la sua libertà – un prezzo al corpo collettivo o che il corpo collettivo formi una coscienza o che la coscienza aderisca volontariamente al corpo collettivo.

Il corpo giudiziario collettivo insomma gioca un ruolo invisibile (ma nemmeno tanto) fra la legge ed il giudice come individuo.

Questo ruolo può essere positivo, ma anche negativo.

Solo a partire da questa consapevolezza può cominciarsi la lettura delle norme del d.lgs. n. 104 del 2010 che hanno rilanciato il tema della nomofilachia ritagliando con maggiore precisione la funzione dell'Adunanza Plenaria.

Il ruolo della Plenaria è destinato ad essere sempre più significativo: esso costituisce la risposta istituzionale al problema dell'incertezza del diritto creata nelle società democratiche da una magistratura alla quale si accede per merito da diverse classi sociali e che è portatrice – fisiologicamente – di diverse visioni del mondo sociale e normativo (le norme – sempre più frammentarie, oscure, contingenti – vanno pur sempre interpretate e le diverse visioni orientano l'interpretazione).

Tale diversità di vedute e visioni si radicalizza nei periodi storici di crisi della legislazione.

La risposta della “parziale” verticalizzazione del potere giudiziario per stemperare i rischi di incertezza del diritto legati alla moderna crisi della rappresentanza e della legislazione appare quella di cui il sistema democratico, incapace di risolvere la crisi della rappresentanza, si è reso promotore nel tentativo importante di introdurre elementi di forte razionalizzazione della giurisprudenza.

È importante quindi come si forma la composizione di un giudice della nomofilachia (non solo come si arriva in Cassazione o in Consiglio di Stato ma anche come si formano le Sezioni Unite o la Plenaria) ed è importante il mix di tradizione ed innovazione che ispira queste scelte perché la funzione nomofilattica può avere un effetto progressivo o regressivo, può far fare passi avanti o frenare l'evoluzione del sistema giuridico.

Grandi sono a questo proposito i poteri consegnati all'organo di vertice di ciascuna giurisdizione ed agli organi di autogoverno non essendo la legge processuale chiamata a risolvere tali questioni.

Ciò ha portato all'idea di riforme fatte dall'alto (il citato Memorandum).

Ciò ha consegnato l'idea pur meritoria al fallimento.

La linea ricostruttiva fin qui seguita trova conferma sul piano della *storia della cultura e della logica dei sistemi giuridici*.

Il primato della legge è un primato illuministico, coronato nel 1790 dalla nascita del Tribunal de Cassation (un giudice di diritto che non ricostruisce il fatto ma lo “riceve” dal giudice di merito) come ancella del potere legislativo nell'ambito del potere giudiziario.

Primato della legge, Cassazione, nomofilachia sono concetti che rimandano ad un giudice della sola legalità (la cui attività si spinge fino ad affrontare – come abbiamo visto – questioni meramente teoriche purché sussista una necessità di orientare la giurisprudenza così realizzandosi una interposizione del giudice come corpo collettivo al rapporto fra legge e giudice singolo o giudice-ufficio).

Un giudice della pura legalità naturalmente può esistere, ma esso è in qualche modo costretto a muoversi su un piano difficile per la stessa dinamica del processo interpretativo.

Basti a questo scopo richiamare la nozione di circolo ermeneutico ed il rapporto di fecondazione reciproca fra fatto e norma che si attenua in un giudizio di pura legittimità.

In questo senso la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato inteso nel suo complesso, non solo con riguardo alla funzione della Plenaria, appare più nettamente ancorata che quella della Cassazione alla realtà : il Consiglio di Stato è pienamente un giudice del fatto, è un giudice di appello, valuta questioni di diritto, ma non perde mai – se non nelle limitate ipotesi dell'art. 99 c.p.a. – il suo ancoraggio alle vicende della vita, ai mondi vitali palpitanti, dai quali sorge la norma per ciò che insegna Paolo Grossi (senonché la norma non discende dal concreto ma si misura con il concreto).

L'ermeneutica giuridica contemporanea tributaria della riflessione di Gadamer Verità e metodo ha al fondo questa formulazione: il senso di ogni opera (singola o complessiva) può essere colto solo a partire dalla situazione del suo interprete, esso quindi consiste non tanto nel rappresentare una risposta particolarmente adeguata ad una questione fondamentale prestabilita, quanto una risposta adeguata particolarmente ad una questione fondamentale da ricostruire.

Così se ogni parlare è un parlare situato, la risposta costituita dall'opera va sempre oltre l'intenzione dell'autore per rientrare, una volta realizzata, nella dimensione più comprensiva delle oggettivazioni dello spirito.

L'ermeneutica giuridica moderna va poi oltre.

4. La forza della logica del concreto

V'è una distanza – gadameriana – che separa l'interprete dal testo interpretato e nello specifico del lavoro giuridico alla distanza temporale si aggiunge la distanza "morfologica" o "strutturale" che connota la relazione fra elemento formale e normativo da una parte e elemento singolare e materiale dall'altra, fra deontico ed ontico anche per la norma dettata nel presente e per il presente.

Locuzioni come "precomprensione", "circolo ermeneutico", "ragione pratica", "natura della cosa", "logica della domanda e della risposta" sono frequenti nella logica giuridica e denotano la sua direzione al concreto.

Non si tratta di un concreto assunto come mera datità, ma di un concreto espressivo di valori, sempre storicamente presenti nel corpo sociale, valori che trascendono la predetta realtà e sono in rapporto dialettico con essa non di derivazione ma di implicazione reciproca, di corrispondenza biunivoca (la norma è

costruita per il fatto ossia in funzione eminentemente pratica ed il fatto sollecita un'interpretazione adeguata della norma).

Il diritto è in definitiva un valore culturale che si definisce in relazione ad un'idea di giustizia che si misura in relazione alle alternative di diversa convivenza umana che sono possibili in concreto.

E ciò richiama alla mente la relazione fra fatto e norma.

Questo ha un valore decisivo nell'esaminare le questioni relative alla nomofilachia specie quando esse deducano norme da norme o giurisprudenza da giurisprudenza, in un chiuso circuito dimentico del valore vivificante dei fatti, della forza della logica del concreto.

E può essere utile richiamare Radbruch il suo spirito del diritto inglese alla fine di questa accenno all'ermeneutica contemporanea.

È per questo motivo – la logica del concreto – che Radbruch che si pone il tema della giustizia delle sentenze e del diritto giusto (di fronte ai crimini nazisti commessi dai Tribunali speciali per via giudiziaria) loda il diritto inglese, la sua ragionevolezza, il suo riferimento costante alla tradizione, il suo equilibrio, il suo senso di giustizia sempre costruito misurandosi sulla concretezza dell'esperienza come è nella tradizione filosofica empiristica di quell'area del mondo (e sia detto per inciso la Brexit è un danno secco per la costruzione del diritto europeo).

Il diritto romano casistico problematico è l'altra esperienza storica rilevante – i suoi tratti infatti sono simili per certi versi al diritto di common law – ed in esso il valore dell'empiria prevale sul concetto.

La nomofilachia è – a ben vedere, alla luce della prospettiva di storia della cultura istituzionale qui adottata, nel contempo assolutizzandone la nozione e guardandone la radice storica – un sogno illuministico di quadratura concettuale del cerchio, di prevalenza dell'ordine sul caos, di ambizione ad uniformare il mondo, questo rimedio all'informe ed al disordine, quindi, come ogni sogno umanistico – se diviene assoluto e si accompagna a soluzioni organizzative verticalizzanti – contiene il rischio di rovesciarsi nel suo contrario, nel freno alla graduale evoluzione del sistema ed infine nella deresponsabilizzazione del legislatore (il legislatore contemporaneo sta rivelando la tendenza a trincerarsi dietro la tecnica, la scienza e... inevitabilmente... anche dietro la giurisprudenza... si pensi alla vicenda delle concessioni balneari ove si è scelto di non disciplinare normativamente il fenomeno giuridico in questione – oggetto di un vivace quando non aspro contenzioso – in attesa di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria).

Per questo occorre usare della nomofilachia con moderazione, di preferenza considerandola una funzione di ogni magistratura di vertice (Cassazione, Corte dei Conti, Consiglio di Stato) intesa nel suo complesso, guidata dalle Sezioni aventi funzione nomofilattica conclusiva (Sezioni Unite e Plenaria) alle quali ricorrere con moderazione e non ad ogni piè sospinto.

In ciò l'uso prudente delle Sezioni Unite e della Plenaria in funzione di soluzione dei conflitti è demandato a tutti i giudici delle Corti superiori.

Un ulteriore profilo da considerare nell'analisi è il *profilo costituzionale*.

In un sistema connotato da pluralismo giurisdizionale – in Costituzione sono previste varie magistrature – la nomofilachia è una funzione ripartita fra i diversi organi giurisdizionali di vertice delle diverse giurisdizioni come scelta implicita fatta da un legislatore che ha sposato il principio dell'unità funzionale della giurisdizione ma ha mantenuto il carattere del pluralismo istituzionale storicamente costituitosi a seguito della nascita delle giurisdizioni amministrative.

Tale riparto poi si verifica anche con riguardo all'esistenza di Corti sovranazionali ed è un portato – in quest'ultimo caso – del costituzionalismo multilivello e del diritto globale in formazione.

Una ulteriore caratteristica del sistema è legata al *problema del precedente*.

Il tema del conflitto fra precedenti – a stretto rigore – deve porsi solo nei paesi di common law ove vige la regola dello *stare decisis* che non è la regola secondo cui casi simili andrebbero decisi in modo simile ma la regola .

Nel nostro sistema di diritto continentale l'ordinamento è improntato al diritto legislativo – è normocentrico – ne consegue che un conflitto fra precedenti è in realtà dipendente sempre da una questione relativa all'interpretazione di una norma scritta.

L'accento è sulla *norma*. L'ordinamento è sub lege.

Solo quando l'ordinamento si interessa della natura o della forza del precedente, rendendolo vincolante, come nel sistema anglosassone, l'accento si sposta – dalla norma – sul giudice.

L'accento – se si pone il tema della forza del precedente – è sul *giudice*. L'ordinamento è sub homine.

Il giudice – nell'uno e nell'altro sistema – svolge un ruolo creativo, in *common law*, mediante un lavoro sulla tradizione, stratificatasi nei precedenti vincolanti, nella quale introdurre elementi di innovazione con le tecniche del *distiguishing* e dell'*overruling*, in *civil law* mediante l'uso di tecniche interpretative delle norme, che sono basate sui criteri di interpretazione della legge codificati e non codificati e sull'uso dei topoi argomentativi.

A ben vedere solo nel *civil law* il conflitto fra precedenti è conflitto fra interpretazioni di norme e l'interpretazione non pone problemi di retroattività essendo legata all'efficacia della norma preesistente solo diversamente interpretata.

Nel *common law* il conflitto fra precedenti prende le forme di un mutamento di giurisprudenza basato sull'esigenza di correggere un errore contenuto nella precedente giurisprudenza ed ha pertanto valore retroattivo.

Possono però sempre darsi conflitti di giurisprudenza.

Essi secondo i giudici di Strasburgo non sono di per sè patologici, ma fisiologici.

5. Conflitti giurisprudenziali ed overruling

I conflitti giurisprudenziali – siano essi sincronici o diacronici – non potrebbero essere considerati, di per sé, contrari alla buona amministrazione della giustizia (cfr. *Overruling e prevedibilità della decisione di Martina Condorelli e Luca Pressacco in Questione giustizia n. 4 del 2018*).

Ciò notano i predetti autori lo riconosce la stessa Corte di Strasburgo, avvertendo che «the failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement» (Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 58, le cui considerazioni sono state da ultimo riprese da Corte Edu, Grande Camera, 29 novembre 2016, *Parrocchia cattolica di Lupeni e altri c. Romania*, § 116).

I principi di certezza del diritto e dell'equo processo (art. 6 Cedu) imporrebbero unicamente la predisposizione di misure idonee a evitare, per quanto possibile, il protrarsi dei conflitti giurisprudenziali e, nel caso di mutamento giurisprudenziale, l'adeguata motivazione della scelta di abbandonare un orientamento consolidato.

Le funzioni delle Sezioni Unite e della Plenaria sono essenziali in tale ottica a rendere conforme il sistema ai principi CEDU con i vincoli al rispetto del precedente da loro formulato che dovrebbe essere solo da loro disatteso (F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, 16 ottobre 2017 *Analogoamente*, cfr. G. Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *Federalismi*, n. 19/2018, in particolare, pp. 9 ; va ricordato che la violazione di un principio affermato dalla Plenaria da parte di una Sezione semplice non è di per sé motivo di revocazione cfr. C. Stato, sez. III, 06-08-2014, n. 4185 secondo cui la violazione dell'art. 99, 3° comma, cod. proc. amm., che impone a una sezione del consiglio di stato di rimettere la questione all'adunanza plenaria se ritenga di non condividere un principio di diritto già affermato dalla stessa adunanza plenaria, non costituisce motivo per proporre il ricorso per revocazione per errore di fatto; per C. Stato, sez. IV, 03-09-2014, n. 4489 è inammissibile il ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., di una sentenza del consiglio di stato che si sia discostata dal principio di diritto affermato dall'adunanza plenaria, in quanto esso deve essere considerato alla stregua di «diritto» e non di «fatto»; tale violazione sarà al più fonte di responsabilità disciplinare da mancata rimessione nel caso risulti completamente immotivata e sia il frutto di un aperto ed irragionevole disconoscimento della forza del precedente della Plenaria l'ipotesi della ribellione all'art. 99 cod. proc. amm.).

Resta tuttavia possibile il contrasto fra precedenti – sincronico o diacronico – ed il mutamento di giurisprudenza che crea incertezza del diritto.

In entrambe le culture – anglosassone e continentale – il *prospective overruling* è lo strumento attraverso il quale si tempera la “sorpresa” dell’affidamento ingenerato dalla precedente giurisprudenza che viene variata, cambiando – nel nostro sistema – ciò che aveva l’“apparenza di una regola” (e nel sistema anglosassone ciò che era vincolante).

E così si è ritenuto che se è vero in generale che l’interpretazione di una norma processuale, successivamente affermata, non integra uno *ius superveniens*, di cui si debba predicare la necessaria irretroattività, in quanto essa semplicemente rilegge l’enunciato ed è come tale destinata ad applicarsi sin dall’inizio, resta il fatto che l’originaria difforme lettura giurisprudenziale ha (o può avere) creato «l’apparenza di una regola» (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144) sulla quale la parte ha riposto un affidamento da tutelare sino al momento, da verificare in concreto, di oggettiva conoscibilità del nuovo orientamento correttivo.

Il rimedio per tali evenienze sarebbe pur sempre quello di escludere la decadenza e/o di rimettere in termine la parte che, avendo regolato la propria condotta confidando nel precedente orientamento, vi sia incorsa anche consentendole il successivo compimento di attività ormai precluse.

Il precedente giudiziario può – anche nel nostro sistema – che non conosce il valore vincolante del precedente avere l’“apparenza di una regola”.

Per questo motivo la *prospective overruling* non è invocabile secondo la sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite se tale apparenza non sussiste.

La Corte di Cassazione ha stabilito quindi che l’esigenza di tutela insita nell’istituto della rimessione in termini non sussiste, né è ravvisabile in via analogica, in una situazione in cui la condotta processuale della parte è stata determinata non dall’adesione ad un orientamento interpretativo della Corte di Cassazione ma da una personale lettura in senso di nuove disposizioni offerta dal difensore della parte (in presenza di diversi orientamenti giurisprudenziali tenuta comunque a seguire quello più rigoroso per ragioni precauzionali).

In linea di principio il *prospective overruling* opera tendenzialmente solo in materia processuale, il beneficio poi è soggetto a tre condizioni deve appunto 1) riguardare una regola processuale, 2) deve essere stato imprevedibile e 3) deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

Il giudice amministrativo – forse consapevole del maggior tasso di creatività della sua giurisprudenza – lo ha costruito anche in materia sostanziale specie nel diritto degli appalti (Ciò sulla scorta delle indicazioni dei giudici sovranazionali che sempre hanno affermato che i concorrenti devono essere messi in grado di conoscere le regole della procedura di evidenza pubblica, specialmente se la loro violazione può condurre all’esclusione del concorrente).

te dalla gara. Così, in un'ottica sostanzialistica, la Corte ha escluso che possa essere richiesta l'osservanza di regole fissate in via giurisprudenziale o di prassi, vista altresì la maggiore difficoltà, per gli operatori economici stranieri, di venirne a conoscenza cfr., per esempio, Cgue, 2 giugno 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, in Foro it., 2017, IV, p. 206, con nota di M. Condorelli. La posizione della Corte di giustizia è stata da ultimo ribadita in Cgue, ord. 13 luglio 2017, Saferoad Grawil sp. z o.o, C- 35/17, punto 22 ss. con particolare riferimento all'incertezza del diritto ingenerata dai contrasti giurisprudenziali; nel diritto nazionale cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817 , in cui è stata ritenuta inesigibile dal concorrente l'osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara, sulla scorta del rilievo che *«l'onere di diligenza esigibile in capo al concorrente non può ordinariamente eccedere quanto generalmente conosciuto e imposto in un determinato periodo storico»* ; segue argomentazioni simili CGA per la Regione siciliana, sez. giur., 24 marzo 2015, n. 305, in Urbanistica e appalti, 2015, p. 679, con nota di A. Ruffini, La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali).

In sostanza il giudice amministrativo si mostra sensibile al pari della Corte Costituzionale a modulare gli effetti temporali delle sue sentenze (Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in Urbanistica e appalti, 2018, p. 373, con nota di E. Follieri, L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto; in Foro it., 2018, III, p. 163, con nota di M. Condorelli, Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015 e in Dir. proc. amm., 2018, p. 1134, con nota di A. Cassatella, Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?. Nella sentenza citata, l'adunanza plenaria ha, di fatto, ripreso le motivazioni addotte da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in Foro it., 2015, I, p. 1513, con nota di R. Romboli, La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione; ibid., I, 1923, con nota di G. Tesauro, Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio *über alles*, che ha modulato gli effetti della pronuncia di incostituzionalità al fine di tutelare altri valori di rango costituzionale. In Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858, l'operazione realizzata dalla plenaria è stata qualificata come un'estensione dell'ambito di operatività del *prospective overruling* ai mutamenti di giurisprudenza riguardanti le norme sul procedimento).

Il diritto vivente è formato quindi dall'insieme dei precedenti, è il diritto che si usa nelle Corti, quello a cui fanno riferimento i giuristi pratici.

Avviene tuttavia che il reticolo dei precedenti faccia obliare la legge e porti alla apparenza di una regola che un mutamento di giurisprudenza può cancellare.

La legge è per ciò solo "dequotata".

Il diritto viene ricavato discutendo solo dei precedenti.

Il quarto problema attiene alla nomofilachia con riguardo al *sistema delle fonti*.

Il sistema delle fonti è esploso.

Si tratta – lo si è ricordato – dell'instaurarsi dell'ordinamento eurounitario o europeo e di quello regionale.

La nomofilachia sotto questo riguardo fa i conti con la globalizzazione e con le autonomie.

Esiste una nomofilachia sovranazionale a fianco di una nomofilachia nazionale.

Sempre più complesso unificare la giurisprudenza.

Sempre più un miraggio la weberiana calcolabilità del diritto (Irti parla di diritto incalcolabile).

In questo quadro la prevedibilità delle decisioni diviene un valore orientativo che richiede uno sforzo che deve essere fatto innanzi tutto dalla giurisprudenza medesima.

6. Considerazioni critiche: orizzonti ed illusioni sulla strada del ritorno dal caos all'ordine

Il rischio di fallimento nel riportare l'ordine è altissimo.

È evidente che – a questa altezza dell'analisi e per stare al processo amministrativo – una soluzione come quella offerta dall'art. 99 cod. proc. amm., anche ove applicata nel modo più ragionevole senza un eccesso di pronunce della Plenaria che possono svalutarne l'incidenza, non può risolvere tutto non potendo dare certezze interpretative in materia di segmenti dell'ordinamento che sono sovranazionali ed affidati al monopolio interpretativo delle Corti europee.

Il sistema giudiziario nazionale finisce per trovarsi fra Scilla e Cariddi, in uno stato di solitudine ed abbandono.

Non ausiliato dal legislatore nazionale dal quale pure scaturisce originariamente il Tribunal de Cassation perché ormai stimolato a doversi "autoriformare" garantendo decisioni prevedibili a fronte di una legislazione che continua ad essere alluvionale ed asistemica (non trovandosi ormai rimedio alla crisi della democrazia e della rappresentanza nazionale) ed assediato dai legislatori sovranazionali che rovesciano norme di ogni genere negli ordinamenti nazionali con ciò consumando la nomofilachia nazionale.

Non è solo il tema dei Tribunali di Babele posto assai lucidamente da Sabino Cassese sul piano delle tendenze di fondo del diritto globale come meritevole di intervento razionalizzatore futuro, è piuttosto il tema – attuale – della frammentazione nomofilattica affrontato da Paolo Cirillo (Cfr. P. Cirillo La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie in Riv. it. dir. pubbl. com. 2014, p. 23).

Ma non basta.

Oltre all'insufficienza della nomofilachia nazionale alla luce della globalizzazione c'è anche il tema della sua origine storica problematica legata come è alla illusione che l'interpretazione della legge vada sottratta al giudice comune tendenzialmente portato a giocare un ruolo politico nascosto (lato autoritario dell'origine della nomofilachia).

Tramontato il mito della legge, mito della modernità, costruito dall'illuminismo (da Voltaire, Beccaria, Verri, Filangieri), dissolto dalla post-modernità tramontata anche l'idea del giudice come “bocca della legge”, rimane la difesa della magistratura come c.d. “potere neutro” che va oltre il giudice meccanico applicatore delle leggi, cercando di sposare neutralità istituzionale e creatività interpretativa consentita – anzi imposta – dalla presenza dei valori costituzionali e della polisemanticità legislativa.

Il potere neutro comporta il dovere di eliminare le sentenze che violano la legge, quindi la funzione cassatoria (come ricostruita da Salvatore Satta e Piero Calamandrei).

Il tutto per evitare la ribellione del giudice alla legge (fenomeno che andrebbe ovviamente punito sul piano disciplinare ma che è enfatizzato richiamandolo spesso non a proposito quando si tratta invece di incertezze generate dallo stato della legislazione e si pensi alla materia dell'edilizia funestata dalle varie leggi di condono e da continue riforme che rimaneggiano le categorie di fondo della materia complicandole sempre più sul piano tecnico).

La funzione cassatoria, riguardata alla luce della sua origine costituzionale, si presenta non tanto – a nostro avviso – come vagamente “autoritaria” (come forse originariamente era) quanto come illusoria, demandata come è al vertice della giurisdizione, nell'illusione appunto che nelle leggi non vi sia nulla da interpretare ma solo questioni di applicazione al caso concreto.

Può richiamarsi forse la Constitutio Tanta del 433 di Giustiniano con il suo divieto di interpretare il Corpus iuris.

Secoli dopo appare il Referé legislatif (1790) con la funzione di accentrare l'interpretazione nelle mani del legislatore.

Giustiniano e la Rivoluzione francese si prendono per mano.

Solo con le critiche di Portalis al Referé Legislatif nasce la Cassazione come organo giurisdizionale e la funzione nomofilattica si laicizza per divenire ciò che

è oggi ossia un complesso procedimento per garantire la neutralità e la prevedibilità delle decisioni nel caos normativo post-moderno.

La nascita del giudice amministrativo e la sua costituzionalizzazione poi sganciano la funzione nomofilattica dalla funzione cassatoria, legandola alla posizione di vertice di plessi giurisdizionali differenti.

Lo snodo è l'art. 111 ult. comma della Carta che non consente alla Cassazione di andare oltre il sindacato sulla giurisdizione quando si tratti di sentenze del Consiglio di Stato se non a pena di vulnerare la divisione dei poteri costruita dal delicato sistema della giustizia nell'amministrazione.

Il punto è che – a fronte della crescita delle ipotesi di giurisdizione esclusiva – v'è tensione fra giudici ordinari e giudici amministrativi su come (e dove) tutelare i diritti fondamentali.

Il punto di caduta rappresentato da Corte Cost. n. 140 del 2007 e dalla sentenza n. 6 del 2018 è ancora oggetto di vivo dibattito, i cui esiti matureranno sul piano storico.

Non è facile ipotizzare se la Cassazione rifletterà sul coltivare la prospettiva dell'applicazione dell'art. 111 comma 7 Cost. su sentenze del Consiglio di Stato nelle rare ipotesi in cui sia violato un diritto incompressibile o se far sorgere, nel caso di danni alla salute ed all'ambiente derivanti da localizzazioni industriali, una sorta di "doppia tutela" ammettendo di poter sempre verificare le condizioni di esercizio di impianti industriali indipendentemente dai procedimenti di localizzazione o se deciderà di ricondurre alla questione di giurisdizione da denegata giustizia le violazioni non dei diritti fondamentali tutti ma solo di quelli "incompressibili" riproponendo al giudice delle leggi la rimediazione di Corte Cost. n. 6 del 2018 o se ritaglierà in concreto segmenti di giurisdizione affidati all'AGO in materie di giurisdizione esclusiva o se deciderà di affidare tutto al giudice amministrativo in forza della maturazione di adeguate tutele in quest'ultimo ambito (e per il giudice amministrativo quella della effettiva tutela dei diritti incompressibili è la sfida del futuro).

La questione è legata alla nota affermazione della bilanciabilità di tutte le posizioni giuridiche senza esistenza di diritti tiranni sorta a proposito del caso ILVA che successivamente è approdato ai giudici sovranazionali.

Una questione non certo facile e che meriterebbe una discussione politica alta che non si verifica da tempo non uscendo queste problematiche dallo stretto recinto degli addetti ai lavori per effetto delle logiche illogiche del sistema della comunicazione politica delle società democratiche.

Al Consiglio di Stato, comunque, le cui sentenze sono impugnabili in Cassazione solo per motivi di giurisdizione, spetta di dire l'ultima parola sull'interpretazione del diritto amministrativo e sempre più queste ipotesi si sono dilatate per effetto del dilatarsi degli ambiti di giurisdizione esclusiva ed implicano delibazione incidenti su diritti fondamentali.

In ciò l'importanza della sua funzione nomofilattica, consacrata dal citato art. 99 del cod. proc. amm. e dal crescente rilievo della giurisprudenza della Plenaria.

Le Corti supreme – ordinarie ed amministrative – divengono – nell'attuale fase storica – un auspicato antidoto alla dispersione e frammentazione della legge.

Ma appunto tale rimedio si appalesa illusorio come medicina che cura il sintomo e non la causa della malattia.

Il rimedio alla frammentazione della legge non può non essere politico e dipendere da una rinascita della rappresentanza politica.

Esso – per le caratteristiche del sistema – maturerà soprattutto nel nuovo spazio sovranazionale in fieri chiamato Costituzione europea.

Vanno evitati nel frattempo i rischi del conformismo giudiziario indotto da una concezione rigidamente illuministica del processo interpretativo.

La giurisprudenza deve essere stabile ma non troppo.

Alla luce di questo andrebbe costruito il ruolo dell'Adunanza Plenaria evitando i rischi di ossificazione del sistema.

Noti sono i vantaggi, nel diritto inglese, del metodo casistico-problematico, del sistema del precedente vincolante, dell'esistenza di un controllo diffuso e non accentrato di costituzionalità.

Una nomofilachia senza confini – nel diritto continentale – ha molto da apprendere da tale esperienza dovendosi inevitabilmente confrontare con essa per lasciare il giusto margine ai giudici di primo grado e delle Sezioni semplici (evitando l'horror vacui che porta a riempire tutti gli spazi interpretativi lasciando ai giudici solo la mera applicazione delle Plenarie rendendo così invisibile la concreta esperienza giurisprudenziale che matura in altri ambiti).

Del pari gli interventi delle Plenarie vanno misurati onde evitare tentazioni o eccessi di creazionismo giurisprudenziale- paranormativo che determinino rischi di invasione del campo del legislatore.

Un'ultima notazione : sempre più frequenti sono le cause risarcitorie contro lo Stato per violazioni di legge derivanti da giudicati nazionali che coinvolgono le Corti di ultima istanza che non abbiano rimesso questioni alla Corte di Giustizia UE (di recente – su sollecitazione del Consiglio di Stato la Corte UE ha rivisto i presupposti della sentenza CILFIT ponendo le basi per una parziale sdrammatizzazione del problema non potendosi sindacare agli effetti risarcitori un'omessa rimessione quando dotata di seria motivazione).

Le cause risarcitorie finiscono paradossalmente per sottoporre i giudici della nomofilachia ai tribunali ordinari.

L'art. 2043 cod. civ. può divenire – nell'intento delle parti non certo nella realtà che configura la responsabilità solo negli estremi casi di violazione manifesta

della legge ossia di casi in cui la legge non sia stata per nulla vista o correttamente letta (il caso in cui la parola cane diviene la parola gatto) – un tentativo di riportare la nomofilachia sul diritto amministrativo ai giudici ordinari.

E se per tali casi si prevedesse una specifica ipotesi legislativa di revocazione onde evitare tale rischio di incoerenza del sistema? In tal senso si muove – sia pure timidamente e parzialmente – la legge delega di riforma del processo civile sia pure limitatamente alle sentenze sopravvenute della Corte europea dei diritti umani (art. 1 comma 10 della legge n. 206 del 2021).

Le questioni più delicate riguardano la violazione dei principi del giusto processo (di fronte a sentenze nel merito corrette ma intervenute tardivamente sarà esperibile la revocazione?) e i danni medio tempore verificatisi (non sono rimediabili dalla revocazione).

Altro problema è quello relativo alle sentenze della Corte UE è ragionevole escludere la violazione del giudicato della Corte Ue dalle ipotesi di revocazione una volta introdotta l'ipotesi della revocabilità delle sentenze passate in giudicato per contrarietà al diritto CEDU?

I tratti differenziali fra le due normative (UE e CEDU) sono ben noti ma i problemi che si aprono in questa prospettiva non sono di poco conto anche per la stabilità dei giudicati nazionali (ipotesi di generalizzata revocazione conferirebbero in sostanza ai giudici nazionali la natura di giudici di grado inferiore rispetto alle Corti nazionali di fatto chiamando le Corti europee a valicare i confini loro assegnati dai Trattati e dalle convenzioni che postulano un ruolo solo di monopolio interpretativo della Corte Ue e di accertamento di illecito della Corte di Strasburgo).

Inoltre non sarebbe il caso comunque le tali cause risarcitorie da responsabilità civile del giudice quando relative all'interpretazione del diritto amministrativo nazionale che venissero trattate dal Consiglio di Stato in unico grado e con competenza in Plenaria?

Qui si apre uno spazio inedito di espansione della nomofilachia del giudice amministrativo e qui è opportuno fermarsi essendo una mera finestra sul futuro.

Un orizzonte certamente da considerare, non un'illusione.

Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Per una teoria prescrittiva delle fonti. – 3. Disposizione e norma. – 4. L'interpretazione come potere. – 5. Zone oscure. – 6. Dentro e fuori l'ordinamento giuridico. – 7. Del potere dell'interprete, cioè del giudice.

1. Premessa

«Un tempo, se si voleva fare un corso di lezioni in serenità, si sceglieva il sistema delle fonti; tutto era chiaro: gerarchia, competenza, stato, regioni, regolamenti, legge. Oggi non è più così, perché si ha la percezione di trasmettere cose false» – scriveva Carlo Mezzanotte nel 1991¹. Dopo trent'anni le considerazioni di Mezzanotte mantengono tutta la loro attualità. Anzi, la situazione è ulteriormente aggravata dal diffondersi di un atteggiamento sostanzialmente nichilista, che tende a negare la stessa utilità – e forse la possibilità stessa – di una teoria del sistema delle fonti. Tale atteggiamento è stato sostenuto da chi oggi occupa un seggio della Corte costituzionale: «non può dirsi esistente oggi un sistema delle fonti configurabile (come dovrebbe per essere veramente “sistema”) a priori e in generale, ma forse sono concepibili (e costruibili) piuttosto, al più, tanti diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie (gruppi o insiemi di fattispecie) che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento normativo offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»². È un atteggiamento che muove nell'intento di inquadrare l'argomento nel contesto della teoria generale, ma alimenta conseguenze anche operative che vanno radicalmente respinte, a mio modo di vedere: e per sostenere le tesi opposte ho pubblicato di recente un piccolo volume³ da cui ho tratto molti passi di questa relazione.

¹ C. MEZZANOTTE, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 56.

² F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I (1998), 575 ss., 586.

³ R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli 2021.

L'atteggiamento criticato nasce da una lettura "sociologica" delle fonti attualmente in vigore in Italia, ossia da una *descrizione* di quello che appare la realtà estremamente complessa e disarticolata del "sistema" delle fonti applicate in Italia: è un sistema che appare fortemente in crisi se paragonato al "modello" di sistema normativo ereditato dal passato. Le leggi di allora ponevano una disciplina "generale e astratta" delle fattispecie sociali; la sovranità impediva l'ingresso di fonti prodotte fuori dei confini nazionali e non "importate" da specifici atti normativi italiani; non vi erano autorità normative che non fossero inserite nel sistema politico-rappresentativo, cioè nel *continuum* Parlamento-Governo. Il fatto è che questo "modello" non ha mai corrisposto alla realtà: è una sorta di *madeleine* proustiana che segna la nostalgia per un mondo che probabilmente non è mai esistito. Il fenomeno delle "leggi provvedimento" era stato già segnalato dalla dottrina più avveduta (la «legislazione motorizzata» di C. Schmitt) sin dal 1919, come prodotto di uno Stato che inseguiva obiettivi sociali ed economici invece di fissare stabilmente i rapporti tra interessi confliggenti. Ma già allora la legislazione era cosa affatto diversa: basta consultare l'elenco delle leggi abrogate espressamente dalla folkloristica operazione della decretazione "taglia-leggi" del 2009, avviata in nome della semplificazione dell'ordinamento giuridico, per avere la riprova che la nostalgia per la produzione di leggi "ordinamentali" del bel tempo passato è un ricordo che non ha riscontro con la realtà: migliaia di atti legislativi non erano mai state abrogate espressamente per la semplice ragione che quelle leggi, per il loro carattere provvedimentale, erano destinate ad esaurire gli effetti giuridici in se stesse, nel loro disporre, non lasciando dietro di sé alcun reale impatto ordinamentale⁴. Per lo più si trattava di atti concernenti l'economia, ampiamente intesa, in larga parte rivolti a sostenere la gigantesca opera di costruzione della rete ferroviaria, del sistema idrico, della rete stradale ecc. Vincenzo Miceli, all'inizio del secolo scorso, denunciava «la poca attitudine dei Parlamenti alla complicata opera legislativa, la tendenza a formulare le leggi in maniera molto generica», mentre incalza «la molteplicità dei bisogni ai quali il Governo è chiamato a provvedere nella complessa e mobile vita del grande Stato moderno»: novità che stimolavano già allora «lo sviluppo del parlamentarismo e della burocrazia, due fenomeni che stanno fra di loro in un rapporto di mutua dipendenza»⁵.

Non c'è però dubbio che il sistema normativo d'oggi sia enormemente più complesso di quello di una volta, non fosse altro che per le ben note implica-

⁴ P. CARNEVALE, *Abrogare il già abrogato ovvero l'abrogazione al quadrato*, in *Diritto e società*, 2012, 119 ss.

⁵ V. MICELI, *Diritto costituzionale*, Milano, Società editrice libraria 1913, 883.

zioni dell'appartenenza all'Unione europea, che in qualche modo favoriscono la perdita di coerenza della legge e delle fonti italiane. Il moltiplicarsi degli "atti" normativi e delle "disposizioni" che l'interprete deve considerare per svolgere la sua opera sembra spostare il compito della creazione del diritto dalla legislazione all'interpretazione. Questo è il punto da approfondire.

2. Per una teoria prescrittiva delle fonti

I giuristi non possono accontentarsi di una teoria descrittiva delle fonti, che rappresenti la crisi della produzione del diritto e le difficoltà di riportare la normazione a sistema. Distinguere ciò che è fonte del diritto da ciò che non lo è rappresenta la premessa necessaria per comprendere quali siano i contorni dei diritti e delle libertà dei cittadini. La "dommatica delle fonti" – cioè una teoria prescrittiva che consenta di individuare "gli atti e fatti" abilitati dall'ordinamento a incidere sui nostri diritti – si pone perciò come la premessa del lavoro dei giuristi in un sistema costituzionale basato sulla divisione dei poteri e sul principio di legalità.

Il fatto è che l'attività del giurista ha natura essenzialmente pratica e si svolge per lo più senza attendere la risposta alle domande di fondo. Ma è indubbio che la frequenza con cui la sua attività inciampa nel dubbio su come qualificare un determinato atto è divenuta piuttosto alta. Si forma spesso una sorta di cortocircuito: definire le fonti del diritto serve a indicare quali siano le premesse, le basi su cui deve fondarsi la decisione del giudice (e degli altri soggetti dell'applicazione del diritto): e quindi si è tentati di includere nella categoria tutto ciò che *di fatto* può influire su di essa. Che cosa deve essere presa in considerazione dal giudice nel caso prospettatogli è una domanda a cui è necessario rispondere in termini di *dover essere*, e non di semplice registrazione delle regolarità. L'incertezza su questo primo quesito genera gravi difficoltà per i soggetti dell'applicazione del diritto: per i giudici anzitutto, che non possono esimersi dal risolvere il rebus delle fonti quando si tratti di reperire la «norma del caso», navigando – per esempio – tra fonti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici. Se si smarrisce la chiarezza concettuale su cosa sia "fonte del diritto", diventa quasi inevitabile la sovrapposizione dei due diversi piani, quello della produzione di *atti normativi* e quello della produzione delle *norme* da applicare al caso concreto. La *teoria delle fonti* si confonde allora con la *teoria dell'interpretazione* (per es. Ruggeri⁶

⁶ A. RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in *federalismi.it* 25 gennaio 2006, 16.

parla di «conversione» della teoria delle fonti nella teoria dell'interpretazione) e, di conseguenza, si legittima l'ingresso della giurisprudenza nel novero delle fonti del diritto. Questa è una delle cause più spesso citate della “crisi” del sistema delle fonti⁷. Ma sono davvero due piani separabili con un tratto netto?

È una questione cruciale, perché il nostro sistema costituzionale si basa sulla separazione dei due piani. Quando l'art. 101.2 Cost. dispone che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» pone un principio cardine della separazione dei poteri, che si impernia proprio sulla distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio*. Come è evidente, una nozione di “fonte”, prodotto di legislazione, ben separata dall'interpretazione, che è l'opera dei giudici, è il presupposto di questo disegno, in cui anche l'autonomia del giudice è preservata.

Naturalmente si potrebbe ritenere che proprio il sistema costituzionale, così come è fissato da un concetto “chiuso”, nazionale, di fonte e dalla separazione tra fonte del diritto e sua interpretazione, sia invecchiato e non regga più le innovazioni introdotte dalla globalizzazione, dall'integrazione europea e dalla contaminazione con altri ordinamenti giuridici. Un sistema “multilivello” crea una interconnessione tra ordinamenti che non fa più perno sulla esclusività delle fonti statali e affida al giudice il compito di individuare, prima ancora che la norma, l'ordinamento da utilizzare nel suo giudizio. È un'idea diffusa con cui bisognerebbe fare i conti. Ma c'è un nodo teorico da sciogliere che appare pregiudiziale: riguarda l'intima natura del ‘legiferare’ e dell'“interpretare” e la tenuta della loro distinzione. Su di essa, infatti, sembra far perno qualsiasi altro discorso attorno la norma da applicare svolto dai giudici nazionali, dato che lo schema della distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio* deve essere applicato anche al materiale normativo che viene importato dall'ordinamento dell'Unione europea e da altri ordinamenti esterni.

3. Disposizione e norma

Dobbiamo a Vezio Crisafulli molti dei concetti basilari che aiutano a porre ordine nella teoria delle fonti. Le fonti servono a «porre norme», ma non vanno confuse con le norme. Netta è la distinzione: «le fonti non sono le norme, ma il fatto presupposto o la condizione o “la causa” delle norme»⁸. È una distinzione – per così dire – ontologica: le fonti sono “cose”, documenti (come le leggi) o comportamenti empiricamente accertabili (come le consuetudini); le norme,

⁷ L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. II, t. 2 (2008), 544 ss.

⁸ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)* in *Enc. dir.* XVII, 1968, 926.

frutto del procedimento intellettuale chiamato ‘interpretazione’, appartengono invece al mondo delle “idee”.

Il linguaggio corrente non dà sufficiente risalto a questa distinzione, sovrapponendo sistematicamente i due piani. Si parla comunemente della «applicazione della legge», come se fosse possibile applicare un documento o un fatto, mentre è evidente che quello che si applica è la norma che l’interprete ne ricava; così come essa non viene applicata al “fatto”, a qualcosa che esiste nel mondo delle cose, ma al “caso”, che è la rappresentazione ideale del fatto «concettualizzato o astrattizzato»⁹, la sua qualificazione giuridica¹⁰, un’“idea” quindi. Nella metafora dell’«applicazione della legge» si cela un doppio *transfer* dal fuori al dentro, ossia dal mondo reale (in cui esistono i fatti e i documenti normativi articolati in proposizioni, ma anche l’evento «dedotto» davanti al giudice) al mondo ideale: l’applicazione è un processo intellettuale che pone in relazione due «costruzioni», quella della norma e quella del caso; non fa meraviglia perciò che questo processo sia riassunto nella forma logica del sillogismo, quintessenza del ragionamento giuridico, basato sulla “sussunzione” di una costruzione nell’altra.

Il linguaggio allegorico della «applicazione della legge» non crea alcun problema pratico nel lavoro quotidiano del giurista. La disposizione dell’art. 1576 c.c., per esempio, può sollevare qualche dubbio di interpretazione (cosa siano, nel rapporto di locazione, le riparazioni «necessarie» e quali «quelle di piccola manutenzione»), ma la “disposizione” e la “norma” non sono divise da una distanza tale da ostacolare l’allegoria dell’«applicazione della legge»; questa distanza non può più essere trascurata invece – pur restando nell’ambito di un diritto altamente codificato come il diritto civile – di fronte a disposizioni in cui si fa impiego di clausole come il «danno ingiusto» (art. 2043 c.c.), la «diligenza del buon padre di famiglia» o la «buona fede» (che ricorrono in dozzine di disposizioni del codice civile). Qui – come di fronte ai tanti principi di cui è ricca la Costituzione – l’«applicazione» della disposizione richiede quantomeno un’attenta lettura della giurisprudenza formatasi su di essa, la ricerca quindi della “norma”.

La distinzione tra *disposizione* e *norma* non riproduce soltanto il dualismo essenziale tra segno e significato, tra “cose” e “idee”. Essa è la proiezione sul piano analitico della distinzione costituzionale tra poteri dello Stato segnata dall’art. 101.2 Cost.: che esprime infatti l’autonomia del giudice nell’interpretare la legge, nel creare la norma da applicare, ma anche il suo vincolo alla legge stessa, alla *disposizione*. La grande divisione non separa soltanto il mondo dei *fatti* dal mondo delle *idee*: si confrontano anche il mondo degli atti di potere e

⁹ G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, 15.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Mulino, 2008, 197.

il mondo degli atti retorici, ognuno forte dei propri canali di legittimazione. Le disposizioni sono espressione di *atti di potere*: sono imposte dal legislatore ('disposizione' e 'comando' sono sinonimi) non perché "vere", ma perché buone e opportune. Saranno gli elettori a giudicarle. Le norme, invece, sono frutto di *atti retorici*, sono "accreditate" dall'interprete e s'impongono agli altri interpreti solo grazie alla loro forza persuasiva, al credito che esse si guadagnano presso la «comunità degli interpreti» come "vere" interpretazioni delle disposizioni. Perciò le leggi – veicolo archetipico di emanazione delle disposizioni – di regola non sono motivate; perciò lo sono, invece, le sentenze, che sull'interpretazione (delle disposizioni e dei fatti accaduti) si fondano. La motivazione serve alla giustificazione dell'interpretazione: nei tre gradi di giudizio viene saggiata la qualità della motivazione di una sentenza, corroborata o cassata l'interpretazione che essa propone. E per di più ogni sentenza è offerta al pubblico dibattito, perché la sua motivazione sia sottoposta a critiche e commenti. La cultura giuridica di cui siamo debitori ha organizzato in modo semplice e coerente la spiegazione del problema, proprio fondandola sulla distinzione tra disposizione e norma. Il *dispositivo* pronunciato dal giudice («in nome del popolo italiano», prescrive l'art. 101.1 Cost.) è accettabile (ossia *valido*) se è basato su una *norma* che rappresenti un'interpretazione accettabile (ossia *condivisa*) della *disposizione* posta dal legislatore. L'opera del legislatore si giustifica grazie al mandato elettorale di cui egli gode; l'opera del giudice si giustifica grazie al corretto uso degli strumenti interpretativi, su cui vigilano le corti d'appello e la "comunità degli interpreti".

Come si vede, la distinzione tra *disposizione* e *norma* costituisce uno schema appagante che sembra facilitare notevolmente il compito di definire le "fonti" normative in uno Stato di diritto che pratici con coerenza la divisione dei poteri. È una spiegazione lineare, in sé coerente ed esaustiva. Salvo un punto.

4. L'interpretazione come potere

Lo stesso Crisafulli avvertiva però che non proprio ogni aspetto risultava chiarito, e che la configurazione della disposizione come semplice "oggetto" dell'interpretazione trascurava un particolare: si trattava di quelli che Crisafulli chiamava «frammenti di norma», enunciati formalmente autonomi ma «insuscetibili, in sé e per sé, di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»¹¹. Non tutto ciò che è fornito dal legislatore può essere classificato come 'disposizione', né ciò che si assume come disposizione è direttamente offerto

¹¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 201.

dal legislatore senza alcun intervento dell'interprete. È richiesta un'opera di ricomposizione del materiale linguistico fornito dal legislatore perché si possa ottenere un testo qualificabile come disposizione. Però – avvertiva Crisafulli – se si insistesse sulla necessaria compiutezza di significato della disposizione, si finirebbe con concludere che, per aversi disposizione, sia richiesto «il ricorrere di tutti gli elementi che, alla stregua delle diverse concezioni possibili, si ritengono elementi costitutivi della norma giuridica». La conclusione inevitabile sarebbe allora che la disposizione non sia un mero “dato”, ma il frutto di una selezione e una qualificazione, operate dall'interprete con l'impiego degli strumenti forniti dalla teoria delle fonti, attraverso i quali gli è possibile distinguere e catalogare le “disposizioni” separandole da altre espressioni impiegate dal legislatore. Tra gli strumenti utilizzabili, in primo piano stanno i tradizionali «criteri di soluzione delle antinomie», il cui impiego aiuta l'interpretazione a “scegliere” l'oggetto da interpretare, ossia la “disposizione”. Disposizione e norma tendono a sovrapporsi.

Altrove ho proposto una lettura “quantistica” del processo di interpretazione del diritto, che mira ad accendere i riflettori sulle prassi degli interpreti che “manipolano” gli oggetti di cui intendono proporre l'interpretazione – prassi nelle quali, cioè, l'oggetto e il soggetto dell'osservazione tendono a sovrapporsi e confondersi¹². Sono prassi ben note. Quella che produce gli effetti più drastici riguarda il riconoscimento o meno del valore normativo delle disposizioni scritte dal legislatore o, all'opposto, della loro funzione “meramente dichiarativa”. Tarello la chiamava «*interpretazione abrogante*»: una strategia argomentativa «che consiste nel diniego che a un particolare enunciato del discorso legislativo sia attribuibile un qualche significato precettivo, cioè che l'esito dell'attività dell'interprete consista nell'asserzione che quel particolare enunciato del discorso legislativo non esprime alcuna norma»¹³. Praticare questo tipo di interpretazione significa ovviamente potenziare il ruolo degli organi dell'interpretazione, che si possono sbarazzare dal vincolo posto dal legislatore¹⁴. È ciò che è accaduto nel caso storico (a cui per altro Tarello si riferisce) della radicale svalutazione del significato normativo delle disposizioni delle *Preleggi* che vorrebbero disciplinare l'interpretazione della legge. Più di recente, lo stesso è avvenuto nella nota giurisprudenza della Corte costituzionale che ha destituito di significato normativo i principi programmatici contenuti degli Statuti regionali (sentt. 372, 378 e 379/2004).

¹² R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013.

¹³ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 37.

¹⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 305.

Non vi può essere dimostrazione più evidente di come l'interprete selezioni il "dato" legislativo: se è vero che ogni proposizione contenuta in «atti autorizzati – in astratto – a creare diritto», per cui «le disposizioni in essi contenute è da presumere che siano, e di regola saranno, normative», non tutte le «singole proposizioni linguistiche contenute nell'atto, in quanto dotate di una propria autonomia anche solo formale ed estrinseca» sono in grado «di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto»¹⁵. Va però aggiunto che, come lo stesso Tarello suggeriva, l'attribuire significativo normativo ad un enunciato legislativo non è operazione che dipenda dal tipo di scrittura dell'enunciato, quanto piuttosto dalla cultura giuridica accreditata dagli interpreti. Sono loro a qualificare l'oggetto dell'interpretazione come 'disposizione' in senso proprio, oppure a retrocederla a enunciato meramente programmatico o dichiarativo. In fin dei conti, il diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost. («La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro») non è espresso con formule meno impegnative di quelle usate per altri diritti (per esempio dall'art. 16: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale»): eppure il loro "trattamento" da parte degli interpreti è stato molto diverso, come è noto, giacché sembra incrollabile l'interpretazione per cui «la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. è... affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro» (Corte cost., sent. 419/2000); anche se nella giurisprudenza costituzionale più recente pare affermarsi un «indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.», che conduce alla «affermazione sempre più netta del "diritto al lavoro"» (Corte cost., sent. 194/2018). La cultura giuridica è destinata ad evolversi e questo potrebbe esserne un segno.

La «interpretazione abrogante» non c'entra nulla con l'abrogazione, che non serve a negare la potenziale efficacia normativa intrinseca di una disposizione, ma soltanto a delimitarne gli effetti nel tempo. In un recente caso, risulta evidente come l'«interpretazione abrogante» e l'abrogazione operino in modo differente producendo conseguenze giuridiche diverse: problema di grande rilevanza in materia penale (Corte cost., sent. 25/2019, che interviene nella nota giurisprudenza *De Tommaso*). Ma anche l'abrogazione – e in particolare la c.d. *abrogazione implicita* "per incompatibilità" – è uno strumento con cui l'interprete si libera del vincolo alla legge negandone la vigenza attuale: l'esigenza è di risolvere il conflitto tra due norme incompatibili; la scelta comporta una selezione tra le disposizioni volute dal legislatore; ed è ancora una volta la cul-

¹⁵ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195.

tura giuridica a suggerire le strategie argomentative con cui rendere *accettabile* il potere dell'interprete di scegliere il testo in vigore, e quindi l'oggetto della sua interpretazione.

L'*interpretatio abrogans* contesta la *normatività* del testo legislativo: la disposizione resta al suo posto, ma l'interprete non le attribuisce il grado di precettività necessario per condizionare il suo lavoro. Con l'*abrogazione tacita* l'interprete si libera della disposizione contestandone l'efficacia attuale, e quindi la obbligatorietà della sua applicazione nel caso che ha di fronte. Vi è poi un altro modo più sottile con cui l'interprete può sottrarsi all'obbligo di applicare una norma valida: gli basta dimostrare che il suo caso non rientra nell'*ambito di applicazione* della norma in questione. A ciò serve l'impiego del *criterio di specialità*, uno dei classici strumenti con cui si risolvono le antinomie, decidendo in merito all'applicazione o meno di una norma al caso in giudizio. Avverte però la Corte costituzionale che i tradizionali brocardi in tema di rapporti tra *lex generalis* e *lex specialis* non hanno alcuna copertura costituzionale e neppure valgono in assoluto: possono generare un «mero criterio interpretativo, destinato a cedere di fronte ad una precisa *voluntas legis* in senso contrario» (Corte cost., sent. 2/2008); resta perciò affidata all'interprete la valutazione «caso per caso» in merito a quali norme far prevalere, facendosi forte – se è il caso – di una sua libera ricostruzione della *voluntas legis*.

Così si aggiunge uno strumento in più alla ricca scatola di arnesi di cui dispone l'interprete per selezionare la norma da applicare. Egli può compiere la scelta riconoscendo la specificità dell'argomento regolato, distinguendo tra norme generali e norme speciali, collegando le norme in conflitto a diverse *sedes materiae*; oppure ancora distinguendo i campi di applicazione delle leggi sulla base della competenza dei diversi legislatori, come avviene nei sistemi federali o regionali. E soprattutto come avviene nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, in cui la definizione dell'*ambito di applicazione* delle fonti e del diritto europeo è una delle questioni decisive e, tuttavia, più equivocate¹⁶.

5. Zone oscure

Nella teoria delle fonti non mancano zone oscure alquanto estese. Ma proprio per affrontarle occorre munirsi di una teoria prescrittiva delle fonti.

¹⁶ M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI 2018.

Mi limito solo ad accennare alle zone oscure più tradizionali. Ho in mente in particolare la grande massa delle circolari, che una volta segnavano il punto più esposto della frontiera tra il dentro e il fuori del sistema delle fonti. La *circolare amministrativa* serve all'applicazione amministrativa della legge, alla sua *effettività*; può anche (ma raramente) essere prevista dalla legge, ma non appartiene alle fonti del diritto. Non perché non sia un "atto normativo" e perché non veicoli precetti vincolanti e sanzionati; ma perché non opera *direttamente* nell'ordinamento generale. Secondo la dogmatica più risalente, la circolare appartiene alla «attività interna» della pubblica amministrazione: agisce per lo più nell'ambito della gerarchia amministrativa; produce quindi quegli effetti obbligatori che sono tipici delle «istruzioni dell'autorità superiore ai suoi dipendenti, le quali si fondano soltanto sulla supremazia gerarchica», come testimonia la sua origine nell'amministrazione militare. Essa però non crea obblighi o diritti per i consociati: «siffatte norme non sono in nessun caso obbligatorie pei cittadini, né ad essi attribuiscono dei diritti». Per il dipendente pubblico la circolare è però la regola da applicare, il vincolo da rispettare; le circolari «sono leggi per l'ordinamento... della gerarchia amministrativa»¹⁷. Esse fanno da intercapedine tra le fonti del diritto in senso stretto e il loro momento applicativo. Sono frutto di *interpretazione* delle leggi e degli altri atti normativi e semplificano i compiti applicativi dei sottoposti, in quanto li esonerano da ulteriori approfondimenti interpretativi. Riducendo allo schema minimo, la circolare è per gli uffici pubblici ciò che la legge e le altre fonti del diritto dicono di fare.

La conseguenza è che, per i cittadini che entrano in contatto con l'amministrazione pubblica, la circolare, che pur non contiene prescrizioni obbligatorie dirette a loro, verrà a loro applicata dall'ufficio, perché questo è tenuto a rispettarne le prescrizioni. Naturalmente, in quanto strumento di interpretazione della legge e non espressione di una volontà politica legittimata a creare diritti e obblighi, la circolare è solo uno strumento di interpretazione e, in quanto tale, può essere sbagliata: il cittadino che se la vede opporre dall'ufficio pubblico può impugnare il provvedimento conseguente e chiederne l'annullamento per errore di diritto. Lo stesso ufficio a cui è diretta potrebbe disattenderne le indicazioni, se frutto di un errore di interpretazione. In ogni caso i giudici possono non tenerne conto senza che ci sia bisogno di dichiararne l'illegittimità.

Questo è il quadro classico che la dogmatica giuridica ha mantenuto inalterato o quasi sino ad oggi. È il quadro dei principi, e quindi del *dover essere*. In esso non è consentito lo sconfinamento dal sistema dell'organizzazione burocratica al

¹⁷ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, 76 e 83.

sistema delle fonti. Su questa linea è assestata la giurisprudenza amministrativa¹⁸ e civile¹⁹. Purtroppo però non è anche il quadro dell'*essere*, ossia dell'esperienza pratica. Questo è assai più complesso, e la dottrina non manca di metterlo in luce, e non da oggi. La causa principale della complicazione è da imputare in primo luogo alla sciattezza della legislazione. C'è uno stretto rapporto tra la cattiva scrittura delle leggi e lo straripamento della burocrazia. «In molti casi la legge si limita a porre i principi fondamentali della disciplina di una determinata materia e delega agli apparati amministrativi il compito di stabilire in via sublegislativa, con atti normativi e con altri tipi di atti (linee guida, circolari, norme tecniche, ecc.), le regole di dettaglio volte a disciplinare anche i comportamenti dei privati»: è così che introduce il problema un noto e attento manuale di diritto amministrativo²⁰. E se guardiamo più da vicino il fenomeno, il rapporto tra legge e circolare si intorbida ancora di più. Ma non è questa la sede per approfondire un tema di tanto peso.

Accanto alle circolari prospera un fitto sottobosco di atti, variamente denominati (linee guida, protocolli, codici di condotta, *best practices*, criteri generali, piani ecc.) generalmente riassunti sotto l'equivoca etichetta di *soft law*: tra essi nel periodo della pandemia hanno acquisito grande popolarità i *decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dPCM)*, che per altro sono sempre esistiti.

Questi atti sono il prodotto di un fenomeno vistoso, da tempo annunciato in sede teorica e spiegato con chiarezza da Michel Foucault: le sue radici risalgono all'emersione del mercato e dell'economia come «luogo di verifica-falsificazione per la pratica di governo»; essa ha sostituito la tradizionale equazione tra buon governo e governo giusto, che intrecciava diritto e «verificazione» – intesa tradizionalmente come legittimazione – dell'esercizio del potere. Mentre dal punto di vista del giurista rileva solo il tema della *validità*, si è imposto come prevalente quello dell'*efficacia*. Il problema non è se intervenire o meno, ma sapere come

¹⁸ Cfr. la sent. 986/2017 della VI Sez. del Consiglio di Stato: «la circolare non è una fonte normativa, ma rappresenta soltanto l'opinione di una delle due parti del rapporto fra cittadino e amministrazione, e come tale ha valore soltanto se conforme alla legge. In altri termini, l'interpretazione di cui alla circolare o è legittima o non lo è, e non sussiste una terza possibilità; non si può invece sostenere che un dato provvedimento è legittimo o illegittimo perché conforme o difforme da una circolare».

¹⁹ Un noto precedente delle Sezioni unite della Cassazione (sentenza 23031/2007) afferma lapidariamente che le circolari «non possono né contenere disposizioni derogative di norme di legge, né essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie, che, come tali vincolano tutti i soggetti dell'ordinamento, essendo dotate di efficacia esclusivamente interna nell'ambito dell'amministrazione all'interno della quale sono emesse».

²⁰ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Mulino, 2015, 57.

farlo, come realizzare il quadro delle condizioni in cui il mercato può funzionare. La competenza tecnica diviene quindi il fulcro della legislazione, intesa nel senso più ampio; la stessa scrittura delle norme cambia, si specializza e spesso passa anche di mano, essendo secondario il ruolo dei giuristi rispetto a quello dei “tecnici”. Di questa trasformazione l’Unione europea è un propulsore efficiente, avendo eretto a suo compito fondamentale la realizzazione delle condizioni ottimali in cui si svolgono l’«economia sociale di mercato» e la concorrenza.

Anche questo fenomeno non è certo nuovo. Gli atti che sono caratteristici dell’emersione della competenza tecnica, che oggi è centrale nella regolazione dell’economia, sono quelli che, anche sotto la spinta del diritto dell’Unione europea, si pongono come espressione dell’autonomia del “mercato” e si oppongono a qualsiasi tentativo di “regolazione pubblica”, ritenuta ormai illegittima: «è il mercato che impone le sue leggi anche quando il legislatore vorrebbe ignorarle o imporne altre incompatibili con la sua logica interna»²¹. Interi segmenti della regolazione (e dell’organizzazione) pubblica sono arretrati per lasciare il campo a fenomeni regolatori la cui natura non è sempre agevole determinare. È un fenomeno in continua crescita: lo Stato tende a ritrarsi dall’intervento diretto e affida i compiti di regolazione a soggetti – in particolare alle Autorità amministrative indipendenti – che la legge è attenta a collocare fuori del circuito della rappresentanza e della responsabilità politica, rompendo il rapporto, tradizionalmente considerato imprescindibile, tra rappresentanza politica, garanzie procedurali e collocazione degli atti nella gerarchia delle fonti. Il potere normativo di queste Autorità sembra trarre legittimazione “dal basso”, cioè dalla loro efficienza nel rispondere alle esigenze che emergono dal settore da regolare: è perciò coerente ritenere che le discipline emanate «ricavino le regole dall’oggetto da regolare»²². Se è questa la premessa, conseguente è la affermazione che la legittimazione di esse non deriva dalle condizioni di validità degli atti proprie dell’impostazione kelseniana, ma dalla *accountability by results*, dai buoni risultati ottenuti: «Il successo, dunque, prenderà il posto della legittimità», profetizzava M. Foucault²³.

L’osmosi tra pubblico e privato è dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni. C’è un’osmosi anche personale: gli “esperti” inseriti nel processo legislativo, che guidano le scelte dello stesso legislatore “politico” che dal loro sapere si trova a dipendere, si avvalgono dei «buoni rap-

²¹ F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, Mulino, 2002, 7.

²² F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2011, 10 e 98.

²³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, 28 – trad. it. di M. Bertani e V. Zini, Milano, Feltrinelli, 2017.

porti» che intrattengono con lo specifico settore che andrebbe regolato e rispetto al quale si sentono in primo luogo responsabili²⁴ ne condividono conoscenze, visioni del mondo, valori e – soprattutto, direi – ciò che incarna tutto questo, il linguaggio. Se – come scriveva Umberto Eco²⁵ – l'autore di un testo impiega segni letterari che «anziché servire a designare un oggetto, designano istruzioni per la produzione di un significato», il linguaggio impiegato da chi scrive i testi normativi si adegua a quello degli apparati tecnici che dovranno applicarli. Il che comporta che le regole siano spesso scritte in un linguaggio che il giurista (il giudice o il pubblico funzionario) ignora, per cui per capirle e applicarle deve ricorrere ad un'intermediazione linguistica di qualche consulente. Anche l'«esperto» però soffre di limiti linguistici, è insofferente al linguaggio giuridico, che gli appare inutilmente complesso: siccome le leggi *devono* essere scritte secondo gli schemi del diritto, e quindi non possono essere scritte se non con le tecniche del giurista, l'«esperto» tende a rifuggire dalla legge e propende per impiegare atti diversi: dall'allegato tecnico della legge o del regolamento, ad atti amministrativi o para-amministrativi variamente denominati, al *soft law*.

Di fronte a questi atti si impone una domanda preliminare: si tratta pur sempre di fonti del diritto? È un quesito cruciale, cui non è semplice rispondere. Ragionando secondo gli schemi usuali della teoria del diritto pubblico, potremmo riconoscere in essi la qualità di «atti tipici», proprio perché il loro «tipo» è fissato dalle leggi: è nelle leggi che risiede il potere di definire la tipologia degli atti destinati alla loro attuazione, l'interesse pubblico che essi devono avere in cura e le procedure per porli in essere. In genere, per questi atti sono quindi preservate le garanzie minime di legalità e, inoltre, nei loro confronti vengono garantiti i meccanismi ordinari di tutela giurisdizionale²⁶. Ma è anche vero che i poteri regolativi di questi soggetti sono delimitati in modo abbastanza generico sia per estensione che per grado di discrezionalità esercitabile. Le norme che essi emanano derivano molto spesso da «regole» di comportamento imposte dagli stessi soggetti che devono essere disciplinati, in particolare dagli stessi mercati alla cui regolazione dovrebbero essere rivolte (le stesse direttive europee sono frequentemente ispirate ad esse). L'apertura internazionale dell'ordinamento facilita l'ingresso di questo tipo di regolazioni, e rafforza le difficoltà derivanti dalla scrittura dei documenti che le recano. Sono figure di non esatta qualificazione, per le quali la collocazione dentro o fuori le fonti del diritto non è operazione scontata. Anche qui è evidente la necessità di un atteggiamento non meramente

²⁴ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 151 ss.

²⁵ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, 21.

²⁶ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, 280 ss.

“sociologico”, propenso a descrivere il decadimento delle forme normative: è necessaria invece una teoria normativa che faccia perno sulla Costituzione e l'ordine che essa costruisce.

6. Dentro e fuori l'ordinamento giuridico

Sicuramente l'aspetto più rilevante della “crisi” del sistema delle fonti tanto spesso denunciata è conseguente all'interazione giuridica con l'Unione europea e alla costruzione, tutta giurisprudenziale, della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale. Fenomeno troppo noto per essere qui riassunto, esso si sviluppa a partire dalla storica giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '60 e con il concorso delle giurisdizioni nazionali, sempre più propense a produrre, tramite il ricorso pregiudiziale alla Corte europea, sentenze direttamente applicabili, con conseguente disapplicazione della legge italiana con esse incompatibili.

Il giudice nazionale deve dirimere il contrasto tra le norme dell'ordinamento italiano, perché questo è il suo mestiere; può portare al giudizio della Corte costituzionale eventuali casi di incompatibilità tra le norme italiane e quelle comunitarie, ma solo se queste non hanno l'*effetto diretto*: perché, in questo caso, il principio della supremazia del diritto comunitario comporta che il giudice italiano se la sbrighi da solo, decidendo qual è l'ordinamento competente e agendo di conseguenza, applicando la norma competente. Nel dubbio si rivolge alla interpretazione della Corte di giustizia: la Corte costituzionale italiana non ha avuto remore a riconoscere che anche le sentenze “interpretative” della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti (sent. 113/1985). Quindi è scaricata sul giudice comune la responsabilità di coordinare le norme dei due ordinamenti. Il che ha fatto esplodere lo strumento del rinvio pregiudiziale, con cui i giudici comuni riescono a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge.

Come già si è sottolineato, l'art. 101.2 Cost. («*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*») è un pilastro del modello costituzionale. Esso tutela l'autonomia del giudice nell'interpretazione della legge, ma indica anche il vincolo che dalla legge gli deriva. Rappresenta quindi il presupposto e il corollario del monopolio della Corte costituzionale nel *judicial review* delle leggi; leggi che mai il giudice potrebbe disapplicare ritenendole contrarie alla Costituzione senza percorrere – appunto – la strada della impugnazione alla Corte. Se invece il giudice s'imbatte in una norma europea munita di effetto diretto, può applicarla mettendo da parte la norma italiana contraria. Che una norma europea abbia effetto diretto può essere una convinzione che il giudice raggiunge in via di interpretazione, o interrogando a proposito la Corte di giustizia. Basta che proponga alla Corte

di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione in cui si prospetta in termini astratti – come una questione di interpretazione di una determinata disposizione europea, anche di un principio del Trattato, per esempio – il dubbio se una determinata norma nazionale – quella che il giudice sarebbe tenuto ad applicare – sia compatibile con essa. Non è tecnicamente un’impugnazione della legge italiana, che esulerebbe dalle competenze della Corte di giustizia, ma la conseguenza è molto simile. Il giudice fornisce gli elementi della fattispecie astratta che la Corte di giustizia valuta alla luce della norma europea: la conclusione – quando la Corte dichiara che la fattispecie presa in considerazione «osta» con la norma europea, vietandone perciò l’applicazione – è che si è prodotta una norma “chiara, precisa e incondizionata”, che il giudice italiano può ritenere (anche quando la Corte di giustizia non lo dicesse espressamente) munita di effetto diretto, liberandosi di conseguenza dal vincolo della legge. Non c’è alcun giudizio sulla *validità* della legge italiana (che sarebbe pur sempre riservato alla Corte costituzionale), perché il meccanismo opera sul piano dell’*applicazione*, e quindi dell’*efficacia*. Questioni di validità si porrebbero solo se il giudice avvertisse un contrasto interno ad uno dei due ordinamenti: la norma europea gli sembra in contrasto con le norme europee di grado superiore (il Trattato, di solito); oppure la norma italiana gli sembra in contrasto con la Costituzione e con l’obbligo che essa fissa di rispettare gli adempimenti comunitari (art. 117.1)²⁷. Per il resto l’opera di coordinare l’ordinamento interno con quello europeo si svolge tutta sul piano dell’*efficacia* e dell’*interpretazione*, cioè della *collaborazione tra giudici*, quelli interni e quelli dell’UE.

7. Del potere dell’interprete, cioè del giudice

La collaborazione tra le corti generalmente viene esaltata come un “motore” dell’integrazione europea: un’integrazione «attraverso il diritto» che va oltre a quanto è voluto dalla politica. Può essere un esito apprezzabile da parte di chi ha a cuore l’integrazione europea: ma questa è a sua volta un’opzione politica, uno spostamento dei ruoli e dei “pesi” dei soggetti. La volontà della politica, in qualsiasi sistema che si ispiri al costituzionalismo liberale, deve prevalere se e soltanto se si esprime attraverso la legge: per questo la legge costituisce il vincolo, l’unico vincolo a cui sono soggetti i giudici. Se la cooperazione tra le corti produce come risultato la produzione di un “diritto” scisso dalle leggi, frutto di una qualche forma di *interpretatio abrogans* (della quale anche l’“effetto diretto”

²⁷ E poi c’è il caso del c.d. *controlimiti*, da cui qui si prescinde.

è in fondo manifestazione) ecco che si produce un *vulnus* nella teoria delle fonti e al “dogma” della prevalenza della volontà politica fattasi “legge”.

La lotta per il potere segna i rapporti tra giudici e legislatori in tutta la storia del diritto come ci ha insegnato, tra i tanti, Gino Gorla²⁸. Non si può comprendere il valore che è riconosciuto al *precedente giudiziario* nella *common law* britannica se non si guarda alla storica difesa della “corporazione dei giuristi” contro il potere politico: e sembra perciò minata da una certa ironia la pretesa di ristabilire un qualcosa che assomigli al precedente attraverso l’enfasi con cui si guarda alle innovazioni legislative che sperano di riportare nell’alveo della funzione nomofilattica una Cassazione che produce 80.000 sentenze all’anno, estraendo da esse principi e massime. Ma su questo – sulla distanza che separa un “precedente” da queste elaborazioni giurisprudenziali – ha già detto tutto Michele Taruffo²⁹.

Sia chiaro: che ci sia tensione tra il potere che pone le leggi e i soggetti che le interpretano e le applicano – insomma, tra politica e diritto – è fisiologico in un sistema costituzionale ispirato alla divisione dei poteri, cioè in uno Stato di diritto³⁰. Ma è una tensione che deve essere costante e non ammette cedimento dei punti fermi di ancoraggio³¹. La soggezione del giudice alla legge è un punto fermo, che non può essere scardinato. Non c’è ideologia che giustifichi la liberazione da questo vincolo, benché non manchino in dottrina tesi, che poi vengono riecheggiate anche in giurisprudenza, che suggeriscono di liberare il giudice da ciò che lo ostacolerebbe nell’esercizio della sua “funzione”, che sarebbe quella di massimizzare la tutela dei diritti³² o di individuare sempre è comunque il “rimedio” equilibrato che risolva un conflitto sociale non debitamente regolato dalla legge³³. L’immagine del giudice si accredita e il suo potere si legittima se svolge il suo compito, che – come ripete la giurisprudenza costituzionale da sempre (vedi

²⁸ G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941; *I precedenti storici dell’ art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* 1969, V, 112 ss.

²⁹ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, ES, 2007; *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 111 ss.

³⁰ R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, 50 ss.

³¹ Un esempio eclatante di “disancoraggio” e di esplosione della tensione è dato dal recente caso *Randstad* sollevato dalla Corte di cassazione in via pregiudiziale, su cui rinvio a R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it (paper)*, 18 novembre 2020, tensione che è stata allentata dalla sentenza della Corte di giustizia C-497/20.

³² Contra R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano 2018, 63 ss.

³³ Contra M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Modena, Mucchi 2022.

già sent. 83/1966) – è «l'applicazione obiettiva del diritto»; la sua indipendenza lo protegge da qualsiasi altra volontà che non sia quella obiettiva della legge. In ciò la giurisdizione si distingue dall'amministrazione, che è "finalizzata" al perseguimento dell'interesse pubblico, dello specifico interesse pubblico alla cui cura ogni ramo e ogni pubblico ufficio è preposto: per questo l'attività amministrativa si pone come "funzione" in senso proprio, ossia come *deputatio ad finem*³⁴. Alla giurisdizione, invece, il conferimento dei poteri non è mai legato ad un interesse specifico da perseguire, per nobile che esso sia, ma soltanto al «raggiungimento dell'interesse generale obiettivo della giustizia»³⁵. Restando nei limiti del compito assegnatole la giurisdizione legittima se stessa e giustifica l'autonomia e l'indipendenza che la Costituzione le garantisce.

³⁴ M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir.* III (1958), 989.

³⁵ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 265.

Aspetti del principio di solidarietà nel diritto contrattuale

Sommario: 1. Premessa. – 2. La solidarietà nei rapporti contrattuali. – 3. La solidarietà costituzionale nei rapporti tra privati. – 4. Casi emblematici. Il recesso *ad nutum*. – 5. Riduzione d'ufficio della clausola penale. – 6. L'inerzia del creditore. – 7. La nullità selettiva. – 8. L'escussione della polizza fideiussoria. – 9. Il contratto e la giustizia sociale.

1. Premessa

Il principio di solidarietà nel diritto privato svolge un ruolo altrettanto importante di quello svolto nell'ambito del diritto pubblico. La grande partizione pubblico/privato non è più attuale, e molti sono gli aspetti di incidenza diretta del diritto pubblico nei rapporti tra privati come l'incidenza dei moduli privatistici nella realizzazione dei programmi pubblici¹. Anche la disciplina dei beni si informa a questa contaminazione, sia sotto il profilo della conclusione di negozi di diritto privato sui beni pubblici, sia sotto il profilo della fruizione pubblica di beni privati². L'invenzione della categoria dei *beni comuni* è un altro esempio sintomatico della permeabilità del confine tra i due settori. Ora, tra i privati, la solidarietà si colora di diverse esperienze: dalla beneficenza all'altruismo, dalla carità alla attività sociale, dalle iniziative economiche senza fini di lucro all'attività economica che destina parte del suo profitto alla realizzazione di scopi sociali. In Italia queste finalità sono state accorpate nella disciplina del c.d. Terzo settore, in cui gli enti senza finalità di lucro, e le imprese sociali, si affiancano alle imprese "responsabili" che destinano una porzione dei profitti alle iniziative sociali³.

¹ G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, 2017; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

² Sul punto v. ora V. CERULLI IRELLI, *Diritto pubblico della proprietà e dei "beni"*, Torino, 2022.

³ Sulla categoria dei beni comuni, v. S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, 2018; *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, 2010; M.R. MARELLA (CUR.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2012.

Per lungo tempo la solidarietà tra privati si è affidata alla *volontarietà*. Nel mercato libero in cui ciascuno, come monade autoreferenziale, persegue il proprio interesse, senza doversi curare degli altri se non per il fatto di dover convivere con essi, confrontarsi con essi, trattare o confliggere con essi, non vi è posto per una solidarietà coattiva. Vi sono, certo, le associazioni, le confraternite, le cooperative che hanno alla base principi di mutualità; vi sono le società, in cui i soci cooperano per il raggiungimento di uno scopo comune. Ma l'interesse privato è il motore di ogni iniziativa.

Al contrario, in una società corporativa l'interesse privato deve temperarsi con l'interesse pubblico, e il rapporto tra privati è coattivamente affidato alla solidarietà.

2. La solidarietà nei rapporti contrattuali

L'intero paragrafo dedicato all'art. 1175, secondo il quale creditore e debitore debbono comportarsi secondo correttezza, in osservanza dei principi di solidarietà corporativa, merita di essere letto con attenzione⁴.

Qui ovviamente non si tratta di solidarietà come vincolo di responsabilità patrimoniale, ma come principio a cui si deve attenere il comportamento delle parti dal momento di avvio delle trattative alla estinzione del rapporto, ed alla frase di ultrattività, (il c.c.d. post-contratto), ove sia contemplata.

Le indicazioni della Relazione sono chiare, e in più occasioni il Ministro Guardasigilli ha esplicitato questo principio, che definisce *immanente*: un principio «che impone in ogni campo la considerazione corporativa degli interessi delle parti in conflitto e di quelli preminenti della collettività» (Rel. n. 802). Innanzitutto, si chiarisce che il nuovo codice non ha accolto il principio del *favor debitoris* (Rel. n. 555). Si ribadisce che difesa del credito è difesa del risparmio, in ciò sottolineando – senza necessità di esplicitazione – che la singola operazione economica deve essere vista nel complesso delle attività esercitate, le quali non sono indifferenti allo Stato, ma concorrono a realizzare l'interesse pubblico. La commistione di interessi privati e di interessi pubblici è quindi il *leit motiv* della interpretazione data dal Guardasigilli alle regole del codice civile.

Caduto il Regime, abrogato l'ordinamento corporativo e con esso le disposizioni o le parti di disposizioni che ad esso facevano riferimento, o richiamandolo direttamente, o aggiungendo l'aggettivo qualificativo *corporativo* ai termini

⁴ S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, I, p. 9 ss.

utilizzati, è rimasta aperta la questione della solidarietà degli interessi privati e la sua afferenza alle parti di un rapporto obbligatorio. Essa si è intrecciata con l'interpretazione e l'applicazione della clausola di buona fede (o correttezza).

La dottrina si è divisa tra quanti, caduto l'ordinamento corporativo, hanno ritenuto che alle regole interventiste in economia si fosse sostituita una disciplina di libero mercato, insofferente ad ogni iniziativa autoritativa, e quanti invece hanno voluto salvare il principio di solidarietà non più inteso nel significato corporativo ma in linea con il disposto costituzionale. Il divario di prospettive non riguarda solo il ruolo delle clausole aperte, ma più in generale, il concetto di causa, il sistema di controllo della meritevolezza degli interessi coinvolti, l'estensione dei principi costituzionali alle operazioni negoziali concluse dai privati, e, in una prospettiva ancor più generale, la funzione creatrice dell'interpretazione giudiziale e la costituzionalizzazione del diritto privato.

Due concezioni dunque opposte, alle quali mal si attaglia la contrapposizione tra visione *liberista* e visione per così dire *comunitarista* del diritto privato. Ma accanto alle opinioni degli autori, della formante sapienziale del diritto, occorre considerare la formante giurisprudenziale. Qui troviamo curiose contraddizioni sia nella dimensione sincronica sia nella dimensione diacronica.

3. La solidarietà costituzionale nei rapporti tra privati

Tanto per esemplificare, fino agli anni Settanta del Novecento, la giurisprudenza ha fatto propria la concezione della causa del contratto come *funzione economico-sociale*, che Emilio Betti aveva teorizzato nel 1943, quando aveva dato alle stampe il suo prodigioso volume sulla teoria generale del negozio giuridico, e poi aveva consolidato e conservato per le edizioni successive⁵. Questa teoria era perfettamente in linea con le argomentazioni del Ministro Guardasigilli, ma fu considerata plausibile e confacente all'ordinamento anche dopo la caduta dell'ordinamento corporativo. E la giurisprudenza l'ha applicata per molti decenni, ed ancora oggi occhieggia tra le massime della Corte di Cassazione⁶. E

⁵ L'ultima, *Teoria generale del negozio giuridico*, per i tipi della Utet, è del 1960, ora ristampata da ESI Napoli, 2002.

⁶ V. ad es. Cass. 30 gennaio 2020, n. 2196, secondo la quale «Il rifiuto del promissario acquirente di stipulare la compravendita definitiva di un immobile privo dei certificati di abitabilità o di agibilità e di conformità alla concessione edilizia, pur se il mancato rilascio dipenda da inerzia del Comune – nei cui confronti, peraltro, è obbligato ad attivarsi il promittente venditore – è giustificato, ancorché si tratti di fenomeno occorso anteriormente all'entrata in vigore della l. 28 febbraio 1985, n. 47, poiché i predetti certificati sono essenziali, avendo l'acquirente interesse ad ottenere la proprietà di

nella contrapposizione tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi – che a sua volta proclamava la teoria della volontà come espressione del giusnaturalismo storicamente coesistente alla attività umana, la dottrina si era divisa, tendendo comunque a prevalere reazioni antidogmatiche, antivolontaristiche, funzionali e attente alla funzione concreta del contratto⁷. Il “negozio giuridico”, categoria astratta considerata ideologicamente troppo connotata, e storicamente superata, era ormai consegnato agli annali del passato.

Sì che negli anni Sessanta, con Stefano Rodotà, comincia la erosione della teoria soggettiva e volontaristica del contratto, e si alimenta il favor per le clausole generali, in particolare per buona fede e correttezza⁸. Ugo Natoli⁹ considera la buona fede come criterio valutativo del comportamento delle parti nello svolgimento della obbligazione; altri, come Adolfo Di Majo, lo considera un obbligo ex lege, fonte integrativa del regolamento negoziale, e quindi destinato ad operare non sul piano successivo all'origine dell'obbligazione, ma proprio nel momento della sua venuta in essere¹⁰.

La Corte di Cassazione avalla questa interpretazione¹¹: l'impegno solidaristico trova il “*suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto,*

un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico sociale nonché a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto e, cioè, la fruibilità e la commerciabilità del bene; Cass. 8 novembre 2016, n. 22626, a mente della quale, «il giudice ove venga proposta dalla parte l'eccezione “*inadimplenti non est adimplendum*” deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, per cui, qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, c.c.».

⁷ Per una acuta riflessione sulla vicenda v. ora M. BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, Roma, 2019, p. 17 ss. ID., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due versioni del diritto civile*, Torino, 2013.

⁸ S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 cod. civ.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, 149 ss.

⁹ *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, 1974, 159 ss.

¹⁰ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca* (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 335.

¹¹ Cass. 17 giugno 1974, n. 1781 in *Foro it.*, 1974, I, c.122; Cass. 3 novembre 1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, p. 348.

Cass. civ., sez. II, 29 agosto 2011, n. 17716 cit.; Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2008, n. 21250; Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23273.

*pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte" ma, pur sempre, "nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico"*¹². La buona fede è regola di governo della discrezionalità contrattuale: così si intitola un contributo consegnato al Corriere giuridico da Vincenzo Carbone nel 1994, il quale pochi anni dopo assurgerà alla presidenza della Corte¹³. E la Corte con un orientamento ormai univoco ha enfatizzato il ruolo del principio di buona fede anche nella integrazione del contratto, come proposto negli anni passati da Stefano Rodotà¹⁴. Ancora di recente, in una relazione tematica predisposta dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione si precisa che «i principi costituzionali ed in particolare quelli di solidarietà sociale, espressi dall'art. 2 Cost., impongono di considerare l'autonomia privata non più come un valore in sé, ma come uno strumento per il perseguimento di interessi conformi ai valori di fondo cui l'ordinamento si ispira. I principi di correttezza e buona fede intesi in senso costituzionalmente orientato consentono infatti al giudice di intervenire sempre più incisivamente sul governo del contratto, sindacando l'assetto degli interessi definito dai contraenti». Il controllo del giudice è volto a garantire il «giusto equilibrio degli interessi»¹⁵.

Si vede allora come la buona fede, da criterio interpretativo ex art. 1366 c.c., a criterio valutativo del comportamento, ex artt. 1337 e 1375 c.c., e da fonte di obblighi di cooperazione, ex art. 1175 c.c., diviene anche fonte di integrazione del contratto e criterio correttivo del suo equilibrio. La letteratura in materia è vastissima¹⁶.

L'indirizzo maturato negli anni Settanta¹⁷ è stato subito accolto dai giudici, ma si è consolidato nei decenni successivi. Emblematico è il caso Fiuggi: si trattava della concessione in locazione di acque termali e di stabilimenti per la produzione di acqua minerale in cui il canone da versare al Comune di Fiuggi era commisurato al prezzo di produzione fissato liberamente dal locatario. A fronte dell'aumento dei prezzi per il normale processo inflazionistico, l'ente non aveva adeguato il prezzo di vendita al momento della produzione per contenere

¹² Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14605.

¹³ Il prof. Vincenzo Carbone è stato Primo Presidente dal luglio 2007 al luglio 2010.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

¹⁵ Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario, Rel. n. 116.

¹⁶ V. Corte di Cassazione, Rel.116, Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto, 2010 ed ivi ampie citazioni.

¹⁷ F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in on. di N. Lipari*, Milano, 2008, p. 1491 ss.

il livello dei canoni, ma lo aveva maggiorato nella fase di distribuzione del prodotto. Di qui il danno risentito dal Comune. A seguito di una complessa vicenda giudiziaria con alterne fortune per i contendenti, la Corte di Cassazione aveva accolto le ragioni del Comune con una sentenza così massimata:

«La clausola, inserita nei contratti «per la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale» e «per la locazione degli stabilimenti termali» conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli «la piena libertà» di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso Comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, 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»¹⁸.

È particolarmente interessante, nel corpo della motivazione, la giustificazione data dall'impiego della clausola di buona fede, intesa come strumento di attuazione del principio costituzionale di solidarietà:

«ammesso che la legge pattizia attribuisse davvero all'Ente Fiuggi “piena libertà” nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativa mente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Se questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo) e se essa, quindi, concorre a creare la *regula iuris* del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano e che, quale «principio cardine» dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto, appare per lo meno sorprendente relegare nel “metagiuridico” (come la denunciata sentenza ha fatto, sotto l'influsso, evidente, di persistenti diffidenze verso il principio in esame, ancorché

¹⁸ Cass. 20 marzo 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296.

denunciate dalla dottrina con particolare vigore a partire dai primi anni sessanta e in parte rimosse dalla giurisprudenza più recente) l'aspettativa del comune all'aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell'altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso»¹⁹.

L'uso della clausola di buona fede a fini correttivi collegato con il principio di abuso del diritto dimostra come si sia rovesciato in senso letterale l'intento del legislatore: nella redazione del codice civile si era evitato di inserire una norma sull'abuso del diritto per evitare che i giudici potessero disporre di un potere indiscriminato che avrebbe dato luogo ad incertezza del diritto oltre che ad un esercizio di funzioni consentite solo al legislatore; qui invece è proprio l'abbinamento tra buona fede e solidarietà che legittima il giudice ad applicare la clausola generale in funzione attuativa del principio costituzionale, portando a risultati di equità e di giustizia sociale.

4. Casi emblematici. Il recesso *ad nutum*

È la stessa logica che ha condotto la Corte di Cassazione a sindacare il recesso *ad nutum* da un contratto di durata. Il caso, assai discusso in dottrina, riguardava i rapporti tra la casa produttrice di automobili Renault e i concessionari di vendita, a cui essa aveva comunicato il recesso *ad nutum*²⁰. Nel sindacare questo potere

¹⁹ «Sì che non avrebbe potuto la corte del merito esimersi dal dovere di accertare con la necessaria compiutezza e logicità se la delusione di codesta aspettativa fosse o meno giustificata da un interesse antitetico – meritevole di tutela – dell'Ente Fiuggi a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica), malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il conseguente svilimento del canone a quel prezzo commisurato. Si legge, al riguardo, nella sentenza impugnata che il blocco del prezzo sarebbe stato suggerito da «una strategia di più ampia penetrazione nel mercato e di più vasta diffusione del pro dotto, possibile solo facendo leva su incentivi a favore della società di distribuzione». Ma questa proposizione, a prima vista appagante, è, in realtà, del tutto insufficiente, dal momento che un effettivo incremento delle vendite non episodico è, con ogni evidenza, impensabile senza un concomitante contenimento del prezzo (a valle) nella successiva fase di commercializzazione del prodotto. Ora, di questa circostanza decisiva la sentenza non si è data affatto carico, ancorché il comune avesse dedotto che l'Ente Fiuggi, mediante la traslazione dell'aumento del prezzo (più che raddoppiato) nella fase di distribuzione della merce attraverso società appartenenti allo stesso gruppo di cui faceva parte, aveva conseguito il doppio vantaggio di impedire scorrettamente l'adeguamento del canone dovuto al comune e di lucrare ugualmente sulle vendite, dando luogo ad una sproporzionata divaricazione tra prezzo e canone contraria allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti e, dunque, oggettivamente incompatibile con l'agire secondo buona fede, anche se, in ipotesi, non maliziosamente preordinata, atteso che la scorrettezza rileva per sé, indipendentemente dall'animus dell'autore, in quanto i rimedi predisposti per neutralizzarne le conseguenze hanno funzione riparatoria più che sanzionatoria».

²⁰ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.* 2010, I, c. 88 ss.

ritenuto eccessivo e contrario al principio di buona fede la Corte, con una motivazione didascalica, ripercorre l'itinerario concettuale della buona fede e dell'abuso del diritto, richiamando il principio di solidarietà dettato dall'art. 2 Cost²¹.

Ciò che stupisce non è tanto la soluzione²², quanto piuttosto il fatto che nella motivazione sia considerato naturale il passaggio dalla Relazione ministeriale alla

²¹ Costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui le parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 11 giugno 2008, n. 15476). Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v., in questo senso, fra le altre, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli «*inderogabili doveri di solidarietà sociale*» imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. La relazione ministeriale al codice civile, sul punto, così si esprimeva: (il principio di correttezza e buona fede) «*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*», operando, quindi, come un criterio di reciprocità. In sintesi, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato. In questa ottica la clausola generale della buona fede ex art. 1175 e 1375 c.c., è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto.

²² «*Deve, con ciò, pervenirsi a questa conclusione. Oggi, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni li miti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio*».

Costituzione come se la solidarietà corporativa non avesse mutato pelle nella menzione costituzionale della solidarietà economica e sociale.

Proprio nell'arco di tempo che si dipana tra la fine e l'inizio nel Terzo Millennio la giurisprudenza ricorre al criterio di buona fede – opportunamente invocato dagli avvocati nel processo – per precisare i criteri di comportamento di creditore e debitore in una serie variegata di fattispecie²³: a titolo esemplificativo si vedano i casi di concessione abusiva del credito e responsabilità della banca, a cui si richiede un comportamento conforme alla diligenza professionale e alla correttezza²⁴; i casi in cui la banca receda dal contratto *ad nutum*, pur essendole consentito dal contenuto del contratto²⁵; i casi di inefficacia della fideiussione omnibus che consentiva al creditore di avvantaggiarsi nei confronti del garante del progressivo indebitamento del garantito all'insaputa del garante²⁶; i casi in cui la violazione dell'obbligo (ex lege) di buona fede implica di per sé responsabilità contrattuale della parte inadempiente all'obbligo²⁷.

5. Riduzione d'ufficio della clausola penale

In altre pronunce la Corte di Cassazione ha reso più esplicita la rivoluzione copernicana messa in atto da dottrina e giurisprudenza, con l'applicazione ai rapporti tra privati dei precetti costituzionali, per effetto della quale «il complessivo sistema... si è venuto evolvendo, anche per effetto di un più generale fenomeno di rilettura degli istituti codicistici in senso conforme ai precetti superiori della sopravvenuta costituzione repubblicana». Ancora una volta il principio di solidarietà campeggia nelle decisioni, ma ora esprimendo un significato più congruo, ben lontano da quello di sapore corporativo proprio della Relazione

²³ Sul punto v. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Cont. Impr.*, 2000, p. 925 ss.

²⁴ Cass, 12 novembre 2009, n. 23941 in *Nuova giur.comm.*, 2010, I, 448.

²⁵ Cass. 21 maggio 1997, n. 4538 in *Foro it.* 1997, I, c.2479.

²⁶ «L'istituto di credito, ancorché garantito da fideiussione, ha il dovere di comportarsi nei confronti del debitore principale secondo i criteri di una sana gestione del credito e che si ha un comportamento contrario alla buona fede (oggettiva) – sanzionato con l'inefficacia della garanzia fideiussoria – se, nonostante la prevedibile inadempienza del debitore, il creditore decide di procedere all'operazione fidando soltanto nella responsabilità del fideiussore» (Cass. civ., 1.7. 1998, n. 6414).

²⁷ Cass. 24 settembre 1999, n. 10511.

ministeriale. Le parole della Corte nella sentenza del 24 settembre 1999 n. 10511 sono assai persuasive:

«il complesso processo innestato, nei moderni sistemi giuridici, dal tramonto del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni ha inciso anche sul fenomeno della riducibilità della penale, la quale ha 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»²⁸.

Quest'ultimo caso, relativo alla riduzione d'ufficio della clausola penale per ragioni di equità e di solidarietà, apre la strada all'esame di un'altra vicenda, in cui si sono intrecciati, in un interessante duetto, gli orientamenti della Corte di Cassazione con quelli della Corte costituzionale. Mi riferisco alla vicenda della riduzione per ragioni di equità della clausola penale e della riduzione analoga della caparra confirmatoria, oggetto di due pronunce della Corte costituzionale al cui vaglio erano stato sottoposto l'art. 1385 c.2.

Le due sentenze della Corte costituzionale sono state oggetto di ampia analisi, di ampi consensi, ma anche di critiche: la dialettica sulle funzioni del contratto – che, come si vede, sta passando molte stagioni – è in atto; e il principio

²⁸ E questo controllo, nel richiamato contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, non può ora non implicare anche un bilanciamento di «valori», di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale – accanto al valore costituzionale della «iniziativa economica privata» (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale – di un concorrente «dovere di solidarietà» nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte costituzionale ha già, in particolare, desunto «l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie» (cfr. sent. 19/94). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (art. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), 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 la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato (cfr., ex plurimis Cass. 3362/89, id., 1989, I, 2750; 2503/91, id., 1991, I, 2077, in tema di fideiussione omnibus, 5531/93, id., Rep. 1993, voce Lavoro (rapporto), n. 668; 6408/93, ibid., n. 885; 10112/93, id., 1994, I, 3498; 599/94, id., Rep. 1994, voce cit., n. 1302, e, in particolare, 6448/94, id., 1995, I, 186, con riguardo a profili vari del rapporto di lavoro). V. in Foro it., 2000 c. 1929 ss. Con nota di Palmieri. Questo orientamento, contrastato da sentenze successive della Corte, è stato confermato dalle Sezioni Unite con la sentenza del 13 settembre 2005, n. 18128.

di solidarietà gioca un ruolo essenziale nella concezione più simpatetica con la vicenda della costituzionalizzazione delle regole del codice civile. Le sentenze della Corte costituzionale debbono essere lette nel contesto giurisprudenziale che si è venuto formando a seguito dell'accoglimento delle proposte interpretative della dottrina.

Con l'ordinanza resa dalla Corte costituzionale n. 248 del 2013 si è chiarito che la disposizione del codice civile (art. 1385 c. 2) non è in contrasto con la Costituzione perché

«è chiaramente individuabile, nell'articolo 3, secondo comma, della Costituzione, il parametro rispetto al quale il giudice a quo sollecita la verifica di costituzionalità della disciplina della caparra confirmatoria, per sospetta sua «intrinseca incoerenza [...] rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore», per cui non risulta fondata l'eccezione di inammissibilità come sopra formulata dall'Avvocatura».

La questione è stata ritenuta manifestamente inammissibile perché «nel presupporre un oggettivo ed insuperabile automatismo tra l'inadempimento del *tradens* e la ritenzione della caparra confirmatoria da parte *dell'accipiens* (e, specularmente, tra l'inadempimento *dell'accipiens* e il diritto della controparte ad esigerne il doppio), il rimettente omette di considerare che ciò che viene in rilievo, anche nel contesto della disciplina del recesso recata dall'articolo 1385 del codice civile, è comunque un inadempimento «gravemente colpevole, [...] cioè imputabile (ex art. 1218 c.c. e art. 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1456 c.c.)», come ben posto in evidenza nella sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 533 del 2009; (...) il Tribunale rimettente, per un verso, trascura 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; per altro verso, non tiene conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza, ex officio, della nullità (totale o parziale) ex articolo 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, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009).

Con l'ordinanza della Corte costituzionale n. 77 del 2014 si è chiarito che la norma deve essere interpretata alla luce dei principi costituzionali.

Considerato, che, dal contesto dell'ordinanza di rimessione, è chiaramente individuabile, nell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, il parametro rispetto al quale il giudice a quo sollecita la verifica di costituzionalità della disciplina della caparra confirmatoria, per sospetta sua «intrinseca incoerenza [...] rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore», per cui non risulta fondata l'eccezione di inammissibilità come sopra formulata dall'Avvocatura; che, comunque, questione identica a quella odierna – già sollevata dal medesimo Tribunale ordinario di Tivoli in fattispecie speculare, di ritenzione della caparra da parte del promittente del venditore – con sentenza di questa Corte n. 248 del 2013, è stata dichiarata manifestamente inammissibile per difetto di motivazione sia in punto di non manifesta infondatezza che di rilevanza, la Corte ha dichiarato la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

Il canone della buona fede è stato utilizzato dal legislatore europeo per sindacare la vessatorietà delle condizioni generali e di contratto predisposte da uno dei contraenti o riportate in formulari, e quindi per ricavarne la nullità.

È un'altra vicenda tormentata (anche per l'inesatta traduzione della direttiva n. 13 del 1993) che tuttavia ha portato alla declaratoria di nullità di molte clausole contenute nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori²⁹.

6. L'inerzia del creditore

Nel panorama straordinariamente ampio che offre l'applicazione del principio di buona fede alla luce dei principi costituzionali conviene esaminare due questioni di palpitante attualità: l'uso del principio di solidarietà per giustificare il rigetto della pretesa del creditore che per lungo tempo non abbia richiesto l'adempimento della prestazione al debitore; l'uso del principio di solidarietà per giustificare la nullità selettiva di clausole nei contratti tra parti in posizione asimmetrica, a vantaggio del debitore. In entrambi i casi mi sembra che vi sia stato un eccesso nell'impiego del principio di solidarietà/buona fede. Ma questa "forzatura" dimostra come siano da un lato elastiche le categorie generali e

²⁹ G. ALPA e A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016; Guidance on the interpretation and application of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts: Comunicazione della Commissione, Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (Testo rilevante ai fini del SEE) (2019/C 323/04) (GUCE 27 settembre 2019).

dall'altro come sia avvertita la cogenza del principio costituzionale di solidarietà nei rapporti tra privati³⁰.

Precisa la Corte che «La vicenda, invero, si inserisce in un contesto familiare e societario in cui [il conduttore], dopo il divorzio dalla moglie, ha perso la disponibilità sia dell'appartamento di proprietà della società di famiglia che delle quote sociali, queste ultime perché fatte oggetto di procedura di esproprio da parte della ex moglie, per mancato pagamento degli alimenti; detta quota sociale, poi, è stata acquisita nel 2014 dalla nuova coniuge del padre [del conduttore] la quale si era insinuata nella procedura esecutiva avviata dalla ex moglie del figlio. Il padre ha dedotto, tra le altre cose, di aver dovuto far fronte a molti debiti del figlio collegati alla gestione di altre società di famiglia e di non dovere alcunché al figlio in forza del rapporto di locazione instaurato con la società».

La Corte, pur ritenendo che la questione sia assai vicina alla situazione della rinuncia tacita come disciplinata nel diritto tedesco (*Verwinkung*) esclude che si possa rinvenire nella fattispecie una volontà di rimettere il debito³¹.

³⁰ Nel primo caso, deciso dalla Corte di Cassazione con sentenza del 14 giugno 2021 n. 14743 si è affermato il principio che «In tema di locazione di immobili ad uso abitativo, integra *abuso del diritto* la condotta del locatore, il quale, dopo aver manifestato assoluta inerzia, per un periodo di tempo assai considerevole in relazione alla durata del contratto, rispetto alla facoltà di escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del canone dovutogli, così ingenerando nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito “per facta concludentia”, formuli un'improvvisa richiesta di integrale pagamento del corrispettivo maturato; ciò in quanto, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, trova applicazione il *principio di buona fede* di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., quale *canone generale di solidarietà* integrativo della prestazione contrattualmente dovuta, che opera a prescindere da specifici vincoli contrattuali nonché dal dovere negativo di “neminem laedere” e che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio».

³¹ Nel decidere, la Corte di merito ha fatto menzione di un precedente giurisprudenziale, riferito alla sentenza n. 5240/2004 di questa Corte, per mezzo della quale il giudice di legittimità ha chiarito che la teoria, di origine tedesca, della *Verwirkung* (consumazione dell'azione processuale) non trova facile ingresso nell'ordinamento italiano, per il quale il mero ritardo nell'esercizio di un diritto non costituisce motivo per negarne la tutela, a meno che tale ritardo non sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita o modifica della disciplina contrattuale o non sia sollevata l'eccezione di estinzione del diritto per prescrizione; tale principio è stato ripreso, con conseguenze differenti, dalla Corte di cassazione, sez. I, con sentenza n. 23382 del 15 ottobre 2013 per affermare che, in difetto di deduzione e prova di tale evenienza, in un rapporto di lunga durata quale il contratto di affidamento bancario è legittima la revoca dell'affidamento intimata dalla banca pur dopo avere a lungo tollerato gli sconfinamenti dai relativi limiti da parte del correntista; così la stessa ratio si sarebbe seguita in un caso in cui la Corte di cassazione ha ritenuto tempestiva, e non contraria alla buona fede, l'impugnazione giudiziale di licenziamento proposta due giorni prima della scadenza del termine di prescrizione quinquennale (Sez. I, Ordinanza n. 1888 del 28/01/2020 (Rv. 656694 – 01)).

Si sofferma sull' istituto della *Verwirkung* e sugli apporti dottrinali che si sono registrati negli anni recenti³².

Preferisce però fondare il suo ragionamento della buona fede, sul principio di solidarietà e sul divieto dell'abuso del diritto: il creditore che, dopo essere rimasto inerte per molto tempo, improvvisamente pretende la prestazione del debitore compie un abuso del diritto:

«Il canone generale della buona fede che regola infatti anche la dinamica contrattuale, cioè l'intrecciarsi degli opposti diritti/interessi nella esecuzione di quanto si è cristallizzato nel patto negoziale, impedisce che i diritti siano esercitati in modalità astratte, imponendo invece il rispetto dell'affidamento che questa ha acquisito proprio in conseguenza della modalità esecutiva fino ad allora praticata, l'affidamento costituendo una species di interesse insorto da una specifica percezione della dinamica contrattuale in atto. Dinamica che peraltro l'insorgen-

³² In merito a questa lettura dell'elastico canone della buona fede applicata dalla Corte di merito, gli studiosi italiani si sono dibattuti sulla possibilità di riconoscere l'istituto della *Verwirkung* anche all'interno del nostro sistema. Questo istituto fu elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesche dopo l'entrata in vigore del codice civile unitario del Secondo Reich, il BGB, nel 1900. La *Verwirkung*, invero, si colloca nell'ambito della dottrina dell'abuso del diritto, nata a partire dalle disposizioni dei paragrafi del BGB § 226 (divieto di utilizzo di diritti soggettivi al solo scopo di ledere un terzo, cosiddetti atti emulativi), § 826 (risarcimento del danno doloso contrario al buon costume) e soprattutto § 242 (buona fede nell'esecuzione della prestazione). Generalmente si ritiene che la *Verwirkung* sia una rinuncia tacita all'azione; per altri è invece una forma di decadenza dall'esercizio di un diritto soggettivo. Autorevole dottrina, poi, ritiene si tratti di perenzione dell'azione, ben distinta dalla rinuncia tacita all'azione, e quindi una forma di consumazione dell'azione processuale collegata al diritto in questione. 16. Va rilevato che, in virtù di tale accezione dell'obbligo solidaristico in sede contrattuale, negli ordinamenti di area continentale europea tende vieppiù ad affermarsi il principio, basato appunto sulla clausola di buona fede, di matrice romanistica, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella, 15 controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione possa integrare un abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente negazione della tutela. Al di là delle definizioni teoriche, pertanto, la *Verwirkung* nel senso appunto di abuso del diritto nel senso di subitaneo e ingiustificato revirement rispetto a una sua protratta opposta modalità di esercizio (a ben guardare, anche la remissione è una forma di esercizio del diritto, potendo concederla solo chi ne è titolare) costituisce un istituto idoneo a venire in gioco, anche nel nostro ordinamento, allorché appunto si prospetti un abusivo esercizio del diritto dopo una prolungata inerzia del creditore o del titolare di una situazione potestativa che per lungo tempo è stata trascurata e ha ingenerato un legittimo affidamento nella controparte. In tal caso, a seconda delle circostanze, può ravvedersi, nel tempo, un affidamento dell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa, idoneo come tale a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso.

za di tale affidamento conduce ad una stabilizzazione favorevole, che può essere infranta dalla controparte soltanto, appunto, con un abuso, che concretizza, nel fondo della sua sostanza, la violazione del canone di solidarietà che, pur essendo contrapposti gli interessi delle parti contrattuali, costituisce il background della confluenza di detti interessi nel negozio stipulato, e permane quindi, come regola fondante, nella sua esecuzione, id est nel suo reciproco adempimento».

E trae da ciò la conclusione che nella specie non si possa giustificare il comportamento del creditore:

«Conseguentemente, secondo l' indirizzo costante sopra richiamato, ripreso anche da recente giurisprudenza, la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del "neminem laedere", ma trova tuttavia il suo limite precipuo nella misura in cui detto comportamento non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico, una volta comparato con la gravosità imposta sull'altro contraente, solo in questo ristretto ambito potendosi fare riferimento all'istituto della *Verwirkung*»³³.

Anche in questa occasione si registra una continuità nell'interpretazione del significato di "solidarietà" tra Relazione ministeriale e Costituzione:

«Più precisamente, il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" – opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" dettati dall'art. 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»³⁴.

Il risultato si può però capovolgere: intanto, non risulta che vi sia stata rinuncia; se mai, il temporeggiare del creditore – la società proprietaria dell'immobile di cui erano titolari i famigliari – può essere giustificato proprio considerando le traversie familiari che si erano avvicinate nel periodo di tempo considerato; poi, la reciprocità del dovere di solidarietà avrebbe dovuto imporre la considera-

³³ Cass. Sez. 3, 3 Giugno 2020, n. 10549; Cass. Sez. 3, 4 Maggio 2009 n. 10182; Cass. Sez. 3, 15 Marzo 2004 n. 5240.

³⁴ Cass. Sez. L, 16 Febbraio 2021, n. 4057; Cass. Sez. 3, ord. 5 Novembre 2020 n. 24691; Cass. n. 12310/1999.

zione degli effetti del mancato pagamento del debito sulla società, che, pur non essendo una persona fisica, era un ente creato dalle persone fisiche per amministrare i beni di famiglia, il quale, privato del legittimo profitto derivante dall'uso del bene da parte del debitore, non aveva potuto utilizzarlo per gli scopi sociali (ad es., per darlo in garanzia, oppure per pagare ratei di mutui, etc.). Il debitore, non volendo o non potendo pagare il canone, non si era nemmeno peritato di lasciare libero l'immobile per non gravare con la sua insolvenza la situazione finanziaria della società.

Ciò per dire che non sempre l'invocazione del principio di solidarietà conduce ad una soluzione *equa*.³⁵

7. La nullità selettiva

Alla medesima conclusione mi sembra conduca l'analisi di un altro caso che ha suscitato un ampio dibattito in dottrina. Riguarda la c.d. nullità selettiva.

Con diverse ordinanze di rimessione la prima sezione della Corte di Cassazione³⁶ ha rimesso al Presidente perché fosse decisa a sezioni unite, stanti i diversi orientamenti manifestati fino a quale momento, la questione se fosse possibile per il risparmiatore, cliente della banca, selezionare i contratti di acquisto di prodotti finanziari conclusi in esecuzione del contratto quadro, al fine di farne dichiarare la nullità perché non sottoscritti. In realtà la selezione era effettuata dal cliente sulla base del risultato non profittevole dell'investimento, ma la nullità di forma ne era lo schermo.

Diverse erano le tesi in campo³⁷.

³⁵ L'applicazione dell'istituto della *Verwinkung* in altre occasioni era stato rigettato dalla Corte: "il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare del diritto stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita..." (così, Cass. n. 1888/2020 e Cass. n. 23382 del 2013). V. per tutti *Il discutibile approdo della Verwinkung nella giurisprudenza di legittimità – Discussione su Cass., n. 16743/2021*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2021, n. 5, parte II, p. 1164 ss. a cura di D'Amico, Macario, Orlandi e C. Scognamiglio.

³⁶ *Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa*, n. 6/2017, I, pp. 852 ss. c. 23927 del 2018 sez. prima.

³⁷ La Corte con sentenza del 27 aprile 2016 n. 8395, ha affermato che: "l'uso selettivo della nullità è coerente con il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione. L'investitore che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che ne costituisce una delle principali caratteristiche, è libero di decidere di avvalersi dell'eccezione di nullità e di limitarne gli effetti restitutori senza travolgere per intero gli investimenti eseguiti". Ha dunque ammesso la selezione.

Con sentenza pronunciata a sezioni unite (4 novembre 2019, n. 28314) la Corte ha finalmente risolto la questione. Il principio stabilito è il seguente:

«La nullità per difetto di forma scritta contenuta nell'art. 23 comma 3 del d.lgs. n. 58 del 1998 può essere fatta valere esclusivamente dell'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro».

Anche questo orientamento ha sollevato un ampio dibattito³⁸.

8. L'escussione della polizza fideiussoria

È tuttavia interessante notare che la valutazione delle circostanze del caso porta talvolta il giudice a guardare la fattispecie al di là dei confini del rapporto formale tra le parti, e a valutare il comportamento del creditore, il quale, pur difendendo il suo diritto, può aggravare la situazione del debitore.

Il caso deciso dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza del 12 dicembre 2019, n. 32478 è sintomatico al riguardo. Si trattava del committente che, senza rinviare il pagamento delle ultime certificazioni dello stato di avanzamento dei lavori, l'appaltatore, che era inadempiente per non averli conclusi, aveva escusso la po-

Con altre pronunce però si era dichiarata contraria a questo modo di procedere, proprio perché il risparmiatore finiva per riversare i rischi sulla banca tenendo per sé solo i profitti (Cass. 17 Maggio 2017, nn. 12388; 12389; 12390). Facendo riferimento alla buona fede ed ai doveri di correttezza reciproca gravanti sui contraenti, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. e all'abusivo esercizio del diritto, che l'ordinamento riconosce al solo investitore, la Corte aveva ritenuto che va riconosciuta all'intermediario la possibilità di opporre l'*exceptio doli generalis* al fine di disapplicare l'art. 23 T.U.F. ogniqualvolta la pretesa dell'investitore, pur formalmente legittima, si riveli sostanzialmente iniqua poiché diretta a trasferire opportunisticamente sull'intermediario l'esito negativo di uno o più investimenti. Un ulteriore orientamento (Cass., 24 Aprile 2018, n. 10116) si era espresso nel senso che “in materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal Decreto Legislativo. 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente”.

³⁸ G. D'AMICO, *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, *Questione giustizia*, 2020, n. 1.

lizza fideiussoria. La Corte privilegia l'interesse del debitore³⁹. Si legge nella motivazione che l'accoglimento delle doglianze del debitore «impone alla luce dei consolidati arresti di legittimità secondo cui “la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del “*neminem laedere*”, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico»⁴⁰.

Di nuovo si registra la *continuità* tra il testo della Relazione ministeriale e il testo della Costituzione in punto di solidarietà economica e sociale.

9. Il contratto e la giustizia sociale

Si è detto che il principio di solidarietà sociale opera nell'ambito dei rapporti tra privati con riguardo alla famiglia, e quindi ai rapporti tra i coniugi e nel trat-

³⁹ v. F. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum Quad. costituzionali*, 3, 2020, p. 151 ss.

⁴⁰ (Cass. n. 10182/2009), atteso che “il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore” – deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge” (Cass. n. 22819/2010); in continuità con tali arresti, deve affermarsi, con riferimento alla vicenda in esame, che gli obblighi di correttezza e di buona fede che permeano la vita del contratto impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito; alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che la Corte territoriale abbia erroneamente escluso la ricorrenza di violazioni delle clausole di correttezza e buona fede sul mero assunto che la scelta di pagare il saldo fosse comunque rimessa alla determinazione della Loft e non era censurabile – sotto il profilo della colpa – per il fatto che l'inadempimento non era ancora divenuto definitivo; una corretta valutazione, compiuta considerando anche l'interesse del fideiussore, avrebbe dovuto prescindere da valutazioni di natura soggettiva e considerare – sul piano oggettivo – se la condotta del garantito fosse stata idonea a salvaguardare l'interesse del garante o se l'avesse invece aggravata.

tamento dei figli⁴¹, alle associazioni⁴² e delle società, in particolare delle società cooperative e mutue, nella definizione della responsabilità sociale d'impresa e nei programmi di sostenibilità (di cui si parlerà tra poco), e in tanti altri settori. Ciò che appare particolarmente significativo al giurista è il modo in cui il principio di solidarietà (sociale) si è accreditato nel modo di concepire il ruolo del contratto, che è sempre stato considerato uno degli strumenti utilizzati dai privati per la realizzazione dei propri interessi egoistici. Di qui il problema se l'organizzazione giuridica – le regole legislative, la loro interpretazione e applicazione, le tecniche di negoziazione e di conciliazione – possa governare l'operazione incidendo su di essa, oppure debba lasciare i contraenti al loro fato.

In un mercato liberista lo Stato si astiene dall'intervenire, non vi sono spazi diversi da quelli occupati dai privati, e i privati si ritagliano il loro destino con le proprie mani, cioè con la propria abilità, il loro potere economico, la loro posizione sociale. Specchio di questo modo di mettere le cose è la vicenda della disciplina del contratto che si dipana per tutto l'Ottocento e per i primi anni del Novecento. Basta richiamare le sorti del contratto di lavoro subordinato, nei codici ottocenteschi collocato all'interno del tipo della locazione (*locatio operarum*) e nell'esperienza di common law collocato nei meandri delle libertà personali. Negli ordinamenti giuridici, pur fondati su strutture e tradizioni culturali, economiche e sociali diverse, si registrano singolari uniformità. Quando si dovette decidere se le limitazioni all'orario lavorativo dei fornai fossero legittime e conformi alla Costituzione i giudici della Corte Suprema risposero negativamente (*Lochner v. New York* del 1905 (198 U.S. 45)⁴³). Proprio negli stessi anni che in Italia e in Francia si sviluppa il dibattito tra i giuristi, sensibili ai risvolti sociali della disciplina degli istituti giuridici, dalla proprietà, al contratto e alla responsabilità. Ovviamente il dibattito è aperto dagli esponenti del socialismo giuridico, che si chiedono se la disciplina del diritto civile sia idonea, così come era stata congegnata nel 1865 (e anche prima, posto che il suo modello era il Codice napoleonico del 1804) a regolare i rapporti tra i privati in un contesto economico e sociale molto mutato da quei tempi.

⁴¹ M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017; F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, II ed., Milano, 2003; V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Modelli familiari tra diritti e servizi*, a cura di M. Gorgoni, Napoli, 2005; V.M. CAFERRA, *Famiglia e assistenza. Il diritto della famiglia nel sistema della sicurezza sociale*, III ed., Bologna, 2003; L. LENTI, G. MANFREDI, P. MOROZZO DELLA ROCCA, L. OLIVERO, F. STRADINI, *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, Napoli, 2013.

⁴² F. DEI, *Culture e pratiche del dono e della solidarietà*, *Enc. Treccani online*, 2015.

⁴³ Da ultimo v. A. RIDOLFI, *Una rilettura di Lochner v. New York ad oltre un secolo di distanza*, in *Dirittocomparati*, 2005; C. PINELLI *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema, associazionedeicostituzionalisti*, 2010.

Lo scopo era di verificare se attraverso le norme giuridiche si potesse correggere l'operazione economica, cioè temperare le prevaricazioni del datore di lavoro, migliorare le condizioni della prestazione lavorativa, fare in modo che il rischio non gravasse interamente sulla parte debole del rapporto.

Vi è però una differenza importante tra la concezione dei civilisti aperti alla rilevanza degli aspetti sociali del diritto privato e la concezione del ruolo del diritto dei tempi moderni: in quel caso si pensava alla formante legislativa come al correttivo da apportare al rapporto giuridicamente ed economicamente sbilanciato dei privati; nel nostro caso, oltre alla formante legislativa, si punta anche alla formante giurisprudenziale, cioè all' intervento del giudice attraverso gli strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento, cioè i principi generali, le clausole generali, il divieto di abuso del diritto, l'*exceptio doli* e così via.

La problematica è illustrata con esemplare chiarezza e semplicità da Emanuele Gianturco nella prolusione al Corso di diritto civile letta all' Università di Napoli nel 1891.⁴⁴ Gianturco muove dalla premessa che nei codici moderni il diritto contrattuale esalta la volontà e la libertà, e il legislatore «si disinteressa della dell' iniquità che in fatto può dare causa la pretesa eguaglianza di diritto dei contraenti». Certo, il legislatore non può né deve essere il tutore universale. Cosicché l'individualismo trionfa in nome della libertà dei contraenti. Ma lo Stato – osserva Gianturco – non può essere indifferente a fronte di gravi ingiustizie sociali, non può abdicare ai suoi compiti sociali, in quanto «le pretese armonie economiche si traducono spesso nelle più aspre discordanze». I codici di diritto privato si devono trasformare in *codici di diritto privato sociale*. «La questione sociale è quasi tutta nel codice civile»: alla fine dell'Ottocento gli esempi che Gianturco adduce per dimostrare la sua tesi sono abbaglianti. In primis, la locazione d'opera, di cui si è detto; poi il trattamento dei contratti agrari, la cui libertà di contenuto può imporre al contadino l'accollo dei rischi derivanti dal caso fortuito, e la rinuncia all' indennità per gli investimenti fatti; ed ancora la misura degli interessi del mutuo che può sconfinare nell'usura.

Le pagine di Gianturco possono essere attualizzate. Esse ci indicano che la giustizia sociale si può realizzare anche utilizzando le regole del diritto comune, e quindi anche con le regole destinate alla disciplina del contratto in generale. Come si è visto, proprio la buona fede, che dà ingresso al principio di solidarietà, è uno strumento adatto alla bisogna.

Non si tratta solo di riequilibrare il singolo rapporto: parlando di giustizia sociale si fa riferimento ad intere categorie di rapporti, intercorrenti tra datori di lavoro e dipendenti, tra imprenditori e consumatori, risparmiatori o utenti, e

⁴⁴ *Opere giuridiche*, Roma, 1947, vol. II.

ancora tra grandi e piccole o medie imprese. Cioè si fa riferimento ad una nuova concezione del diritto che si faccia portatore degli interessi dei deboli, non si limiti ad astenersi dall' intervenire, o a fare l'arbitro di una partita giocata dalle parti con le loro sole forze.

È questo il senso del manifesto che studiosi di diverse Università europee, ne portare il loro contributo alla realizzazione di un codice civile europeo, hanno voluto propugnare invocando la giustizia sociale del contratto⁴⁵.

E si parla prima di tutto del contratto in generale, cioè di regole destinate a disciplinare tutti i contratti, non solo categorie di contratti operanti nel mercato in cui si devono correggere le *market's failures*.

Si è parlato a questo proposito di solidarismo *proattivo*⁴⁶, che si differenzia da quello *correttivo* o *difensivo* e dal solidarismo sociale che opera nel rapporto istituito dal singolo con la comunità, ma piuttosto si propone di conformare il rapporto contrattuale in modo che esso non si presti a finalità di sfruttamento ma piuttosto realizzi equi rapporti sociali. Questa tesi è stata prospettata in un contesto peculiare, l'analisi dei rimedi offerti dalle regole del codice civile alla pandemia, ma si è detto che essa vale anche per lo sviluppo economico di una società in crisi per la transizione ecologica, la penuria di risorse energetiche, l'esasperazione delle diseguaglianze.

⁴⁵ AA.VV., *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in E.L. Journal, 10, n. 6. 2004, p. 653 ss.

⁴⁶ U. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giust.civ. com.*, 2020, n. 5.

L'antinomia tra “soggezione” alla legge e “ricerca” del diritto e le ricadute sullo “status” del giudice

SOMMARIO: 1. L'impronta positivista a base del Titolo IV della Costituzione. – 2. L'antinomia tra “soggezione” alla legge e “ricerca” del diritto e le ricadute sullo “status” del giudice. – 3. Le conseguenze sul vigente ordinamento giudiziario costruito sul presupposto che il magistrato sia “soggetto” alla legge. – 4. Il ruolo della Corte di Cassazione e l'inadeguatezza delle norme che l'organizzano. – 5. L'indebita dilatazione della magistratura onoraria. – 6. Lo “status” del pubblico ministero. – 7. Considerazioni conclusive.

1. L'impronta positivista a base del Titolo IV della Costituzione

I processualisti colpevolmente hanno quasi del tutto smesso di occuparsi di ordinamento giudiziario. Ringrazio per l'occasione che mi è stata offerta di occuparmene invitandomi a partecipare a questo Convegno.

In apertura, Paolo Grossi, da storico, ha detto che viviamo in un tempo di transizione nel quale non esiste un sistema delle fonti, perché tutto è attratto nel magma del diritto, che è frutto di *inventio* costante e insopprimibile¹.

Io, che non sono uno storico, la pongo diversamente. Ho studiato il diritto da umile artigiano, se mi è consentito da laboriosa formica² ritenendo che il diritto sia uno strumento indispensabile per la vita associata. E ho tratto la

¹ Del resto Egli aveva pubblicato un libro al riguardo (*L'invenzione del diritto*, Milano, 2017) e quanto affermato costituisce una costante della sua opera (a., ad es., *Un diritto senza Stato: la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988; Id., *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007).

² In quanto tale per me non sarebbe mai possibile scrivere di un diritto ad avere diritti (S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Bari, Laterza, 2012) senza al tempo stesso collegarlo al dovere di avere doveri (L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014) così come da amante della libertà non potrei praticarne un esercizio che confligga con la libertà degli altri. È lo zoccolo duro che non si può e non si deve pretermettere, come ricorda G. ACCOCELLA, *Paradigmi della legalità*, in *La legalità ambigua*, Torino, 2013 pp. 1 ss.

convinzione, oggi recessiva, che la legge sia lo strumento migliore da noi inventato. Certo prima e dopo la legge c'è l'insopprimibile ansia di giustizia. Ma questa ansia deve essere veicolata con strumenti democratici, altrimenti degenera. Né mi sento di bollare la legge come prodotto della borghesia (come, se non erro, sembra ritenere Paolo Grossi). Nel mondo plurale attuale la legge è inevitabilmente la sintesi di esigenze non sempre coincidenti che devono essere composte a seguito del procedimento legislativo affidato a chi è stato democraticamente eletto da tutti i cittadini in età di votare. Il positivismo, insomma, è per me un valore che non va disperso, a condizione che la "forma" non sia il prodotto di uno stampo rigido, ma un involucro flessibile che consenta al suo contenuto di adattarsi alle esigenze e alle sensibilità che sopravvengono³.

Non credo che settant'anni fa i Costituenti di ciò non fossero consapevoli. È stato ricordato da chi mi ha preceduto che essi non avevano simpatia per il diritto libero (come risulta dagli Atti della Costituente) e ne vedevano i rischi. Di certo

³ Ho sempre dichiarato di essere un positivista "moderato" vicino, per intenderci, alle idee di U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965 o di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1979) e ho visto le insidie di chi vuole aggettivare il diritto (come, ad es., G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992) anche a costo di apparire *demodé*. Non a caso Zagrebelsky pensa che alla magistratura sia affidato una sorta di "magistero spirituale" (Id., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 45). Tutto tiene: J.H. MERRYMAN (in articoli la cui traduzione fu pubblicata con una nota di G. GORLA in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 4, pp. 1170 ss. e 1967, 3, p. 709 ss.) individuava così la differenza tra il giudice di *common law* e quello di *civil law*: "il giudice di *civil law* non è una figura eroica (o una figura paterna) come tende ad essere in Inghilterra o negli Stati Uniti...La funzione giudiziale non è una funzione creativa. La giurisprudenza non è soltanto dominata dalla dottrina, essa cerca anche di imitarla...". Qui risiede il nocciolo del problema: il Costituente costruì l'assetto della magistratura avendo a mente questo giudice (non eroico e non paternalistico); oggi il nostro giudice ha rivendicato un ruolo diverso e assai vicino a quello "eroico o paternalistico" riconosciuto al giudice di *common law* (in un assetto che regola in maniera diversa la separazione dei poteri), come ha avuto ben presente N. PICARDI (in molti scritti, tra i quali è sufficiente ricordare *Il sistema giudiziario inglese tra continuità e innovazione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, p. 609 ss.). Si paga il prezzo di una progressiva trasformazione dello Stato costituzionale di diritto in una strisciante *Judicial Dictatorship* (di cui segni chiari si riscontrano in Brasile, Argentina ed Ecuador come attesta M. DJUKOVIC, *Judicial dictatorship as an instrument of renovated Monroe doctrine*, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, nro 1, gennaio-giugno 2020; ma non solo: v. ad es. B. RUTHERS, *La rivoluzione clandestina, dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodo: Un saggio*, a cura di G. Stella, Mucchi, Modena, 2018.). La conseguenza evidente sta nel ruolo sempre più marginale della dottrina (e non è detto che ciò sia un bene: per indicazioni v. L. LACCHÈ, *Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi, intersezioni*, in *Storia della magistratura "Quaderno n. 6, a cura della Scuola Superiore della magistratura"*, Roma, 2021, p. 21 ss.).

non consideravano la legge espressione del ceto borghese, ma (direi, anzi) la “forma” che meglio garantiva il pluralismo del corpo sociale. Nella nostra Carta non figura mai la parola “diritto”, nel senso di “ordinamento (o diritto obiettivo)”. Si identifica l’ordinamento con la “legge”, là dove il termine “diritti” è riservato alle situazioni soggettive tutelate o meritevoli di tutela. Ed è su questa premessa che fu costruito il Titolo IV dedicato alla “Magistratura”, che è inserito nella Parte seconda della Costituzione, dedicata a delineare anche e soprattutto la linea di confine tra i poteri dello Stato.

Bin ha giustamente sottolineato che, parlando delle fonti e, quindi, del potere del giudice, la norma fondamentale è racchiusa nel secondo comma dell’art. 101. Vi figura la parola “legge”⁴. Potremmo discutere su che cosa debba intendersi per legge. C’è un nocciolo duro sul quale non dovrebbe esserci discussione: la legge è un “significante” che delimita l’agire di chi deve applicarlo; è l’involucro flessibile di cui ho parlato poc’anzi.

Se non lo fosse o se l’attuale evoluzione avesse minato questo presupposto, sarebbe necessario porsi alcune domande. Può essere un giudice “soggetto” alla legge (come leggiamo nell’art. 101) senza essere necessariamente “*bouche de la loi*”, ossia vincolato al “significante”? Può essere la Magistratura un potere autonomo e del tutto indipendente se non svolge una funzione (vincolata) di mera attuazione della legge? Ed è possibile dare al giudice la veste del funzionario a vita che trae la sua legittimazione dall’investitura concorsuale se non esercita, in tutto o in parte, una funzione subordinata di “soggezione”?

Sono domande che contengono l’invito ad abbandonare il velo dell’ipocrisia e a convenire che il Titolo IV fu costruito sulla premessa che il giudice è un funzionario che “applica” la legge, prodotta a sua volta da un processo generatore che non gli appartiene. Questa premessa era verosimilmente frutto di un’utopia perché fra significante e significato (come ben sanno i cultori della logica quantistica) v’è un’inevitabile interazione. Dobbiamo, perciò, riconoscere che nel corso

⁴ Lo riconosce anche E. BRUTI LIBERATI – un magistrato che ha sempre difeso il nuovo modello di giudice “pieno di tensione morale e di passione civile...una volta terminata la corsa necessitata alle funzioni di appello o di cassazione” (*Chi governa i giudici? Il modello italiano del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Storia della magistratura “Quaderno n. 6, cit., p. 170)* – là dove osserva che «rimane fondamentale la legittimazione che deriva dalla soggezione alla legge, anche se non può più operare come modello del “giudice bocca che pronuncia le parole della legge... essere inanimato”. Soggezione alla legge e soltanto alla legge come vuole la nostra Costituzione rimanda alla garanzia di indipendenza “da ogni altro potere”» (ivi, p. 162). Resta ferma la mia riserva: Bruti Liberati accomuna in un identico *status* giudici e pubblici ministeri, là dove negli ordinamenti di *common law* la distinzione è netta.

di questi settant'anni essa è stata erosa da un processo evolutivo inevitabile, che nell'attuale contesto sposta il pendolo della giustizia dalla legge al diritto⁵.

Di conseguenza, quando ci si sofferma a riflettere sulle leggi che regolano la magistratura (ossia il nostro ordinamento giudiziario), dobbiamo lealmente ammettere di trovarci dinanzi ad uno degli esseri immaginati dagli antichi, con un corpo non omogeneo rispetto alla testa. Siamo dinanzi a leggi che "ordinano" un corpo di funzionari che svolgono una funzione assai diversa da quella in base alla quale essi furono organizzati. Si è, insomma, prodotta un'antinomia di cui non possiamo non prendere atto.

2. L'antinomia tra "soggezione" alla legge e "ricerca" del diritto e le ricadute sullo "status" del giudice

È possibile comporre l'antinomia? Per farlo sarebbe necessario porre mano a una modifica della Costituzione, la quale prevede che i magistrati siano "istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario" (come si legge nell'art. 102 Cost.) e che le norme ordinamentali debbano rispettare i principi-cardine posti dalla stessa; principi coerenti con la premessa positivista all'epoca condivisa dai Costituenti.

Ci dovremmo chiedere, pertanto, quale dovrebbe essere un ordinamento della magistratura (in particolare di quella giudicante), considerando che la premessa positivista su cui esso è basato si è rivelata in ampia misura illusoria e fallace. La risposta più semplice ed immediata sarebbe quella di ritenere che un giudice che concorre a creare il diritto non può essere un funzionario a vita scelto in base ad un concorso e che, pertanto, occorrerebbe predisporre forme di reclutamento basate sul consenso dei consociati e di durata temporanea⁶.

È una soluzione da cui rifuggo. L'esperienza delle moderne democrazie dimostra che i sistemi di selezione basati sul consenso non sono affidabili. Ma

⁵ A questo processo evolutivo ha dato indubbio impulso la Corte costituzionale quando dispose (a partire dalla sentenza 22 ott. 1996, n. 356) che sarebbero state ritenute inammissibili eccezioni di incostituzionalità in relazione a leggi che avrebbero potuto avere un'interpretazione conforme da parte del giudice ordinario. L. ELIA, intervento, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e le altre Corti)*, Milano, 2009, p. 127 avvertì subito il pericolo di una creatività interpretativa affidata a ciascun giudice. Le successive parziali correzioni della Corte non sono state sufficienti a frenare il "trend" (v. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme a*", in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007, p. 7; Id., *L'errore di diritto e l'interpretazione giuridica*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2019, p. 32).

⁶ Un sistema del genere neppure risulta applicato in tutti gli Stati Uniti e comunque non vale per i giudici federali, nominati a vita.

soprattutto non sono utilizzabili quando la selezione deve avvenire in base alla valutazione dell'idoneità tecnica del prescelto. Infatti, oggi il giudice non può essere identificato nella persona notoria per saggezza e per equilibrio (come poteva avvenire in altre epoche per le quali è possibile celebrare i fasti del diritto sapienziale o come avviene ancora oggi nel mondo islamico fondato sull'assorbimento del diritto nella religione e, di conseguenza, sulla prevalenza dell'etica, da tradurre in precetti da parte dei dotti: gli "Ulama"). La complessità della vita moderna e la difficoltà di reperire e di applicare le regole nel mondo globalizzato nel quale viviamo impongono che il giudice abbia una professionalità di alto livello, che non va valutata in base al sentimento o al consenso popolare⁷. Il diritto sapienziale di un tempo ha ceduto il passo a un diritto nel quale prevale la tecnica. Incombe lo spettro delle intelligenze artificiali che ci pongono di fronte ad un inquietante interrogativo. Ci dobbiamo, infatti, chiedere se l'evoluzione in atto porterà ad un cambiamento "della" giustizia e del suo modo di essere o a un cambiamento "nella" giustizia e, quindi, nella sua maniera di organizzarsi. Se l'evoluzione fosse nel primo senso, assisteremmo ad una progressiva "disumanizzazione" del sistema conforme ad un modello organizzativo che avrebbe come unità di misura il rapporto tra costi e benefici⁸.

Ragiono nella speranza che il futuro riservi ancora uno spazio al giudice-persona. In questa prospettiva, pur dubitando che il giudice possa essere davvero "soggetto" alla legge, resto fermo nel ritenere che la nomina del magistrato a vita e per concorso non possa e non debba essere messa in discussione. È, invece, possibile e (tanto più) doverosa una riflessione sul sistema ordinamentale, quale

⁷ "Fiducia del pubblico non necessariamente è sinonimo di popolarità del giudice" (notava A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 1989, trad. it., Milano, 1995, p. 210). Tuttavia, quando si mette da parte la concezione burocratica della giurisdizione, l'unica maniera perché il giudice conservi la fiducia dei cittadini sta nella sua elevata professionalità, che si traduce nella capacità di dare la risposta corretta ai casi su cui deve giudicare (operazione che, nella complessità del mondo attuale, richiede doti non comuni), come ha più volte sottolineato N. PICARDI (*La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 185 ss.; Id., *Manuale del processo civile*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 32 ss.) e spesso il giudice ha da decidere senza rincorrere il consenso e rischiando l'impopolarità.

⁸ Sul tema, oggetto dell'attenzione del filosofo (ad es., M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in Id., *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano, 1976; E. Severino, *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 2009), l'Accademia nazionale dei lincei ebbe ad organizzare un convegno (*Giurisprudenza e scienza – Roma, 9-10 marzo 2016*, Roma, 2017), del quale in questa sede mi limito a richiamare la relazione di E. CHELI, *ivi*, spec. p. 72 ss.; e di esso si è di recente e tra i tanti occupato, ad es., N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 40. Per informazioni sul sempre maggiore ricorso alle intelligenze artificiali anche in tema di giustizia v. C. Rule, *Reinventing Justice with online Dispute Resolution*, in *Giustizia consensuale*, n. 1, 2021, p. 143 ss.

si è sviluppato da quando è entrata in vigore la Costituzione, in quanto sembra evidente l'asimmetria: da un lato, la magistratura ha esteso il suo campo d'azione, ponendosi, in sede giudicante, come organismo di realizzazione del diritto e, in sede requirente, come organismo che ha a cura la nostra sicurezza, così inserendosi di fatto in una traiettoria che interferisce con l'attività del Parlamento e del Governo; dall'altro lato, ha accentuato, al suo interno, le caratteristiche di un corpo che esalta l'indipendenza e l'autonomia non solo del corpo complessivo, ma anche del singolo magistrato, là dove l'evoluzione in atto evidenzia l'esigenza di un maggiore raccordo tra la Magistratura, che esercita ormai un potere a tutto tondo, e gli "altri" poteri dello Stato.

3. Le conseguenze sul vigente ordinamento giudiziario costruito sul presupposto che il magistrato sia "soggetto" alla legge

In base a questa premessa vorrei indicare riforme ordinamentali, a mio avviso, possibili nella cornice dei principi-cardine che si ritrovano nella Costituzione e, quindi, nel pieno rispetto dell'art. 108. Questi principi sono inseriti negli artt. 105, 106 e 107 Cost. Anche le disposizioni della Costituzione sono, tuttavia, dei "significanti" da cui si estrae il "significato". In questi settant'anni di vita repubblicana alcune disposizioni hanno ricevuto un'applicazione che, come ho già osservato, ne hanno dilatato la portata semantica. L'autonomia e l'indipendenza che l'art. 104 ricollega alla magistratura come organo (complessivo) dello Stato nei rapporti con gli altri "poteri", sono state, infatti, estese al singolo giudice e non solo a lui, ma al singolo magistrato (e, quindi, anche al magistrato requirente), l'uno e l'altro essendo "soggetti soltanto alla legge". Di conseguenza, si è ritenuto che le "funzioni", di cui si legge nell'art. 107, siano quelle (giudicanti o requirenti) esercitate in concreto, così che qualsiasi provvedimento che incida sulle funzioni concretamente esercitate dal singolo magistrato non può essere affidato al potere discrezionale del capo dell'ufficio, perché se così fosse si metterebbe a rischio l'indipendenza del destinatario e si comprometterebbe l'imparzialità della funzione (gettando ombre sul rispetto della garanzia del giudice naturale precostituito per legge)⁹.

⁹ È indubbio che l'eliminazione della carriera (purtroppo, non del carrierismo quale si è manifestato nell'ambizione a ricoprire posti di comando, soprattutto nelle Procure, o a percorrere carriere "parallele") ha creato le premesse per una magistratura che ha saputo affrontare le riforme degli anni Settanta e che si è misurata, spesso con coraggio che rasenta l'eroismo, con criminalità organizzata, mafia, terrorismo e corruzione. Si è, tuttavia, pagato un prezzo sicuramente in termini di efficienza, perché non può essere disconosciuta la pesante inadeguatezza del servizio giudiziario.

Ciò ha avuto inevitabili ricadute sulle norme di organizzazione, perché a fronte del potere direttivo dei capi dell'ufficio non vi sono situazioni di soggezione di magistrati sottoposti, ma posizioni giuridiche tutelabili di soggetti equiordinati. La magistratura ha avvertito la necessità (supinamente condivisa dal legislatore) di introdurre un "diritto" complementare, che affianca la legge dello Stato, ossia il cd. "diritto tabellare"¹⁰, la cui formulazione è affidata al CSM, il quale finisce, in tal modo, col comportarsi da legislatore (è il diritto delle circolari di cui ci ha parlato Bin, che contribuisce non poco ad alimentare la confusione istituzionale in cui viviamo). L'organizzazione del lavoro dei magistrati negli uffici giudiziari passa attraverso la predisposizione di "tabelle", elaborate con la partecipazione di innumerevoli soggetti e sottoposte all'approvazione del CSM. Le "tabelle", negli uffici giudicanti, fissano le regole e, quindi, trasformano le aspettative, le pretese e gli stessi interessi dei singoli giudici in posizioni giuridicamente tutelabili. Qualcosa di simile è stato stabilito anche per gli uffici requirenti, nei quali i capi degli uffici devono predeterminare i criteri per l'organizzazione degli uffici cui sono stati preposti da comunicare al CSM (e ne va della loro carriera).

Per esemplificare, mi limito a ricordare un episodio. Chiedo ad un presidente di tribunale come mai fosse stato assegnato alle funzioni di GIP un pubblico ministero che il CSM aveva trasferito di ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale, sembrandomi strano che questi fosse adibito a funzioni di controllo dell'attività dei pubblici ministeri là dove il CSM aveva ritenuto che non avesse idoneità per l'esercizio delle funzioni requirenti. Mi fu risposto che, in assenza di prescrizioni del CSM, il magistrato aveva partecipato ad una procedura concorsuale interna ed era risultato preferito.

Tutto ciò paga alti prezzi in termini di efficienza, per cui è lecito chiedersi se questa sia l'unica maniera di riempire il "significante" della Costituzione con un "significato" appropriato. Ho, ad esempio, qualche dubbio che l'art. 107, stabilendo che "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni", si riferisca alle funzioni esercitate in concreto e non piuttosto ai "tipi" individuati dall'ordinamento giudiziario. Una lettura, questa, che terrebbe conto del precedente articolo 105 che mantiene fermo il principio delle "promozioni", le quali

Si è anche pagato qualche prezzo in termini di fiducia, perché, soprattutto nel processo penale, le troppe assoluzioni che arrivano a distanza di troppi anni non possono non lasciare tracce dolenti e non possono non creare frizioni con il mondo della politica. La soluzione non è quella di tornare al passato, ma quella di trovare correttivi adeguati ad eliminare gli eccessi che hanno trasformato le garanzie (ineliminabili) in privilegi (da evitare).

¹⁰ Sul quale v. R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Il principio di precostituzione del giudice*, "Quaderni del Consiglio superiore della magistratura", n. 66, Roma, 1993, p. 28 ss.

sono tali soltanto se i posti a cui si accede sono ragionevolmente minori rispetto agli aspiranti, e degli artt. 104, comma 3° e 111, comma 7° che danno un peso specifico al ruolo e alla funzione della Corte di cassazione.

Non ne discuto. Mi limito piuttosto a segnalare che queste ambiguità aprono la strada per investigare la possibilità di una lettura riduttiva della parola "funzione", da ricollegare (non alle attività esercitate in concreto, ma) ad una sfera di attività giudiziarie (ad un "tipo") che sia oggetto di specifica considerazione da parte del legislatore (ad es.: funzioni di primo o di secondo grado; di merito o di legittimità; civili o penali; di appartenente a sezione specializzata, ecc.), lasciando per il resto al potere e alla responsabilità dei capi degli uffici la possibilità (fermo il divieto di assegnazioni "ad hoc" e successive alla nascita della controversia o dell'affare da affidare) di destinare i magistrati del suo ufficio all'esercizio di attività giudiziarie per le quali li ritiene più idonei (oggi tutto avviene tramite concorso e il magistrato non chiede di essere trasferito o assegnato a un ufficio, ma ad un posto determinato).

In conclusione, se è sacrosanto che alla magistratura non si possono applicare modelli organizzativi di tipo aziendale, è anche ragionevole chiedersi se qualcosa di tali modelli le possa essere adattato. Ed è tanto più ragionevole farlo in un momento nel quale si va alla ricerca di modelli organizzativi che privilegiano le esigenze dell'efficienza e dell'economia. Si dirà che il potere del capo potrebbe interferire con la garanzia del giudice naturale che va riferita non all'ufficio, ma al giudice persona. Anche a questo riguardo il "lemma" adoperato nella Costituzione può essere diversamente interpretato e la stessa Corte costituzionale potrebbe rivedere le sue posizioni. Potrei, con alquanto spirito polemico, osservare che il problema neppure dovrebbe porsi se davvero fossimo convinti che i magistrati sono tra di loro fungibili. Lascio, tuttavia, da parte un'ideologia che mi apparsa da sempre strumentale. Più concretamente mi chiedo quale fiducia il cittadino dovrebbe avere nel giudice se gli stessi giudici non hanno fiducia in sé stessi e in particolare non hanno fiducia nella correttezza e nell'imparzialità di chi hanno scelto per dirigere un ufficio. L'interpretazione attuale, infatti, sconta la sfiducia che si ha nell'esercizio del potere direttivo dei capi dell'ufficio. Ma la sfiducia ha prezzi.

4. Il ruolo della Corte di Cassazione e l'inadeguatezza delle norme che l'organizzano

L'erosione dell'impronta positivista che è a base del sistema disegnato dalla Costituzione, si ripercuote sull'attuale ruolo della Corte di cassazione, che non è più un semplice custode della legalità nella misura in cui il diritto non si esau-

risce nella sola legge¹¹. Lo ripeto: ho sempre guardato con preoccupazione la vicenda, perché la legge per me è un involucro adattabile, sfruttando i margini della sua flessibilità, ma non è perforabile per travasarne il contenuto in maniera da poterlo liberamente rielaborare. Continuo a ritenere che il rispetto della e per la legge costituisce un valore irrinunciabile per il corretto svolgimento della democrazia, così che mi sono da sempre dichiarato contrario al “creazionismo” giurisprudenziale, quale spesso si nasconde dietro le cosiddette interpretazioni “costituzionalmente orientate”¹² e che, oggi, quando non basta la Costituzione, cerca perfino conforto, come ci ha ricordato Bin, nelle decisioni delle Corti comunitarie (ispirate a una logica mercantile molto lontana dall'impronta solidaristica della nostra Carta fondamentale).

Se le cose vanno diversamente e se non è possibile porre un argine all'evoluzione in atto, bisogna realisticamente porsi il problema delle ricadute sulla struttura dell'organismo, la quale deve fronteggiare due diverse esigenze: garantire un'alta professionalità e perseguire il necessario consenso sociale.

A Costituzione invariata alla prima esigenza si dovrebbe rispondere ripristinando sistemi selettivi affidabili che abbandonino l'utopia che i giudici (o i magistrati) siano tra di loro fungibili, perché l'uno vale l'altro. E ovviamente, in un sistema che ha eliminato qualsiasi forma di carriera, inserendo forme di avanzamento per classi stipendiali (ossia una maniera surrettizia per spalmare nel tempo gli aumenti retributivi)¹³, sarebbe inevitabile la previsione di incentivi (quale potrebbe essere una sorta di indennità di funzione). Diversamente si correrebbe il rischio che gli aspiranti si riducano a quelli che vivono a Roma o in zone non lontane.

¹¹ Un'evoluzione segnalata ad es. da B. SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. Dir. proc.*, 2019, p. 43 ss.

¹² Sono, pertanto, vicino al modo di sentire di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss. a cui rinvio per i ricchi richiami di dottrina.

¹³ La legge n. 111 del 2007 ha, come è noto, introdotto il sistema di valutazioni quadriennali di professionalità. Le valutazioni negative o non positive sono inferiori al 3%. Il costo – in termini di lavoro burocratico a detrimento del lavoro giudiziario – per valutazioni di scarsa utilità pratica potrebbe essere compensato se dalle stesse emergessero attendibili giudizi (soddisfacente, pienamente soddisfacente, buono ed eccellente) da utilizzare al momento delle nomine (come avviene, ad es., in Germania: M. FABRI, *La magistratura italiana e quelle europee: uno sguardo comparato*, in *Storia della magistratura* cit., p. 143 ss.). Di fatto, in Italia non servono neppure a questo scopo. Il disegno di legge A.C. 2681, come di recente emendato, una volta approvato, vuole che nella valutazione siano espressi i giudizi di “discreto, buono o ottimo”. Resta da vedere quale ne sarà l'applicazione in concreto e soprattutto quali ne saranno le conseguenze pratiche in un sistema che prevede solo avanzamenti per classi stipendiali. Di sicuro si avrà un aumento della burocrazia e dei costi, soprattutto in termini di efficienza, perché i giudizi avranno cadenza annuale.

Per dare qualche risposta alla seconda esigenza, allo stato, è utilizzabile la possibilità di assegnare funzioni di legittimità a professori universitari o ad avvocati qualificati e di provata esperienza (così come prevede l'art. 106 Cost.). La legge 5 agosto 1998, n. 303, emanata al riguardo, lascia molto a desiderare e, comunque, è stata poco e male adoperata anche perché guardata con diffidenza e sospetto. Non a caso il legislatore si è preoccupato di porre un limite massimo di posti affidabili ad estranei (un decimo dell'organico complessivo), là dove sarebbe stato il caso di prevedere il numero minimo di posti da ricoprire con professori o avvocati; ha stabilito che qualsiasi interessato possa fare domanda, là dove sarebbe stato preferibile che la designazione fosse (responsabilmente) fatta dalle Università e dal Consiglio nazionale forense, fermo il potere del CSM di valutare l'idoneità dei candidati proposti; ha stabilito una netta cesura con il passato del professore (che deve cessare dal rapporto d'impiego) o dell'avvocato (che deve cessare da qualsiasi pregressa attività lavorativa), là dove sarebbe stato preferibile lasciare aperta la possibilità, dopo un determinato numero di anni, di suo ritorno alle attività precedenti (con qualche misura di salvaguardia degli interessi economici). Una corretta applicazione della legge comporterebbe, poi, che i giudici "laici" fossero distribuiti in maniera omogenea in tutte le sezioni della Corte, in modo da garantire in tutte il loro apporto frutto di esperienza e sensibilità necessariamente diverse.

Non so se questi suggerimenti meritino di essere presi in considerazione. Di sicuro, l'esigenza di un maggiore e migliore raccordo della Corte di cassazione con la società civile è tanto più attuale in relazione al conclamato diverso ruolo che la Corte ha assunto nel nostro sistema di giustizia.

5. L'indebita dilatazione della magistratura onoraria

Alla ritrosia con cui si è data (scarsa) attuazione alla possibilità di nominare come giudici della Corte di cassazione professori e avvocati, fa da singolare contrasto la propensione a fare ricorso ad estranei per le funzioni giurisdizionali di merito, utilizzando la possibilità (ammessa dall'art. 106, 2° comma) della "nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli".

Non credo di essere lontano dal vero se continuo a ritenere che i Costituenti abbiano rapportato la sfera di attribuzioni di cui è possibile investire il giudice onorario alla sfera di competenza del giudice singolo, avendo presente non il giudice, ma il tipo e la misura delle funzioni che all'epoca gli erano affidate (sicuramente marginali). Non credo, inoltre, che i Costituenti abbiano preso in considerazione la possibilità che il legislatore ordinario ampliasse a dismisura le

competenze del giudice singolo. Nel passato, essendo un nostalgico difensore della collegialità, mi chiesi se questi ampliamenti fossero compatibili con i principi costituzionali e se non potessero essere sindacati sia sotto il profilo della ragionevolezza sia perché in tal modo si finisce con l'eludere la garanzia del giudice naturale, che è il giudice ordinario nominato a seguito di concorso¹⁴.

Oggi la dilatazione del ricorso a magistrati onorari (anche per le funzioni requirenti, riguardo alle quali manca il supporto del dettato costituzionale) rende necessario che la legge fissi il numero massimo di magistrati onorari per ciascun ufficio giudiziario, fissando un ragionevole rapporto con i magistrati di carriera previsti dalla pianta organica.

6. Lo "status" del pubblico ministero

Vengo al tema della magistratura requirente. È un tema spinoso e irto di insidie, al quale si sono date risposte semplificanti tutte poggiate sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost.

Lascio da parte la mia personale opinione secondo cui la formulazione dell'art. 112 fu un errore dei Costituenti e che i tempi sono maturi per provi riparo, sopprimendo una disposizione inutile e fuorviante¹⁵ (basterebbe prevedere che l'azione penale è esercitata dal pubblico ministero, rendendolo responsabile delle sue scelte senza lo scudo dell'archiviazione disposta dal giudice). Mi limito ad osservare che anche chi proclama che il principio è intangibile, nei fatti lo

¹⁴ *Giudice monocratico e collegiale (divagazioni su Costituzione e processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 942 ss.

¹⁵ Sono convinto che la mia è un'utopia. Oramai nel nostro Paese è penetrata l'idea che il giudice penale non debba limitarsi all'accertamento delle responsabilità penali, ma debba verificare se la legalità non sia stata violata: v. L. VIOLANTE, *Sull'attuale condizione storico-spirituale della magistratura italiana*, in *Storia della magistratura*, cit., p. 224 ss. Se il compito (doveroso) delle Procure riguarda (più che la repressione dei reati) la verifica della legalità, si perde la possibilità di ritenere che l'indagine penale sia subordinata ad una *notitia criminis* – come si legge in Cass., sez. III, 26 gennaio 1999, n. 3261 – che abbia "per oggetto un fatto specifico idoneo ad integrare estremi di reato" e "dotata, per la fonte da cui proviene, di adeguata credibilità". Tutto può diventare notizia idonea a creare l'"obbligo" dell'indagine. Rileggendo gli Atti dell'Assemblea costituente, emerge che del problema si occupò la seconda sezione della seconda sottocommissione nella seduta del 10 gennaio 1947. Fu approvata la formula proposta da Calamandrei a preferenza di quella suggerita da Leone, che pensava a un pubblico ministero organo del potere esecutivo. La discussione appare oggi insoddisfacente perché si ragionò avendo esclusivamente presente il momento in cui il pubblico ministero promuove l'azione e rimase nell'ombra l'indagine penale che è carica di discrezionalità e che inevitabilmente impinge nell'esercizio di un potere discrezionale non facile da controllare.

erode. Diversamente, non avrebbe senso prevedere che non sia punibile il fatto per "rilevanza minima" o ritenere che ci possa essere qualcuno (il Parlamento o il CSM o i capi degli uffici requirenti) che stabilisca un ordine di priorità nelle indagini e nella persecuzione dei reati (sono norme contenute nella l. n. 134 del 2021 e che -non è da dubitare- saranno tacciate di incostituzionalità). E, al tempo stesso, bisognerebbe pensare a responsabilità dei magistrati requirenti quando lasciano cadere in prescrizione i reati senza (quanto meno) promuovere tempestivamente l'azione penale. In democrazia non è possibile immaginare che vi sia un obbligo generalizzato d'indagine tale da porre i cittadini sotto l'indiscriminato controllo di un "grande fratello". Mi adatto o fingo di adattarmi a quanti credono che nonostante tutto questo principio sia valido e debba essere difeso.

L'antinomia (tra la posizione formale di funzionario che per esercitare un'attività vincolata è immune da controlli esterni e il ruolo sostanziale di chi esercita un potere particolarmente invasivo), già riscontrata per i giudici, è, tuttavia, anche maggiore per la magistratura requirente. I Costituenti avevano come punto di riferimento un processo penale repressivo: nessuno può essere "punito" senza un'espressa e preventiva previsione di legge (art. 25, comma 1°). Alla magistratura non è affidata la sicurezza sociale; essa ha da giudicare le persone "accusate di un reato" (art. 111, comma 3°). Da quando è entrata in vigore la Costituzione, tuttavia, la linea di demarcazione tra repressione e prevenzione è diventata sempre più incerta. Infatti, da un lato, le misure preventive (i Costituenti avevano presenti le tradizionali "misure di sicurezza": art. 25) sono aumentate a dismisura e diventate più sofisticate e, dall'altro lato, la repressione, che in un sistema di diritto penale minimo dovrebbe riguardare soprattutto gli eventi del mondo fenomenico, si estende in maniera sempre più ampia ai comportamenti (perseguito reati in cui ha rilievo decisivo la "posizione" del soggetto o l'inosservanza di obblighi di diligenza, di controllo o di prevenzione, talora sconfinando perfino in un sindacato sulle scelte ideologiche). In questo ambiente, nel quale il magistrato penale si è eretto a custode della legalità, diventa difficile stabilire l'esatta linea di demarcazione tra l'indagine e l'inchiesta; tra l'esercizio della potestà punitiva e il potere di controllo per impedire le devianze e assicurare la sicurezza.¹⁶ Il

¹⁶ In una intervista (Il corriere della sera, 12 sett. 2021) il Procuratore Greco, elogiando la sua Procura, osservava: «Qui non è nata solo Mani Pulite, sono nate le indagini sui nuovi caporali digitali e sul trattamento dei riders, sulle evasioni fiscali delle *big.tech*, sul riciclaggio delle banche internazionali, sulla corruzione internazionale, la tutela del consumatore dalle truffe delle grandi *multitiilities*, è stata costante l'attenzione nei confronti della mafia imprenditrice, dei soggetti deboli e della salute sui luoghi di lavoro». Chiosava il Procuratore: «Per alcuni questa anomalia deve finire».

pubblico ministero si trova, così, a gestire un potere che nulla ha a che vedere con l'esercizio dell'azione penale. Diventa inconsapevolmente un controllore delle nostre vite private.

In questo intervento, nel quale mi occupo soltanto delle ricadute che la funzione realmente ed in concreto esercitata dalla magistratura requirente hanno sulla disciplina del loro "status", sembra evidente: a) che non può essere esteso ai pubblici ministeri il principio che esclude qualsiasi subordinazione gerarchica; b) che l'esercizio del potere di indagine, che ha pesanti ricadute sulle persone, le quali diventano soggetti a cui si applicano le disposizioni sugli imputati, spesso restrittive delle loro "inviolabili" libertà (come si legge nell'art. 61 c.p.c. che farisaicamente parla di garanzie), è un potere necessariamente basato su di una scelta dell'indagatore (discrezionale, non vivendo in uno Stato di polizia o in una dittatura) a cui non si può offrire lo scudo dell'irresponsabilità; c) che si dovrebbe assicurare un sufficiente collegamento tra chi ha la responsabilità dell'indagine e il consenso sociale (non essendo sufficiente quello che oggi si ricerca mediante il contatto, sotterraneo e indebito, con i mezzi di informazione o con plateali e discutibili conferenze stampa).

Sono questi i principi-cardine che dovrebbero essere a base a) di una legge ordinamentale specifica per la magistratura requirente; b) per una diversa configurazione delle violazioni disciplinari riguardanti i pubblici ministeri (in particolare nei casi in cui l'esercizio del potere d'indagine non ispirato alla necessaria prudenza abbia consentito la raccolta di notizie sulla vita delle persone del tutto prive di rilevanza penale, così da renderne possibile l'indebita – e, allo stato, non contenibile (spesso per esigenze processuali) – diffusione di notizie riguardanti la vita delle persone); infatti la disciplina attuale degli illeciti disciplinari finisce col riguardare pochi casi e del tutto residuali (ma qui si imporrebbe anche una riflessione sul c.p.p.)¹⁷; c) per un'analoga legge autonoma e diversa regolante la responsabilità civile del p.m., perché quella attuale è ritagliata in relazione alle funzioni giudicanti e non si adatta alla sua attività.

Il problema non è questo. Non si mette in dubbio che l'attività sia stata meritoria. Il problema, tuttavia, è se l'indubbia espansione di attività sia da considerare come un esercizio "obbligatorio", esente perciò da qualsiasi controllo, o sia un esercizio inevitabilmente discrezionale, che come tale espone chi esercita il potere a responsabilità (e le vicende in cui nel 2021 sono stati coinvolti la Procura milanese e lo stesso Procuratore hanno messo a nudo il problema).

¹⁷ L'art. 1, comma 9 lett. n) l. n. 134 del 2021 ha mutato il criterio di giudizio del p.m., il quale deve chiedere l'archiviazione quando "gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentano una ragionevole previsione di condanna". Mi sembra che questo mutamento abbia riflessi rilevanti sullo "status" del p.m. e debba costituire il cardine per misurare la sua professionalità e il doveroso rispetto delle regole.

7. Considerazioni conclusive

Un'osservazione conclusiva. Riguardo ai problemi della giustizia la sensibilità dell'Europa è diversa dalla nostra. Per l'Europa ha rilievo assorbente che la giustizia sia resa in termini ragionevoli. Per noi, invece, ha importanza anche la qualità del servizio ed è sulla qualità che si misura la fiducia. La perdita della fiducia è palpabile e trova oggi conferma nei quesiti referendari ed in quanti, in gran numero, li hanno sottoscritti o sono disposti a sottoscriverli (anche se, investendo essi questioni tecniche per le quali non è possibile rispondere in maniera secca con un "sì" o con un "no", sarebbe opportuno non farvi ricorso). La perdita di fiducia trova, tuttavia, occasione non solo nella insopportabile lentezza dei nostri processi e nella sempre minore prevedibilità delle decisioni quale si accompagna al dilagante soggettivismo giudiziario, ma anche, e purtroppo, nell'invasività incontrollata dell'indagine penale e in un esercizio dell'azione penale privo di efficace controllo preventivo in quanto obbligatorio, così che l'estensione dei procedimenti penali non può non avere pesanti ricadute sulla gestione dell'intero sistema di giustizia.

Un intervento, a mio avviso necessario, sulle norme che disciplinano lo "status" dei pubblici ministeri potrebbe servire a ripristinare l'indispensabile rapporto fiduciario tra i cittadini e la magistratura.

Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive¹

SOMMARIO: 1. Definizione – 2. Fondamenti – 3. Alternative? – 4. Test – 5. Proporzionalità e ragionevolezza – 6. Nei sistemi UE e CEDU – 7. Suggerimenti riassuntivi

1. Definizione

Quantomeno in via di prima approssimazione, il bilanciamento si può definire come una tecnica mediante cui si applicano principi (per quanto qui interessa) costituzionali, quando i loro campi di applicazione sono differenti ma, in una determinata situazione normativa, vengono a sovrapporsi e a creare un'antinomia. Se i due principi costituissero, rispettivamente, una norma generale e una speciale – se il campo di applicazione del secondo fosse totalmente ricompreso in quello del primo – il loro contrasto potrebbe essere risolto sulla base del puro e semplice criterio logico della specialità. Se così non è, occorre compiere un giudizio di valore: stabilire una gerarchia tra i due principi, con riguardo alla situazione normativa in cui essi vengono a collidere. Dunque, una gerarchia assiologica (basata su un giudizio di valore) e mobile (legata a una determinata applicazione dei principi).

Cosa è che si bilancia: principi, diritti, interessi, valori, altro? La definizione premessa presuppone che la risposta corretta sia la prima. Naturalmente, i principi costituzionali si prestano a tutelare una pluralità di interessi, configurandoli come diritti costituzionali, se fanno capo a persone o formazioni sociali, oppure come interessi generali, se non sono soggettivamente individuati: l'interesse è il sostrato materiale della protezione giuridica accordata dal principio. La nozione di valore è più complessa: quando non è usata come semplice sinonimo di interesse generale o principio, può suggerire la radice etica dei principi codificati in un atto normativo; oppure la rilevanza oggettiva che la tutela di certi interessi

¹ Questo testo riproduce, con alcune riduzioni, la relazione introduttiva alla sessione omonima. La finalità della relazione spiega la selezione bibliografica, limitatissima rispetto al dibattito: sono state incluse opere fondamentali per un primo approccio critico al tema.

(anche individuali) ha per il fatto stesso di essere stata accordata dal diritto e, segnatamente, dal diritto costituzionale. Ai fini della discussione che segue, si assumerà che oggetto del bilanciamento siano sempre i principi. Gli altri termini verranno utilizzati come sinonimi di principi, talora semplicemente per ragioni espositive, talaltra allo scopo di porre l'accento sulla diversa tipologia di interessi tutelati.

A chi spetta compiere il bilanciamento, con i giudizi di valore ch'esso implica? In prima battuta, all'autorità che disciplina una determinata situazione e che, nel fare ciò, è chiamata a comporre i principi costituzionali coinvolti e a sciogliere il contrasto tra di essi (per semplicità, qui mi riferirò sempre al "legislatore" e alla "legge", anche se problemi simili possono porsi pure per le fonti subordinate). In seconda battuta, il bilanciamento così realizzato, nella misura in cui si trovi oggettivato nella disciplina emanata, può essere messo in discussione in sede di giustizia costituzionale.

Questa seconda possibilità pone il problema cui alludono, insieme, il titolo di questo contributo e quello del corso. Che differenza c'è tra la decisione politica e il giudizio costituzionale sul bilanciamento? Esistono parametri in grado di imbrigliare questo giudizio e renderlo prevedibile, o comunque espressivo di uno spazio di scelta qualitativamente diverso dalla libertà del legislatore? Oppure non c'è nessuna differenza sostanziale e, al fondo, le due operazioni – bilanciamento legislativo e sua verifica giudiziaria – si sovrappongono, sicché è come se l'efficacia di ciascuna norma di legge fosse condizionata alla condivisione, da parte del giudice, del bilanciamento compiuto dal legislatore? Il rischio, giudicato attuale e ben fondato da Livio Paladin², è quello di contrabbandare, attraverso il sindacato della validità, il controllo sull'ingiustizia della legge.

2. Fondamenti

Qual è la base costituzionale del bilanciamento e della sua verifica giudiziaria? Azzarderei che la radice è, in realtà, duplice: affonda, da un lato, nel modo stesso in cui la Costituzione, sin dall'inizio, è stata concepita e scritta; dall'altro, in una certa svolta culturale del pensiero giuridico contemporaneo.

La nostra Costituzione non contiene una clausola esplicita sul bilanciamento o sulla proporzionalità, né in termini generali, né in relazione a singoli principi, diversamente da quanto avviene in altri testi normativi dedicati ai diritti fondamentali (cfr. ad es. art. 52, par. 1, Carta dei diritti fondamentali, CDF, dell'Unio-

² L. PALADIN, *Ragionevolezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 906.

ne europea, UE; artt. 6, 8, 9, 10, 11 Convenzione europea sui diritti dell'uomo, CEDU). Nondimeno, non è difficile comprendere perché il bilanciamento è una necessità direi logica, tenuto conto del contenuto che i Costituenti hanno dato alla Carta del 1948 e del dovere di interpretarla in maniera tale da assicurare una garanzia giuridica e giudiziaria a tutte le sue disposizioni. E ciò per quattro ragioni che – si noti – prescindono dalla questione se si possa predicare in termini teorici generali (a prescindere dal contenuto delle singole costituzioni e disposizioni costituzionali) un nesso di inferenza necessaria tra la nozione dei diritti della persona (diritti umani) e il bilanciamento³. In primo luogo, i principi codificati nella Costituzione sono numerosi e differenti sia per il campo di applicazione, sia per il contenuto prescrittivo (e anche per il grado di determinatezza dell'uno e dell'altro). In secondo luogo, per il modo in cui sono formulati, questi principi, in determinate situazioni normative, possono proiettare il proprio contenuto di garanzia su una pluralità di interessi tra loro contrapposti: interessi generali e individuali (si pensi alla tutela della salubrità dell'ambiente, quando si discute della localizzazione di attività foriere di pericoli ecologici e sanitari), o anche interessi individuali facenti capo a una pluralità di soggetti (si pensi al diritto di difesa, allorché una legge regoli le prerogative rispettive delle parti contrapposte in una lite civile). In terzo luogo, quando la Costituzione sancisce un principio con alcune eccezioni (ad esempio la libertà di circolazione, con la possibilità che la legge la limiti «in via generale per motivi di sanità o di sicurezza», art. 16), ciò non vuol dire che qualsiasi situazione corrispondente all'eccezione, per quanto tenue e circoscritta, autorizzi qualsiasi deroga al principio, per quanto grave e ampia. Infine, il discorso si svilupperebbe ulteriormente se si ammettesse l'esistenza di limiti impliciti ai diritti costituzionali, nonché – quando vengano in rilievo i “diritti che costano”, o meglio i profili organizzativi e finanziari delle funzioni e dei servizi necessari alla garanzia di diritti costituzionali – la pertinenza della cd. riserva del possibile e del ragionevole, ossia la limitazione delle risorse materiali disponibili vista come fattore di condizionamento delle scelte sul contenuto da dare ai diritti e alle misure congegnate per garantirne l'effettività⁴.

Tirando le fila, quando in una determinata situazione si verifica un conflitto tra principi differenti, o tra profili differenti di uno stesso principio; oppure si

³ Tale questione è al centro della riflessione R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n. 22, 2014, 51 ss. (<https://journals.openedition.org/revus/>).

⁴ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, 2014, 59 ss., 69 ss. Fondamentale in argomento Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, ripresa in seguito più volte, ad es. in Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203.

deroga a un principio in nome di una delle eccezioni previste; o ancora si deve contemperare la garanzia di un principio con limiti oggettivi, come quello delle risorse organizzative e finanziarie disponibili in ciascun momento; ebbene, in tutte queste situazioni sembra difficile ricorrere a tecniche di applicazione dei principi costituzionali diverse da quella del bilanciamento. Gli strumenti esegetici, logici e sistematici possono essere d'aiuto – e, nella misura in cui lo siano, vanno adoperati – ma non sempre, né sempre sino in fondo.

Quanto alla seconda radice, di carattere culturale, essa rimanda all'approccio ermeneutico applicato alla Costituzione: vale a dire, al sedimentare della convinzione che l'unità della Costituzione non riposi su una gerarchia precostituita di valori, che consenta di ridurre i principi costituzionali a un sistema in senso forte, dentro il quale muoversi deduttivamente; bensì sulla direttiva di comporre le antinomie fra i principi di volta in volta, secondo le circostanze, sulla base di argomentazioni razionali applicate ai dati del caso⁵. In sintesi, il bilanciamento è tipico di una situazione di accentuato pluralismo costituzionale, basato su una trama aperta di principi, in cui si accetta che i conflitti possano essere non certo completamente neutralizzati mediante la logica, né lasciati alla pura e semplice decisione, ma risolti in modo provvisorio e pragmatico, alla luce di argomentazioni razionali.

3. Alternative?

Ma davvero il bilanciamento è ineludibile, oppure ci sono strategie alternative per comprendere e far funzionare il pluralismo dei principi costituzionali?

Si può sicuramente sostenere che la stessa Costituzione dia, in taluni casi, indicazioni sulla prevalenza di un determinato principio su altri, tracciando alcune gerarchie formali⁶, o quantomeno sulla densità del controllo da operare⁷. Non c'è dubbio che questi indici, quando sono presenti, meritano la massima attenzione. Esempi classici sono gli artt. 41 e 42, secondo comma, Cost.: nel momento in cui si ammette che la garanzia della libertà di iniziativa economica privata e della proprietà privata subisca limitazioni positive e negative per una pluralità di motivi, culminanti in clausole generalissime quali l'«utilità sociale», i «fini sociali» e la «funzione sociale», evidentemente si suggerisce una marcata cedevolezza di quei diritti a fronte di un ampio novero di ragioni di interesse pubblico, che la politica può apprezzare con ampia discrezionalità.

⁵ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 123.

⁶ A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 84 ss.

⁷ L. PALADIN, *Ragionevolezza*, cit., 907.

Una volta che ci si ponga su questa pista, la ricerca, all'interno della Costituzione, di simili categorizzazioni può raggiungere esiti sistematici di sicuro rilievo scientifico. Ad esempio, Antonio Baldassarre,⁸ sulla base di una rilettura della categoria dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. (ancorata contemporaneamente alla teoria dei valori personalista e alla concezione dei diritti stessi come prerequisito della democrazia pluralista), non solo afferma che «normalmente si riscontra una gerarchia di valori all'interno di una determinata disposizione costituzionale»; ma addirittura teorizza una dicotomia tra due categorie di diritti inviolabili – generali (o originari; grossomodo corrispondenti a quelli civili e politici) e speciali (o derivati; etico-sociali ed economici) – che soggiacciono entrambe al bilanciamento, ma sulla base di criteri differenziati. Nondimeno, anche ricostruzioni di questo tipo riescono soltanto in misura limitata a offrire indicazioni utili sul piano applicativo: non solo perché non sempre sussistono specifiche gerarchie formali; ma soprattutto perché, anche quando sono presenti o comunque ricostruibili con sforzi teorici più o meno impegnativi, il bilanciamento trova in esse sì una guida, ma non certo esaustiva, non potendosi escludere ogni spazio per il controllo sulla proporzionalità⁹.

Sono anche stati compiuti tentativi scientifici di ricostruire tutto il diritto costituzionale come se fosse composto prevalentemente o esclusivamente da regole, invece che da principi, e ciò proprio in polemica con la logica del bilanciamento, per i suoi rischi di incertezza e dissoluzione della Carta costituzionale in valutazioni, in ultima analisi, soggettive e imprevedibili. Un primo esempio è la proposta – assai radicale e isolata – di interpretare e applicare tutto il diritto costituzionale, compresi i principi, secondo lo schema logico delle regole condizionate¹⁰: sicché se, in una determinata situazione, si verificasse una collisione tra due principi senza uno sbocco univoco, si dovrebbe riconoscere al legislatore piena libertà di disporre – dilatandola, in tal modo, evidentemente,

⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Milano, 1989, 1 ss., 14, 35-38.

⁹ Il punto è stato teorizzato esplicitamente nella notissima Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85, laddove si nega che alcun diritto fondamentale riceva dalla Costituzione una tutela assolutamente prevalente sugli altri, dato che tutti si pongono in un «rapporto di integrazione reciproca» e «costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». L'impostazione corrisponde a quella espressa in sede scientifica dal relatore (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 1° ottobre 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, § 2) e ripresa anche in una delle sentenze gemelle del 2009 (avente lo stesso relatore, vedi oltre).

¹⁰ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, Padova, 1995, 270 ss.

in misura estrema. Più equilibrata la posizione di Alessandro Pace¹¹, riassumibile in due proposizioni: 1) il testo costituzionale è composto in gran parte non da principi (intesi in senso normativo, come enunciati che prescrivono un obiettivo o garantiscono un diritto senza prevederne alcuna disciplina), ma da regole, cui si applica la logica rigorosa dell'alternativa secca tra vero e falso, o meglio tra valido e invalido; 2) anche se le disposizioni costituzionali normalmente disciplinano una determinata situazione giuridica solo per alcuni aspetti, quelli residui non restano indeterminati, poiché per inquadrarli si può fare appello al valore sotteso ai singoli enunciati (qui riguardati come matrici di principi in senso logico: astrazione generalizzatrice basata su una pluralità di norme). Già questo secondo punto rappresenta un significativo temperamento del primo. A ciò si deve aggiungere come lo stesso Pace dia per acquisiti alcuni dati del costituzionalismo contemporaneo: in particolare, che tramite il principio di eguaglianza, «la nostra Corte costituzionale e le analoghe Corti delle altre democrazie liberali hanno [...] affermato il loro sindacato sulla ragionevolezza e/o razionalità delle leggi»; e che, «nei casi in cui la Costituzione richiama esplicitamente [valori morali], la stessa avalutatività del metodo giuspositivista deve, per definizione, essere abbandonata perché è proprio il rispetto dei valori costituzionali a imporlo».

4. Test

Una volta che, comunque, si accetti di entrare sul terreno dei giudizi di valore, quali altre guide possono trovare il bilanciamento e soprattutto la sua verifica giudiziaria, per non restare indeterminati, imprevedibili e soggettivi?

Qui la dottrina si è largamente esercitata, proponendo una varietà di schemi logici per quello che viene chiamato principio di proporzionalità – se visto nella sua dimensione astratta – o test di proporzionalità – se riguardato appunto al momento dell'applicazione giudiziaria. Lo schema scientifico più famoso è probabilmente quello elaborato da Robert Alexy¹² (vedi ad es. Id. 2014, 52-55), compendiato in tre punti (sotto-principi): 1) è vietato il sacrificio di un principio, che non sia idoneo a determinare alcuna espansione di un altro principio (idoneità); 2) è vietato il sacrificio di un principio, se l'identica espansione di un altro può essere realizzata senza quel sacrificio, o con uno minore (necessità); 3) quanto maggiore è il grado di sacrificio imposto a un principio, tanto maggiore deve essere l'importanza di soddisfare il principio antagonista (proporzionalità in senso

¹¹ A. PACE *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 1 ss.; 13 e 14 per le citazioni che seguono nel testo.

¹² R. ALEXY, *Constitutional Rights*, cit., 52-55.

stretto). Questo terzo punto si sviluppa in una vera e propria formula di pesatura: per stabilire quale sia il peso di un principio in concreto – vale a dire in relazione a un altro principio antagonista in una determinata situazione – occorre considerare, per ciascuno di essi, l'intensità dell'interferenza, il peso astratto e l'affidabilità degli assunti empirici sulle conseguenze della misura in esame. Formule del genere hanno un tallone d'Achille, messo bene in luce a suo tempo da Carl Schmitt: solo in economia è possibile, in certa misura, convertire beni eterogenei in una misura omogenea di valore; al di fuori di questo campo, quando nella sfera pubblica ci si esercita in dimostrazioni ispirate alla logica dei valori, ci si scontra con la difficoltà di rendere commensurabile ciò che non lo è, e con il rischio che, sotto le spoglie di questi esercizi, si nasconda la pura e semplice decisione – politica – di assegnare a un interesse la prevalenza su un altro¹³.

In Italia, una delle prime e tuttora più autorevoli trattazioni si deve a Roberto Bin¹⁴ e ha il vantaggio di evitare alcuni degli equivoci segnalati. In estrema sintesi, anch'essa si articola in quattro passaggi, dopo la preliminare identificazione della *ratio* della normativa in esame e dei principi implicati (topografia del conflitto): 1) verificare che l'interesse fatto prevalere dal legislatore sia legittimo e, se contrapposto a un principio costituzionale, abbia anch'esso rilievo costituzionale (legittimità del fine); 2) verificare la capacità della normativa di servire alla tutela dell'interesse che il legislatore ha voluto tutelare (congruità); 3) verificare che, per realizzare la forma di tutela voluta per l'interesse preferito, non esistano modalità meno penalizzanti per gli interessi sacrificati (criterio del minimo mezzo); 4) assicurarsi che questi ultimi interessi, comunque, non siano lasciati completamente privi di tutela (garanzia del contenuto minimo o nucleo essenziale).

Anche la giurisprudenza costituzionale italiana ha provato a delineare test di questo genere: sporadicamente in passato, con maggiore frequenza di recente¹⁵. A questi tentativi occorre accostarsi *cum grano salis*: storicamente, la giurisprudenza italiana ha rifiutato di cristallizzare uno e un solo modello di test e, a maggior ragione, di stabilire una sequenza o un ordine di priorità rigido dei passaggi in cui dovrebbe articolarsi. Ciò a tacere del fatto che, sovente, il

¹³ C. SCHMITT, *Introduzione* (1967) in Id., *La tirannia dei valori*, trad. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008, 15 ss.

¹⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, parte III.

¹⁵ Cfr. ad esempio sentenza 22 dicembre 1988, n. 1130 (relatore Baldassarre), spesso indicata come una delle prime in cui il tema del bilanciamento è affrontato con affermazioni teoriche di rilievo. A questa sentenza fanno riferimento quelle che hanno cercato di dare una vera e propria definizione del «test di proporzionalità»: cfr. ad esempio sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 (più volte richiamata nella giurisprudenza successiva).

test viene applicato senza essere enunciato, si nasconde sotto diversi appellativi (razionalità, logicità, coerenza, gradualità, equità ecc., o all'inverso irrazionalità o illogicità – talora qualificate come manifeste, palesi, macroscopiche ecc. – ingiustificata disparità di trattamento, discriminazione, sperequazione ecc.) e si affianca, e talora si confonde, con figure affini (di una delle quali si dirà tra poco). Insomma, nell'esperienza italiana la caratteristica primaria del test è una sua certa destrutturazione¹⁶, nonostante i ripetuti moniti della dottrina a compensare l'elasticità del principio di proporzionalità con una stabilizzazione dei metodi per la verifica del suo rispetto. Dalle formule giurisprudenziali, dunque, si possono realisticamente trarre indicazioni ed elementi, ma non costruzioni concettuali ben definite. «In definitiva, nessuno degli argini che i costituzionalisti e la stessa Corte costituzionale intendevano erigere, è riuscito a contenere pienamente l'impeto dei numerosissimi e svariati appelli ai canoni della ragionevolezza, impedendo che si formasse una giurisprudenza di stampo prettamente casistico»¹⁷.

5. Proporzionalità e ragionevolezza

Dunque, concettualmente, il bilanciamento guarda a una singola situazione normativa; identifica i principi coinvolti; verifica il modo in cui il legislatore li ha applicati, sotto il profilo della proporzionalità.

Il primo punto (una singola situazione normativa) differenzia la tecnica in esame, dal punto di vista della sua applicazione giudiziaria, da un'altra figura: quella del giudizio di ragionevolezza basato su uno schema triadico. In logica generale, questo schema prevede l'applicazione di un parametro (*tertium comparationis*) come termine di riferimento fra l'oggetto che viene comparato (*comparatum*) e ciò con cui tale oggetto deve essere comparato (*comparandum*). Con una certa torsione terminologica, nel lessico giuridico – anche costituzionale – il *tertium* è il principio costituzionale in base al quale occorre stabilire se due situazioni normative sono simili oppure no, al fine di giudicare sulla ragionevolezza della equiparazione o differenziazione del trattamento giuridico corrispondente a ciascuna di esse¹⁸. Il *tertium* può essere il puro e semplice art. 3 Cost., in una delle

¹⁶ A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 84, 108; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 6.

¹⁷ L. PALADIN, *Ragionevolezza*, cit., 910-911.

¹⁸ Anche del giudizio di ragionevolezza la Corte costituzionale ha provato a dare definizioni generali: ad esempio, nelle sentenze 15 aprile 1993, n. 163 (relatore Baldassarre), e 28 marzo 1996, n. 89.

sotto-clausole in cui articola (da quelle più rigide, come il divieto di distinzione in base alla «razza», a quelle più elastiche, come la pari dignità sociale, il principio di eguaglianza sostanziale e il divieto di distinzione in base alle «condizioni personali e sociali»); oppure può essere un altro parametro, il quale quasi sempre, in questa prospettiva, si troverà intrecciato all'art. 3. Il giudizio di ragionevolezza si distingue da quello (dal test) di proporzionalità – almeno sotto il profilo concettuale e strutturale¹⁹ – perché abbraccia due situazioni normative, in relazione alla loro rispondenza a un parametro costituzionale di riferimento.

Nondimeno, i due schemi hanno rilevanti affinità. Anzitutto, entrambi nascono sul tronco del ragionamento teleologico, dato che la proporzionalità identifica la *ratio* di una disciplina attraverso gli interessi che essa ha inteso bilanciare, mentre la ragionevolezza compara due situazioni normative in base alla loro *ratio*, chiedendosi se la loro riconducibilità a un determinato parametro renda la loro identità (o differenza) illegittima. Per questa stessa ragione, le due tipologie di giudizio hanno un marcato orientamento alla concretezza, vale a dire hanno riguardo agli effetti applicativi di una disciplina. Di conseguenza, le conclusioni di questi giudizi presentano comunque una certa mobilità, sia pure in termini e forse anche in misure differenti (se una norma viene dichiarata illegittima per irragionevole uniformazione o differenziazione rispetto a un'altra, nulla in linea di principio impedisce al legislatore di ristabilirla, allineando ad essa il contenuto dell'originario *tertium*; se invece il problema è di bilanciamento, la reiterazione della norma potrebbe essere più problematica, ad esempio se, per usare la terminologia di Bin, sono state riscontrate l'assenza di un fine legittimo o l'incongruità).

È dunque comprensibile che, dal punto di vista (terminologico e anche) dogmatico, le due figure possano venire a intrecciarsi e talora anche confondersi, in determinate circostanze. Ciò potrà accadere, ad esempio, quando nel test di proporzionalità, per rafforzare una valutazione negativa, si indichino fattispecie simili nelle quali il legislatore ha bilanciato diversamente gli interessi coinvolti, adottando in tal modo, sia pure solo a fini dimostrativi, una logica comparativa. Un secondo esempio si ha quando, nel giudizio di ragionevolezza, dopo avere riscontrato un'effettiva assimilabilità delle due situazioni normative in relazione a un certo riferimento costituzionale, si rileva però che una di esse coinvolge anche un altro principio, sicché la questione si sposta sul peso relativo dei due principi: la pertinenza del secondo è sufficiente a giustificare una deviazione rispetto al primo, a paragone del modo in cui esso è stato declinato nell'altra situazione?

¹⁹ Su ciò conviene A. MORRONE, *Il bilanciamento*, cit., 12-13, che per altri profili tende a sfumare la distinzione.

6. Nei sistemi UE e CEDU

Si è già accennato che il test di proporzionalità è espressamente previsto dalla CDF, in via generale, e dalla CEDU, in numerose disposizioni. Si può aggiungere che il lessico, la matrice culturale e anche la struttura di questi test sono comuni alla giurisprudenza delle due corti europee e a quella di molti tribunali costituzionali nazionali.

Tuttavia, si è pure detto che il bilanciamento trova il proprio fondamento nel tessuto dei principi, a propria volta riflesso del pluralismo democratico e del ricco personalismo scolpiti nella forma di Stato dalle costituzioni del Dopoguerra. Dunque, al di là dell'omogeneità dei test di proporzionalità, il bilanciamento non può funzionare allo stesso modo, quando viene praticato da organi che, come le due corti europee, fanno capo a sistemi istituzionalmente differenti dallo Stato, i quali non hanno competenze generali, non si ispirano a un novero di principi ampio e complesso come quello costituzionale, né sono caratterizzati da un funzionamento politico e democratico nello stesso senso in cui lo sono le istituzioni repubblicane. È stato detto che il sindacato di ragionevolezza e lo Stato costituzionale sono due facce di una stessa medaglia²⁰. Lo stesso vale anche per il test di proporzionalità, e porta a concludere che esso, nonostante le affinità logiche e formulari, non può rimanere identico, quando si colloca nell'orbita di un'entità che non è uno Stato costituzionale.

Sono queste le cause prime delle differenze che, a volte, si affacciano nei bilanciamenti operati dalle tre corti, costituzionale, di Lussemburgo e di Strasburgo. Risale a una delle sentenze gemelle del 2009²¹ l'affermazione secondo cui un carattere specifico della tutela costituzionale dei diritti – in ciò differente da quella cui presiede la CEDU – è che essa «deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: l'ordinamento deve evitare «che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea»; tale dovere incombe anzitutto sull'autorità politica, che compie le scelte in cui il bilanciamento si sostanzia, e poi sulla Corte costituzionale, competente a sindacarle. Che poi le valutazioni di quest'ultima e della Corte europea possano davvero divergere, proprio a causa della prospettiva tipica della prima e non della seconda, lo ha dimostrato la notissima vicenda delle cd. pensioni svizzere²²: dove, non per caso, si affaccia più volte il tema della valutazione sistemica, non isolata, di tutti gli interessi di rilievo costituzionale coinvolti nella situazione normativa.

²⁰ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 154.

²¹ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

²² Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; 12 luglio 2017, n. 166.

Questo lo si dice non certo con la pretesa, che sarebbe ultronea in questa sede, di censire tutte le affinità e le differenze tra le diverse tipologie di giudizio, svolte dalle tre corti nell'ambito dei rispettivi sistemi; ma solo per segnalare che queste differenze possono non essere occasionali o contingenti, nella misura in cui si riallaccino alle cause appena menzionate. Il punto è stato ben spiegato, ancora una volta, da Roberto Bin²³, quando ha sottolineato il carattere non perfettamente "coassiale" e congruente del bilanciamento effettuato dalle tre corti, per la disomogeneità del peso assegnato nei rispettivi sistemi agli interessi in gioco: «l'asse comune c'è se e soltanto se, nei diversi ordinamenti e in relazione alle rispettive giurisdizioni, i punti di bilanciamento tra due specifici interessi si ritrovino alla stessa distanza dall'asse, se vi sia cioè una certa simmetria tra le soluzioni che il bilanciamento produce e perciò i diversi piani possano ruotare paralleli l'uno agli altri, senza il rischio di sfregarsi ed entrare in conflitto». Lo stesso autore²⁴ mette in luce le divergenze generali e alcuni punti di attrito concreti fra i tre sistemi, giungendo alla conclusione che «nessun trattato – ratificato con le procedure costituzionali – può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale».

Non è detto che frizioni del genere debbano sempre verificarsi. La giurisprudenza costituzionale ha agito in innumerevoli casi per garantire la vincolatività e l'effettività delle massime enunciate dalle due corti europee, stabilendo ormai anche un proficuo rapporto di interlocuzione diretta con la Corte di Giustizia. Nondimeno, se e nella misura in cui i temuti disallineamenti si verificano, affrontarli e disinnescare le paventate frizioni è certamente uno dei compiti più delicati dell'operatore giuridico e soprattutto del giudice. Averne consapevolezza è la preconditione per affrontare operazioni del genere.

7. Suggerimenti riassuntivi

È giunto il momento di riprendere la domanda lasciata in sospeso all'inizio: esistono criteri in grado di differenziare il bilanciamento compiuto dal legislatore dalla sua verifica giudiziaria, oppure la comune attinenza al piano dei giudizi di valore segna una irriducibile sovrapposizione fra le due sfere?

²³ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 69, 70.

²⁴ Ivi, 82 ss., 98 ss.; 111 per la citazione nel testo.

Orbene, se si vuole restare sul terreno dei criteri con cui applicare il test di proporzionalità nel giudizio, tutto ciò a cui si può arrivare, per dirlo in termini positivi²⁵, è un certo grado di razionalità pratica, prudenziale, esperienziale, che non si riduce a giustizia del caso singolo solo perché, oltre che ad esso e alle esigenze ivi rivendicate, cerca di considerare anche la prospettiva del sistema nel complesso e le ricadute su di esso. Persino Alexy²⁶ riconosce che le proprie formule offrono solo un modello argomentativo per un discorso giuridico razionale e che un grado di certezza e razionalità maggiore è, semplicemente, irraggiungibile. Sul piano generale, non si può andare molto al di là di questo, per quanto ciò possa apparire deludente a chi vorrebbe un maggior grado di certezza.

È però possibile aggiungere alcuni ulteriori suggerimenti, in parte derivanti dal percorso fatto sopra:

1. *Seguire la segnaletica costituzionale.* Poiché in qualsiasi modello di bilanciamento l'operazione preliminare è l'identificazione dei principi costituzionali contrapposti (aspetto molto evidente nello schema di Bin), occorre identificare la base positiva di ciascun principio e verificare se, nel caso, il testo stesso della Costituzione non rechi indicazioni in merito a una gerarchia settoriale dei valori coinvolti, o alla densità del controllo giudiziario sul bilanciamento politico di essi. Dunque, più ancora che all'art. 3 Cost., conviene appellarsi alle norme costituzionali che codificano i principi in questione: quelli sacrificati (le relative norme concorreranno a formare il parametro della questione) e quelli in nome dei quali il sacrificio è stato deciso.

2. *Chiarire lo schema logico e i profili.* Per quanto non esaustivi né decisivi sul piano della teoria generale, gli schemi logici passati in rassegna possono essere utili a dare ordine, chiarezza e persuasività al ragionamento e, in ultima analisi, a dare legittimazione alla decisione. Bene farà, dunque, il giudice a tenere distinte la proporzionalità dalla ragionevolezza, e a sviluppare le questioni attinenti all'una e all'altra secondo un'articolazione logica ben scandita, anche sulla falsariga dei modelli ricordati. In particolare, ogni elemento del test di proporzionalità (e ogni *tertium* nel giudizio triadico) si presta a costituire un distinto «profilo» di una questione di legittimità costituzionale (la spiegazione del perché il principio sarebbe violato, il test non superato), a propria volta suscettibile di essere suffragato o contrastato da uno o più argomenti. È opportuno differenziare puntualmente i vari profili, senza affastellarli e confonderli l'uno con l'altro e senza pensare che possa sempre risultare di per sé esplicativo il puro e semplice riferimento a un concetto complesso e controverso qual è la proporzionalità.

²⁵ CON M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 17-18.

²⁶ R. ALEXY, *Constitutional Rights*, cit., 64.

3. *Impiegare schemi logici speciali*. Sin qui si è fatto riferimento agli schemi generali del test di proporzionalità. Ma la giurisprudenza e la dottrina hanno messo a fuoco anche schemi di portata più limitata²⁷: si pensi alla reciproca pesatura del legittimo affidamento e di altri interessi nel giudizio sulle leggi interpretative; oppure alla figura dell'anacronismo legislativo, quando la *ratio* di una certa disciplina si basa su assetti storicamente superati; o ancora alla figura – oggetto di particolare attenzione di recente²⁸ – dei cd. automatismi legislativi, ossia delle norme che vincolano gli organi applicativi a un certo criterio operativo, il quale però non risulta proporzionato (o ragionevole) rispetto ai principi in gioco in una parte delle fattispecie considerate.

4. *Usare il microscopio, non il grandangolo*. Il fascino del diritto costituzionale deriva dalla sua prossimità a questioni fondamentali, in un certo senso al confine stesso tra il diritto e la politica. Ciò è particolarmente vero quando si discorra di principi e valori: ma proprio allora occorre essere consapevoli della delicatezza del crinale su cui ci si muove. Per questo, una valutazione di sproporzione o irragionevolezza dovrebbe nutrirsi meno di categorie generali e più di una paziente analisi del quadro normativo di riferimento (ivi compresa la sua storia), delle fattispecie comparabili (come esempi di regolazioni più proporzionate, se non proprio come *tertia*), dell'evoluzione normativa e delle segnalazioni di problemi applicativi reperibili non solo nel giudizio *a quo*, ma anche in precedenti interventi giurisprudenziali, come ad esempio – per quanto riguarda in particolare le pronunce della Corte costituzionale – moniti più o meno incisivi, oppure evidenziazioni, nei giudizi precedenti, di circostanze che possono ricorrere oppure no nella specifica situazione normativa in esame (ad es. fattori di mitigazione del sacrificio di un interesse riscontrati in situazioni anteriori, ma in ipotesi assenti da quella specificamente *sub iudice*).

5. *Impiegare uno sguardo concreto, ma non casistico*. Le valutazioni di proporzionalità e ragionevolezza sono attente, lo si è detto, agli effetti concreti della normativa in esame, onde giudicare quale sia la loro reale attinenza a interessi costituzionalmente tutelati, l'intensità di tale attinenza ecc. Un'accurata rappresentazione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* è essenziale, allo scopo; ma occorre ricordare che, in ogni caso, il sistema di giustizia costituzionale guarda al sistema nel complesso, sicché anche lo sforzo di dare una rappresentazione concreta di quello che è in gioco (gli effetti della normativa in questione, quelli

²⁷ Per una panoramica, A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 147 ss. Alcuni esempi, uniti da un determinato filo conduttore sostanziale, si trovano nel contributo parallelo, in questa sede, di Elisabetta Lamarque.

²⁸ L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, Napoli, 2020.

dell'intervento di giustizia costituzionale richiesto o attuato) deve misurarsi con la difficoltà aggiuntiva di abbracciare un orizzonte altrettanto ampio.

6. *Sistemi differenti incorporano bilanciamenti differenti.* Occorre avere ben presente la possibilità dei disallineamenti segnalati sopra tra i sistemi di tutela dei diritti costituzionale, dell'UE e convenzionale. In particolare, quando la compatibilità di una norma nazionale con il diritto dell'UE dipende da un giudizio di proporzionalità, appare del tutto opportuno e comprensibile che in tale giudizio sia coinvolta sempre la Corte costituzionale, se del caso anche appoggiandosi alla nota dottrina della cd. doppia pregiudizialità enunciata a partire dalla sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

7. *Minimalismo.* Probabilmente l'indicazione più importante è anche quella più elementare. Per quanto accreditato nella cultura costituzionale contemporanea, il giudizio sulla proporzionalità corre sempre il rischio di confondersi con la decisione politica. È doveroso, perciò, che un'operazione siffatta, da parte del giudice, sia sempre accompagnata da un certo senso di difficoltà e di disagio. Riprendo a questo proposito una pagina di Gustavo Zagrebelsky²⁹: è in qualche modo naturale, egli osserva, che il giudice parta dalla propria impressione personale di irragionevolezza della legge, «secondo le proprie convinzioni e visioni delle cose»; ma da lì, poi, si deve partire alla ricerca di conferme. E le conferme, aggiunge l'autore, «non è mai difficile trovarle». Ecco, su quest'ultimo punto non sono d'accordo, in questo senso. Il giudice che metta mano ai criteri assiologici – tanto più se intende farlo ai fini di una decisione dotata di conseguenze di sistema, come precedente o come vero e proprio annullamento (o come rimessione ad esso prodromica) – dovrebbe essere acutamente consapevole della complessità che gli intrecci di principi possono raggiungere; dell'incertezza di avere ben chiaro tutto quello che sta accadendo nella realtà sociale; della fatica di evincere, e sintetizzare in un dispositivo, esattamente la formula adatta a riportare il sistema nella direzione ritenuta necessaria, senza eterogenesi dei fini o effetti collaterali imprevisti. E dovrebbe dare di piglio agli strumenti passati in rassegna solo con prudenza, tanto nella scelta di intervenire, quanto nel momento in cui traccia il perimetro dell'intervento da eseguire. La sensazione generale dovrebbe essere non di facilità, ma di difficoltà e grande cautela.

²⁹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, I, 172.

Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Esempi e svolgimenti.¹

SOMMARIO: 1. Bilanciamenti particolarmente delicati. – 2. Bilanciamenti con il principio dei *best interests of the child*. – 3. Il bilanciamento imposto dal legislatore e le sue correzioni: gli automatismi legislativi.

1. Bilanciamenti particolarmente delicati

Come ci ha bene spiegato Michele Massa, il bilanciamento tra principi costituzionali è un'operazione non solo necessaria, ma anche sempre di una certa complessità².

Alcune operazioni di bilanciamento, tuttavia, si presentano più delicate di altre. Ciò accade naturalmente in relazione ai casi concreti dichiaratamente controversi, gli *hard cases* appunto, per i quali l'applicazione dei test giudiziali che presiedono al bilanciamento non offre un esito certo e generalmente condiviso, e spesso la conciliazione tra i principi coinvolti appare irraggiungibile se non a costo del sacrificio totale, e dunque difficilmente accettabile, di uno di essi.

Più insidiosi, però, perché sottovalutati e dunque di solito non accompagnati da una motivazione sufficiente circa il corretto svolgimento del test giudiziale, sono i casi solo apparentemente semplici.

Ci riferiamo ai casi in cui la selezione dei principi rilevanti per il bilanciamento appare immediata e non problematica, anche se in realtà richiederebbe una maggiore attenzione, oppure ai casi nei quali i principi che vengono in gioco sembrano fornire indicazioni univoche, ma soltanto perché sono trattati in modo superficiale e non sono adeguatamente valutati nella loro portata.

¹ Questo testo – redatto da Elisabetta Lamarque per quanto riguarda i parr. 1 e 2 e da Nicola Canzian per quanto riguarda il par. 3 – riproduce, con qualche aggiunta, la relazione tenuta da Elisabetta Lamarque nella sessione del corso introdotta dalla relazione di Michele Massa, della quale si pone come proseguimento.

² M. MASSA, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive*, in questo volume, p. 143 ss.

2. Bilanciamenti con il principio dei *best interests of the child*

All'insidiosa categoria dei casi solo apparentemente semplici appartengono quelli nei quali viene in rilievo il principio dei *best interests of the child*, che in italiano si usa tradurre come principio del preminente, o superiore, interesse del minore.

In realtà, infatti, questo principio rappresenta una straordinaria palestra, e una sfida inaspettata, per tutti i giuristi che desiderano allenarsi nella difficile ma necessaria arte del bilanciamento.

Le ragioni per cui consideriamo molto utile prendere ad esempio questo principio per mettere a fuoco gli ostacoli che si possono incontrare nell'arte del bilanciamento sono almeno due.

In primo luogo, il principio dei *best interests of the child* ha ormai pervaso ogni settore del diritto e viene in rilievo in ogni situazione che veda coinvolta, direttamente o indirettamente, una persona di minore età: dal diritto penale e dell'esecuzione penale, al diritto civile e di famiglia al diritto amministrativo. Sono numerosi, di conseguenza, i giudici e i tecnici del diritto che se ne servono nella loro attività quotidiana.

In secondo luogo, vari e ancora una volta esemplari sono i tranelli in cui l'interprete può incorrere, anche inconsapevolmente, quando se ne serve. È quindi necessario apporre sul principio l'avvertenza "maneggiare con cura" e spendere qualche parola per spiegare il perché di un simile pressante invito alla cautela.

Le domande che l'interprete dovrebbe rivolgersi per un uso consapevole del principio riguardano almeno tre aspetti distinti³.

a) Il principio dei best interests of the child ha rango costituzionale?

Si tratta naturalmente di una domanda fondamentale. Poiché il bilanciamento può avvenire soltanto tra principi, diritti o interessi di rango costituzionale, la selezione dei principi da porre in bilanciamento in relazione a una determinata situazione normativa deve sempre muovere dalla risposta a questa domanda.

A prima vista, la risposta è che il principio non è contenuto nella Costituzione italiana del 1948, ma è previsto soltanto in documenti internazionali e sovranazionali.

³ Nelle pagine che seguono alcuni passaggi sono tratti da E. LAMARQUE e G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. PESCE, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 123 ss., E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016 ed EAD., *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma 2019, all'indirizzo https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf.

Sulla scena internazionale il principio fa la sua apparizione con carattere vincolante nella Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, dove è enunciato nell'art. 3 in forma generale, e in altri articoli in relazione a istituti particolari⁴; viene poi ripetuto in numerose altre convenzioni internazionali⁵; a partire dagli anni Novanta è recepito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonostante il testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 non ne faccia cenno⁶; e compare infine nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata a Nizza del 2000 e divenuta vincolante, con il medesimo valore dei Trattati UE, a seguito del Trattato di Lisbona del 2009.

Convention on the Rights of the Child (CRC)

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 1991

⁴ Il testo della Convenzione Onu richiama il paradigma dei *best interests* declinandolo in tre regole specifiche, relative alla protezione della persona di minore età allontanata dall'ambiente familiare (art. 20, par. 1), all'adozione (art. 21), e alla responsabilità dei genitori o se del caso dei rappresentanti legali per la crescita della persona di minore età (art. 18, par. 1). In proposito è utile sottolineare soltanto che, all'art. 21, con riferimento agli adottandi e agli adottati, la Convenzione richiede, in deroga alla regola generale dell'art. 3, che i loro *best interests* prevalgano sempre su qualsiasi altra considerazione di segno diverso. L'*incipit* dell'articolo dispone infatti che: «*States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration*».

⁵ Il principio è sancito o perlomeno richiamato (almeno) anche dalla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata con la legge 31 dicembre 1998, n. 476; dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77; dalla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996 e ratificata con la legge 18 giugno 2015, n. 101; dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 e ratificata con la legge 1° ottobre 2012, n. 172.

⁶ Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il principio, oggi onnipresente, emerge nel 1996 sulla base dell'art. 8 CEDU (Corte EDU, 1996, Johansen c. Norvegia, n. 17383/90), proprio in coincidenza (certo non casuale) con l'approvazione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli nell'ambito del Consiglio d'Europa, dopo essersi in precedenza timidamente affacciato, salvo errore, forse altre due volte (Corte EDU, 1992, Rieme c. Svezia, n. 12366/86 e Corte EDU, 1994, Hokkanen c. Finlandia, n. 19823/92). In seguito, la stessa Corte europea preciserà innumerevoli volte che il principio trova origine in altri impegni internazionali o sovranazionali degli Stati, a cui la CEDU deve essere allineata in via di interpretazione evolutiva.

Article 3

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

Art. 3

(traduzione non ufficiale)

In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Article 24

The rights of the child

[...]

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

[...]

Art. 24

Diritti del minore

[...]

2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.

[...]

Sia ben chiaro. Il fatto che il principio dei *best interests* sia enunciato solo da trattati sui diritti umani a cui l'Italia si è vincolata e dalla Carta UE, e non dal testo della Costituzione, non vale di per sé a escluderlo dal novero dei principi/diritti di rango costituzionale da considerare nel bilanciamento.

Innanzitutto bisogna ricordare che è dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso che la giurisprudenza costituzionale intende l'art. 2 Cost., secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», come una formula aperta che obbliga l'interprete a estendere la tutela costituzionale almeno a quelle garanzie della persona umana già riconosciute in ambito sovranazionale e internazionale. I *best interests of the child* tutelati dalla Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e, a cascata, dalla Cedu, dalla Carta UE e dagli altri trattati sui diritti umani, dunque, entrano nel nostro ordinamento anzitutto attraverso la finestra sempre aperta dell'art. 2 Cost. ponendosi così a livello costituzionale, con la conseguenza di obbligare gli interpreti a leggere le leggi nazionali in senso a essi conforme e, nel caso in cui il dato testuale si opponga

all'interpretazione conforme, a sollevare questione di legittimità costituzionale di quelle leggi per violazione appunto dell'art. 2 Cost.

Inoltre, poiché la Convenzione Onu, la Cedu e gli altri trattati che contengono il nostro principio sono obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con leggi di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione, i *best interests of the child* irrompono nell'ordinamento italiano anche, e contemporaneamente, attraverso la finestra dell'art. 117, c. 1, Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto, oltre che della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'adesione all'Unione europea, anche dei vincoli discendenti «dagli obblighi internazionali», con l'analogo effetto di imporre agli interpreti di tentare l'interpretazione conforme della legge, prima, e poi, nel caso di fallimento del tentativo, di sollevare questione di costituzionalità. E ai medesimi passaggi procedurali gli interpreti sono tenuti quando vengono in gioco i *best interests* garantiti dalla Carta UE, sulla base, in questo caso, oltre che dell'art. 117, c. 1, Cost., anche dell'art. 11 Cost.

Ecco il primo caso, in ordine di tempo, in cui l'art. 3 della Convenzione Onu del 1989 ha agito come norma interposta ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., portando alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione del codice penale per violazione del principio dei *best interests*:

Corte cost., sent. n. 7 del 2013, che dichiara l'illegittimità costituzionale – per contrasto con gli artt. 3 e 117, c. 1, Cost. – dell'articolo 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'articolo 566, c. 2, c.p., consegna di diritto, e cioè automaticamente, la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto.

La Corte costituzionale afferma che «all'irragionevole automatismo legale [della perdita della potestà, ora responsabilità, genitoriale] occorre dunque sostituire – quale soluzione costituzionalmente più congrua – una valutazione concreta del giudice».

A conferma del rango costituzionale del principio dei *best interests* si può però aggiungere un elemento ancora più importante.

Qualche anno prima della stessa stesura della Convenzione Onu del 1989 la nostra Corte costituzionale aveva ricavato dalla stessa Costituzione italiana, attraverso un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali, un principio analogo a quello che poi sarà enunciato a livello internazionale.

In quella risalente sentenza, a firma di Leopoldo Elia, la Corte costituzionale ha ritenuto la legge censurata in contrasto con una sorta di principio dei *best in-*

terests of the child secondo l'*Italian style*, traendolo dal combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost. («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti [...]»):

Corte cost., sent. n. 11 del 1981, relativa ai rapporti tra adozione «ordinaria» dei minori (all'epoca non legittimante) e adozione «speciale» dei minori infraotenni (legittimante secondo la legge n. 431 del 1967).

La Corte costituzionale afferma la necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”, e ciò in ossequio agli artt. 2 e 30 Cost.

Nell'evoluzione successiva la giurisprudenza costituzionale aggiunge il riferimento ad altri parametri costituzionali (in particolare gli artt. 3, cioè il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, e 31 Cost., secondo cui «La Repubblica [...] protegge [...] l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo») e, naturalmente, incrocia volentieri i riferimenti costituzionali interni con quelli esterni, in una lettura integrata dei diritti fondamentali tipica della sua giurisprudenza dell'ultimo quarto di secolo⁷.

L'effetto è quello di esaltare e consolidare a livello costituzionale il principio dei *best interests of the child*, come ad esempio nei casi che seguono:

Corte cost., sent. n. 102 del 2020, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, c. 3, c.p., nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione automatica dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

La Corte costituzionale afferma che «l'automatica applicazione della pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale prevista dall'art. 574-bis, terzo comma, cod. pen. è incompatibile con tutti i parametri costituzionali sopra indicati [artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.], interpretati anche alla luce degli obblighi in-

⁷ Secondo la notissima enunciazione generale di Corte cost., sent. n. 388 del 1999: «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione [...]: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona [...], ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

ternazionali e del diritto dell'Unione europea in materia di tutela di minori che vincolano l'ordinamento italiano».

Corte cost., sent. n. 30 del 2022, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, commi 1, 3 e 7, della legge sull'ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare speciale può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura.

La Corte, richiamando Corte cost., sent. n. 187 del 2019, afferma che il favor per gli istituti di protezione del figlio in tenera età è assicurato dall'art. 31, c. 2, Cost., «da leggersi anche alla luce delle disposizioni internazionali e sovranazionali che ne arricchiscono e completano il significato».

b) In quali situazioni normative può venire in rilievo, per l'interprete, il principio dei best interests of the child?

Quando si selezionano i principi costituzionali da porre in bilanciamento in una determinata situazione normativa, prima di mettere in gioco l'onnivoro principio dei *best interests* bisogna prestare particolare attenzione.

Il principio, infatti, non dovrebbe essere posto in bilanciamento con diritti altrui o con interessi di rango costituzionale se si controverte dei diritti della persona umana *tout court*, anche se la persona di cui si controverte è di età minore, o può essere più facilmente immaginata come tale.

Ad esempio, quando si discute della liceità o della illiceità di una certa pratica di procreazione medicalmente assistita (PMA) oppure della ammissibilità nel nostro ordinamento della pratica della gestazione per altri, il richiamo al principio dei *best interests* risulta sempre inconferente.

In quei casi, infatti, sul piatto della bilancia non si trovano tanto gli interessi di un minore, quanto piuttosto i diritti – come ad esempio il diritto a non essere venduto o donato come un oggetto⁸ o il diritto a conoscere le proprie origini⁹ – della persona che da quella pratica prenderà vita, la quale ne sarà titolare come minorenne per i primi diciotto anni di vita, ma continuerà a esserne titolare senza alcuna differenza dopo il compimento della maggiore età.

c) Il principio dei best interests of the child pone una gerarchia con gli altri principi in bilanciamento?

La traduzione italiana più diffusa del principio dei *best interests of the child* è, come si è detto, principio del “preminente”, o “superiore”, interesse del minore.

⁸ E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *Giudicedonna.it*, n. 1/2017.

⁹ I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Si tratta di una traduzione infedele, insoddisfacente e ingannevole. Affidandosi al suo tenore letterale, infatti, che suggerisce una rigida gerarchia tra principi, l'interprete potrebbe essere indotto a pensare che l'interesse del minore, nel bilanciamento con i diritti fondamentali di altre persone o con interessi dell'ordinamento di rango costituzionale, sia destinato sempre e comunque a imporsi, a prevalere, facendo recedere ogni principio, diritto o interesse contrapposto.

E, in effetti, in numerose occasioni i giudici italiani, e tra questi a volte anche le stesse supreme magistrature incaricate della funzione di nomofilachia, hanno acriticamente aderito all'idea della superiorità dell'interesse del minore su ogni altro bene in gioco.

Gli esiti di questa lettura superficiale e acritica del principio ci sembrano molto negativi. Quando sostiene che il bene del bambino prevale su ogni altra considerazione, infatti, l'interprete motiva in modo meno rigoroso il suo provvedimento, e omette o relega in secondo piano gli altri elementi che pure egli potrebbe avere considerato e bilanciato per giungere alla soluzione finale. Inoltre, il giudice, con il sintetico riferimento al superiore interesse del minore come fondamento della sua decisione, si espone al sospetto di servirsi di tale formula solo retoricamente, per dare un fondamento persuasivo alla sua decisione, che altrimenti non sarebbe convincente, o addirittura di utilizzarla per nascondere operazioni di bilanciamento delle quali preferisce non rendere conto.

Non si può dire lo stesso, invece, per la Corte costituzionale la quale, da sempre particolarmente incline a una valutazione sistemica dei diritti costituzionali e attenta a non configurare alcun principio o diritto come tiranno sugli altri, pur facendo propria negli anni meno recenti la traduzione più diffusa, non ha mai ritenuto che dal principio dei *best interests* discendesse l'assoluta e invalicabile prevalenza della posizione della persona di minore età, dei suoi diritti e dei suoi bisogni, su ogni altro bene di rilievo costituzionale.

Qui di seguito si può leggere una breve rassegna di sentenze nelle quali la Corte costituzionale bilancia il principio dei *best interests of the child* con interessi di rango costituzionale quali quelli di difesa sociale, oppure con diritti fondamentali altrui, quali quello del contraddittorio e del diritto di difesa nel processo penale.

Corte cost., sent. n. 239 del 2014, che dichiara incostituzionale l'art. 4-bis, c. 1, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale [stabilita dall'art. 47-*quinquies*, c. 1, dell'ordinamento penitenziario per le condannate madri di prole fino a dieci anni di età].

Secondo la Corte, «È ben vero che nemmeno l'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, malgrado il suo elevato

rango, forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato. Come già rilevato da questa Corte [...], proprio ad una simile logica di bilanciamento risponde, in effetti, la disciplina delle condizioni di accesso alla detenzione domiciliare speciale: condizioni tra le quali figura anche quella, più volte ricordata, della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata. Ma affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [la condanna per i delitti cosiddetti di prima fascia di cui all'art. 4-bis, c. 1, dell'ordinamento penitenziario] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

Corte cost., sent. n. 17 del 2017, che dichiara non fondato il dubbio di costituzionalità relativo all'art. 275, c. 4 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 Cost.

«L'elevato rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, tuttavia, non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono certamente quelli di difesa sociale, sottesi alle esigenze cautelari, laddove la madre sia imputata di gravi delitti [...]. In tale contesto, la disposizione non preclude in assoluto alla madre, imputata per gravi reati, l'accesso alla misura cautelare più idonea a garantire il suo rapporto col figlio minore in tenera età, ma stabilisce che questo accesso trova un limite, laddove il minore abbia compiuto il sesto anno d'età. Sulla base di dati di esperienza, tenuti in conto nei lavori preparatori della legge n. 62 del 2011 (Senato della Repubblica – Commissione II – giustizia, seduta n. 226 del 22 marzo 2011), la scelta legislativa appare non irragionevolmente giustificata dalla considerazione che tale età coincide con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre».

Corte cost., sent. n. 92 del 2018, che dichiara infondato il dubbio relativo agli artt. 398, c. 5, e 133 c.p.p. in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost. in relazione agli artt. 3 e 4 della Convenzione Onu del 1989.

Secondo il giudice *a quo* le disposizioni del c.p.p. censurate, non consentendo di delegare l'incidente probatorio al giudice del luogo di residenza del minore e imponendo, di conseguenza, l'accompagnamento coattivo di quest'ultimo, avrebbero fatto prevalere le esigenze di razionale distribuzione degli affari e di agevolazione del diritto di difesa – delle quali sarebbero espressione le norme sulla competenza territoriale – su quelle di tutela della serenità e dell'equilibrio del minore.

La Corte risponde invece che «le censure del giudice *a quo* poggiano su una visione eccessiva dell'obbligo dello Stato italiano – scaturente dalle evocate,

generalissime previsioni degli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York – di accordare “una considerazione preminente” all’“interesse superiore del fanciullo” in tutte le decisioni che lo riguardano e di assicurare il suo “benessere”. «Risulta evidente, in realtà, come in materia occorra necessariamente procedere al bilanciamento di valori contrapposti: da un lato, la tutela della personalità del minore, obiettivo di sicuro rilievo costituzionale; dall’altro, i valori coinvolti dal processo penale, quali quelli espressi dai principi, anch’essi di rilievo costituzionale, del contraddittorio e del diritto di difesa – in forza dei quali l’accusato deve essere posto in grado di confrontarsi in modo diretto con il materiale probatorio e, in specie, con le prove dichiarative – nonché, per quanto qui particolarmente interessa, dalle regole sulla competenza territoriale».

Recentemente la Corte costituzionale sottolinea con ancora maggiore chiarezza la circostanza che gli interessi del bambino non sono destinati sempre e comunque a prevalere su ogni altro bene in gioco, come la superficiale e sviante traduzione in termini di “preminente” e “superiore” suggerirebbe, ma possono, ed eventualmente anche devono, retrocedere all’esito del bilanciamento con esigenze e interessi di pari peso costituzionale.

Qui di seguito si riportano alcuni passaggi di una sentenza costituzionale del 2021 nei quali il ragionamento viene alla luce in modo particolarmente chiaro. In questa sentenza, infatti, si esclude ogni preminenza gerarchica del principio dei *best interests* e si precisa la necessità di ricorrere al canone della proporzionalità per bilanciarlo con l’interesse di rango costituzionale dell’ordinamento italiano a disincentivare le coppie (nel caso concreto omosessuali, ma le affermazioni di principio valgono anche per le coppie eterosessuali) a recarsi all’estero per praticare la surrogazione di maternità. In questo senso, è interessante notare come i termini “bilanciamento” e “bilanciati” ricorrano ben cinque volte nel Considerato in diritto della sentenza.

Corte cost., sent. n. 33 del 2021, che dichiara inammissibile per discrezionalità del legislatore la questione relativa alla possibilità di iscrivere all’anagrafe il bambino nato all’estero a seguito di una pratica di gestazione per altri come figlio di una coppia di uomini.

«È peraltro vero che l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della “preminenza” di tale interesse ne segnala bensì l’importanza, e lo speciale “peso” in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all’interesse del minore non può non rammentarsi che “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 sugli altri [...]. 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” (sentenza n. 85 del 2013)».

«Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore».

Per evitare ogni ambiguità sarebbe allora forse meglio tradurre in italiano il principio dei *best interests of the child* in modo differente. Anche a questo pensa la sentenza costituzionale appena richiamata, che al punto 5.4. del Considerato in diritto rinomina il principio in questo modo:

«principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore»

3. Il bilanciamento imposto dal legislatore e le sue correzioni: gli automatismi legislativi

In alcuni casi richiamati nel paragrafo precedente, la Corte costituzionale ha colpito previsioni normative che, cristallizzando un bilanciamento in cui entrava in gioco l’interesse del minore, dettavano una soluzione rigida: a fronte di un certo presupposto di fatto (il genitore condannato per soppressione di stato o per sottrazione e mantenimento di minore all’estero ai danni del figlio) discendeva in modo automatico una conseguenza inevitabile (rispettivamente, la perdita o la sospensione della responsabilità genitoriale).

Si trattava di automatismi legislativi, cioè di una categoria di norme con cui il legislatore impone una regola generale senza prevedere deroghe o margini di adattamento al caso concreto, e dunque senza lasciare uno spazio di discrezionalità al giudice nella fase applicativa¹⁰. Disposizioni di questo tipo si prestano, con una certa frequenza e anche al di là dei casi che riguardano i minori, a interventi di riequilibrio da parte della Corte costituzionale, e proprio per un problema di bilanciamento.

Gli automatismi, infatti, pongono in termini particolarmente stringenti la questione di chi debba effettuare il bilanciamento tra principi di rango costituzionale rispetto al caso concreto: e allora, in queste ipotesi, l’alternativa non è tanto tra

¹⁰ Sono quelle previsioni che «sottraggono al giudice comune la possibilità di adeguare al caso concreto la norma della fattispecie astratta»: così A. GUAZZAROTTI, *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020.

legislatore e Corte costituzionale, ma tra legislatore e giudici comuni, mentre la Corte assume piuttosto il compito di regolare i rispettivi ambiti di intervento.

Quando la legge prevede un meccanismo rigido, per cui da un certo presupposto discende una precisa conseguenza non soggetta a eccezioni o modulazioni, è il legislatore che si assume il compito esclusivo di effettuare l'intero bilanciamento tra i diritti e gli interessi contrapposti, ponendo una regola generale che intende dare una risposta certa e fissa rispetto alla prevalenza e alla soccombenza dei principi in gioco.

L'automatismo non è, in sé, una scelta assolutamente vietata dall'ordinamento; tanto che, in taluni casi, la Corte costituzionale ha fatto salva la sua previsione. È tuttavia una scelta per così dire ad alto rischio di illegittimità¹¹, e non solo per l'ipotesi in cui il legislatore adotti una regola già male calibrata sul piano astratto, frutto di un cattivo bilanciamento; ma anche quando la regola sia pure ragionevole in termini generali e però non si riveli tale in alcuni particolari casi concreti, in cui le specificità delle singole vicende richiedano una soluzione diversa per assicurare il corretto equilibrio tra i principi costituzionali coinvolti (come nelle ipotesi già richiamate sopra).

Come ben illustrato da Michele Massa nel saggio precedente, è proprio la cultura giuridica contemporanea, che presuppone una "trama aperta" di principi costituzionali, a imporre che il bilanciamento sia un'operazione costante e anche caratterizzata da un certo pragmatismo, tale per cui – possiamo aggiungere – non si concilia facilmente con soluzioni precostituite e fisse. Il che non esclude affatto che debba essere il legislatore, in prima battuta, a dettare gli equilibri e le prevalenze tra i vari interessi che si relazionano o si contrappongono; ma al contempo richiede l'«adeguatezza del diritto alle situazioni concrete»¹², nel senso di fornire al giudice comune la possibilità di valutare la sussistenza nel caso di specie di peculiarità che impongano un'eccezione rispetto alla norma generale.

Non stupisce allora che gli interventi della Corte costituzionale rispetto agli automatismi legislativi non abbiano di solito una portata demolitoria, ma consistano piuttosto in dispositivi manipolativi che, pur confermando la regola prevista dalla legge (e dunque facendo salvo, in via generale, il bilanciamento ef-

¹¹ Si tratta infatti di una categoria legislativa «sospetta», come evidenziato da S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2018, p. 2, che sottolinea le perplessità di ordine costituzionale circa «quei dispositivi normativi che intervengono “rigidamente” in settori ove la disciplina applicabile in via generale sia invece improntata a “flessibilità”».

¹² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I. *Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 185.

fettuato dal legislatore), *aggiungono* la possibilità di una eccezione indicando al giudice quali principi debba seguire per derogare alla norma generale¹³.

Con il suo intervento, dunque, la Corte non esautora *in toto* il legislatore, né si sostituisce allo stesso dettando un diverso bilanciamento, ma svincola i giudici dalla rigidità del bilanciamento imposto dalla legge consentendo loro di *adeguare* la soluzione al caso concreto¹⁴; e, si badi, ciò anche a discapito della assoluta certezza del diritto, che sotto un punto di vista strettamente formale potrebbe ritenersi meglio assicurata da una previsione normativa di natura automatica.

In questo senso riteniamo convincente la parte della dottrina secondo cui in questi casi la Corte costituzionale opera «deleghe di bilanciamento in concreto» nei confronti dei giudici, che sono così abilitati a correggere – se ne ricorrono i presupposti – la valutazione operata dal legislatore¹⁵. Altra parte della dottrina ricostruisce però il fenomeno in modo diverso, nei termini non di una delega ma della restituzione ai giudici della possibilità di effettuare le proprie scelte interpretative mediante la rimozione di meccanismi normativi che, per la loro rigidità, le inibivano¹⁶; anche se quest'ultima prospettiva sembra così porre in secondo piano il fatto che la valutazione effettuata dal legislatore non viene in realtà meno, ma può più semplicemente essere rettificata dal giudice sulla base dei criteri indicati dalla Corte stessa.

Fra i casi in cui la Corte costituzionale si è occupata di automatismi legislativi è molto significativo quello delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. L'art. 275, comma 3, c.p.p. stabilisce che tale misura possa essere disposta soltanto quando ogni altra risulti inadeguata: e dunque lascia che siano i giudici a effettuare, caso per caso, il bilanciamento fra le esigenze di sicurezza sociale e i contrapposti diritti della persona sottoposta a indagini o dell'imputato, che deve essere condotto in base al principio del minore sacrificio necessario della libertà personale.

La stessa disposizione prevede una vistosa deroga: per alcuni delitti, se ricorrono esigenze cautelari, deve essere applicata la sola custodia in carcere. Si tratta cioè di una presunzione assoluta, e dunque di un automatismo, che per deter-

¹³ V. E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 102.

¹⁴ V. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 89 ss.

¹⁵ Così A. GUAZZAROTTI, *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, cit.

¹⁶ V. L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 322 ss., a cui si rinvia per una approfondita ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul punto.

minate ipotesi impone al giudice di applicare la misura più afflittiva; per questi casi è dunque il legislatore ad aver già effettuato il bilanciamento in relazione alla scelta della misura.

Per lungo tempo questa severa disciplina era stata prevista soltanto per il reato di associazione di tipo mafioso¹⁷, ma nel 2009 il c.d. “pacchetto sicurezza” aveva esteso la previsione a numerosi altri delitti di natura eterogenea. La Corte costituzionale ha però smantellato pezzo per pezzo la riforma, dichiarando per ben nove volte l’illegittimità della disposizione nella parte in cui poneva presunzioni assolute di adeguatezza della misura in relazione a specifici reati.

Corte cost., sent. n. 265 del 2010, che dichiara l’incostituzionalità dell’art. 275, comma 3, c.p.p. in relazione ai delitti di pornografia minorile, violenza sessuale aggravata e atti sessuali con minorenne, nella parte in cui non fa salva «l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Il dispositivo ricorre poi negli stessi termini, in relazione a ulteriori ipotesi delittuose, nelle sentenze nn. 164 e 231 del 2011, n. 331 del 2011, n. 110 del 2012, nn. 57, 213 e 232 del 2012, n. 48 del 2015. In ognuna di queste decisioni la Corte ha ribadito che le presunzioni assolute devono rispondere «a dati di esperienza generalizzati» e ha riscontrato che le ipotesi delittuose al suo vaglio non postulavano esigenze cautelari affrontabili, secondo una ragionevole generalizzazione, con la sola massima misura cautelare; e pertanto ha trasformato la presunzione da assoluta in relativa, consegnando al giudice il potere di derogare alla regola prevista dal legislatore

Tuttavia, con riferimento ai reati di associazione di tipo mafioso e con finalità di terrorismo la Corte costituzionale ha invece escluso l’illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, in quanto sostenuta da «congrua base empirico-fattuale» e dunque non irragionevole.

Corte cost., sent. n. 191 del 2020, che dichiara non fondate le questioni di legittimità dell’automatismo in relazione al delitto di partecipazione ad un’associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico. La Corte giustifica la compressione dei poteri discrezionali del giudice perché il bilanciamento fissato dal legislatore non presenta un carattere di irragionevolezza, posta la «finalità di tutelare la collettività contro i gravissimi rischi che potrebbero derivare da dall’eventuale sopravvalutazione, da parte del giudice, dell’adeguatezza di una misura non carceraria». Sul punto v. anche le ordd. n. 136 del 2017 e n. 450 del 1995.

¹⁷ L’automatismo, introdotto per alcuni reati dal d.l. n. 152/1991, è stato poi limitato ai soli delitti di associazione mafiosa dall’art. 5, comma 1, l. n. 332/1995.

Il ruolo della giurisprudenza: applicazione delle clausole generali e certezza dei rapporti giuridici¹

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto. – 2. Le clausole generali. – 3. Rischi e opportunità.

1. La certezza del diritto

Ci si chiede di parlare di clausole generali e certezza del diritto, nel loro reciproco rapporto. Bene, partirei da quest'ultima, che, lo dico subito, intendo come prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni (una concezione "classica", come si vede, ma – per ragioni che non posso qui esplicitare – tutt'altro che superata).

Più volte, nei miei scritti, ho cercato di richiamare l'attenzione sull'assoluta centralità della certezza del diritto in un ordinamento sviluppato. Chi, per avventura, avesse avuto modo di leggere qualcosa mi perdonerà, dunque, qualche ripetizione. Ma rassicuro: aggiungerò anche alcune considerazioni supplementari.

Cerchiamo, anzitutto, di evitare equivoci. Non esiste, nel nostro sistema costituzionale, una *Allgemeine Werteordnung*, una gerarchia generale dei valori, paragonabile a quella che la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ravvisa nel *Grundgesetz*, sin dal 1959, con la sent. BVerfGE, 10, 59 (80); non c'è alcun valore costituzionale sovraordinato agli altri e che perciò si sottragga al bilanciamento, perché, se così fosse, quel valore diverrebbe "tiranno" e prevarrebbe su tutti gli altri. Cosa, questa, che la Corte costituzionale ha correttamente escluso nell'importante sent. n. 85 del 2013. Nemmeno la certezza del diritto è, dunque, un valore sovraordinato a tutti gli altri. Nondimeno, essa ha una posizione tale che il giurista deve assumerla come una *prospettiva* privilegiata. Perché? Ci sono motivazioni almeno storiche e funzionali.

Dal punto di vista *storico*, la certezza altro non è che la proiezione giuridica dell'essenza politica della statualità moderna (lo Stato nasce per garantire prestazioni di *sicurezza* nell'era delle guerre civili e di religione e con logica

¹ Queste pagine sono destinate alla raccolta di Scritti in onore di A.M. Le Pourhiet.

consequenzialità l'ordinamento giuridico statale deve garantire prestazioni di *certezza*). Di più: la certezza è coerente con quella aspirazione all'*ordine* che è il tratto distintivo essenziale del pensiero politico occidentale, come dimostrano innumerevoli *loci*, dalla Teogonia esiodea al Libro di Giobbe, dalle riflessioni di Aristotele a quelle di San Tommaso, da quelle di Baldo a quelle di Bartolo, da quelle di Kant a quelle di Weber, per limitarsi a qualche indicazione minimale.

Dal punto di vista *funzionale*, la certezza si trova all'incrocio fra tre principi che – certo non casualmente – compaiono nei primi tre articoli della nostra Costituzione: la democrazia, la libertà, l'eguaglianza. Essa, infatti, è funzionale alla *democrazia* perché solo un'applicazione delle fonti prevedibile conserva l'efficacia precettiva della legge (espressione della volontà della rappresentanza liberamente eletta) e impedisce la prevalenza di modelli decisionali aristocratici. È funzionale alla *libertà*, perché solo potendo prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni il singolo è libero di orientarsi nell'una o nell'altra direzione, tenendo questo o quel comportamento. È funzionale all'*eguaglianza*, perché patologie generative di incertezza come l'inaspettata retroattività della legge o l'oscillazione nella sua interpretazione comportano un insopportabilmente diverso trattamento di fattispecie analoghe o addirittura identiche.

Una recentissima pronuncia della Corte costituzionale conforta questi convincimenti. Si legge, infatti, nella sent. n. 13 del 2022 (rel. Amoroso) che *“le pronunce delle Sezioni unite [...] costituiscono la forma più elevata e autorevole di esercizio della funzione nomofilattica”* e ch'esse hanno la *“missione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale» e quindi la certezza del diritto”*. Numerosi interventi legislativi recenti che hanno rafforzato la funzione nomofilattica sono ricordati dalla Corte: l'art. 8 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, che ha novellato l'art. 374 cod. proc. civ., ove ora al terzo comma si prevede che *“[s]e la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”*; l'analoga previsione dell'art. 618, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale; il rafforzamento della funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo; il rafforzamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Riunite della Corte dei conti ai sensi dell'art. 117 del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, recante il Codice di giustizia contabile. Ebbene: conclude la Corte, *“La trasversalità di tali disposizioni, ispirate allo stesso principio, mostra la centralità del valore della certezza del diritto, pietra d'angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto”*.

Pietra d'angolo: sono pienamente d'accordo. Ma anche pietra d'inciampo, autentico *skándalon*, perché forse mai come ai giorni nostri il sentimento d'incer-

tezza pervade non solo gli operatori del diritto, ma i comuni cittadini. Le ragioni dell'incertezza sono molteplici: quello che Natalino Irti ha chiamato il fenomeno dell'occasionalismo legislativo, del “nascere e morire di norme senza unitaria ragione e senza durata”; il sovrapporsi alle ordinarie fonti normative di fonti *extra ordinem*, oggi legittimate da un'emergenza vera, ma sovente assise su emergenze solo presunte; l'avvento di un *soft law* del cui statuto giuridico e della cui autentica morbidezza è lecito dubitare; l'attività paranormativa delle autorità indipendenti, priva di qualunque legittimazione democratica eppure capace di condizionare nel profondo le vicende dei rapporti giuridici; il fascino esercitato dal creazionismo giuridico, cioè dalla nota tendenza a svalutare il dato letterale e a misurare l'interpretazione della norma sulle esigenze della giustizia del caso concreto, etc.

È ascrivibile agli apporti all'incertezza la presenza, nel diritto positivo, di clausole generali? Per rispondere a questo interrogativo occorre minimamente accordarsi sul nostro lessico.

2. Le clausole generali

Le “clausole generali” sono *species* del *genus* dei “concetti giuridici indeterminati”, genericamente intesi. Come è noto, si tratta di concetti studiati soprattutto dalla grande dottrina tedesca tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento (penso per tutti a Philip Heck e a Edmund Bernatzik), che sono caratterizzati da una vaghezza tale da consentire all'interprete un ampio margine di apprezzamento nel quale può dispiegarsi la sua discrezionalità. Così costruita, però, la categoria assume contorni imprecisi e sfumati, perché tutti i concetti hanno un margine di indeterminatezza e le differenze si attestano dunque su confini opinabili quali sono quelli quantitativi e non qualitativi.

In realtà, intendendo i concetti giuridici indeterminati (gli *unbestimmte Rechtsbegriffe*) in senso più proprio e preciso, ciò che – come aveva già colto Walter Jellinek li caratterizza – è l'essere *Wertbegriffe* (“concetti di valore”) e non *Erfahrungsbegriffe* (“concetti empirici”). In altri termini: quei concetti sono espressioni linguistiche che esplicitano alcune opzioni assiologiche del legislatore, positivizzandole (anzi – più precisamente – traducendole in principi di diritto positivo). Le clausole generali, pertanto, sono segnate da un contenuto di valore sconosciuto ai comuni precetti normativi: mentre in questi ultimi il valore è solo implicito e si rivela come in filigrana, nelle clausole generali esso è esplicitato, manifestando un complesso di beni, interessi e credenze sociali che il legislatore, in singoli e determinati campi di attività (penso all'utilità sociale nel dominio dell'attività economica o al buon costume in quello della manifestazione del pensiero) o nell'intero ordinamento (penso alla buona fede) vuole siano tutelati.

Dal punto di vista funzionale, le clausole generali sono strumenti attraverso i quali far valere esigenze di apertura e dinamicità dell'ordinamento: Karl Georg Wurzel parlò di “*Ventilbegriffe*” (concetti-valvola) e Vittorio Polacco di “organi respiratori” del diritto, con ciò intendendo chiarire che proprio attraverso le clausole generali l'ordinamento resta capace di adattarsi alle mutate esigenze indotte dal divenire sociale.

In questo le clausole generali si differenziano dai principi generali. In un principio generale (come accade nelle previsioni normative “ordinarie”) l'opzione di valore operata dal legislatore è implicita e resta sullo sfondo, laddove, come abbiamo visto, essa si esplicita nelle clausole generali. Ma a questo tratto distintivo (che accomuna i principi generali alle norme comuni) se ne aggiunge un altro, davvero decisivo: mentre – come s'è detto – le clausole generali segnalano l'esigenza di apertura dinamica dell'ordinamento, i principi generali segnalano l'esigenza dell'ordinamento di restare fermamente attaccato alle sue caratteristiche fondamentali, che ne definiscono l'essenza. Anche qui abbiamo principi generali che attengono all'intero ordinamento (penso, ad esempio, al principio di legalità e al già ricordato principio di certezza del diritto) e principi generali che concernono singoli campi di attività (penso al principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato o al principio di proporzione fra danno e risarcimento, che operano – rispettivamente – sul piano del diritto processuale e su quello del diritto sostanziale, soprattutto civile). In entrambi i casi, i principi generali presidiano l'invarianza di alcuni capisaldi ordinamentali, pur al variare della normazione più puntuale e di dettaglio.

Potremmo dunque parlare, in definitiva, di una dinamica delle *clausole generali* e di una statica dei *principi generali*. Ed è superfluo sottolineare quanto il rammentarsi di questa differenza fondamentale dovrebbe essere utile nella pratica della giurisdizione.

3. Rischi e opportunità

Sappiamo bene che a favore e contro le clausole generali si sono scritte intere biblioteche e non intendo, qui, ritornare su una discussione così risalente. Del resto, impostando la questione come ho appena fatto la polemica perde di senso, perché nessun ordinamento può fare a meno di aperture dinamiche né può permettersi il lusso di perdervisi, smarrendo le esigenze di conservazione statica delle caratteristiche essenziali che gli conferiscono la sua distinta identità. Se l'eccesso, la *Flucht in die Generalklauseln*, quella fuga nelle clausole generali di cui Hedemann parlava già all'inizio degli anni Trenta, ha delle spiegazioni *storiche* e si lega alla crisi della fattispecie, l'esistenza, in sé, delle clausole generali ha delle

spiegazioni *logiche*, connesse al delicato equilibrio fra dinamismo e staticità di cui ho appena detto.

Quel che è certo è che, sebbene non se ne possa fare a meno, i rischi sottesi all'utilizzazione delle clausole generali non devono essere negati o sottostimati. Ho già segnalato il fatale ampliamento del margine di discrezionalità dell'interprete ch'esse comportano e da tempo cerco di mettere in guardia contro le gravi distorsioni determinate da quella (per me, confesso, insopportabile) giustizia del caso singolo che proprio il ricorso alle clausole generali parrebbe favorire. Tuttavia, i rischi ben possono essere contenuti, perché fra clausole generali e giustizia del caso singolo, in realtà, non v'è alcun rapporto di logica consequenzialità. Tutto dipende da quale riteniamo che sia l'azione intellettuale richiesta dalla clausola generale all'interprete. Anche qui il confronto fra clausole generali e principi generali è illuminante.

Un principio generale si costruisce attraverso un'opera di *astrazione generalizzante*. Quand'anche esso non sia esplicitamente enunciato dal legislatore, l'interprete può (ri)costruirlo inducendo dalla trama delle singole previsioni normative il filo rosso che le lega. Una clausola generale, invece, si riempie di contenuto attraverso un'opera di *concretizzazione individualizzante* che, nel momento applicativo, segue quella preliminare – anche qui – di estrazione generalizzante. Al contrario di quanto comunemente si pensa, la clausola generale non costituisce un'apertura di campo all'arbitrio dell'interprete, alle sue pulsioni equitative, alla sua capacità di lettura di un ipotetico *Volksgeist*. Dio ne guardi. Il procedimento intellettuale ch'essa sollecita all'interprete è ben diverso.

Qualcuno pensa che per ricostruire il contenuto di una clausola generale l'interprete, in particolare il giudice, dovrebbe accertare le correnti profonde della società. Non ci si rende conto dell'assurdità della pretesa: chi mai è capace di tanto? Chi (quale operatore giuridico professionale, in particolare) può sondare l'insondabile? A mia conoscenza, almeno per quanto riguarda il nostro Paese, l'impresa è riuscita solo a Giacomo Leopardi, nell'insuperato *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli italiani*. Ma Leopardi era Leopardi, era il *Genius* di cui parlò con sconfinata ammirazione Gladstone, e qui nemmeno il giudice-Erocle di Dworkin saprebbe durare una simile fatica. La cosa, in realtà, è più semplice.

Il giudice, ma più in generale l'interprete, quando deve farne applicazione, non ha a disposizione la sola e nuda clausola generale, ma può contare sui dati normativi rinvenibili nell'intera trama dell'ordinamento. Ha a disposizione, dunque, tutte le plurime norme a fattispecie delle quali l'ordinamento stesso si compone. Ebbene: sono proprio quelle norme a fattispecie che inverano la clausola generale, disvelandone il contenuto e consentendo all'interprete di coglierlo. Una clausola generale che non trovasse proiezione in norme a fattispecie non sa-

rebbe davvero generale e costituirebbe un singolare corpo estraneo. Si potrebbe negarlo soltanto negando, allo stesso tempo, la coerenza dell'ordinamento, ma è ben noto che, per quanto possiamo lamentare singole e anche gravi incoerenze del diritto positivo, non possiamo postulare un ordinamento in sé del tutto incoerente, perché questa sarebbe una *contradictio in terminis*: non v'è ordinare a fronte d'un interno contraddire.

Se le cose stanno così, l'opera dell'interprete a fronte delle clausole generali è solo più complessa, ma non concettualmente diversa da quella cui egli è chiamato di fonte alle norme a fattispecie, per la semplice ragione che sono sempre le norme a fattispecie quelle dalle quali, anche in questo caso, egli deve partire.

Certo, ripeto, il suo compito intellettuale è più complesso, e lo è per due ragioni. Anzitutto, perché qui conta molto l'indagine storica, in quanto la funzione dinamica delle clausole generali richiede la ricostruzione delle linee di tendenza del diritto positivo nell'inveramento delle clausole. In secondo luogo, perché l'indagine deve estendersi al più ampio possibile complesso di territori abbracciati dall'ordinamento. A ben vedere, però, queste non sono attività troppo diverse da quelle ordinarie. Non è tenuto, forse, l'interprete ad applicare l'argomento storico? E quando egli sceglie proprio *quella* norma a fattispecie come precetto regolatore di un rapporto giuridico non lo fa (nei limiti dell'umano) *tota lege perspecta*? In realtà, la grande polemica fra sostenitori e avversari delle clausole generali potrebbe, credo, ricomporsi. Ma solo a condizione di intendere bene che negli ordinamenti reali la contrapposizione fra clausole generali e norme a fattispecie non è praticamente (nel senso proprio di quanto accade sul piano del *práttlein*) configurabile, perché l'ordito delle prime e la trama delle seconde non sono separabili. E, nella prospettiva della certezza del diritto, che – come accennavo – *dobbiamo* assumere, questo è confortante.

Clausole generali e certezza del diritto*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Regolare i confini fra clausola generale e fattispecie legale. – 3. L'aporia della clausola generale quale recezione di norme sociali. – 4. La clausola generale come ideale di norma. – 5. La norma del caso concreto. – 6. Un diritto casistico. – 7. Quale sindacato della Corte di Cassazione. – 8. Il nuovo scenario: lo *stare decisis* nel *civil law*.

1. Il problema

Il tema della certezza del diritto accompagna da sempre, come un'ombra, la problematica della giurisdizione per clausole generali. L'interrogativo che viene posto a questo proposito è il seguente: se affidiamo alla tecnica della fattispecie legale la prevedibilità e calcolabilità del diritto, come possono disposizioni elastiche, affidate alla concretizzazione giudiziale, garantire uniformità e certezza dei rapporti giuridici? La clausola generale sembra entrare in contraddizione con il principio di certezza del diritto, baluardo del diritto moderno, non solo nel settore penale, ma anche in quello civile.

2. Regolare i confini fra clausola generale e fattispecie legale

Muoviamo da una preliminare indicazione di metodo. La certezza dei rapporti giuridici in materia di clausole generali dipende in primo luogo dalla corretta regolamentazione dei confini fra fattispecie legale e clausola generale. Bisogna qui evitare che si abusino delle clausole generali nella risoluzione delle controversie. In un sistema dominato dalla forma di legge, quale è il nostro in cui il giudice è soggetto alla legge, il giudice può fare applicazione della clausola generale, provvedendo alla sua concretizzazione, solo in mancanza della fattispecie legale. La clausola generale interviene solo dove non c'è la fattispecie legale, dove cioè il legislatore non abbia lui provveduto a concretizzare il valore che la clausola generale esprime.

* Il presente contributo è stato pubblicato in *Questione Giustizia* in data 16 febbraio 2022.

Clausola generale e norma a fattispecie sono schemi normativi destinati a intervenire su territori diversi. La scelta della tecnica normativa da parte del legislatore, fattispecie o clausola generale, risponde anch'essa a un'esigenza di certezza perché, se il legislatore ha reputato rilevante provvedere mediante fattispecie, ha evidentemente dato un particolare peso in quella materia all'esigenza che il diritto sia calcolabile. Particolarmente istruttiva per la delimitazione dei confini fra clausola generale e fattispecie è la materia del contratto.

I presupposti affinché un fatto o atto produca effetti giuridici, sia cioè da considerare come valido (quando si tratti di un atto), o i presupposti affinché l'atto non produca effetti e sia dunque nullo, sono affidati alle fattispecie, che appunto prevedono fatti e vi collegano effetti giuridici. Può accadere che all'interno della fattispecie taluni elementi siano rappresentati da una clausola generale, come nel caso dell'art. 33 del codice del consumo, dove il carattere abusivo della previsione contrattuale, e dunque la sua nullità, dipende non solo dal significativo squilibrio di diritti ed obblighi che caratterizza la previsione, ma anche da un comportamento contrario a buona fede del professionista. La clausola generale è qui, tuttavia, un elemento interno alla fattispecie legale. Se la fattispecie condiziona l'efficienza giuridica degli atti o fatti, allora vuol dire che la sede d'intervento della clausola generale non è quella della produzione degli effetti giuridici dell'atto, ma è la disciplina del comportamento dei *cives* o delle parti contraenti quando si tratta di un contratto. L'effetto giuridico rilevante in materia di clausole generali è relativo non agli atti o ai fatti in genere, ma ai comportamenti.

Per restare al contratto, la clausola generale non riguarda il complesso di effetti giuridici che l'atto contrattuale produce, perché al collegamento di questi provvede in via astratta e generale la fattispecie legale in funzione di certezza dei rapporti giuridici, come risulta evidente nelle vicende circolatorie dei beni e nella posizione dei terzi rispetto al contratto. La validità del titolo per le esigenze del traffico giuridico deve essere predeterminata per legge. La clausola generale riguarda invece il rapporto fra le parti, che s'instaura a seguito di quell'atto, o prima di esso nel caso della responsabilità precontrattuale. Si tratta di una vicenda individuale, relativa al caso concreto, alla cui disciplina il giudice provvede concretizzando la clausola generale. Buona fede, diligenza rinviano pertanto a regole di comportamento all'interno di un concreto rapporto giuridico, mentre alla disciplina degli effetti dell'atto contrattuale provvede il legislatore in via generale e astratta.

In generale, quindi, il giudice dirime la controversia identificando una regola del caso concreto sulla base della clausola generale solo se quella vicenda non abbia già trovato la sua disciplina astratta e generale in una fattispecie. Se così fosse, ciò che spetterebbe al giudice sarebbe soltanto sussumere il caso concreto nella previsione astratta e generale. Chiarita la premessa metodologica, entriamo nel merito di cosa consiste una giurisdizione per clausole generali.

3. L'aporia della clausola generale quale recezione di norme sociali

Partiamo da un interrogativo: risponde a verità che la concretizzazione della clausola generale sia espressione di mera discrezionalità del giudice e sia dunque per definizione imprevedibile? Non pochi sostengono che, quando il giudice dirime una controversia facendo applicazione delle clausole generali, emerge un diretto collegamento fra il caso e i valori soggettivi del singolo giudice. Questi sarebbe guidato nella decisione dal demone che tiene i fili della sua vita, per dirla con Max Weber. L'idea che la decisione giudiziale sia diretta espressione del *background* culturale del giudice, senza la mediazione che offre la fattispecie legale, discende dalla dominante configurazione della clausola generale.

Secondo questa visione, la clausola generale è organo di respirazione dell'ordinamento, che consente la penetrazione in quest'ultimo dei valori presenti in un determinato ambiente sociale. Nell'applicazione della clausola generale si riflettono gli *standard* valutativi del contesto storico-sociale. Le norme vaghe o elastiche rinviano così a criteri esterni di integrazione, a norme sociali o meta-giuridiche. Siccome poi viviamo in società pluralistiche rette dal politeismo dei valori, per dirla ancora con Weber, la clausola generale sarà interpretata in base a quel valore cui aderisce il singolo giudice. Già Luigi Mengoni ammoniva sulla contraddizione che si annida in questa recezione della norma sociale da parte della norma giuridica: al giudice, diceva Mengoni, deve essere data la possibilità, avvalendosi della clausola generale, di definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti, pena la ricaduta del diritto in una funzione meramente conservativa dell'esistente e non di direttiva dell'assetto sociale. Il completamento della norma elastica mediante il recepimento del criterio meta-giuridico entra in contraddizione con l'eccedenza deontica che il diritto deve conservare rispetto al modo di essere della realtà. Il diritto, se vuole assolvere il proprio compito di dover essere, deve marcare un'autonomia ed indipendenza rispetto alla realtà.

Dobbiamo allora guardare alle clausole generali sulla base di un diverso punto di vista, e per far questo dobbiamo aprire una parentesi nel nostro discorso e fare una riflessione di carattere generale.

4. La clausola generale come ideale di norma

Il diritto moderno sorge per reazione all'antico ordine giuridico medievale. Quest'ultimo era connotato non solo dalla frammentazione del diritto a seconda dei ceti e dei territori, ma anche dalla consustanzialità dei criteri di giustizia alla realtà pratica, era un diritto del caso concreto nel senso dell'immanenza della regola al caso, regola che era a sua volta però espressione di un ordine ontolo-

gico più vasto. Il diritto moderno è un artificio, è una creazione artificiale, ma che tuttavia risponde a un ideale regolativo. Il diritto moderno persegue ideali normativi, che corrispondono a ideali di ragione, secondo la grande lezione illuministica. Si tratta di ideali che sono programmaticamente astratti dalla realtà pratica, e che dunque non rispecchiano un ordine ontologico che sarebbe nelle cose, perché il loro compito è la trasformazione della realtà, la conformazione di quest'ultima a principi regolativi. La normatività del diritto moderno risiede proprio nella sua astrattezza rispetto al reale. Il punto di avvio del sistema è dunque l'enunciazione di un insieme di ideali. Le norme giuridiche sono la risultante dell'incontro di quegli ideali con i fatti da regolare. Dall'incontro di questi ideali con classi astratte e generali di fatti nascono le fattispecie legali. Il diritto nella modernità è dato dal reciproco adeguamento di forme ideali e stati di fatto.

Le fattispecie legali sono perciò la risultante della convergenza di forme ideali e circostanze fattuali. Si faccia il caso dell'ideale della correttezza. Quest'ultima può essere contemplata dalla disposizione in quanto tale e nasce la clausola generale di buona fede, che troviamo negli artt. 1337 e 1375 cc. La concretizzazione dell'ideale della correttezza è qui affidata al giudice nella singola controversia: la forma ideale (il dovere di comportarsi secondo buona fede) acquista significato in relazione alle circostanze del caso grazie all'opera del giudice. La buona fede non resta però soltanto una forma ideale di comportamento, ma al cospetto di classi astratte e generali di fatti, quali le ipotesi di invalidità del contratto (art. 1338), i vizi della cosa locata (art. 1578), comodata (art. 1812) o mutuata (art. 1821), si materializza come obbligo di comunicazione e diventa fattispecie legale. Non è più una clausola generale, che spetta al giudice di concretizzare in base alle circostanze del caso, ma è diventata una fattispecie rispetto alla quale fare la classica operazione di sussunzione. Quella fattispecie è il risultato dell'articolazione della forma ideale a una classe di fatti. Alla concretizzazione dell'ideale ha provveduto qui il legislatore, con riferimento non al caso concreto, come fa il giudice, ma al fatto astratto e generale. All'ideale che si ripercuote in una pluralità di fattispecie diamo poi il nome di "principio generale" (di correttezza, per restare all'esempio della buona fede).

Fattispecie e clausola generale rinvengono perciò la comune origine in un ideale. Quell'ideale si deforma al cospetto di fatti astratti e generali (nella fattispecie) o del fatto concreto (nella clausola generale) perché l'ideale acquista consistenza e concreta fisionomia soltanto in relazione alle circostanze. Non c'è la buona fede in generale, ma un comportamento conforme a buona fede date determinate circostanze e, dunque, una specifica regola di condotta da seguire. Concentriamo allora l'attenzione sulla clausola generale perché essa, in quanto diretta manifestazione della forma ideale, esprime al meglio la fenomenologia del rapporto fra ideale e fatti.

La clausola generale non è la regolazione del caso, ma è la regolazione ideale cui la regolazione di ciascun caso deve attenersi. La possiamo perciò definire “ideale di norma”. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale e astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto. Se fissasse direttamente il contenuto della regola giuridica, la sua applicazione implicherebbe l’operazione della sussunzione del caso concreto nella previsione astratta e generale. Non è questa l’operazione che si compie perché sta al giudice porre, sulla base del criterio offerto dalla clausola generale, la regola giuridica del caso concreto.

La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia così una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l’identificazione di quella che possiamo chiamare la “norma individuale”. La clausola generale è l’idea-limite che deve essere presunta a ogni disciplina del caso concreto, è il principio di ragione postulato in ogni regolazione. Come scrive Joseph Esser, il quale definisce la clausola generale «forma-limite», al giudice viene tolta l’illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l’impegno di disciplinare il caso in modo giusto. Ciò che si esige dal giudice è l’appello a un ideale di regolazione. Identificare la norma individuale corrisponde per l’interprete all’assunzione di un impegno normativo nella direzione del parametro costituito dall’idea-limite. Egli deve uniformarsi all’imperativo della liberazione dagli orientamenti soggettivi di valore e del perseguimento della forma ideale. Concretizzando la clausola generale, il giudice assume il dovere di indipendenza da se stesso e si appella a un ideale.

La clausola generale non è dunque la sede di recezione da parte dell’ordinamento dei valori correnti nella società, ma è il punto in cui il diritto aspira al massimo di normatività rispetto alla società perché è la sede in cui gli ideali normativi si manifestano nella loro immediatezza. È dunque un grande impegno di responsabilità per il giudice quello della concretizzazione della forma ideale. Siamo ben lungi dal dare sfogo ai propri orientamenti di valore. Si tratta di ritrovare nel caso concreto l’ideale di normazione che la legge ha fissato mediante la clausola generale.

5. La norma del caso concreto

Torniamo, a questo punto, al nostro problema di partenza: attraverso quali vie possiamo cogliere una prevedibilità, anche tendenziale, nel campo dell’applicazione delle clausole generali e rispondere all’esigenza di certezza del diritto?

La clausola generale è un ideale di norma perché indica solo l’astratto criterio di valutazione. La norma a fattispecie consta dell’elemento materiale, il fatto

astratto e generale, e dell'elemento formale, che corrisponde all'effetto giuridico collegato al fatto sulla base del criterio di valutazione. La clausola generale contempla invece solo il criterio di valutazione. Sta al giudice scrivere la norma del caso: identificare il fatto della controversia e collegarvi un determinato effetto giuridico, dando attuazione al criterio di valutazione previsto dalla clausola generale. La norma in senso tecnico che trova applicazione è questa norma individuale che il giudice pone. Si tratta di una norma giuridica a tutti gli effetti, e non di una mera puntualizzazione interpretativa della clausola generale, perché quest'ultima non dice nulla né sul fatto né sull'effetto giuridico, fornisce solo il criterio in base al quale il giudice dovrà collegare a un determinato fatto una determinata conseguenza giuridica. Il giudice farà, cioè, quello che il legislatore fa in via astratta e generale: collegare effetti giuridici a fatti in base a un determinato criterio.

Il giudice non è, dal punto di vista tecnico, creatore di diritto. Ha forza di norma giuridica in senso tecnico soltanto il giudicato perché questo, una volta formatosi, si sostituisce alla legge generale e astratta quale norma di diritto sostanziale del rapporto. E però perfino il giudicato in base all'art. 2909 cc corrisponde a una dichiarazione: come da tempo ha spiegato la migliore dottrina processualista, e come risulta del resto dalla stessa lettera della norma, ciò che fa stato fra le parti ai sensi dell'art. 2909 non è la sentenza passata in giudicato ma l'accertamento in essa contenuto, e dunque la dichiarazione sullo stato di diritto.

Anche quando concretizza una clausola generale il giudice dichiara il diritto, ma l'associazione di fatto e diritto che la sentenza enuncia non rinvia nell'ordinamento positivo una disposizione corrispondente, come accade quando si assume la fattispecie concreta in quella legale, perché la legge si limita a prescrivere il criterio di valutazione, affidando al giudice il compito di identificare il fatto rilevante e l'effetto giuridico conseguente. La disciplina del rapporto dedotto in giudizio non riposa pertanto sulla norma generale e astratta, ma sul diritto del caso concreto che spetta al giudice dichiarare. Discendono da qui tre conseguenze.

6. Un diritto casistico

In primo luogo, la giurisdizione per clausole generali corrisponde a un diritto pienamente casistico, retto da norme di carattere individuale. Possiamo immaginare che in parallelo alla giurisdizione per fattispecie legali, che rappresenta la forma dominante in un sistema legalistico, si dispieghi una giurisdizione retta dal diritto del caso concreto, nel quale la controversia è risolta non per via di sussunzione, ma per via di identificazione di una norma individuale. Queste due giurisdizioni corrono in modo parallelo, ma non separato. L'elemento di giuntura

è dato dal fatto che il criterio di valutazione che presiede al diritto casistico è fornito dalla legge ed è un criterio comune alle fattispecie legali e alle clausole generali, come abbiamo visto per la buona fede. Nel diritto casistico permane la supremazia, in ultima istanza, della legge perché il criterio che regge la norma individuale è sempre fornito dalla legge.

Risiede qui la differenza fra l'applicazione della clausola generale e la decisione della causa secondo equità. Nella pronuncia secondo equità, il giudice non identifica la norma del caso concreto attingendo a un ideale normativo, ma recepisce esclusivamente le circostanze fattuali desumendone *a posteriori*, secondo una logica perfettamente aderente alle circostanze del caso, la risoluzione della controversia. La decisione in base alla clausola generale deriva, invece, dall'adeguamento alle circostanze del caso di una forma ideale prevista dalla legge. Il giudice decide qui la controversia in base a una norma di diritto non solo perché applica la clausola generale prevista dalla legge, ma anche perché la decisione è la risultante dell'adeguamento della forma ideale alle circostanze fattuali, coerentemente a ciò che per la modernità significa norma di diritto, adeguamento che manca nella decisione secondo equità, in cui tutto dipende dalle circostanze del caso.

7. Quale sindacato della Corte di Cassazione

La seconda conseguenza attiene alle caratteristiche del sindacato della Corte di cassazione nel caso di controversia risolta mediante l'applicazione di clausole generali. Fino a una ventina di anni fa, si riteneva che per questo genere di controversie fosse possibile solo il sindacato sul vizio motivazionale. Grazie alla giurisprudenza – soprattutto della sezione lavoro – si è pervenuti al sindacato per violazione della norma di diritto, dove per norma violata si intende, come è evidente, la clausola generale. Questo sindacato viene concepito come sindacato sul giudizio di valore espresso dal giudice di merito. Si afferma che tale giudizio di valore deve essere conforme, per quanto concerne ad esempio le norme elastiche nella materia del diritto del lavoro, ai principi propri dell'ordinamento lavoristico così come compendiato dai principi espressi dalla giurisdizione di legittimità e dagli *standard* valutativi del contesto storico-sociale, i quali devono restare coerenti al diritto vivente del lavoro.

Il sindacato che così viene svolto rinvia a un parametro generale e astratto e dunque, in definitiva, al controllo di legittimità tradizionalmente svolto in relazione alle norme a fattispecie. Si tratta di un modello di sindacato basato sulla rigorosa separazione di giudizio di diritto e giudizio di fatto, che con riferimento alla giurisdizione per clausole generali non ha ragion d'essere.

Nel caso della clausola generale, il fatto non è il brutto fatto che deve essere qualificato mediante sussunzione nella fattispecie generale e astratta, ma è l'elemento materiale della norma individuale che il giudice ha individuato. Il fatto concreto è parte della norma. Nel caso della norma a fattispecie, l'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici è stata già valutata sul piano astratto e generale dal legislatore. La questione di diritto resta come errata individuazione della norma regolatrice o come applicazione della norma in difformità dal suo contenuto precettivo. Nella norma concreta di diritto non c'è invece distinzione fra il fatto astratto e il fatto concreto. Ciò che entra nella norma non è la classe di fatti, ma il fatto concreto: accertare il fatto vuol dire, sotto quest'aspetto, accertare la norma. La valutazione del fatto, sotto il profilo ad esempio della ricorrenza della giusta causa di licenziamento o del comportamento contrario a buona fede, è oggetto del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. per violazione di diritto. Si tratta di un giudizio di terzo tipo, non meramente fattuale né soltanto giuridico, ma risultante dalla combinazione di giudizio di fatto e giudizio di diritto. Il parametro di legittimità della sentenza di merito non è però la clausola generale, ma la norma concreta di diritto risultante dalla corretta concretizzazione della clausola generale. Il principio di diritto che a questo punto verrebbe a enunciare la Corte di cassazione non sarebbe separabile dal caso concreto, alla stessa stregua di quanto accade con la casistica della giurisprudenza anglosassone.

Quando, però, in questione è il regolamento di confini fra fattispecie e clausola generale, riappare il paradigma tradizionale del controllo di cassazione, perché la clausola generale viene in rilievo in quanto tale quale parametro di legittimità della sentenza di merito. La violazione denunciata attiene ora all'esistenza stessa dei presupposti per l'applicazione di una norma concreta da identificare mediante l'ideale normativo contenuto nella clausola generale. In discussione non è qui l'identificazione della norma individuale, ma se si debba accedere a una giurisdizione per clausole generali. È la stessa possibilità di applicare una norma concreta di diritto che viene in gioco. La *quaestio iuris* qui è se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o la norma concreta identificabile grazie alla clausola generale. Se, ad esempio, la nullità di un contratto possa dipendere dalla violazione della regola di comportamento della buona fede o sia riconducibile esclusivamente alle regole di validità è questione che concerne non l'osservanza della norma concreta di diritto, risultante dalla concretizzazione della clausola generale, ma se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o se debba darsi avvio al procedimento di individuazione della norma individuale mediante la clausola generale.

8. Il nuovo scenario: lo *stare decisis* nel *civil law*

La terza conseguenza attiene più propriamente alla questione della certezza del diritto. Dobbiamo registrare che la giurisdizione per clausole generali pos-

siede tutti i requisiti per poter configurare una forma di *stare decisis*. Una volta che si acceda alla visione di un diritto pienamente casistico, la prevedibilità e certezza del diritto può essere affidata nel territorio delle clausole generali, sia pure in via soltanto tendenziale, solo a tecniche giurisprudenziali affini a quelle adoperate dal giudice anglosassone e dunque a una forma di *stare decisis*. Non ricorre l'ostacolo della soggezione del giudice alla legge ai fini dell'applicabilità di una forma di vincolatività del precedente giudiziale, perché la disciplina del caso risiede qui non nella norma generale e astratta, ma nella norma individuale risultante dalla concretizzazione della clausola generale. La questione del precedente giudiziale viene in rilievo perché, trattandosi del diritto del caso concreto, termine di riferimento per il giudice che debba dirimere la controversia in base alla clausola generale non può essere solo l'ideale di regolazione che la clausola generale illustra, ma anche la concretizzazione di quell'ideale in analoghi casi giurisprudenziali.

Il giudice non ha innanzi a sé una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare il caso concreto attraverso la selezione degli elementi corrispondenti all'ipotesi astratta. Ha di fronte un altro caso concreto, e il confronto ora non è fra astratto e concreto ma fra concreto e concreto. Lo stile di ragionamento operante non è qui sussuntivo e deduttivo, ma analogico e induttivo. Trattandosi di un confronto fra concreti si dovrebbe ragionare per analogia, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini dell'identificazione della regola di giudizio. La corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi andrebbe regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Il precedente andrebbe applicato fino a una certa soglia mediante il gioco dell'uniformazione e distinzione, modellando e rimodellando la regola del caso concreto attraverso l'adeguamento del precedente al nuovo episodio di vita.

In questa dinamica di confronto fra casi concreti dovrebbe essere assegnata la forza dello *stare decisis* al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione in forma di norma individuale, coerentemente al paradigma del sindacato di legittimità che abbiamo individuato in materia di applicazione di clausole generali. L'assegnazione della forza della vincolatività al precedente di legittimità non dovrebbe discendere da una norma legislativa che per ipotesi lo introduca, ma dalla natura casistica del fenomeno giuridico che qui viene in rilievo e, dunque, da una qualità ontologica dello stesso precedente giudiziale. È la circostanza dell'applicazione del diritto del caso concreto, e non di una disposizione generale e astratta, ad essere il fondamento della vincolatività del precedente di

legittimità. Quest'ultimo non è fonte del diritto, nel senso di fatto produttivo di norme, ma è la sede in cui si manifesta, mediante un fatto dichiarativo, la norma concreta di diritto quale corretta – perché resa in sede di legittimità – concretizzazione della clausola generale.

È un nuovo scenario che le clausole generali sono in grado di prospettare per l'ambiente di *civil law*. Si tratta, in conclusione, di prendere sul serio questo “nuovo modo di pensare giuridico”, per riprendere l'espressione di un Autore non sospetto di simpatie per il potere giudiziario quale Carl Schmitt, e ricavarne tutte le conseguenze che esso dischiude.

Legalità penale vs. creatività giudiziale

SOMMARIO: 1. Incipit. – 2. Legalisti ed antilegalisti. – 3. Le cause della crisi della legalità. – 3.1. Cause macro-sociali. – 3.2. Cause giuridico-costituzionali. – 3.3. Cause legislative. – 4. Le trasformazioni del principio di legalità. – 4.1. L'originaria predominanza della riserva di legge. – 4.2. L'affermarsi del principio di determinatezza. – 4.3. La legalità penale come prevedibilità della decisione giudiziaria. – 5. Equilibrio tra legalità penale e creazionismo giudiziale. – 5.1. Ancora sull'interpretazione.... – 5.2. ...e sull'analogia. – 6. Scetticismo conclusivo?

1. Incipit

Sia consentito un incipit di carattere personale. Il tema della legalità penale ha accompagnato tutti i cinquant'anni della mia attività di studioso. E questa sorta di "schiavitù" tematica non mi dispiace più di tanto ed è, in fondo, quasi naturale. È del tutto normale, infatti, che si rimanga come incatenati a certi argomenti che, avendo contrassegnato la propria carriera accademica, diventano poi il marchio di quello "specialismo" vero o presunto per cui un certo studioso continua ad essere conosciuto e in ragione del quale continua ad essere chiamato a recare il proprio contributo scientifico, magari a scapito della freschezza di un pensiero che può rischiare di inaridirsi nel continuo tornare su se stesso.

D'altra parte, però, è anche vero che un tema come quello della legalità penale non può che essere eterno e non può che essere coltivato – sebbene con intensità diversa – da ogni penalista. In fondo, l'opera del penalista chiama ad un costante confronto con la legalità: non c'è nessuna operazione di individuazione o formulazione di norme penali che non implichi un più o meno problematico confronto con la legalità. Pertanto, mentre da un lato ogni penalista finisce per essere uno studioso *in nuce* della legalità, dall'altro lato chi si dedica più diffusamente ed estesamente a scandagliare questo principio conseguentemente si trova per ciò solo ad essere al centro della riflessione penalistica e, in un certo senso, i suoi studi mantengono una perenne attualità.

E, dunque, torniamo ancora una volta a discorrere di legalità penale, facendo nostra l'impostazione tematica implicita nell'espressivo titolo che ci è stato dato:

legalità penale vs creatività giudiziale. Una formulazione, questa, che evoca con chiarezza un rapporto di tipo antinomico, nel quale possiamo leggere tanto un intento polemico di sottolineatura di un conflitto da condurre con le armi concettuali fino alla resa di uno dei due termini, quanto la constatazione di una tensione, certo, ma destinata auspicabilmente a comporsi in un qualche accettabile equilibrio mediante l'esercizio di uno sforzo di riflessione disinteressata e costruttiva.

La chiave di lettura che preferiamo, forse prima di tutto per natura ed inclinazione personale, ma poi anche per necessità storica, è senz'altro la seconda.

2. Legalisti ed antilegalisti

I cinquant'anni d'incatenamento al tema della legalità penale ci consentono di vedere con chiarezza le *grandi trasformazioni* di contenuto subite da quel sommo principio in circa mezzo secolo. E già questo è un fatto da sottolineare. Sì, perché, ad onta del fatto che quel principio dovrebbe imporsi nel paesaggio penalistico con consistenza ed immutabilità quasi marmoree, esso non è più lo stesso da un pezzo.

La stessa formulazione latina del principio, *nullum crimen* con quel che segue, sebbene di origine relativamente recente in quanto collocabile nell'epoca della modernità giuridica, ne rivela però l'aspirazione ad esibire e rivendicare radici antiche, molto più antiche. E, dunque, quasi una sua perennità ed immutabilità. Ma non è affatto così, e lo vedremo più in dettaglio tra poco. Qui basti ora notare che le trasformazioni profonde del principio attengono non solo alla sua vita *in action* – per così dire – essendo tutto sommato impensabile che la realtà viva ed esperenziale del diritto penale sia refrattaria ad adeguarsi, appunto *in action*, alla realtà mutevole del secolo breve e di questi nostri tempi sempre più cangianti ed imprevedibili. Più profondamente, le trasformazioni del principio hanno ormai attinto anche la sua stessa natura *in the books*, cioè i suoi contenuti concettuali, in particolare sotto la spinta del processo di “contaminazione” tra le culture giuridiche fomentato dall'avvicinamento dei sistemi giuridici in Europa e nel mondo.

Ma quel che sorprende e, diciamo fin d'ora, amareggia di più è la constatazione che il principio di legalità penale non costituisce più un fattore unificante – e quasi di affratellamento – della comunità dei penalisti, come invece era stato fino a qualche decennio fa: cioè fino a quando la legalità, ancor prima di essere baluardo di garanzia, contribuiva a fondare la stessa *ratio essendi* del diritto penale essendo inconcepibile nella modernità giuridica di *civil law* un precetto penale di fonte non legale. Addirittura, nell'entusiasmo del ritrovato

parlamentarismo del dopoguerra, ci si era spinti ad estremizzare il principio fino a identificare la *praevia lex poenalis* con la *lex parlamentaria*.

Tutto al contrario, oggi la legalità sembra essere diventata un tema “divisivo” – come si dice – all’interno della comunità dei penalisti, a cominciare da quella ristretta cerchia costituita dai penalisti accademici. Si fronteggiano qui, infatti, più o meno apertamente, “conservatori”, cioè difensori ad oltranza del principio di legalità nella sua originaria purezza, e “progressisti”, cioè studiosi disposti ad accettare allentamenti del principio in nome e in conseguenza delle trasformazioni subite dalla stessa idea del diritto in generale. Il contrasto ha registrato nei tempi recentissimi momenti acuti di contrapposizione estremistica tra chi si arroccava sul passato, col rischio di non voler vedere le trasformazioni del presente assumendo così posizioni francamente antistoriche, e chi invece sembrava troppo facilmente mettere nell’ombra quelle insopprimibili esigenze di garanzia alla base della legalità penale, abbagliato dall’idea di una nuova penalità più vicina – certamente – ai fenomeni sociali emergenti, ma anche pericolosamente incline a raccordarsi direttamente con un *consenso popolare* non mediato dalla legge e come tale esposto alle derive delle *passioni* o dei *furori* punitivi.

Purtroppo, la divisione indotta dalla legalità non si è limitata all’ambiente sempre un po’ appartato e rarefatto dell’“accademia”, ma si è propagata all’intero mondo dei professionisti della giustizia penale, magistratura e avvocatura. La legalità è diventata il vessillo ideologico di una contrapposizione che rischia di affondare le sue radici in un vero e proprio scontro sul potere di governo della società attraverso lo strumento punitivo. L’avvocatura si è fatta strenuo difensore della legalità dinanzi alle derive antilegali imputate ad una magistratura sempre più protagonista ed invadente. Nel semplificatorio linguaggio mediatico, la legalità penale è così diventata la linea di divaricazione tra i “garantisti” e i “giustizialisti”, tra i difensori della fonte strettamente legislativa e gli assertori di un ineliminabile creazionismo giudiziario. Il conflitto ha avuto conseguenze perniciose, che ancora oggi si protraggono seppure forse attenuate: la contrapposizione che si era creata tra le due componenti essenziali della giustizia penale ha, infatti, contribuito ad accrescere le già rilevanti difficoltà di realizzare le pur necessarie riforme di sistema, spesso bloccate da reciproca sfiducia e da conseguenti veti incrociati. Solo l’emergenza pandemica, con la conseguente fortissima pressione dell’Europa per attuare l’efficientamento del sistema penale, insieme alla ferma volontà di una ministra della giustizia dotata di grande autorevolezza ed indipendenza, hanno consentito di varare alla fine una riforma significativa anche se forse non risolutiva.

In questa situazione di fondo vengo ancora una volta chiamato ad occuparmi di legalità penale. E lo farò, oggi come non mai, con l’intento di recare un contributo al dialogo tra due “parti” che rischiano di porsi come *averse*,

mentre la gravità dell'ora presente (purtroppo non solo sul fronte della giustizia penale) richiede la massima convergenza possibile delle forze in campo: forze intellettuali e morali prima di tutto. Il discorso che segue sarà, pertanto, orientato ad individuare, senza partiti presi, i punti di discussione sulla legalità sui quali sia possibile trovare un diffuso se non generale consenso, cercando altresì di indicare molto sinteticamente gli strumenti attraverso i quali sia realizzabile un accettabile equilibrio tra impostazioni e sensibilità diverse.

Con questi intendimenti, il mio discorso si articolerà in tre parti distinte: *a*) in primo luogo, non sarà inutile riassumere le *cause* che hanno concorso a mettere in crisi la legalità penale, nel più vasto quadro della crisi della legge; *b*) in secondo luogo, cercheremo di riassumere le *trasformazioni* strutturali subite dal principio di legalità penale sotto le pressioni esercitate dal creazionismo giudiziale; *c*) infine, cercheremo di delineare per sommi capi gli *strumenti* attraverso i quali è possibile continuare ad assicurare le esigenze basiche della legalità, senza cedere né a troppo facili entusiasmi né a una preconcepita insoddisfazione sui risultati conseguibili.

3. Le cause della crisi della legalità

Per cercare di orientarci meglio nel complesso groviglio delle cause all'origine della crisi della legalità, può essere utile distinguerle in gruppi diversi a seconda della loro natura. E così, vi sono in primo luogo cause di tipo *macro-sociale*; poi, si può parlare di cause di natura *giuridico-costituzionale*; ed infine, vengono in gioco cause di ordine strettamente *legislativo*.

3.1 Cause macro-sociali

Quanto alle cause di tipo *macro-sociale*, non diciamo certamente niente di nuovo se torniamo a sottolineare una evidente contraddizione del presente. E cioè: da un lato, vi è la crescente e forte esigenza di regolamentazione e anche, diremmo, di "orientazione" normativa derivante dal processo di "complessificazione" della società, sotto il profilo tanto pratico-tecnologico quanto etico-assiologico. Al diritto in generale e sempre più ampiamente anche al diritto penale si chiede, invero, di farsi strumento prima di tutto di delimitazione delle smisurate possibilità aperte dalla scienza e dalla tecnologia e, soprattutto, si chiede di disciplinare la gestione sociale del rischio indotto da un progresso tecnologico che talvolta ci proietta nell'ignoto. E poi al diritto si chiede con non minore urgenza di trovare l'equilibrata ponderazione tra valori ed interessi potenzialmente confliggenti, sotto la spinta pressante dell'espansione dei diritti che fatalmente, nella loro marcia progressiva, creano tensioni sia sotto il profilo del necessario

contemperamento del loro esercizio in concreto sia sotto il profilo della contrapposizione di visioni valoriali difficili da armonizzare.

Dall'altro lato, a fronte di questo imponente compito cui è chiamato il diritto sta il progressivo indebolimento del decisore politico, che si rivela sempre più in difficoltà a formulare strategie normative di lungo respiro e di ampio orizzonte, impegnato com'è in una produzione legislativa occasionale, contingente, elettoralistica negli intenti ed aggrovigliata nei risultati. La politica legislativa ha innescato un processo inflazionistico – proprio nell'originario senso monetario del termine – della legge, che quanto più cresce quantitativamente tanto più qualitativamente perde la sua autorevolezza valoriale. All'origine ultima di questo decadimento c'è forse una trasformazione della politica *tout court*, che ha perso la forte nervatura derivante un tempo dalle ideologie, così come ha fortemente abbassato il livello della competenza specifica che sarebbe richiesta dalla complessità, mentre ha esaltato – ai limiti della rissosità – la componente di un personalismo che si nutre della pestifera dimensione mediatica del discorso politico.

Il “prodotto” legislativo nascente da questo complesso di fattori macro-sociali non può che essere scadente. Con l'inevitabile conseguenza di alimentare la normatività non legislativa – per dir così – e cioè quella del creazionismo giudiziale, spesso peraltro, se non incitato, volutamente delegato a trovare quelle soluzioni da cui la politica si ritrae perché incapace o timorosa. Gli esempi di questo fenomeno sono tanti e tutti conosciuti, così che sarebbe un fuor d'opera elencarli. Ma uno val la pena di ricordarlo perché di portata “sistemica”. Il sistema sanzionatorio ha subito negli anni numerose e importanti modifiche legislative: la loro stratificazione ha, da un lato, contribuito a renderlo difficilmente leggibile; ma, dall'altro, ha finora confermato l'incremento di una sempre più larga discrezionalità giudiziale che, ammantata dei panni della rieducazione, è però obiettivamente funzionale ad obiettivi deflativi che con più coerenza e incisività avrebbero potuto e dovuto essere perseguiti dal legislatore. Si profila così anche il rischio di un contraccolpo, nel senso cioè che forze politiche orientate al repressivismo approfittino di questo stato di cose per mettere implicitamente in discussione la stessa idea rieducativa.

Un'ultima, e un po' “eccentrica”, notazione prima di concludere sul punto. Il deterioro fenomeno del “correntismo” all'interno della magistratura è certamente figlio anche del grave e profondo malcostume di personalismo carrieristico, ma forse al fondo c'è anche qualcosa di diverso. Le correnti, invero, cessano di essere luoghi e strumenti del dibattito culturale all'interno della magistratura nel momento in cui la crisi della legalità innesca quel creazionismo giudiziale, che implica senza dubbio l'esercizio di un *potere* di governo indiretto e diffuso della società. Ed è allora sociologicamente naturale che, nel momento in cui entra in gioco l'esercizio di un potere così rilevante, il “correntismo” diventi lo strumento più o

meno conflittuale per la conquista di quel potere. Scandalizzarsi è facile (e forse doveroso) dinanzi alle degenerazioni del correntismo; ma una maggiore consapevolezza sociologica, poco incline a comodi moralismi, imporrebbe di prendere atto anche delle cause profonde del fenomeno, tentando di agire su di esse: e tra queste ultime c'è senz'altro anche l'incremento del creazionismo giudiziale.

Il penalista non fa certo fatica a individuare i settori in cui il creazionismo giudiziale si è manifestato con più evidenza, fino a sconfinare talvolta in un protagonismo anche non voluto. Lasciamo stare gli istituti della c.d. parte generale del diritto penale, ove il contributo del *formante giurisprudenziale* è sempre stato notevole, senza peraltro dare eccessivo scandalo. Recentemente, ad esempio, la nuova causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.) rappresenta un esempio emblematico di come la cattiva scrittura legislativa della disposizione, dovuta proprio alle "correzioni" introdotte dalle Commissioni parlamentari all'originario testo del governo, abbia aperto la strada a una serie di interventi correttivi più che chiarificatori della Corte di cassazione.

Sintetizzando all'estremo, si può forse dire che i fronti sui cui, nella parte speciale, si è più sviluppato il creazionismo giudiziale sono essenzialmente tre. Quello, prima di tutto, dei grandi fenomeni criminosi di forte rilevanza sociale come il terrorismo, la criminalità mafiosa e la corruzione. Esempolari casi di creazionismo giudiziale sono, infatti, quello del concorso esterno in associazione mafiosa, non tanto per l'applicazione dell'art. 110 c.p. al reato associativo, quanto piuttosto per averlo configurato in termini di supporto all'associazione in quanto tale; quello della corruzione (propria) per la funzione pubblica e non più per l'atto, come stabiliva il codice prima della c.d. riforma Severino.

Gli altri settori in cui si è maggiormente manifestato il creazionismo giudiziale sono quelli per così dire trainanti dell'economia e dei diritti della persona: nel primo, sospinto da crescenti esigenze di tutela del tutto coerenti con l'onnipervasi-
vità dell'economia nelle moderne società (basti pensare, ad esempio, all'insider di se stesso oppure all'abnorme ricorso alla colpa generica "residua" in campo infortunistico); nel secondo, sospinto dall'esigenza di riconoscimento di nuovi valori personalistici (basti pensare, ad esempio, alla dilatazione della nozione di "convivente" ai fini della tutela contro i maltrattamenti oppure all'estensione del concetto di prostituzione a forme di commercio del proprio corpo "a distanza", per via telematica).

3.2 Cause giuridico-costituzionali

E veniamo ora alle cause della crisi della legalità che abbiamo chiamato *giuridico-costituzionali*. Che sono poi quelle forse di maggiore interesse. Esse risiedono nel passaggio, avvenuto a metà del secolo scorso, dallo Stato di diritto allo

Stato costituzionale di diritto. Con un'efficace immagine quella trasformazione è stata chiarita ricorrendo a due figure geometriche, l'una consistente nella *linea retta* e l'altra consistente in un *triangolo*.

Lo Stato di diritto, il suo sistema istituzionale e delle fonti, possono essere rappresentati da una linea retta, lungo la quale – kelsenianamente – si “scende” dalla Costituzione alla legge e poi al giudice e al suo *dictum*. In questa raffigurazione è evidente che il giudice non parla direttamente con la Costituzione ma solo per il tramite della legge, applicando esclusivamente quest'ultima. Così come è evidente che la Costituzione presenta una sua sostanziale omogeneità con la legge, ponendosi in fondo come una “super-legge”. Lo Stato costituzionale di diritto è invece raffigurabile come un triangolo: al suo vertice sta la Costituzione, mentre alla sua base stanno, da un lato, la legge e, dall'altro, la giurisdizione. È evidente, pertanto, che lungo i due lati del triangolo la Costituzione “scende” tanto verso il legislatore quanto verso il giudice, che dunque dialoga direttamente con la Costituzione anche senza l'intermediazione della legge. Alla base, poi, legge e giudice cooperano sullo stesso piano nell'attuazione della Costituzione, contribuendo entrambi a dare forma giuridica ai fenomeni sociali regolati. In questa raffigurazione, dunque, il ruolo del giudice è doppiamente esaltato dal suo rapporto diretto con la Costituzione e dalla sua cooperazione con la legge.

È, questa “triangolare”, una concezione assai più dinamica e affascinante del diritto, nella quale la Costituzione non è più solo una super-legge ma la scaturigine ultima e sostanziale della disciplina giuridica che il fatto chiede al giudice, beninteso pur sempre in concorso paritario con la legge (la base del triangolo). Indubbiamente, questa visione, se da un lato potenzia il ruolo del giudice, dall'altro responsabilizza quello del legislatore che, in caso di mancata attuazione della Costituzione, si vedrà letteralmente messo all'angolo del triangolo. Rimane fermo, comunque, che la fisiologia del triangolo sta non già in un rapporto antagonistico tra legge e giudice bensì in un rapporto di armonica cooperazione nel disciplinamento della realtà nel segno della Costituzione.

Indubbiamente, si tratterà di verificare in che misura il paradigma triangolare sia compatibile con i principi fondamentali del diritto penale e quali adattamenti esso debba subire nella nostra materia. Rimane, però, il fatto che il paradigma triangolare esalta la Costituzione, prima e più del giudice. E non c'è dubbio che, nella storia recente dell'ordinamento giuridico italiano, proprio il settore penale sia stato quello che ha sofferto della maggiore arretratezza costituzionale, non foss'altro perché è rimasto inchiodato al codice fascista. Sarebbe davvero difficile negare che, storicamente, se una certa evoluzione c'è stata nel senso dell'adeguamento del nostro diritto penale alla Costituzione, questa si deve in gran parte alla giurisprudenza sia attraverso interpretazioni adeguate sia ed ancor più attraverso l'uso dell'eccezione d'incostituzionalità. Poi, certamente, il senso e la direzione

dell'attivismo e creazionismo giudiziale è in parte mutato, sospinto da quel potente fattore che è stato l'arretramento dell'etica pubblica e dei controlli sociali diffusi, cui si è ritenuto di far fronte attraverso l'uso smodato dello strumento punitivo. E forse, in questo momento presente, si intravedono i segnali di un'ulteriore inversione o mutamento di rotta, specie nell'opera della Corte costituzionale (che sarebbe comunque inattiva senza la sollecitazione dei giudici comuni) e in certe sentenze delle Sezioni unite ispirate a maggior garantismo (vengono in mente, ad esempio le recenti sentenze in tema determinazione della pena del reato continuato o in materia di rapporti tra speciale tenuità del fatto e reato continuato, o ancora in tema di applicazione analogica dell'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*).

In conclusione, il paradigma triangolare, nonostante le limitazioni inflitte alla stretta legalità, può esibire una maggiore duttilità di adeguamento alla Costituzione pur nel condizionamento delle mutevoli condizioni storico-sociali. Esso implica dunque una concezione più dinamica del diritto e soprattutto una forte chiamata alla *responsabilità* di tutti i soggetti coinvolti nella produzione del disciplinamento giuridico del sociale: legislatore, giudici, avvocati.

3.3 Cause legislative

E veniamo alle cause strettamente legislative della crisi della legalità penale. Non occorre spendere molte parole per rendersi conto che il decadimento della *qualità della legge* apre le porte al creazionismo giudiziale nella misura in cui il testo legale non riesce ad esprimere un esauriente e definito contenuto normativo. Le cause di questo decadimento sono certamente riconducibili in buona parte al ruolo ancillare svolto dalla scienza e dalla tecnica della legislazione nel processo di produzione legislativa e, ancor prima, nello stesso processo di formazione del giurista. A ciò va probabilmente aggiunto un ulteriore fattore concorrente, consistente in una certa qual dispersione di quel patrimonio conoscitivo ed esperienziale di cui beneficiavano gli alti uffici ministeriali, a cominciare dagli uffici legislativi, fin quando non sono stati coinvolti anch'essi da quel generalizzato *spoil system* che ha finito per privilegiare il rapporto di fedeltà o vicinanza rispetto alla competenza.

Il discorso sulla scienza e la tecnica della legislazione potrebbe allargarsi, da un lato, su un piano addirittura culturale e, dall'altro, su un piano organizzativo-burocratico. Sotto il primo profilo, il fallimento di tutti i tentativi, che pure sono stati fatti per migliorare la tecnica di redazione della legge, potrebbe essere addirittura la risultante di un retaggio culturale che in fondo svilisce la legge facendone uno strumento puramente di gestione, controllo e acquisizione del consenso elettorale: in una prospettiva, dunque, in cui ciò che conta è il *provvedere* non importa come. In questa prospettiva si determina il paradosso per cui

è proprio il legislatore il primo a tradire la legalità, nella misura in cui rimane sostanzialmente indifferente agli esiti – e, ancor prima, alle difficoltà – applicativi cui può dar luogo la legge. Con la conseguenza di fomentare, accettandolo a priori salvo poi criticarlo, il creazionismo giudiziale.

Sotto il profilo organizzativo-burocratico, si assiste oggi ad un movimento fortemente critico nei confronti della presenza pressoché esclusiva di magistrati nelle alte burocrazie ministeriali. Fra le critiche ricorrenti, oltre all'accusa di impropria commistione tra politica e magistratura, v'è anche quella "tecnica" secondo la quale la mentalità del magistrato favorirebbe una formulazione della legge molto analitica e casistica, se non proprio cavillosa, e comunque incapace di esprimere precetti chiari e comprensibili. La nostra personale esperienza non ci consente di sottoscrivere questa affermazione critica. Tuttavia, possiamo dire che, nel quadro di una riforma di più ampio respiro, un'idea potrebbe essere quella di formare un corpo burocratico stabile e specificamente versato nella scienza e nella tecnica della legislazione da inserire tramite concorso negli uffici legislativi dei vari ministeri.

Tutto ciò considerato, ci pare tuttavia che la *débaçle* della scienza e della tecnica della legislazione non sia imputabile solo alla resistenza della politica contro la compartecipazione degli "esperti" nel processo – eminentemente politico – di formazione della legge. Il decadimento della qualità della legge ha probabilmente anche altre cause, radicate nelle caratteristiche della realtà sociale sulla quale è chiamata a disporre la legge. Una realtà sociale che spesso sollecita interventi legislativi tempestivi, immediati, inconciliabili con le pazienti e faticose rifiniture che sarebbero richieste dalla scienza e dalla tecnica della legislazione; senza contare, poi, che il pluralismo politico e ideologico delle forze in campo, specialmente quando siano insieme al governo, impone di trovare non tanto compromessi quanto aggiustamenti, se non proprio espedienti, che deteriorano la qualità della legge e la sua capacità espressiva. Ed infine, non può nemmeno essere dimenticato il fatto che il sistema giuridico è oggi così stratificato e ramificato che spesso una modifica legislativa produce effetti (preterintenzionali, si potrebbe dire) anche in punti lontani da quello di immediata incidenza: effetti che per lo più sono, non solo non voluti, ma anche non calcolati e pertanto distonici rispetto al settore di disciplina in cui essi si producono. Tutti elementi che indeboliscono la legalità e sollecitano il creazionismo giudiziale, senza che per la verità la scienza e la tecnica della legislazione possano fare granché.

4. Le trasformazioni del principio di legalità

È ora il momento di passare al secondo nucleo tematico del nostro discorso. Come anticipato, si tratta di ripercorrere in sintesi le *trasformazioni* che il

principio di legalità ha subito nei suoi stessi contenuti concettuali, in gran parte proprio sotto la pressione dell'accentuato creazionismo giudiziale. E per altra parte anche sotto la pressione di quell'Europa del diritto, che non ha mancato di investire con crescente imponenza anche il diritto penale e il suo connaturale "nazionalismo".

A noi pare che nella recente storia post-costituzionale della legalità penale siano abbastanza chiaramente individuabili alcune tappe distinte della sua evoluzione trasformativa.

4.1 L'originaria predominanza della riserva di legge

Originariamente, all'inizio della sua storia post-costituzionale, è individuabile un contenuto molto chiaro della legalità penale che in effetti – a parte il principio di irretroattività, dotato di una sorta di sua autonomia originaria – pare essenzialmente ruotare intorno all'asse principale della *riserva di legge statale*. Nel nuovo orizzonte costituzionale, in effetti, la legalità tende inizialmente ad affermarsi come prevalente principio di distribuzione del potere normativo penale tra le fonti del diritto e, più precisamente, nel senso della (tendenziale) esclusione delle fonti secondarie dalla produzione del diritto penale. E ciò in perfetta simmetria e consequenzialità con quel rapporto contestativo della nuova Costituzione nei confronti del recente passato dello Stato fascista. La ritrovata centralità del parlamento e del principio della rappresentanza democratica non può che implicare il tendenziale monopolio della fonte legislativa, da intendere addirittura – secondo i più rigorosi assertori della legalità penale – come riserva di organo (il parlamento) più che di atto (avente forza di legge).

Il baricentro della discussione di allora sulla legalità penale sta, in effetti, non tanto sul versante del contenimento del ruolo del giudice quanto piuttosto sulla tipologia delle fonti legittimate a determinare il contenuto dei precetti penali, con l'obiettivo di assicurare il primato dell'organo democraticamente rappresentativo. Si concorda sul carattere "assoluto" della riserva di legge in penale e, semmai, si controverte essenzialmente sui "limiti dell'assoluto", come fu efficacemente detto. Cioè sullo spazio che la nuova Costituzione può concedere alle fonti secondarie, di provenienza dall'esecutivo, nella determinazione dei precetti penali. E conseguentemente, la discussione si attarda allora sulla nozione di "norma penale in bianco", ovvero su un tema destinato in seguito a sparire progressivamente dall'agenda della discussione penalistica.

In questa prima fase della storia post-costituzionale della legalità, insomma, non ci si preoccupa ancora del giudice e del suo possibile creazionismo. Anche il principio per cui "il giudice è soggetto solo alla legge" (art. 101 Cost.) non viene inteso *contro* il giudice ma a suo *favore*. Nel senso, cioè, che in allora il senso di

quel principio non è valorizzato tanto quale limite al creazionismo giudiziale e ai poteri interpretativi quanto piuttosto come garanzia della riconquistata *indipendenza* del giudice dagli altri poteri pubblici. In fondo, essendo ancora dominante la concezione fondamentalmente legalistica del processo di applicazione e di concretizzazione del diritto, la preoccupazione maggiore era quella di assicurare il “legalismo parlamentare” in conformità al nuovo assetto democratico.

4.2 L'affermarsi del principio di determinatezza

La seconda tappa della legalità penale in epoca post-costituzionale è quella in cui fa la sua comparsa il sofisticato principio di “*determinatezza*” della legge penale. L'interesse si sposta dal rapporto legge/fonti secondarie al rapporto legge/giudice. E non può essere un caso che il nodo problematico del disciplinamento del rapporto legge/giudice affiori proprio contestualmente alla rivendicata libertà interpretativa del giudice. Il famoso congresso di Gardone dell'Associazione Nazionale Magistrati del 1965, col quale i giudici affermano la centralità del momento interpretativo e conseguentemente del loro ruolo, può essere in qualche modo considerato l'innescò delle nuove esigenze di legalità riassunte sotto l'egida della (sufficiente) determinatezza della legge penale.

Senonché le aspettative riposte in quella determinatezza, che sarà poi la parola d'ordine delle nuove tendenze del nascente diritto penale costituzionale negli anni '70 del secolo scorso, saranno destinate a rimanere largamente deluse. In effetti, la determinatezza della legge penale viene tematizzata essenzialmente come una questione *linguistica* di formulazione testuale della legge. Un'impostazione questa destinata a non produrre grandi frutti. Sotto il profilo teorico, infatti, l'ancoraggio del requisito di determinatezza al significato linguistico delle parole porta poco lontano, dovendosi prendere atto che non c'è parola, termine o locuzione verbale che non trovi nel vocabolario e negli usi linguistici un qualche suo significato. Così che, sotto il profilo pratico, la Corte costituzionale ha buon gioco nel neutralizzare, sostanzialmente, il principio di determinatezza: l'*horror vacui* che caratterizza quegli anni della giurisprudenza della Corte trova un facile strumento di salvataggio delle norme indeterminate nell'agevole reperibilità di un qualche significato linguistico. Ed anzi, la Corte, in coerenza al favore riservato all'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni, non esita a rintracciare nel “diritto vivente” quei significati che la legge *di per sé* non è in grado di esprimere. La legalità penale, dunque, sembra porsi al centro di una sorta di contraddizione: da un lato, ha già subito un'importante virata nel senso di guardare ormai al rapporto legge/giudice (più che alla tipologia delle fonti), ma dall'altro lato, però, sono presenti tutte le condizioni per nascondere tutta la problematicità di quel rapporto. Ed anzi, il richiamo al “diritto vivente” finisce per

neutralizzare e addirittura capovolgere il senso garantista della determinatezza quale regolatrice del rapporto legge/giudice.

Da allora in poi la legalità penale *sub specie* di determinatezza subirà un processo che potremmo dire “inflazionistico” e che arriva fino ai giorni attuali. La determinatezza, invero, continua ad essere invocata – e il difetto di determinatezza ad essere lamentato – ad ogni pie’ sospinto: non c’è norma di vecchio o nuovo conio di cui non venga sottolineato qualche profilo di indeterminatezza, coltivando così una pericolosa quanto forse inconsapevole aspirazione e credenza che il legislatore possa tutto prevedere e tutto disciplinare. Per contro, però, a questa ricorrente invocazione della determinatezza legale fa riscontro una sua totale perdita di effettività, essendo tuttora infrequenti le sentenze d’illegittimità costituzionale per indeterminatezza ed essendo il legislatore totalmente sordo ai richiami per una formulazione più determinata delle sue disposizioni.

In definitiva, in questo persistente sforzo d’inveramento della legalità penale, la seconda tappa della sua evoluzione post-costituzionale si risolve quasi in una *débaclé* che apre la strada al consolidamento del creazionismo giudiziale.

4.3 La legalità penale come prevedibilità della decisione giudiziaria

Ed eccoci finalmente alla terza, ed ultima, tappa della storia post-costituzionale della legalità penale: quella attuale. Oggi la legalità penale sembra conoscere una vera e propria *mutazione genetica*, identificandosi – come tutti sanno – nel principio di “prevedibilità” della *decisione giudiziaria*. Anzi, per meglio dire – come taluni non mancano di precisare e di sottolineare – la prevedibilità dovrebbe aggiungersi ai contenuti della legalità tradizionale, così che saremmo in presenza di due volti della legalità: quello nuovo e “convenzionale” (derivante appunto dalla Cedu e dalla giurisprudenza di Strasburgo), consistente nella prevedibilità, e quello più tradizionale e “costituzionale”, consistente nei beni noti contenuti della riserva di legge e della determinatezza. Tuttavia, non c’è dubbio alcuno che, anche per le ragioni prima riassunte, è oggi il volto convenzionale della legalità che suscita il maggiore interesse e le maggiori aspettative, e non per caso.

Parlavamo di mutazione genetica perché è evidente che con quest’ultima tappa l’evoluzione del principio subisce una svolta davvero radicale. Se originariamente la legalità costituiva un principio regolatore dei rapporti tra fonti normative (riserva di legge); se successivamente la legalità ha inteso porsi come un principio regolativo dei rapporti tra legge e giudice (determinatezza), ebbene oggi la legalità come prevedibilità si atteggia a principio regolativo dei rapporti tra ordinamento giuridico (penale) e cittadino destinatario dei precetti penali. Ed ancora: se nelle due precedenti tappe della sua storia la legalità costituiva in ogni

caso un principio regolativo dei rapporti tra poteri dello Stato nella produzione normativa penale, seppure teleologicamente orientato a fondanti finalità garantiste, oggi la legalità come prevedibilità assurge al rango di diritto fondamentale dell'individuo. Il principio assume così uno statuto privilegiato che gli conferisce un più marcato carattere di "universalità" e lo avvicina a quei principi "sommi" del diritto penale umanistico che sono l'irretroattività e la colpevolezza.

Tutto ciò premesso, val la pena rammentare che la declinazione che della legalità fa la Corte di Strasburgo in termini di prevedibilità muove da una premessa molto significativa e certo non trascurabile al momento della sua "importazione" nel nostro sistema. Come si sa, la Corte Edu muove dal riconoscimento del ruolo del c.d. diritto giurisprudenziale nella co-determinazione del precetto penale insieme alla legge. Anzi, per essere più netti, il principio di prevedibilità non è affatto incompatibile col riconoscimento di un ruolo protagonista del creazionismo giudiziale anche in penale, all'ovvia condizione peraltro che il prodotto giurisprudenziale abbia caratteristiche tali da garantire la prevedibilità della decisione giudiziale. Si comprende bene, allora, tutta l'importanza di quella sottolineatura da parte di chi afferma la necessaria *coesistenza* della legalità convenzionale con quella costituzionale: ché, altrimenti, ne risulterebbe sovvertito il sistema delle fonti del nostro ordinamento. Tuttavia, è anche vero che la giustapposizione delle "due legalità" può finire per introdurre un principio di contraddizione nella legalità, ponendo altresì un problema in qualche modo di bilanciamento all'interno di uno stesso principio tra anime o volti non facilmente conciliabili. Inoltre, non può essere sottovalutato il fatto che lo "statuto costituzionale" del principio di prevedibilità è ben diverso da quello della legalità tradizionale: e in effetti all'osservatore attento e sensibile alle tendenze storiche dell'evoluzione giuridica non può sfuggire il fatto che, mentre la legalità tradizionale corre il rischio – per ciò che abbiamo già notato – di diventare un principio recessivo, il principio di prevedibilità pare sempre più conquistare la scena non solo dell'elaborazione teorica ma anche del giudizio di costituzionalità. Insomma, e per concludere sul punto, l'avanzata del principio di prevedibilità può finire per legittimare costituzionalmente un rapporto legge/giudice sbilanciato su quest'ultimo e pertanto molto accondiscendente verso il creazionismo giudiziale.

In definitiva, è piuttosto difficile resistere alla fascinazione del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, almeno per due buone ragioni. In primo luogo perché il principio di prevedibilità sembra, almeno apparentemente, realizzare il miracolo di conciliare la legalità col creazionismo giudiziale in una sintesi garantista addirittura più forte. In secondo luogo perché il principio di prevedibilità, proprio in quanto esibisce la natura di diritto fondamentale, sembra porsi nel "verso giusto" della storia che va nel senso di un crescente personalismo e dunque di una crescente esaltazione dei valori personalistici, come tali

condivisi nello spazio comune europeo e addirittura orientati verso un futuribile ed auspicato universalismo.

Tutto ciò considerato, ci pare però difficile sottrarci all'impressione che il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria prometta più di quanto sia realmente in grado di mantenere. Lungi da noi l'idea di disconoscere il profondo senso garantista e quasi etico di quel principio, che in sostanza richiama l'idea, o meglio il dovere, che i rapporti tra ordinamento e persona umana siano improntati ad un principio di lealtà dello Stato verso i suoi cittadini. Ciò di cui è lecito, invece, dubitare è della capacità "operativa" del principio di funzionare come criterio di controllo della legittimità delle norme, di derivazione legislativa o giurisprudenziale che siano. Il che non esclude affatto, come diremo tra un attimo, che la prevedibilità della decisione possa operare come un fondamentale principio di orientamento del sistema nel senso di indirizzarlo in particolare verso la realizzazione dei due valori fondamentali della *stabilità* e della *uniformità* della disciplina giuridica dei rapporti sociali.

Le ragioni per cui la prevedibilità intesa in senso stretto, psicologico ed effettivo, non può funzionare come parametro di validità delle norme penali, sono molteplici. E non c'è solo il fatto che, ad essere realisti e sinceri, parlare sul serio di prevedibilità della decisione giudiziale può apparire, almeno per determinate aree dell'ordinamento, poco meno che illusorio, visto lo stato di disordine in cui esse versano e conseguentemente anche di incertezza applicativa. Sono altre le ragioni in qualche modo più "strutturali" che sconsigliano di concentrare le garanzie della legalità penale sulla prevedibilità; e proveremo ora a elencarle rapidamente.

In primo luogo, va sottolineato che la prevedibilità della decisione non può ovviamente funzionare come parametro di valutazione di buona formulazione legale della norma, rischiando semmai di operare come incentivo ad allentare o abbandonare le buone regole di scienza e tecnica della legislazione con l'accordare dignità privilegiata all'elaborazione giurisprudenziale del diritto, capace – se del caso – di correggere più o meno "creativamente" le storture del testo legislativo. Un rischio, dunque, di deriva comunque pericolosa anche agli occhi di chi non professa l'idolatria legalistica neppure in campo penale.

In secondo luogo, la prevedibilità soffre di una sua connaturale ambivalenza ed equivocità. Si discute se essa debba essere intesa in senso "oggettivo" o "soggettivo". In senso oggettivo, il criterio della prevedibilità rischia di sciogliersi nell'indeterminatezza del parametro alla stregua del quale formulare il giudizio di prevedibilità: un ideale "uomo medio", un soggetto "ragionevole", un dato esperienziale diffuso e maggioritario? In senso soggettivo, la prevedibilità recupera invece tutta la sua pregnanza garantistica e la sua natura individuale-psicologica, ma non si può negare che allora la categoria della colpevolezza funzionereb-

be meglio allo scopo e dispiegherebbe un'efficacia garantista massima ancorata com'è ad un giudizio individualizzato ritagliato sull'agente concreto.

In terzo luogo, un funzionamento davvero efficace ed effettivo della prevedibilità, che non si limitasse a suonare più che altro come un nobile auspicio, presupporrebbe la vigenza nell'ordinamento del *vincolo del precedente* con un'intensità ben maggiore di quella oggi assicurata dall'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. dopo la riforma del 2017. Con tutto quello che ne conseguirebbe in termini di mutata fisionomia costituzionale della giurisdizione nel nostro ordinamento, mentre l'attuale disciplina dell'art. 618 c.p.p. riformato costituisce un equilibrato ed accettabile strumento di maggiore stabilità del diritto giurisprudenziale senza recare con ciò un *vulnus* alla libertà interpretativa del giudice e senza impedire l'evoluzione vitale del diritto giurisprudenziale.

5. Equilibrio tra legalità penale e creazionismo giudiziale

Siamo così arrivati alla terza ed ultima parte di questo nostro discorso, la più impegnativa. Ora si tratta, infatti, di delineare sommariamente quali possono essere gli *strumenti*, o forse più genericamente gli *orientamenti mentali e culturali*, che possano contribuire a tenere in equilibrio la legalità penale, le sue irrinunciabili esigenze basiche, e il creazionismo giudiziale, la sua ineliminabile presenza nell'esperienza giuridica delle società complesse.

5.1 Ancora sull'interpretazione....

Il primo fronte sul quale si gioca la partita dei rapporti tra legalità penale e creazionismo giudiziale è quello della *interpretazione*. Un fronte perennemente "caldo", sul quale pure si sono registrati nel tempo post-costituzionale dei sommovimenti non certo da poco. Prima di tutto, l'irrompere dell'ermeneutica nel mondo del diritto in generale ha letteralmente frantumato il bozzolo della legge nel quale ci s'illudeva fosse ristretto il contenuto normativo, isolato da ogni contaminazione esterna; si è così lacerata la squama verbale della disposizione legale aprendo anche l'interpretazione giudiziale alla "precomprensione", al "contesto", alle suggestioni del "fatto".

Ma soprattutto pare di poter dire che il nuovo sistema delle fonti, detto efficacemente *multilivello*, ha finito per incidere sull'interpretazione mutando addirittura l'abito mentale del giudice e dell'interprete. Allo schema sillogistico che, pur con una buona dose di semplicismo del tutto apparente, tuttavia guidava e rassicurava l'interprete, si è aggiunto un ulteriore schema interpretativo: il giudice non si limita più all'operazione meccanicamente sussuntiva, che muove da premesse conoscitive sostanzialmente "date" (la norma, cioè la fattispecie

astratta, e il fatto storico) esaurendosi il suo compito in un'operazione di mera *qualificazione* giuridica del fatto. Il giudice è oggi regolarmente impegnato in un preliminare compito di *invenzione* della norma, da intendere nel senso precisato da Paolo Grossi: cioè letteralmente ed etimologicamente, da *inventio*, come attività di ricerca per *trovare* una norma che, pur "circolando" nell'ordinamento, non è autoevidente nell'espressione verbale della legge. In sostanza, nel sistema della pluralità delle fonti in cui l'esistenza di ogni norma è la risultante del suo rapporto con le altre, il giudice non ha più a disposizione bella e pronta la norma da applicare ma la deve cercare e trovare con complesse operazioni di natura valutativa nel "labirinto" delle molteplici norme che, talvolta dotate di contenuti e scopi tra loro diversi, insistono però sulla stessa materia.

Più in particolare, gli strumenti di questa difficile *inventio* sono, prima di tutto, le questioni pregiudiziali di legittimità costituzionale ed europea: seppure attribuendo a Corti centrali l'individuazione definitiva del contenuto normativo, esse impegnano in prima battuta il giudice *a quo* in complesse attività valutative propedeutiche – e in qualche modo condizionanti – la definizione finale della disciplina normativa del caso *sub iudice*. Ma sono soprattutto la disapplicazione della norma interna incompatibile col diritto eurounitario e ancora di più l'interpretazione conforme a fare del giudice un "inventore" attivo della norma da applicare, relegando il momento sussuntivo ad un *posterius* assai meno rilevante. È così che il giudice diventa necessariamente partecipe del processo di produzione del diritto effettivo, ben al di là dei cancelli costituiti dalla legge, sempre suscettibile di essere messa in discussione nella selva del sistema multilivello delle fonti. E non è certo peregrina l'ipotesi che questi nuovi e però ineludibili compiti cui è chiamato il giudice, contribuiscano a mutarne la mentalità da "soggetto (solo) alla legge" a "signore della legge".

Cosa fare e cosa opporre a questa tendenza in cui il creazionismo giudiziale è divenuto una componente conclamata dell'esperienza giuridica, di un diritto che ormai non possiamo più continuare ad illuderci sia tutto rinserrato entro i cancelli della legge? Per prima cosa è forse necessario distinguere, nei limiti del possibile, tra fenomeni diversi. Vi è un creazionismo giudiziale, come quello cui abbiamo fatto riferimento poco fa, al quale è sostanzialmente impossibile resistere, essendo esso una conseguenza di un sistema delle fonti di per sé necessariamente aperto all'integrazione giudiziale: è impensabile immaginare che la legge non subisca più quella concorrenza della Costituzione o delle fonti europee destinata ad essere ricomposta e armonizzata da organi giurisdizionali, siano essi Corti supreme o giudici comuni. Così come è difficilmente immaginabile sterilizzare i contributi, alcuni estremamente significativi, che la giurisprudenza ha fornito nell'adattare la fisionomia di istituti e nozioni di parte generale a realtà sociali divenute estremamente complesse e molto diverse da quelle cui faceva-

no riferimento quegli istituti nella loro formulazione legislativa originaria: basti pensare a quello che è successo in tema di causalità, di colpa, di dolo eventuale, di imputabilità, tutte nozioni oggi plasmate ed arricchite dal lavoro giurisprudenziale.

Altro discorso, invece, deve essere fatto a proposito delle norme incriminatrici di parte speciale, che hanno il compito di tracciare il primo e più marcato confine tra lecito ed illecito e con ciò di dare la linea comportamentale ai cittadini indicando le scelte di valore fondamentali. È soprattutto rispetto alla determinazione delle fattispecie incriminatrici che si pone forte l'esigenza che la legalità penale non vada smarrita. In fondo, non si dice niente di particolarmente nuovo se si sottolinea la compenetrazione esistente fra *tipicità* dell'illecito penale e *legalità* della sua previsione.

Su questo terreno non si è mancato di proporre la creazione di un baluardo invero molto forte a tutela della legalità: s'ipotizza infatti un obbligo di interpretazione restrittiva *in bonam partem*. Dinanzi all'incertezza interpretativa derivante dall'imperfezione linguistica della fattispecie e dal suo campo semantico relativamente indeterminato, il giudice dovrebbe sempre prescegliere la soluzione che comporta i confini più ristretti della sfera applicativa della fattispecie e dunque il minor sacrificio della libertà. La soluzione ha una sua indubbia suggestione, anche perché sembrerebbe consentanea col principio di *extrema ratio* del diritto penale. Tuttavia, essa non sembra allo stato realistica non solo perché evidentemente in contrasto frontale con la tendenza a dilatare in misura crescente le esigenze di tutela e perché obiettivamente idonea a ridurre lo spettro di tutela oltre gli scopi e lo standard perseguiti dal legislatore.

Oltre a ciò, va sottolineato anche il fatto che la soluzione proposta, seppure in sé non implausibile, pare essere espressione di un principio di *favor rei* sostanziale piuttosto che del principio di legalità. Basta riflettere al riguardo che l'incertezza del campo semantico è una caratteristica propria ed ineliminabile del linguaggio (verbale) e, pertanto, anche di quello legislativo. Così che è giocoforza ritenere che, finché il giudice si muove entro quello spazio di incertezza semantica, si muove pur sempre entro l'ambito del testo legale e dunque nel rispetto della legalità. Per cui il discorso sull'obbligo d'interpretazione restrittiva rimanderebbe piuttosto a quel principio di *favor rei* sostanziale, la cui esistenza è ancor oggi molto dubbia, posto che il *favor rei* è accreditato piuttosto come una regola processuale di giudizio destinata a entrare in campo per "chiudere" i casi di incertezza probatoria.

Più ragionevolmente, infine, l'obbligo di interpretazione restrittiva potrebbe semmai operare, non tanto quale criterio ermeneutico generale, bensì nei soli casi di dubbio interpretativo altrimenti invincibile. Quando, cioè, l'incertezza della scelta tra i diversi possibili significati, tutti ricompresi nello spazio semantico

della fattispecie, risulta insuperabile, allora la regola interpretativa “di chiusura” dovrebbe essere quella di optare per la soluzione più favorevole al reo. Tuttavia, neppure questa “variante” dell’obbligo di interpretazione restrittiva va immune da censure. In primo luogo, è realisticamente piuttosto improbabile che l’interprete trovandosi in una situazione di incertezza semantica non riesca a trovare nessun argomento per accreditare una delle possibili soluzioni interpretative. E poi, e soprattutto, se davvero l’incertezza interpretativa fosse insuperabile, allora ciò costituirebbe la prova migliore di un vizio congenito d’indeterminatezza della legge, come tale da sottoporre al vaglio della Corte costituzionale. La quale, in effetti, non ha mancato di individuare, tra i possibili criteri di accertamento della indeterminatezza, proprio quella “ininterpretabilità” della norma.

5.2 ...e sull’analogia

A nostro avviso, il vero bersaglio da colpire è l’analogia (ovviamente *in malam partem*) celata sotto le mentite spoglie di interpretazione estensiva. L’operazione non è semplice per due buone ragioni a tutti note. In primo luogo, perché il confine tra analogia e interpretazione estensiva rimane circondato da un’aura di mistero, anche se questa incertezza non deve essere enfatizzata, come vedremo tra un attimo. In secondo luogo, perché il controllo sul rispetto di quel confine è affidata pur sempre ai giudici comuni, è cioè un controllo interno a quella stessa comunità che si ritiene dedita al creazionismo giudiziale. Tuttavia, qualcosa di grosso recentemente s’è mosso, lasciando intravedere all’orizzonte anche un possibile recupero dell’effettività del divieto di analogia.

In una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 98/2021), giustamente sottolineata dalla dottrina, si legge un fermo richiamo al divieto d’analogia mediante una inconsueta – e fors’anche inattesa – rivalorizzazione del ruolo del *significato linguistico* delle parole come limite all’interpretazione. Non c’è dubbio che si tratta di una vera e propria svolta degli orientamenti della Corte che, va riconosciuto francamente, per molti lustri aveva tenuto un atteggiamento tutt’altro che ostile al creazionismo giudiziale. Basti pensare al riguardo al “riconoscimento” tributato al cosiddetto diritto giurisprudenziale e, soprattutto, alle forti sollecitazioni indirizzate ai giudici comuni affinché praticassero senza esitazione l’interpretazione conforme a Costituzione: un congegno ermeneutico, quest’ultimo, che più che consistere in un *metodo* interpretativo particolare (in fondo, a ben vedere, si tratta pur sempre di una specie di interpretazione sistematica), sollecita fortemente il giudice a raggiungere un certo *risultato* interpretativo, favorendo così possibili forzature del testo legale. Ebbene, ora la Corte sembra vedere le cose in termini un po’ diversi, tanto che la sentenza citata fa oggetto dei suoi dubbi di legalità, sospettandovi un’analogia *in malam partem*, proprio

una interpretazione costituzionalmente orientata della nozione di “convivente”, pacificamente intesa dalla Cassazione come comprensiva anche delle stabili “comunioni di vita” pur prive di una costante coabitazione sotto lo stesso tetto.

Il monito della Corte per il recupero di un costume interpretativo più rispettoso della legalità è dunque assolutamente chiaro. Più incerta può apparire l'*effettività* del riaffermato divieto di analogia. Premesso che l'effettività può essere recuperata solo affidando ad un organo esterno al circuito della giurisdizione comune il controllo su quel divieto, il pensiero corre ovviamente alla Corte costituzionale (secondo ipotesi futuribili già affacciate in dottrina). Ma rimane comunque il fatto che un coinvolgimento della Corte potrebbe anche produrre risultati deludenti.

In una consimile prospettiva, in cui cioè sia la Corte costituzionale chiamata a sindacare – recuperando peraltro le *chances* offerte dal diritto vivente – le violazioni del divieto d'analogia, i modelli possibili sembrano essere due. Quello, più naturale ed efficace, del ricorso diretto promosso dalla parte come una sorta di quarto grado di giudizio secondo il modello del *juicio de amparo*, e quello del giudizio incidentale promosso dal giudice *a quo* secondo il modello vigente. La prima soluzione sconterebbe verosimilmente una abnorme proliferazione del numero dei ricorsi diretti, con conseguente trasformazione del ruolo della Corte costituzionale e profonda alterazione dei rapporti tra quest'ultima e Corte di cassazione. La seconda soluzione non offrirebbe probabilmente garanzie di piena effettività ma potrebbe per contro essere praticabile già *rebus sic stantibus*. In effetti, nel pacifico presupposto che il sindacato della Corte si estende alla norma *interpretata*, niente esclude in via di principio che il sindacato colpisca un certo risultato interpretativo proprio in quanto ottenuto in contrasto con la legalità. I possibili limiti di siffatta prospettiva risiedono prima di tutto nella eventualità, forse abbastanza improbabile, che la Corte torni ad arroccarsi sull'inammissibilità di una questione che, proprio per essere di *natura interpretativa*, avrebbe potuto (e dovuto) essere risolta dallo stesso giudice *a quo*. Insomma, se il giudice ritiene non manifestamente infondato che un certo risultato interpretativo sia viziato per violazione della legalità, suo primo dovere sarebbe quello di provvedere lui stesso a re-interpretare correttamente la norma in questione. È anche vero, però, che la chiamata in causa della Corte costituzionale potrebbe ben giustificarsi sia al fine di evitare possibili incertezze derivanti da interpretazioni difformi sia per evitare l'inanità di un impegno interpretativo del giudice di merito destinato probabilmente ad essere vanificato in presenza di una granitica posizione della Cassazione in violazione del divieto d'analogia.

L'altro limite di questa possibile soluzione sta nel fatto che, pur essendo il controllo di legalità affidato ad un organo esterno alla giurisdizione comune, l'accesso a quel controllo rimane pur sempre nelle mani del giudice comune, che

deve convincersi della non manifesta infondatezza della questione sotto il profilo della violazione del divieto d'analogia.

Comunque sia, la strada sembra aperta dal citato *revirement* operato dalla Corte, quali ne siano i futuri sviluppi. Molto significativa è l'eco diretta della sentenza costituzionale n. 98/2021 che si trova, ad esempio, in una recente sentenza della Cassazione in materia di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p. (Cass. Sez. VI, n. 5536/2022). Assai perspicuamente la Cassazione, uniformandosi *expressis verbis* al monito della Consulta e premesso che «la stretta osservanza del principio di legalità preclude all'interprete di abbandonare il dato letterale della norma incriminatrice e del suo significato semantico», esclude che l'art. 353 *bis* c.p. sia applicabile fuori da un procedimento amministrativo che contempra una qualsiasi procedura selettiva, e dunque ai casi in cui le condotte perturbatrici siano finalizzate ad ottenere la decisione di procedere ad affidamento diretto.

Piuttosto, non possono essere ignorate quelle riserve diciamo così "culturali" che sono state formulate proprio sull'operazione effettuata dalla Corte costituzionale per la rivalutazione del significato linguistico, e quindi della *lettera* della legge. Si è ritenuto che la Corte abbia realizzato un vero e proprio regresso storico rispetto alle convinzioni ermeneutiche ormai diffuse: in sostanza le si rimprovera di aver riesumato quel *primitivismo interpretativo* da essa stessa in passato censurato. Ebbene, a noi pare che simili critiche non colgano nel segno.

Ci pare, infatti, che la Corte costituzionale abbia piena consapevolezza della complessità dell'esperienza giuridica nei tempi attuali: e il suo recente monito per un maggiore *self-restraint* interpretativo dei giudici non è affatto in contraddizione col riconoscimento del ruolo assunto dall'interpretazione giudiziale. Basti pensare non solo al fatto che la Corte già da tempo formula le sue pronunce sul diritto vivente, ma anche alla buona accoglienza che ha riservato al principio di prevedibilità, che – come abbiamo già notato – trova la sua ragion d'essere proprio nella presa d'atto di un insopprimibile creazionismo giudiziale, come riconosciuto dalla Corte di Strasburgo. Ora, tutti questi fenomeni della postmodernità giuridica non solo sono ben noti alla nostra Corte costituzionale ma sono anche da essa pienamente "vissuti" nel suo quotidiano lavoro di adeguamento del sistema giuridico al dinamismo dei principi costituzionali in continua evoluzione.

Ma v'è anche dell'altro. Non ci sembra che la rivalutazione del significato linguistico possa segnare una sorta di svolta involutiva. Il significato linguistico, che peraltro non è esso stesso immune dall'incertezza degli usi linguistici, costituisce nel processo interpretativo il limite esterno e massimo dell'attività del giudice: la *Rechtsfindung* giudiziale mantiene pur sempre il suo spazio *al di qua* di quel limite e pertanto l'adeguamento della norma al caso concreto (la ben nota "concretizzazione") non viene affatto sterilizzato dal significato linguistico, che opera

solamente come confine ultimo all'attività di *inventio* della regola o, se si vuole, al creazionismo giudiziale. D'altra parte, chi volesse totalmente svaloriare il ruolo del significato delle parole, ritenendolo un inutile orpello di un illusorio passato, si porrebbe su una china molto pericolosa nel suo radicalismo. Negare il ruolo orientativo e delimitativo del significato linguistico significherebbe, alla fine, mettere in dubbio la stessa funzione comunicativa del linguaggio e condannare la comunità ad un relativismo cognitivo socialmente insopportabile. Il miracolo del linguaggio verbale è proprio quello di consentire la comunicazione tra i parlanti senza impedire l'adeguamento della veste verbale alle svariate manifestazioni della realtà. Insomma, il divieto d'analogia mantiene la sua ragion d'essere legalitaria, senza però escludere uno spazio di manovra del giudice all'interno dell'area semantica propria dell'espressione verbale normativa.

Entro il limite del significato linguistico della disposizione legale il giudice esercita il proprio creazionismo giudiziale non in una sorta di vuoto pneumatico: suo dovere è quello di fare appello a tutti i principi orientativi che vengono via via elaborati dal pensiero giuridico. Offensività, proporzionalità, aderenza al "tipo" criminoso, sono altrettanti esempi di criteri cui ispirarsi nella concretizzazione della norma all'interno dell'area semantica: un lavoro tutt'altro che *primitivo*! Quei criteri, infatti, se da un lato guidano il creazionismo del giudice impedendo che sconfini in arbitrio, dall'altro lato hanno però una consistenza fortemente valutativa e una vitalità estremamente dinamica, così che nel maneggiarli il giudice svolge un'attività ermeneutica che ha ben poco del "primitivismo" interpretativo, ma che al contrario implica un esercizio consistente di cultura e sensibilità non solo giuridiche.

6. Scetticismo conclusivo?

Come si sarà compreso, non ci pare facile immaginare miracolosi rimedi per meglio salvaguardare la legalità penale contro gli eccessi del creazionismo giudiziale. Al di là del divieto di analogia, pur con tutti i suoi limiti, non è infatti realistico pensare alla codificazione di regole interpretative più stringenti e neppure è pensabile che le attuali spinte della postmodernità verso il creazionismo giudiziale vengano meno a breve termine. Difficoltà vedremo anche per la realizzazione di quell'ardita operazione di ingegneria costituzionale, in linea di principio tutt'altro che implausibile, consistente nel fare della Corte costituzionale il custode dell'osservanza del divieto di analogia da parte dei giudici comuni. Piuttosto, si potrebbe fare qualche progresso sul terreno della legalità se il legislatore coltivasse maggiormente la scienza e la tecnica della legislazione e – *absit iniuria verbis* – fosse meno ipocrita nello sfuggire spesso ai propri compiti

addossandoli sulle spalle della giurisdizione per poi lamentarsi delle ricorrenti tensioni tra magistratura e politica. Con l'avvertenza, peraltro, che anche qui gli ostacoli a uno scatto d'orgoglio del legislatore e a un rilancio dell'*ars legiferandi* sono in gran parte strutturali.

In questa situazione, non dovremmo stancarci di pensare, e di operare, nel senso che l'unico vero argine ai motivi di crisi sta nel rafforzamento di un forte senso di responsabilità istituzionale delle persone che "fanno" l'esperienza giuridica: ancora una volta ci pare di dover richiamare schematicamente quelle scarse regole deontologiche che da tempo andiamo ripetendo nella convinzione che quanto più profonde sono le crisi – da intendere anche nel più neutro senso di trasformazioni – tanto più si rende necessaria una risposta che si fondi sulle persone più che sulle costruzioni normative. E allora ci sia consentito, in chiusura, rammentare ancora una volta le tre regole auree per un buon governo dei rapporti tra legalità penale e creazionismo giudiziale, affinché quel *versus* del nostro titolo si stemperi in una relazione proficuamente ed equilibratamente sinergica piuttosto che oppositiva.

Il primo imperativo deontologico è quello dell'*autocontrollo*, cioè di una verifica critica costante dell'itinerario interpretativo seguito, delle sue premesse e dei suoi passaggi; un autocontrollo che dovrebbe spingersi fino al punto di rendere chiaro a sé stessi anche il condizionamento esercitato dalla c.d. "precomprensione": il che significa sorvegliare rigorosamente le basi ideologico-culturali del proprio itinerario argomentativo così da contenerne il condizionamento sulla decisione e comunque da renderle il più manifeste e consapevoli possibili.

Il secondo imperativo deontologico è il costante esercizio del *sensu del limite*: il che significa non utilizzare lo strumento penale oltre i suoi naturali limiti funzionali. È vero che spesso la realtà sociale e istituzionale presenta un alto grado di degrado, cui non corrisponde un adeguato impegno delle istituzioni politiche o un'adeguata reazione sociale. Ma sarebbe un andare oltre i limiti strumentalizzare le norme penali piegandole ad una impropria utilizzazione come leve per innalzare il livello dell'etica sociale o per bonificare l'*humus* socio-politico su cui si sviluppano fenomeni criminosi diffusi. Assumere atteggiamenti consimili, destinati fatalmente a ripercuotersi negativamente sulla legalità penale, significa anche tradire più o meno consapevolmente il proprio ruolo istituzionale per come delineato dalla Costituzione.

Il terzo imperativo deontologico è il costante esercizio del *dubbio metodico*: il che significa assicurare un costante confronto degli assunti interpretativi raggiunti con tutte le altre possibili opzioni ermeneutiche, a cominciare ovviamente da quelle prospettate da tutte le parti processuali. In effetti, il dubbio metodico è il contraltare, sul piano dell'"interiore" processo interpretativo del giudice, del fondamentale principio del contraddittorio. È, in fondo, la naturale estensione

del contraddittorio dal terreno dell'accertamento probatorio del fatto al terreno della formazione della soluzione ermeneutica da parte del giudice. Sarà un gran passo in avanti quando i processi penali cesseranno di essere "giocati" prevalentemente sul piano (della violazione) delle regole puramente procedurali, per dare invece maggiore spazio, da un lato, alla valutazione delle prove e, dall'altro, alla discussione della *quaestio iuris* così che la soluzione interpretativa sia il prodotto di un creazionismo "controllato" e in fondo condiviso.

Un traguardo, quest'ultimo, che presuppone uomini e donne dotati di adeguata preparazione professionale, tecnica culturale ed etica, e una macchina organizzativa che non sia costantemente ingolfata se non addirittura *in panne*.

Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale

SOMMARIO: 1. Sistema delle fonti: particolarità della legalità penale. – 2. Il diritto giurisprudenziale: anche nella materia penale? – 3. L'espansione del diritto giurisprudenziale – 4. Recenti orientamenti della Corte costituzionale per il rispetto della legalità penale. – 5. Importanza della uniformità giurisprudenziale. – 6. Qualche criterio di deontologia interpretativa per il giudice penale.

1. Sistema delle fonti: particolarità della legalità penale

La tematica delle fonti del diritto, come bene si osserva nelle considerazioni di presentazione del corso, è oggi particolarmente difficile. Le difficoltà derivano, a ben vedere, dal fatto che le disposizioni delle preleggi¹, il cui capo primo è intitolato alle “fonti del diritto”, sono state in massima parte superate, a partire dalla Costituzione repubblicana e da tutte le innovazioni che sono successivamente intervenute nella previsione delle fonti sia del diritto statale, sia degli ordinamenti sovra-statali ed infra-statali raccordati con il primo. Il precedente sistema delle fonti più non esiste e l'interprete del diritto si trova, oggi, di fronte ad una realtà molto complessa perché caratterizzata dalla pluralità di fattori di produzione di norme giuridiche, i cui rapporti egli deve previamente definire prima di individuare quale sia la norma applicabile nei singoli casi. La complessità è tale che addirittura si è posta in dubbio² l'esistenza di un “sistema” delle fonti, capace, in quanto tale, di dare vita ad un ordinamento coerente e completo.

In questo ampio processo di trasformazione la legge ordinaria, fonte centrale del vecchio sistema delle fonti³, è stata coinvolta appieno.

¹ Le preleggi, e cioè le “disposizioni sulla legge in generale”, sono premesse al codice civile vigente, ma in realtà si riferiscono all'intero ordinamento giuridico.

² V., tra gli altri, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 537. Più di recente, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 63 ss.

³ Ed infatti il capo secondo delle citate preleggi disciplina, tra le fonti elencate nel precedente art. 1, solo la “applicazione della legge in generale”.

Innanzitutto, per cause ordinamentali che potremmo dire fisiologiche. La rigidità della Costituzione repubblicana ha limitato la tradizionale onnipotenza del legislatore. La legge ordinaria statale è stata affiancata dalle leggi regionali. L'ordinamento comunitario (ora dell'Unione europea), derivante dalle limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost., si è posto su un piano ad essa sovraordinato⁴. Il raccordo della potestà legislativa ordinaria con l'ordinamento internazionale comporta, oltre all'automatico recepimento delle "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" (art. 10, comma 1, Cost.), il rispetto dei vincoli derivanti dalle convenzioni internazionali (art. 117, comma 1, Cost.)⁵.

Alle modifiche inerenti alla collocazione della legge ordinaria nel nuovo sistema costituzionale si è aggiunto il fenomeno patologico della sua frequente inidoneità a regolare in modo soddisfacente e giusto i conflitti e in generale la vita della collettività. Si è, cioè, abbassata in modo rilevante la qualità media della legislazione statale. Spesso le leggi appaiono complesse e non facilmente comprensibili, anche a causa di una redazione tecnica imperfetta⁶. Esse, inoltre, vengono modificate così rapidamente che non si ha il tempo di un loro consolidamento interpretativo⁷. Al fenomeno delle troppe leggi si aggiunge la situazione – di segno opposto – dei ritardi con cui il legislatore interviene a regolare una realtà sociale in rapidissima evoluzione, con la conseguente insorgenza di problemi nuovi che non trovano una soluzione diretta nella legislazione.

Tutti questi fattori hanno fatto sì che la legge ordinaria abbia perso la sua centralità nel sistema delle fonti⁸. Nell'attività giurisdizionale si fa sempre più ricorso all'applicazione di principi, desunti dalla Costituzione, dal diritto europeo o dalla CEDU.

⁴ La sovraordinazione non è di tipo gerarchico, poiché il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno è costruito dalla Corte costituzionale (a partire dalla sentenza n. 170/1984, Granital) secondo la teoria dualistica, che rende operante, per risolvere le antinomie tra i due ordinamenti, il criterio della competenza, e non quello di gerarchia.

⁵ Tra le convenzioni internazionali particolare importanza e frequenza di applicazioni ha la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), stante il suo contenuto di tutela dei diritti fondamentali. Ma l'art. 117, comma 1, Cost. si riferisce alla "generalità del diritto internazionale pattizio": così, di recente, C. cost. n. 102/2020, in relazione alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

⁶ Si pensi, per es., alla formulazione del comma 2 dell'art. 590-*sexies* c.p., sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

⁷ È il fenomeno della c.d. crisi della legge, su cui, nell'ambito di una bibliografia sterminata, ci si limita a citare B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011. Di recente A. RUGGERI si è chiesto: "Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?", in *Osservatorio sulle fonti* (periodico on-line), 2021, n. 2.

⁸ Per approfondimenti v. R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011.

In questa eventualità la regola del caso concreto non deriva dall'accertamento della sussistenza o meno della fattispecie delineata dalla legge (o da altra fonte primaria), ma viene costruita sulla base della applicazione di uno o più principi, i quali, limitandosi ad indicare valori, obiettivi e interessi, hanno la capacità di generare norme idonee a regolare la situazione concreta di fatto emersa nel giudizio⁹.

Al contrario, nel diritto penale la legge statale¹⁰ rimane la fonte centrale per il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., che fissa il principio di stretta legalità dei reati e delle pene. La Corte costituzionale ha interpretato in senso ampio il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., perché, attenendosi al suo tenore letterale (nessuno può essere "punito"), vi ha compreso ogni aspetto che comporta la punibilità del reato, e quindi ogni norma sfavorevole all'imputato: oltre le norme incriminatrici e di previsione delle pene¹¹, quelle relative alla esecuzione della pena quando incidono sulla libertà personale del condannato¹², quelle sulla durata della prescrizione, comprensive anche delle norme processuali che possono influire sulla durata stessa¹³.

Il principio di stretta legalità, come è noto, si specifica in più corollari (o sotto-principi) tra loro collegati: a) riserva di legge "tendenzialmente assoluta"¹⁴, per quanto attiene alla fonte; b) determinatezza (o precisione) della disposizione legislativa¹⁵; c) tassatività dei casi in essa compresi, onde il giudice non può farne una applicazione analogica; d) irretroattività della legge. I primi due corollari concernono l'attività legislativa, il terzo pone limiti all'attività giudiziaria, il quarto riguarda ambedue le attività.

⁹ Sui principi come "norme costruite senza fattispecie" v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 191.

¹⁰ La competenza solo dello Stato, e non anche delle regioni, nella materia penale, affermata costantemente dalla Corte costituzionale (a partire dalla sentenza n. 6/1956), oggi trova fondamento nell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost.. La legge va intesa in senso non formale (legge parlamentare), ma materiale, comprensiva cioè degli atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi), secondo la giurisprudenza della stessa Corte (v. C. CUPELLI, in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. 1, Milano, 2021, 9 ss.).

¹¹ Alla previsione dei reati e delle pene è invece limitato il principio di legalità penale espresso dall'art. 7 della CEDU e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹² C. cost., sentenze n. 32/2020, 193/2020, 183/2021.

¹³ C. cost., sentenza n. 140/2021, su cui ci si soffermerà in seguito (§ 4).

¹⁴ Così la riserva viene qualificata in G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Milano, 2021, 70, a cui si rinvia anche per il significato della espressione.

¹⁵ Nel *Manuale* cit. nella nt. prec. il principio di determinatezza e quello di precisione vengono distinti. Ma mi sembra che, nel linguaggio usato dalla Corte costituzionale, per determinatezza si intenda proprio la formulazione precisa della disposizione legislativa.

Per la giurisprudenza – che è al centro dell’attenzione della presente relazione – l’aspetto più delicato è costituito dal divieto di analogia. La sua violazione nel singolo caso è denunciabile solo davanti al giudice penale, onde la vigilanza sul suo rispetto è affidata alla Cassazione. Ma non esiste alcun rimedio se il divieto è violato dalla stessa Cassazione, non potendo al riguardo essere direttamente investita la Corte costituzionale. Ciò comporta una particolare e vigile attenzione da parte della giurisprudenza penale.

Per effetto di tale divieto l’interprete è legato alla fattispecie legale, che non può essere applicata oltre i casi considerati dalle norme penali, almeno quando esse sono sfavorevoli al reo (divieto di analogia *in malam partem*)¹⁶. In questo ambito non è, quindi, consentita una giurisdizione per principi, a differenza che in tutti gli altri settori del diritto.

Su questo divieto è, di recente, intervenuto un monito della Corte costituzionale, che è importante subito segnalare. Esso è contenuto nella sentenza n. 98/2021, che pur essendo una pronuncia di inammissibilità, è di massimo rilievo sul tema in discorso¹⁷. La Corte, di fronte alla quale era stata sollevata una questione attinente a norma processuale, ha rilevato *ex officio*¹⁸ che la prospettata (dal giudice *a quo*) applicazione dell’art. 572 c.p. (maltrattamenti

¹⁶ L’ammissibilità della analogia a favore del reo (*in bonam partem*), ammessa da ampia parte della dottrina, è stata, di recente, riconosciuta dalle Sez. un. della Cassazione nella sentenza 20 novembre 2020-17 marzo 2021, n. 10381, la quale ha affermato che la non punibilità prevista dall’art. 384, comma 1, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi abbia commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente “*more uxorio*” da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell’onore.

¹⁷ F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. e processo.*, 2021, 1218, nell’annotare la sentenza della Corte costituzionale, ritiene che essa costituisca “un forte richiamo per i giudici comuni” al rispetto del divieto di analogia delle norme incriminatrici. L’importanza della sentenza è segnalata da un comunicato della stessa Corte di particolare analiticità (riportato integralmente anche nella citata nota di Palazzo). Secondo altro annotatore (M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5 ottobre 2021, § 2), con la citata sentenza n. 98 la Corte costituzionale “fa capolino sul terreno della legittima estensione dell’interpretazione giudiziale, iniziando a rivendicare il proprio ruolo di guardiano anche della legalità ermeneutica”.

¹⁸ Il rilievo di ufficio della mancata considerazione (sia nella ordinanza di rimessione della questione, sia nella difesa della Avvocatura dello Stato) del divieto di analogia *in malam partem* va segnalato perché esso sta ad indicare che la Corte ha colto l’occasione per intervenire su un aspetto del principio di (stretta) legalità penale su cui, come si è rilevato nel testo, esiste un vuoto di tutela costituzionale. Il presupposto che mi sembra implicito nell’intervento della Corte è la (ritenuta) esistenza di una giurisprudenza poco attenta al rispetto del divieto.

contro familiari e conviventi) nei confronti di una donna con cui esisteva una relazione affettiva stabile, senza però una continuativa convivenza, poteva comportare che in detta norma incriminatrice si sarebbe fatta rientrare una situazione non riconducibile al significato letterale delle espressioni usate dal legislatore. Questa interpretazione poteva porsi, secondo la Corte, in violazione del principio di legalità, secondo cui “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”¹⁹. Questo principio costituisce una garanzia per il destinatario della norma penale che confida sul suo testo letterale e tutela altresì la separazione dei poteri, la quale implica l’attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti ed irrilevanti. Il limite testuale del delitto di maltrattamenti non può essere superato neanche per la finalità di assicurare una maggiore tutela a persone particolarmente vulnerabili in quanto legate da rapporti affettivi con l’autore della condotta abusiva. Quest’ultima considerazione – osserva alla fine la Corte – potrebbe condurre ad “una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, ma preclusa dall’art. 25, secondo comma, Cost.”²⁰.

La conclusione della sentenza della Corte richiama in modo chiaro i limiti che il principio di stretta legalità penale pone all’interprete delle norme incriminatrici o comunque sfavorevoli al reo.

2. Il diritto giurisprudenziale: anche nella materia penale?

La crisi della legge ha comportato un maggiore spazio acquistato dall’interpretazione e quindi dalla giurisprudenza, tanto che ormai si è soliti configurare un diritto giurisprudenziale, costituito dai precedenti giudiziari²¹, affiancato al diritto legislativo.

¹⁹ Va rilevata l’aggiunta dell’aggettivo “*stricta*” alla formulazione del principio che, nella normale indicazione, non la contiene. L’aggiunta va resa con l’espressione di “stretta legalità”, idonea a contrassegnare la legalità penale rispetto al principio di legalità espresso in tante altre disposizioni della nostra Costituzione.

²⁰ La Corte ha rilevato “il mancato confronto” – da parte del giudice *a quo* – “con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale *in malam partem*”, onde ha ravvisato nella ordinanza di remissione “una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate” (di natura processuale).

²¹ V. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, 705 ss.. L’Autore rileva un avvicinamento fra ordinamenti di *common law* (caratterizzati dallo *stare decisis*) e ordinamenti di *civil law*, in cui i giuristi nutrono diffidenza verso l’inclusione dei precedenti giudiziari tra le fonti del diritto.

Alla teorica dell'esistenza di un diritto giurisprudenziale ha giovato, altresì, la distinzione concettuale tra disposizione e norma²². La disposizione è l'enunciato linguistico contenuto in un atto normativo, la norma è il significato dell'enunciato, desunto attraverso l'attività interpretativa, e quindi prodotto dall'interpretazione. Conseguenza che la norma, che è l'elemento base del diritto oggettivo²³, non preesiste alla interpretazione ed alla pronuncia giudiziaria, ma è il risultato della stessa. La pronuncia accerta l'esistenza della disposizione rilevante per la soluzione del caso concreto, ma è creativa della norma applicata e cioè della regola posta a base della decisione.

È opportuno subito precisare i limiti di questa "creazione": le norme poste a base della decisione giudiziaria "debbono essere compatibili con le leggi prodotte dal legislatore, le quali a loro volta devono essere compatibili con la Costituzione"²⁴.

In ordine alla rilevanza giuridica del precedente, e quindi al suo essere fonte del diritto, non ci può limitare alla tradizionale affermazione che esso ha in ogni caso una efficacia meramente persuasiva. Questa affermazione non tiene conto che il principio di diritto affermato dalle sezioni unite della Cassazione pone, oggi, il dovere giuridico delle sezioni semplici della stessa Corte di rimettere la decisione del ricorso alle stesse sezioni unite qualora il principio non venga condiviso (art. 618 c.p.p., corrispondente all'art. 374 c.p.c.) e quindi ha l'effetto di vietare una decisione che si discosti da esso. Per i giudici di merito vi è un dovere di diligenza di conoscere l'orientamento della Cassazione e di esplicitare le ragioni per le quali, eventualmente, si ritenga di non seguirlo²⁵.

Più in generale, i precedenti giudiziari, anche di merito, contribuiscono a formare il diritto vivente, che assume rilievo giuridico nelle pronunzie della Corte costituzionale. In tal modo essi assumono, come ha osservato di recente Viganò, "un ruolo con-formativo del diritto negli spazi che le fonti normative interpre-

²² Sulla distinzione v. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 207. Essa è condivisa ormai ampiamente in dottrina. Nell'ambito di una vasta letteratura v., da ultimo, F. MODUGNO-A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021; ivi, in particolare, il saggio di MODUGNO, *Contro la negazione della distinzione tra disposizione e norma*. Nella dottrina penale M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 87 ss..

²³ G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 19.

²⁴ Così F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 19 gennaio 2021, 17. Questo scritto contiene considerazioni che valgono per ogni giudice (e non solo per la Corte costituzionale) ed ha costituito un punto di riferimento essenziale per le posizioni qui espresse.

²⁵ Sui doveri affermati nel testo v. M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisprudizione. Spunto per un confronto*, in *Sistema penale*, n. 3/2020, 62 ss.. Ovviamente occorre che l'orientamento della Cassazione sia ben definito e non oscillante.

tate lasciano aperti”, un “ruolo che si attua mediante la formulazione di norme generali ed astratte, destinate a regolare classi più specifiche di sotto-fattispecie rispetto alle più generali fattispecie previste dal legislatore”²⁶.

Questa funzione di specificazione delle disposizioni di legge attraverso la giurisprudenza può aversi anche nel diritto penale? Qui opera un altro corollario del principio di stretta legalità costituito dal principio di determinatezza e precisione della legge penale, perché, come si è detto, spetta al legislatore distinguere, attraverso disposizioni chiare e precise, le condotte vietate da quelle consentite. Non è perciò possibile che si giunga ad una determinazione del precetto penale attraverso l’attività interpretativa del giudice²⁷.

Va, però, tenuta presente “l’ineliminabile polisemia del linguaggio, da cui consegue la necessità di una *scelta* da parte del giudice del significato da attribuire al testo legislativo”²⁸. Anche la legislazione penale, per quanto precisa possa essere una disposizione, ha bisogno di essere interpretata. I maggiori limiti che qui sono posti all’interpretazione (rispetto alle disposizioni degli altri settori del diritto), se operano quando si compie questa attività, non incidono sulla natura ed efficacia di precedente della interpretazione compiuta dalla pronuncia prioritariamente emanata, la quale pertanto contribuisce a con-formare il diritto non diversamente da ciò che avviene rispetto alla legislazione non penale.

Il diritto giurisprudenziale si forma, pertanto, anche nella materia penale²⁹.

3. L’espansione del diritto giurisprudenziale

All’ampliamento dello spazio occupato dalla giurisprudenza nella formazione del diritto, possibile anche nella materia penale, hanno dato un forte contributo le c.d. interpretazioni conformi a fonti sovraordinate, in diversi modi, alla legge.

²⁶ In tal senso l’*abstract* dello scritto di F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., ove sono anche specificate le modalità attraverso le quali il diritto vivente può determinare il tipo di pronuncia della Corte costituzionale (§ 3.2). V., per es., la sentenza n. 32/2020, § 4.5, ove si afferma che l’esistenza di un diritto vivente in senso contrario a quello ritenuto conforme a Costituzione impone alla Corte l’emanazione di una sentenza di illegittimità, anziché una pronuncia interpretativa di rigetto.

²⁷ V., tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019, § 12 della parte in diritto.

²⁸ Così si esprime F. PALAZZO, in F. PALAZZO – F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 79. L’Autore non nega, però, il ruolo comunicativo del linguaggio, per effetto del quale resta fermo un nucleo di significato sottratto a scelte interpretative.

²⁹ Per una decisa affermazione del “diritto penale giurisprudenziale” v. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 126 ss., ove sono indicati anche i precedenti, approfonditi scritti dell’Autore sull’argomento. Fiandaca, mentre afferma l’esistenza della giurisprudenza come fonte del diritto, “se non *de iure*, almeno *de facto*” (p. 133), non manca di porre “margini” all’attività interpretativa.

Così queste fonti prevalgono sulle fonti legislative, oltre che in modo espresso, anche attraverso l'estrazione, in via interpretativa, di norme modificative o sostitutive di quelle desunte dalla legge.

Dal punto di vista storico ed anche per il rilievo del fenomeno, la priorità va riconosciuta all'interpretazione conforme a Costituzione. Nella prima esperienza della Corte costituzionale, questa interpretazione era considerata soltanto auspicabile di fronte alla prospettazione di un dubbio di legittimità costituzionale; successivamente essa è stata ritenuta doverosa.

È noto l'orientamento seguito in passato dalla detta Corte (a partire dalla sentenza n. 336/1996) secondo cui "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Questo orientamento comportava la pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice se la rimessione alla Corte non fosse stata preceduta dal tentativo infruttuoso dello stesso giudice di pervenire al medesimo risultato ritenuto conforme alla Costituzione attraverso la mera interpretazione del diritto vigente³⁰. In tal modo il giudice comune era stimolato a superare il disposto espresso delle fonti primarie attraverso l'applicazione delle norme e dei principi costituzionali. Il che, come si è rilevato a proposito del divieto di analogia, non è consentito in materia penale, se comporta un'applicazione della disposizione legislativa *in malam partem*.

In un secondo momento si sono affermate le interpretazioni conformi a fonti sovra-statali, ma esterne all'ordinamento nazionale, e cioè alla CEDU ed all'ordinamento europeo.

Maggior rilievo nella materia penale ha assunto l'interpretazione conforme alle norme della CEDU, la cui osservanza, nella realtà, si è imposta a seguito delle sentenze con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia. Questa interpretazione ha presentato elevate difficoltà sia per l'incertezza di collocazione della CEDU (recepita in Italia con legge ordinaria) nel sistema delle fonti nazionali, sia perché la legalità penale della CEDU (come interpretata dalla Corte a cui è riservato questo compito³¹) è sensibilmente diversa dalla legalità nazionale.

³⁰ In senso critico all'orientamento della Corte costituzionale M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 391. L'Autore rileva gli "eccessi" di tale tipo di interpretazione.

³¹ V. l'art. 32 della CEDU, che attribuisce alla Corte di Strasburgo la competenza su "tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione".

Per il primo aspetto, l'incertezza sulla posizione della CEDU è venuta meno a seguito delle sentenze C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, secondo le quali le norme della CEDU, per effetto del rinvio disposto dall'art. 117, comma 1, Cost., hanno il rango sub-costituzionale di "norme interposte", che non conferiscono al giudice comune il potere di disapplicare le norme interne con le prime contrastanti, ma determinano l'insorgenza di una questione di legittimità costituzionale da rimettere alla relativa Corte. Da questa impostazione deriva il dovere del giudice nazionale di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alle disposizioni della CEDU, come intese dalla Corte di Strasburgo. Limiti al divieto di interpretazione conforme sono stati indicati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015³².

In ordine al secondo aspetto, senza approfondire l'ampio tema dei contenuti della legalità convenzionale³³, ci interessa osservare che per la Corte europea non rileva la riserva di legge, e quindi la fonte del precetto e della sanzione³⁴, ma la qualità della norma, che deve rendere, per l'agente, prevedibili le conseguenze della propria condotta. In tal modo assume rilievo giuridico più che la *law in the books*, la *law in action*, e cioè quello che abbiamo già indicato come diritto vivente. La legalità convenzionale, pertanto, richiede in modo essenziale l'uniformità di applicazione della legge³⁵, in modo che il principio costituzionale di uguaglianza si attui non solo rispetto alla previsione astratta di legge, ma altresì

³² V. sul punto anche Sez. un., 24 ottobre 2019-3 marzo 2020, n. 8544, Genco, secondo cui i principi enunciati dalla sentenza della Corte EDU sul ricorso Contrada (su cui *infra*, la nt. 34) non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea, in quanto la citata sentenza europea non è una sentenza pilota e non può neppure ritenersi espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea.

³³ V., al riguardo, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 aprile 2017. Secondo la condivisibile opinione di questo Autore, le due legalità non devono considerarsi antinomiche, ma piuttosto come complementari, in modo da sommare le garanzie dell'una (nel nostro discorso, la riserva di legge prevista dalla Costituzione) con la prevedibilità del diritto vivente richiesta dalla Corte di Strasburgo. Nello stesso senso è il pensiero di G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., 147, secondo cui "l'art. 7 CEDU può, già sul piano del diritto italiano vigente, essere considerato norma integrativa dell'art. 25, comma 2, Cost."

³⁴ L'art. 7 CEDU considera la previsione legale del reato "secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale", quindi non solo secondo la legge. Dei due testi ufficiali della Convenzione, il testo francese, a cui corrisponde la traduzione in italiano, usa il termine "*droit*" e non "*loi*".

³⁵ È sufficiente richiamare la nota sentenza Contrada (Corte EDU, 14 aprile 2015), che ha ritenuto la figura del concorso esterno nella associazione mafiosa conforme all'art. 7 Cedu solo dal momento in cui si è formata una giurisprudenza uniforme della Cassazione sulla sua ammissibilità nell'ordinamento italiano.

per come essa si applica. E l'applicazione della legge penale si realizza soltanto attraverso il processo e la giurisprudenza³⁶.

Facilmente si intende come la conoscenza e l'applicazione della CEDU, richiesta dal dovere di interpretare il diritto nazionale in modo alla stessa conforme, abbia inciso sulla cultura dei giudici ed abbia costituito una delle spinte al c.d. attivismo giudiziale, menzionato nella scheda di presentazione del nostro corso.

Più recente è l'interpretazione conforme al diritto europeo nella materia penale. L'ordinamento della Unione europea ha segnato un profondo cambiamento nel rapporto tra il giudice e la legge. Esso ha legittimato il potere-dovere del giudice di non applicare il diritto interno ritenuto in contrasto con quello dell'ordinamento europeo. Si è avuta, in tal modo, una netta deroga alla soggezione del giudice alla legge prevista dall'art. 101 Cost.. Questa deroga, inizialmente, non ha interessato i penalisti, per l'estraneità della loro materia dalle competenze dell'Unione. Si sono, però, avuti casi in cui norme incriminatrici interne si sono dovute non applicare per effetto di normative dell'Unione, come interpretate dalla relativa Corte di giustizia. Questi casi, piuttosto sporadici³⁷ prima della approvazione del Trattato di Lisbona (in vigore dal 1° dicembre 2009), sono destinati ad aumentare in relazione alle competenze in materia penale attribuite da questo Trattato all'Unione³⁸.

³⁶ A differenza degli altri settori del diritto, in cui il diritto vivente si trae, oltre che dai giudizi, dalle condotte della collettività e dalle prassi instauratesi.

³⁷ Possono citarsi due casi di norme incriminatrici interne non applicate dalla giurisprudenza per contrasto con il diritto europeo, accertato previamente dalla Corte di giustizia: le disposizioni in materia di scommesse all'estero (CGUE, 6 marzo 2007, Placanica e, successivamente, CGUE, 6 febbraio 2012, Costa e Cifone, in relazione ad una normativa nazionale successiva alla prima sentenza europea); la disciplina interna sul diritto di autore, ritenuta contrastante con il diritto europeo per vizi procedurali relativi al contrassegno SIAE (CGUE, 8 novembre 2007, Schwibbert). La non applicazione delle norme incriminatrici comporta anche la revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato, in applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p.

³⁸ Successivamente al Trattato di Lisbona, vanno segnalati i casi di CGUE, 28 aprile 2011, El Dridi, (relativa al contrasto con il diritto europeo del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento intimato dal questore: art. 14, comma 5-ter, T.u. sull'immigrazione) e, soprattutto, le due sentenze della Corte di giustizia 8 settembre 2015, Taricco, e 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., relative al contrasto della disciplina nazionale sulla prescrizione del reato con l'art. 325 TUF. In quest'ultimo caso la disapplicazione della normativa interna avrebbe comportato un effetto sfavorevole per il reo (a differenza di tutti i precedenti casi di non applicazione delle norme penali). La C. cost., nella sentenza n. 115/2018, ha affermato che questo effetto avrebbe concretizzato una violazione del principio di stretta legalità penale, nei corollari della irretroattività e della determinatezza della norma penale. Il caso si è, pertanto, concluso in senso opposto alla non applicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione (per una analisi della intera vicenda, nell'ambito di una letteratura quanto mai ampia, v. G. GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della "saga Taricco"*, in *Legislazione pen.*, 3 ottobre 2018).

La prevalenza del diritto europeo rispetto al diritto interno comporta che il giudice nazionale sia tenuto ad interpretare quest'ultimo in conformità al primo. In caso di dubbio egli può chiedere, in via pregiudiziale, una pronuncia della Corte di giustizia.

La non applicazione di una legge interna penale perché in contrasto con il diritto dell'Unione, sia pure nel rispetto del principio di legalità nazionale³⁹, prima e più ancora della interpretazione conforme allo stesso diritto, costituisce la manifestazione più evidente dell'ampliamento del potere del giudice rispetto alla legge e del conseguente formarsi del diritto giurisprudenziale.

4. Recenti orientamenti della Corte costituzionale per il rispetto della legalità penale

Il processo di progressivo ampliamento del diritto giurisprudenziale sta incontrando qualche rallentamento per effetto di recenti orientamenti della Corte costituzionale. Alcuni sono relativi specificamente al diritto penale, altri concernono l'intero ordinamento, ivi compresa la materia penale.

A) Attengono al solo diritto penale sia la sentenza n. 98/2021 (relativa all'osservanza del divieto di analogia), che si è ritenuto di inserire all'inizio di questa relazione (v. *retro*, §1) per l'alta significatività che essa presenta per l'attività giudiziaria penale, sia l'orientamento più rigoroso, espressosi recentemente, sul rispetto, da parte del legislatore, del principio di determinazione (o precisione) della legge penale.

La giurisprudenza tradizionale della Corte, pur affermando tale principio costituzionale, ne aveva fatto rara applicazione perché pochissime erano state le pronunzie che ne avevano rilevato la violazione da parte del legislatore, essendo stata attribuita rilevanza, al fine della legittimità della disposizione, alla sua uniforme applicazione giurisprudenziale⁴⁰. Una inversione di tendenza si è avuta

³⁹ Come si desume dalle vicende della c.d. saga Taricco, richiamate nella nt. precedente. Sui limiti che, in generale, l'interpretazione conforme incontra in materia penale v., anteriormente al caso Taricco, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2015, 391.

⁴⁰ V., per es., la sentenza n. 172/2014, relativa all'art. 612 c.p. (atti persecutori). Per un esame analitico della giurisprudenza della Corte nei primi cinquanta anni della sua attività v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 49. L'Autore rileva che "il postulato metodologico da cui implicitamente muove la Corte è che il significato interpretativo da cui trae determinatezza la norma non è ottenibile se non attraverso la mediazione ermeneutica" (p. 66). È una posizione opposta a quella che la Corte assumerà nei tempi recenti, come si precisa nel testo.

con la già citata sentenza n. 115/2018⁴¹, che ha fatto valere il principio di determinatezza della norma incriminatrice come controlimito all'ordinamento europeo, affermando che nessuna interpretazione può "surrogarsi integralmente alla *prae-via lex scripta*" (§12) e che "l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo" (§11).

L'orientamento di maggiore rigore sul principio di determinatezza, richiamato in motivazione dalle successive sentenze n. 24/2019 e n. 98/2021, ha trovato recente applicazione da parte di C. cost., 6 luglio 2021, n. 140. Questa sentenza ha avuto per oggetto una disposizione legislativa approvata in relazione all'epidemia da COVID-19, che facoltizzava i capi degli uffici giudiziari ad adottare misure di contrasto dell'epidemia, tra le quali il rinvio delle udienze non oltre una certa data, e disponeva altresì la sospensione del corso della prescrizione dei reati per il tempo di durata del rinvio. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sospensione del corso della prescrizione per violazione del principio di determinazione, osservando che la norma processuale sulla sospensione del processo, "il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario", presentava "un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione"⁴².

È interessante osservare che la fattispecie legislativa relativa al rinvio delle udienze penali è stata giudicata indeterminata rispetto all'effetto di allungamento della prescrizione, ma è stata implicitamente ritenuta rispettosa del principio di legalità processuale fissato dall'art. 111, comma 1, Cost., secondo cui ogni processo è "regolato dalla legge"⁴³. Il che sta a confermare il contenuto particolare della (stretta) legalità penale (sostanziale).

⁴¹ V. *retro*, la nt. 37. Sul punto v., specificamente, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 11 luglio 2018 (v., in particolare, il § 11: *una determinatezza distonica rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte*).

⁴² La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 9, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lett. g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020.

⁴³ La riserva di legge posta dall'art. 111, comma 1, Cost. si ritiene essere assoluta: A. ANDRONIO, *Commento all'art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, III, Torino, 2006, 2112.

Il maggiore rigore della Corte costituzionale sul rispetto, da parte del legislatore, del principio di determinatezza delle disposizioni penali ha il chiaro effetto di limitare l'attività interpretativa del giudice, evitando che, attraverso di essa, si colmino difetti di precisione delle stesse.

B) Altri due orientamenti della Corte costituzionale restrittivi del diritto giurisprudenziale riguardano, non la sola materia penale, ma tutti i settori dell'ordinamento giuridico. La materia penale non rimane, però, estranea al loro ambito.

B1) Il primo orientamento consiste nella riduzione del ruolo della interpretazione conforme a Costituzione nell'ambito della pregiudiziale costituzionale. A partire dalla sentenza n. 221 del 2015⁴⁴ la Corte non richiede più che il giudice *a quo*, nel sollevare una questione di legittimità costituzionale, dimostri, a pena di inammissibilità della questione, che sia impossibile raggiungere lo stesso risultato in via interpretativa, ma è sufficiente che egli motivi in modo plausibile la propria interpretazione della disposizione legislativa. La possibilità di una interpretazione alternativa che sia conforme alla Costituzione non concerne più l'ammissibilità della questione, ma rientra nel giudizio di merito sulla questione proposta alla Corte. Il precedente orientamento aveva sostanzialmente avviato il controllo di costituzionalità verso un sistema diffuso tra tutti i giudici comuni, con l'effetto, tra l'altro, di diminuire il numero delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, mentre il nuovo indirizzo ha recuperato il sistema centralizzato voluto dal Costituente⁴⁵.

B2) Il secondo orientamento della Corte costituzionale concerne l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Inizialmente la Corte ha af-

⁴⁴ La sentenza n. 221/2015 viene considerata un *turning point* della giurisprudenza: così V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 123. In questo saggio vi è una analitica esposizione delle modificazioni che ha subito l'interpretazione conforme a Costituzione e si considera anche "l'interpretazione conforme alle norme interposte". Di tutte le interpretazioni conformi si indicano gli essenziali limiti in materia penale: logici e assiologici.

⁴⁵ Sull'evoluzione subita dalla interpretazione conforme a Costituzione v. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, 195 ss. È interessante notare che la stessa Autrice, nella precedente edizione di questa opera (*Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 127) aveva segnalato "l'incertezza sul futuro" derivante dagli "eccessi dell'interpretazione conforme a Costituzione", che sarebbero potuti "restare limitati alle attuali sporadiche manifestazioni" ovvero, come possibile prospettiva alternativa, "aumentare".

fermato che presupposto della rilevanza della questione di costituzionalità era la conformità della disposizione legislativa nazionale al diritto comunitario, onde la pregiudiziale comunitaria (e cioè la rimessione alla Corte di giustizia) aveva la precedenza rispetto alla questione di costituzionalità. Questa veniva dichiarata inammissibile dalla Corte qualora non fossero stati superati i dubbi di conformità al diritto europeo, che, se fondati, avrebbero potuto condurre alla non applicazione della norma interna, rendendo irrilevante nel giudizio *a quo* la questione di costituzionalità. Per effetto di questo orientamento la Corte costituzionale è rimasta estranea alla applicazione del diritto comunitario⁴⁶, la quale è stata sostanzialmente riservata ai giudici comuni, in dialogo con la Corte di giustizia di Lussemburgo.

Questa situazione non ha suscitato reazioni sino a quando il diritto comunitario si è limitato essenzialmente alle attività economiche, ma si è rivelato inaccettabile quando, a seguito del Trattato di Lisbona e della approvazione della Carta dei diritti fondamentali, il diritto europeo ha riguardato diritti, in buona parte identici a quelli della nostra Costituzione. Questa consapevolezza ha determinato, di recente, il superamento del precedente indirizzo della Corte. Esso è stato preannunciato da un famoso *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017, in cui la Corte ha affermato che non avrebbe più dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate per contrasto delle disposizioni nazionali con il diritto europeo. Al giudice comune si è, perciò, attribuita la scelta tra la pregiudiziale comunitaria e quella costituzionale. Sulla coesistenza dei due strumenti processuali la Corte è poi intervenuta con diverse puntualizzazioni in pronunzie emanate nel 2019 (n. 20, 63, 112, 117), nel 2020 (n. 11, 44, 182), nel 2021 (n. 49, 216, 217).

Non occorre entrare in questo argomento complesso⁴⁷. È sufficiente, ai nostri fini, osservare che il nuovo orientamento della Corte costituzionale permette al giudice comune di evitare pronunzie di disapplicazione (per contrasto con il diritto europeo) limitate al caso da lui deciso, rendendogli invece possibile di chiedere alla detta Corte una pronunzia di illegittimità che invalida la disposizione nazionale in modo definitivo ed *erga omnes*⁴⁸. Nello stesso tempo si è resa

⁴⁶ Unica eccezione alla regola indicata nel testo era costituita dalle norme europee che non erano applicabili direttamente nello Stato membro.

⁴⁷ Sull'argomento v., ampiamente, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 183 ss.

⁴⁸ Il nuovo orientamento della Corte si deve anche al fatto che essa, negli anni recenti, non si è più rifiutata di rivolgersi, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia (art. 267 TFUE), ma ha iniziato a prospettare alla Corte europea, in via pregiudiziale, questioni di interpretazione e di validità delle norme dell'Unione europea.

possibile l'instaurazione di un dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, utile per dare maggiore autorevolezza alle posizioni nazionali e realizzare altresì risultati di maggiore certezza. Si pensi, al riguardo, alla esperienza del caso Taricco, ove, se non fosse intervenuta la Corte costituzionale, si sarebbe prodotta una enorme incertezza sugli effetti della citata sentenza della Corte di giustizia 8 settembre 2015 e, forse, non si sarebbe ottenuta l'importante precisazione che su questa pronuncia ha poi fatto la stessa Corte con la citata sentenza 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B. (ritenuta, da diversi interpreti, una parziale correzione della stessa).

Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, instauratosi negli anni recenti, ha già dato frutto, come – per limitarsi alla materia penale – risulta dalla sentenza della Corte italiana n. 84/2021, relativa ad una tutela uniforme del diritto al silenzio della persona fisica che sia indagata per un illecito amministrativo di natura punitiva o per un reato⁴⁹.

In conclusione, gli orientamenti della Corte costituzionale qui richiamati – diretti, da un lato, ad imporre al legislatore la formulazione precisa delle disposizioni incriminatrici e, dall'altro, a recuperare la dimensione accentrata delle valutazioni di costituzionalità ed il ruolo attribuito dalla Costituzione alla stessa Corte – si possono intendere come diretti a restringere lo spazio lasciato al diritto della giurisprudenza comune e ad accrescere, se non la certezza del diritto, almeno la prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁵⁰.

5. Importanza della uniformità giurisprudenziale

L'identica finalità che si è attribuita ad orientamenti recenti della Corte costituzionale è stata direttamente perseguita dal legislatore del processo penale attraverso le non poche modifiche alla disciplina del giudizio di cassazione apportate dalla l. 23 giugno 2017, n. 103. Di tutte le innovazioni la più importante per il

⁴⁹ L'ordinanza della Corte costituzionale n. 117/2019, che ha instaurato il dialogo definito dalla citata sentenza n. 84/2021 aveva fatto richiamo allo “spirito di leale collaborazione” con la Corte europea (§ 10). Anche le recentissime ordinanze della Corte costituzionale n. 216 e 217 del 2021, che sollevano pregiudiziali comunitarie relative al mandato di arresto europeo, si muovono in “un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia” (rispettivamente, § 9 e 8 delle ordinanze).

⁵⁰ Può interessare il seguente giudizio espresso da G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit. 148 (Autore che si è già visto essere favorevole all'affermazione dell'esistenza di un diritto giurisprudenziale): “certo è che i giudici italiani hanno tradizionalmente privilegiato più la libertà interpretativa che non la certezza giuridica e la logica del precedente; e questo atteggiamento di fondo non ha, ovviamente, per nulla contribuito finora a rendere ragionevolmente prevedibili le decisioni giudiziarie”.

nostro tema è il già richiamato art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., che intende rafforzare la funzione di nomofilachia realizzata dalle sezioni unite della Cassazione, a cui viene riservato il potere di innovare o comunque modificare i principi di diritto da esse affermati.

L'innovazione ha formato oggetto di un dibattito che non riprendo⁵¹. Mi preme soltanto osservare che essa è coerente con la funzione che nell'ordinamento ha la Corte di cassazione, secondo una visione che trova conferma nelle affermazioni della Corte di Strasburgo. Secondo questa Corte il contrasto interpretativo è ammissibile nella giurisprudenza di merito, ma non nel giudizio di legittimità davanti alla Corte che ha la funzione di garantire l'uniformità del diritto giurisprudenziale. I contrasti interni ad una Corte suprema violano il diritto della parte al giusto processo (art. 6 CEDU) e, quando si tratta di contrasto sulla norma incriminatrice, anche la legalità penale (art. 7 CEDU)⁵².

Purtroppo la Cassazione, per le sue dimensioni elefantache, trova molte difficoltà per la realizzazione della funzione di nomofilachia. Rimangono comunque utili le sezioni unite, le cui pronunzie costituiscono un punto di riferimento necessario soprattutto di fronte alle incertezze interpretative poste da leggi nuove. Ma non può negarsi che la struttura enorme della Corte (per numero di ricorsi e quindi per numero di giudici addettivi) non è coerente con la funzione ad essa affidata⁵³.

L'esigenza di uniformità giurisprudenziale, attraverso indirizzi di orientamento per le decisioni dei giudici di merito⁵⁴, spiega un caso controverso di cui

⁵¹ Mi permetto di rinviare al mio scritto *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 911 ss.. ove ho sostenuto che la rimessione obbligatoria alle sezioni unite della Cassazione non contrasta con la soggezione del giudice alla sola legge.

⁵² V., tra le altre, la sentenza 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo. In questa sentenza la Corte ha censurato l'assenza, all'interno della Corte suprema portoghese, di un mezzo idoneo a consentire l'impugnazione di una sentenza (civile) della Corte suprema che era difforme da altra precedente pronunzia sulla medesima questione di diritto: rimedio introdotto nel 2007, ma inapplicabile nel caso di specie *ratione temporis*.

⁵³ Rinvio, sul punto, alla mia relazione introduttiva in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. CADOPPI Roma, 2017, 27 ss..

⁵⁴ Un autore statunitense (J. Waldron) ha osservato che “nel diritto giurisprudenziale la stabilità è più importante che nel diritto legislativo, perché i cambiamenti sono potenzialmente più facili, e sono meno pubblici” (citazione tratta da G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, 2016, 231, nt.99). Pino rileva che “una legalità penale ispirata alle esigenze del *rule of law*” (inteso come “governo delle leggi”, contrapposto a “governo degli uomini”), “richiede che nella magistratura ordinaria vi sia una tendenziale stabilità degli orientamenti interpretativi”.

ho fatto esperienza quando ho presieduto le sezioni unite penali della Cassazione. Mi sembra utile soffermarvisi perché esso rende chiaro il problema del rapporto tra legislatore e giudice.

In tema di stupefacenti l'art. 80 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 prevede come circostanza aggravante dei delitti indicati nel precedente art. 73 "se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanza stupefacente". La circostanza incide in misura rilevante sulla pena perché ne determina l'aumento dalla metà a due terzi. Di fronte ad una casistica di pronunzie di giudici di merito estremamente variabile sulle quantità definibili "ingenti", le sezioni unite, con la sentenza 24 maggio 2012, n. 36258, individuarono un limite quantitativo al di sotto del quale l'aggravante non poteva ritenersi sussistente⁵⁵, desumendolo dalla quantità massima di sostanza stupefacente detenibile da un soggetto per uso personale, fissata per ogni tipo di sostanza da un decreto ministeriale (c.d. dose-soglia, il cui superamento concretizza un reato, anziché l'illecito amministrativo previsto dall'art. 75 dello stesso testo normativo). A questo valore-soglia (dell'esistenza del reato) si è applicato un moltiplicatore numerico fissato sulla base dei dati esperienziali risultanti da una indagine dell'ufficio del Massimario sui casi pervenuti in Cassazione negli anni precedenti. Su questo orientamento, elaborato dalla sez. sesta della Corte ma criticato dalla sez. quarta, il collegio delle sezioni unite non è stato unanime, come risulta dal fatto che l'estensore della sentenza è stato un magistrato diverso dal relatore.

La pronunzia ha incontrato critiche in dottrina per essere andata al di là dei limiti della interpretazione⁵⁶. Pur nella consapevolezza della opinabilità delle soluzioni, ritengo che l'orientamento delle sezioni unite, confermato di recente dallo stesso organo con la sentenza 30 gennaio 2020, n. 14722, abbia avuto l'effetto positivo di consentire uniformità nell'applicazione della disposizione legislativa, superando le enormi difformità esistenti in precedenza nella giurisprudenza di merito. La dottrina critica ha prospettato la strada alternativa di chiedere l'illegittimità costituzionale della previsione della "ingente quantità", ma non mi pare

⁵⁵ Ferma, comunque, la valutazione discrezionale del giudice del merito sulla sussistenza dell'aggravante nell'ipotesi di superamento del limite quantitativo.

⁵⁶ V. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 81, secondo cui si è in presenza di una "evidente usurpazione del ruolo del legislatore", perché di fronte ad un concetto legislativo impreciso si sarebbe dovuta sollevare questione di costituzionalità. Per una valutazione favorevole della sentenza v., invece, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Atti del Convegno della Associazione italiana professori di diritto penale, Napoli, 2016, n. 72. Ritiene la soluzione della sentenza "accettabile", pure se "estrema e al limite", F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 2017, 69.

che essa sia più generica di altre previsioni di ordine quantitativo comunemente accettate, come “il danno patrimoniale di rilevante gravità” o di “speciale tenuità” (rispettivamente, art. 61, n. 7 e art. 62, n. 4 c.p.). Va altresì considerato che, almeno nel 2012, la Corte costituzionale non aveva ancora adottato, sul rispetto del principio di determinatezza e di precisione del precetto penale, i criteri di maggior rigore che, come si è visto, essa ha seguito in anni recenti.

6. Qualche criterio di deontologia interpretativa per il giudice penale

Più che le norme sono importanti i comportamenti. In un ordinamento che, come si è visto, è soggetto a frequenti mutamenti nelle fonti e negli indirizzi interpretativi, il rispetto della legalità penale credo che sia affidato anche alla deontologia dei magistrati, che una istituzione scolastica, anche se di elevato livello, non può pertanto ignorare.

Da qui l'utilità di chiudere questa relazione con alcuni – pochi – criteri di deontologia interpretativa per giudici penali e, in parte, per pubblici ministeri. È una conclusione indubbiamente non usuale, ma la mia lunga esperienza giudiziaria me la fa ritenere opportuna. D'altro canto anche la dottrina, preso atto del valore dei precedenti giudiziari e della maggiore rilevanza della nomofilachia, si sta impegnando nella elaborazione di una “deontologia ermeneutica”⁵⁷ o “dell'interpretazione”⁵⁸.

6.1. Un primo criterio è di carattere generale e, direi, di natura culturale. Il dibattito attuale sul diritto giurisprudenziale è ispirato soprattutto da orientamenti di filosofia del diritto ad indirizzo antipositivistico, i quali oggi sono forse dominanti nella cultura giuridica. Questo indirizzo non può essere seguito pedissequamente nella materia penale, in cui le ragioni di fondamentale garanzia che si sono in precedenza richiamate impongono il rispetto del diritto positivo, almeno per quanto attiene alle norme incriminatrici o comunque sfavorevoli per il reo. Per non limitarmi ad un discorso teorico posso esemplificare riferendomi ad un recente saggio molto apprezzato in cui si legge che “siamo passati da un impianto tipicamente normo-legislativo a un assetto prevalentemente normo-giurisdizionale, con conseguente attenzione non al momento di posizione dell'enunciato, ma al momento applicativo e quindi alle istanze ed esigenze emergenti dal contesto sociale al fine di pervenire ad una soluzione giuridica che in quel

⁵⁷ Cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 2018, 2222.

⁵⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1249.

contesto venga considerata giusta”⁵⁹. È chiaro che questo brano non può essere riferito alla giustizia penale ove il perseguimento di una “soluzione giuridica giusta”, rispondente eventualmente alle istanze sociali che esigono la punizione di condotte dannose, non può essere mai il risultato di un superamento dell’enunciato legislativo⁶⁰. Onde la “giustizia” che il citato saggio intende elogiare senza distinzione alcuna non è quella penale.

6.2. Preoccupazione che direi principale del magistrato penale deve essere quella di evitare l’applicazione analogica delle norme incriminatrici, respingendo la spinta contraria che può derivare dal bisogno di punizione di condotte che si ritengono riprovevoli, perché il fine non giustifica il mezzo contrario al principio di legalità. Quindi, se vi è nell’ordinamento penale una lacuna, occorre arrestarsi ad essa, ricordando la ben nota frammentarietà del diritto penale. Nel dubbio sulla natura analogica o meno dell’applicazione nel caso concreto, è consigliabile un atteggiamento di *self restraint (in dubio pro analogia)*⁶¹.

6.3. Per il magistrato di merito è importante avvertire l’esigenza della uniformità giurisprudenziale e della prevedibilità delle interpretazioni-applicazioni del diritto. Questo obiettivo ha come strumento principale il conformarsi agli orientamenti stabili della giurisprudenza della Cassazione quando non vi siano motivi (da esplicitare) per discostarsene. Uno di questi motivi può essere proprio la ragionevole opinione che l’orientamento seguito dal giudice di legittimità contrasti con il divieto di analogia.

Per i giudici di legittimità il conformarsi ai principi di diritto affermati dalle sezioni unite costituisce ormai un dovere giuridico, che non opera solo qualora essi rimettano nuovamente la questione alle stesse sezioni unite. Ma, al di là della operatività del disposto dell’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., questi giudici devono essere sensibili alla funzione della istituzione di cui fanno parte. Si è richiamata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ritiene violata la CEDU qualora la Cassazione non riesca a realizzare una giurisprudenza uniforme e la conseguente certezza del diritto a cui essa è preposta.

6.4. È noto l’orientamento della Corte EDU sulla non retroattività dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, in quanto parificati ad una modifica

⁵⁹ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, 93. Sul saggio v. gli scritti di commento di dodici giuristi in *Foro it.*, 2021, V, 163 ss..

⁶⁰ Va fatta salva soltanto la possibilità che la soluzione giusta si raggiunga attraverso una analogia *in bonam partem*.

⁶¹ V. MANES, *Dalla “fattispecie”*, cit., 2230, parla di “approccio antianalogico (*in dubio pro analogia et abstinence*)”.

legislativa⁶². Siffatto orientamento vincola l'ordinamento italiano, ove però tale parificazione non è ammessa⁶³. Esso, comunque, può assumere rilevanza nel nostro diritto mediante l'applicazione dell'art. 5 c.p., come modificato dalla Corte cost. n. 364/1988, riconoscendo, in capo all'agente, l'ignoranza inevitabile del nuovo significato attribuito alla legge penale.

Va tenuto presente che la Cassazione, nel rispondere alla invocazione del citato orientamento della Corte di Strasburgo, ne ha negato l'applicazione perché ha ritenuto che, nei casi esaminati, non si fosse in presenza di un ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale consolidato (c.d. *overruling*)⁶⁴. Ritengo opportuno che, nei casi dubbi di orientamenti innovativi che aggravano la posizione del reo, il giudice faccia applicazione dell'art. 5 c.p., il quale, pur dopo la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, non ha ricevuto, nella prassi giurisprudenziale, quella applicazione che ci si sarebbe potuto attendere. Questa regola prudenziale, oltre che idonea a rendere giuste le sentenze che sono difficilmente prevedibili sulla base della giurisprudenza prevalente nel momento in cui sono emanate, è idonea ad evitare ricorsi alla Corte di Strasburgo per violazione del principio di legalità (art. 7 CEDU), come dalla stessa Corte interpretato.

⁶² V., tra le altre, Corte EDU, 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia; 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna. Al riguardo v. V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 271 ss.. V. anche V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2^a ed., Bologna, 2016, 145 e 269.

⁶³ Così C. cost., sentenza n. 230/2012.

⁶⁴ Cfr., tra altri casi, Cass., 24 aprile 2018, n. 37857 e 9 luglio 2018, n. 47510, ambedue con riferimento a fattispecie in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico in cui la Cassazione ha escluso la sussistenza di un *overruling* ad opera della sentenza delle Sez. un. n. 41210/2017, Savarese, rispetto alla precedente sentenza delle stesse Sez. un. n. 4694/2012, Casani. La Cassazione ha perciò ritenuto che non costituisce violazione dell'art. 7 CEDU l'applicazione della interpretazione dell'art. 615-ter c.p. fornita dalla più recente sentenza delle Sez. un. (quella del 2017) ad un fatto commesso prima della sua emanazione. Le Sez. un., nella già citata sentenza n. 8544/2020, Genco, hanno ribadito l'interpretazione restrittiva del mutamento giurisprudenziale, affermando che esso si ha solo in presenza di una radicale innovazione della soluzione pregressa, inconciliabile con le precedenti decisioni, e non anche quando il mutamento si colloca nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile, che di per sé rende l'esito conseguito comunque possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario.

Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero¹

SOMMARIO: 1. Il più debole dei poteri? – 2. Il tema della legittimazione democratica dell'azione del pubblico ministero – 3. Discrezionalità e responsabilità – 4. Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni riguardano anche il pubblico ministero – 5. Il banco di prova della pandemia

1. Il più debole dei poteri?

Il più debole dei poteri? Così nel 1788 Publius (Alexander Hamilton) definiva il potere giudiziario rispetto all'esecutivo, nel famoso n. 78 dei *Federalist Papers*. Hamilton aveva dinanzi il sistema giudiziario di origine anglosassone e dunque non considerava nella definizione il pubblico ministero, ignoto in quell'ordinamento. I poteri oggi esercitati dal pubblico ministero erano allora attribuiti all'esecutivo. Si spiega bene, dunque, come Hamilton-Publius potesse dire che il giudiziario era privo di forza (*the Sword*) e di autonoma capacità a determinarsi (*the Will*), rispettivamente dell'esecutivo e del Parlamento.

In questi stessi anni in Francia emergeva, dal tentativo di limitare gli abusi di un potere giudiziario radicato nelle strutture sociali feudali, il corpo professionale intermediario tra esecutivo e giudiziario e che poi sarebbe divenuto il magistrato del parquet, in piedi dinanzi al giudice, che siede.

Per più di due secoli questa contrapposizione ha dominato la scena. Alla fine del secondo millennio, tuttavia, essa appariva ormai inadeguata a comprendere appieno la complessità delle relazioni tra i due sistemi. Nel 2009 un influente saggio di David Alan Sklansky, *Anti-Inquisitorialism*², descriveva le profonde trasformazioni parallelamente avvenute negli Stati Uniti e in Europa nei sistemi giudiziari, riconducendole a diversi fattori, tra cui il ruolo delle corti

¹ Si ripubblica il testo edito da *Questione Giustizia* il 6 giugno 2021 sui temi trattati nella tavola rotonda del corso.

² D.A. SKLANSKY, *Anti-Inquisitorialism*, in *Harvard Law Review*, vol. 122, n. 6/2009, pp. 1634 ss.

sovranzionali e il loro indiretto riflesso anche nella giurisprudenza delle corti superiori statunitensi³.

È ormai impossibile definire un modello puro, che ripercorra le linee della contrapposizione storica. Anche elementi un tempo definibili come caratterizzanti (ad esempio, in Italia, l'obbligatorietà dell'azione penale, o in Inghilterra e Galles il peculiare ruolo svolto dall'avvocato nella presentazione del caso al giudice) sono ormai contaminati nella loro purezza, quando non del tutto obliterati, e trasversalmente comuni a esperienze diverse. Nella direzione della omogeneizzazione si vanno sempre più dirigendo i Paesi europei, ancora una volta sotto la spinta potente della giurisprudenza della Corte EDU. Così, la ricerca dell'indipendenza del pubblico ministero colora il rapporto con l'esecutivo, anche laddove non muta la dipendenza funzionale; penso alla Francia e alla riforma del 2013 sulle istruzioni del Ministro. Queste tendenze aprono spazi un tempo impensabili all'indipendenza interna e fanno riflettere sugli effetti positivi della unicità delle carriere. La costituzione del *Crown Prosecution Service* in Inghilterra e Galles si sposa con l'indicazione di guidelines pubbliche e raggiunte a seguito del coinvolgimento della collettività nella loro deliberazione, limitandone la discrezionalità.

Ogni Paese adatta il modello di pubblico ministero, ereditato dallo Stato nazionale, alle esigenze di omogeneità e di rispetto della rule of law, derivante dall'adesione a strumenti convenzionali e dalle necessità di dialogo tra sistemi, imposte dalla transnazionalità dei crimini e dei processi. Così, pubblici ministeri di Paesi di lunga tradizione democratica si vedono preclusa dalla Corte EDU la qualità di autorità giudiziaria, a causa del rapporto di dipendenza dall'esecutivo o di direttive vincolanti, mentre per vero, anche in quelle realtà, prassi costanti e vincoli deontologici congiurano verso l'acquisizione di indipendenza di fatto.

Il modello di pubblico ministero si porrà in termini di non facile soluzione quando entrerà in funzione il procuratore europeo. La frizione tra esperienze diverse entrerà di forza nei singoli ordinamenti, creando potenziali conflitti di non facile soluzione.

³ Segnale di questo avvicinamento fu, infatti, anche la citazione di decisioni di corti europee in sentenze della Corte suprema, peraltro in casi divisivi, come la pena di morte, la legittimità della criminalizzazione dell'omosessualità o le *affirmative actions*. Ammissibilità e scopo di tali riferimenti furono oggetto di una celebre discussione tra i giudici della Corte suprema Scalia e Breyer, aperta dalla domanda del costituzionalista Dorsen: «When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. law, do we mean them to be authority or persuasive, or merely rhetorical?». Cfr. N. DORSEN, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4/2005, p. 519.

2. Il tema della legittimazione democratica dell'azione del pubblico ministero

Il più interessante sviluppo di questo lento processo è a mio avviso costituito dal tema della responsabilità, della legittimazione democratica dell'azione del pubblico ministero. Mi riferisco alla *accountability* di derivazione anglosassone; non è un caso che il nostro vocabolario renda incerta la traduzione, costringendoci a chiarire a quale "responsabilità" ci riferiamo. Mi occuperò degli aspetti più prossimi alla gestione dell'ufficio del concetto di responsabilità, affrontando solo indirettamente quelli più generali, attinenti alla legittimazione di una funzione pubblica nel contesto di una democrazia procedurale.

Un tempo l'esigenza della responsabilità del pubblico ministero aveva una risposta circolare: il pubblico ministero risponde a se stesso perché indipendente e vincolato alla obbligatorietà dell'azione. L'elaborazione del Csm aveva cercato di rompere questo circolo, ponendosi quale chiusura del circuito di responsabilità, nell'ambito del governo autonomo. Il pregiudizio anticonsiliare portò il legislatore del 2006 ad affermare la titolarità esclusiva dell'azione nel capo dell'ufficio di procura, prefigurando un ordinamento interno gerarchico, anche se in maniera incompleta e parzialmente corretta da interventi normativi successivi. Restava però in tutta la sua evidenza il dilemma semantico: il procuratore era responsabile nel senso di essere titolare dell'azione, ma non responsabile nel senso di rispondere a qualcuno del suo agire. Un grande potere senza responsabilità, nel senso di *accountability*.

L'obbligatorietà dell'azione penale copre, in realtà, solo una parte dell'agire del pubblico ministero e non necessariamente la più rilevante. Occorre intendersi. Il principio di obbligatorietà si sostanzia nell'individuazione dell'organo che decide sul non esercizio dell'azione; è dunque un tema di distribuzione dei poteri. Esso ha molte implicazioni, sia di carattere processuale che istituzionale e ordinamentale. La Corte costituzionale ne ha tratte in ogni campo, rendendoci consapevoli della sua importanza come principio, anche al di là degli effetti procedurali. Esso si lega strettamente all'indipendenza dell'organo e dei magistrati che lo compongono; ha dunque effetti anche sulla struttura interna dell'ufficio del pubblico ministero e vale ad attenuarne il carattere gerarchico.

Un riflesso fondamentale di quel principio per la discussione odierna è costituito dalla estensione anche al pubblico ministero della costruzione di quello giudiziario come potere diffuso. Ogni procuratore della Repubblica (e, in alcune esasperazioni, ogni magistrato del pubblico ministero) è di conseguenza autonomo nell'interpretazione della legge e financo nelle scelte di attuazione organizzativa della legge.

Il rispetto della obbligatorietà dell'azione implica che le scelte sulla non azione siano sottoposte al controllo giudiziario (e non di altri organi) e in applica-

zione della legge. La legge può prevedere anche casi di non azione (o di abbandono dell'azione) che si basino su ragioni di opportunità (ad esempio, la non necessità di perseguire fatti di minore rilievo, quando il danno è risarcito o vi è un ravvedimento operoso, etc.), che siano però formalizzate e dunque sottoponibili a controllo sulla base di parametri stabiliti ex ante.

3. Discrezionalità e responsabilità

La discrezionalità non è il mondo dell'abuso e dell'arbitrio; essa sostanzialmente è sottoposta a non minori possibilità di controllo. A cambiare sono i parametri e la dislocazione del potere e dunque della responsabilità.

A una prima approssimazione possiamo dunque accontentarci di questa prima risposta. In un modello che si basi sull'obbligatorietà dell'azione, il pubblico ministero risponde al giudice.

In realtà, già questa prima, elementare risposta appare subito del tutto inadeguata.

Il controllo del giudice riguarda il caso concreto a lui sottoposto e non potrebbe essere diversamente. Ma quel singolo caso arriva al giudice a seguito di scelte dell'ufficio e del delegato che hanno aspetti di grande discrezionalità, non sottoponibili a controllo ma – semmai – a integrazione (con l'ordine del giudice di procedere a nuove indagini in sede di archiviazione, o con la diretta integrazione in udienza): dalla distribuzione delle risorse alle scelte di carattere generale sull'organizzazione delle indagini fino alle scelte del magistrato designato.

Già le scelte di investigazione nel singolo procedimento sono cariche di opzioni discrezionali. Ancora di più lo sono quelle (ci si augura non inconsapevoli) che incidono indirettamente sulla funzionalità dell'ufficio e dunque sulla effettività delle scelte investigative.

Si pensi alle implicazioni delle opzioni sulla iscrizione della notizia di reato, recentemente ben evidenziate dalla circolare del procuratore della Repubblica di Roma.

L'organizzazione dell'ufficio per dipartimenti o gruppi specializzati ha poi un effetto indiretto ma decisivo sull'efficacia delle indagini. Scelte di attribuzione degli affari a seconda di criteri diversi (anzianità, disponibilità, specializzazione, competenza, etc.) non sono certo neutre negli effetti che ne derivano.

Si potrebbero fare molti esempi. Oggi quello più chiaro è costituito dai criteri di priorità. Essi non sono, a mio parere, in contrasto con il principio di obbligatorietà (almeno quando si tratti di postergazione e non di dismissione), ma pongono certamente il problema della responsabilità. Sono scelte relevantissime e solo in parte disciplinate dal legislatore. Esse comportano vere e proprie scelte

di politica criminale. Quali reati perseguire e con quali mezzi. Non punire sistematicamente alcune tipologie di illeciti che più direttamente colpiscono fasce deboli della popolazione, come le truffe o le percosse e le minacce, ad esempio, corrisponde a scelte non irrilevanti e può contribuire ad abbassare la percezione della illegalità.

L'efficacia dell'azione del pubblico ministero è, poi, altro tema sensibile. Nella relazione introduttiva dell'anno giudiziario 2020, il mio ufficio ha cercato di riportare a realtà i fantasiosi numeri che circolavano sugli esiti dibattimentali dell'azione, dando la sensazione che in più del 50 per cento dei processi l'ipotesi accusatoria fosse smentita. I dati, depurati dei falsi echi, danno invece una risposta opposta. D'altra parte, se si scendesse oltre un certo livello (diciamo il 20 per cento) di reali assoluzioni, la critica sarebbe quella – tante volte sentita – dell'appiattimento del giudice sul pubblico ministero...

Dunque, non si tratta della logica del vincere o perdere. Tuttavia, una eventuale sistematica smentita del lavoro del pubblico ministero, significativamente oltre il limite che ho indicato, porrebbe la questione delle scelte operate: eccesso di criminalizzazione? Indagini mal gestite? Cattiva preparazione dell'udienza? Oppure giudice inadeguato (alternativa pure possibile)?

Queste scelte non possono restare prive di valutazione e, se del caso, di responsabilità.

La consapevolezza della necessità di rispondere delle opzioni fatte si va ormai diffondendo e ne è esempio la proliferazione dei "bilanci sociali". Tuttavia, dalla lettura di molti di questi elaborati collettivi emerge – a parte l'irritante citazione delle "missioni" – la scarsità degli strumenti di conoscenza su cui basare il proprio bilancio, che rischia perciò di essere autoreferenziale; per questa ragione ho preferito definire quelli del mio ufficio di procura, a Catania, come consuntivi, termine nel quale mi sembra più evidente la impossibilità di valutare l'effettivo impatto esterno.

Non bisogna avere paura dei meccanismi di controllo ai fini della responsabilità e anche di quelli sostitutivi che ne possono derivare.

Il Csm ha meritoriamente ripreso gli spazi di controllo sull'ufficio del pubblico ministero con passi lenti e timorosi, visto che essi possono apparire in contrasto con la *voluntas legis*, come con chiarezza affermato dal Presidente della Repubblica nella lettera indirizzata al Consiglio su questo tema nel 2007.

Si è così passati dalla puntigliosa (e a mio parere controproducente) disciplina di singoli aspetti, soprattutto a tutela dei magistrati dell'ufficio (in materia di applicazioni, sostituzioni, etc.) alla visione complessiva del progetto organizzativo.

Questo diviene finalmente centrale. Esso fonda le successive scelte ed è a sua volta fondato sull'analisi dei flussi procedurali, sulla conoscenza delle

caratteristiche specifiche della criminalità del territorio; viene formato nella condivisione interna e all'esterno, e attraverso una procedura che prevede le interlocuzioni opportune.

La strada da perseguire non è – a mio parere – la diminuzione dei poteri della dirigenza, ma la regolamentazione della discrezionalità, facente perno su alcune, poche previsioni e sull'obbligo di motivazione delle scelte nelle quali si esercitano quei poteri, non stereotipata e dunque controllabile.

Vi sono diffuse preoccupazioni, negli uffici di procura, per l'espansione del controllo consiliare sul progetto organizzativo. In parte esse sono generate dall'esperienza delle tabelle degli uffici giudicanti e dunque dalla minuziosa e defaticante disciplina di ogni aspetto della gestione di un tribunale o di una corte (e non mi pare un caso che le domande per il posto di presidente del Tribunale di Palermo siano solo quattro...).

In effetti, il progetto organizzativo e in genere l'organizzazione di una Procura della Repubblica rispondono a logiche molto diverse da quelle di un tribunale. La procura non è solo soggetta al principio di titolarità dell'azione nel procuratore, che ne informa di conseguenza l'azione, e che è speculare rispetto alla diffusione del potere che caratterizza necessariamente il giudice; quest'ultimo aspetto si lega al principio costituzionale del giudice naturale, irrigidendo il sistema tabellare. Sistemi, quello tabellare e quello del progetto organizzativo, che rispondono a logiche e necessità diverse.

Nella disciplina che il Csm si appresta a fare dell'organizzazione degli uffici di procura deve dunque restare ben chiara questa differenza di fondo.

Altro settore di grande delicatezza è costituito dai meccanismi di controllo e coordinamento verticali. È ormai acquisita la consapevolezza della necessità che l'azione del pubblico ministero risponda a criteri di uniformità, oltre che di correttezza. Ciò è espressamente previsto dall'art. 2 d.lgs n. 106/2006, che dispone tra l'altro il dovere del procuratore, «titolare esclusivo dell'azione penale», di determinare «i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria» e definisce «i criteri generali da seguire per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti».

4. Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni riguardano anche il pubblico ministero

L'uniformità va però oltre il singolo ufficio e investe l'agire del pubblico ministero come attuatore delle previsioni normative e dunque, sia pure indirettamente, della politica criminale delineata dal legislatore.

L'esigenza di certezza del diritto, come prevedibilità della decisione e non precedente vincolante, che è alla base della funzione nomofilattica della Corte, si pone anche per il pubblico ministero e addirittura in termini ancora più ampi.

«La prevedibilità investe infatti l'intero agire del pubblico ministero, sin dalla deliberazione dell'iscrizione della notizia di reato. Tema ben compreso da alcune Procure, che hanno inserito nei progetti organizzativi direttive circa le iscrizioni, formando così un quadro chiaro e, appunto, prevedibile.

Ogni passaggio dell'azione del pubblico ministero ha riflessi importanti sulla vita delle persone e degli organismi sociali, a partire dalle imprese. Solo il perseguimento di un quadro di certezza su modalità e limiti dell'esercizio dei poteri del pubblico ministero può consentire uno sviluppo economico ordinato, in un contesto di legalità»⁴.

A questo obiettivo dovrebbe concorrere il circuito dei procuratori generali, d'appello e poi di cassazione, come previsto dall'art. 6 d.lgs n. 106/2006 e da altre fonti sparse, relative a settori (ad esempio, quello ambientale) o adempimenti specifici (ad esempio, il controllo sulle modalità di iscrizione delle notizie di reato; la gestione della polizia giudiziaria). Queste attribuzioni costituiscono un aspetto nuovo e molto importante di una effettiva responsabilità (accountability) procedurale. L'equivoco sorto inizialmente le riconduceva al concetto di coordinamento e spingeva verso qualche torsione nel campo del coordinamento investigativo. Nulla di più sbagliato.

L'art. 6 delinea funzioni di stimolo alla uniformità dell'approccio organizzativo e di interpretazione delle procure della Repubblica, e dunque consiste nel coordinamento non gerarchico tra uffici. La nuova funzione può collegarsi anche ai poteri autoritativi dei procuratori generali, dalla risoluzione dei contrasti all'avvocazione nei casi di inerzia e all'avvocazione per dissenso sull'archiviazione (e negli altri casi analoghi), alle attribuzioni di vigilanza e disciplinari, anche sulla polizia giudiziaria.

In quanto tale, essa è però priva di strumenti autoritativi di conformazione diretta, dovendo invece basarsi sull'autorevolezza e sulle possibili conseguenze in sede di conferma del dirigente.

Il terreno non è semplice ma è di fondamentale importanza per equilibrare le opposte esigenze di riconoscimento della responsabilità (nel senso di attribuzione della stessa) del dirigente dell'ufficio e, dunque, della possibilità di scelte

⁴ V. l'Intervento del procuratore generale della Corte cassazione (inaugurazione dell'Anno giudiziario 2020), Roma, 31 gennaio 2020, pp. 7-8.
www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/RELAZIONE_PROCURATORE_GENERALE_2020.pdf.

organizzative adeguate al territorio, con quelle di tendenziale uniformità e di efficacia della risposta alla domanda di giustizia.

Le reazioni degli uffici di procura sono inizialmente state molto forti, tanto da premere per la soppressione delle procure generali e, ancor oggi, da porre ostacoli all'accesso alle informazioni necessarie perché gli uffici generali possano svolgere efficacemente il ruolo di vigilanza che la legge attribuisce loro, ad esempio circa le iscrizioni delle notizie di reato.

Non è un caso che la prima applicazione dell'art. 6, risalente al 2010, riguardò proprio questo tema, esplorando – a partire da una segnalazione disciplinare ma distinguendosi nettamente da questa – l'utilizzo del modello 45 (fatti non costituenti reato) con prassi del tutto divergenti sul territorio nazionale e tali da mettere in dubbio la trasparenza della funzione di iscrizione; funzione delicatissima, sia perché da essa discendono conseguenze processuali, sia per il potere di destinazione diretta delle “iscrizioni” nel registro 45, con la conseguente vanificazione del controllo del giudice.

Fortunatamente queste reazioni sono ormai cosa del passato, mentre le procure generali hanno maturato la consapevolezza dei limiti delle proprie attribuzioni, così delineandosi ora un clima collaborativo che ha dato risultati molto positivi.

La creazione della rete dei procuratori generali per l'esercizio delle funzioni loro attribuite nel coordinamento delle attività sui reati ambientali è stata un passo importante; essa ha consentito, da un lato, di affrontare temi organizzativi (ad esempio, nel rapporto con gli organi dell'amministrazione regionale) e, dall'altro, di adottare approcci investigativi comuni sul piano metodologico.

5. Il banco di prova della pandemia

L'emergenza della pandemia è stata un banco di prova straordinario. La necessità di uniformità di approccio a un'emergenza del tutto nuova ha portato alla realizzazione di un modulo collaborativo che ha coinvolto le procure della Repubblica, anche per il tramite di quelle generali.

La Procura generale della Cassazione ha raccolto le sollecitazioni provenienti dagli uffici di merito e ha quindi avviato una costante interlocuzione, attraverso gli strumenti resi disponibili sul web, formalizzata e destinata al raggiungimento di “dispositivi” e cioè di indicazioni precise, frutto della condivisione, emanate attraverso circolari. Gli esiti di questa interlocuzione non sono “direttive” in senso stretto, perché non vincolanti; i provvedimenti emessi sono ciò nonostante di grande importanza conformativa, basati sulla autorevolezza derivante dalla fonte e soprattutto dal metodo seguito per la loro definitiva redazione.

Il lavoro preparatorio e le circolari sono ora disponibili sul sito della Procura generale della Cassazione. I principali settori sono i seguenti:

Azioni volte a ridurre la popolazione carceraria per consentire il distanziamento interno e per limitare gli spostamenti extramurari. Le iniziative assunte in attuazione di queste linee-guida hanno consentito risultati efficaci; al tempo stesso, la loro esistenza ha fornito una base di legittimazione per il posponimento di attività altrimenti considerate doverose, come l'emissione di provvedimenti in sede esecutiva. Le linee-guida sono state oggetto di esame anche all'estero e costituiscono uno dei documenti in discussione nel congresso annuale dei presidenti delle Corti supreme. Esse hanno avuto ulteriori sviluppi, in collaborazione anche con le strutture ministeriali, per avviare a soluzione l'annoso problema delle persone ai margini della società, prive di alloggio nel quale poter essere ammessi a misure alternative. Questa doppia punizione, basata sull'emarginazione sociale, è di per sé assai grave, ma in periodo di pandemia lo è ancora di più, in quanto l'impossibilità di realizzare il distanziamento attraverso le misure non carcerarie per tali soggetti determina la necessità di scarcerare detenuti certamente di maggiore pericolosità.

Azioni finalizzate a valutare gli effetti della pandemia sul concetto di colpa medica, sia in relazione alle linee-guida per le strutture sanitarie, sia più in generale circa i profili di responsabilità nella gestione della risposta alla pandemia. Obiettivo del lavoro è costituito dall'approccio uniforme, adeguato alla straordinaria novità della pandemia.

Azioni finalizzate a considerare gli effetti della pandemia sulla crisi di impresa, sia sotto il profilo delle caratteristiche dell'insolvenza, sia sotto quello dei meccanismi di allerta e di risoluzione. Il lavoro, con la collaborazione delle principali istituzioni e di alcuni dei maggiori studiosi delle materie interessate, e dunque assicurando interdisciplinarietà, ha elaborato importanti linee-guida per consentire sia un approccio uniforme delle procure, sia la piena comprensione da parte di queste delle modificazioni nelle modalità di lavoro, conseguenti alle caratteristiche specifiche dell'insolvenza. Il lavoro prosegue ora per i profili concernenti i meccanismi di allerta e di risoluzione, oltre che per la preparazione degli uffici all'entrata in vigore del codice della crisi di impresa, il cui rinvio è stato chiesto dal mio ufficio come uno degli esiti della interlocuzione con gli uffici di merito.

Questi interventi originati dall'emergenza si sono affiancati ad altri, di ordinaria amministrazione, come quelli volti a contribuire alla omogenea risoluzione dei problemi emergenti nella prima applicazione della disciplina sulle intercettazioni, o di quelli attinenti ai rapporti tra le procure della Repubblica e la Procura nazionale antimafia nel campo delle "sos" ("segnalazioni per operazioni sospette").

La Procura generale della Corte contribuisce così a porre le basi del controllo a fini di responsabilità dell'azione delle procure, predisponendo una base condivisa, utile per rapportarvi le scelte operate dagli uffici di merito e per valutarne gli effetti.

Questo contributo potrebbe valere a rendere più efficace il controllo operato dal circuito del governo autonomo sugli indicatori che la legge ha già definito in termini generali per le procure: oltre a quelli dell'efficienza rispetto ai flussi procedurali e alla dislocazione delle risorse, la correttezza nella gestione dell'ufficio, a partire dall'iscrizione della notizia di reato, la puntualità e l'uniformità nell'esercizio dell'azione penale (e, più in generale, nell'agire dell'ufficio).

Resta da lavorare su alcuni aspetti, che qui mi limito ad accennare.

Oltre all'efficienza in senso statistico, occorrerebbe valutare anche l'efficacia dell'azione, sia in termini di risultati (nei limiti sopra indicati), sia in termini di impatto sull'illegalità. Entriamo qui nel campo minato della prevenzione generale e delle politiche criminali; che il campo sia minato implica non che non ci si debba entrare, ma che sia necessario essere consapevole dei suoi rischi.

Una reale conoscenza di questi aspetti implica la disponibilità di strumenti adeguati alla bisogna, innanzitutto sul piano statistico⁵. Si pone quindi il

⁵ A questo proposito, nel citato Intervento inaugurale per il 2020 si scriveva: «Il presupposto di ogni intervento è la conoscenza accurata della situazione nella quale si opera. Il decisore pubblico, Legislatore, Governo, Consiglio superiore della magistratura e insieme anche i dirigenti degli uffici giudiziari, quando operano attraverso gli strumenti organizzativi loro attribuiti, devono disporre di informazioni accurate e corrette.

Tra queste, ineliminabile, il dato statistico. Da alcuni anni vi è finalmente un significativo impegno del Ministero della Giustizia tramite la sua Direzione generale di statistica e analisi organizzativa (da qui in avanti indicata con l'acronimo "DG-Stat"). La cultura della conoscenza del dato si è diffusa solo recentemente negli uffici giudiziari. In passato guardata con sospetto, perché ritenuta parte di un approccio ai temi della giurisdizione aziendalista, produttivistico. La comprensione dell'utilità della conoscenza approfondita del proprio lavoro e del flusso procedimentale, del loro inserirsi nel contesto istituzionale e sociale del territorio, è ormai patrimonio acquisito, anche grazie allo sforzo del Consiglio superiore della magistratura in questa direzione, attraverso il ruolo attribuito alla commissione flussi ed ai programmi di gestione, solo di recente estesi anche al settore penale.

I sistemi di iscrizione delle notizie di reato e di registrazione degli eventi procedurali sono stati infatti concepiti secondo logiche che non prevedevano l'esame e la comunicazione del dato; essi inoltre scontano gravemente i ritardi nelle assunzioni del personale amministrativo e dunque anche di personale che, per età e preparazione, sia in grado di affrontare la quotidianità del lavoro digitale. Non vi è dubbio che abbiano pesato anche gelosie istituzionali sulla proprietà del dato, correlate alla particolare conformazione dei rapporti tra responsabili dell'amministrazione, devoluta al Ministero, e giurisdizione strutturata in potere diffuso. Gelosie non irragionevoli e volte a tutelare la reale indipendenza della magistratura requirente. Non hanno agevolato la soluzione del

tema dell'accesso ai registri, garantendosi la tutela della riservatezza dei dati sensibili.

I meccanismi di valutazione del Csm sono ancora inadeguati, basati come sono sulla riconferma al quadriennio e sugli effetti indiretti per nomine successive del giudizio non positivo.

Il percorso per la costruzione di una responsabilità (accountability) della dirigenza, fondata su di una rete normativa primaria e secondaria e sull'esistenza di una base conoscitiva adeguata dell'azione della dirigenza, è ormai ben avviato. Si tratta di una responsabilità procedurale, che sfocia nella valutazione del circuito del governo autonomo, del quale costituiscono pietre di fondazione i singoli magistrati, che vi partecipano sin dal progetto organizzativo. Di questo circuito fanno parte sia i procuratori generali di appello, che vi contribuiscono anche nella partecipazione ai consigli giudiziari, sia il procuratore generale della Cassazione.

problema iniziative quali quella del Legislatore del 2016, ritenuta in violazione delle attribuzioni del pubblico ministero dalla Corte costituzionale.

Tale complessiva situazione rende molto difficile il lavoro della DG-Stat e dei suoi ottimi statistici, soprattutto nel settore penale. È dunque urgente il completamento del riordino tra la DG-Stat e la Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati ("DGSIA") volto ad adeguare i registri informatici e a far sì che essi diano effettivamente conto, in maniera certa, di tutte le informazioni per le quali non vi siano ragioni di riservatezza procedimentale» (ivi, pp. 14-15).

Sanzioni amministrative e a carattere punitivo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giusto processo e giusto procedimento. – 3. *Nemo tenetur se detegere*. – 4. Applicazione retroattiva della *lex mitior*.

1. Premessa

Il presente contributo mostra già dal titolo il nesso tra la disciplina nazionale delle sanzioni amministrative ed il sistema delle fonti sovranazionali.

Il riferimento al “carattere punitivo” è, infatti, una chiara allusione alla nozione – sostanziale e non formale – di sanzione penale offerta dalla Corte EDU a partire dalla sentenza 8 giugno 1976 *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

Tale nozione si fonda, come è noto, sul triplice criterio:

- a) della qualificazione giuridica interna;
- b) della natura della sanzione, quale emergente dal suo ambito applicativo, settoriale o generale, e dalla sua funzione, risarcitoria/ripristinatoria o preventiva/ repressiva;
- c) della afflittività della sanzione, che, peraltro, per essere considerata sostanzialmente penale, non deve necessariamente essere privativa della libertà personale.

Ed in effetti la peculiarità – e, direi, il fascino della materia delle sanzioni amministrative – risiede proprio nel fatto che tale materia si colloca al centro di un duplice crocevia: da un lato l’incrocio tra le forme di giudizio civile, tendenzialmente dominato dal principio dispositivo, e i contenuti di una materia che, essendo *lato sensu* penalistica, finisce con l’essere inevitabilmente contaminata da principi ed esigenze pubblicistiche; d’altro lato l’incrocio tra il diritto nazionale e il diritto convenzionale e, nelle materie regolate da norme nazionali attuative del diritto dell’Unione europea, con tale ultimo diritto.

Il tema è ovviamente estesissimo. Mi soffermerò, quindi, soltanto sugli approdi giurisprudenziali relativi a tre nodi problematici posti dalla qualificazione di una sanzione amministrativa come sanzione “sostanzialmente penale”, quello del rapporto tra giusto processo e giusto procedimento, quello dell’applicazione alle sanzioni amministrative punitive del principio del *nemo tenetur se detegere* e quello dell’applicazione retroattiva della *lex mitior*.

2. Giusto processo e giusto procedimento

Il tema del diritto al giusto procedimento è un tema classico del diritto amministrativo e si sostanzia, in estrema sintesi, nell'individuazione delle garanzie di partecipazione procedimentale del privato alla stregua della disciplina generale del procedimento amministrativo dettata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Tale tema si declina con modalità che prevedono un rafforzamento delle garanzie partecipative del privato quando il procedimento amministrativo abbia ad oggetto l'irrogazione di una sanzione amministrativa. In tal caso, la disciplina generale del procedimento amministrativo viene affiancata e, se del caso, derogata dalla *lex specialis* rappresentata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 e dalle discipline regolative di specifici procedimenti sanzionatori, quali quelle dettate dal T.U.F., Testo Unico della Finanza (decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), e, precisamente:

- dall' art. 187 *septies*, per quanto riguarda la procedura di irrogazione, da parte della Consob, delle sanzioni previste per gli illeciti in materia degli abusi di mercato;
- dall' art. 195, per quanto riguarda la procedura di irrogazione, da parte della Consob e della Banca d'Italia, delle sanzioni per gli altri illeciti previsti dal T.U.F.;

Tanto la Consob quanto la Banca d'Italia hanno adottato, nell'esercizio della loro potestà regolamentare, atti di normazione secondaria volti a disciplinare i procedimenti di irrogazione delle sanzioni di rispettiva competenza. Questi atti di normazione secondaria si sono avvicinati nel tempo, così che il modello del procedimento sanzionatorio di tali due Autorità è andato, nel tempo, evolvendo in direzione sempre più garantistica.

Decisiva, in particolare, è stata la sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens*, che ha evidenziato che il modello di procedimento per l'applicazione delle sanzioni per gli abusi di mercato vigente all'epoca dell'applicazione della sanzione al ricorrente (anteriore al 2013) non era conforme al paradigma del giusto processo, in quanto:

- 1) non garantiva all'incolpato la conoscenza della relazione finale trasmessa alla Commissione dall'Ufficio Sanzioni Amministrative;
- 2) non consentiva all'incolpato di difendersi pubblicamente davanti alla Commissione;
- 3) non garantiva la distinzione organica tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

In tale sentenza, come è noto, si è comunque rilevato che, anche a fronte di tali limiti del procedimento sanzionatorio della Consob, la garanzia dell'articolo 6 CEDU risultava rispettata in ragione della possibilità di impugnare la sanzione

davanti a un giudice terzo, imparziale e munito di giurisdizione piena, quale la corte d'appello. In quel processo, infatti, lo Stato italiano fu condannato perché l'articolo 6 CEDU fu ritenuto di violato non in ragione della struttura del procedimento sanzionatorio della Consob, bensì a causa della mancanza di pubblicità dell'udienza (all'epoca camerale) davanti alla corte d'appello.

All'esito della sentenza *Grande Stevens*, nella maggior parte dei ricorsi in opposizione avverso sanzioni irrogate della Consob secondo le modalità procedurali vigenti fino agli anni 2012/2013 venne dedotta, tra i motivi di opposizione, l'illegittimità del procedimento seguito per l'adozione del provvedimento sanzionatorio.

La giurisprudenza della Cassazione ha sempre escluso che le sanzioni irrogate sotto la vigenza delle suddette discipline procedurali fossero illegittime per contrasto con l'art. 6 CEDU:

- a) non solo, ovviamente, quando le sanzioni applicate non presentavano la caratteristica di sanzioni sostanzialmente penali nel senso declinato dalla giurisprudenza della Corte EDU, giacché in tal caso l'articolo 6 CEDU non veniva proprio in questione, non trattandosi di "accuse penali";
- b) ma anche quando le sanzioni applicate dovevano considerarsi alla stregua di sanzioni sostanzialmente penali, quali quelle per l'abuso di mercato, perché, comunque il rispetto dell'articolo 6 CEDU era garantito dalla possibilità del ricorso alla corte di appello.¹

Un aspetto un po' meno esplorato, ma non meno interessante, della questione concerne però il profilo della legittimità dei procedimenti sanzionatori della Consob (e della Banca d'Italia) in relazione alle disposizioni di diritto interno che prevedono che il procedimento per l'applicazione delle sanzioni previste dal T.U.F. di competenza della Consob e della Banca d'Italia sia «retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie» (artt. 195 e 187 *septies* T.U.F.).

Sulla questione intervenne nel 2015 il Consiglio di Stato, con la sentenza 26 marzo 2015, n. 1596, che – dopo aver distinto tra il contraddittorio di matrice processuale, «orizzontale e paritario (contraddittorio tra due parti in posizioni

¹ Vedi Cass. 22 aprile 2016, n. 8210, Cass. 13 gennaio 2017, n. 770. Per una critica di questa impostazione, si veda N. VETTORI *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella 'confusione' fra vigilanza e sanzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2/2020 a – Supplemento – Pubblicazione degli atti del convegno dal titolo "Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: i recenti orientamenti interni e sovranazionali", organizzato il 17 ottobre 2019 presso l'Università Ca' Foscari Venezia – 188 e segg.

di parità rispetto ad un decidente terzo e imparziale), con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento», e il contraddittorio procedimentale, che si svolge nell'ambito dei procedimenti amministrativi, «normalmente di tipo verticale (contraddittorio tra l'interessato sottoposto e l'Amministrazione titolare del potere e collocata, quindi, su un piano non paritario)» con funzione essenzialmente collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva – ha sostenuto che la nozione di contraddittorio utilizzato nei sopra citati articoli del testo unico della finanza va intesa nel senso più pregnante di contraddittorio orizzontale e che, così inteso, tale contraddittorio non risulta soddisfatto dalla previgente disciplina dei procedimenti sanzionatori della Consob della Banca d'Italia.

La Corte di cassazione, con la sentenza 21 marzo 2019, n. 8046, ha espresso un indirizzo opposto (successivamente ripreso in Cass. 24 settembre 2019 n. 23814 e in Cass. 26 settembre 2019 n. 24081), affermando che, proprio perché il provvedimento adottato all'esito procedimento sanzionatorio della Consob è assoggettato ad un controllo giurisdizionale pieno, le garanzie del contraddittorio ivi previste sono da ricondurre al livello proprio del contraddittorio procedimentale e non al livello del contraddittorio di matrice processuale²; con la conseguenza che – come già precedentemente affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza Cass., S.U., 30 settembre 2009 n. 20935 – tali garanzie possono ritenersi soddisfatte se, prima dell'adozione della sanzione, sia stata effettuata la contestazione dell'addebito e siano state valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; senza che sia all'uopo necessaria né la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative della Consob, né la personale audizione dell'interessato innanzi alla Commissione. In questa prospettiva i provvedimenti sanzionatori vengono letti dalla Cassazione

² Cass. 21 marzo 2019, n. 8046, è così massimata: «Le garanzie del contraddittorio previste per il procedimento sanzionatorio davanti alla Consob prima delle modifiche introdotte dalla delibera n. 29.158 del 29 maggio 2015 della medesima Consob sono da ricondurre al livello proprio del contraddittorio procedimentale, di solito di tipo verticale, svolgendosi esso tra l'amministrazione e l'interessato su un piano non di eguaglianza, ma in funzione collaborativa, partecipativa e non difensiva, non già di quello di matrice processuale, di tipo orizzontale, che riguarda due parti in posizione paritaria rispetto ad un decidente terzo e imparziale. Ne consegue che non sussiste alcun contrasto con l'art. 24 Cost. e con i principi espressi dagli artt. 195 TUF e 24 della l. n. 262 del 2005. (Nella specie, la S.C., dissentendo dall'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1596 del 2015, ha ritenuto che le menzionate garanzie fossero soddisfatte dalla previa contestazione dell'addebito e dalla valutazione, prima dell'adozione della sanzione, delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessarie né la trasmissione a quest'ultimo delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob né la sua personale audizione)».

come un esito possibile degli interventi di vigilanza – tanto regolamentare quanto informativa e ispettiva – correlati e coordinati con l'insieme dei poteri della Consob e della Banca d'Italia, secondo un approccio integrato di vigilanza idoneo ad assicurare l'effettività delle regole che presidiano il settore. Donde la *vis attractiva* di regole e principi propri dell'attività di amministrazione attiva (ossia, appunto, dell'amministrazione di vigilanza) nell'ambito della sistematica dei procedimenti sanzionatori delle menzionate Autorità.

Da ultimo, tale indirizzo è stato ulteriormente affinato dalla Suprema Corte con la sentenza 11 febbraio 2022 n. 4521, che, recependo talune indicazioni dottrinarie, ha chiarito che la corretta identificazione delle caratteristiche del contraddittorio che deve caratterizzare, ai sensi degli articoli 195 e 187 *septies* T.U.F., i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni di competenza della Consob e della Banca d'Italia non può che emergere da un bilanciamento tra il riconoscimento della forte connessione che il nostro ordinamento instaura tra la funzione sanzionatoria e la funzione di vigilanza, da un lato, e il riconoscimento che la garanzia del contraddittorio procedimentale è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo *status* di incolpato, e che la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio³. Donde la conclusione che la consolidata configurazione del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative come giudizio sul rapporto e non sull'atto (Cass., S.U., 28 gennaio 2010, n. 1178, in materia di violazioni del codice della strada, ripresa, in materia di violazioni finanziarie, da Cass. 21 maggio 2018 n. 12503) non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto delle garanzie endoprocedimentali, come se l'atto amministrativo applicativo della sanzione non fosse altro che lo strumento per deferire il rapporto sanzionatorio alla cognizione, piena e libera, del giudice. Se infatti, si legge nella sentenza n. 4521 del 2019, la possibilità di recuperare talune garanzie in sede di giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative consente di adottare, in aderenza al pragmatico principio della strumentalità delle forme, una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, in coerenza con gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. CGUE 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics; CGUE 26 settembre 2013 in causa C-418/11, Texdata Software e, più di recente, CGUE 4 giugno 2020 in causa C-430/19 SC C.F. s.r.l.), la violazione del nucleo irriducibile di garanzie del contraddittorio endoprocedimentale rappre-

³ Cfr. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, § 17.

sentate dalla contestazione dell'addebito e dalla valutazione delle controdeduzioni dell'interessato non può che comportare di per se stessa la caducazione del provvedimento sanzionatorio illegittimamente emesso; diversamente, infatti, risulterebbe totalmente svalutato, prima ancora che il presidio delle garanzie procedurali, lo stesso ruolo delle Autorità indipendenti e il senso della proceduralizzazione della loro attività.

3. *Nemo tenetur se detegere*

Il tema dell'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere* alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si è posto in giurisprudenza con riferimento al disposto dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F., il cui primo comma, nel testo ora vigente, recita: «Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse».

La Corte di cassazione, con l'ordinanza del 16 febbraio 2018, n. 3831, sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. – nel testo originario, introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. b), della legge 18 aprile 2005 n. 62 – nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob, o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni, anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob contesti un abuso di informazioni privilegiate, in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU e con riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 CDFUE.

La Corte costituzionale – all'esito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, di validità e di interpretazione, dalla stessa proposto con l'ordinanza 10 maggio 2019 n. 117, definito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 2 febbraio 2021 in causa C-481/19 *D.B. c. Consob* – si è pronunciata con la sentenza 30 aprile 2021, n. 84, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della suddetta disposizione, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge del 18 aprile 2005 n. 62 e in quelli posteriori, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

Nella menzionata sentenza del 2 febbraio 2021 la Corte di giustizia, per un verso, aveva affermato che la garanzia, per le persone fisiche, del diritto di serbare il silenzio in procedimenti per l'accertamento a loro carico di illeciti amministrativi passibili di sanzioni amministrative a carattere penale trovava fondamento negli articoli 47, par. 2, e 48 della CDFUE (§ 45) e, per altro verso, aveva perimetrato l'esatta portata del diritto al silenzio garantito dalla CDFUE, sottolineando come esso non potesse giustificare «qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa» (§ 41).

All'esito del rinvio pregiudiziale la Corte costituzionale, con la suddetta sentenza 30 aprile 2021 n. 84, si è posta in piena sintonia con la pronuncia della Corte di giustizia, riconoscendo l'esistenza di un diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali a scoprire illeciti e a individuarne i responsabili, che siano suscettibili di sfociare in sanzioni amministrative di carattere punitivo; diritto fondato «assieme, sull'art. 24 Cost., sull'art. 6 CEDU e sugli artt. 47 e 48 CDFUE, questi ultimi nell'interpretazione che ne ha ora fornito la Corte di giustizia; e [che] può essere ricavato altresì dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP» (§ 3.5 del *Considerato in diritto*, secondo capoverso).

A differenza dalla Corte di giustizia, tuttavia, la Corte costituzionale non ha pronunciato una sentenza interpretativa di rigetto ma ha privilegiato la soluzione della declaratoria di illegittimità costituzionale parziale (oltre che consequenziale, giacché ha esteso la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. anche al testo della disposizione risultante dalle modifiche successive). La sentenza C. cost. n. 84/2021 risulta essere, infatti, una sentenza manipolativa, in quanto enuclea, nella disposizione sospettata di illegittimità costituzionale («chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni», nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta nel giudizio *a quo*) due distinte condotte:

- a) da un lato, la condotta della «persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla Consob nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – *a fortiori* – nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale» (§ 3.6 del *Considerato in diritto*, secondo capoverso);
- b) d'altro lato, la condotta consistente in «comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza della

Consob, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tale autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa» o, ancora, la condotta consistente nella «omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della Consob, formulata ai sensi dell'art. 187 *octies*, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 58 del 1998» (§ 3.6 del *Considerato in diritto*, quinto capoverso).

La condotta sub a) è stata ritenuta espressione del diritto al silenzio costituzionalmente protetto e, quindi, il contenuto dispositivo dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. è stato amputato, mediante la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale, della parte che sanziona tale condotta; la condotta sub b), viceversa, non è stata ritenuta compresa in detta copertura, con la conseguenza che la parte del contenuto dispositivo dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. che sanziona la stessa ha resistito al vaglio di legittimità costituzionale ed è tuttora vigente.

Una questione particolarmente delicata è poi quella della portata da assegnare all'inciso che si legge nel § 2.1 del *Considerato in diritto*, ultimo capoverso della sentenza 84/2021, là dove la Corte costituzionale – facendosi carico di un problema che, in definitiva, era del giudice *a quo*, e quasi dialogando con quest'ultimo – afferma: «nella valutazione della sanzionabilità del ritardo di D. B. nel presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, ben potrebbe il giudice del procedimento *a quo* valorizzare la circostanza che il diritto al silenzio non era, all'epoca, garantito; e che pertanto il ricorrente – presentandosi all'audizione – si sarebbe trovato di fronte all'alternativa tra rendere in quella sede dichiarazioni potenzialmente autoaccusatorie, ovvero rischiare di essere sanzionato per il rifiuto di rendere tali dichiarazioni».

Con tale inciso sembra che la Corte costituzionale abbia inteso modulare gli effetti della parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. in ragione del tempo della commissione del fatto, ossia assegnare alla parte dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F. che residua dopo l'amputazione operata della sentenza della Corte costituzionale n. 84/2021 una portata dispositiva differenziata, a seconda che la fattispecie sia anteriore o posteriore alla pubblicazione di detta sentenza. Questa è, in effetti, l'interpretazione del *dictum* della Corte costituzionale adottata dalla Corte di cassazione nella già citata sentenza n. 4521 del 2022, dove si afferma che una condotta consistente nel rifiuto di presentarsi ad un'audizione disposta dalla Consob, o nell'adozione di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa, è sempre sanzionabile – ai sensi dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F., come manipolato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 84/2021- se sia stata posta in essere dopo la pubblicazione di quest'ultima sentenza; mentre, qualora detta condotta risalga ad epoca anteriore, è sanzionabile solo se, all'esito di un apprezz-

zamento concreto delle modalità in cui essa si è svolta, la medesima risulti essere consistita non in una mera renitenza alla convocazione, ma in una renitenza perseguita mediante comportamenti ingannevoli, fraudolenti o decettivi (come, a titolo di esempio, il rendersi strumentalmente irreperibile); questa seconda ipotesi, infatti, è stata ritenuta dalla Cassazione estranea al perimetro del diritto al silenzio, giacché travalica le esigenze difensive e si risolve in un autonomo vulnus all'efficace svolgimento dell'attività di vigilanza della Consob.

A fondamento di tale distinzione la Corte di cassazione ha posto il rilievo che, nel contesto normativo anteriore alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 84/2021, la presentazione all'audizione implicava l'alternativa tra rendere in quella sede dichiarazioni potenzialmente autoaccusatorie o rischiare di essere sanzionato per il rifiuto di rendere tali dichiarazioni. In tale contesto normativo, afferma la Cassazione, la pretesa che il cittadino si presenti alla convocazione, si rifiuti di rispondere alle domande della Consob e, ove sanzionato ai sensi dell'articolo 187 *quinquiesdecies* T.U.F., si opponga alla sanzione inflittagli al fine di chiedere al giudice dell'opposizione di sollevare la questione di legittimità costituzionale di detto articolo non è compatibile, per la palese astrattezza della protezione in tale modo garantita al diritto al silenzio, con lo standard di tutela delle condizioni essenziali del diritto di difesa emergente dall'art. 24 Cost., dall'art. 6 CEDU, dagli artt. 47 e 48 CDFUE, dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDC; ossia dalle norme sulle quali la Corte costituzionale ha fondato il riconoscimento della copertura costituzionale del diritto al silenzio.

4. Applicazione retroattiva della *lex mitior*

Il tema relativo all'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più favorevole ha assunto una notevole centralità nelle opposizioni alle sanzioni previste dal Testo Unico della finanza. Ciò per effetto di una singolare vicenda normativa.

L'art. 39 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) stabilì in via generale la quintuplicazione di tutte le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e dalla legge 12 agosto 1982, n. 576 (Riforma della vigilanza sulle assicurazioni).

L'art. 6, comma 3, del decreto legislativo 27 giugno 2015 n. 72 dispose che alle sanzioni amministrative previste dal T.U.F. non si applicasse il suddetto articolo 39, comma 3, della legge n. 262 del 2005. In tal modo le sanzioni previste dal T.U.F. furono ricondotte alla misura precedente alla quintuplicazione.

La disciplina transitoria dettata dal secondo comma dello stesso articolo 6 del decreto legislativo n. 72 del 2015, stabilì, tuttavia, che le modifiche apportate alla Parte V del T.U.F. si applicassero alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, secondo le rispettive competenze, ai sensi dell'articolo 196 *bis* dello stesso T.U.F. (disposizioni che vennero adottate dalla Consob con il regolamento attuativo approvato con delibera del 24 febbraio 2016 e dalla Banca d'Italia con il regolamento attuativo approvato con delibera del 3 maggio 2016); e che alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuassero ad applicarsi le norme della Parte V del T.U.F. vigenti prima della data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo n. 72 del 2015.

La Corte costituzionale, tuttavia, con la sentenza 21 marzo 2019 n. 63, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per gli illeciti in materia di abuso di mercato di cui agli artt. 187-*bis* e 187 *ter* del T.U.F.; ciò in ragione della natura sostanzialmente penale, nel senso definito dalla menzionata sentenza *Engel* della Corte EDU, delle sanzioni previste per tali illeciti.

All'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 63 del 2019, dunque, la *lex mitior* recata dal d.lgs. n. 72 del 2015 deve essere applicata retroattivamente in materia di illeciti amministrativi di abuso di mercato.

Residua, peraltro, la questione – derivante dalla natura non devolutiva dell'impugnazione per cassazione, caratterizzata dal principio di tassatività delle censure – della possibilità di applicare lo *jus superveniens* più favorevole nell'ambito dei giudizi di cassazione già pendenti alla data di entrata in vigore del suddetto decreto legislativo.

La giurisprudenza di legittimità, sulla scorta di una impostazione marcata-mente pubblicistica della questione, ha riconosciuto tale possibilità.

In Cass. 11 febbraio 2022 n. 4522, infatti, si è affermato (in continuità con i principi già espressi da Cass. 9 agosto 2018 n. 20697 nella materia delle sanzioni amministrative previste dalla legge antiriciclaggio) che la *lex mitior* sopravvenuta nella pendenza del giudizio di legittimità va applicata dalla Corte di cassazione, pur quando la quantificazione della sanzione operata dall'Autorità amministrativa non sia stata opposta in sede giurisdizionale o la statuizione *quoad poenam* del giudice di merito non abbia formato oggetto di specifica impugnazione per cassazione.

In tale pronuncia si affermano i seguenti principi:

- a) Nessun dubbio può sussistere in ordine al dovere della Corte di cassazione di fare applicazione dello *jus superveniens* più favorevole nei casi in cui la statuizione della sentenza di secondo grado in punto di misura

della sanzione abbia formato oggetto di specifico motivo di ricorso per cassazione (ancorché sorretto, inevitabilmente, da ragioni diverse dalla richiesta di applicazione di norme più favorevoli non ancora esistenti alla data della proposizione del ricorso). In tal caso, infatti, la statuizione sulla misura della pena viene specificamente censurata in sede di legittimità e tale censura investe la Corte di cassazione del potere-dovere di verificare la relativa conformità alla legge anche sotto profili diversi da quelli dedotti nel mezzo di gravame. E' *jus receptum*, infatti, che, in ragione della funzione del giudizio di legittimità di garantire l'osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché per omologia con quanto prevede la norma di cui al secondo comma dell'art. 384 c.p.c., la Corte di cassazione, nell'esercizio del potere di qualificazione in diritto dei fatti, può ritenere fondata la questione sollevata dal ricorso per una ragione giuridica individuata d'ufficio e diversa da quella specificamente indicata dalla parte, con il solo limite che tale individuazione deve avvenire sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito ed esposti nel ricorso per cassazione e nella stessa sentenza impugnata, senza cioè che sia necessario l'esperimento di ulteriori indagini di fatto (Cass. 29 settembre 2005 n. 19132; Cass. 22 marzo 2007 n. 6935; Cass. 14 febbraio 2014 n. 3437; Cass. 28 luglio 2017 n. 18775).

- b) La norma più favorevole sopravvenuta nella pendenza del giudizio di legittimità deve trovare altresì applicazione anche nell'ipotesi in cui il ricorso per cassazione non contenga specifiche censure sulla quantificazione della sanzione; ciò tanto nel caso che la quantificazione originariamente operata dall'Amministrazione non sia stata contestata nel giudizio di opposizione, quanto nel caso che tale quantificazione sia stata contestata e il giudice l'abbia confermata. Nella suddetta sentenza n. 4522 del 2022 si è infatti chiarito che il principio generale secondo cui lo *ius superveniens* può trovare applicazione nel giudizio di legittimità solo se esso risulti pertinente rispetto alle questioni sollevate nei motivi di ricorso (così, Cass. 8 maggio 2006 n. 10547, Cass. 24 luglio 2018 n. 19617) trova deroga nel caso in cui il giudizio abbia ad oggetto l'impugnativa di un provvedimento recante una sanzione e lo *jus superveniens* sia retroattivo in applicazione del principio del *favor rei*, giacché, come già precedentemente chiarito in Cass. 31 marzo 2008 n. 8243, la natura e lo scopo squisitamente pubblicistici del principio del *favor rei* devono prevalere sulle preclusioni derivanti dalle ordinarie regole in tema d'impugnazione.
- c) Il principio che il sopravvenuto trattamento sanzionatorio più favorevole deve trovare applicazione nel giudizio di legittimità anche qualora il ricorso per cassazione non contenga censure specificamente rivolte alla

quantificazione della sanzione – fondato sul postulato che il principio del *favor rei*, per la sua specifica portata pubblicistica, è destinato ad operare anche nel processo civile, qualora quest'ultimo abbia ad oggetto l'impugnativa di un provvedimento recante una sanzione amministrativa (o tributaria) – non contrasta con i principi in materia di rapporto fra *jus superveniens* e cosa giudicata. Come già precisato nella citata sentenza n. 20697 del 2018, infatti, la statuizione sulla misura della sanzione è dipendente dalla statuizione sulla responsabilità del sanzionato, giacché la caducazione del capo di sentenza che accerta la sussistenza dell'illecito e la responsabilità del sanzionato non può che travolgere il capo di sentenza che stabilisce la misura della sanzione. Trovano dunque applicazione, si legge nella sentenza n. 4522 del 2022, i principi fissati in Cass., S.U., 27 ottobre 2016 n. 21691, dove si è evidenziato che con l'articolo 336 c.p.c. («la riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti dipendenti dalla parte riformata o cassata») il legislatore ha fissato la regola che, qualora due o più parti di una sentenza siano collegate da un nesso di dipendenza, l'accoglimento dell'impugnazione mirata sulla parte principale comporta la caducazione anche della parte dipendente e, conseguentemente, si è affermato il principio che l'impugnazione della parte principale della sentenza impedisce il passaggio in giudicato anche delle parti da essa dipendenti, sino a quando la decisione sull'impugnazione rimanga *sub iudice*.

La giurisprudenza di legittimità tende dunque a garantire la massima espansione della possibilità di applicazione, nei giudizi in corso, della *lex mitior* sopravvenuta, ove essa risulti applicabile alla sanzione amministrativa dedotta in giudizio per la sua natura sostanzialmente penale o per espresso disposto di legge.

**Modalità di risoluzione delle antinomie nel sistema delle fonti: i vincoli derivanti dai trattati internazionali.
A quindici anni dalle sentenze «gemelle» della Corte costituzionale.**

SOMMARIO: 1. Quindici anni fa, le sentenze «gemelle» della Corte costituzionale: i dubbi sul loro reale significato. – 2. Il punto di partenza: la coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici e la possibilità di conflitti e antinomie tra norme. – 3. L'esecuzione del diritto internazionale nel diritto interno degli Stati e il problema delle antinomie tra norme interne adottate secondo gli ordinari procedimenti normativi e norme interne di derivazione internazionalistica. – 4. Il punto di vista espresso dalla Corte costituzionale italiana con le sentenze gemelle del 2007. – 5. Spunti critici sulla generale valenza della ricostruzione prospettata dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Quindici anni fa, le sentenze «gemelle» della Corte costituzionale: i dubbi sul loro reale significato

Quindici anni fa, nell'ottobre del 2007, la Corte costituzionale interveniva con due sentenze, la 348 e la 349, sul complesso tema dei rapporti tra i trattati internazionali e il diritto italiano.

Si trattava del primo pronunciamento sulla interpretazione dell'articolo 117 della nostra Costituzione che, in seguito all'adozione della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (articolo 3), si legge così: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»¹.

¹ Soccorre poi nell'interpretazione del disposto costituzionale la legge 5 giugno 2003 n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, il cui articolo 1 dispone che:

«1. Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali».

Le due sentenze venivano presentate come un contributo alla interpretazione della norma citata e, come tali, aventi valenza generale, ossia idonee a proporre uno schema logico-giuridico relativo all'inquadramento della problematica dei rapporti tra tutti i trattati internazionali e il diritto italiano².

In realtà, però, esse riguardavano entrambe la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattato che presenta diverse peculiarità (come la stessa Corte costituzionale ha ammesso) sia per il suo oggetto, ossia i diritti dell'uomo (materia intrinsecamente, vorremmo quasi dire ontologicamente, di rilievo costituzionalistico) sia per essere dotato di un apparato istituzionale volto ad assicurarne a livello internazionale il controllo sulla sua applicazione.

Per questo motivo, sin dagli anni immediatamente successivi alla adozione delle sentenze del 2007, si è dubitato che quanto da esse disposto potesse davvero avere valenza generale.

A questa problematica sono dedicate le pagine che seguono.

2. Il punto di partenza: la coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici e la possibilità di conflitti e antinomie tra norme

La realtà internazionale è caratterizzata con tutta evidenza dal fatto che esistono Stati molteplici e distinti tra di loro e che questi Stati hanno ognuno un proprio ordinamento giuridico che vuol essere, ed è realmente, autonomo e compiuto. Esso infatti trova applicazione nel territorio di quello Stato ad esclusione di tutti gli altri ordinamenti giuridici.

Di contro è pure vero che questi ordinamenti giuridici coesistono sia con gli altri ordinamenti statali sia con quello internazionale. E che da quelli e da questo mutuano normalmente valori giuridici secondo le modalità codificate di un rapporto comunemente ritenuto un fatto normale.

Questa coesistenza, però, non fa venir meno la distinzione e autonomia reciproca degli ordinamenti, i quali conservano al loro interno parametri di validità in linea di principio autonomi.

Il che vuol dire che quando, per esempio, si verifica, all'interno di un ordinamento statale, un conflitto tra norme interne e norme di derivazione interna-

² Un primissimo bilancio fu tentato anche da noi con il convegno catanese del 13 e 14 giugno 2008 su "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano alla luce della recente giurisprudenza costituzionale" sotto la presidenza di Giorgio Gaja, con interventi di Giorgio Gaja, Francesco Salerno, Riccardo Pisillo Mazzeschi, Monica Lugato, Maria Luisa Padelletti, Alessandra Annoni, Serena Forlati, Pietro Franzina, Pietro Pustorino e del sottoscritto, i cui atti furono poi raccolti in F. SALERNO – R. SAPIENZA (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Giappichelli, Torino 2011.

zionalistica è in primo luogo la costituzione dello Stato stesso a dettare le regole per risolvere tale conflitto.

Ma vuol dire pure che anche l'ordinamento internazionale può prendere in considerazione tale situazione e riconnetterle conseguenze giuridiche autonome e distinte, indipendentemente da quel che accade nell'ordinamento interno.

Potrà quindi giungersi a valutazioni distinte, e financo di segno opposto, in ordine alla soluzione di quel conflitto, determinando l'insorgere nell'ordinamento internazionale di una situazione di responsabilità in capo allo Stato in questione, a motivo del fatto che per rispettare il proprio diritto interno quello Stato si troverebbe ad adottare un comportamento non conforme a norme internazionali³.

3. L'esecuzione del diritto internazionale nel diritto interno degli Stati e il problema delle antinomie tra norme interne adottate secondo gli ordinari procedimenti normativi e norme interne di derivazione internazionalistica

Ma vediamo meglio come tutto questo si realizza.

Per potere rispettare il diritto internazionale, uno Stato deve in qualche modo recepire la norma internazionale all'interno del proprio ordinamento giuridico.

In Italia questa pratica viene denominata adattamento del diritto interno al diritto internazionale ed avviene con distinte modalità per il diritto internazionale consuetudinario e per i trattati internazionali.

L'adattamento ai trattati internazionali si realizza attraverso l'adozione di una normativa interna che o riformula in norme interne il contenuto del trattato (c.d. procedimento ordinario) ovvero ad esse fa rinvio (c.d. procedimento mediante ordine di esecuzione).

Il provvedimento con il quale viene prestato l'ordine di esecuzione può avere una qualsivoglia veste formale. Può trattarsi di una legge ordinaria o costituzionale, di un decreto del Presidente della Repubblica e anche, secondo alcuni, di un regolamento amministrativo. La scelta del tipo di provvedimento dipenderà dalla natura delle norme interne che per effetto dell'applicazione in Italia del trattato in questione si dovranno modificare. Da tale circostanza dipenderà pure il rango nella gerarchia delle fonti delle norme contenute nel trattato, che sarà quello dell'atto con il quale l'ordine di esecuzione sia stato reso. Il nostro ordinamento non ha, infatti, una norma che conferisca ai trattati rango superiore alle leggi (come ad esempio l'articolo 55 della Costituzione francese).

³ Il tema è trattato più ampiamente in R. SAPIENZA, *I rapporti tra il diritto internazionale e il diritto statale* in R. SAPIENZA (a cura di), *Elementi di diritto internazionale*, Giappichelli Torino 2002, p. 111 ss.

Il fatto che, per l'operare dell'ordine di esecuzione, le norme del trattato abbiano in Italia il rango dell'atto con il quale viene prestato l'ordine, può determinare problemi non di lieve momento quando, ad esempio, una legge ordinaria successiva intervenga in materia regolata da un trattato al quale sia stata esecuzione in Italia con una legge ordinaria. Infatti, per l'operare dei principi relativi alla successione delle norme nel tempo, in particolare del principio *lex posterior derogat priori*, tale legge successiva potrebbe determinare l'abrogazione in tutto o in parte del trattato quanto alla sua applicazione in Italia, creando così problemi sul piano internazionale, dato che il nostro paese si troverà ad essere inadempiente.

A questa situazione si pone riparo, ormai tradizionalmente, invocando il principio di specialità. Si dice, infatti, che le norme di adattamento al trattato sarebbero costituite in norme speciali e pertanto non derogabili o abrogabili da una fonte di pari rango, perché deve presumersi che con l'adozione di una legge successiva lo Stato non abbia per ciò solo "inteso sottrarsi all'impegno internazionale cui trovasi vincolato, incorrendo nella relativa responsabilità per inadempimento nei confronti degli altri Stati". È quella che si denomina anche "presunzione di conformità" dell'ordinamento agli obblighi internazionali⁴.

4. Il punto di vista espresso dalla Corte Costituzionale italiana con le sentenze gemelle del 2007

L'accoglimento di un simile punto di vista permetterebbe, secondo noi, pure di sostenere una sorta di prevalenza delle norme italiane di adattamento a convenzioni internazionali di contenuto particolarmente importante, come ad esempio quelle sulla protezione internazionale dei diritti dell'uomo che attengono a materia di rilevanza costituzionale, per le quali era stata affermata in dottrina e giurisprudenza una particolare resistenza all'abrogazione⁵.

Com'è noto, però, diversamente ha opinato la Corte Costituzionale in seguito all'adozione della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (articolo 3).

Infatti, con le due sentenze «gemelle» 348 e 349 del 22/24 ottobre 2007, la Corte ha inteso offrire una adeguata sistemazione teorica all'operare del limite

⁴ La citazione è tratta da Cassazione 8 giugno 1972, n. 1773. Su tutta la questione vedi più ampiamente R. SAPIENZA, *L'adattamento al diritto internazionale pattizio*, in R. SAPIENZA (a cura di), *Elementi di diritto internazionale*, cit., p. 123 ss.

⁵ Si veda la celeberrima Corte Cost. 19 febbraio 1993, n. 10 riprodotta in estratti in R. SAPIENZA (a cura di) *Diritto internazionale. Casi e Materiali IV*, Giappichelli, Torino 2013, p. 144 ss. con ampia nota introduttiva di Eleonora Litrico.

degli obblighi internazionali. Al tempo stesso dando riconoscimento definitivo al ruolo assunto nel tempo dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che la Corte costituzionale ha qualificato come una sorta di elemento integrativo del parametro costituzionale⁶.

Citando dalla 348 in relazione al primo quesito, rinveniamo quanto segue:

«4.4. – Escluso che l'art. 117, primo comma, Cost., nel nuovo testo, possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11), si deve pure escludere che lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. L'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale. La legge – e le norme in essa contenute – è sempre la stessa e deve ricevere un'interpretazione uniforme, nei limiti in cui gli strumenti istituzionali predisposti per l'applicazione del diritto consentono di raggiungere tale obiettivo».

E quanto segue in relazione al secondo quesito:

«4.5. – La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere

⁶ La letteratura in materia è ormai sterminata. Si veda, per tutti, E. MOTTESE, *Corte Costituzionale sent. 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349. Obblighi internazionali vs. interessi costituzionalmente protetti: i controlimiti 'allargati'* in R. SAPIENZA (a cura di), *Diritto internazionale. Casi e Materiali IV*, Giappichelli, Torino 2013, p. 117 ss. con ampi stralci dal testo delle decisioni.

che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato».

Ne scaturisce una indicazione che poggia, come è stato detto, su due pilastri, ovvero l'obbligo di interpretazione conforme alla disposizione internazionale e, se ciò non fosse possibile, la prospettazione di una questione di costituzionalità per violazione del parametro interposto.

5. Spunti critici sulla generale valenza della ricostruzione prospettata dalla Corte costituzionale nelle sentenze gemelle

Al riguardo, preclara dottrina ha avanzato però il dubbio che quanto elaborato dalla Corte costituzionale nelle citate sentenze «gemelle» valga per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma non necessariamente si estenderebbe a qualsivoglia trattato internazionale.

Luigi Condorelli, in particolare si è chiesto se sia «seriamente concepibile che l'intera congerie degli obblighi internazionali debba provocare l'entrata in gioco dell'art. 117, con le imponenti conseguenze indicate dalla Corte»⁷.

Oggi poi disponiamo di accurate indagini che danno sostanza alle perplessità esternate dal Condorelli. Una recente ricerca parla addirittura di due pesi e due misure nel trattamento degli obblighi internazionali alla luce di una estesa ricerca su materiali di fonte giurisprudenziale, atteso che i problemi relativi a trattati sui diritti umani sono affrontati secondo lo schema proposto dalle sentenze «gemelle», mentre le questioni relative agli altri trattati vengono risolte utilizzando il criterio della specialità delle norme di esecuzione dei trattati internazionali, elaborato, come abbiamo visto, dalla giurisprudenza negli anni precedenti la novellazione costituzionale⁸.

Del resto è la stessa Corte Costituzionale a sottolineare puntualmente che la Convenzione europea non è un trattato internazionale qualsiasi. Ella afferma infatti nella sentenza 348 che «La CEDU presenta, [...] la caratteristica peculiare di aver

⁷ *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, pp. 305-306.

⁸ N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali secondo i giudici italiani in Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* 2020, p. 373 ss.

previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. [...] Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione⁹.

Più diretto è, se possibile, il tenore della sentenza 349 sul punto «In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)¹⁰.

La Corte costituzionale doveva dunque predisporre un meccanismo che consentisse il coordinamento della sua funzione con quella della Corte europea.

Ma c'era poi un'altra preoccupazione che la Corte costituzionale voleva affrontare: quella del suo ruolo in relazione ai poteri dei giudici di merito.

Come è stato da più parti sottolineato, allora, il riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., è servito alla Consulta per arginare la tendenza di alcuni giudici comuni assai frequente nel panorama giurisprudenziale degli ultimi anni, alla disapplicazione del diritto interno contrastante con le norme CEDU¹¹.

⁹ Sent. 348/07, para 4.7.

¹⁰ Sent. 349/07, para. 6. In merito sia consentito rinviare alle mie considerazioni critiche nelle conclusioni al convegno catanese del 2008, *op. cit.*, p. 169 ss.

¹¹ Solo per citare alcuni esempi, si vedano le sentenze di Corte di appello di Firenze, Sez. I Civ., 27 febbraio 2005, n. 570/2005 e Corte di appello di Firenze, Sez. I Civ., 14 luglio 2006, n. 1402/2006, le quali, rispettivamente in materia di occupazione acquisitiva e in materia di indennità di esproprio, disapplicano i criteri stabiliti dalla legislazione italiana in favore di quelli stabiliti dalla Corte di Strasburgo. In materia si veda anche R. SAPIENZA, A. COSSIRI, *Commento all'articolo 1 della Convenzione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, CEDAM, Padova 2012, p. 13 ss.

6. Considerazioni conclusive

Dunque non resta che concludere che il sistema di riduzione delle antinomie tra il diritto interno e le norme scaturenti dai trattati internazionali rimane basato sul generale operare del principio di specialità, ad eccezione di quanto visto per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

E ciò sia perché questa Convenzione dispone di un singolare meccanismo di attuazione giudiziaria a livello internazionale basato sull'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia perché la materia trattata dalla Convenzione stessa si presenterebbe come materia a «vocazione costituzionale»¹².

Tanto almeno è dato ricavare sia da una attenta lettura delle sentenze «gemelle», quanto dalle recenti analisi della prassi giurisprudenziale dei giudici italiani.

¹² Sulla cosiddetta «vocazione costituzionale» della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia consentito rinviare a R. SAPIENZA, *The European Court of Human Rights as a European Constitutional Court: the Margin of Appreciation Doctrine and Beyond?* in *Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber Amicorum Guido Raimondi*, Wolf Legal Publishers, Tilburg 2019, p. 813 ss.

Eterogeneità dei vincoli internazionali e legislatore tributario: composizione delle antinomie attraverso le convenzioni bilaterali internazionali contro la doppia imposizione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Eterogeneità dei vincoli internazionali al legislatore tributario: diritto consuetudinario, diritto unionale, diritto convenzionale. – 2.1. Consuetudini internazionali. – 2.2. Le fonti Convenzionali: CEDU. – 2.3. Convenzioni bilaterali internazionali contro la doppia imposizione. – 2.3.1. Doppia imposizione convenzionale, principio di specialità e interpretazione teleologica. – 2.3.2. Doppia imposizione, interpretazione adeguatrice e diritto comunitario.

1. Premessa

Affrontare il tema delle antinomie e dei vincoli derivanti da fonti internazionali pattizie, impone di esordire con un sia pur brevissimo inquadramento di carattere metodologico e sistematico, in ragione della peculiarità dell'impatto delle fonti di produzione esterna con la normativa nazionale.

La visione imperniata sulla natura necessariamente statale degli atti aventi forza di legge nel territorio ha, come ognuno sa, ceduto il passo ad un diverso assetto costituzionale fondato su una concezione delle fonti – e della interpretazione di esse a fini applicativi – in una continua alternanza tra ragioni di supremazia dovute alla gerarchia e ragioni di supremazia dovute alla competenza, integrando un sistema che è il prodotto del necessario coordinamento, secondo una ripartizione di competenze, tra disciplina nazionale e sovranazionale non sempre rigidamente stabilita dai trattati.

Diritto nazionale, diritto dell'Unione europea, diritto internazionale si integrano, dando vita ad un 'sistema ordinamentale' aperto e flessibile, al quale contribuiscono tutte le componenti indicate dall'art. 117 e seguenti della Costituzione, criterio ordinatore delle fonti che configura, appunto, il sistema come un insieme di fatti, atti e attività di natura e provenienza diverse, funzionale all'attuazione di valori comuni. Un sistema unitario, dunque, secondo una visione monistica,

non dualistica, sistema che è stato definito ‘a vocazione circolare’¹, dove regole e principi di varia provenienza si completano e si integrano, piuttosto che un ordinamento ‘statale’ volto ad una mera ‘incorporazione’ di regole di fonte esterna o un ordinamento sovranazionale che assorbe e declassa quelli statali.

E questa unità del sistema non può che fondarsi sulla unitarietà della funzione ordinante nel momento attuativo, tendendo a costituzionalizzarsi ed internazionalizzarsi a garanzia e promozione dei valori primari.

Il diritto internazionale, dunque, non è più ‘altro’ rispetto al sistema di riferimento del giudice nazionale ma parte integrante di esso, dovendosi, alla luce di una nuova teoria delle fonti e dell’interpretazione, ritenere superata ogni visione stato-centrica.

Fino alla legge costituzionale n. 3 del 2001 non vi era nell’ordinamento italiano una norma che garantisse gli obblighi assunti mediante i trattati, mancando, nella Costituzione, una disposizione che ponesse limiti all’attività legislativa in ragione della adesione ad obblighi internazionali pattizi. Con la riforma del Titolo V e con le note sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007, l’esigenza di ricorrere alla cd. *interpretazione conforme*, quale tecnica di composizione delle antinomie, ha trovato, di là dalla questione della sussistenza di un siffatto obbligo sul piano internazionale, anche un suo diretto fondamento costituzionale.

Al punto che, nel delineato contesto, l’interpretazione conforme non pare oggetto di un potere discrezionale o di una facoltà ma configura un preciso potere/dovere del giudice nazionale, il quale dovrà far sì che le regole pattizie vengano ad integrarsi con quelle di produzione statale al fine di individuare la soluzione più confacente all’effettività delle regole dei trattati e al caso concreto, sempre nel quadro della ragionevolezza e dei valori di riferimento. E tutto questo per via interpretativa, anche a prescindere dal rispetto da parte di altri poteri dello Stato delle procedure di adattamento automatico o ordinario, orientando la regola in senso appunto ‘conforme’ alla fonte sovraordinata ovvero alla fonte individuata sulla base del principio di specialità.

A questa stregua, è agevole desumere che accanto ed in una con la questione del rapporto tra fonti, l’interprete deve porsi il problema del rapporto tra Corti, dialogando con le Corti sovranazionali intorno all’interpretazione ed applicazione delle stesse norme. Entrambe le facce della medaglia concorrono infatti alla ricostruzione del sistema, il rapporto tra fonti assumendo rilevanza soprattutto in relazione all’esigenza di armonizzazione; il rapporto tra Corti in funzione della

¹ COSÌ, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV edizione, vol. 2, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 103; nonché LA PERGOLA, A. *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano 1961, p. 296 ss.

valorizzazione delle modalità di dialogo tra diversi organi giurisdizionali, soprattutto allorché si discorra di adesione dello Stato ad organizzazioni sovranazionali.

È in tale visione unitaria del sistema delle fonti che va inquadrato il tema, dei vincoli internazionali nel sistema normativo tributario.

Anche per il diritto tributario, dunque, il problema di tali vincoli non si esaurisce sul piano *legislativo*, ma coinvolge essenzialmente il piano *interpretativo*: per la formulazione del giudizio di *validità*, centrale è il collegamento tra la valutazione del diverso ordinamento di origine e le interrelazioni che operano tra le diverse fonti normative, nell'ottica di consentire, in maggior misura, l'adempimento dei doveri internazionali dello Stato. “*Interpretazione*” e “*legislazione*”, dunque, non vanno pensati come momenti tra loro scollegati, perché già nel procedimento di formazione della legge, lo stesso legislatore tiene conto dei “vincoli” alla sua azione sul piano internazionale, non già in quanto enunciati normativi, bensì in quanto “*significati*”².

2. Eterogeneità dei vincoli internazionali al legislatore tributario: diritto consuetudinario, diritto unionale, diritto convenzionale

Il diritto tributario al pari degli altri settori del diritto, risente, nel rispetto della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., di una pluralità di fonti normative multilivello di origine internazionale. Oltre che dall'ordinamento dell'Unione Europea, ruolo centrale è svolto dalle fonti di natura convenzionale (CEDU e l'interpretazione datane dalla Corte EDU), nonché, collateralmente, e per minor misura, dalle consuetudini internazionali.

In considerazione della vastità del tema e dei limiti connaturati alla presente relazione (di sintesi), ci si limiterà a dare solo brevi cenni sul diritto consuetudinario e sulle fonti CEDU, soffermandosi maggiormente, pur senza alcuna pretesa di esaustività, sulle Convenzioni internazionali bilaterali sulla cd. doppia imposizione.

2.1 Consuetudini internazionali

Le fonti consuetudinarie, benché non abbiano rilevanza per il diritto tributario interno, coperto, come detto, da riserva di legge, costituiscono fonte di norme tributarie internazionali. Ciò che rileva a tal fine è il “fatto normativo” ovvero il comportamento costante ed uniforme tenuto dei membri della Comunità internazionale (c.d. “*diuturnitas*”) con la convinzione che corrisponda ad un obbligo giuridico (c.d. “*opinio juris sive necessitatis*”).³

² V. MELIS, G., *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, Ceradi-Luiss.

³ V. CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, cit., p. 36 ss.; CONDORELLI, L., *Consuetudine internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 1989, Torino, p. 490 ss.

Tali consuetudini regolano il trattamento tributario dei redditi degli Stati, degli agenti diplomatici, delle sedi diplomatiche, determinando l'esenzione dalle imposte di tali redditi da parte dello Stato in cui i redditi sono stati prodotti o in cui opera l'agente diplomatico (c.d. "immunità fiscale"), purché tali redditi siano ottenuti nell'esercizio delle funzioni pubbliche (sull'immunità degli Stati e degli agenti diplomatici, cfr., Cass., Sez. 1 civ., 3 maggio 1978, n. 2051, secondo la quale "posto che per consuetudine costituente principio del diritto internazionale generale, fra le immunità riconosciute a favore degli Stati e dei soggetti sovrani di diritto internazionale è da ricomprendersi quella tributaria, e che detta immunità si estende agli enti pubblici da tali soggetti costituiti secondo il proprio ordinamento, va negata l'assoggettabilità a prelievi tributari delle attività svolte, nel perseguimento, anche indiretto, dei propri fini istituzionali, dall'Associazione dei Cavalieri italiani del Sovrano Militare Ordine di Malta", v., *id.*, anche Cass., Sez. I, 5 novembre 1991, n. 11788.; *id.*, Sez. U, 03/01/2007, n. 5; con riguardo alle controversie inerenti al rapporto di lavoro del personale italiano – come di quello straniero – di consolati di Stati stranieri in Italia, v. Sez. U, 10/07/2006, n. 15628; sulle sedi diplomatiche, cfr. Sez. 5, 06/07/2012, n. 11381).

Nel ventaglio delle opinioni espresse sul livello gerarchico di tali fatti normativi, quella prevalente, e qui condivisa, muovendo dal disposto dell'art. 10, primo comma, Cost., attribuisce alla consuetudine una sfera di competenza riservata, con la conseguenza che non può essere derogata dalla legge ordinaria. In ipotesi di conflitto, dunque, il giudice è tenuto a disapplicare la norma ordinaria confliggente così come, in caso di contrarietà della regola consuetudinaria ai principi costituzionali, il giudice è tenuto ad esercitare il controllo in via incidentale e con effetti limitati al caso, operando in direzione di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

2.2 Le fonti Convenzionali: CEDU

Per il diritto tributario, l'unica disposizione che, nell'ambito della Convenzione EDU, coglie direttamente il rapporto tra contribuente e Stato è il Primo Protocollo addizionale del 1952, laddove all'articolo 1, sotto la rubrica protezione della proprietà, dapprima prescrive che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni» e, poi, stabilisce che «le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende», il che rivela l'intento di riconoscere la compatibilità convenzionale con il complesso dei beni di cui dispone la persona (Corte EDU 12/12/2006, *Burden e Burden c. Regno Unito* n. 13378/05 §53).

L'altra disposizione di interesse convenzionale è quella del diritto a un "equo processo", laddove l'articolo 1 della Convenzione stabilisce che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Tuttavia, non essendovi in tali disposizioni un riferimento esplicito al contenzioso fiscale, ma solo a quello civile ed a quello penale, si è atteso svariati decenni per liberare il contenzioso tributario dall'egida del diritto pubblico – nel 1999 la Corte EDU, nel caso *Vidacara & Opergrup vs. Spagna*, afferma che la disciplina convenzionale del giusto processo non è applicabile a giudizi che ricadono interamente nell'ambito del diritto pubblico ed in particolare nei giudizi tributari, dal momento che essi non rappresentano giudizi concernenti diritti ed obblighi civili – e farlo rientrare tra i diritti e le obbligazioni di carattere civile⁴.

Occorre arrivare al ventunesimo secolo per aprire la strada all'art. 6 §1 CEDU, allorché la Corte EDU – nel 2002 arrivano le decisioni sui casi *Javanosevic vs. Svezia* e *Vasteberga Taxi vs. Svezia* – ha omologato il contenzioso fiscale sulle sanzioni amministrative tributarie a quello sulla fondatezza dell'accusa penale; nel 2006, sul caso *Jussilla vs. Finlandia*, si segna un arresto parzialmente innovativo, laddove si afferma che "non è infrequente per le procedure tributarie la combinazione dei vari elementi e può non essere possibile tenere distinte all'interno di un procedimento le parti che riguardano la contestazione delle imposte da quelle che concernono la contestazione delle sanzioni", il che ha aperto ad una "valutazione che necessariamente coinvolge anche l'aspetto attinente alla determinazione dell'imposta e dà luogo ad una verifica del rispetto dei canoni convenzionali da parte della Corte EDU"⁵.

Intanto, la CEDU trova ingresso nella giurisprudenza tributaria della Corte di cassazione italiana attraverso la lente di ingrandimento delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, che anche per il diritto tributario hanno effetti dirompenti.

Non è il caso di indulgiare sui contenuti di tali sentenze che riconoscono alla CEDU un posto privilegiato nella gerarchia delle fonti in rapporto alla legge

⁴ V., per una compiuta disamina comparativa volta ad individuare gli indici rivelatori di possibili convergenze o frizioni tra i diritti fiscali dei cittadini come concepiti dalla Corte EDU, CIRILLO, E., *Diritti Fiscali del Cittadino e diritto a un equo processo*, in *Dialogando sui diritti: Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016, pp. 143-152.

⁵ Così, CIRILLO, E., *op. cit.*, pag. 147.

ordinaria, pari a quello spettante alle Convenzioni Internazionali: le disposizioni della CEDU, nel contenuto ad esso riconosciuto dalla Corte EDU competente ad interpretarla, fungono, anche nel sistema tributario, da norme “costituzionalmente interposte”⁶.

Se pur in estrema sintesi, va rimarcato che la sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 349 – di cui mi piace ricordare che fu redattore il compianto Maestro, Professore Giuseppe Tesaurò – (c.d. gemella della n. 348/2007), è centrata su una visione internazionalistica delle fonti, distinguendo tra obblighi di diritto internazionale da quelli di diritto comunitario, precisando il significato degli articoli 10, 11, 117 Cost. e, quindi, l’obbligo del legislatore di conformarsi alla CEDU, e ai Protocolli, così come interpretati dalla Corte EDU, e cioè da quel giudice proprio del sistema creato dalla CEDU (in questi termini la sentenza n. 349, punto 6.2. del “Considerato in diritto”). La CEDU e i Protocolli devono essere intesi come un parametro interposto rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con le norme della Costituzione (punto 6.2. del “Considerato in diritto”). Anche se le norme della CEDU «non si collocano, come tali, a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell’atto-legge ordinaria che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento», gli obblighi internazionali previsti hanno una “peculiare rilevanza”, considerato il “contenuto” della CEDU («tradottosi nell’intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento integrativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario tenuto a rispettare», punto 6.1. del “Considerato in diritto”). Non rileva l’art. 11, afferma la sentenza, poiché non vi è stata limitazione o cessione di sovranità, bensì l’art. 117, comma 1, che nella formulazione più recente “ha colmato la lacuna”, operando un «rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali». Quanto alla peculiarità della CEDU, essa consiste, oltre che nel prevedere un giudice che la interpreta, diversamente dagli altri accordi internazionali ove l’interpretazione compiuta dalle parti contraenti, nell’aver «istituito un sistema uniforme di diritti fondamentali», realizzando il «superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci» (punto 6.2. del “Considerato in diritto”). È anche questa l’occasione per distinguere il diritto internazionale e la CEDU (pur nella sua peculiarità) dal diritto comunitario: il Consiglio d’Europa e la CEDU (e l’attività interpretativa della “sua” Corte), infatti, sono una «realtà giuridica, funziona-

⁶ Sulle fonti CEDU, v. de BARTOLE – DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*, Padova, Cedam, 2012.

le e istituzionale», distinta dall'Unione europea che non è parte contraente della Convenzione (punto 6.1. del "Considerato in diritto"); le norme della CEDU non hanno effetto diretto e, qualora la norma interna sia incompatibile, il giudice comune non può disapplicarla o non applicarla, come invece legittimato a fare quando il contrasto sia con il diritto UE⁷.

Eguale noti sono gli ulteriori sviluppi che, nel rapporto tra le fonti, ha avuto la sentenza della Corte Cost. n. 49 del 2015 – secondo cui è «solo un "*diritto consolidato*", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio *iter* interpretativo, mentre *nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*» (corsivi aggiunti) con la conseguenza che il giudice ordinario potrà limitarsi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, 1° co., e senza tener conto dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – così come sulle successive sentenze nn. 6420/2020, 24107/2020 e 27770/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, in coerenza ai pronunciati dei giudici delle leggi, sulla insindacabilità, sotto il profilo della violazione del limite esterno della giurisdizione, in relazione al diritto euro unitario, da parte del Consiglio di Stato, di non disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, essendo il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa.

In tale sistema, anche il giudice tributario, chiamato ad applicare la normativa nazionale, deve adottare un'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU e, se ritiene la suddetta legge inadeguata a garantire gli obiettivi della Convenzione, non può disapplicarla, ma deve investire il giudice delle leggi, sollevando questione di legittimità costituzionale in riferimento all'articolo 117, comma 1, Cost. La Corte di Cassazione, evidentemente al fine di trovare i necessari contrappesi per l'attuazione dell'interpretazione conforme, ha precisato che «la c.d. interpretazione conforme sarà [...] possibile solo ove la norma [...] non sia rigida e si presti a una differente opzione interpretativa, stante il suo significato suscettibile di diversa valutazione», chiarendosi che tale interpretazione va sempre tentata dal giudice nazionale pur considerando le difficoltà del *judicial transplant* derivante dalla diversità degli strumenti, dell'argomentazione giuridica e del metodo, poiché «ogni decisione della Corte EDU si riferisce a fattispecie

⁷ V., sul pensiero di Giuseppe Tesaurò quale Professore, Giudice della Corte Costituzionale ed Avvocato Generale della Corte di Giustizia, NASCIBENE, B. *Un ricordo di Tesaurò Professore*, in corso di pubblicazione in *Riv. Lo Stato*.

concreta e non aspira a definire massima di giudizio e non universalizzabile perché frutto di sincretismo pragmatico⁸.

In tale stregua ed in coerenza alle tutele apprestate dalla CEDU, la Corte di Cassazione ha reso numerosissime pronunce sulla compatibilità, sia sostanziale che procedurale, col sistema CEDU, la cui rilevanza è talmente prorompente da rendere effettiva la considerazione fatta in premessa per cui il diritto internazionale, non è 'altro' rispetto al sistema di riferimento del giudice nazionale, ma parte integrante di esso, divenendo l'interpretazione conforme non mera facoltà ma preciso potere/dovere del giudice nazionale, che è tenuto, nel quadro della ragionevolezza e dei principi costituzionali di riferimento, ad individuare la soluzione più confacente all'effettività delle regole dei trattati rispetto al caso concreto⁹.

⁸ Cass. civ., Sez. 5, 22 gennaio 2013, n. 1429; conf. Cass. civ., Sez. 5, 8 maggio 2013, n. 10781.

⁹ V., *ex pluribus*, v. Cass., Sez. 5, n. 9903/2020 che, in attuazione del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, ha riconosciuto la possibilità di introdurre nel processo tributario, le dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale aventi, anche per il contribuente, il valore probatorio proprio degli elementi indiziari; Sez. 5, 19/11/2019, n. 29980, sul principio di effettività (art. 6 CEDU) ha ritenuto che, in materia di accise, il consumatore finale, al quale il fornitore abbia addebitato le imposte, pur non essendo legittimato dalla disciplina interna, può chiedere, in coerenza con la direttiva n. 2008/118/CE direttamente il rimborso. Numerose pronunce si sono interessate dell'applicazione dell'art. 6 §1 CEDU in tema di giusto processo in materia tributaria, data la rilevanza rispetto alle questioni relative al contraddittorio endoprocedimentale e sulla durata del processo. Tra esse si segnala Cass., Sez. 5, n. 24899/2018; Cass. Sez. 5 n. 20358/2020 la cui massima così recita: *Il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU trova mediata applicazione, "in parte qua", in relazione alla natura armonizzata della pretesa fiscale relativa all'IVA, ove letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta UE dei diritti fondamentali, pacificamente applicabile anche ai giudizi tributari, non contenendo detta norma l'inciso limitativo riferito ai giudizi civili che, invece, compare nell'art. 6 CEDU. In tale ambito il cuore del diritto ad un equo processo è rappresentato, come stabilito dalla Corte EDU con la sentenza Chambaz c. Francia, dalla tutela del diritto al silenzio e alla non autoincriminazione, sicché tali diritti presuppongono che le autorità, nel determinare la responsabilità degli individui, non ricorrano ad elementi di prova ottenuti attraverso la minaccia di sanzioni o in forza di pressioni nei confronti dell'accusato*; sul rapporto tra processo penale e processo tributario e sulla necessità di ricostruire l'operatività del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto sovranazionale, non solo e alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE, 20 marzo 2018, c-524/2015 *Manci*) ma anche quanto al diritto della convenzione (CEDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens contro Italia* del 4 marzo 2014 n. 18640/2010 e seguenti, oltre che della giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale n. 43/2018), la Corte di Cassazione è sempre più consapevole come nel caso della pronuncia n. 34219/2019 la quale, in relazione al riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo n. 7 annesso alla Convenzione EDU, ha ritenuto che la fattispecie non costituisce violazione del *ne bis in idem*. Sulla compatibilità alla CEDU della tassazione in materia di esproprio, v. Sez. 5, n. 26417 del 2018. Sui profili contenutistici del ricorso in cassazione di cui all'art. 366, comma 1, n. 3) e 4), cod. proc.

Lo stato attuale della giurisprudenza di legittimità consente di affermare che la materia fiscale trova tutela con riguardo al diritto di difesa ed al giusto processo ai sensi dell'art. 6 §1 CEDU (Corte EDU 10/11/2020, *Vegotex Intenational S.A. c. Belgio*, n. 49812/09 §§ 45 e ss.).

2.3 Convenzioni bilaterali internazionali contro la doppia imposizione

Le Convenzioni bilaterali internazionali riguardano soprattutto la doppia imposizione dei redditi, dei patrimoni e delle successioni; la necessità di ricorrere ad un patto tra Stati è sorta di pari passo all'internazionalizzazione dell'economia ed alla correlata pretesa da parte del singolo Stato di sottoporre ad imposizione situazioni che non si siano integralmente realizzate all'interno del proprio territorio. Ciò ha comportato una proliferazione notevole di tali Convenzioni al fine di armonizzare le legislazioni tributarie degli Stati contraenti¹⁰.

Il divieto della doppia imposizione, sia nell'ordinamento interno (v. artt. 67 del d.P.R. 29/09/1973, n. 600, in materia di accertamento delle imposte sui redditi e 163 del d.P.R. 22/12/1986, n. 917 del Testo unico delle imposte sui redditi)¹¹, che in quel-

civ., con riguardo alla giurisprudenza formatasi sul tema e all'esigenza di assicurare un'effettiva tutela del diritto di difesa ex art. 24 Cost., nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali del giusto processo, ex artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU, cfr. Sez. 5, 30/04/2020, n. 8425. Anche in tema di pandemia la Convenzione EDU ha rappresentato il necessario punto di riferimento per la soluzione delle questioni riguardanti lo svolgimento dell'udienza, affermandosi che, nel giudizio di legittimità, la causa tributaria può essere trattata, anziché in pubblica udienza, con il nuovo rito camerale "non partecipato", ai sensi degli artt. 375 e 380 bis.1 c.p.c., in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali, tra cui rientra l'esigenza di evitare, nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19, assembramenti all'interno degli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone, alla luce sia dell'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, conv., con modif., in l. n. 77 del 2020 – che consente, fino a cessata emergenza sanitaria, la trattazione scritta delle cause civili (cd. udienza cartolare) – sia delle misure organizzative adottate dal Primo presidente della Cassazione, con propri decreti, al fine di regolamentare l'accesso ai servizi (Cass., Sez. 5, n. 26480/2020).

¹⁰ I testi delle Convenzioni stipulate dall'Italia sono reperibili tramite il sito *internet* del Dipartimento delle Finanze www.finanze.it.

¹¹ In relazione al contesto in cui il divieto della doppia imposizione giuridica è stato positivizzato, una parte della dottrina ha evidenziato che la previsione di cui all'art. 67 del d.P.R. n. 600/1973, in quanto inserita in un testo normativo relativo all'accertamento, avrebbe rilevanza sul piano puramente procedimentale, quale vincolo all'azione dell'amministrazione finanziaria, con particolare riferimento ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione ex art. 97 Cost., che non puoi emanare un atto che applichi, in dipendenza di un medesimo presupposto, la stessa imposta già applicata con un altro atto; viceversa, la previsione di cui all'art. 163 del d.P.R. n. 917/1986, in quanto inserita in un testo normativo contenente disposizioni di carattere sostanziale (t.u.i.r.), conferirebbe al divieto una portata sostanziale, quantomeno sul piano dell'interpre-

lo sovranazionale, ha riguardo al fenomeno della doppia (o plurima) imposizione “giuridica” essendo generalmente compatibile con il sistema la doppia (o plurima) imposizione “economica” dello stesso reddito. Quest’ultima identifica il fenomeno in cui più di un soggetto viene assoggettato a tassazione relativamente ad uno stesso reddito (si pensi al caso della distribuzione del dividendo – soci e società – quale reddito tassabile in capo al soggetto che lo percepisce, o al caso di operazioni internazionali messe in essere da gruppi multinazionali, come l’operazione economica legata al *transfer pricing*) e la sua compatibilità con l’ordinamento interno è generalmente correlata a ragioni di politica legislativa quali, ad esempio, finalità perequative ovvero di incentivazione all’impiego di determinati istituti giuridici, come nelle ipotesi di parziale detassazione dei dividendi delle società di capitali o delle plusvalenze imponibili da cessione di partecipazioni in capo alle persone fisiche¹².

La doppia imposizione giuridica opera, dunque, nell’ambito di fattispecie caratterizzate da due elementi oggettivi, costituiti dalla stessa imposta e dallo stesso presupposto, con la conseguenza che al ricorrere di tali due presupposti, uno stesso reddito è tassato due volte¹³. Ergo, la *doppia imposizione internazionale* riguarda l’imposizione da parte di più Stati delle medesime manifestazioni di ricchezza in capo ad un medesimo soggetto attraverso imposte identiche o similari¹⁴; tale imposizione può riguardare anche la doppia imposizione economica

tazione della fattispecie impositiva, introducendo un criterio vincolante per l’interprete in quanto costituente principio generale del diritto tributario – la cui *ratio* risiede nel principio di capacità contributiva di cui all’art. 53 Cost. – con applicabilità non solo nell’ambito delle imposte sul reddito ma di tutti gli altri tributi che non lo prevedono.

¹² Anche la giurisprudenza esclude che violi il divieto della doppia imposizione la duplicità meramente economica di prelievo sullo stesso reddito tanto più se le due imposizioni attingono a soggetti giuridici diversi (Cass., 29/05/2018 n. 13503; Cass. 30/10/2018, n. 27625).

¹³ Secondo Cass., Sez. 5, 25/05/2016 n. 10793, non massimata, l’operatività del divieto di doppia imposizione, postula la reiterata applicazione della medesima imposta in dipendenza dello stesso presupposto. La giurisprudenza riconosce tale dicotomia, ribadendo, in numerose pronunce (v. Sez. 5, nn. 29635-30140-30147 del 2019 e 2313 del 2020), che la doppia imposizione viene definita «economica» quando due Stati sottopongono a imposizione contribuenti diversi per lo stesso reddito e viene definita «giuridica» quando due Stati sottopongono a imposizione lo stesso contribuente per lo stesso reddito laddove l’eliminazione della prima è ritenuta obiettivo tipico dell’UE (Avv. Gen., in causa C-389/18, note 15 e 30).

¹⁴ V. *ex plurimis*, MARZITTI, A. *La doppia imposizione internazionale nel difficile coordinamento tra Convenzioni bilaterali e direttiva madre-figlia* (nota a Cass., Sez. V, 31/01/2020, n. 2313), in *Riv. dr. trib. on line*, 27 aprile 2020; CASERTANO, G., *La direttiva “madre-figlia”, le norme interne e le convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Rass. trib.*, 1995, pagg. 804 ss.; MARINI, G. *Le distorsioni economiche del rimborso del credito d’imposta previsto dalla nuova Convenzione Italia-Francia*, *ibidem*, pag. 254 ss.

internazionale laddove non sia giustificata da ragioni perequative (v., *infra*, sui dividendi-madre figlia).

Il fenomeno è reso possibile dal fatto che gli Stati, per individuare le fattispecie imponibili, adottano criteri analoghi ovvero suscettibili di combinarsi in modo tale che la medesima fattispecie risulta collegata ad una pluralità di ordinamenti giuridici. Tale sovrapposizione della fattispecie fiscale viene in rilievo con riferimento all'imposta sui redditi: i soggetti residenti in uno Stato vengono assoggettati all'imposta sul reddito, ovunque prodotto, a prescindere quindi dalla localizzazione della fonte del reddito stesso (cd. principio del reddito mondiale), mentre i soggetti non residenti vengono assoggettati ad imposizione in relazione alle fonti collocate nel territorio del singolo stato (cosiddetto principio di territorialità o della fonte). In tale situazione, se un soggetto percepisce redditi in uno Stato diverso da quello di residenza, subirà in relazione ai redditi di fonte estera, una duplice tassazione proveniente, da una parte, dallo Stato di residenza, in relazione al principio del reddito mondiale e, dall'altra, dallo Stato della fonte, in relazione al principio di territorialità. Il fenomeno può realizzarsi anche rispetto ad altri presupposti impositivi come accade per l'imposta sul patrimonio (nell'ipotesi in cui uno Stato sottoponga i residenti nel proprio territorio ad imposizione in relazione al patrimonio mondiale e i non residenti in relazione al patrimonio localizzato sul suo territorio), o per le imposte di successione (come nell'ipotesi in cui entrambi gli Stati determinano l'imposta in base all'unitario (mondiale) apprezzamento dell'asse ereditario ma con riferimento alla residenza del *de cuius* e da parte dell'altro Stato alla residenza dell'erede).

Sul piano squisitamente contenutistico i metodi utilizzati dagli Stati per eliminare le situazioni di doppia imposizione internazionale sono l'esenzione e l'imputazione o il credito d'imposta¹⁵.

La rilevanza internazionale del fenomeno ha fatto sì che tali Convenzioni siano state redatte sulla base di modelli elaborati nell'ambito delle organizzazioni internazionali ed in particolare in base al Modello di Convenzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico); si tratta di un Modello la cui adozione è oggetto di raccomandazione agli Stati, non obbligatoria, con

¹⁵ Il metodo dell'esenzione indica la situazione in cui lo Stato di residenza del soggetto che ha percepito il reddito, in forza della normativa convenzionale, riconosce unilateralmente un'esenzione (ovvero la non applicazione dell'imposta) per alcune tipologie di redditi di fonti estera; tramite la Convenzione, internazionale, cioè, insorge in capo allo Stato che rinuncia in tutto in parte alla sua potestà impositiva, l'obbligo di esentare la fattispecie nell'ambito del diritto interno. Con il metodo dell'imputazione del credito d'imposta, invece, lo Stato si assume l'obbligo pattizio di compensare l'obbligazione di imposta di diritto interno con un credito di imposta.

salvezza di inserimento di singole clausole¹⁶. Anche in ambito ONU, nel 1980, è stato elaborato un Modello che ne segue i tratti essenziali, accogliendo le richieste dei Paesi in via di sviluppo. I Paesi dell'America Latina hanno sottoscritto il "Patto Andino" con gli Stati terzi. I Trattati sottoscritti dall'Italia sono tutti conformi al Modello approvato in ambito OCSE nel 1963 (ed ai suoi successivi aggiornamenti del 1977, 1992, 2000, 2002, 2005 e 2014; da ultimo, l'emergenza Covid-9 ha comportato, l'aggiornamento delle Linee Guida OCSE sull'interpretazione dei trattati contro le doppie imposizioni – *Update Guidance on Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Pandemic*, del 21/01/2021).

Benché non riguardi il tema della presente trattazione, merita cenno il fatto che il 25 giugno 2020 è entrato in vigore il d.lgs. 10 giugno 2020 n. 49, recante attuazione della Direttiva UE 2017/1852 del Consiglio, del 10 ottobre 2017, sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea, emanato in attuazione dell'articolo 8 comma 1, della legge n. 117 del 2019, legge di delegazione europea 2018. La Direttiva, nota come direttiva DRM (*Dispute Resolution Mechanism*), il cui termine di recepimento era fissato al 30 giugno 2019, attraverso la predisposizione di una procedura amichevole, con una eventuale fase arbitrale, ha istituito un meccanismo non giurisdizionale – vincolante e con obbligo di risultato- di risoluzione amministrativa delle controversie tra Stati membri derivanti dall'interpretazione e applicazione di Accordi e Convenzioni per l'eliminazione della doppia imposizione.

2.3.1 Doppia imposizione convenzionale, principio di specialità e interpretazione teleologica

Le Convenzioni internazionali assumono rilevanza giuridica nell'ordinamento italiano soltanto con l'emanazione della legge di ratifica. Pertanto, sul piano strettamente *legislativo* e della gerarchia delle fonti, una volta intervenuta la legge di

¹⁶ L'articolo 2 del Modello Ocse di Convenzione bilaterale in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, nel definire l'ambito di applicazione oggettivo, si limita a stabilire che la convenzione si applica alle imposte sul reddito e sul capitale "*prelevate per conto di ciascuno degli Stati contraenti o loro suddivisioni politiche o autorità locali, qualunque sia il sistema di prelevamento*" precisando che sono considerati tali "*tutte le imposte prelevate sul reddito sul capitale complessivo, su elementi del reddito del capitale comprese le imposte sugli utili derivanti dalle alienazioni di beni mobili o immobili, le imposte sulla ammontare dei salari corrisposti dalle imprese virgola non che le imposte sulle plusvalenze di capitale*". Deve trattarsi, dunque, di imposte aventi le richiamate caratteristiche – comprese quelle prelevate mediante il sistema della ritenuta alla fonte a titolo sostitutivo in forma di addizionali- a prescindere da quale ente eserciti la potestà tributaria di imposizione potendo trattarsi di poste prelevate dallo Stato, da Stati federati, da enti territoriali minori quali le regioni, le province o gli enti comunali.

ratifica, le disposizioni delle Convenzioni assumono all'interno dell'ordinamento valore di fonte primaria ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost. (che prevede il sistema di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale) e dell'art. 117 Cost. (che prevede l'obbligo comune dello Stato e delle Regioni di conformarsi ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed agli obblighi internazionali), come peraltro ribadito, nella materia tributaria, anche dall'art. 75 del d.P.R. n. 600 del 1973 («nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi, sono fatti salvi accordi internazionali resi esecutivi in Italia») e dall'art. 169 del d.P.R. n. 917 del 1986 (per il quale le disposizioni dello stesso T.U. «si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione»).

Avendo le regole convenzionali natura di norme di carattere *speciale* rispetto alle norme generali stabilite dal legislatore italiano, l'eventuale antinomia tra regola interna e regola sovranazionale deve essere risolta facendo applicazione del principio di specialità (*generi per speciem derogatur*) e, quindi, dando prevalenza alle norme speciali della Convenzione¹⁷.

Tale gerarchia, non esime, tuttavia, il giudice tributario dal verificare fino a che punto la specialità della norma pattizia preclude il ricorso alle definizioni previste dalla normativa interna ovvero preclude la possibilità di attribuire a determinati termini, non espressamente contenuti nella Convenzione, il significato attribuito dalla legislazione interna.

¹⁷ Si è affermato il principio generale che le Convenzioni, per il carattere di specialità del loro ambito di formazione, così come le altre norme internazionali pattizie, prevalgono sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3), principio che, applicato in materia d'imposte sul reddito, comporta che le norme pattizie derivanti da accordi tra gli Stati prevalgono, attese la specialità e la *ratio* di evitare fenomeni di doppia imposizione, su quelle interne (v. Cass., 19/01/2009, n. 1138 sulla Convenzione Italia-Irlanda; *id.* Cass., 15/7/2016, n. 14476 che sul caso dell'indennità di fine rapporto di cittadino residente in Svizzera ma dipendente delle Ferrovie dello Stato ha riconosciuto la prevalenza della norma pattizia che prevedeva l'imponibilità del trattamento di fine rapporto solo nello Stato di residenza; v., altresì, Cass., 24/11/2016, n. 23984). Cass., Sez. 5, Sentenza, n. 30140 del 20/11/2019, ha ribadito tali principi affermando, al paragrafo n. 5.9. della motivazione, che: «Sulla base di dette norme, quindi, questa Corte (Cass., 19/01/2009, n. 1138; Cass., 15/7/2016, n. 14474) ha non solo affermato il principio generale che le Convenzioni, per il carattere di specialità del loro ambito di formazione, così come le altre norme internazionali pattizie, prevalgono sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3); ma anche specificato in particolare che, in materia d'imposte sul reddito, le norme pattizie derivanti da accordi tra gli Stati prevalgono, attese la specialità e la *ratio* di evitare fenomeni di doppia imposizione, su quelle interne (Cass., 24/11/2016, n. 23984)».

Di qui, la prolifera, quanto interessante, interpretazione che ne è derivata (cd. sistematica e/o teleologica) che ha consentito non solo di regolare il sistema multilivello delle fonti con l'individuazione della disciplina giuridica tributaria da applicare, ma, segnatamente, di individuare concetti generali per la definizione di istituti propri del diritto tributario. La nozione di "stabile organizzazione" ne è esempio principe, descritto nella gran parte delle Convenzioni bilaterali, ancorché, ai fini delle imposte sui redditi e sull'Irap, essa sia definita dall'art. 162 t.u.i.r.¹⁸.

Ed invero, dato per assodato che le Convenzioni non attribuiscono potestà normativa tributaria agli Stati che le sottoscrivono, ma stabiliscono il limite del potere normativo dei singoli Stati, regolando la loro diversa potestà impositiva e, quindi, la diversa tassazione dei redditi percepiti da uno dei due Stati nei confronti di soggetti che non siano ivi residenti (v. sentenza della Corte di Giustizia UE 19 novembre 2009, *C-540-07*, in tema di dividendi, che ha suggellato la funzione delle Convenzioni di rimedio contro le doppie imposizioni internazionali¹⁹), va da sé che esse, per essere applicate, richiedono un'interpretazione, per la quale è fondamentale il ruolo del giudice.

Nel tentativo di inquadrare le norme, di diritto internazionale, che assumono rilievo nell'interpretazione dei trattati di contrasto alla doppia imposizione, si

¹⁸ Va dato assoluto rilievo alla presenza economica significativa e continuativa dell'impresa ovvero alla complementarietà delle attività economiche complessivamente esercitate dall'impresa nel territorio dello Stato. La legge n. 205/2017 ha apportato significative modifiche alla disciplina della stabile organizzazione ed ai criteri per la sua determinazione, riformulando le tradizionali categorie della stabile organizzazione materiale e personale. In particolare, è stata introdotta la possibilità di ravvisare una stabile organizzazione in Italia anche in "*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso*". Tuttavia, la definizione di stabile organizzazione trova le sue premesse fondamentali anche nell'attuazione dei Report finali del Progetto BEPS e, da ultimo, nell'attuazione della Convenzione Multilaterale OCSE per l'adeguamento dei trattati fiscali contro le doppie imposizioni.

¹⁹ V. Corte di Giustizia UE 19 novembre 2009, *C-540-07*, secondo cui: "Si deve rammentare preliminarmente che, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29). 29 Infatti, in mancanza di disposizioni di unificazione o di armonizzazione comunitaria, gli Stati membri rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione del loro potere impositivo, in particolare, al fine di eliminare le doppie imposizioni (sentenze 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly, Racc. pag. I-2793, punti 24 e 30, nonché 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. pag. I-7409, punto 44). 30 La direttiva 90/435 mira ad eliminare, instaurando un regime fiscale comune, qualsiasi penalizzazione della cooperazione tra società di Stati membri diversi rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso Stato".

distingue tra norme “generali” contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ratificata dall'Italia con la legge 12 febbraio 1974 n. 112 e norma “speciale” contenuta all'art. 3 (rubricato definizioni generali) del Modello di Convenzione OCSE.

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati «ha reso per lo più obsolete le precedenti divergenze di opinione sull'interpretazione dei trattati»²⁰, diventando centrale nel procedimento ermeneutico in quanto pone regole generali di interpretazione [artt. 31 (regola generale di interpretazione), art. 32 (mezzi complementari di interpretazione) e 33 (interpretazione dei trattati autenticati in più lingue)] che rendono recessive non solo le disposizioni interne, ma anche le disposizioni di carattere dubbio contenute nelle Convenzioni.

In tale stregua, il criterio residuale pattizio, che rimette ad un unico Stato contraente l'interpretazione di espressioni non definite dallo stesso accordo, non può essere considerato di per sé solo decisivo in quanto recessivo rispetto ai criteri dettati dagli articoli 31 e 33 della Convenzione di Vienna del diritto dei trattati.

E così, la Corte di Cassazione (v. Cass., Sez. 5, 14/11/ 2019, n. 29635), impegnata ad interpretare la Convenzione di Bonn tra Italia e Germania, ratificata con l. n. 459 del 1992 e, segnatamente, l'art. 24 di tale trattato – il quale, ricorrendone le condizioni, esclude i dividendi dalla base imponibile del reddito della società-madre italiana – ha affermato che «sul punto, la giurisprudenza euro-unitaria (Corte Giustizia, Grande Sez., sent. 12/09/2017, n. 648/15, ai punti 35-39 della motivazione), sia pure a proposito di una Convenzione sulle doppie imposizioni stipulata tra altri Stati, ha già avuto modo di chiarire che il criterio residuale pattizio, che rimette ad un unico Stato contraente l'interpretazione di espressioni non già definite dallo stesso accordo, non può essere considerato di per sé solo decisivo, ed è comunque recessivo rispetto ai criteri dettati dagli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, di cui sono parti sia l'Italia che la Repubblica federale tedesca, dalla quale risulta la regola generale (art. 31, paragrafo 1) che un trattato dev'essere interpretato in buona fede, in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo».

²⁰ VOGEL K, *Double Tax Treaties and their Interpretation*, Vogel, K. *Berkeley Journal of International Law*, §4, pag. 30 e ss: “The Vienna Convention has rendered earlier differences of opinion with regard to treaty interpretation for the most part obsolete. It is true that the Vienna Convention contains only relatively general rules, and it therefore cannot make allowances for the peculiarities of tax treaties. It has resolved, nevertheless, some of the uncertainties in prior international practice. The relevant provisions of the Vienna Convention regarding the interpretation of treaties are contained in Articles 31 through 33.”.

Ancora, dandosi prevalenza alla regola generale prevista dall'art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati secondo cui «un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo», si è affermato che l'espressione utilizzata nella Convenzione Italia-Svizzera per la definizione della persona "fisica" residente ("assoggettata ad imposta nello stesso Stato...") «deve essere intesa nel senso di potenziale assoggettamento della stessa ad imposizione in modo illimitato (*"full liability to tax"*), a nulla rilevando il dato dell'effettivo prelievo fiscale subito dalla persona fisica» (così, Cass., Sez. 5, 17/04/2019, n. 10706, § 1.10). In tal caso, dunque, la prevalenza della regola generale di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna, ha consentito di interpretare la nozione di persona fisica residente in uno Stato contraente, utilizzata ai fini della applicazione della minore imposta dalla Convenzione Italia-Svizzera, nel senso di potenziale assoggettamento della stessa ad imposizione in modo illimitato nello Stato di residenza, indipendentemente dall'effettivo prelievo fiscale subito, essendo lo scopo delle convenzioni bilaterali quello di eliminare la sovrapposizione dei sistemi fiscali nazionali ed agevolare l'attività economica internazionale, come affermato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 19 novembre 2009, n. 540.

Anche in controversia relativa ai dividendi infragruppo erogati da una società figlia-tedesca ad una società-madre italiana, che ne possiede l'intero capitale sociale o almeno il 25%, si è data centralità assoluta della convenzione di Vienna, in quanto fonte primaria e in quanto avente carattere di specialità, prevalente sulle norme interne (nella specie sull'art. 89, comma 2, del d.P.R. n. 917 del 1986, come modificato dal d.lgs. n. 344 del 2003), affermandosi che l'interpretazione letterale dei trattati e dei criteri di cui all'art. 31, paragrafo 1 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969, e degli artt. 23A e 23B del modello di convenzione OCSE contro la doppia imposizione, vieta non soltanto la doppia imposizione giuridica, ma anche quella economica internazionale a cascata (v. Cass., Sez. 5, 20/11/2019, n. 30140).

Quanto ai canoni OCSE, la giurisprudenza italiana si è storicamente mostrata incline a riconoscere valore interpretativo sia al Modello che al Commentario Ocse²¹ e, pur escludendone l'efficacia vincolante, ne ha riconosciuto la funzione

²¹ Il Commentario al Modello OCSE identifica la dimensione internazionale del fenomeno della doppia imposizione sull'esistenza di quattro elementi essenziali, quali, il presupposto d'imposta (fatto materiale/ economico che genera la tassazione, quali il reddito, il patrimonio etc.), le imposte (le convenzioni individuano le imposte di riferimento), il contribuente (identità del soggetto passivo, criterio distintivo anche dalla doppia imposizione economica), il periodo d'imposta (i presupposti di imposta possono essere integrati solo da fatti che si verificano nell'unità di tempo prevista, come i redditi di competenza della stesso periodo).

di indirizzo ovvero di raccomandazione diretta ai paesi aderenti all'OCSE (v. Cass., sez. 5, 28/07/2006, n. 17206). In altri termini, poiché il giudice, in base al principio di legalità, è vincolato nell'interpretazione della legge soltanto da atti aventi forza di legge, Modello e Commentario non hanno alcuna efficacia vincolante, ma di indirizzo, per arrivare all'interpretazione delle clausole di dubbio significato.

Laddove, invece, la regola ermeneutica contenuta nell'art. 3 del Modello Ocse sia divenuta norma pattizia in quanto inserita nella Convenzione bilaterale, essa diviene vincolante ai fini dell'interpretazione dei Trattati. Con tale disposizione viene, infatti, espressamente prevista la regola della "prevalenza" della disposizione pattizia (ove la lingua del trattato dovrebbe essere vincolante in misura maggiore di quanto non lo sia nella pratica europea in materia di diritto interno), *«a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione»*.

Ampia, infatti, è la zona grigia delle definizioni contenute nella Convenzione che non hanno carattere autonomo rispetto alla normativa interna dello Stato contraente, ovvero di definizioni suscettibili di diversa interpretazione: il paragrafo 2 dell'articolo 3 Modello Ocse dispone, infatti, che «per l'applicazione della Convenzione in qualunque momento da parte di uno Stato contraente le espressioni ivi non definite hanno, a meno che il contesto non richiede una differente interpretazione, il significato che ad essi attribuito in quel momento dalla legislazione di detto stato relativamente alle imposte qui la convenzione si applica prevalendo ogni altro significato dato al termine nell'ambito dell'altre leggi dello Stato».

In buona sostanza, la norma pattizia, recepita dal modello OCSE, a differenza delle regole generali della Convenzione di Vienna, consente di interpretare un'espressione della Convenzione, che non sia autonomamente definita, attraverso la definizione normativa che ne dia la legge interna²².

²² La giurisprudenza della Corte è ricca di applicazioni di detto criterio interpretativo, ad esempio sull'interpretazione del termine "sicurezza sociale" v. Cass. n. 23001/2010, sulla Convenzione Italia-Lussemburgo, con la quale si è affermato che il termine sicurezza sociale ha *"un significato ampio e come tale comprensivo tanto dei diritti di previdenza che di quelli di assistenza, con la conseguenza che essa è sottoposta all'potestà impositiva di entrambi gli Stati"*; cfr. Relazione di CRUCITTI, R. sul *Secondo Ciclo di seminari di approfondimento Tributario*, organizzato dalla SSM, 8 marzo 2017: Nel genere sicurezza sociale è venuto così a trovare collocazione non solo il trattamento assistenziale ma anche quello previdenziale con il quale lo Stato assicura ai lavoratori (che come tali hanno diritto all'intervento dello Stato sociale) la copertura dai rischi tipici del rapporto di lavoro e della persona umana. (malattia, morte, infortunio sul lavoro), Conseguentemente ha trovato collocazione il concetto stesso di pensione (purché non volontaria), declinato in tutte le sue accezioni, anche quella di anzianità, essendo chiaro che la finalità della pensione non volontaria è proprio quella della sicurezza sociale e che tale finalità non viene esclusa, ma anzi accresciuta, dal fatto che la pensione di anzianità sia collegata al versamento obbligatorio di contributi durante l'intero arco della vita lavorativa. In effetti ciò che rileva è che il legislatore, avendo individuato e disciplinato una serie di fattispecie con le quali

Quanto al significato che il termine “contesto” assume all’interno dei trattati contro le doppie imposizioni, è opinione comune che affinché la disposizione pattizia (art. 3, par. 2) abbia un senso, sia necessario che il “contesto” comprenda, oltre gli strumenti indicati negli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna, qualsiasi altro mezzo idoneo ad identificare la volontà delle parti contraenti con tutte le difficoltà che tale metodo (*case by case approach*) comporta.

Non è mancata dottrina critica ai tentativi di tipizzazione del fenomeno della doppia imposizione, rilevandosi, in contrario, che si tratta di una nozione che ha solo funzione descrittiva del fenomeno, riassuntiva degli elementi ricorrenti nelle fattispecie previste dalle convenzioni internazionali, ma non normativa in quanto le norme contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni disciplinano di volta in volta la fattispecie in relazione alle quali esse trovano applicazione.²³

La stessa dottrina ha evidenziato come la scelta degli Stati di eliminare il fenomeno della doppia imposizione sia stata funzionale al perseguimento di obiettivi di politica economica piuttosto che di giustizia distributiva²⁴.

Non sono mancati tentativi di stigmatizzare criteri ermeneutici comuni agli Stati ed ai loro interpreti; in tal senso è stato osservato che, poiché i trattati fiscali

ed attraverso le quali assicurare il lavoratore (*ut homines vivant et bene vivant*) con riferimento ai vari accadimenti della vita, abbia inserito tra le medesime anche la vecchiaia, declinata sia con riferimento al servizio (pensione di anzianità), che all’età (pensione di vecchiaia). Pertanto, la circostanza che il legislatore detti una disciplina in parte diversa per i trattamenti pensionistici di anzianità rispetto a quelli di vecchiaia, non esclude che entrambi appartengono comunque al sistema generale di sicurezza sociale. Tanto discende, con riferimento al nostro ordinamento, direttamente dall’art. 38 Cost. (sentenza n. 5048/07; 12885/93; 26/2000), ma trova un fondamento anche in alcune pronunce CEDU (Provvedimento del 15/09/2009, Caso: Moskal contro Polonia; Provvedimento del 22/10/2009, Caso: Apostolakis contro Grecia), e trova un preciso riscontro nella previsione dell’art. 22 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo che, tra i diritti c.d. sociali, riconosce il diritto alla sicurezza sociale. Numerose pronunce hanno riconosciuto rilevanza, in funzione interpretativa – ossia per arricchire di argomenti e corroborare una tesi già assunta in base al dato testuale, così come prevede la stessa Convenzione di Vienna (cfr. Cass. 24/11/2016 n. 23984 del 2016 e Cass. nn. 3367 e 3368 del 2002, n. 7851 del 2004 e n. 9942 del 2000, ivi richiamate) – sia al Modello di Convenzione approvato in ambito OCSE sia al Commentario OCSE al relativo modello (Cass., 19/12/2018, n. 32842, in tema di definizione del concetto di “beneficiario effettivo” utilizzato nella Convenzione italo-tedesca; Cass., 7/9/2018, n. 21865, in materia di redditi percepiti all’estero dagli artisti; Cass., 10/11/2017, n. 26638, in relazione alla Convenzione Italia-Federazione Russa, per l’individuazione della residenza della persona fisica; Cass., 21/12/2018, n. 33218, con riferimento alla Convenzione tra l’Italia ed il Regno del Marocco, per l’interpretazione della “stabile organizzazione”; Sez. 5, 27/05/2021, n. 14764, sull’istanza di rimborso di crediti di imposta su dividendi di fonte italiana, percepiti da società con sede nel Regno Unito e priva di stabile organizzazione nel territorio statale, sulla locuzione “all’atto della ricezione” della domanda.

²³ FANTOZZI, A. VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. comm.*, V, Torino, 186.

²⁴ FANTOZZI, A. VOGEL, K., *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. comm.*, V, Torino, 182 ss.

hanno lo scopo di allocare equamente i crediti fiscali tra gli stati contraenti, tale obiettivo può essere raggiunto “solo se il trattato è applicato in modo coerente da entrambi gli Stati contraenti, in base ad un’interpretazione “comune”, così come, per altre ragioni, si fa nel diritto internazionale privato per quanto riguarda l’interpretazione delle norme di conflitto”²⁵.

2.3.2 Doppia imposizione, interpretazione adeguatrice e diritto comunitario

Attraverso l’interpretazione sistematica, gli ordinamenti degli Stati giungono, inevitabilmente ad un’interpretazione adeguatrice del diritto comunitario ed ai sovraordinati principi, ivi tutelati, di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di circolazione del capitale.

Il panorama della giurisprudenza tributaria è così ricco da sconsigliare qualsiasi tentativo di rassegna delle decisioni fondate su tale percorso ermeneutico²⁶.

²⁵ VOGEL, K., *Double Tax Treaties and their Interpretation*, *Berkeley Journal of International Law*, §4, pag. 37 e ss.: *Tax treaties are meant to allocate tax claims equally between the contracting states. This goal can only be achieved if the treaty is applied consistently by the authorities and courts of both contracting states. In interpreting tax treaties, therefore, an interpretation should be sought which is most likely to be accepted in both contracting states.*⁸⁶ This precept of “common interpretation” is also recognized in private international law with regard to the interpretation of conflict rules. Recentemente, grazie al lavoro congiunto di studiosi di vari paesi, si è arrivati ad auspicare l’applicazione del metodo “*International Tax Group*” dei saggi del volume *Current Tax Treaty Issues*, quale presupposto per una sintesi comparatistica delle problematiche fiscali comuni ai vari Paesi, per l’evoluzione dei testi dei trattati e per l’individuazione di principi generali del diritto tributario internazionale, v. MAISTO G., Il “metodo comparativo” quale strumento evolutivo del diritto dei trattati fiscali: note a margine del volume “*Current Tax Issues*” edito da IBFD per i cinquant’anni dell’*International Tax Group*”, Rubrica di diritto internazionale e comparato.

²⁶ Interessante è il fenomeno della esteroinvestizione e della regolazione UE dei tributi armonizzati: diretta per dazi doganali (codice doganale comunitario; regolamento di attuazione; regolamenti settoriali) e indiretta per accise (es. Direttiva 2008/118/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al regime generale delle accise e che abroga la direttiva 92/12/CEE) e IVA (Direttiva 67/228/CEE dell’11 aprile 1967 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d’affari; Sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, attuativa di prima e alla seconda direttiva del Consiglio dell’11 aprile 1967; Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto, cd. “direttiva rifusa”), v., *ex multis*, Sez. 5, Sentenza n. 13312 del 29/05/2013, Rv. 626834 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 15786 del 19/09/2012, Rv. 623766 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 13505 del 27/07/2012, Rv. 623644 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 34577 del 30/12/2019, Rv. 656734 – 02; Sez. 6 – 5, Ordinanza n. 19661 del 24/07/2018, Rv. 650358 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 16697 del 03/07/2013, Rv. 627059 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 15198 del 04/06/2019, Rv. 654134 – 01; Sez. 5, Ordinanza n. 1301 del 22/01/2021, Rv. 660269-01; Sez. 5, Ordinanza n. 11418 del 30/04/2019, Rv. 653943 – 01; Sez. 5, Ordinanza

Non può non farsi cenno, tuttavia, per la pregnanza che assume con riguardo all'interpretazione adeguatrice dei trattati contro le doppie imposizioni, alla giurisprudenza in materia di cd. "dividendi madre-figlia".

Già solo il testo della massima, sotto riportata, della recentissima sentenza della Sezione Tributaria civile della Corte di Cassazione – compendiaria a fini dichiaratamente nomofilattici – esprime quanto detto in premessa e cioè come il diritto nazionale, il diritto dell'Unione europea e il diritto internazionale abbiano una funzione "circolare", dando vita ad un sistema ordinamentale aperto e flessibile, al quale contribuiscono tutte le componenti indicate dall'art. 117 e seguenti della Costituzione, criterio primario, ordinatore delle fonti. Tale massima così recita:

Sez. 5, Sentenza n. 20646 del 20/07/2021 (Rv. 661893 – 01): "In tema di imposte sui dividendi azionari corrisposti da una società figlia, residente in Italia, ad una società madre, residente nel Regno Unito, l'esenzione integrale da imposta sui dividendi riconosciuta in Italia ai sensi dell'art. 27-bis del d.P.R. n. 600 del 1973, che ha attuato la direttiva madre-figlia n. 453/1990/CE, non elimina necessariamente il rischio di doppia imposizione economica né di violazione del principio di neutralità fiscale, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia (causa C-389/18 del 19 dicembre 2019, Brussels Securities); pertanto, è consentito alla società madre, che originariamente non abbia subito in Italia ritenute sui dividendi ricevuti ex art. 27-bis d.P.R. cit., di optare successivamente per l'applicazione dell'art. 10, par. 4 lett. b, della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Regno Unito, ratificata con l. n. 329 del 1990, chiedendo un credito di imposta, che deve però subire una ritenuta del 5 per cento sull'ammontare dei dividendi ricevuti e un'ulteriore ritenuta del 5 per cento sull'importo del credito di imposta, non sussistendo una alternatività, in termini assoluti, tra le due fonti normative e trovando applicazione il principio di neutralità ed efficienza fiscale internazionale ("*international tax neutrality ed efficiency*"), espressione della "*intercountry equity*".²⁷ Con tale sentenza la Corte di Cassazione ha stabili-

n. 9453 del 04/04/2019, Rv. 653363 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 13087 del 25/07/2012, Rv. 623918 – 01; Sez. 5, Sentenza n. 6246 del 13/03/2013, Rv. 626045 – 01.

²⁷ Dopo le quattro sentenze Cass. civ., Sez. 5, n. 25490 del 10-10-2019 (Lussemburgo), Cass. civ. Sez. V, n. 32255 del 13-12-2018 (Lussemburgo); Cass. civ. Sez. 5, n. 25264 del 04-05-2017 (Paesi Bassi), Cass. civ. Sez. V, n. 04771 del 24-02-2017 (Belgio), esplicative di un vasto filone ma sospettate d'infrazione – e segnalate per procedure di reclamo – da EU COMMISSION DG -*Taxation and Customs Union – Direct Taxation Legal Affairs*, gli organismi comunitari hanno indicato come posizione ufficiale della Comm. UE quella espressa in *Observations écrites déposées par la Commission Européenne dans l'affaire C-448/15 (Wereldhave)*, poi riprese da Conclusioni dell'Avvocato generale del 05-09-2019 in causa C-389/18 (Brussels Securities) e confluite nella (disagevole) Corte di giusti-

to, dunque, che per i dividendi corrisposti dalla società figlia italiana alla società madre inglese, in origine esenti da ritenuta in forza dell'articolo 27 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, la madre stessa ha la possibilità di optare successivamente per il rimborso del credito d'imposta, ai sensi dell'articolo 10 paragrafo 4, lettera b) della Convenzione Italia-Regno Unito (imposta che i sensi della convenzione è decurtato del 5% dell'ammontare dei dividendi e di un'ulteriore 5% dell'ammontare del credito medesimo), e ciò ha affermato proprio attraverso un'attenta di opera di interpretazione adeguatrice.

Tralasciando il tormentato percorso del riconoscimento del credito di imposta su dividendi esteri, prima circoscritto agli utili distribuiti dalle società controllate, relevantissima per gli scopi della presente relazione, è la considerazione, di cui alla pronuncia in parola, che sia la direttiva, sia le Convenzioni bilaterali hanno il comune obiettivo della eliminazione della doppia imposizione economica e che tale comunanza di obiettivo non può mai determinare in concreto la distorsione rappresentata da un indebito duplice beneficio²⁸.

Fondamentale, sempre nell'ottica di un'interpretazione di sistema, è, altresì, l'adeguamento dei giudici di legittimità al principio di "neutralità fiscale", ossia nell'accezione mutuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue con riferimento alla direttiva "madre-figlia", nell'evitare che la società madre subisca «un trattamento peggiore rispetto a quello che spetterebbe qualora le due società (madre e figlia) fossero dello stesso Stato», in violazione del principio di neutralità fiscale che la direttiva vuole assicurare.

La disposizione combinata di fonti diverse apre, dunque, al principio secondo cui nel determinare le imposte dovute in Italia occorre tener conto anche del regime tributario degli altri paesi, e ciò a conferma di quanto l'interpretazione adeguatrice crei coerenza col "sistema"²⁹.

zia UE, Sez. VII, 19-12-2019, C389/18 (Brussels Securities). La prospettiva dell'attuale giurisprudenza, come sopra riportata in massima, è a favore delle società recuperando anche la Circolare del 10-08-1994 n. 151 – Min. Finanze – Dip. Entrate Aff. Giuridici Serv. VII.

²⁸ V. Cass. civ., Sez. 5, 14/06/2019 n. 16004.

²⁹ V. MANZITTI, A., *La doppia imposizione internazionale nel difficile coordinamento tra convenzioni bilaterali e Direttiva-madre figlia*, in Riv. Telematica di dir. Trib.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 21 – Scienza e diritto penale

Quaderno 22 – Il diritto dell'immigrazione

Quaderno 23 – Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato
semplificato

Quaderno 24 – Contratto, contratti e mercati

Quaderno 25 – Le criticità del sistema giustizia: dall'irragionevole durata del
processo all'ingiusta detenzione

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

