
IL GIUDICE E LA LEGGE

SOMMARIO:

1. Considerazioni introduttive. – 2. Le basi, il piano di lavoro e le coordinate dell'indagine. – 3. Il punto di partenza: i dati normativi essenziali. – 4. Dai trascorsi ad oggi: appunti di storia. – 5. Il confine incerto tra i poteri. – 5.1. Le cause climatiche. – 6. La democrazia "malata" alla ricerca di nuovi equilibri al banco di prova della transizione. – 7. Il dialogo. Stringata antologia della dottrina. – 8. Il mestiere del giudice. – 8.1. L'evoluzione in senso "creativo" della funzione nomofilattica dell'organo supremo della giustizia. – 8.2. Corte cost. ord. 24 ottobre 2013, n. 248. La giurisprudenza per principi. – 8.3. Cass. 14 giugno 2021, n. 16743. Un limite all'impiego delle clausole generali. – 8.4. Cass. 3 aprile 2020, n. 7667. Il vincolo del testo. – 8.5. La vicenda dell'impossibilità sopravvenuta, ovvero dello svuotamento semantico. – 9. Il mestiere del legislatore e la politica. – 9.1. La crisi della legge. – 10. Dove va l'obbligazione?

1. *Considerazioni introduttive*

Da decenni si parla di riforma della giustizia. È stata con insistenza invocata dopo Tangentopoli e negli anni del berlusconismo e ancora oggi ne sono ribadite la necessità e l'urgenza. Quella elaborata dal Governo in carica nel momento in cui scrivo è imperniata sulla separazione delle carriere – ovvero sulla netta distinzione tra magistratura requirente e giudicante – e sull'introduzione di un secondo Consiglio superiore della Magistratura. È da vedere se andrà in porto. Trattandosi di un disegno di legge costituzionale l'iter è lungo e potrebbe richiedere lo svolgimento di un referendum confermativo. Intanto, all'interno della magistratura, si registrano giudizi contrastanti. Quelli favorevoli sottolineano che la separazione è garanzia di effettività del principio, di rilevanza costituzionale (v. art. 111 Cost.), del giusto processo e di indipendenza del giudice dal PM. Chi osteg-

gia la riforma osserva che un «corpo separato di pubblici ministeri, addetto all'esercizio dell'azione penale e alla direzione della polizia giudiziaria, ma che non fa più parte della giurisdizione e risponde solo a se stesso, è destinato inevitabilmente a perdere la propria indipendenza dal potere esecutivo»¹. La critica – com'è ovvio – non è bene accolta negli ambienti governativi, ove, in ossequio all'idea che chi vince le elezioni comanda, si esortano i magistrati a non interferire perché chiamati a giudicare i cittadini e non le leggi². Diffusa è, tuttavia, la sensazione che questa innovazione non varrà a risolvere i problemi della giustizia in Italia, per lo più legati all'eccessiva durata dei processi – che sovente si traduce in denegata giustizia – e alla presenza di un arretrato “storico” che è complicato smaltire a causa della mancanza di risorse adeguate e dell'atavica carenza di organico³. Insomma, non c'è concordia sulle misure da varare per assicurare, in modo duraturo, un corretto ed equilibrato rapporto tra magistratura e “politica” e, permanendo questo stato di cose, sarà fatale associare agli interventi che si annunciano l'immagine della montagna che partorisce il topolino. Cosicché la magistratura, in permanente affanno, continuerà ad invocare dalla politica risposte capaci di alleviarlo; risposte, che – se l'esperienza qualcosa insegna – o tarderanno a venire o si riveleranno scarsamente efficaci. Sarà, allora, rinfocolata l'esigenza pressante di una riforma che, per le ragioni suddette, incontrerà ostacoli insormontabili e partorirà l'ennesimo topolino. Viene di evocare l'esempio del serpente che si morde la coda e, in effetti, la storia sembra, ineluttabilmente, ripetersi, in un moto senza fine. Sicché – si può star certi – di “giustizia ad orologe-

¹ Il passo è tratto da una dichiarazione resa dalla Segretaria Generale di Magistratura Democratica, Mariarosaria Guglielmi (come pubblicata in www.magistraturademocratica.it il 10 maggio 2019).

² Si vuole zittire la magistratura, ha tuonato l'Associazione Nazionale Magistrati.

³ I fatti sembrano, insomma, dar ragione a chi sostiene che i problemi della giustizia non chiamino in causa il rapporto con la politica, né la necessità di interventi incidenti sul rito, ma richiedano misure atte a migliorare l'organizzazione e il funzionamento della macchina giudiziaria. È a ciò correlata l'inadeguatezza – già dai primi risultati apparsa a molti evidente – delle riforme dei processi civile e penale elaborate da Marta Cartabia, Ministro della Giustizia del governo Draghi, nell'ottobre 2022.

ria” e di attentato all’indipendenza della magistratura sentiremo ancora parlare e, così stando le cose, è fatale che a prevalere sia il “pessimismo della ragione”. D’altronde, quando la tensione è latente e – in passato e, ancora, nell’attualità – sempre pronta a trasformarsi in aperto conflitto per l’insorgere improvviso di motivi sovente tutt’altro che seri, di ragioni per essere ottimisti è difficile trovarne. L’importante è non cadere nella rassegnazione: non può permetterselo chi ha a cuore la tenuta della democrazia e la civile convivenza nella società, perché questa – è bene saperlo – è la posta in gioco.

Alla magistratura si abbina il potere giudiziario, mentre al Governo, che è espressione del potere esecutivo, la Costituzione consente anche di esercitare – eventualità tutt’altro che rara – la funzione legislativa, che è appannaggio del Parlamento, o per delega di questo o autonomamente e sotto la sua responsabilità. Ben si comprende, allora, come dal circolo vizioso poc’anzi simbolicamente raffigurato affiori un problema che investe appieno l’essenza dello Stato e le forme della sua organizzazione. Si colloca in questo contesto – questione cruciale che ha molte sfumature e che si presta ad essere diversamente declinata a seconda del punto di osservazione – il **rapporto tra giudice e legge**. I due poteri dovrebbero convivere in armonia, operando ciascuno nell’ambito proprio in adempimento delle funzioni rispettivamente attribuite, in regime di separazione. Questa condizione riflette un equilibrio che, una volta raggiunto, va difeso e reso stabile, pur con gli adattamenti imposti dalle situazioni contingenti. Ci sono fattori in grado di rompere l’armonia e generare conflitto e, sull’uno e sull’altro fronte, ogni sforzo va fatto per neutralizzarli.

Dobbiamo fuggire dalla parola vana del legislatore e contrastare la parola prepotente del giudice. E dobbiamo sempre interrogarci intorno al modo in cui le diverse parole si intrecciano in un discorso comune.

(S. Rodotà 2012, 64)

Il passo appena riportato è, nella sua sinteticità, illuminante. Il “discorso comune” indica il traguardo da raggiungere e la strada da seguire. Gli ostacoli non mancano e con chiarezza emerge che le minacce più serie all’armonica convivenza non sono esogene, ma endogene, provengono, cioè, dalla presenza di un legislatore fiacco ed incapace

di svolgere il proprio ruolo e dall'operare di un giudice arrogante che pretende di esercitare poteri che non ha. L'uno e l'altro fattore sono accostati, con l'intento, forse, di evidenziare che un legislatore inetto stimola «la parola prepotente del giudice». Si è così disegnato, per grandi linee, uno scenario: alle pagine che seguono il compito di indagare più minutamente gli aspetti e verificarne l'affidabilità.

2. Le basi, il piano di lavoro e le coordinate dell'indagine

Il titolo che ho ritenuto conveniente per questo volume riprende, 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*⁴ e di due importanti libri frutto della ricerca condotta da illustri giuristi⁵. 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

⁴Un 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.

⁵N. 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.

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

Dovremo, dunque, porre al centro della riflessione il **principio di legalità** e, con esso, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri e via dicendo. C'è chi sostiene «che la legalità è un ideale solo *parziale*, e (...) impossibile da realizzare *compiutamente*» (G. Pino 2023, 984), non solo nell'attuale congiuntura. C'è un nucleo di verità in quest'affermazione, ma idealizzare la legalità non può significare disconoscere la valenza di principio ordinamentale di altissimo rango. Non cade nell'errore anche chi quell'affermazione ha espresso, tant'è che, premessa l'impossibilità di fissare aprioristicamente un ordine gerarchico tra i valori costituzionalmente garantiti tale da renderne uno o più d'uno intangibile, viene manifestata adesione all'idea – certamente condivisibile – che, «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); idea, nella sostanza, certamente condivisibile, salvo precisare che il “bilanciamento”, che dovrebbe rimandare al contemperamento dei principi implicati, è poi destinato a risolversi in «un giudizio di prevalenza, al quale segue la scelta di uno e la soccombenza dell'altro» (C. Castronovo 2024, 55).

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 personale⁶...; 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 natura di principio "implicito" non autorizza a sminuirne il valore e, comunque, la mancata esplicita formulazione non dovrebbe destar sorpresa in un ordinamento di *civil law* com'è il nostro, dovendosi considerare il principio di legalità in esso a tal punto immediato da non richiedere – a riprova della sua esistenza e del suo apicale livello – esplicite enunciazioni.

Non si può, poi, negare che la centralità del principio sia in modo chiaro affermata nell'ordinamento eurounitario, come rivelano – a tacer d'altro – gli artt. 2, 21 e 49 TUE.

⁶L'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.

Lo scenario è, a questo punto, delineato nei suoi tratti essenziali. Il principio di legalità segna 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. Nessun motivo può – a nostro avviso – giustificare atteggiamenti di resa, di rinuncia a coltivare e promuovere i valori positivi che a quel principio fanno capo, primo fra tutti l'uguaglianza di fronte alla legge. E deve, altresì, rimanere chiaro che la legalità, nel pantheon dei principi ordinamentali, impone ai pubblici poteri di operare per dar concretezza a quei valori, di agire per realizzarli nella misura maggiore possibile.

Non sempre ciò accade e – dobbiamo ammetterlo – la fase storica che stiamo vivendo non incentiva certo a tener fermo il vincolo con la legalità, da taluno considerato un intralcio all'evoluzione del diritto. 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 – compreso quello che da quel vincolo discende – siano evaporati; si può osservare inerti questa deriva o addirittura incoraggiarla, ma se buone ragioni possono invece indurre a giudicarla pericolosa non si può non reagire puntellando il principio di legalità, ovviamente nell'accezione aggiornata emersa con il costituzionalismo liberale. Si rifletta sull'accostamento del 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 ferovecchio 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.

Per chiudere il discorso solo giova aggiungere che «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.): dunque, indagare sul rapporto tra giudice e legge significa anche interrogarsi su cosa voglia dire “interpretare”. Detto ciò, prima di avviare la riflessione su un tema così complesso e ricco di risvolti problematici, giova dare indicazioni sul metodo che riteniamo corretto adottare per svolgere compiutamente il ragionamento.

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 principalmente 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, corredato da due addende, redatte in momenti diversi, l'ultima – più corposa – 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 debito. 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 alcuni arresti giurisprudenziali. 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 caratura 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 in-

tervento svolto ad un convegno in memoria di Piero Alberto Capotosti organizzato a San Benedetto del Tronto il 31 marzo 2023⁷, «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».

3. 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.).

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:

⁷ È possibile recuperare il testo integrale in www.procuracassazione.it.