
IL GIUDICE E LA LEGGE

SOMMARIO:

1. Premesse del discorso: il piano di lavoro e le coordinate dell'indagine. – 2. Il punto di partenza: i dati normativi essenziali. – 3. Dai trascorsi ad oggi: appunti di storia. – 4. Il dialogo. Stringata antologia della dottrina. – 5. Il mestiere del giudice. – 5.1. Corte cost. ord. 24 ottobre 2013, n. 248. La giurisprudenza per principi. – 5.2. Cass. 14 giugno 2021, n. 16743. Un limite all'impiego delle clausole generali. – 5.3. Cass. 3 aprile 2020, n. 7667. Il vincolo del testo. – 5.4. La vicenda dell'impossibilità sopravvenuta, ovvero lo svuotamento semantico. – 6. Il mestiere del legislatore. – 6.1. La crisi della legge. – 7. Dove va l'obbligazione?

1. Premesse del discorso: il piano di lavoro e le coordinate dell'indagine

Da decenni si parla di riforma della giustizia. È stata con insistenza invocata dopo Tangentopoli e negli anni del berlusconismo ed anche attualmente ne sono ribadite la necessità e l'urgenza ogni qual volta il rapporto tra magistratura e “politica” assume toni così apertamente conflittuali da provocare lacerazioni gravi del tessuto democratico. Ma – come recita il noto proverbio – “tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare” e, sinora, stante il disaccordo sulle innovazioni da apportare per stabilire in modo duraturo un corretto ed equilibrato rapporto tra quei poteri, nessun reale cambiamento è alle viste e gli interventi realizzati, più che ad un profondo rinnovamento, autorizzano a pensare alla montagna che partorisce il topolino. È fatale, dunque, che, ciclicamente, lo scontro riesploda – anche perché, talora, ad arte rinfocolato – sollecitando nuovamente la ri-

chiesta pressante di una riforma che, se l'esperienza qualcosa insegna, è verosimilmente destinata a rimanere, chissà per quanto, una chimera. Dal circolo vizioso affiora uno dei grandi problemi irrisolti del nostro tempo: una questione cruciale che ha molte sfumature e che si presta ad essere diversamente declinata a seconda del punto di osservazione. Vi è certamente coinvolto il **principio di legalità** – e, con esso, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri e via dicendo – che è da molti idealizzato in quanto ritenuto, e non solo nell'attuale congiuntura, impossibile da realizzare. C'è un nucleo di verità in quest'affermazione, che tuttavia non può – a nostro avviso – giustificare atteggiamenti di resa, di rinuncia a coltivare e promuovere i valori positivi che a quel principio fanno capo. Insomma, il principio di legalità continua a segnare la strada, è la bussola che, nel mare in tempesta, orienta il navigante verso l'approdo più sicuro. Nella metafora è riassunta una delle conclusioni possibili della riflessione che ci accingiamo a svolgere. Tutto cambia e il moto è così veloce e babelico da avvalorare la sensazione che tutto sia possibile, che nulla sia impossibile, che i limiti siano evaporati; si può osservare inerti questa deriva o addirittura incoraggiarla, ma se la si giudica pericolosa non si può non reagire puntellando il principio di legalità, ovviamente nell'accezione aggiornata emersa con il costituzionalismo liberale. Si può accostare il principio *de quo* alla figura del padre.

Questa era la domanda che mi interessava, non solo come psicoanalista, ma anche come padre: cosa resta del padre nel tempo della sua dissoluzione? Nel tempo in cui la sua autorità e la sua forza normativa sembrano essersi irreversibilmente esaurite? Dobbiamo buttare via tutto del padre? Dobbiamo dire basta coi padri? Constatate il suo coma senza speranza? Il padre è un ferivecchio della cultura patriarcale che deve essere archiviato senza alcuna nostalgia? Il carattere neo-libertino del nostro tempo sembra non avere dubbi a proposito: si tratta di sopprimere senza indugi il padre come limite insopportabile alla nostra libertà e alla nostra volontà illimitata di godimento. Il nostro tempo è, in questo senso, un tempo intrinsecamente parricida. Se la figura del padre è innanzitutto quella figura che custodisce il senso dell'impossibile, il comandamento sociale oggi dominante proclama, contro ogni padre, che tutto è possibile, proclama una libertà che rigetta ogni esperienza del

limite e della mancanza. Di fronte a questa deriva che non coinvolge evidentemente solo la psicoanalisi, ma la nostra intera società, la mia prospettiva vuole essere diversa. Non unirmi al coro che celebra la morte del padre (...) né essere tra coloro che ne rimpiangono nostalgicamente l'assenza (...), ma provare a ripensare radicalmente la figura paterna (...). Questo significa innanzitutto non rinunciare al padre, evitando però di situarlo nella posizione verticale dell'Ideale, del Padrone, della guida infallibile, dell'autorità che ha l'ultima parola sul senso della vita e della morte, del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto. Significa correggere la rappresentazione patriarcale del padre.

(M. Recalcati 2017, VII s.)

Lo psicanalista, nel “nostro tempo”, invita a non disfarsi del padre e credo che il giurista, analogamente, farebbe bene a non patrocinare l'accantonamento del principio di legalità. Né un esito siffatto appare plausibile e coerente con la dimensione di principio che alla legalità va riconosciuta nell'ordinamento italiano.

Nell'ordinamento italiano (...) il principio di legalità non ha una chiara formulazione testuale, né a livello costituzionale né a livello legislativo. Ma ovviamente resta la possibilità che la legalità sia un principio “implicito”: un principio non chiaramente formulato, ma derivabile da altre norme dell'ordinamento. Ebbene, nell'ordinamento italiano, l'“esistenza” di un principio (implicito) di legalità può essere derivata argomentando *contemporaneamente* in due modi (...). Per un verso, il principio di legalità può essere individuato *a partire* da una serie di norme costituzionali, tra le quali gli art. 23 (nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge), 25 (legalità penale), 97 (i pubblici poteri sono organizzati secondo disposizioni di legge), 101 (soggezione del giudice alla legge), ecc.: mettendo insieme, e dando un senso unitario, alle varie norme costituzionali, relative ad ambiti particolari, in cui è evocata la necessità di un quadro normativo predeterminato per legge, si può ricavare un più ampio e trasversale principio (implicito) di legalità: il principio di legalità è ciò che spiega e giustifica la presenza di queste norme costituzionali, e dunque è a sua volta dotato di rilevanza costituzionale. Per altro verso (...), il principio di legalità è un principio *strumentale* alla realizzazione di altri principi, a loro volta dotati di rilevanza costituzionale e in vario modo collegati tra loro, quali: la certezza del diritto, l'uguaglianza, l'autonomia persona-

le¹...; e anche da questo punto di vista, dunque, la legalità assume i connotati di un principio (implicito) di rango costituzionale.

(G. Pino 2023, 970 s.)

La qualità di principio “implicito” non autorizza a sminuirne il valore; anzi, la mancata esplicita formulazione ben si concepisce in un ordinamento di *civil law* com’è il nostro, dovendosi considerare il principio di legalità in esso a tal punto immedesimato da non richiedere – a riprova della sua esistenza e del suo apicale livello – esplicite enunciazioni. Si può, però, convenire con chi sostiene «che la legalità è un ideale solo *parziale*, e inoltre che è un ideale impossibile da realizzare *compiutamente*» (G. Pino 2023, 984), ma a condizione che resti ben precisato che la legalità, quale principio ordinamentale di elevato rango, impone ai pubblici poteri di dar concretezza a quell’ideale, ovvero di agire ed operare per realizzarlo nella misura maggiore possibile; prevale l’idea che non sia dato aprioristicamente fissare un ordine gerarchico tra i valori costituzionalmente garantiti tale da renderne uno o più d’uno intangibile, ragion per cui «come ogni principio, anche il principio di legalità non è assoluto e rigido, ma elastico e soggetto a bilanciamento con altri principi costituzionali» (G. Pino 2023, 971).

Ma «l’attuazione dell’ideale di legalità passa necessariamente anche, e forse soprattutto, attraverso l’attività interpretativa – e quest’ultima, a sua volta, in definitiva non è altro che uno di quei “poteri” che la legalità dovrebbe in qualche modo irregimentare» (G. Pino 2023, 960 s.): sicché, ecco venire in luce il versante del **rapporto tra giudice e legge** – altra sfera ove la tensione è latente e non da ora – sul quale concentreremo l’attenzione.

Il titolo che ho ritenuto conveniente per questo volume riprende,

¹ L’A., nell’opera da cui è estratto il brano riportato (p. 969), spiega cosa voglia intendere richiamando l’autonomia personale. Egli rileva che «l’attuazione dell’ideale della legalità produce nei destinatari delle norme un effetto di stabilizzazione delle aspettative anche relativamente alle condotte *degli altri cittadini* (...): di conseguenza i cittadini, nella formazione delle loro scelte e piani di vita, hanno la possibilità di tenere in considerazione anche (...) il prevedibile comportamento *altrui*». La certezza, così generata dalla legalità, si palesa fattore in grado di accrescere il grado di autonomia personale dei cittadini.

pari pari, quello di un incontro-dibattito, cui anch'io partecipai, svolto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre il 7 giugno 2017. Ad occasionare l'evento era la pubblicazione del fascicolo n. 4/2016 di *Questione giustizia*² e di due importanti libri frutto della ricerca condotta da illustri giuristi³. Nella *brochure* preparata per annunciare l'incontro compariva una sintetica presentazione che, a dispetto degli anni intanto trascorsi, ancora illumina il punto di convergenza della riflessione che ci attende e che, perciò, mi pare utile qui riportare, quasi integralmente.

L'esperienza giuridica contemporanea si caratterizza per il peso crescente del momento giurisdizionale, con la sempre maggiore rilevanza dell'interpretazione giudiziale della legge. Conducono a questo esito sia la generalizzazione dell'argomento costituzionale e dei diritti fondamentali nell'attività ermeneutica che l'ormai acquisita piena permeabilità degli ordinamenti nazionali al diritto dell'Unione europea ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si apre un nuovo ambito di riflessione per la tradizione dell'Europa continentale, incentrata sul primato del diritto posto dal legislatore democratico, con una serie di interrogativi cruciali. Quali sono i limiti della "creatività della giurisprudenza" a salvaguardia dell'equilibrio nel rapporto fra giudice e legislatore? Cosa ispira l'interpretazione giudiziale; l'ideale regolazione del caso concreto o il contesto storico-culturale di appartenenza del singolo interprete? È mutata la nozione di precedente giudiziale, una volta che il diritto corrisponda ad un risultato interpretativo? Qual è il significato del principio di legalità in un'epoca in cui le Corti sembrano aver assunto il ruolo dei nuovi "signori del diritto"? (...) I partecipanti al dibattito sono chiamati ad un confronto che tocca temi al centro della discussione contemporanea, ma che in fondo ci riporta all'idea costitutiva

²Un numero monografico della rivista, promossa da Magistratura democratica, anch'esso intitolato *Il giudice e la legge*, recante contributi di Luigi Ferrajoli, Nicolò Lipari, Francesco Macario, Geminello Preterossi, Pier Luigi Zanchetta, Roberto Giovanni Conti, Antonio Lamorgese, Enrico Scoditti, Alberto Giusti, Anna Terzi, Guglielmo Leo, Dario Simeoli, Alfredo Guardiano, preceduti da un *Editoriale* di Renato Rordorf e da un' *Introduzione* di Andrea Natale.

³N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; L. FERRAJOLI-J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, Napoli, 2016.

del diritto quale regola che si chiede al giudice di applicare allo scopo di risolvere un conflitto.

Lo scenario è, a questo punto, delineato. Occorre ora, in avvio della riflessione sul rapporto tra giudice e legge, scegliere il metodo adottare per dar contezza della complessità dei suoi risvolti e del rilievo dei problemi suscitati.

Non ci sono verità da disvelare ed è proposito vano andare alla loro ricerca. Credo che la strada da seguire sia quella di squadernare, alla rinfusa, dei dati e richiedere al lettore uno sforzo teso a rintracciare, nel disordine – o in ciò che d'acchito tale appare – i percorsi utili alla comprensione del tema; se l'obiettivo è sviluppare, su di esso, un pensiero critico, sono persuaso che modi migliori per farlo non ce ne siano.

Partirò dalle **disposizioni**, quelle enunciate nella più alta delle fonti del diritto nazionale *in primis*.

Seguirà l'illustrazione dei **punti di vista** della dottrina – quella giuridica ovviamente – focalizzando essenzialmente l'attenzione sull'elaborazione avutasi in ambito civilistico. Non di tutte le opinioni, ovviamente, si è potuto tener conto. I lunghi passi fedelmente trascritti sono frutto di una selezione – purtroppo draconiana – operata nell'intento di dare evidenza alla diversità di vedute: auspico che il confronto tra le idee rappresentate nei contributi scelti si riveli funzionale al conseguimento dell'obiettivo che in esordio si è segnalato. Tra i punti di vista, immodestamente, ho voluto segnalare anche il mio, riassunto in un saggio pubblicato qualche anno fa, che ho ritenuto utile riportare per intero nell'Allegato 1, con l'aggiunta di due brevi addende, redatte in momenti diversi, l'ultima sollecitata da una recente sentenza della Corte di giustizia dell'UE.

Questo complesso di cose intende assolvere la funzione di cornice del discorso e premessa dei successivi sviluppi, indirizzati verso l'**esame di specifici profili**, comunque aventi implicazione, più o meno diretta, col tema oggetto del presente studio. Ciò dicasi anche per la **parte finale**, che trae ispirazione dall'intento di verificare cosa stia accadendo sul terreno dell'obbligazione, dove segnali di cambiamento significativi sembrano sancire il primato di un modello nuovo in recezione delle istanze – levatesi alte nella fase che segue la crisi del 2007 – provenienti dall'ordine giuridico della c.d. economia del de-

bito. Una dinamica, questa, che ha sollecitato all’impegno il legislatore e che ha, sin qui, innescato processi dagli esiti, allo stato, difficili da pronosticare.

Gli **Allegati**, che chiudono il volume, sono richiamati all’interno della trattazione – là dove c’è attinenza – per costituirne **parte integrante** e raccolgono diversi miei contributi e qualche apporto giurisprudenziale. Sottolineo l’importanza di questi documenti, cui dedicare la stessa attenzione rivolta al testo cui accedono: essi sono da considerarsi, non un di più rispetto alla narrazione dei vari temi, ma organicamente coinvolti nella narrazione medesima, imprescindibili elementi atti a completarne lo svolgimento e a fungere, talora, da punto di riferimento per l’esposizione.

Da questo insieme spero emergano sufficientemente chiari la natura e lo spessore – non solo giuridico – delle problematiche interessate e gli elementi che lasciano ben comprendere come il rapporto tra giudice e legge sia indice, più di altri, capace di rivelare lo stato di salute della democrazia. Come bene ha rilevato il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, Dott. Luigi Salvato, in un intervento svolto ad un convegno in memoria di Piero Alberto Capotosti organizzato a San Benedetto del Tronto il 31 marzo 2023⁴, «è una questione di equilibrio costituzionale – in particolare, di equilibrio tra i diversi poteri dello Stato – quella sottesa al “problema della giustizia” che, in estrema sintesi, è anche il problema del rapporto tra la funzione di chi pone la legge e di chi è chiamato ad interpretarla ed applicarla, tra il legiferare ed il giudicare, tra il dettare e l’applicare le regole dell’agire e, quindi, dei confini dell’interpretazione della legge».

2. Il punto di partenza: i dati normativi essenziali

L’Italia è una Repubblica democratica (art. 1 Cost.).

La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.).

I componenti, sia della Camera dei Deputati che del Senato, sono eletti a suffragio universale e diretto (artt. 56 e 58 Cost.).

⁴È possibile recuperare il testo integrale in www.procuracassazione.it.

La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere (art. 104 Cost.).

I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge (art. 108 Cost.).

Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale (art. 87 Cost.).

La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni (art. 134 Cost.).

Attenzione pure merita, posto nel Capo II delle disposizioni sulla legge in generale recante regole concernenti la sua applicazione, l'art. 12 che – avente ad oggetto l'interpretazione della legge – guarda, per così dire, dall'alto quest'ultima e così recita:

«Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Utile è anche far richiamo al **principio del primato del diritto dell'UE**, in forza del quale:

– Come risulta dalla Dichiarazione relativa al primato allegata **all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007**, «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»⁵.

⁵ A mo' di precisazione, la Conferenza «ha deciso di allegare al presente atto

– Come affermato da Corte giust. CE, 9 marzo 1978 – C.-106/77 (Amministrazione delle finanze dello Stato – S.p.A. Simmenthal), «le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere 'ipso iure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie. Il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del trattato, dagli stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della comunità. Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

– Si lega, in qualche modo, all'affermato primato il necessario

finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260):

«Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007:

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata [Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento eurounitario; adeguamento, che anche ai giudici compete obbligatoriamente operare, attraverso il canone dell'interpretazione conforme e mediante il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ai sensi degli artt. 19, co. 3, TUE e 267 TFUE⁶. Il primo può giustificare una "torsione interpretativa" della norma nazionale, la quale però – come precisato in Corte giust. UE, 16 giugno 2005 – C.-105/03 (procedimento penale contro Maria Pupino) – «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» ed è, quindi, l'alternativa alla disapplicazione della legge nazionale confliggente. Il secondo, disciplinato dalle precitate disposizioni, è chiaramente diretto ad ottimizzare la compatibilità tra le disposizioni di diritto nazionale e gli atti dell'Unione europea e a favorire un'applicazione uniforme di questi ultimi negli Stati membri.

Un cenno va anche operato alla **Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)**, la quale – al netto delle discussioni, ancora aperte, circa l'efficacia nel nostro ordinamento e il rapporto con quello dell'UE – essendo stata resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848 che ne ha autorizzato la ratifica, è immediatamente invocabile innanzi ai giudici nazionali aditi per la risoluzione delle controversie. Quanto alla soluzione delle antinomie, decisamente prevalente è il credito riscosso dalla tesi che si allinea a quel che la Consulta ha stabilito in due arcinote sentenze⁷: le norme della CEDU, stabilendo «obblighi internazionali» cui il legislatore è tenuto a conformarsi, integrano l'art. 117, co. 1, Cost. quale parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, sicché, in caso

⁶ Molti i problemi e gli interrogativi suscitati dall'impiego di tali strumenti, non analizzabili in questa sede. Soccorrono le dense e documentatissime pagine dello studio di S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (La narrazione del civilista)*, Milano, 2023, che su di essi fanno luce, bene evidenziando il rilievo che quell'impiego assume nella costruzione di un ordinamento europeo che – lo rileva, nella *Introduzione* al volume, G. VETTORI, *L'affinità con la 'cosa'*, XVIII – «non è dato, ma si auto-manifesta come espressione delle culture giuridiche nazionali in evoluzione e in confronto continuo».

⁷ Alludiamo a Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, ambedue in *www.corte costituzionale.it*.

di contrasto non risolvibile per via interpretativa con una legge nazionale, il giudice, non legittimato a disapplicare la norma interna⁸ né a farne applicazione, deve trattare «l'asserita incompatibilità (...) come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»⁹.

3. Dai trascorsi ad oggi: appunti di storia

Il sostantivo “trascorsi”, impiegabile in diversi contesti e irriducibile ad un unico significato, sta anche ad indicare, dinamicamente, ciò che inerisce al passato ed è, al tempo stesso, indicativo di quel che il futuro riserverà. Fa al caso nostro, poiché il tema d'indagine non è certo emerso oggi all'attenzione e perché tracciarne, sia pure in grandi e sommarie linee, l'evoluzione consente di cogliere quanto, del passato, è ancora attuale e presente nel dibattito contemporaneo.

Quello del rapporto tra la legge ed il giudice chiamato ad applicarla, tra il testo giuridico ed il suo interprete, è un tema antichissimo, e per molti versi fondamentale, che ha accompagnato nei secoli l'evolversi del pensiero giuridico riemergendo periodicamente all'attenzione per essere, di volta in volta, diversamente declinato a seconda dello spirito dei tempi. È un tema che evoca inevitabilmente domande appartenenti al campo della filosofia e della teoria generale del diritto, sollecita interrogativi sulla radice stessa del diritto e degli ordinamenti giuridici, sul come in questi si declina il concetto di giustizia, sul significato e sul ruolo dell'equità, e su molto altro ancora. Tema antichissimo – si diceva – del quale si discute almeno dall'epoca della codificazione giustiniana, ma forse anche da molto prima, dal tempo delle dodici tavole, e che però da ultimo sembra esser tornato di bruciante attualità.

(R. Rordorf 2017, 3)

⁸Ciò è il portato della distinzione operata dalla disposizione costituzionale richiamata – e valorizzata dalle sentenze citate nella nota che precede come «differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale» – tra i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» e quelli riconducibili agli «obblighi internazionali».

⁹Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

Si apprende, leggendo la relativa voce nella *Enciclopedia on line* Treccani (in www.treccani.it), che le **Dodici Tavole**, risalenti agli anni 451 e 450 a.C. e costituenti la «più antica opera legislativa di Roma», furono redatte «per volontà della plebe, allo scopo di rendere più conoscibile e certo il diritto, fino allora tramandato oralmente e applicato di volta in volta, caso per caso, in forza dell'interpretazione segreta dei giuristi-pontefici», appartenenti al solo patriziato. È importante rilevare che la legge, formulando regole in termini generali ed astratti, è presidio a difesa dei deboli contro le vessazioni di una giurisprudenza “a senso unico” e sfuggente ad ogni controllo; sono essi i primi interessati a far sì che il diritto sia certo, poiché questa è la via per assicurare **uguaglianza e parità di trattamento**.

Fatto un gigantesco salto temporale e storico incontriamo, fondamentale tappa dell'itinerario che porta ai giorni nostri, il pensiero di **Charles de Secondat de Montesquieu** (1689-1755). Dell'opera di lui più nota – *De l'esprit des lois*, risalente al 1758 – è agevole reperire in rete un'edizione elettronica¹⁰: sono da essa estrapolati i brani appresso riportati, ove si rimarca l'esigenza di evitare la concentrazione del potere, che è fonte di abusi, e si delineano i tratti del **principio c.d. della separazione dei poteri**, teorizzato dall'insigne filosofo francese. Egli tenne, evidentemente, in grande considerazione l'esperienza del Parlamento inglese, che, per la prima volta convocato nel 1264, in ripetute occasioni si trovò nei secoli successivi costretto ad opporsi all'assolutismo della monarchia, limitandone l'arbitrio.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

(Livre onzième, Chapitre IV)

Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la

¹⁰ In www.archives.ecole-alsacienne.org, curata da Laurent Versini, Édition Gallimard, Paris, 1995.

paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'État. (...) Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.

(Libro onzième, Chapitre VI)

Siamo nel pieno di un moto secolare di trasformazione che, dal Trecento, giunge alla **Rivoluzione francese del 1789** e alla codificazione del diritto realizzata da Napoleone.

E la storia giuridica ne esce quasi capovolta (...): a differenza del Principe medievale che si identificava soprattutto in funzioni altamente giudiziali proponendosi come il gran giustiziere del suo popolo, che produceva poche leggi lasciando ad altre fonti (prassi e scienza) l'ordinamento giuridico della società, il Principe moderno intuisce il valore fondativo che il diritto può avere per la dimensione politica, è pertanto determinato a controllarlo, inserisce la produzione giuridica fra i suoi strumenti di potere e ne fa l'oggetto primario della sua attività sovrana. Il Principe diviene sempre più legislatore; conseguentemente, il diritto diviene sempre più legislativo.

(P. Grossi 2003, 57 s.)

Non sorprende, dunque, osservare, «fra le molte mitologie laiche inaugurate dalla Rivoluzione del 1789, (...) quella legislativa: la legge, cioè l'espressione di volontà del potere sovrano, è assiomaticamente identificata nella espressione della volontà generale, renden-

dola in tal modo l'unico strumento produttivo del diritto meritevole di rispetto e di ossequio, oggetto di culto in quanto legge e non per la rispettabilità dei suoi contenuti. Identificata nella legge la volontà generale, ne conseguiva l'identificazione del diritto nella legge e ne conseguiva la sua completa statalizzazione» (P. Grossi 2003, 7 s.).

Il monopolio della legge, nella cultura rivoluzionaria settecentesca, è garanzia di eguali diritti per tutti i consociati. Il **costituzionalismo** moderno – espressione di costituzioni che «nascono (...) dalle rivoluzioni americana e francese e segnano (...) una netta frattura rispetto agli ordinamenti statali dell'assolutismo» (M.G. Losano 1978, 52 s.) – ha di mira lo stesso obiettivo.

La Costituzione (...) contiene le norme che disegnano l'assetto dei poteri pubblici: istituiscono gli organi del governo, attribuendo loro poteri e competenze e disciplinandone almeno in parte l'esercizio, e in tal modo ne regolano, e vincolano, l'attività. Così intesa, la costituzione è uno strumento per la *separazione, o divisione, dei poteri*. Con questa locuzione si fa abitualmente riferimento a due diverse tecniche di organizzazione costituzionale.

a) Separazione dei poteri in senso stretto (...). La costituzione rende cioè possibile l'implementazione di due principi: (i) *specializzazione delle funzioni*; (ii) *indipendenza degli organi* (le tre funzioni dello Stato, legislativa, esecutiva e giurisdizionale, sono attribuite, in via esclusiva e per intero, a organi, o complessi di organi, distinti e reciprocamente indipendenti). In questo modo, mediante l'imposizione della decisione basata su regole a certi decisori (anzitutto gli organi giurisdizionali; poi la gran parte dell'apparato esecutivo) viene sottratto a questi ultimi, riservandolo ad un organo distinto (l'organo legislativo), il compito di stabilire anticipatamente e in via generale quali ragioni dovranno essere considerate rilevanti ai fini della decisione di particolari tipi di casi. E, al contempo, viene sottratta all'organo competente a produrre norme generali e astratte, riservandola agli organi dell'applicazione, la competenza ad assumere decisioni relative a casi individuali, evitando così, in linea di massima, che le regole siano prodotte avendo di mira questo o quel caso individuale. Con questa duplice riserva, viene sottratto agli organi dello Stato che dispongono direttamente degli strumenti di coercizione, della forza, il potere di stabilire sotto quali condizioni essa sia da esercitare. Questa disabilitazione limita la minaccia che questi organi rappresentano per la libertà degli individui.

b) Bilanciamento dei poteri (checks and balances). Se si ritiene che la

minaccia principale per i diritti fondamentali, e in generale la libertà, dei consociati, provenga dalla concentrazione del potere, da un governo non soggetto a limiti ('assoluto'), e se si ritiene, con Montesquieu, che solo il potere possa fungere da freno al potere (*le pouvoir arrête le pouvoir*), allora una costituzione (...) sarà lo strumento privilegiato per la tutela dei diritti e della libertà dei consociati nei confronti del governo. Essa, infatti, rende possibile la creazione di più poteri, che si frenano e si bilanciano reciprocamente».

(B. Celano 2013, 415 s.)

Ben si percepiscono, in quest'architettura, le affinità con il modello inglese, a conferma del fatto che da esso «prese inizio il costituzionalismo» (M.G. Losano 1978, 53). E, a proposito della pluralità dei centri di potere, giova segnalare che l'espressione "quarto potere", che ricordiamo impiegata da Orson Welles nel 1941 quale titolo di un suo meraviglioso film, risulta in realtà coniata molto tempo prima, nel 1787, dallo scrittore e politico inglese Edmund Burke, con riguardo alla stampa: c'è da credere, dunque, che fossero già all'epoca avvertite l'importanza e la forza dei mezzi di comunicazione di massa, chiamati, se liberi da condizionamenti, a vigilare sull'esercizio dei tre tradizionali poteri e a controllare l'uso fatto delle prerogative ad essi affidate, onde mettere in guardia l'opinione pubblica da quelle che oggi definiremmo degenerazioni del tessuto democratico.

La rivoluzione francese non scalfisce l'assetto istituzionale inglese, che resta ancorato ai postulati della *common law*. Nell'Europa continentale, la centralità della legge trova sfogo, nell'Ottocento, nell'affermazione di un concetto di "Stato di diritto" che, uscendo dalla genericità, incorpora «la dimensione del governo *per leges*, l'esigenza che i poteri pubblici esplicino la propria attività mediante la produzione e l'applicazione di regole (principio di legalità)» (B. Celano 2013, 428). D'altro canto, «scienza giuridica e operosità di giudici vengono espunte dal processo creativo del diritto, ridotte a un ruolo ancillare del legislatore, mentre la loro interpretazione – vecchio motore propulsivo dell'esperienza medievale – viene contratta e minimizzata al non-ruolo di esegesi, ossia di ripetizione piatta e servile della volontà che il legislatore ha rivelato e racchiuso nella legge» (P. Grossi 2003, 61). Il giudice sarà per tutto l'Ottocento considerato così come,

metaforicamente, lo aveva rappresentato Montesquieu, ovvero *bouche de la loi*.

Le cose cambieranno anni dopo, «a metà del secolo scorso, con la subordinazione della legalità (...), garantita da una specifica giurisdizione di legittimità, a costituzioni rigide gerarchicamente sopraordinate alle leggi quali norme di riconoscimento della loro validità» (L. Ferrajoli 2013, 435). La **nostra Costituzione** è tra queste e – com'è noto – delinea un ordinamento della Repubblica facente perno sulla tradizionale triade dei poteri, accreditando tra loro la separazione onde arginare derive autoritarie e, fuori da essi, chiamando il Presidente della Repubblica a rappresentare l'unità nazionale e a garantire il rispetto della Costituzione. Il passaggio è di importanza tale da segnare la fine e l'inizio di un'epoca. Lo si rileva nei passi che seguono.

Da questo punto di vista, lo Stato costituzionale contemporaneo assoggetta lo stesso legislatore all'ideale della legalità – alla legalità costituzionale. Per certi versi, peraltro, lo Stato costituzionale assoggetta all'ideale di legalità perfino il legislatore *costituzionale*: infatti, in presenza di una costituzione rigida, il potere di revisione costituzionale è disciplinato da regole (legalità formale); e spesso il potere di revisione costituzionale incontra anche limiti sostanziali, che nel caso italiano consistono nel rispetto della forma repubblicana e dell'insieme, abbastanza indeterminato, dei principi costituzionali supremi (legalità negativa).

(G. Pino 2023, 967)

Cambiano anzitutto le condizioni di validità delle leggi, dipendenti non più solo dalla forma della loro produzione ma anche dalla coerenza dei loro contenuti con i principi costituzionali. L'esistenza (o vigore) delle norme, che nel paradigma paleogiuridico si era dissociata dalla giustizia, si dissocia ora anche dalla validità, essendo ben possibile che una norma formalmente valida e quindi vigente sia sostanzialmente invalida per contrasto del suo significato con norme costituzionali come per esempio il principio di uguaglianza o i diritti fondamentali. Cambia in secondo luogo lo statuto epistemologico della scienza giuridica (...). Nello stato costituzionale di diritto, infatti, la costituzione non solo disciplina le forme della produzione legislativa ma impone ad essa anche divieti e obblighi di sostanza o contenuto, correlativi gli uni ai diritti di

libertà e gli altri ai diritti sociali, la cui violazione genera antinomie e lacune che la scienza giuridica ha il compito di accertare perché siano rimosse o corrette (...). Cambia parallelamente il ruolo della giurisdizione, che è quello di applicare la legge solo se valida costituzionalmente. L'interpretazione e l'applicazione giudiziaria della legge, perciò, richiedono sempre anche un giudizio sulla legge medesima, che il giudice ha il dovere, ove non sia possibile interpretarla in senso costituzionale, di censurare come invalida tramite la sua denuncia di incostituzionalità. C'è infine un quarto mutamento prodotto dal paradigma del costituzionalismo rigido. La subordinazione della legge ai principi costituzionali vale a innestare una dimensione sostanziale, oltre che nelle condizioni di validità delle norme, anche nella struttura della democrazia, della quale si configura come un limite e insieme un completamento: un limite, perché ai diritti costituzionalmente stabiliti corrispondono divieti e obblighi imposti ai poteri politici della maggioranza, altrimenti assoluti; un completamento, perché questi stessi divieti e obblighi si configurano come altrettante garanzie dei diritti di tutti, contro gli abusi di tali poteri che, come l'esperienza dei fascismi del secolo scorso insegna, potrebbero altrimenti travolgere, con i diritti, lo stesso metodo democratico. Al tempo stesso il costituzionalismo rigido rappresenta un completamento così dello stato di diritto come dello stesso positivismo giuridico, che raggiungono con esso la loro forma estrema e più compiuta: per la soggezione alla legge anche del potere legislativo, in precedenza assoluto, e per la positivizzazione non più solo dell'essere del diritto, ossia delle sue condizioni di 'esistenza', ma anche del suo dover essere, ossia delle scelte che presiedono alla sua produzione e perciò delle sue condizioni di 'validità'.

(L. Ferraioli 2013, 435 s.)

Orbene, il rapporto tra legge ed interpretazione giurisprudenziale, nella prospettiva storica che si propone, può essere sintetizzato nei seguenti termini, al netto di inevitabili schematizzazioni: 1) si deve in gran parte alla cultura filosofico-giuridica francese ed italiana dell'illuminismo l'elaborazione ideologica della supremazia della legge positiva, che stava alla base della richiesta al Sovrano di porre mano ad una riforma del diritto comune fondata sulla creazione di codici, in un contesto in cui le critiche all'arbitrio dei giudici e le esigenze di certezza del diritto, rappresentavano le due facce di una stessa medaglia; 2) fu con la Rivoluzione francese e con la promulgazione del *Code Napoléon* che nacque il mito della onnipotenza della legge positiva e, contemporaneamente, si

diede una disciplina organica, attraverso una serie di interventi legislativi, al potere interpretativo dei giudici; 3) in Francia, i giudici, nonostante gli inevitabili condizionamenti derivanti da un'adesione "fideistica" della cultura giuridica al *Code Napoléon* ed al predominio assoluto della legge su tutte le altre fonti di produzione del diritto, riuscirono ad elaborare, soprattutto nel settore del diritto privato, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, un'autonomia politica del diritto, che contribuì all'affermazione dello Stato borghese ed, allo stesso tempo, ne evidenziò i limiti; 4) in Italia, dove particolarmente acuta fu la critica all'onnipotenza della legge positiva e la valorizzazione del ruolo della giurisprudenza, con l'avvento della Costituzione repubblicana, è cambiato radicalmente il modo di intendere la funzione giurisdizionale e si è aperta la possibilità di collocare, anche da un punto di vista dommatico, la giurisprudenza nel sistema delle fonti di produzione del diritto.

(A. Guardiano 2016, 192)

Ma è anzitutto l'allogazione degli istituti fondamentali del diritto privato, la persona, la famiglia, la proprietà, l'autonomia privata non solo più nei codici ma nelle costituzioni a segnare il cambiamento. Se il novecento è il secolo delle costituzioni, esso non lo è tanto sul piano delle strutture istituzionali, le quali pure subiscono temporanei e drammatici rivolgimenti, ma per una nuova connotazione sociale dei diritti che, concepita originariamente sul terreno dei rapporti del cittadino con lo Stato, ha acquistato sempre maggiore rilevanza nel diritto privato (...). Il tramite mediante il quale la Costituzione è filtrata nelle fibre dell'ordinamento non è stato, però, solo il legislatore, come avrebbe dovuto essere in una ordinata costruzione a gradi dell'ordinamento, nella quale la Costituzione funge da cornice e da fonte di legittimazione all'opera del legislatore, ma la giurisprudenza che, da un lato, attraverso il rinvio delle leggi alla Corte costituzionale ha avuto in mano il destino delle stesse, dall'altro, anche sulla scorta delle decisioni della Consulta, ha fatto sempre più filtrare nell'interpretazione delle norme della legge ordinaria i significati e i punti di vista radicati nella Costituzione, concepiti originariamente in esclusiva funzione di orientamento del legislatore. La mutazione genetica dei diritti passa dunque attraverso una mutazione genetica della giurisdizione, la quale non si limita più a interpretare e applicare la legge ordinaria (...), ma si mette in presa diretta con la Costituzione, con questo automaticamente guadagnando una posizione pariordinata a quella del legislatore.

(C. Castronovo 2015, 28 s.)

Sul tema avremo modo di tornare, ma fatto sta che a distanza di diversi decenni dall'entrata in scena della nostra Costituzione, c'è chi del modello di stato di diritto in essa delineato denuncia la crisi, registrandone la manifestazione «nel collasso della capacità regolativa della legge e nel ritorno al ruolo creativo della giurisdizione; nella perdita dell'unità e della coerenza delle fonti e nella convivenza e sovrapposizione di più ordinamenti concorrenti; nella subordinazione della politica all'economia e della sfera pubblica ai dettami dei cosiddetti mercati» (L. Ferrajoli 2013, 437); e si può aggiungere lo stato di perenne tensione tra magistratura ed esecutivo, in Italia latente da molti decenni, che ancora oggi frequentemente assume toni di aperto scontro conquistando le prime pagine dei notiziari.

A dire il vero, affiorano crepe sempre più evidenti nell'assetto istituzionale che la Carta costituzionale ha delineato. Ne segnaliamo alcune: attività legislativa che, tra decreti legge e questioni di fiducia, non vede protagonista il Parlamento, ma il Governo; personale politico selezionato, non certo sulla base della preparazione culturale, dell'onestà e della competenza, da partiti che, strutturalmente e teleologicamente, paiono altra cosa rispetto a quelli che la Costituzione ha configurato; pubblica amministrazione che si mostra farraginosa e inefficiente, comunque non all'altezza delle nuove sfide; voto disertato da una parte crescente dell'elettorato, a testimoniare la crisi della democrazia, incapace di dare risposte ai bisogni pressanti della gente comune; disuguaglianza tra ricchi e poveri che, anziché ridursi, aumenta, frustrando la realizzazione del progetto incarnato nell'art. 3, co. 2, Cost. e, dunque, di «uno degli obiettivi fondamentali del diritto costituzionale europeo del secondo dopoguerra: garantire a ogni individuo le condizioni materiali, culturali e sociali per poter condurre un'esistenza libera e dignitosa» (A. Giorgi 2006, 93); sfiducia dei cittadini nelle istituzioni e paura del futuro, che allentano i freni alla concentrazione dei poteri, indeboliscono la "rappresentanza" e aggravano il rischio di derive autoritarie. C'è, insomma, una Repubblica "reale", che palesa segni evidenti di sfibramento degli equilibri costituzionali e che, perciò, sempre meno somiglia a quella disegnata, nel secondo dopoguerra, dall'Assemblea costituente. E non bisogna credere che le dinamiche surriferite abbiano preso piede solo da noi: esse vanno accreditandosi su scala globale, sia pure con intensità

diverse, e in uno scenario che, tra pandemia, guerre, cambiamento climatico, risvegli “sovranisti”, vede dominanti l’instabilità e l’incertezza sul mondo che verrà. I dati di contesto, *ça va sans dire*, condizionano il modo di atteggiarsi della questione del rapporto tra giudice e legge, ma, tornando ad essa, è chiaro che, se in quella che si è definita “globalizzazione giuridica” il «monopolio statale delle fonti, sacrario e baluardo della civiltà giuridica uscita dalla Rivoluzione dell’89, anche se resta ufficialmente proclamato e preteso, è sempre più profanato o eluso» (P. Grossi 2003, 69), se è vero e reale l’affievolimento dell’eco della lezione di Montesquieu, viene quasi naturale individuare nell’esuberanza creativa dell’interprete il fattore che più potentemente spinge in una certa direzione il cambiamento.

Bocciata dall’esito referendario del 4 dicembre 2016 la riforma costituzionale promossa dall’allora Presidente del Consiglio Matteo Renzi, riprova sperando in miglior sorte l’attuale capo dell’esecutivo Giorgia Meloni che presenta un disegno di legge costituzionale recante modifiche agli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost. Si prevede l’elezione diretta a suffragio universale del Presidente del Consiglio per la durata di 5 anni, contestualmente al rinnovo del Parlamento; mentre risultano depotenziate le funzioni del Presidente della Repubblica, non più abilitato ad intervenire nella scelta del Presidente del Consiglio, né a decidere lo scioglimento anticipato delle Camere, cosa, quest’ultima, contemplata in via automatica – con correlata erosione delle prerogative attualmente spettanti al Parlamento – là dove si constati l’incapacità di esprimere un governo alternativo che prenda il posto di quello sfiduciato. Apprezzata da alcuni e da molti criticata, di ispirazione populista secondo alcuni, antidoto al populismo secondo altri, la riforma, caldeggiando il rapporto diretto tra un capo carismatico e il popolo elettore quale soluzione alla questione della governabilità, di certo inciderebbe – e non in modo blando – sull’assetto dello stato di diritto: ove dovesse trovare attuazione, risulterebbe alterato il rapporto tra i poteri istituzionali a vantaggio dell’esecutivo e fiaccato il *check and balance* stante la riduzione dei poteri riconosciuti al Capo dello Stato e al Parlamento.

Si progettano riassetti istituzionali anche sul fronte della distribuzione dei poteri tra Stato e Regioni stante l’approvazione in Senato, il 23 gennaio 2024, di un disegno di legge che dà avvio al processo di