

I CONFINI SFUMATI DEL DIRITTO E LE LORO RIPERCUSSIONI SULL'ATTIVITÀ DELLE CORTI. IL CASO DELLE MISURE ANTICRISI

di Bruno Brancati*

SOMMARIO: 1. Sommario. 1. Premessa. – 2. Molteplicità delle fonti e confini sfumati del diritto. – 3. Le ripercussioni sul ruolo delle corti. – 4. Valutazioni conclusive

1. Premessa

In dottrina¹ è stata avanzata una tesi che si intende contestare, in parte da un punto di vista terminologico, in parte da un punto di vista strettamente contenutistico. In base a questa tesi, le due grandi crisi abbattutesi sull'Unione in questa prima parte del XXI secolo (ovvero la crisi costituzionale e la crisi economica) avrebbero messo in discussione il modello di *integration through law*². Secondo l'A., si starebbe verificando una sorta di “de-giuridicizzazione”³ a vantaggio di processi di politicizzazione, e il ruolo delle corti sarebbe marginalizzato⁴. Non si può negare, in effetti, che proprio in uno degli ambiti decisionali più importanti, ovvero quello della *governance* economico-finanziaria, i processi di politicizzazione si siano dimostrati molto intensi (si pensi al *Memorandum of Understanding*, frutto di una negoziazione tra la Commissione, di concerto con la BCE e il FMI, e lo Stato membro interessato). Tuttavia, la presenza di intensi processi di politicizzazione non giustifica l'utilizzo del termine “de-giuridicizzazione”, o “de-legalizzazione”, che dovrebbe consistere in una sorta di fuoriuscita del sistema decisionale dall'alveo del diritto, la quale non si riscontra. In realtà, l'A. specifica che l'uso del termine “*de-legalisation*” si riferisce principalmente a profili

* Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali (dottorato di ricerca conseguito presso l'Università di Pisa).

¹ Tale tesi è stata sostenuta da N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism in crisis*, London and New York, 2015.

² Il riferimento, ovviamente, va all'opera della *Integration through Law Scholarship* di Cappelletti, Seccombe e Weiler. Vedi M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER (eds.), *Integration through Law, Europe and the American federal experience*, I tomo, Berlino e New York, 1985.

³ L'A. parla di una *governance* economica “*de-legalised*” ma non “*re-democratised*” (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 123).

⁴ Vedi N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 7.

di illegittimità e alla crisi della costituzionalizzazione e della democraticità delle decisioni⁵, ma non si può evitare di segnalare che si tratta di un termine improprio, che evoca un fenomeno che non si constata nella realtà, ovvero la “ritirata del diritto”. Anzi, per certi versi, si può registrare un fenomeno opposto, ovvero la “moltiplicazione” degli strumenti giuridici atti a regolare certi processi. Non si può neanche condividere l’osservazione per cui il ruolo delle corti starebbe diventando marginale.

Fatta questa premessa, è possibile affrontare specificamente il tema della molteplicità delle fonti, con le sue ripercussioni sull’attività delle corti nell’ambito della *governance* economico-finanziaria.

2. Molteplicità delle fonti e confini sfumati del diritto

Il tema della “molteplicità” delle fonti si può declinare in diversi modi, in base alle accezioni, con cui si può intendere la “molteplicità”. Un modo, forse quello più scontato, potrebbe consistere nel considerare la molteplicità in senso essenzialmente quantitativo, dando, quindi, rilievo al numero delle fonti che disciplinano un determinato ambito. Si tratta di un aspetto sicuramente molto importante, da cui può dipendere, come ricaduta, la qualità della regolazione giuridica.

La molteplicità si può però intendere anche in senso strettamente e direttamente qualitativo, ovvero come diverse tipologie di fonti.

La molteplicità, poi, si può indagare come caratteristica delle singole fonti, ovvero come aspetto intrinseco di fonti, il cui iter vede il coinvolgimento non semplicemente di organi diversi, ma di livelli di governo diversi. In questo senso, ciascuna fonte deve fare i conti con una “molteplicità” dentro di sé.

Si svolgeranno, innanzitutto, alcune riflessioni su quest’ultimo aspetto menzionato, quello della “molteplicità” all’interno delle fonti. Costituisce un dato piuttosto scontato quello per cui l’iter che conduce alla produzione di una fonte del diritto veda la partecipazione di una serie di organi. Ciò che invece può meritare maggiore approfondimento e riflessione è la produzione di fonti del diritto tramite l’interazione, il coinvolgimento di diversi livelli di governo. Tale fenomeno non rappresenta certo una novità nel panorama delle fonti del diritto (basti pensare, limitandosi all’ordinamento italiano, che le Regioni possono esercitare l’iniziativa legislativa volta alla produzione di leggi dello Stato: anche in questo caso una fonte del diritto è il frutto della sinergia di livelli di governo diversi), ma costituisce, comunque, un terreno di indagine molto interessante, che presenta peraltro peculiarità in relazione alla *governance* economico-finanziaria. In questa si assiste ad una interazione e ad un intreccio continui tra due livelli di governo – nazionale e sovranazio-

⁵ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 5 s.; 123; 125 ss.

nale: più appropriato sarebbe dunque parlare di “duplicità”, e non di molteplicità. Il ciclo di bilancio, che conduce alla legge di bilancio⁶, che di per sé è una fonte nazionale, vede un significativo intreccio tra il livello di governo nazionale e quello sovranazionale. L'intreccio tra i livelli di governo appare in modo alquanto evidente se si considerano le tre discipline fondamentali della *governance*, volte rispettivamente ad assicurare bilanci in equilibrio, ad evitare disavanzi eccessivi, a correggere squilibri macroeconomici⁷. In particolare, in forza della prima di queste discipline, gli Stati membri dell'euro-zona sottomettono annualmente un programma di stabilità al Consiglio e alla Commissione. L'atto normativo di riferimento è il Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, modificato dal Regolamento (CE) n. 1055/2005, del 27/07/2005, e dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, del 13/12/2011. Si tratta della parte preventiva del Patto di stabilità e crescita. Tra gli Stati membri e le istituzioni sovranazionali (Consiglio e Commissione) si svolge un processo comunicativo volto a rendere possibile la sorveglianza da parte delle istituzioni sovranazionali, le quali rivolgono avvertimenti e raccomandazioni agli Stati membri di volta in volta interessati, per indurli a raggiungere gli obiettivi indicati dal regolamento n. 1466/1997. Le autorità nazionali, dunque, non assumono solitariamente le decisioni riguardanti l'equilibrio dei bilanci, ma ricevono l'“attenzione” delle istituzioni sovranazionali. La “sfumatura” dei confini (per richiamare il titolo dell'intervento) è relativa all'intreccio tra livelli di governo, talmente stretto da rendere non sempre facilmente e univocamente individuabile la titolarità delle decisioni.

Considerando la molteplicità delle fonti come diversità delle tipologie di fonti, la *governance* economico-finanziaria offre altri spunti di grande interesse. Essa non è disciplinata soltanto da fonti di diritto UE, ma anche da fonti esterne al quadro giuridico formale dell'Unione europea, qualificabili come accordi internazionali. Si tratta di importanti strumenti di disciplina che sono stati posti in essere durante la crisi, e che hanno assunto un notevole rilievo, tanto da indurre taluno ad affermare che la crisi avrebbe prodotto nell'Eurozona più integrazione, senza però aver incrementato la sovranazionalizzazione⁸. Si deve osservare, però, che tali strumenti hanno anche stretti legami con l'ordinamento giuridico dell'Unione e hanno avuto un forte impatto sugli ordinamenti giuridici nazionali: sussistono, dunque, interrela-

⁶ Si rammenta che, a seguito della l. n.163/2016, la nuova legge di bilancio ricomprende al suo interno i contenuti delle precedenti legge di stabilità e legge di bilancio.

⁷ Vedi D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 677.

⁸ Vedi S. FABBRINI, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, 661 ss.

zioni importanti tra fonti di tipo diverso. Gli strumenti che si prenderanno in considerazione sono il Patto Euro Plus per il coordinamento delle politiche economiche per la competitività e la convergenza, il *Fiscal Compact* e il Trattato MES. Il primo è volto a rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e la loro convergenza nella direzione di una maggiore competitività, attraverso delle linee guida e la fissazione di obiettivi. Il Patto Euro Plus ha natura meramente programmatica, ma assume un notevole rilievo per i suoi contenuti, in quanto contiene i due elementi fondamentali della strategia europea anti-crisi, ovvero il bilancio in pareggio e le riforme strutturali nell'ambito previdenziale e del mercato del lavoro⁹.

Il *Fiscal Compact* ha ad oggetto le politiche ed i vincoli di bilancio recedendo – con qualche irrigidimento – le regole del Patto di Stabilità e crescita sul pareggio di bilancio; prevede anche il rapporto debito pubblico/Pil e l'eccezionalità delle deviazioni dal percorso imposto. Il *quid pluris* derivante dal *Fiscal Compact* non attiene principalmente ai suoi contenuti, poiché sono in gran parte già presenti nel diritto UE¹⁰. Da un punto di vista contenutistico, il *Fiscal Compact* si può considerare per lo più un atto “ripetitivo” di regole già esistenti. Esso, però, stabilisce l'obbligo di introdurre negli ordinamenti nazionali le regole e i principi di cui all'art. 3, par. 1, *con disposizioni di natura permanente, preferibilmente costituzionale, o il cui rispetto fedele sia garantito lungo il corso di tutto il processo di bilancio*. Si assiste, dunque, ad una trasfusione di “contenuti” (attinenti alle regole e ai vincoli di bilancio) da alcune fonti (di diritto UE), ad altre (nazionali), per il tramite di una fonte “terza”, il *Fiscal Compact*, che funge da “fonte-ponte” tra le prime due. Questo articolato percorso tra fonti diverse, che però non introduce grandi novità contenutistiche, potrebbe far sorgere l'interrogativo su quali ragioni ne stiano a fondamento, e su quali “risultati” o effetti produca. Con specifico riguardo al caso italiano, in cui l'approvazione della riforma costituzionale recata dalla l. cost.n. 1/2012 è avvenuta in tempi rapidissimi, Tosato ha individuato due ragioni. La prima non ha carattere giuridico, me è nondimeno assai rilevante: fornire “visibilità” alle regole sui bilanci, anche per dare un “segnale” ai mercati¹¹. La seconda ha sicuramente maggiore pregnanza giuridica: si tratterebbe di coinvolgere i meccanismi di garanzia nazionali, per

⁹ Vedi P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.S.S., Foggia, 28-30 maggio 2015, in *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia, 28-30 maggio 2015*, Milano, 2016, 31.

¹⁰ Vedi ad esempio IVI, 33.

¹¹ Vedi G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Relazione tenuta nell'ambito del seminario “Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, disponibile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it 13.

cercare di compensare le carenze che affliggono il livello sovranazionale, in particolare per quanto riguarda il coinvolgimento della Corte di Giustizia¹².

Non si può evitare di sottolineare, però, che la riforma costituzionale, incidendo pesantemente e direttamente sul testo della Costituzione, reca in sé la potenzialità di grandi ripercussioni ordinamentali. Non va dato per scontato, comunque, che queste ultime siano unilaterali. Certamente è vero che si tratta di una riforma con una forte impronta neoliberalista, che sembra “colorare” ideologicamente un testo costituzionale che originariamente, in materia di bilancio, lasciava il legislatore alquanto libero di fare le sue scelte¹³. D'altro canto, la nuova normativa contiene anche alcuni margini di flessibilità¹⁴. La normativa sui bilanci di matrice europea, una volta introiettata nella Costituzione italiana, deve necessariamente adattarsi al resto della Costituzione, che la “circonda”; in particolare, essa non può che essere interpretata in modo conforme con i principi supremi della stessa, e, in caso di contrasto, saranno questi ultimi a dover prevalere. Tutte queste operazioni, peraltro, devono essere svolte non da un giudice esterno all'ordinamento italiano, ma dalla Corte costituzionale italiana, cosa che dovrebbe fornire la massima garanzia possibile di tutela del nucleo irriducibile della Costituzione.

Il Meccanismo europeo di stabilità è stato approvato grazie alla decisione 2011/199/UE, volta alla modifica, con procedura di revisione semplificata, dell'art. 136 TFUE: con il par. 3 è stata introdotta la possibilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro di istituire un meccanismo di stabilità finanziaria per salvaguardare la stabilità della zona euro, ed è stato previsto che «la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria [...] sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». La compatibilità del MES con i Trattati UE è stata molto discussa, soprattutto in riferimento alla *no bail out clause* ex art. 125 TFUE, ovvero al divieto di salvataggio finanziario degli Stati membri. Ciononstan-

¹² Vedi *ivi*, 13 s.

¹³ Vedi F. SAITTO, “Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore», in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, n. 1/2017, 6 ss., e GIU. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'articolo 81 della Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica, Atti del seminario annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Como, 20 novembre 2015*, Napoli, 2016, 280-281. Per Chessa, il nuovo impianto costituzionale (che recepisce, come si è detto, l'impianto sovranazionale) accoglie assunzioni di teoria economica di stampo neoclassico, ordoliberal e austroliberal, e risulta alquanto incompatibile con un approccio autenticamente keynesiano (vedi O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, 464 ss.).

¹⁴ Vedi M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno “Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

te, la Corte di Giustizia, con la celebre sentenza *Pringle*¹⁵, ha ritenuto legittima la procedura seguita per modificare l'art. 136 TFUE e la stessa costituzione del MES¹⁶. Il Meccanismo europeo di stabilità è stato istituito mediante un ente di diritto internazionale, di cui gli Stati sottoscrittori detengono quote, come nelle società private. In base ad una decisione del *Board of Governors*, spetta alla Commissione, di concerto con la BCE e con il FMI, la negoziazione con lo Stato membro interessato del *Memorandum of Understanding (MoU)*, in cui vengono stabilite le condizionalità per la concessione dell'assistenza finanziaria, commisurate alla gravità delle carenze da affrontare e allo strumento di assistenza finanziaria scelto¹⁷. Lo Stato membro interessato dovrebbe essere libero di accettare o meno le condizionalità del *Memorandum* e l'assistenza finanziaria. Inutile dire, però, che le decisioni dello Stato interessato saranno, di fatto, fortemente condizionate dai rapporti di forza creatisi nell'ambito della negoziazione. Per quanto riguarda i *Memoranda*, è il caso di segnalare che si tratta di strumenti controversi, ai quali si attribuisce talora natura giuridica, talora natura politica¹⁸. Si deve aggiungere che il Trattato MES, pur essendo esterno al quadro giuridico formale dell'Unione, pre-

¹⁵ CGUE, 27 novembre 2012, C- 370/12. La decisione trae origine da un rinvio pregiudiziale della corte suprema irlandese, con cui si ponevano tre questioni: 1) alla luce dell'uso della procedura di revisione semplificata e della possibilità della violazione del diritto UE da parte del contenuto dell'emendamento, è valida la decisione del Consiglio europeo 2011/199, con cui era emendato l'art. 136 TFUE per permettere la creazione di un meccanismo di stabilità dell'area euro? 2) è consentito ad uno stato dell'area euro far parte di un accordo internazionale come il Trattato MES, avuto riguardo al diritto UE? 3) Se la decisione 2011/199 fosse valida, il diritto di uno Stato membro di ratificare il Trattato MES sarebbe soggetto alla preventiva entrata in vigore dell'emendamento all'art. 136 TFUE? Le risposte della Corte alle tre questioni sono state, rispettivamente: sì, sì e no.

¹⁶ Secondo la Corte, il MES non contraddirebbe la *ratio* dell'art. 125 TFUE, in quanto il principio di stretta condizionalità riuscirebbe a fugare il rischio dell'azzardo morale dei Paesi assistiti. Per Losurdo, in virtù di un'interpretazione teleologica che assegna carattere sovraordinato alla stabilità finanziaria, rispetto al principio del divieto di salvataggio, la Corte avrebbe costituzionalizzato il principio di stretta condizionalità (vedi F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, 52 s.).

¹⁷ Gli strumenti di assistenza finanziaria vanno dalla concessione di una linea di credito condizionale precauzionale (art. 14) alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie del Paese (art. 15), ai prestiti (art. 16), al sostegno al mercato primario e secondario (art. 17 e 18). Gli articoli richiamati sono del Trattato MES.

¹⁸ Sulla loro natura vedi, per esempio, E. CORREIA BAPTISTA, *Natureza Jurídica dos Memorandos COM o FMI e COM a União Europeia*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, II, 2011, disponibile all'indirizzo www.oa.pt/upl/%7B1767f2d3-4fcc-4d89-b9e4-363358446b-b7%7D.pdf; e M. IANNELLA, *Condizionalità e diritti sociali. Spunti dal caso portoghese*, in *Diritto e società*, n. 1/2016, 109 ss. Il Tribunale costituzionale portoghese, soprattutto in alcune decisioni, ha assegnato loro valore giuridico (per esempio, nell'importante sentenza n. 187/2013).

senta dei collegamenti ad esso (oltre che al *Fiscal Compact*¹⁹). Infatti, in base all'art. 13.3 del Trattato MES, «il Protocollo d'intesa è pienamente conforme alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, in particolare a qualsiasi atto legislativo dell'Unione europea, compresi pareri, avvertimenti, raccomandazioni o decisioni indirizzate al membro dell'E-SM interessato»²⁰. Come è stato notato, emerge un quadro complessivo in cui l'utilizzo di una pluralità di strumenti diversi, anche estranei al diritto dell'Unione formalmente inteso, non impedisce una forte integrazione tra gli stessi, da cui deriva una forte vincolatività nei confronti degli Stati membri²¹.

La sfumatura dei confini risiede nel fatto che i collegamenti tra fonti diverse sono molto profondi e le loro ripercussioni non sempre sono precisamente e preventivamente “misurabili”. Si pensi al controverso strumento dei *Memorandum* e al loro impatto sugli ordinamenti interni. Se si considera il caso del *Fiscal Compact*, si può parlare di “valicabilità” dei confini tra le fonti, nella misura in cui certi contenuti normativi vengono “traghettati” da una fonte all'altra.

3. Le ripercussioni sul ruolo delle corti

Questo quadro delle fonti nell'ambito della *governance*, così complesso e frastagliato, ha delle ripercussioni sul ruolo delle corti, che sono state intesamente coinvolte nei processi decisionali innescati dalla crisi²².

Per quanto riguarda il coinvolgimento della Corte di Giustizia, le considerazioni che si devono fare per compiere una valutazione sono problematiche. Relativamente all'importante sentenza *Pringle*, si è affermato²³ che la Corte di Lussemburgo sarebbe stata relegata a un ruolo poco incisivo, che le avrebbe soltanto permesso di avallare semplicemente il nuovo strumento costituito dal Trattato MES e l'iter che ha condotto ad esso. In verità,

¹⁹ Infatti, la preventiva sottoscrizione del *Fiscal Compact* e – in un momento successivo – il recepimento negli ordinamenti nazionali della disciplina dell'art. 3 dello stesso *Fiscal Compact* sono condizioni immancabili per ricevere l'assistenza finanziaria dal MES.

²⁰ Questa previsione è stata richiamata nella citata sentenza *Pringle*: la Corte di Giustizia ha precisato che il MES non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri; piuttosto, l'art. 13.3 del Trattato MES garantisce la conformità con l'art. 125 TFUE e con il coordinamento delle politiche economiche (punto 111).

²¹ Vedi P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 39 s.

²² Per una lettura del coinvolgimento delle corti alla luce del dibattito sul pluralismo costituzionale, vedi L. PIERDOMINICI, *The Theory of EU Constitutional Pluralism: a Crisis in a Crisis?*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017, disponibile all'indirizzo http://www.on-federalism.eu/attachments/262_download.pdf.

²³ «*The Pringle decision suggests not that the ECJ has abdicated its privileged status, but that it has been deposed*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 134).

importanti potenzialità per il ruolo della Corte di Giustizia sono dischiuse proprio dagli strumenti internazionalistici più importanti, i Trattati MES e *Fiscal Compact*. Infatti, l'art. 37 del Trattato MES prevede la competenza della Corte di giustizia a conoscere delle controversie aventi ad oggetto le decisioni del Consiglio dei governatori concernenti l'interpretazione e l'applicazione di detto Trattato e la compatibilità con esso delle decisioni adottate dall'MES. Il Trattato *Fiscal Compact* attribuisce alla Corte, con l'art. 8²⁴, un ruolo che non pare affatto banale. Infatti, una o più parti contraenti del Trattato, sia sulla scorta delle conclusioni della Commissione europea, sia indipendentemente da queste, possono chiedere alla Corte di Giustizia di verificare il rispetto dell'art. 3, par. 2, del Trattato, il quale prevede che le regole in tema di bilancio, poste dall'art. 3, par. 1 del Trattato, «producono effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del presente trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio». Non è ben chiaro fino a qual punto si debba estendere il controllo della Corte di Giustizia²⁵. Questa potrebbe, forse, svolgere il ruolo attribuito in modo “notarile”, ma non si può escludere, tuttavia, che essa interpreti il proprio ruolo in maniera più “impegnativa”, valutando non solo la mera introduzione di determinate regole, ma anche le modalità con cui vengono interpretate, attuate e seguite; la Corte, dunque, potrebbe spingersi fino al punto di stabilire se siano rispettate oppure aggirate da un punto di vista sostanziale. Segnali importanti, poi, provengono da alcune pronunce della Corte di Giustizia, rese in occasione di alcuni rinvii pregiudiziali sollevata da alcune corti costituzionali. Uno di questi è stato sollevato dalla Corte costituzionale italiana, e aveva ad oggetto una questione delicatissima e spinosa: quella del precariato scolastico²⁶. Con la storica ordinanza n. 207/2013, la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di Giustizia se l'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, osti alla normativa interna sulle supplenze scolastiche, e se le esigenze organizzative del sistema scolastico possano essere considerate come ragioni obiettive che giustificano la reiterazione dei contratti, ai sensi dell'accordo quadro. La Corte di Giustizia, in risposta al rinvio pregiudiziale, ha reso la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014 (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13), in cui ha affermato che l'accordo quadro allegato alla direttiva menzionata osta alla normativa nazionale. Con specifico riguardo alle

²⁴ Il fondamento della competenza è ravvisato nell'art. 273 TFUE.

²⁵ Vedi F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato*, cit., 44 s.

²⁶ Offre una visione di sintesi di tutta la vicenda A. PAOLITTO, *Il precariato scolastico tra “la buona scuola” e il dialogo “multilevel” delle corti: l'occasione per un bilancio*, in *giustizia-civile.com*, n. 9/2016, Approfondimento 8 settembre 2016.

esigenze finanziarie, la Corte di Lussemburgo, pur riconoscendo che «considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare», ha affermato che «esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro». Probabilmente, però, i rinvii pregiudiziali più importanti che hanno interpellato la Corte di Giustizia sui temi della *governance* e delle misure anti-crisi sono stati sollevati dal Tribunale costituzionale federale tedesco, ed hanno avuto oggetto misure adottate dalla BCE. La vicenda relativa al primo si è conclusa. Essa ha riguardato l'OMT, un programma annunciato dalla BCE²⁷. Con il suo rinvio, il Tribunale costituzionale tedesco aveva posto le premesse per un conflitto potenzialmente irreparabile²⁸ con la Corte di Giustizia, ma alla fine la pronuncia di quest'ultima²⁹ è stata osservata (pur con alcune critiche del Tribunale costituzionale federale tedesco³⁰). Il secondo rinvio pregiudiziale, invece, è stato sollevato nell'estate del 2017³¹ ed ha ad oggetto il Quantitative Easing (QE), una misura della BCE che ha già avuto importanti implicazioni pratiche³². Il Tribunale di Karlsruhe sospetta che siano stati oltrepassati i limiti del mandato di politica monetaria della BCE (artt. 119 e 127 TFUE), osservando che sulla base degli effetti del QE esso parrebbe qualificabile come misura di politica economica, nonché che sia stato violato il divieto di finanziamento posto dall'art. 123 TFUE. È stato osservato che il "tono" di quest'ultimo rinvio appare più conciliatorio e dialogante di quello precedente, che aveva una maggiore carica conflittuale³³. In ogni caso, esso sembra costituire un importante segnale che conferma il trend di coinvolgimento delle diverse corti europee, le quali non paiono affatto relegate ad un ruolo subalterno neanche in relazione ai temi della crisi.

²⁷ Sul caso OMT, si rimanda a: F. FABBRINI (a cura di), *The European Court of Justice, the European Central Bank and the Supremacy of EU Law, Special Issue, Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 23, n. 1, 2016.

²⁸ Vedi P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati. Working Papers*, disponibile all'indirizzo www.diritticomparati.it, n. 1/2016, 4.

²⁹ CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2015, Causa C-62/14.

³⁰ Vedi P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., 9-12.

³¹ Con Provvedimento del 18 Luglio 2017 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15 pubblicato il 15 agosto 2017.

³² Vedi M. GOLDMANN, *Summer of Love: Karlsruhe Refers the QE Case to Luxembourg*, 16 agosto 2017, disponibile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/summer-of-love-karlsruhe-refers-the-qe-case-to-luxembourg/>.

³³ Vedi *ivi*.

Per concludere questa panoramica necessariamente sintetica sul ruolo delle corti nella *governance*, non si può non citare il caso del Tribunale costituzionale portoghese, che ha svolto un ruolo da protagonista. Questo giudice si è prodigato in un'opera di difesa delle istanze sociali, protette dalla costituzione portoghese, dalle misure di aggiustamento più aggressive, pronunciando importanti dichiarazioni di incostituzionalità³⁴.

In questa sede, è importante segnalare, con riguardo al profilo delle ripercussioni del piano delle fonti sull'operato delle corti, che in dottrina è stata avanzata l'idea che esista un nesso tra le fonti della *governance* e il particolare coinvolgimento delle corti nazionali. In particolare, secondo Kilpatrick, sebbene non sia affatto scontata l'estraneità al diritto eurounitario di alcune fonti, certe corti nazionali si sarebbero fondate su tale presupposto per evitare un confronto con la Corte di Giustizia sulle misure anticrisi³⁵. Sarebbe questo, quindi, un effetto dei confini sfumati del diritto.

4. Valutazioni conclusive

La forte espansione del coinvolgimento delle corti nell'ambito dei processi decisionali della *governance* ha svolto l'importante ruolo di creare un supporto di legittimazione per i processi decisionali, a fronte della "crisi di legittimazione" derivante non solo dal problema democratico che riguarda l'Unione europea, ma anche dal fatto che le linee di demarcazione tra livelli di governo diversi sono tutt'altro che definite, con la conseguenza di rendere difficile l'individuazione della titolarità decisionale³⁶. Accanto a queste op-

³⁴ Il ruolo di questo Tribunale è stato sottolineato da alcuni autori. «*The approach taken by the Tribunal seems destined to exceed national boundaries and become a tool of confrontation and fertilization amongst constitutional courts in the wake of the growing phenomenon of horizontal dialogues between national judges*» (R. CISOTTA-D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal*, in C. KILPATRICK, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers LAW, 2014/05, disponibile all'indirizzo <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%202242014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 93).

³⁵ Vedi C. KILPATRICK, *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW, 2015/34, disponibile all'indirizzo http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 23 s.

³⁶ Per Ruggeri, «forse, il modo più adeguato a racchiudere in una formula sintetica la situazione odierna è quello di ragionare di una "sovranità condivisa" tra Stati ed organizzazioni sovranazionali (in ispecie, l'Unione), dalle movenze non lineari e caratterizzata da punti di equilibrio interno continuamente oscillanti» (A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispino-brasiliane di diritto costituzionale su *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce 14-15 settembre 2012, in *Consulta OnLine*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 21 settembre 2012, 11).

portunità positive per le corti, non mancano profili di rischio: in particolare, si tratta del rischio di politicizzazione del giudice, ineliminabile quando questo è intensamente coinvolto in materie ad alto tasso di politicità, come quelle relative alla *governance* economico-finanziaria. Con riguardo, in particolare, al giudice costituzionale, è stato osservato opportunamente che le “peculiarità” che lo caratterizzano non possono sfociare in veri e propri abusi³⁷.

³⁷ Vedi R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015, 4. L'A. richiama un saggio di Pizzorusso in cui si distingueva tra uso e abuso del diritto processuale costituzionale.

AUTOMATISMI LEGISLATIVI, PRESUNZIONI ASSOLUTE E BILANCIAMENTO

di Stefania Leone*

SOMMARIO: 1. Gli automatismi quale categoria legislativa “sospetta”; 2. Un inquadramento della struttura degli automatismi a partire dalla composizione del loro rapporto con le presunzioni assolute; 3. Limite della ragionevolezza e discrezionalità legislativa: impostazione del ragionamento; 4. Automatismi e uguaglianza: l’ordinamento di fronte a un bivio. 5. Lo scrutinio di costituzionalità sugli automatismi legislativi tra rispondenza ai dati di esperienza e rilevanza dei beni da mettere a bilanciamento.

1. Gli automatismi quale categoria legislativa “sospetta”

L’obiettivo che ci si propone è di ragionare della sfuggente figura degli automatismi legislativi inizialmente prescindendo dalle acquisizioni della ormai significativa giurisprudenza costituzionale formatasi a riguardo. Si ritiene, infatti, che proprio allo scopo di approcciare in modo più consapevole le decisioni della Corte costituzionale e di metterne a fuoco gli schemi valutativi utilizzati, sia utile preliminarmente soffermarsi su alcuni nodi teorici.

Si tratterà cioè di verificare come funzionano gli automatismi, e, prima ancora, quali ne siano le caratteristiche strutturali; caratteristiche che, come si vedrà, si rivelano in modo ancora più nitido nel momento in cui si proceda a portare alla luce il rapporto tra la regola automatica e la presunzione assoluta che ne costituisce il fondamento giustificativo. Necessario sarà poi un ragionamento sulle ricadute che la scelta di ricorrere a questo modello legislativo può produrre sul principio di uguaglianza e, in un’ottica di bilanciamento, sugli altri interessi costituzionali eventualmente implicati.

Prima di ogni cosa, però, si ritiene importante provare a definire, e contenere, il campo di indagine. Quella in esame è invero categoria dai contorni alquanto sfumati, derivandone il rischio che la medesima previsione normativa possa sembrare rientrarvi agli occhi di alcuni, restarne fuori agli occhi di altri.

Eppure, un tentativo di perimetrazione si impone, considerando che sugli automatismi grava ormai un pesante sospetto di illegittimità.

A questo proposito, deve però subito dirsi che ad essere stigmatizzate non sono tutte le norme che presentano caratteristiche simili a quelle di cui qui ragioniamo. Non è infatti raro imbattersi nell’ordinamento in regole costruite su meccanismi rigidi, come rigidi sono gli automatismi: il possesso

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

di un certo diploma di laurea per accedere a un concorso pubblico, il superamento di una certa soglia di età per acquisire la titolarità di un diritto o la capacità di agire, ecc. Queste regole, ancorché rigide, non appaiono però dubbie come lo sono invece quelle discipline che ormai convenzionalmente, e con una accezione di fatto negativa, siamo soliti chiamare “automatismi”, e delle quali ormai svariate volte si è dovuta occupare la Corte costituzionale.

Non lo sono perché esse operano in modo generalizzato. Pur soggiacendo, come ogni prescrizione normativa, al limite della ragionevolezza, su di esse non sembra allora appuntarsi un pregiudizio di illegittimità. A suscitare forti perplessità sono piuttosto quei dispositivi normativi che intervengono “rigidamente” in settori ove la disciplina applicabile in via generale sia invece improntata a “flessibilità”, e dunque proporzionalità e capacità di adeguamento alle specificità dei molti casi della vita. Per limitarci a qualche esempio, si pensi al regime giuridico delle sanzioni penali, delle misure cautelari, o alla disciplina riguardante le vicende della responsabilità genitoriale¹. In questi settori, contrassegnati come detto dalla previsione di regole normalmente elastiche, talvolta intervengono, in via derogatoria, per talune più o meno circoscritte ipotesi, regole conformate in modo tale da non lasciare invece spazio a qualsivoglia modulazione applicativa. In situazioni come queste, allora, la regola si mostra viepiù *automatica* al cospetto della *non automaticità* della regola generalmente operante, ed è probabilmente proprio il raffronto tra le caratteristiche delle due discipline ad attirare sulla prima tanta diffidenza. E si dirà come recentissimamente la Corte costituzionale abbia dato notevole peso a questo fattore, tenendo distinta, da una parte, la categoria - sospetta - degli automatismi legislativi veri e propri, dall'altra quella delle “*regole legali*”, anch'esse poggianti su condizioni e limiti rigidi, ma portatrici di minor problematicità proprio in quanto non operanti in via derogatoria².

2. Un inquadramento della struttura degli automatismi a partire dalla composizione del loro rapporto con le presunzioni assolute

Delimitato il campo di indagine, occorre ora chiarire quali siano gli elementi strutturali tipici degli automatismi, soffermandosi anzitutto sulla loro caratteristica “rigidità”.

Secondo un'efficace definizione, gli automatismi legislativi sarebbero “*quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione*”

¹ Si possono ovviamente fare altri esempi, concernenti il settore delle adozioni, delle misure di sicurezza, dei provvedimenti disciplinari, delle regole di concessione della licenza di porto d'armi (anche se in quest'ultimo caso la norma flessibile prevista dall'art. 43 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza sembra avere, rispetto agli automatismi legati alla condanna per taluni reati, una funzione residuale), ecc..

² Cfr. sentt. nn. 17 e 76 del 2017, su cui si tornerà diffusamente *infra* § 5.

dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita della norma”³.

La definizione proposta suggerisce di scomporre la regola automatica in due elementi: quella che possiamo definire la *fattispecie-presupposto*, da una parte, e, dall'altra, la *conseguenza giuridica* che ne discende.

Si può dire che l'automatismo è tale se entrambi questi elementi sono configurati dal legislatore in modo tale - ovverosia così precisamente - da operare meccanicamente.

Ragionando in merito alla *fattispecie-presupposto*, si può dire che essa è “*descritta con precisione*” quando il fattore da cui dipende la conseguenza giuridica voluta dal legislatore è tale - vuoi perché trattasi di una determinata età o distanza di età, vuoi di altra condizione oggettivamente constatabile, come l'aver riportato una condanna per un determinato titolo di reato - da azzerare ogni spazio di discrezionalità applicativa, operando piuttosto alla stregua di un “interruttore”. Se l'interruttore scatta, la norma sprigiona le conseguenze prescritte, senza che i soggetti chiamati a sussumere il caso della vita nella *fattispecie-presupposto*, dato l'azzeramento di qualsiasi margine interpretativo, possano in alcun modo fungere da filtro⁴.

Riflettendo in merito al secondo versante, quello concernente la conseguenza derivante dal verificarsi del presupposto normativo, essa è “*altrettanto precisamente definita*” nel senso che deve trattarsi di un effetto fisso, non

³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

⁴ Si può dubitare, pertanto, che fosse vero e proprio automatismo quello salvato dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 40 del 2002. La norma censurata (art. 276, comma 1-ter, c.p.p.) disponeva in quel momento l'obbligatoria sostituzione della misura degli arresti domiciliari con la custodia cautelare in carcere in caso di trasgressione alla prescrizione concernente il “*divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora*”. È vero che la Corte, nel dichiarare manifestamente infondata la questione, faceva anzitutto perno su una argomentazione tesa a giustificare il ricorso da parte del legislatore alla presunzione di inadeguatezza degli arresti domiciliari per chi, violando la prescrizione prevista dalla norma, aveva evidentemente manifestato radicale insofferenza alla misura, ma è altrettanto significativa la nota di chiusura della decisione. Con essa la Corte precisava come non fosse comunque escluso “*che il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la “violazione” che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione*”. In altri termini, la Corte lasciava intendere che la formula utilizzata dal legislatore (“*allontanarsi dalla propria abitazione*”) fosse formula plasmabile dall'interprete in considerazione della *ratio legis*, avendo il giudice pertanto lo spazio necessario per valutare se, in concreto, il comportamento del soggetto integrasse o meno la trasgressione tipizzata in norma. Proprio per questo c'è motivo di ritenere che quello scrutinato non fosse nemmeno un automatismo, la *fattispecie-presupposto* descritta in norma non essendo tale da azzerare la valutazione dell'interprete nel giudizio circa la sua effettiva verifica.

suscettibile di dare luogo a differenziazioni in sede applicativa. Per intenderci, laddove nel delineare la sanzione conseguente ad un reato, la si incornici, secondo il modello tipico, entro una soglia minima e un tetto massimo, si è senz'altro al di fuori dello schema-tipo delle regole automatiche, queste implicando, infatti, che non si possa in alcun modo differenziare la sorte spettante a quanti ricadono nel loro ambito applicativo.

Quanto sin qui detto consente di portare in superficie il connotato probabilmente più caratteristico di questo modo di legiferare, che bene è stato sottolineato in un'altra proposta definitoria, laddove si è affermato che l'automatismo è tale se la conseguenza giuridica collegata al presupposto fattuale descritto dalla norma sia una conseguenza "inderogabile"⁵. Ed è in effetti quest'ultimo uno degli elementi coesenziali alla regola rigida e, perciò, automatica: il suo essere regola impermeabile all'eccezione e insuscettibile di qualsivoglia modulazione applicativa (essa si applica a *tutti* coloro che ricadono nella fattispecie-presupposto e in *egual modo*).

In sintesi, l'automatismo è regola in ogni sua parte sprovvista di flessibilità.

È però importante soffermarsi sulla giustificazione dell'inderogabilità connaturata all'automatismo, perché è essa stessa compartecipe - sia pur invisibile - della sua struttura tipica: trattasi di quella presunzione assoluta che ne sta alla base, la quale è a sua volta, per natura, irrettrabile.

Se così è, al fine di meglio inquadrare il rapporto tra l'automatismo legislativo e il suo fondamento presuntivo, può essere utile una pur breve incursione nel diritto civile, ove l'espedito della presunzione quale particolare tecnica probatoria dei fatti giuridici ha trovato formale ospitalità. Un'incursione non peregrina se a questo punto dell'indagine si pone specifica attenzione proprio agli automatismi intesi in senso stretto, ovverosia a quelle disposizioni che intervengono con una disciplina rigida in settori normalmente regolati attraverso norme flessibili. Infatti, l'eventuale demolizione dell'automatismo legislativo da parte del Giudice costituzionale ha proprio come effetto - attraverso la riespansione della disciplina ordinariamente applicabile nel settore, caratterizzata da elasticità o dalla previsione di meccanismi in grado di assicurarla⁶, piuttosto

⁵ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, 12.

¹ insiste sull'elemento della inderogabilità J. LUTHER, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in questo Volume, per il quale queste proposizioni si risolverebbero in comandi o divieti, appunto, inderogabili, caratterizzati da una fattispecie e una conseguenza giuridica dotate di determinatezza sufficiente a non dare luogo a incertezze.

⁶ Si pensi alle decisioni riguardanti la (illegittima) inclusione della detenzione domiciliare destinata alle madri di prole di età non superiore a dieci anni tra i benefici penitenziari preclusi ai detenuti condannati per i reati indicati all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 (sentt. nn. 239 del 2014 e 76 del 2017), o, ancora, alle pronunce relative a taluni (illegittimi) rigori nella

che attraverso il subentro, disposto dalla Corte, di una nuova regola capace di operare alla stregua di una presunzione relativa⁷ - di ricollocare l'attività probatoria al centro del giudizio⁸. Un'incursione, poi, soprattutto utile per vedere più da vicino come operano quei procedimenti di inferenza che, connaturati alle presunzioni, fanno per ciò stesso da substrato agli automatismi legislativi.

Nel nostro sistema giuridico la codificazione civilistica delle presunzioni - legali e semplici - si situa agli artt. 2727, 2728 e 2729 c.c.⁹

L'art. 2727 c.c. si occupa di descrivere il meccanismo deduttivo che ne caratterizza la messa in opera: «Le presunzioni sono le conseguenze che la

adozione delle misure di sicurezza (tra le diverse, sentt. nn. 1 del 1971, 253 del 2003); si pensi poi alle decisioni relative alla (illegittima) destituzione di diritto, senza previo esperimento di apposito procedimento disciplinare, nei confronti di dipendenti della p.a.. (tra le diverse, sentt. nn. 971 del 1988, 268 del 2016).

⁷ Per limitarci a qualche esempio, Corte cost., sent. n. 303 del 1996, in materia di adozioni, e Corte cost., sent. n. 231 del 2011, in materia di misure cautelari. Sulla prima pronuncia v. E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, a cura di D. Butturini, M. Nicolini, Napoli, 2014, 88, 89; E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice è soggetto alla legge ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost.*, 1996, 1503 ss. Con riferimento, invece, alle pronunce riguardanti le misure cautelari, M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni di custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minor sacrificio della libertà personale*, in *Consulta-online.it.*, e *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, il quale le qualifica come "additive di regola ... a valenza sostitutiva". Si tratterebbe di additive per deficit di flessibilità secondo C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali*, in *Corte costituzionale e Parlamento*, a cura di A. Ruggeri, G. Silvestri, 2000, 279.

⁸ Proprio per questa ragione ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di individuare tra i vizi dell'automatismo la sua incidenza sul diritto alla prova, con conseguente lesione dell'art. 24 Cost.. Non è questo, però, argomento che la Corte costituzionale abbia mai utilizzato, o quantomeno formalizzato. Sul punto, si vedano tuttavia le riflessioni di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 93, secondo il quale il giudizio costituzionale su simili meccanismi può svolgersi o sulla base del solo principio di uguaglianza, o proprio nella sua specificazione contenuta nel diritto di difesa.

⁹ Risalendo nel tempo, tracce della nozione sembrerebbero già rinvenirsi nel concetto di *praesumptio* del diritto romano d'epoca classica, ove inteso alla stregua di "argomentazione probabile fondata su ciò che è conforme alla opinio communis". Così R. REGGI, *Presunzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 257. Gradualmente, la *praesumptio* è successivamente venuta a configurarsi come vera e propria regola di diritto (esemplificazioni in L. RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni nel diritto civile*, Torino, 1890, 70 ss.), sino all'affermarsi, nel diritto giustiniano, della nitida distinzione tra *paesuntiones facti* e *praesuntiones juri*. Cfr. V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1968, 765.

legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto».

È utile soffermarsi sulle ragioni per le quali l'ordinamento sceglie di ricorrere ad una presunzione legale. A questo proposito si è detto che attraverso tale espediente è consentito fare leva su un "*procedimento in virtù del quale si sostituiscono a condizioni produttive di effetti di difficile accertamento condizioni di più agevole constatazione*"¹⁰. A chiarimento esemplificativo, sovente si richiama l'efficace ricostruzione di Jhering: "*Si supponga che un legislatore voglia regolare legalmente la capacità personale ... e che egli parta da questa idea: sarà maggiore chi possiede il discernimento e la fermezza di carattere necessari per gestire da sé i propri affari.... Sarebbe non poco assurdo farne una norma di legge in questa forma astratta: si perderebbe tempo e si soffrirebbero non poche preoccupazioni se si verificasse in ogni specie concreta l'esistenza delle due condizioni. Il legislatore creerebbe una sorgente inesauribile di controversie ed aprirebbe il varco all'arbitrio del giudice ... Come eviterà queste difficoltà il legislatore? In luogo di esigere caso per caso la verifica del discernimento e della fermezza di carattere, ne fisserà di altre, che hanno con quelle una certa correlazione regolare, sebbene non necessaria, ma che hanno su di esse il vantaggio di poter essere in concreto riconosciute in maniera più facile e sicura: ad es. l'età superiore ai ventuno anni*"¹¹.

Su queste premesse, dunque, il codice civile ha all'art. 2727 c.c. formalizzato la figura della presunzione legale e della presunzione semplice. Il successivo art. 2728 c.c. torna invece sulle sole presunzioni legali, distinguendo quelle relative (*iuris tantum*) da quelle assolute (*iuris et de iure*). Ai fini della disamina degli automatismi legislativi qui proposta, ad interessarci sono le presunzioni legali assolute, esse pretendendo la necessità della relazione inferenziale fra fatto noto e fatto non noto.

La nozione di presunzione assoluta si ricava dalla previsione in forza della quale «contro le presunzioni *sul fondamento delle quali* la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa». A ben vedere, tra gli artt. 2727 e 2728 c.c. non c'è piena coincidenza strutturale¹². L'art. 2727 c.c., infatti, definisce la presunzione come quel nesso di inferenza tra A (fatto conosciuto) e B (fatto non conosciuto) che viene *formulato* dal legislatore o dal giudice. L'art. 2728, secondo comma, c.c., invece, dà conto dell'evenienza

¹⁰ V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767.

¹¹ R. JHERING, *Geist. des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen Entwicklung*, vol. I, Leipzig, 1891, 54, nella traduzione di V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767.

¹² Si è infatti osservato che lo schema unitario costruito dalla prima disposizione per incorniciare sia le presunzioni legali sia quelle semplici viene in parte a sgretolarsi alla luce della successiva disposizione, dedicata invece alle sole presunzioni legali. G. FABBRINI, *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1996, 280.

che una disposizione prescriva la nullità di un atto o l'esclusione di un'azione giudiziaria *fondandosi* su di una presunzione. Sono appunto queste le presunzioni assolute, le quali, infatti, sovente si presentano sotto forma di regole non già che *formulano* esse stesse una presunzione, ma che *si fondano* su di una presunzione¹³. In dottrina si è allora osservato che qui la presunzione assume in realtà la veste di “*ratio*”, di “*spiegazione*”, di “*fondamento* “*esterno*”” della norma di legge¹⁴. Non diversamente, potremmo aggiungere, dagli automatismi legislativi, anch'essi, come si è anticipato, poggiati su di una premessa che non affiora a livello normativo ma che rimane implicito presupposto della sua stessa esistenza.

Proviamo allora a ridefinire gli automatismi legislativi proprio alla luce di questo loro rapporto, di sostanziale identità, con la presunzione assoluta che ne motiva l'adozione: l'automatismo legislativo è quella disposizione che, in via derogatoria, prescrive il meccanico prodursi di un rigido effetto al verificarsi di un rigido presupposto, quest'ultimo ritenuto presuntivamente sintomatico dell'elemento fondante la sua stessa *ratio legis*.

Un esempio: il legislatore impedisce a taluni soggetti, per il sol fatto di essere stati condannati per uno dei reati inseriti in un elenco di fattispecie di particolare gravità, di accedere ad alcuni benefici penitenziari. La regola poggia su una “giustificazione legale”, ovvero sia, usando il linguaggio delle presunzioni, un “fatto noto” (l'intervenuta condanna per uno di quei reati). La stessa regola trova però la sua “giustificazione reale”, e dunque la sua *ratio legis*, in un “fatto ignoto” (la pericolosità sociale di coloro che abbiano commesso quei reati), un fatto dato per esistente in ragione del suo probabilistico collegamento con la fattispecie-presupposto descritta nella disposizione.

Se così è, due sono le conclusioni alle quali si può già pervenire:

a) Si può presumere che il legislatore decida di intervenire con una regola di tipo automatico laddove il fattore che ne costituisce la giustificazione “reale” sia un fattore di difficile accertamento probatorio; il Parlamento sceglie dunque in questi casi di considerarlo accaduto al verificarsi di quella fattispecie che costituisce invece la giustificazione “legale” della disciplina.

b) Se è vero che il fatto ignoto dato per presupposto dalla regola automatica ne costituisce la giustificazione “reale”, la congruenza del collegamento

¹³ Un esempio di presunzione assoluta è costituito dal disposto dell'art. 238 c.c., ai sensi del quale «Salvo quanto disposto dagli articoli 128, 234, 239, 240 e 244, nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio legittimo e il possesso di stato conforme all'atto stesso». Una presunzione relativa è invece, ad esempio, quella configurata dall'art. 462, comma secondo, c.c., che dopo aver individuato nei nati o concepiti al momento dell'apertura della successione i soggetti capaci di succedere, afferma che «salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta».

¹⁴ M. TARUFFO, *Presunzioni, Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1.

probabilistico tra il fatto ignoto e il fatto noto inevitabilmente rileva ai fini della valutazione di ragionevolezza dei meccanismi normativi automatici.

È su quest'ultimo profilo che conviene soffermarsi preliminarmente.

3. Limite della ragionevolezza e discrezionalità legislativa: impostazione del ragionamento

La regola automatica, trovando la propria *ratio legis* in un fatto presunto, dovrà essere valutata, sotto il profilo della ragionevolezza, proprio in relazione alla probabilistica coerenza tra questo fatto e il fattore che, per scelta legislativa, ne costituisce indice di (probabile) esistenza.

Nella dottrina civilista, molto si è ragionato della valenza del fattore probabilistico sottesa alle presunzioni: *l'id quod plerumque accidit*¹⁵. Converterà allora darne conto.

Ciò che qui merita di essere sottolineato è che, pur tutti essendo consapevoli che normalmente il legislatore vi ricorre quando si sia persuaso dell'esistenza di un legame per così dire statistico tra fatto noto e fatto ignoto, allo stesso tempo si è da più parti sostenuto che la presunzione legale assoluta non avrebbe davvero a che fare con il diritto probatorio, ma essa sarebbe norma sostantiva. Ciò per dire che, attraverso di essa, il legislatore *“stabilisce, sia pure sulla base di una massima d'esperienza, l'equivalenza, per la produzione degli effetti, al fatto che li dovrebbe produrre, di un fatto diverso”*¹⁶. In modo ancora più esplicito, si è parlato di *“pura disposizione legale”*¹⁷, che mette di imperio in collegamento due fatti, quello noto e quello ignoto, sulla base di una equipollenza giuridica (quindi prescritta), non di una equivalenza naturale (unicamente descritta)¹⁸.

Questa impostazione ha portato taluni ad elaborare la seguente conclusione: la circostanza che, nel dettare una presunzione assoluta, il legislatore abbia tenuto conto di quanto normalmente accade o non lo abbia fatto, o addirittura si sia posto in contrasto con quanto l'esperienza comune insegna, *“può rilevare sul piano della spiegazione storica della norma, ma non rileva sul piano del suo significato e degli effetti giuridici che ne discendono”*¹⁹.

L'affermazione, soprattutto laddove si consideri che la presunzione assoluta potrebbe incidere su diritti fondamentali, non può che suonare proble-

¹⁵ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1998, 610.

¹⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ristampa del 2002, Napoli, 299.

¹⁷ G. FABBRINI, *Presunzioni*, cit., 281, 282.

¹⁸ La presunzione, in altre parole ancora, collega un fatto produttivo di taluni effetti ed un altro fatto equiparato per legge. Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 103. Per questa via argomentativa è stata addirittura sottoposta a riconsiderazione la distinzione tra presunzioni legali assolute, ancorché queste sorrette da razionalità, e “finzioni”, che ne sono genuinamente prive. V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767, 768.

¹⁹ M. TARUFFO, *Presunzioni*, cit., 2.

maticamente drastica. E non sarà un caso che, proprio per la problematicità insita in queste figure giuridiche, lo stesso codice civile ne abbia ristretto i contorni²⁰, spesso attraverso la previsione di deroghe che impattano notevolmente sulla loro effettiva portata²¹.

Al contempo, però, quella conclusione ci costringe a fare i conti con un dato innegabile: che in una statuizione normativa ideata per semplificare l'accertamento giudiziario attorno a fatti di complicata verifica casistica è ineliminabile un qualche tasso di - discrezionale - approssimazione, e, di conseguenza, un più o meno significativo margine di errore. Attraverso la presunzione assoluta, il legislatore fa esercizio di una discrezionalità che ha infatti anzitutto a che vedere con il quanto probabile si pensi essere il rapporto di consequenzialità naturalistica tra *factum probans* e *factum probandum*, affinché quello stesso elemento esperienziale possa giustificare l'adozione di una regola giuridica conseguente.

Una discrezionalità ineliminabile, ma al contempo - assumendo finalmente il punto di vista del diritto costituzionale - non certo illimitata. Sappiamo infatti che la Costituzione rappresenta un argine alla facoltà della legge di inferire del tutto arbitrariamente da un fatto l'esistenza di un altro, come dimostra peraltro la circostanza che la Corte costituzionale non si è tirata indietro dal censurare la patente irrazionalità di una presunzione *iuris et de jure* in caso di evidente fallacia del sillogismo presuntivo²².

Ciò considerato, se, come si è cercato di dire, gli automatismi legislativi si fondano su meccanismi presuntivi, laddove questi ultimi manifestassero in sede di scrutinio la loro fragilità, le regole automatiche andrebbero incontro

²⁰ A. PALAZZO, *Presunzione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 267 ss.

²¹ V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767. D'altra parte, si è osservato, se negli ordinamenti moderni il centro degli interessi da tutelare è la persona, la presunzione assoluta è coerentemente chiamata a svolgere "il ruolo di bilanciare gli effetti, in modo da renderli indiscutibili, tutte le volte che coincide nella realtà la sussistenza dell'interesse con la presunzione del fatto che lo rende inattaccabile". Proprio per questo la presunzione assoluta non sarebbe certo sempre idonea a soddisfare gli interessi in gioco. Così A. PALAZZO, *Presunzione*, cit., 266.

²² È il caso della presunzione assoluta introdotta all'art. 47, comma quinto, del r.d. n. 3269 del 1923 (legge di registro), che ai fini dell'imposta di registro statuiva che «quando i macchinari che servono ad un opificio non vengono effettivamente smontati e trasportati, ma rimangono in servizio dell'opificio stesso, si presumono venduti all'acquirente, ancorché essi siano stati esclusi dalla vendita, e non ostante che l'acquirente del macchinario appaia una persona diversa dall'acquirente dell'opificio». La mera presenza del macchinario al momento del trasferimento dell'immobile faceva presumere la vendita di questo senza nemmeno consentire di dimostrare l'inesistenza di alcun vincolo pertinenziale tra il macchinario stesso e l'opificio. Ciò che ha indotto la Corte costituzionale, con la sent. n. 167 del 1976, a censurare la disciplina (anche alla luce della diversa natura, di presunzione relativa, prevista invece per i trasferimenti in campo di fondi agricoli), osservando come la mancanza delle condizioni che legittimano il rapporto pertinenziale "non può essere surrogata, sia pure in via presuntiva, dalle circostanze obiettive previste dalla norma", che in ciò esibisce, pertanto, la sua "irrazionalità".

alla possibilità di rimanere imbrigliate nel giudizio di ragionevolezza ancorato all'art. 3 Cost.. Allo stesso tempo, però, non può non segnalarsi sin d'ora l'eventualità che questo scrutinio si imbatta in alcune insidie, la prima delle quali data proprio dal fatto che ad essere scrutinata è una previsione legislativa sorretta da un ineliminabile *quantum* di discrezionalità; ciò che dovrebbe spingere subito ad interrogarsi su quanta sia la - discrezionale - approssimazione che, propria dell'automatismo, l'ordinamento è disposto a sopportare.

La risposta è probabilmente suscettibile di modificarsi, giacché la dose di approssimazione accettabile dipende anche da *altri* fattori, di cui il Giudice costituzionale deve tenere conto all'atto di sottomettere al proprio giudizio i meccanismi normativi automatici. Tali fattori hanno a che fare, da una parte, con il settore in cui sia intervenuto l'automatismo e dunque con le caratteristiche dello specifico fatto la cui esistenza il legislatore abbia dato per presunta; dall'altra, con gli interessi in gioco, potendo incidere, e non poco, sull'esito della valutazione operata dalla Corte il rilievo delle esigenze costituzionali da mettere di volta in volta a bilanciamento. Quel che si intende dire è che, sebbene nell'ambito dello scrutinio solitamente svolto dalla Corte costituzionale sugli automatismi il c.d. controllo di evidenza per certi versi mantenga una sua autonomia²³, l'eventuale ulteriore apprezzamento da parte della Corte circa la correttezza della ponderazione legislativa tra gli interessi implicati, di fatto, anche se non formalmente, potrebbe incidere sul rigore del giudizio di evidenza. L'impressione che si ha, in altre parole, e anticipando le conclusioni di queste riflessioni, è che nell'ambito dello scrutinio di ragionevolezza sulla presunzione assoluta sottostante l'automatismo, il margine di errore legislativo tollerabile può mutare anche in considerazione del bene della vita che quell'errore rischia di travolgere.

Prima di provare a verificarlo concretamente alla luce di alcuni esempi, è bene però anzitutto ragionare di una questione preliminare a tutto. Si tratta cioè di capire se la Costituzione dia qualche tipo di indicazione - esplicita o implicita - sui 'modelli legislativi', manifestando eventuale preferenza per l'utilizzo di schemi normativi elastici, capaci di adattamento ai casi della vita. In quest'ottica, dovrà essere evidentemente vagliato, in primo luogo, il rilievo che assume in proposito l'art. 3 Cost., e dunque che tipo di ricadute possa avere sul principio di uguaglianza l'opzione del Parlamento per una disciplina rigida piuttosto che per una regolamentazione flessibile.

²³ Ci si riferisce al controllo sulla rispondenza tra presunzione legale e realtà sottostante, che ha a che vedere con l'"*evidenza delle cose*". G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 244. Osserva come questo tipo di controllo, nei giudizi sugli automatismi, assuma "*se non un rilievo autonomo, almeno uno spazio e dei contorni precisamente definiti*" L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, www.gruppodipisa.it.

4. Automatismi e uguaglianza: l'ordinamento di fronte a un bivio.

Al fine di indagare il rapporto tra automatismi e principio di uguaglianza, occorre muovere dalla constatazione che ogni automatismo, proprio perché regola meccanica che attinge la propria *ratio* alla sussistenza di un fatto presunto sulla base di una massima di esperienza, porta inevitabilmente con sé l'assimilazione di situazioni che nella realtà possono invece non corrispondere. L'automatismo, dunque, sacrifica l'uguaglianza (intesa come “a ciascuno il suo”) sull'altare della generalizzazione, in linea teorica contravvenendo infatti al divieto, anch'esso discendente dall'art. 3 Cost., di pareggiare situazioni che siano oggettivamente diverse²⁴. E numerose sono infatti le pronunce ove la Corte costituzionale ha chiarito come la censura su una regola che imbriglia il potere di apprezzamento concreto del giudice serve a “evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse”²⁵.

La questione, però, non è priva di complessità. Bisognerebbe infatti intendersi sull'esatta valenza del principio di uguaglianza. Se infatti è vero che, alla luce di una ormai incontrovertibile interpretazione, male fa l'ordinamen-

²⁴ Secondo l'espressione usata dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 53 del 1958, e poi sviluppata nella sent. n. 64 del 1961, ove essa ha precisato che l'uguaglianza “non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse ... Un ordinamento il quale non distingue una situazione da situazione e tutte le situazioni consideri allo stesso modo non è nemmeno pensabile, anche perché, come bene è stato osservato, finirebbe in sostanza col non disporre regola alcuna”. In dottrina, tra i primi, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, 715, e in seguito tra i molti, con efficace argomentazione, A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, 1994, 6, per il quale questa lettura dell'art. 3 Cost. si imporrebbe in ragione del fatto che “Una regola formulata in termini uguali può avere ricadute diverse in relazione alla diversità delle situazioni nelle quali viene applicata”.

²⁵ Corte cost., sent. n. 139 del 1982, relativa alla norma che, assumendo la persistente pericolosità sociale di coloro che abbiano commesso reati gravi in condizione di infermità mentale, prescrive il loro ricovero in ospedale psichiatrico per un periodo minimo anch'esso legislativamente predeterminato. V. anche chiaramente in questo senso Corte cost., sent. n. 40 del 1990, ove la Corte, ragionando della norma che imponeva di diritto la destituzione del notaio in ipotesi prefissate, affermava che questo automatismo operava “indistintamente per l'infinita serie di situazioni che stanno nell'area della commissione di uno stesso pur grave reato”, non potendo per ciò reggere il confronto con il principio di uguaglianza. Ancora, si è parlato di “dimensione individualizzante” “richiesta dal principio di uguaglianza”, nella sent. n. 234 del 2015.

L'esigenza di assicurare la differenziazione di situazioni non assimilabili è stata identificata quale “ratio decidendi di tutte le pronunce della Corte costituzionale in tema di ragionevolezza delle presunzioni assolute” da A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4911; v. su questo punto anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., 343.

to ad accomunare situazioni che accomunabili non sono, dovendo invece provvedere a disgiungerle nel trattamento, fino a che punto questo compito deve spingersi? Quali sono, e quante sono, le differenze che l'ordinamento è tenuto a "vedere" e quindi a considerare? E *quale autorità*, e *come*, ha il compito di farsi garante dell'uguaglianza? Il legislatore mediante l'astrazione normativa, che è inevitabilmente portatrice di approssimazione, ancorché idonea ad assicurare la certezza del diritto, o l'organo dell'applicazione, nella condizione di valutare ogni sfumatura della fattispecie concreta e di produrre "regole del caso" *ad hoc*, ma che messe a sistema potrebbero restituire un quadro irrazionale e non soggetto a controlli?²⁶

Si tratta di interrogativi di complessità formidabile, che sotto traccia dissvelano tutte le difficoltà di comprendere fino in fondo la portata del principio di uguaglianza²⁷.

Interrogandosi sui compiti della legge al suo cospetto - ma il ragionamento potrebbe estendersi ai compiti dell'ordinamento per ora complessivamente inteso - uno dei maggiori studiosi del tema ha affermato che "*due situazioni sono analoghe non in assoluto ... ma in relazione al punto di vista assunto*", che, giuridicamente parlando, è quello "*dato dalla ratio legis*". Ne consegue che un problema di "*ingiustificata parificazione di fattispecie diverse*" si pone solo quando in quella considerata "*non sussistono elementi collegabili alla ratio legis ... e non quando sussistono ulteriori fattori potenzialmente diversificanti (perché la valorizzazione o non di questi è compito del legislatore...)*"²⁸. Dunque non tutte le differenze tra gli individui e le situazioni rilevano, ma solo quelle che siano strettamente pertinenti rispetto alla giustificazione e alla finalità della regola di volta in volta considerata.

Se questo è vero, è però altresì vero che a seconda della regola presa in considerazione, e soprattutto - nella prospettiva appena richiamata - della sua ragion d'essere e della sua finalità, può significativamente cambiare il grado di dettaglio dei fattori differenziali che l'ordinamento è obbligato a valorizzare. E non c'è dubbio che tanto più particolaristici essi siano, tanto meno

²⁶ Dell'idea che oggi l'uguaglianza vada intesa proprio come "*adeguatezza del diritto alle situazioni concrete*", con la conseguenza che "*i tutti*" (ai quali normalmente si rivolge la legge) "*nell'epoca della personalizzazione del diritto, quando l'uguaglianza assume il valore della differenziazione di ciò che è diverso, non esistono più*", dovendo essere sostituiti con "*i tanti*", *indefinitivamente diversi, fino al punto che ciascuno di essi, nei casi della vita in cui si trova inserito, merita, per ragioni costituzionali, un trattamento ad hoc*", G. ZAGREBESKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 213.

²⁷ Per H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 187 la formula per cui occorre trattare in modo uguale casi uguali e in modo diverso casi diversi è una formula "*incompleta*", addirittura "*vuota*", fintanto che non si dica quali somiglianze e quali differenze devono assumere in questo senso rilievo.

²⁸ A. CERRI, *Uguaglianza*, cit., 10. V. anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza (principio di)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1973, 1090.

idoneo al compito sarà, in autonomia, il legislatore. La legge – le cui qualità di generalità e astrattezza, sia pur in forma ormai molto ridotta, sfumata o persino alterata, ne rimangono connotati “*naturali*”²⁹ – è proprio per questa sua natura inadatta ad introiettare i tanti casi della vita dei quali, eventualmente, si debba tenere conto.

Se i fattori differenziali da considerare non sono sintetizzabili in categorie astratte, e all’estremo limite opposto si tratti addirittura di fattori riconducibili alla “unicità” di singole situazioni e individui, ebbene in queste ipotesi è allora chiaro che sarà l’autorità del caso singolo – i giudici, l’amministrazione, ecc.³⁰ – a poter ed anzi dover provvedere a valorizzarli, al fine di ritagliare

²⁹ Nel senso inteso da F. MODUGNO, *Legge in generale*, in Enc. dir., 1973, Milano, 889, per il quale “*E’ naturale che, più spesso, il contenuto proprio della legge ... si esprimerà in norme, ossia in proposizioni, come si suol dire, generali, astratte, innovative in grado eminente*”. Questo carattere, “*naturale*” e “*prevalente*”, però, come ormai pacifico, non assurge a carattere indefettibile della legge. Sulla originaria valenza generale e astratta della legge, e sulle trasformazioni della sua struttura al mutamento della forma di stato, v. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, spec. 34 ss. e 49 ss.. Meriterebbero peraltro di essere indagate e comparate le diverse forme di trasformazione della legge nel passaggio allo Stato sociale, giacché, mentre il modello della legge provvedimento ha in qualche modo “assecondato” questa evoluzione, dando però luogo ad abusi, quello della legge automatica è invece un modello che denota in un certo senso la volontà del legislatore di “resistere” a quella evoluzione.

³⁰ Esula dai ragionamenti qui oggetto di riflessione la problematica concernente il rapporto tra diritto e scienza, ma molto evidentemente si potrebbe dire dei casi in cui lo spazio valutativo da preservare sia, appunto, quello della scienza. Si pensi alla sorte che è spettata al vincolo legislativo riguardante l’obbligo di creazione e impianto dei tre embrioni fecondati attraverso le tecniche di pma (sent. n. 151 del 2009). Su questi temi, e sul rapporto tra diritto e scienza, si fa rinvio alle riflessioni di M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, spec. 57 ss., nonché in *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D’Amico, I. Pellizzone, Milano, 2010, 214 ss.; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; I. PELLIZZONE, *Il diritto alla salute della donna e il limite rigido del Legislatore*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., 100 ss.. Il problema che l’A. esamina è proprio quello dei rischi insiti nella scelta del legislatore di imbrigliare attraverso norme rigide la valutazione del medico, questi dovendo invece poter operare, sulla scorta delle migliori conoscenze scientifiche, tenuto conto delle specificità del caso concreto. Cfr. anche in tema B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, spec. 69 ss e 410 ss..

^Ancora, non si ha modo qui di indagare le situazioni nelle quali la disciplina legislativa dovrebbe lasciare spazi alla autodeterminazione degli individui, soprattutto quando quest’ultima serve rispetto ad ulteriori specifici diritti costituzionali. Si consideri, a titolo esemplificativo, la questione concernente l’automatica attribuzione ai nati del cognome paterno, che non dando modo ai genitori di scegliere un regime diverso, produce ricadute sull’uguaglianza morale e giuridica dei genitori e sugli stessi interessi del minore. Sulla questione e i temi implicati

su quel caso la specifica risposta dell'ordinamento. Insomma, laddove occorra tenere in alta considerazione le molteplici variabili con le quali si presentano al cospetto dell'ordinamento i casi della vita, e dunque quei fattori che richiedono un trattamento “disegualmente egualitario”, il compito non potrà che traslare dal legislatore al soggetto responsabile dell'applicazione. O meglio, il primo dovrà configurare fattispecie elastiche, in modo da lasciare al secondo la possibilità di valutare sul piano interpretativo se quelle concrete vi rientrino o meno in ragione del loro eventuale collegamento con la *ratio legis*.

A ben riflettere è la Costituzione - ma talvolta la stessa natura delle cose - ad orientare nella selezione degli ambiti in cui l'ordinamento è in effetti tenuto, in forza del principio di uguaglianza, a dare minuziosamente conto delle differenze tra gli individui.

A parere di chi scrive, allora, è in questi (soli) casi - e non invece sempre e comunque - che si potrebbe forse argomentare l'esistenza di una “riserva” di spazi valutativi in capo ai soggetti dell'applicazione normativa³¹.

(dopo la sent. n. 286 del 2016 della Corte costituzionale), v. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbi e certezze e sicure incertezze in materia di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017. V. inoltre, nel volume in corso di pubblicazione *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei poteri? Un percorso non ancora concluso* (a cura di M. D'Amico e S. Leone), le riflessioni di M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, e, volendo, di S. LEONE, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere*.

³¹ Diversamente, parrebbe muovere da un'idea di maggior pervasività di tale regola, A. PUGIOTTO, *Intervento al III Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche*, 18 settembre 2014, Università di Roma Tre, www.gruppodipisa.it, 4, che argomenta l'illegittimità delle presunzioni assolute ricavandola “dall'indebito assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge”, mentre i due meccanismi di garanzia “devono restare separati”. Per l'A., conseguentemente, le pronunce della Corte costituzionale che censurano gli automatismi nel sindacato di legittimità costituzionale avrebbero in realtà il sostanziale effetto di ripristinare il giusto confine tra riserva di legge e di giurisdizione. Più esplicitamente ancora A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, hanno affermato che dietro alla forma dell'incidente di costituzionalità (sugli automatismi) si celerebbe in realtà un vero e proprio conflitto di attribuzioni da menomazione tra poteri, che vedrebbe il giudiziario come parte lesa.

^H Ha parlato di decisioni che introducono una “regola sulla competenza”. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 92. Simile parrebbe l'impostazione di A. RUGGERI, *Eguaglianza*, cit., che ragiona di necessità di preservare la “sfera di competenza del giudice menomata dal meccanismo legislativo”, necessità preordinata a tutelare adeguatamente i diritti. Su quest'ultimo profilo insiste anche T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il “diritto mite”*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 29 luglio 2003, per la quale le censure del Giudice costituzionale

Pensiamo al regime delle sanzioni penali. Nell'approntare il *quantum* e il *quomodo* del trattamento punitivo, lo Stato è tenuto, per espresso dettato costituzionale (art. 27, comma terzo, Cost.), a perseguire l'obiettivo della risocializzazione del reo. Il finalismo rieducativo come paradigma della sanzione penale evidentemente impone di tenere in massima considerazione le differenze (occorrendo risocializzare *quel* reo, artefice di *quella* condotta, tenuta in *quelle* circostanze, ecc.). Ciò che avviene, in un primo momento, a livello normativo, mediante l'inquadramento della sanzione tra una soglia minima e un tetto massimo³², e grazie a ciò, in un secondo momento, in fase di erogazione, attraverso la costruzione di una sanzione "*personale*" e in questo senso, appunto, "*finalizzata*" nel senso indicato dall'art. 27 Cost.³³. Nella giurisprudenza costituzionale ha peraltro trovato ormai conferma l'interpretazione per cui simile trattamento individualizzato deve potersi applicare in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento prospetti una limitazione della libertà personale. Così, ad orientare la disciplina delle misure cautelari è il combinarsi degli artt. 13 e 27, comma secondo, Cost., dal quale discende il criterio del "*minore sacrificio necessario*". In questo caso è la logica a riempire di ulteriore significato il criterio. Se la restrizione della libertà personale è *ultima ratio*, occorrendo vagliare primariamente l'adeguatezza di misure meno afflittive, tutti gli elementi capaci di consentire simile valutazione avranno normalmente rilievo. Ecco perché, coerentemente, la Corte ritiene che il sistema cautelare debba, anzitutto, declinarsi secondo il modello della "*pluralità graduata*" e, in secondo luogo, limitarsi a fornire criteri per scelte tarate sulle "*esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete*"³⁴.

Di più. Non sono mancate occasioni in cui la Corte ha asserito l'esistenza di un principio di proporzionalità capace di conformare a sé qualsiasi

sugli automatismi implicherebbero il riconoscimento della "*incapacità del Parlamento di porsi come unico ed esclusivo garante di certi diritti fondamentali, la cui garanzia non può che essere realizzata, caso per caso, dai giudici*".

³² Ciò che, ad un tempo, consente di soddisfare sia la finalità rieducativa sia il principio di legalità previsto in materia penale. Sul portato dei due principi rispetto alla quantificazione della pena G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 546.

³³ Corte cost., sent. n. 50 del 1980. Su problemi che in questo senso pongono le c.d. pene fisse sia consentito rinviare alla ricognizione della giurisprudenza e della letteratura presente in S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione sulla Rivista AIC.

³⁴ Tra le molte, sentt. n. 331 del 2011, n. 265 del 2010. In realtà, come si diceva, tutte le decisioni che hanno sgretolato gli automatismi presenti in discipline potenzialmente implicanti limitazioni della libertà personale sono state guidate dal principio del minor sacrificio possibile del diritto in parola. F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 9.

tipo di sanzione, l'art. 3 Cost. sempre richiedendo “*adeguatezza tra illecito e irroganda sanzione*”³⁵.

Come si diceva, però, anche in assenza di espliciti comandi costituzionali, è la natura delle cose a poter orientare nel comprendere fino a che punto l'ordinamento sia obbligato a vestire ciascuno della propria regola. Si pensi alla tutela dei minori, costituzionalizzata all'art. 31 Cost. Non occorre alcuna ulteriore precisazione del principio costituzionale per capire che siamo in un ambito nel quale tanto impatto hanno nel riempirlo di concreti contenuti le specificità di ciascun individuo. La giurisprudenza costituzionale è ricca di conferme in questo senso, avendo la Corte a più riprese precisato come “*diverso sia l'atteggiamento psichico, rispetto a una condotta qualsiasi ... allorché si tratti di un minore che si avvicini ai quattordici anni di età ... e allorché si tratti di un infante o di un bimbo in tenera età*”, cosicché nei loro confronti si appalesa una “*esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore*” richiede³⁶. La circostanza di trovarci di fronte a soggetti che, in costante evoluzione psichico-fisica, si trovano di fatto di giorno in giorno a costruire la propria identità, rende nei loro confronti molto problematica, dunque, l'adozione di regole generalizzate.

Si potrebbero proporre diversi altri esempi, tutti accomunati dalla circostanza di riguardare fattori altamente condizionabili dalle caratteristiche individuali di ciascuno o dalle peculiarità fattuali della singola situazione. E si potrebbe allora concludere nel senso che, in questi casi, l'uso di automatismi legislativi fondati su presunzioni assolute che diano per normalmente avverata la sussistenza del fattore che giustifica la produzione di un certo

³⁵ Corte cost. sent. n. 270 del 1986, ove la Corte constatava come l'ordinamento fosse ormai proiettato verso la “*tendenziale ... esclusione di sanzioni rigide, non graduate – cioè – in rapporto al caso concreto occorso. Tutto ciò ovviamente, in adempimento del principio di uguaglianza, non può impingere nella mera area punitiva penale bensì incide largamente anche nel campo amministrativo*”. Si spiega così il filone giurisprudenziale che, a partire dalla successiva sent. n. 971 del 1988 ha censurato le norme prescriventi la destituzione di diritto degli impiegati pubblici senza previa apertura di un procedimento disciplinare, all'esito del quale valutare la misura della sanzione irrogabile. Evidenza come quello riscontrato nei giudizi sugli automatismi sia un vizio di proporzionalità A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 ss.

³⁶ Corte cost. sent. n. 125 del 1992, avente ad oggetto la norma che imponeva il ricovero nel riformatorio giudiziario dell'infraquattordicenne, presumendone la pericolosità sociale, che avesse commesso un delitto non colposo per il quale sia previsto l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a 3 anni. Fra le molte pronunce dalle quali emerge l'esigenza di un sistema di giustizia minorile incentrato su prognosi individualizzate v. anche sentt. nn. 143 del 1996, 182 del 1991, 128 del 1987, 222 del 1983, 46 del 1978, e da ultimo, invece sent. n. 90 del 2017, che ha ancora una volta censurato un automatismo in tema di sospensione immediata della pena carceraria che ne limitava l'applicabilità anche ai minori rientranti nelle categorie di condannati indicati in norma (ancora una volta per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ord. pen., e per altri reati richiamati dall'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.).

effetto giuridico è per ciò stesso illegittimo. E ciò in quanto, in simili casi, il principio di uguaglianza pretende la massima malleabilità possibile della norma giuridica e, per l'effetto, la massima capacità di diversificazione del trattamento giuridico nel momento applicativo. Ed infatti, in casi come questi normalmente il legislatore non interviene con automatismi, ma con norme flessibili, che lasciano molto spazio alla valutazione casistica del giudice o degli altri operatori eventualmente coinvolti nell'applicazione³⁷.

Se così è, potrebbe allora apparire contraddittorio (e sospetto) che in questi stessi settori, il Parlamento talvolta decida, con interventi derogatori, di sottrarre al giudice quote di apprezzamento valutativo, e di consegnare alla norma il compito di cristallizzare ed esaurire la regola dei casi descritti nella fattispecie astratta.

Il giudizio su simili interventi legislativi, tuttavia, dovrebbe essere svolto anche tenendo conto del fatto che spesso, quegli stessi fatti che risultano così altamente condizionabili dall'apporto particolaristico di ciascun individuo, e che pertanto richiederebbero un apprezzamento individualizzato, sono al tempo stesso fatti di assai difficile verifica sul piano probatorio (il grado di maturazione di un minorenne, l'idoneità di una persona a svolgere le funzioni genitoriali, la sua pericolosità sociale, la sua propensione a commettere un nuovo reato, ecc.).

Ragionando per ora in astratto, allora, si potrebbe osservare che laddove occorra determinare conseguenze giuridiche a partire da fatti difficilmente accertabili, non di rado perché relativi alla dimensione interiore dell'individuo, ma che al contempo, per l'identica ragione, meriterebbero di essere riscontrati casisticamente, alla luce delle specifiche caratteristiche del singolo, l'ordinamento si trova di fronte a un bivio; un bivio che di fatto costringe ad optare per l'approccio comportante il minor sacrificio possibile dell'uguaglianza: lo strumento livellatore dell'automatismo o, appunto, il ricorso ad una regolamentazione flessibile o per lo meno cedevole³⁸. Si tratta di due

³⁷ A questo proposito, merita un richiamo il recente intervento legislativo in materia di ordinamento penitenziario. La legge di delega approvata dal Parlamento, come noto, impegna tra l'altro il Governo a muoversi nel senso della "eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale" (cfr. art. 1, comma 85, lett. a) della legge n. 103 del 2017), che peraltro riporta all'attenzione il discusso tema del c.d. ergastolo ostativo. Su cui v. A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove*, cit., spec. 6 ss.

³⁸ Che si tratti della scelta tra due mali, è stato evidenziato in letteratura anche da Schauer a partire da riflessioni sulle origini e sull'evoluzione dell'*aequitas*: "Fino a che non ci sarà un

opzioni molto diverse tra loro, eppure entrambe implicanti un margine di errore: l'errore dato dall'approssimazione della regola legislativa rigida, in un caso, l'errore dato dalle difficoltà di accertamento del giudice (anzi, dei tanti giudici), nell'altro.

Della complessità del dilemma anche la Corte costituzionale è certo consapevole. Non ci si riferisce solo al fatto che essa abbia affermato – va detto, in una ormai risalente decisione – che “*obiettive difficoltà di accertamento*” di un determinato fatto “*non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di eguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione ..., o invece affidare solo al giudice di disporre di volta in volta ... dato che il pericolo della diseguaglianza di trattamento non viene meno neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza ma solo mere probabilità*”³⁹; ad essere significativa è invece soprattutto la circostanza che essa abbia in più occasioni deciso, pure all'esito di pronunce di illegittimità, di non travolgere *in toto* gli assunti presuntivi fissati dal legislatore, determinandosi piuttosto nel senso di una loro “correzione”, comportante la trasformazione di presunzioni assolute in presunzioni relative. Forse, si potrebbe dire, anche

*meccanismo che corregga gli sbagli inevitabilmente commessi decidendo secondo generalizzazioni, ci saranno decisioni effettivamente errate, e potrà sembrare ad alcuni, come è stato Platone e Aristotele, che questo sia ridicolo, tremendo, assurdo, o ingiusto. Eppure, quando il meccanismo per correggere tali errori sia creato, esso sarà comunque in balia della discrezionalità dei correttori d'errore, una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona collocazione dell'autorità decisionale, ma ad altri sembrerà variabile ... Anche questa variabilità produrrà errori, se pure di natura diversa da quelli derivanti dalla necessaria generalità delle regole. Quando non abbiamo un meccanismo di equità, è facile vedere gli errori che conseguono alle generalizzazioni; ma quando creiamo tale meccanismo, spesso sono altrettanto evidenti gli errori di diverso genere che derivano dal garantire a persone reali, che possono sbagliarsi, la discrezionalità di determinare quando gli errori della generalizzazione debbano essere corretti, e quando no”. F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, trad. di A. M. Taruffo, Bologna, 2008, 57, 58. L'A. afferma che a suo dire sarebbe proprio la storia dell'*equity* inglese, che ha vissuto periodi floridi e poi spinte ad un ridimensionamento, a confermare le difficoltà di risolvere il problema dell'errore in un senso (attraverso la generalizzazione legislativa) o nell'altro (la correzione sul piano applicativo degli errori della legge). Sui possibili “costi collaterali” dello spostamento della valutazione in capo ai giudici proprio con riferimento alle riflessioni di Schauer, A. TESAURO, *Corte costituzionale*, cit., 4930 ss., e spec. 4943, 4943.*

^A questo proposito, bisogna dire che, probabilmente, in materia di salute gli automatismi legislativi risultano particolarmente sospetti, perché incidenti sull'autonomia di valutazione dello scienziato, il quale la svolge alla luce delle peculiarità del caso concreto e soprattutto sulla scorta delle proprie conoscenze tecniche. In questo caso, insomma, il Parlamento con più difficoltà può giustificare un proprio rigido intervento riferendosi alla necessità di facilitare il compito di coloro che avrebbero altrimenti la responsabilità dell'accertamento fattuale.

³⁹ Corte cost., sent. n. 106 del 1972, con la quale la Corte aveva salvato la norma che disponeva per l'incapace di intendere e di volere il ricovero in un manicomio giudiziario per un periodo minimo commisurato alla pena che si sarebbe dovuta irrogare.

con l'obiettivo di contenere entro qualche limite la ricerca casistica, da parte del giudice, della prova contraria capace di mettere fuori gioco la regola generale posta dal legislatore. D'altra parte, la Corte di recente ha anche sottolineato come, in certi delicati settori, la regola generale, nel fornire criteri oggettivi, può costituire "*un efficace usbergo della serenità del giudice*"⁴⁰, quasi a proteggerlo dai pericoli del suo stesso dominio valutativo.

Quanto detto ancora non spiega, però, perché il legislatore intervenga con regole rigide anche in settori nei quali è esso stesso a manifestare una preferenza per regole elastiche, che trovano infatti ordinariamente applicazione. Così è, in ambito penale, in materia di sanzioni, di misure di sicurezza, di custodia cautelare, di regime penitenziario, ecc.; così è, ancora, laddove occorra riscontrare l'idoneità di una coppia ad adottare un minore, o di un genitore a mantenere la potestà sul figlio.

Come già si è anticipato, la spiegazione che si può ipotizzare è che, talvolta, di fronte al bivio, l'ordinamento si determini per l'introduzione di una proposizione automatica o per l'adozione di una regola elastica anche in considerazione della natura e dell'importanza degli interessi che vengano di in volta in rilievo (esigenze individuali o di rilievo collettivo, esigenze più o meno stringenti, ecc.), e delle ricadute che l'una o l'altra scelta potrebbero determinare sulla loro integrità. Posto che, come si è detto, in ogni caso un margine di errore va scontato, potrebbe essere proprio il bene o i beni della vita incisi a fare la differenza, e se del caso a motivare il Parlamento ad approntare una disciplina insuscettibile di modulazioni applicative; ciò, evidentemente, laddove ritenga (a torto o a ragione) che quel bene della vita, per il suo rilievo, non possa tollerare compressioni episodiche legate agli esiti della discrezionalità giudiziaria.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 17 del 2017. Nella stessa decisione nota peraltro la Corte come la demolizione dell'automatismo potrebbe problematicamente significare l'attribuzione al giudice del compito di apprezzare discrezionalmente fatti che riguardano soggetti estranei al processo (nel caso di specie il minore della donna ridotta in custodia cautelare carceraria in ragione del reato contestato). È da notare che, invece, in altri giudizi, la Corte ha ritenuto questo profilo non rilevante. Si tratta della sent. n. 31 del 2012, che ha restituito al giudice la facoltà di stabilire caso per caso se la condanna per taluni reati comporti o meno la necessità di comminare anche la perdita della potestà genitoriale. La contraddizione tra le due impostazioni però è solo apparente, giacché evidente che un conto è dover verificare casisticamente la sussistenza dell'interesse del minore in riferimento ad una misura - quella della perdita della potestà genitoriale - che pur direttamente riguardando il condannato non può non essere inquadrata proprio alla luce del rapporto tra questi e il soggetto nei cui confronti la potestà è esercitata. Altro è invece pretendere che il giudice, nell'apprezzare la misura cautelare più idonea per un imputato tragga elementi decisivi dalla condizione di un soggetto terzo.

5. Lo scrutinio di costituzionalità sugli automatismi legislativi tra rispondenza ai dati di esperienza e rilevanza dei beni da mettere a bilanciamento

Al termine delle riflessioni proposte, è ora utile testarne la tenuta alla luce della ormai fitta giurisprudenza costituzionale formata in argomento⁴¹.

Prima di soffermarsi sulle tecniche decisorie sviluppate dalla Corte per testare la tenuta degli automatismi, sembra però importante indugiare per un attimo su un aspetto preliminare, messo a fuoco in due recentissime decisioni. Già è stato detto che non sono affatto rare le ipotesi in cui l'ordinamento sceglie di intervenire attraverso regole rigide; ma che i dubbi di legittimità costituzionale si sono di fatto da sempre appuntati solo su quelle norme che disvelano la propria natura automatica nel raffronto con la disciplina ordinariamente applicabile nel medesimo settore, disciplina che si contraddistingue all'opposto per la propria duttilità e capacità di adeguamento alle specificità dei singoli casi della vita. Ebbene, nell'ambito di un giudizio da poco definito, la Corte ha dato molto peso a questo elemento, al punto da restringere anche "nominalmente" i confini della categoria degli automatismi.

L'occasione è stata data dalla necessità di scrutinare la norma che vieta la custodia cautelare in carcere per le madri di prole infrasciense (art. 275, comma 4, c.p.p.); norma che *a contrario* implica, dunque, che al compimento del sesto anno di età del minore torni ad applicarsi il regime generale. Tale regime, per le donne gravemente indiziate dei delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., implica però, ai sensi dell'art. 275, comma 3, c.p.p. l'obbligo per il giudice di ricorrere alla restrizione inframuraria. Quel che qui maggiormente interessa è che, nel salvare la norma specificamente oggetto di censura, il Giudice costituzionale ha anzitutto escluso che quella scrutinata desse luogo ad una "situazione di automatismo"⁴². L'automatismo sarebbe invece quello prescritto dall'art. 275, comma 3, c.p.p., che al sussistere di esigenze cautelari per gli imputati di determinati gravi reati, impone come detto al giudice di disporre la misura carceraria, privandolo della ordinaria competenza a stabilire, sulla base di indici fattuali concreti, la misura più idonea. Nella prospettiva della Corte, allora, la norma indubbiata non presenterebbe i tratti tipici dell'automatismo⁴³. Essa semmai limita la rigidità dell'automatismo prescritto dal legislatore in materia

⁴¹ Non avendo qui la possibilità di vagliare in modo esaustivo e attraverso un esame settoriale la giurisprudenza, si rinvia all'esame svolto da E. CRIVELLI, *Gli automatismi*, cit., 85 ss.; L. PACE, *Gli automatismi*, cit., 1 ss..

⁴² Corte cost., sent. n. 17 del 2017.

⁴³ Di diverso avviso M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giur. cost.*, 2017, 99, 100, che condivide però l'esito del giudizio nell'aver la Corte valutato non irragionevole la regola (o automatismo) scrutinato.

cautelare per taluni reati; e lo fa soprattutto prescrivendo - sebbene con ricorso a “condizioni” e “limiti” (l’età del bambino) - un divieto di carcerazione “di carattere generale” riferito a tutte le madri di prole infraseienne, indipendentemente dal capo di imputazione. Ancora più significativo, per lo specifico profilo qui esaminato, la circostanza che in una pronuncia di poco successiva (sent. n. 76 del 2017), essa abbia retrospettivamente qualificato quella salvata con la sent. n. 17 alla stregua di una ragionevole “regola legale”. La scelta terminologica, che si risolve in una voluta ridondanza - una regola prodotta dal Parlamento è per definizione “legale” - merita senz’altro una sottolineatura, con essa probabilmente la Corte avendo voluto rimarcare che un conto è un automatismo che interviene a comprimere quello spazio valutativo che normalmente è lo stesso legislatore a riconoscere ai soggetti dell’applicazione (così sono, nel caso esaminato, le disposizioni che in via di eccezione sottraggono al giudice il compito di decidere quale sia la misura cautelare adeguata al caso specifico, dando normativamente per presunta l’idoneità della sola custodia inframuraria); altro sono le regole, appunto, “legali”, così appellate, presumibilmente, per sottolinearne la portata generalizzata, tipica dell’atto legislativo nella sua forma più pura e tradizionale⁴⁴. È vero, in altre parole, che il limite dei sei anni, in quanto rigido, sfrutta un meccanismo ‘automatico’ che per definizione generalizza, ma tale meccanismo si innesta in una norma che non presenta i tratti problematici tipici degli automatismi legislativi su cui gravano i sospetti di illegittimità costituzionale⁴⁵.

Ciò premesso, e passando all’esame del tipo di *test* al quale gli automatismi legislativi (o presunti tali) vengono sottoposti, va anzitutto osservato che, esattamente come ci si aspetterebbe, i giudizi in questione si sviluppano quasi sempre a partire da una verifica sulla congruenza del substrato empirico della legge, giacché l’eventuale contrasto con “*l’evidenza delle cose*” costituisce senz’altro un vizio di arbitrarietà della legge⁴⁶.

⁴⁴ Ci si riferisce chiaramente ai connotati propri dell’atto legislativo di matrice post-rivoluzionaria, al quale fu riconosciuto il ruolo di unica fonte del diritto “*che, grazie alla sua astrattezza, generalità e rigidità, può garantire l’unità giuridica dello Stato ... e l’uguaglianza tra i cittadini*”. G. ARCONZO, *Contributo*, cit., 37, 38.

⁴⁵ Ciò non di meno, va detto, la Corte ricorre nel giudizio ai tradizionali canoni valutativi degli automatismi ai fini del riscontro di ragionevolezza della disciplina, sottoponendola sia a un *test* di evidenza sia ad una valutazione circa la correttezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco. Quanto al primo versante, essa rileva come sia su dati di esperienza che il legislatore ha individuato in sei anni la soglia di età determinante ai fini della cessazione del regime derogatorio, tale età coincidendo “*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*”. Quanto al secondo profilo, quello del bilanciamento, si rinvia a quanto si avrà modo di dire a breve proprio confrontando i due diversi esiti della sent. n. 17 e della sent. n. 76 del 2017.

⁴⁶ G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., 244.

E in effetti ricorre ormai frequentemente in motivazione l'affermazione per cui la presunzione assoluta, vieppiù laddove incida sulla fruizione di un diritto, è da considerarsi illegittima quando non sorretta da una "*congrua base statistica*" che ne evidenzi la rispondenza "*a un dato di esperienza generalizzato*"⁴⁷.

Quando ciò concretamente si verifichi la Corte costituzionale ha provato a chiarirlo, anche se ricorrendo ad espressioni non sempre esattamente coincidenti. Così, talvolta ha affermato che a incrinare la presunzione assoluta sarebbe l'astratta configurabilità di "*un numero non trascurabile di casi*" capaci di contraddirla⁴⁸; di contro non mettendola in crisi la possibilità di ipotizzare solo "*casi ed ipotesi chiaramente marginali*"⁴⁹. In altre occasioni, con toni che parrebbero più rigorosi, ha invece detto che l'*id quod plerumque accidit* verrebbe meno quando sia "*agevole formulare ipotesi di accertamenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*"⁵⁰.

Ora, una prima constatazione da farsi, anche alla luce delle diverse formule impiegate per tratteggiarlo, è che un simile *test* rischia di aprire la strada alla sovrapposizione di un apprezzamento discrezionale sull'altro (quello della Corte su quello del legislatore). Ciò soprattutto se si condivide l'idea, che si è già avuto modo di esprimere (*supra* § 3), per cui in ogni presunzione legale è insita ed ineliminabile un'"approssimazione" concernente l'intensità del rapporto naturalistico tra *factum probans* e *factum probandum*. È forse anche perché di ciò consapevole che la Corte costituzionale, nel tentativo di dare una qualche oggettiva consistenza al *test* di evidenza, è quasi sempre andata alla ricerca di indici capaci di esibire *ictu oculi* la fallacia della presunzione. Il criterio in questo senso più usato è quello che fa perno sulla eterogeneità delle situazioni indiscriminatamente accomunate dal legislatore automatico. È allora nella maggior parte dei casi proprio l'ampiezza dell'ambito applicativo dell'automatismo ad essere stato considerato sintomatico della fragilità del ragionamento presuntivo sottostante.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale intervenuta in argomento, la norma si può palesare problematicamente ampia anzitutto nel suo riferirsi a plurime non omogenee categorie di situazioni. Si pensi alla norma che

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 213 del 2013.

⁴⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 213 del 2013. Ma v. anche Corte cost., sent. n. 139 del 1982, ove si ritiene acquisita alla giurisprudenza della Corte la doverosità di un controllo sulla presunzione (nella specie di pericolosità) finalizzata a verificare se essa "*non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit*", con la conseguenza di dare luogo a indiscriminate applicazioni rispetto a "*situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi*".

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 76 del 1981. V. anche sent. n. 231 del 2011.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 291 del 2010. Simile Corte cost., sent. n. 185 del 2015, ove si è detto che la presunzione è inficiata quando "*ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta*".

collegava la decadenza del personale della pubblica amministrazione al passaggio in giudicato di una condanna per uno tra molteplici titoli di reato, e che la Corte ha sanzionato proprio per la “*variegata serie di fattispecie delittuose, di diversa natura e gravità*” indebitamente accomunate in norma⁵¹. La disciplina può essere considerata troppo ampia, però, anche quando la lentezza della Corte si appunta sulla conseguenza automatica che si produce al verificarsi di una fattispecie-presupposto apparentemente unitaria (la condanna per una singola fattispecie di reato); fattispecie che, tuttavia, scrutinata a fondo nella sua struttura, può rivelarsi nei fatti un contenitore di situazioni e condotte tra loro anche molto distanti in relazione alla *ratio legis*. Si pensi in questo caso alle pronunce di illegittimità che stanno pezzo per pezzo iniziando a erodere il già citato art. 275, comma 3, c.p.p.. Di volta in volta, e fatta eccezione per alcune gravissime condotte criminose, la Corte ha constatato come la medesima fattispecie di reato presa in considerazione potesse in realtà assumere “*le più disparate connotazioni concrete*”, a molte delle quali

⁵¹ Corte cost., sent. n. 197 del 1993. Ma v. anche, tra le più recenti, sent. n. 185 del 2015, relativa all'aumento di pena fisso in caso di recidiva per alcuni reati (reati ritenuti dalla Corte costituzionale “*eterogenei*”, in quanto “*collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali e in particolare del termine di durata massima delle indagini preliminari, e quindi inidonei ad esprimere un comune dato significativo ai fini dell'applicazione della recidiva*”); sent. n. 268 del 2016, relativa alla perdita del grado con conseguente destituzione, senza procedimento disciplinare, del militare condannato definitivamente per reato militare o delitto non colposo comportante la pena accessoria della rimozione o interdizione temporanea dai pubblici uffici; norma censurata anche in ragione della “*ampiezza dei presupposti a cui viene collegata l'automatica cessazione dal servizio*”, e dunque della possibilità che essa sia “*applicata a una troppo ampia generalità di casi, rispetto ai quali è agevole formulare ipotesi in cui essa non rappresenta una misura proporzionata rispetto allo scopo perseguito*”.

⁵² sull'incongruenza del collegamento tra alcuni dei reati indicati dalla disciplina e la *ratio legis* v. anche sent. n. 172 del 2012, riguardante l'automatico diniego di regolarizzazione di talune categorie di lavoratori extracomunitari in caso di condanna, anche non definitiva, per determinati reati. La Corte censura la norma anche in considerazione del fatto che alcuni di questi comportamenti criminosi non necessariamente risultano sintomatici della pericolosità sociale di chi li abbia commessi. Sulla decisione, e sui precedenti relativi ad automatismi incidenti sulla permanenza dello straniero in territorio nazionale v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, Milano, 2013, 21, che ricostruisce la logica della giurisprudenza in materia notando che, secondo la Corte, “*se da un lato previsioni tassative di fattispecie possono essere necessarie per assicurare un efficace controllo dei flussi migratori e possono rappresentare una garanzia (rispetto anche a possibili abusi o discriminazioni), assicurando il rispetto del principio di legalità; dall'altro esse devono riguardare ipotesi univocamente coerenti con la ratio della norma e devono essere proporzionate all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato*”. V. anche dell'Autrice *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 51 ss.

ben potrebbero corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere⁵². Ancora, simile argomentazione parrebbe aver assunto un peso significativo ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione che faceva obbligatoriamente conseguire il trasferimento ad altra sede o ufficio del magistrato colpito da sanzione disciplinare per aver commesso l'illecito funzionale di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 109 del 2006 (consistente nell'aver arrecato ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti). La Corte costituzionale ha censurato la disciplina per violazione dell'art. 3 Cost. con argomentazioni sviluppate proprio a partire dalla constatazione di quanto fosse “ampio” il “*ventaglio dei possibili comportamenti*” integranti l'illecito disciplinare⁵³.

Diversamente, ad aver salvato la norma che vieta la riabilitazione del notaio destituito - a seguito di un procedimento *ad hoc*⁵⁴ - in ragione della condanna ricevuta per la commissione di taluni reati, è stata la rintracciabilità di un comune denominatore tra le pur molteplici fattispecie delittuose poste a presupposto della misura. La Corte ha affermato, infatti, che nel selezionarle, il legislatore ha mostrato di averle sensatamente accomunate, riguardando tutte “*fatti che in linea astratta sono suscettibili di spezzare la fiducia che la collettività ripone nel corretto esercizio delle pubbliche funzioni attribuite al notaio*”⁵⁵.

Va inoltre notato che gli esiti del *test* di evidenza possono non solo portare talvolta a validare, talvolta a condannare la norma, ma possono anche precipitare in modo diverso sull'*iter* motivazionale e sugli stessi dispositivi. Così, in alcune ipotesi il Giudice costituzionale, avendo inficiato *in toto* la valutazione presuntiva del legislatore (così è stato ad esempio in riferimento alla presunzione di pericolosità sociale degli infraquattordicenni), ha per l'effetto restituito al giudice “*mani libere*” in fase valutativa⁵⁶. In altri casi an-

⁵² Corte cost., sent. n. 213 del 2013, 231 del 2011.

⁵³ Corte cost., sent. n. 170 del 2015, sulla quale v. F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2016, 3 febbraio 2016.

⁵⁴ Reso necessario per effetto della precedente sent. n. 40 del 1990, con la quale la Corte costituzionale aveva censurato la previsione automatica della destituzione del notaio, anziché sulla base di valutazioni discrezionali. V. anche, con argomenti in parte analoghi, la sentenza n. 31 del 2012 sulla perdita della potestà genitoriale.

⁵⁵ Trattasi dei reati di falso, frode, abuso d'ufficio, concussione, corruzione, furto, appropriazione indebita aggravata, peculato, truffa e calunnia. Corte cost., sent. n. 234 del 2015.

⁵⁶ Si pensi, come detto, all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla norma che disponeva l'obbligatorio ricovero del minore di anni quattordici in riformatorio giudiziario per la commissione di taluni gravi reati. La Corte affermò priva di ogni fondamento la presunzione della pericolosità sociale del minore di anni quattordici, per il quale, anzi, varrebbe forse la presunzione opposta (Corte cost., sent. n. 1 del 1971, che trova conferma in sent. n. 139 del 1982). Contempla queste tra le decisioni che riscontrano un vizio “*a monte*” dell'automatismo A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit.

cora, essa ha solo di poco limitato il raggio di azione della discrezionalità giurisdizionale. Così è stato in riferimento in relazione alla condanna inflitta per i reati di alterazione e soppressione di stato, al ricorrere della quale il codice faceva invece conseguire, in una chiave “veteropubblicista”⁵⁷ evidentemente non più consona alla ristrutturazione costituzionale del sistema, la perdita della potestà genitoriale⁵⁸. Nella seconda pronuncia in materia la Corte ha significativamente affermato che all’automatismo subentra un regime di “*valutazione concreta del giudice, così da assegnare all’accertamento giurisdizionale sul reato null’altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà*”. Infine, si registrano ipotesi in cui, riconoscendo la plausibilità del ragionamento presuntivo del legislatore, ma contestandone l’assolutezza, la Corte ha censurato la norma solo nella parte in cui non ammette prova contraria (è il caso già richiamato degli automatismi in materia cautelare, ma anche di quelli riguardanti la distanza di età tra adottanti e adottati⁵⁹, in cui, peraltro, il Giudice costituzionale ha cura di richiamare più volte il giudice ad un uso “*eccezionale*” del potere di contraddire la regola presuntiva generale⁶⁰).

Un’ultima, ma cruciale, questione va però affrontata per tentare di comprendere a pieno la complessità delle valutazioni operate dalla Corte costituzionale in riferimento agli automatismi legislativi. Si è detto che sovente essa prende le mosse da uno scrutinio sulla fondatezza del ragionamento presuntivo posto alla base della disciplina; ma si è anche già avuto modo di dire che non è affatto secondario, ai fini del giudizio complessivo, il rilievo delle finalità e degli interessi toccati dalla norma scrutinata.

Sebbene come si è detto nell’ambito di questi giudizi il *test* di evidenza conservi formalmente una propria autonomia, non pare si commettano errori nel notare, allo stesso tempo, come l’esito di questo *test* possa essere sensibilmente condizionato dall’esito della valutazione concernente l’importanza delle esigenze costituzionali di volta in volta implicate, o, quantomeno, come

⁵⁷ V. MANES, La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.), in *Dir. pen. cont.*, 2/2013, 2.

⁵⁸ V. in particolare sent. n. 7 del 2013, ove la Corte ha per l’appunto affermato che “*All’irragionevole automatismo legale occorre sostituire – quale soluzione costituzionalmente più congrua – una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all’accertamento giurisdizionale sul reato null’altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà: vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore*”.

⁵⁹ Sent. n. 303 del 1996 (e seguenti sentt. nn. 304 del 1996, 283 del 1999, 401 del 1999). Queste sono invece le decisioni nelle quali, secondo A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit., la Corte riscontra un vizio “*a valle*” dell’automatismo.

⁶⁰ Lo nota opportunamente E. CRIVELLI, *Gli automatismi*, cit., 89.

le risultanze dei due giudizi debbano essere “incrociate”⁶¹. A ragione, insomma, si è osservato che “*l'insofferenza per gli automatismi*” (in particolare quelli sanzionatori) “è direttamente proporzionale al lignaggio del diritto/interesse/valore sacrificato dallo stesso”⁶².

C'è solo da aggiungere che, in realtà, a seconda delle specifiche finalità e delle specifiche ricadute della norma considerata, la precedenza necessariamente da accordarsi a questa o quella esigenza costituzionale potrebbe o ulteriormente corroborare le ragioni di una sua declaratoria di illegittimità (è senz'altro questo il caso della perdita di diritto della potestà genitoriale, censurata per il rischio di un inaccettabile riverbero sul primario - ancorché non assoluto - interesse del minore⁶³); o all'opposto fornire argomenti salvifici per l'automatismo legislativo. Così, gli interessi presidiati dalla norma che, al ricorrere di esigenze cautelari per gli imputati di delitti di mafia, impone la custodia in carcere, ha da sempre potuto giovare di una immunità non solo perché, come bene illustrato dalla Corte, i tratti tipici della criminalità mafiosa (“*radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione*”) depongono a favore della adeguatezza della misura più rigida, ma forse soprattutto perché qui lo Stato a ragione pretende di disporre

⁶¹ Interessante in questo senso quanto dice la Corte costituzionale nella sent. n. 197 del 1993. La Corte dichiara l'illegittimità della norma che prevede la decadenza di diritto, senza esperimento di procedimento disciplinare, del pubblico impiegato condannato in via definitiva per taluni gravi reati. E lo fa mettendo in luce l'eterogeneità delle ipotesi legislativamente considerate, e dunque la fragilità del dato probabilistico alla base della norma stessa. Aggiunge però significativamente nel ragionamento di essere cosciente che la norma scrutinata persegue importanti esigenze di “*ordine e sicurezza pubblica*”, di “*buon andamento*” e “*trasparenza delle amministrazioni pubbliche*”, ma che “*le anzidette finalità, di indubbio rilievo costituzionale, non valgono tuttavia a superare lo specifico rilevato profilo di incostituzionalità della norma in esame*”. Letta *a contrario* l'affermazione attesta come in altre ipotesi la valutazione attorno al bilanciamento potrebbe portare ad esiti diversi, e dunque a consentire al legislatore di “*superare*” il rilievo di costituzionalità concernente la ragionevole sussistenza di un *id quod plerumque accidit*.

⁶² V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “Parlamento interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 4.

⁶³ V. le già richiamate sentt. nn. 31 del 2012 e 7 del 2013. Commentando la prima, MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 38 ss., ha peraltro notato come la Corte abbia molto sbilanciato il proprio giudizio proprio sul fronte della lesione dell'art. 31 Cost., evitando invece di stigmatizzare in sé la scelta di ricorrere ad un automatismo che potrebbe avere ricadute negative sulla rieducazione del reo. Anche V. Manes, *La Corte*, cit., nota come l'esito della pronuncia sia stato altamente condizionato dallo “spessore” dell'interesse in gioco; ciò che a detta dell'A. spiegherebbe anche perché in questo caso, a differenza di quanto normalmente accade quando la Corte si trovi a scrutinare le pene fisse, essa abbia perso la timidezza e trovato il coraggio di censurare la scelta legislativa.

meccanismi di difesa sociale molto rigorosi, altrimenti rischiandosi l'integrità di "beni primari", "individuali e collettivi"⁶⁴. In casi come questi, l'inevitabile margine di errore sottostante la presunzione assoluta è allora dall'ordinamento ritenuto tollerabile in ragione della necessaria salvaguardia di interessi superiori, che lo Stato non può rischiare di compromettere, anche a costo di produrre un ingiusto sacrificio della libertà personale di alcuni soggetti. Qui, insomma, si ritiene che l'ordinamento legittimamente scelga di non affidare il bilanciamento degli interessi in gioco all'apprezzamento casistico del giudice⁶⁵, che come si è detto potrebbe a sua volta commettere errori.

Anche la diversa sorte spettata alle questioni di legittimità costituzionale da ultimo sollevate in riferimento alla condizione delle madri detenute si spiega - tra le altre ragioni - anche per i differenti pesi delle esigenze in discussione⁶⁶. In entrambi i casi, in realtà, a venire in rilievo era l'interesse del minore a mantenere, in una fase delicata della propria crescita, un rapporto di convivenza con la madre.

La tutela dei minori, come noto, è interesse costituzionale di primissimo rilievo. Non solo. Per le ragioni già dette, si tratta anche di un interesse che può manifestarsi in modo diverso in relazione alle specificità di questo o quell'individuo (*supra* § 4). Ciò non di meno, non siamo in presenza di un interesse assoluto, incapace di subire attenuazioni in forza della necessaria protezione di altre esigenze costituzionali.

Nei casi considerati, l'interesse antagonista era quello alla sicurezza sociale presidiato dalla detenzione in carcere. Ma l'intensità di questa seconda esigenza variava in un caso rispetto all'altro. Un conto è infatti la norma dalla quale deriva, per effetto della riespansione di quanto dispone l'art. 275, comma 3, c.p.p., che al compimento dei sei anni del figlio debba essere ripristinata la carcerazione cautelare per la donna gravemente indiziata di reati di mafia e

⁶⁴ Corte cost., ord. n. 450 del 1995 e successivamente sentt. nn. 17 del 2017, 48 del 2015, n. 57 del 2013 e n. 265 del 2010, ove si è anche spiegato che la presunzione in questo caso si giustifica in ragione dei tratti tipici della criminalità mafiosa "(qualificata da forte radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione)".

⁶⁵ A differenza delle ipotesi in cui, invece, espressamente essa ha affermato che l'unico modo per realizzare il bilanciamento delle diverse esigenze costituzionali rilevanti è lasciare che a farlo sia il giudice (Corte cost., sent. n. 253 del 2003). Parla di pronunce che conferiscono al giudice una "delega di bilanciamento in concreto" R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur cost.*, 1991, 3574. Anche per M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza*, cit., la Corte in riferimento agli automatismi "insiste sull'impossibilità di fissare una volta per tutte un rapporto gerarchicamente predeterminato tra gli elementi in gioco ed esige un bilanciamento dinamico, in concreto, non astrattamente prestabilito".

⁶⁶ Trattasi delle già richiamate sentt. nn. 7 e 76 del 2017, la prima di infondatezza, la seconda giunta invece a censurare la disciplina. V. sulle pronunce G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017.

laddove sussistano esigenze cautelari⁶⁷; altro quello della norma che esclude le madri condannate per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. dalla possibilità di accedere, alle stesse condizioni e limiti previsti per tutte le altre, alla detenzione domiciliare c.d. "specialissima", funzionale ancora una volta a garantire la continuità del rapporto genitoriale rispetto a figli minori di dieci anni⁶⁸. E ciò non solo perché, nel primo caso, non siamo forse in presenza di un vero e proprio automatismo, tale piuttosto essendo la regola prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.,⁶⁹ ma anche perché non comparabili, per la Corte costituzionale, le esigenze di protezione della collettività soddisfatte attraverso il carcere come pena, e le esigenze di protezione della collettività soddisfatte attraverso il carcere come misura preventiva, quest'ultima funzionale ad evitare i più stringenti *pericula libertatis* (la fuga, l'inquinamento delle prove, la commissione di nuovi reati), e dunque interessi che possono ridimensionare il concorrente interesse del minore⁷⁰.

Questo esempio, tratto da alcune delle più recenti decisioni in argomento, consente di confermare l'impressione che emerge anche da una complessiva considerazione dei più salienti tracciati della giurisprudenza costituzionale formatasi nel corso degli anni sugli automatismi legislativi; l'impressione

⁶⁷ A questo proposito va peraltro notato come a seguito dell'intervento della l. n. 47 del 2015, la verifica, in generale, della sussistenza delle esigenze cautelari è diventata più stringente.

⁶⁸ La disposizione si inserisce in un contesto normativo articolato, necessariamente da ricostruire per comprendere la questione. L'art. 47-*ter*, comma 1, della legge n. 354 del 1975 stabilisce che chi abbia da scontare una pena non superiore a quattro anni, la può espriare in una privata dimora qualora si tratti di donna incinta o di madre di prole avente età inferiore ai dieci anni (c.d. detenzione domiciliare). L'art. 47-*quinquies* ha stabilito invece che, laddove non si applichi la precedente disposizione (perché la pena ha una durata superiore ai quattro anni), la medesima detenuta può comunque accedere alle condizioni di espiazione agevolata purché abbia scontato già un terzo della pena o quindici anni di carcere se condannata all'ergastolo (c.d. detenzione domiciliare speciale). Con un intervento correttivo del 2011, si è però previsto che anche in questa prima frazione di pena è concesso accedere alle modalità di espiazione di pena agevolate, purché non vi sia, oltre che pericolo concreto di commissione di altri reati, anche pericolo di fuga (c.d. detenzione domiciliare "specialissima"). Dall'ambito soggettivo di quest'ultimo regime agevolato, sono però escluse, attraverso l'automatismo censurato dalla Corte, le donne condannate per i reati di cui al comma primo dell'art. 4-*bis* ord. giud.

⁶⁹ Si ricorderà infatti che un peso assai rilevante ha qui avuto la circostanza che la norma scrutinata (consistente nel dettare un limite massimo, riferito all'età del minore, per circoscrivere il divieto di custodia in carcere della madre) non stabilisce una regola valida solo per le madri imputate di taluni reati, ma applicabile a tutte. In conseguenza di ciò, dunque, la Corte ha escluso si tratti di un vero e proprio automatismo.

⁷⁰ Si sofferma sul differente esito dell'opera di bilanciamento nelle due decisioni M. CARREDA, *Il limite*, cit., 100. Di diversa opinione G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, 1/2015, per il quale, invece, il *favor libertatis* dovrebbe essere più forte nella fase cautelare di quanto sia nella fase esecutiva.

cioè che - nonostante l'innegabile presenza di schemi valutativi ricorrenti - sia guardando agli esiti, sia soprattutto guardando ai percorsi motivazioni di volta in volta costruiti, lo scrutinio operato dalla Corte sugli automatismi non possa esso stesso dirsi automatico. Trattasi infatti di un giudizio condizionato da molteplici variabili. Anzitutto dalla "natura" della norma scrutinata, che non sempre si presenta con le sembianze di un vero e proprio automatismo, trattandosi "solo" di una regola rigida di carattere generale. Ma questi scrutini un giudizio condizionato anche dalla circostanza che la verifica volta a testare se la scelta legislativa presuntiva sia assistita da ragioni di evidenza apprezzabili può finire "contaminata" dalle risultanze della necessaria sua sottoposizione alla prova del bilanciamento; una prova che, a sua volta, comporta anche una più o meno esplicitata considerazione da parte della Corte dei rischi che l'ordinamento corre a lasciare che tale bilanciamento sia operato aprioristicamente e rigidamente dal legislatore o, successivamente e casisticamente, dal giudice. Una valutazione dagli esiti non necessariamente scontati.

MODELLI GIURIDICI DI *INCALCOLABILITÀ* DEL DIRITTO

di Alberto Lucarelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'effettività delle pretese giuridiche – 3. Orientamento neo-pandettista – 4. Orientamento neo-positivista – 5. Orientamento del neo-costituzionalismo principalista – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Come ben evidenziava Carrè de Malberg¹, la Rivoluzione francese, portando a compimento un lungo percorso iniziato dallo Stato assoluto, proclamò il valore politico della trasparenza e del controllo del potere e, contemporaneamente, realizzò l'abbattimento senza appello della mediazione patriarcale della vecchia magistratura, ritenuta incompatibile con il nuovo assetto rappresentativo.

Una sorta di rappresentanza vs. interpretazione nel mito della regola che cala dall'alto, prodotta dalla borghesia e al servizio di questa.

Tuttavia, dopo quel momento, i giuristi iniziano un'inarrestabile inversione di rotta, che giunge fino ai giorni nostri e il cui esito ha fatto crollare l'ingenua illusione di poter annullare la "potenza nulla", riducendo i giudici a meri esecutori della volontà politica e sottraendo alla scienza del diritto l'indicazione dei fini, ovverosia degli indirizzi politici.

Un'ulteriore dicotomia che si profila nel quadro odierno è quella tra politica e interpretazione, in un sistema oggi pluriclasse, pluralista e, soprattutto, in cui l'interpretazione non ha più ad oggetto soltanto regole domestiche, ma una molteplicità di norme, con legittimazioni ed ordinamenti differenti.

Nell'ambito di tale scenario, in alcuni casi l'interpretazione della fattispecie concreta ed occasionale tende a prevalere sulla fattispecie astratta tipizzata dal legislatore.

È evidente, del resto, che l'idea illuministica di realizzare un ordinamento nel quale i giudici e i giuristi avessero solo il compito di applicare la legge e non quello di interpretarla è oggi del tutto superata.

Persino, come evidenziato da Jacques Poumarède², nella patria della *civilisation étatique* lo sgretolamento del legocentrismo inizia a produrre sfiducia nelle capacità direttive del potere sovrano: si tratta di un fenomeno di fronte al

* Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ R. CARRÈ DE MALBERG, *La fin des parlements* (1788-1790), Paris, 1912.

² J. POUMARÈDE, *Faut-il élire le juges?*, in J. RAIBAUT e J. KRYNEN (a cura di), *La légitimité*

quale anche studiosi di grande sensibilità statale iniziano a chiedersi se la magistratura non sia invero l'unico potere a giocare un ruolo essenziale nella produzione di un nuovo *ius commune* per il XXI secolo.

Come è noto, siamo in una fase in cui il diritto non si identifica più con la legge.

Il potere giurisdizionale sta nuovamente e rapidamente conquistando il vertice della piramide politica e sociale, proprio come accadeva, ovviamente con le dovute contestualizzazioni, nell'*ordo iuris* dell'*Ancien Régime*.

Leonardi³, quasi in maniera profetica, spiegava che, in un momento nel quale il punto focale dell'esperienza giuridica viene a spostarsi dal suo momento iniziale (norma) al suo momento finale (gli effetti del giudicato), i giudici giocano nuovi ruoli e il giudizio giuridico diventa poco distinguibile dal giudizio politico.

La riflessione, ovviamente, si sviluppa in un momento nel quale i fatti, soprattutto di natura economica e sociale, vengono interpretati dall'autorità giudiziaria sulla base di principi costituzionali.

È il caso, ovviamente, della materia lavorista e degli approcci giudiziari che anticipano la regolazione per principi e i modelli interpretativi di "conformità a Costituzione".

2. L'effettività delle pretese giuridiche

Ai fini del presente ragionamento, tornano utili le riflessioni di Giovanni Tarello⁴ sullo Stato moderno, nella parte in cui l'Autore evidenzia come tale modello nasca dal superamento del particolarismo giuridico, con il superamento della coesistenza di diverse autorità regolatrici nello stesso contesto e, correlativamente, della coesistenza di regimi giuridici differenziati in ragione dell'autorità regolatrice e delle qualità personali del destinatario della regola.

Oggi all'ordine giuridico (declinato al singolare) subentrano i dis-ordini (pluralità di fonti ed ordinamenti), ossia processi continui di contaminazione normativa: erosioni costanti e progressive della sovranità statale, del principio della separazione dei poteri, del principio di legalità, della riserva di legge, dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, tali da creare un clima da post-democrazia e di incertezza.

In maniera più specifica,

- La funzione legislativa non è più monopolio degli Stati nazionali.

- All'interno dei confini nazionali si affermano altre istituzioni regolatrici (Regioni).

des juges, Toulouse, 2004.

³ F. LEONARDI, *Il Cittadino e la giustizia*, Catania, 1968.

⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

- Al di sopra dei confini nazionali si registra l'esistenza di altri ordinamenti sovranazionali, con funzione di regolazione, come l'Unione Europea.

- I sistemi giuridici sovranazionali condizionano i sistemi giuridici nazionali, anche in forza degli apparati giurisdizionali deputati all'interpretazione di quelle regole (cfr. ad es., la CEDU).

- La funzione regolatrice viene delegata a soggetti diversi dallo Stato con attribuzione ad istituzioni non rappresentative del corpo elettorale dei compiti di regolazione (autorità indipendenti).

- Vengono attribuiti a soggetti privati dei compiti di elaborazione di standard di sicurezza dei prodotti o di regole tecniche applicabili in un determinato settore professionale (ad es., norme UNI-ISO).

- Gli Stati subiscono il condizionamento delle prescrizioni impartite dalle istituzioni finanziarie (FMI; Banca Mondiale; OMC) prive di un vero mandato rappresentativo. Basti pensare all'Argentina negli anni novanta, ma anche all'Italia e alla Grecia negli ultimi anni.

- L'evoluzione della *lex mercatoria* elaborata da un insieme di regole, principi e modelli contrattuali creati dagli stessi operatori economici nel corso della loro esperienza commerciale transnazionale e messi a punto da esperti in forza alle più potenti *law firms* mondiali, tende a sfuggire sempre più alla regolazione statale.

- La capacità regolatrice della legge registra un progressivo ed incessante decadimento qualitativo, anche a seguito dell'ipertrofia legislativa e dell'affermazione delle leggi-provvedimento.

Ne scaturisce un quadro di incertezza, determinata dalla coesistenza di regole per cittadini e non-cittadini (cittadini UE e non UE); per cittadini di una regione e di un'altra; per produttori e per consumatori.

Uno scenario così delineato mette in discussione il ruolo della legge, ma anche lo stesso ruolo del giudice.

Si aprano spazi di incertezza, colmati da chi la legge, spesso incerta e delegittimata, è chiamato ad applicarla.

Ci troviamo in presenza della c.d. *montée en puissance des juges*, ovvero quella supplenza giudiziaria che, secondo alcuni, metterebbe a repentaglio i presupposti stessi dello Stato di diritto.

Il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, con il difficile dialogo tra le corti, può prestarsi ad una ridefinizione del rapporto tra il giudice e la legge, con una ricaduta diretta sul valore della certezza del diritto⁵.

È il caso, ad esempio, del giudice che non dà applicazione ad una legge per contrasto con una norma europea o che dubita della legittimità costituzionale di una legge perché questa determinerebbe un esito non conforme ad una sentenza della Corte di giustizia.

⁵ Sull'argomento si veda, da ultimo, L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in www.federalismi.it, 28 febbraio 2018.

Tra i principali fattori di incertezza annoveriamo, ad esempio, la scarsa qualità della legislazione, la sovrapposizione e l'interferenza fra più autorità regolatrici, le diverse identità ed investiture delle autorità regolatrici.

Ma su tutti questi elementi posti in risalto, a mio avviso, scende come una scure violenta ed implacabile il capitalismo finanziario che detta regole e tutela interessi, imponendo i propri indirizzi economici nel momento tipico della decisione.

In questi scenari di rapporti di forza tipici del c.d. turbocapitalismo finanziario, volendo semplificare al massimo, è possibile individuare perlomeno tre orientamenti (ovviamente con sfumature plurime e variabili) che possono essere così definiti: neo-pandettista; positivista e neo-costituzionalismo principalista.

3. Orientamento neo-pandettista

Uno degli esponenti di questa impostazione del rapporto tra legge e giudici è sicuramente da individuare in Paolo Grossi⁶.

Per Grossi, il vero diritto positivo non è quello posto da un'autorità giudiziaria (decisione), né dallo Stato (regola autoritativa), ma quello che emerge dall'interpretazione/applicazione nella positività della società.

L'interprete (ovvero il giudice) è un intermediatore, quale voce della comunità: il diritto si afferma come espressione della comunità⁷.

Dice Grossi, in *Ritorno al diritto*: «il meta-legale cacciato a forza fuori dal recinto della giuridicità, ora che l'artificiosissimo edificio legale costruito dalla modernità va sempre più cedendo, ora che il diritto può spontaneamente recuperare la sua naturale complessità, ritorna ad essere parte cospicua, forse la prevalente, del paesaggio giuridico».

In questa impostazione è evidente una latente polemica con la legge statutale e la correlativa affermazione della centralità della dimensione comunitarista, capace di selezionare il bene dal male, la fattualità prima della decisione giudiziale e della regola (legge statutale).

Ma, in assenza di un momento pubblico prescrittivo, che detta regole dall'alto, non vi sarebbe forse il rischio che possa affermarsi la legge del più forte, a scapito dei più deboli?

Non c'è il rischio che all'interno delle comunità sociali ci siano soggetti che non abbiano la forza e la voce per porre in essere fatti tali da potersi trasformare in diritto attraverso l'azione di intermediazione del giudice?

Si affermano sempre più, in seno alla società, rapporti reticolari fondati sulla solidarietà, intesa come solidarietà di un gruppo contro un altro, più che sui concetti di equità ed eguaglianza sostanziale.

⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

⁷ Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

Questo rischio è posto in maniera molto lucida da Preterossi⁸.

In questo senso, si rivelano molto lucide, altresì, le considerazioni di Maria Rosaria Ferrarese⁹, ove si sottolinea che, se la norma giuridica nella tradizione europea ha sempre espresso soprattutto l'idea di un comando che attendeva obbedienza, nel sistema americano le *rules* si prestavano ad essere piuttosto degli strumenti che i soggetti potevano usare e piegare ai propri bisogni, in un'ottica di tipo prioritariamente economico.

Si consolida, in tal modo, un diritto che tende dal basso ad assecondare soprattutto esigenze economiche.

In sostanza, il *judge-made law* vede nel formante giurisprudenziale la sua espressione tipica, l'archetipo di un diritto che aspetta di essere azionato dal basso per poter funzionare: si tratta di quella che Teubner¹⁰ definisce la produzione giuridica dei regimi privati o anche un diritto globale senza Stato, che dà vita ad una sorta di pluralismo legale di tipo societario.

Quest'ultimo, piuttosto che dispiegarsi come esecuzione di un comando proveniente dall'alto, è affidato all'iniziativa di una parte che lo mette in moto e cerca di portarlo sul piano dei propri interessi.

Il diritto giudiziario è, dunque, l'espressione di un diritto che nasce dal basso non come regola imperativa (dimensione pubblicistica), ma come regola che aspetta di essere forgiata nelle corti per rispondere ad esigenze mutevoli provenienti dal tessuto socio-economico.

Si dà effettività e, quindi, validità all'istanza, non attraverso la regola, ma attraverso la decisione giudiziaria.

Quindi, mentre gli istituti privatistici (come il contratto, la proprietà, le obbligazioni) erano stati mitigati nello Stato costituzionale dalla valorizzazione della dimensione equitativa del giudizio, con l'insorgere di questo nuovo diritto *dal basso*, anche nei Paesi fondati sulla tradizione romano-germanica, il diritto privato si è progressivamente prestato ad elaborazioni giurisprudenziali tendenti a tutelare l'iniziativa di una parte.

L'istanza si produce a prescindere dalla regola, ma anche dal principio stesso e l'interpretazione costituzionalmente orientata, per effetto di approcci di natura economicistica e riduzionista, finisce per legittimare fatti e valdarli, pur se non in conformità con il dato costituzionale.

Il rischio è che l'interpretazione conforme diffusa (il c.d. controllo di legittimità costituzionale diffuso) rischi di legittimare fatti *contra constitutionem*, mediati da una forzatura interpretativa della norma costituzionalmente orientata.

⁸ G. PRETEROSSÌ, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Questione di giustizia*, 4-2016.

⁹ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2010.

¹⁰ G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID. (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

Dunque, il rischio, in un modello c.d. neo-pandettistico è che le teorie dell'azione, come quella dello strumentalismo e del pragmatismo, contribuiscano ad imprimere al diritto una particolare valenza economica, rendendolo disponibile a registrare gli *input* appropriativi dei soggetti prevalenti.

È evidente, dunque, che il diritto della globalizzazione tenda verso una direzione di formazione del diritto di matrice più anglosassone rispetto alla tradizione del diritto dell'Europa continentale.

Quindi, al centro della formazione del diritto vi è, oggi più che mai, l'interesse emergente dal basso.

La selezione dell'interesse non avviene attraverso forme di giustizia sociale, equitativa e redistributiva, ma attraverso l'insorgere di interessi dal basso, tendenzialmente dominanti.

Il giudice diviene, dunque, destinatario di interessi e fatti con i quali è "costretto" quotidianamente a confrontarsi nell'esercizio della sua funzione.

Matura una concezione opposta rispetto all'idea che il diritto debba essere un contrappeso rispetto agli interessi, ossia quella funzione originariamente attribuita al diritto di alternativa alla negoziazione rivolta a contrastare il linguaggio degli interessi espresso dal capitalismo finanziario, sempre più aggressivo, estrattivo e utilitaristico.

Si consolida, piuttosto, un modello nel quale vi è il rischio concreto che il giudice sia un mero intermediario di fatti ed interessi, nel quale un ruolo sempre più rilevante viene ad essere giocato da professionisti e consulenti operanti sul mercato, rispetto alla funzione tradizionalmente svolta dai giuristi accademici (la c.d. dottrina).

Questo nuovo *law making* incide anche sul ruolo e sulla funzione stessa del legislatore, all'interno di uno spazio privato, occupato da esperti, portatori di interessi particolari, che si sovrappone ed inevitabilmente confligge con lo spazio pubblico.

La metafora del diritto dal basso, della comunità, una visione immaginifica ed edulcorata, coincide, in realtà, con il diritto degli interessi, efficacemente definito da alcuni (Teubner, Ferrarese) diritto à la carte.

Come ben evidenzia la Ferrarese, si sviluppa un'azione di produzione del diritto dal basso, che utilizza quale intermediario il giudice, determinando nella sostanza un policentrismo legislativo, un mondo giuridico decentrato e multilivello.

In questo quadro, le regole si fanno mutevoli ed instabili e spesso seguono l'avvenire dei fatti e l'emergere dei bisogni, piuttosto che anticipare e regolare gli stessi.

In questo panorama frammentato di interessi economici, salta il tradizionale rapporto Stato-comunità/Stato-apparato ed è l'istituzione giudiziaria, per la sua attitudine a funzionare come istituzione di raccordo tra casi particolari ed istanze generali, che diventa l'istituzione centrale e funzionale rispetto ai percorsi di globalizzazione.

È evidente, dunque, che la globalizzazione, ma nello specifico il capitalismo finanziario, ha esposto sempre più il processo di formazione del diritto all'impulso dei privati, determinando la confusione o contaminazione tra decisione normativa e decisione giudiziale, tra la regola e la sua applicazione.

Oggi cede la sfera politico-sociale, tipica del capitalismo industriale, a vantaggio della sfera economico-finanziaria.

Ma, mentre la sfera economica, tipica del capitalismo, per citare Max Weber¹¹, ha avuto bisogno di un diritto che si potesse calcolare in modo simile ad una macchina, oggi la perdita della calcolabilità come dice Irti¹² impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà; di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte.

A giudizio di Irti, il capitalismo oggi è costretto a cercare altrove le garanzie di calcolabilità. Tuttavia, anche nella *lex mercatoria*, nella dimensione finanziaria, l'imprenditore ha bisogno del rapporto con la regola pubblica, oggi sempre più farraginosa e incalcolabile.

In che modo? Senza il ricorso a regole formali, ma

a) con una proprietà sempre più smaterializzata e volatile è possibile un capitalismo d'avventura e speculativo; un capitalismo che non calcola più il futuro giuridico ma che mette in moto «scorribande finanziarie e piraterie mercantili¹³»;

b) con l'alleggerimento che riguarda la moneta; sempre più astratta è la misura monetaria in una economia finanziaria;

c) con l'alleggerimento dei mercati, sempre più mobili ed esposti al rischio ed alla speculazione.

È, quindi, un *gioco*, per riprendere Guido Rossi¹⁴, senza regole, teso prevalentemente ai risultati nel breve termine.

4. Orientamento neo-positivista

Alla c.d. neo-pandettistica si contrappone il pensiero positivista (Ferrajoli¹⁵), nel quale si evidenzia come gli spazi della discrezionalità interpretativa, nell'esercizio della giurisdizione, siano enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità.

Si critica il declino della soggezione del giudice alla legge che si spinge fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione (c.d. creazionismo giudiziario)¹⁶.

¹¹ M. WEBER, *Linee di una storia universale dell'economia e della società*, (1919-1922), Roma, 1993.

¹² N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹³ Ivi, p. 15.

¹⁴ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016.

¹⁶ Ivi, p. 57.

Si critica la giurisdizione degli interessi e si riconduce l'attività dell'interprete ad un'attività finalizzata a valorizzare la dimensione equitativa di ogni giudizio perfettamente compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge, dando valore prescrittivo ai principi, in particolare quelli sociali.

In questo quadro, si evidenzia anche come l'espansione del c.d. diritto giudiziario sia l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni del diritto legislativo.

La crisi dello Stato sociale e le misure antisociali imposte alla politica dai poteri economici e finanziari sono state un ulteriore fattore di crescita del ruolo della giurisdizione, a volte anche in senso ostativo rispetto alle applicazioni meccaniche del patto di stabilità.

Tuttavia, a giudizio di Ferrajoli, proprio nella latitanza della politica e nell'inefficienza della P.A., le domande di giustizia vengono rivolte in misura crescente alla magistratura, sollecitata ad intervenire in temi cruciali, come il lavoro, l'ambiente, la tutela del consumatore negli ampi spazi (vuoti) offerti dall'ordinamento.

Questa visione esprime un richiamo forte dunque alle responsabilità della politica, delle politiche legislative, alla separazione dei poteri, al principio di legalità e, in ultima analisi, al rischio di addossare sul giudice nella sostanza il potere di determinare politiche ambientali, sanitarie, sociali.

5. Orientamento del neo-costituzionalismo principialista

Il terzo orientamento è quello del c.d. neo-costituzionalismo principialista, che viene fatto risalire alle analisi di Dworkin¹⁷ e di Zagrebelsky¹⁸.

In questo modello, i principi svolgono una doppia funzione: la deduzione conforme del giudizio di valore circa il caso di decidere e la determinazione della norma attraverso la concretizzazione che sulla premessa di tale giudizio si applica al caso.

I principi mettono in moto quel movimento dal fatto al diritto (e viceversa) nel quale consiste il processo interpretativo¹⁹.

Il principio non è regola generale, ma norma giuridica al massimo grado e al massimo valore per la vita del diritto, in quanto, oltre ad operare come norma tra le norme, svolge una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica nel senso di attività intermediaria tra caso, inteso come fatto, e diritto²⁰.

¹⁷ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2009.

¹⁹ Sul ruolo del giudice e le correlative responsabilità legate all'attività di interpretazione del diritto, si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 213 ss.

²⁰ Sull'argomento e, più in generale sulla perdita di centralità della legge nello Stato co-

Il rischio è che questa teoria, pur facendo vivere i principi costituzionali attraverso il diritto giudiziale, talvolta anche in una forma “drogata”, abbia quale conseguenza che ogni principio per poter coesistere con gli altri debba necessariamente entrare in un giudizio di bilanciamento e che in tale bilanciamento si veda indebolita la portata garantista della Carta costituzionale.

D'altra parte, attraverso l'attività giudiziale, le regole sono interpretate alla luce ed in armonia con i principi costituzionali, che, in caso di antinomia, ovviamente, sono fatti prevalere in via interpretativa.

Un esempio in materia può essere rappresentato dal rapporto tra regola della concorrenza e principi di coesione economico-sociale, come emergenti dall'impianto complessivo della Carta e dal c.d. diritto pubblico europeo dell'economia.

6. Conclusioni

In conclusione, tenendo sullo sfondo i tre prevalenti orientamenti, occorrono garanzie, per evitare abusi del potere giudiziario e nello stesso tempo, però, per far fronte ad inadeguatezze e persistenti inerzie del legislatore, con perniciose ricadute sull'apparato burocratico ormai da tempo privato della bussola dell'art. 97 Cost.

La tutela dei diritti dovrebbe essere comunque assicurata e la supplenza nel caso concreto è talora inevitabile.

Occorre, tuttavia

a) un reclutamento dei magistrati indifferente all'orientamento politico e culturale;

b) una valorizzazione delle prerogative di autonomia e indipendenza che la nostra Carta costituzionale assegna all'ordine giudiziario e dunque a ciascun giudice nell'atto di esercitare il potere giurisdizionale;

c) una valorizzazione del dovere del giudice di dare conto con le proprie motivazioni delle proprie decisioni già previsto dall'art. 111, co. 6 Cost.;

d) infine, un potere giudiziario che si ponga effettivamente come potere diffuso, nel quale sia impossibile intravedere una volontà unitaria asservita ai rapporti di forza economici sopra descritti.

ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI STRASBURGO E LIMITE DEL GIUDICATO

di Roberta Lugarà*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il “riesame” o la “riapertura” del giudicato come misura individuale di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo – 3. Il recepimento dell’obbligo di esecuzione nel contesto dei rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Costituzione – 4. Il superamento del giudicato come strumento di raccordo istituzionale e i suoi limiti costituzionali.

1. Premessa

L’erosione del giudicato interno da parte del diritto internazionale ha assunto negli ultimi quindici anni dimensioni sempre più rilevanti. Si tratta di un fenomeno che attraversa trasversalmente il mondo del diritto, perché le sue concrete manifestazioni interessano non solo il diritto internazionale e il diritto dell’Unione europea, ove i casi e i modi di erosione prendono forma, ma anche le discipline settoriali che ne subiscono gli effetti e, in particolare, il diritto processuale civile e amministrativo, la procedura penale, etc. In questo quadro il contributo del costituzionalista deve essere quello di indagare le ragioni di fondo che governano il fenomeno al di là delle (pur essenziali) peculiarità settoriali, mettendone in luce le dinamiche interordinamentali e le ripercussioni sui principi e i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale.

Avendo ciò in mente, in questa sede si offriranno alcune considerazioni in merito a una particolare manifestazione di questo fenomeno: il “riesame” o la “riapertura” del giudicato interno quale misura di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo¹. Il tema è affrontato nella consapevolezza che esso non esaurisce lo scenario dei possibili rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giudicato nazionale. Il contrasto infatti può sorgere anche tra la configurazione che l’istituto assume nel diritto interno e uno dei diritti contenuti nel catalogo convenzionale, *in primis* il diritto di

* Dottoressa di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa.

¹ Le generiche espressioni “riesame” e “riapertura” sono qui utilizzate in senso tecnico, quali traduzioni dei termini “re-examination” e “reopening” adoperati dagli organi del Consiglio d’Europa per indicare il possibile oggetto dell’obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte EDU; cfr., ad esempio, la Raccomandazione n. R (2000) 2, adottata il 19 gennaio 2000, con cui il Comitato dei Ministri ha dato indicazioni “on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights”.

accesso al giudice². Inoltre, come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo dimostra, occorre sottolineare che il giudicato interno è esso stesso oggetto di protezione da parte della Convenzione³.

Nella limitata prospettiva qui assunta, dunque, il giudicato nazionale deve essere messo da parte per dare esecuzione agli obblighi derivanti dall'art. 46 CEDU. Nelle pagine che seguono verrà brevemente ricostruita la portata di tale obbligo, per come questa è emersa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nella prassi del Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze. Successivamente, si analizzeranno gli strumenti che il diritto costituzionale offre al recepimento dell'obbligo convenzionale di esecuzione. Presupposto metodologico di tali riflessioni è che, a differenza di quanto avviene per il diritto dell'Unione europea, la disciplina degli effetti del diritto convenzionale nell'ordinamento interno resta saldamente nelle mani del diritto nazionale. Con la conseguenza che, mutuando la distinzione elaborata da autorevole dottrina⁴, le possibilità di accedere a un'applicazione diretta delle norme internazionali, anche quelle che impongono di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, devono essere valutate dal punto di vista (interno) della *self-execution* e non dalla prospettiva (prettamente internazionalistica) del *direct effect*⁵.

² In questi casi il rispetto della Convenzione passa attraverso l'attuazione o, ricorrendone i presupposti, la diretta applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, e non attraverso l'esecuzione di una sentenza della Corte EDU ai sensi dell'art. 46 della Convenzione.

³ L'irretrattabilità delle decisioni giurisdizionali che abbiano acquisito forza di cosa giudicata è tutelata dalla Convenzione quale fondamentale aspetto in cui si concretizza la certezza del diritto, a sua volta riconducibile al principio della *rule of law*. Essa, inoltre, trova nell'art. 6, par. 1, CEDU una specifica base normativa. Il diritto a un *fair hearing* dinanzi a un tribunale, interpretato alla luce del preambolo della Convenzione e, in particolare, del principio della *rule of law*, impone che, "*where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question*". Nella ricostruzione offerta dalla Corte di Strasburgo, dunque, porre nel nulla una decisione giurisdizionale definitiva è in contrasto con la certezza del diritto e costituisce, in principio, una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU; sent. Gr. Cam., *Brumărescu c. Romania*, ricorso n. 28342/95, 28 ottobre 1999, par. 61 ss. Ad avviso della Corte, inoltre, omettere l'esecuzione di una "*final and enforceable judicial decision [deprives] the provisions of Article 6 § 1 of the Convention of all useful effect*"; cfr. sent. Gr. Cam., *Assanidze c. Georgia*, ricorso n. 71503/01, 8 aprile 2004, par. 184.

⁴ Il riferimento è a E. CANNIZZARO, *The Effect of the ECHR on the Italian legal order: direct effect and supremacy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, 173 ss.

⁵ La prima descrive gli effetti degli obblighi internazionali assumendo il punto di vista del diritto *interno*. E' il diritto nazionale, sotto questo profilo, che consente al diritto internazionale di penetrare nel proprio ordinamento, di creare diritti direttamente azionabili, di provocare l'invalidità delle norme di origine puramente interna che con esso contrastino, etc. Il secondo, invece, assume un paradigma diametralmente opposto, perché delinea gli effetti che lo stesso diritto *internazionale* pretende di imporre, *ab externo*, sugli ordinamenti statali.

2. Il “riesame” o la “riapertura” del del giudicato come misura individuale di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

L'obbligo di superamento del giudicato nazionale non è espressamente previsto dalla Convenzione. E' vero piuttosto il contrario, giacché gli artt. 41 e 46 furono formulati in modo tale da preservare la discrezionalità degli Stati quanto ai mezzi con cui dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU.

Ciononostante, un obbligo in tal senso sembra oggi doversi riconoscere ogni qual volta, dal testo della sentenza della Corte e/o dalle indicazioni del Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze, emerga che la “riapertura” o il “riesame” del giudicato costituiscano la misura individuale più adeguata, se non addirittura l'unica, per garantire la *restitutio in integrum* al ricorrente vittorioso.

L'individuazione di un obbligo di superamento del giudicato è infatti emersa in sede di controllo da parte del Comitato dei Ministri sull'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, sulla base di valutazioni operate caso per caso, in ragione delle peculiarità della fattispecie concreta.

La prassi del Comitato dei Ministri ha presto indotto un'evoluzione anche nella giurisprudenza della Corte, che, per la verità, già a partire dagli anni '90 aveva prestato una maggiore attenzione alla *restitutio in integrum* del diritto violato, nel tentativo di superare l'interpretazione dell'art. 41 CEDU fino ad allora invalsa e che aveva sostanzialmente portato alla monetizzazione della violazione subita dal ricorrente⁶. Il precipitato di questa evoluzione

Il caso più emblematico è quello del diritto dell'Unione europea, almeno a partire dall'interpretazione datane dalla Corte di giustizia nella celebre sent. C-26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1. Dal punto di vista del diritto UE, infatti, gli effetti negli ordinamenti interni delle norme emanate dagli organi sovranazionali non dipendono da un atto di volontà di ciascuno Stato, ma si producono direttamente in forza dei Trattati fondativi. Ciò in quanto quello dell'Unione è un vero e proprio ordinamento autonomo, che trova origine nel diritto internazionale, ma che da questo si è in parte affrancato, arrivando a costituire “*un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani*” (così la citata sent. *Van Gend en Loos*, *In diritto*, par. II, punto B). Una simile presa di posizione non è assunta dalla Corte di Strasburgo, che, al contrario, tiene ferma la natura internazionalistica della Convenzione, la necessità dell'intermediazione statale nel dare attuazione ai diritti ivi sanciti, la discrezionalità degli Stati partecipanti nell'individuare le misure individuali e generali per porre riparo a una violazione, la rilevanza del controllo politico svolto dal Comitato dei ministri nel procedimento di esecuzione delle proprie sentenze.

⁶ Cfr., sul punto, A. GUZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 19, il quale riconduce la riduzione da parte della Corte EDU della discrezionalità degli Stati nell'ottemperanza alle sue sentenze all'avvenuta riforma del Protocollo n. 11 e all'allargamento a est del Consiglio d'Europa.

giurisprudenziale è stato l'inserimento da parte della Corte di indicazioni, contenute nella motivazione della sentenza e talvolta addirittura nel suo dispositivo, circa l'opportunità che tra le misure individuali di esecuzione lo Stato garantisca la "riapertura" o il "riesame" della decisione nazionale.

La circostanza che dall'analisi dei casi concreti sia emersa l'esigenza di superare il giudicato nazionale per garantire la *restitutio in integrum* del diritto violato ha portato il Comitato dei Ministri a ritenere necessaria l'introduzione a livello interno di istituti che possano essere a tal fine attivati⁷.

Pertanto, l'obbligo di introdurre strumenti di "riapertura" o di "riesame" delle sentenze definitive interne pare imporre, per un verso, la predisposizione di una disciplina nazionale astrattamente idonea a "coprire" tutti i casi in cui possa risultare necessario, nel caso concreto, il superamento del giudicato. Al tempo stesso, però, l'operatività di tali strumenti non può ritenersi automatica, ovvero riconducibile al mero ricorrere, da una parte, di una sentenza di accertamento di violazione da parte della Corte di Strasburgo e, dall'altra, di una decisione interna che la violazione ha prodotto o cristallizzato. Permane, infatti, un margine di valutazione circa l'effettiva necessità, nel caso concreto, del superamento del giudicato.

Inoltre, poiché qui si ritiene che l'obbligo di superamento del giudicato deve risultare dalla sentenza cui si intende dare esecuzione o dalle indicazioni del Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione, deve coerentemente dedursi che, una volta adottata una risoluzione finale, la procedura esecutiva sia da ritenersi conclusa. Da quel momento, pertanto, non potrebbero più invocarsi gli obblighi discendenti dall'art. 46 CEDU per sostenere la necessità di un'eventuale ulteriore integrazione dell'ordinamento interno⁸.

3. Il recepimento dell'obbligo di esecuzione nel contesto dei rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione.

Il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno deve essere inquadrato nel più generale contesto del ruolo che la Convenzione assume nel sistema costituzionale.

Com'è noto, la CEDU è stata recepita nel nostro ordinamento con la legge di ratifica ed esecuzione n. 848 del 1955. Le norme della Convenzione, pertanto, sono state "nazionalizzate"⁹ e fanno parte a tutti gli effetti del

⁷ In questo senso si muove l'invito contenuto nella citata Raccomandazione n. R (2000) 2.

⁸ Similmente anche B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2016, 1897 s.

⁹ L'espressione è di C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea*

diritto interno, con il rango di legge ordinaria. Dalla forza e valore di legge riconosciuta alle norme convenzionali pel tramite della legge di esecuzione deriva i) la loro subordinazione gerarchica alla Costituzione, nel suo complesso considerata e non soltanto in relazione ai principi supremi dell'ordine costituzionale e ai diritti inalienabili della persona¹⁰; ii) la sottoposizione delle norme convenzionali al giudizio di legittimità delle leggi innanzi alla Corte costituzionale¹¹.

A ciò va aggiunto che l'art. 117, comma 1, Cost., nell'interpretazione data dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, impone al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali e, dunque, riconosce alla Convenzione, al pari di qualsiasi altro trattato internazionale, l'idoneità a integrare il parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi¹². Ne deriva che, pur trattandosi di norme contenute in atti interni gerarchicamente pariordinati, il contrasto tra norma convenzionale e norma di legge di origine puramente interna determina l'invalidità della seconda per violazione indiretta della Costituzione. Poiché la sussistenza di tale contrasto implica un giudizio di legittimità costituzionale, la legge incompatibile con una norma convenzionale non può essere disapplicata dal giudice comune, ma deve essere sottoposta al sindacato della Corte costituzionale.

Questi principi ricostruiscono il rapporto tra CEDU e Costituzione dal punto di vista del sistema delle fonti. Si tratta di un tassello fondamentale e, tuttavia, non sufficiente a dare conto di un fenomeno che si presenta, in realtà, molto più complesso. Già da tempo autorevole dottrina ha sottolineato la necessità di integrare il punto di vista statico, del sistema delle fonti, con quello dinamico, dei rapporti tra giurisdizioni¹³. Non può negarsi, infatti,

dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?, cit., 164.

¹⁰ Qual è invece il caso del diritto dell'Unione europea; sul punto v., da ultimo, ord. Corte cost. n. 24 del 2017. A stretto rigore, pertanto, nei confronti della Convenzione dovrebbe parlarsi di "limiti" costituzionali e non di "controlimiti", giacché questi ultimi hanno un'estensione più ristretta, riferendosi specificamente al limite posto dai soli principi supremi e dai diritti inalienabili della persona alle cessioni di sovranità concesse ai sensi dell'art. 11 Cost.

¹¹ Oggetto del giudizio è, tecnicamente, la legge di ratifica ed esecuzione, nella parte in cui recepisce nel nostro ordinamento la specifica norma convenzionale della cui legittimità costituzionale si dubita.

¹² Per una puntuale ricostruzione del rango della CEDU nel sistema delle fonti all'indomani delle sentenze gemelle del 2007, cfr. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2008, spec. 6 ss.

¹³ Sul punto, si rinvia alle riflessioni di M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERNESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario tenutosi a Ferrara, 9 marzo 2007*, Torino, Giappichelli, 2007, 8 ss.; come sottolinea E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea*

che l'elemento forse più originale del sistema delineato dalla Convenzione sia il ruolo che vi ricopre la Corte di Strasburgo. Nel contesto di un apparato istituzionale per il resto poco sviluppato¹⁴, il diritto convenzionale si manifesta come un diritto sostanzialmente giurisprudenziale¹⁵. Molti dei problemi che sono emersi nella pratica applicazione del diritto convenzionale, pertanto, non trovano adeguate risposte nella cornice concettuale del sistema delle fonti, ma hanno spinto la dottrina e la giurisprudenza a interrogarsi, ad esempio, sui rapporti tra la giurisprudenza convenzionale e quella costituzionale; sulle frizioni che il riconoscimento di una funzione interpretativa eminente in capo alla Corte di Strasburgo provoca sulla soggezione del giudice comune alla legge; sul problema dell'interpretazione delle sentenze della Corte EDU. Si cercherà quindi di analizzare brevemente queste problematiche con riferimento a quel particolare aspetto dei rapporti tra CEDU e Costituzione che è dato dall'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Muovendo dalle tecniche di interpretazione delle decisioni della Corte EDU, occorre distinguere l'attività ermeneutica necessaria ai fini dell'esecuzione di una specifica sentenza, da quella posta in essere in vista dell'attuazione o applicazione della CEDU. Seguendo l'insegnamento di attenta dottrina, può osservarsi che, "mentre l'esecuzione delle sentenze dichiarative di violazione rese nei confronti dell'Italia esige una puntuale disamina dei contenuti della singola decisione a partire da quelli concernenti gli artt. 41 e 46 CEDU ove presenti, quando ci si pone nella prospettiva dell'interpretazione della giurisprudenza europea si è obbligati a ricercare orientamenti e a selezionare infine quelle pronunce che più delle altre mostrano elementi di somiglianza o di differenziazione rispetto al caso da decidere"¹⁶. L'inter-

dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?, cit., 141, la Corte costituzionale, nello svolgere la propria funzione di collegamento e di snodo tra ordinamento interno, internazionale e sovranazionale ha dovuto occuparsi "non solo delle fonti esterne, ma anche delle corti esterne chiamate ad applicare quelle medesime fonti dal punto di vista del loro ordinamento di riferimento".

¹⁴ Si fa riferimento, in particolare, alle funzioni del Comitato dei Ministri e, soprattutto, dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, non paragonabili a quelle, ad esempio, della Commissione e del Parlamento europei.

¹⁵ Come sottolineato da A.S. SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 4626, 2012, 72 s.; la Corte di Strasburgo "performs three governance functions. It (1) renders justice to individual applicants, beyond the state (a justice function); (2) it supervises the respect for fundamental rights on the part of state officials (a monitoring function), and (3) it determines the scope and content of Convention rights, in light of state practice within the Cosmopolitan commons (an oracular, or lawmaking, function)".

¹⁶ Cfr. B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 1908.

pretazione per l'esecuzione è dunque interpretazione della *singola* decisione e, in particolare, delle sue parti precettive: il dispositivo e i paragrafi dedicati agli artt. 41 e 46 CEDU. Lo scopo dell'interprete è quello di verificare, *alla luce del caso concreto*, quale siano (se vi siano) le misure individuali e generali indicate dalla Corte per la perfetta riparazione della violazione¹⁷.

Quanto ai rapporti con la giurisprudenza costituzionale, il giudice delle leggi ha elaborato a partire dalle sentenze gemelle del 2007 alcuni strumenti ermeneutici¹⁸, che gli hanno consentito di "gestire" il confronto con la giurisprudenza di Strasburgo in maniera più flessibile di quanto avrebbe reso possibile l'applicazione del criterio gerarchico tra fonti del diritto¹⁹. In particolare, il principio della massima espansione delle garanzie²⁰, quello dell'integrazione delle tutele²¹, la necessità di tener conto della giurisprudenza della Corte EDU nella sua "sostanza"²² e l'esigenza che il giudice costituzionale avvenga a una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti²³

¹⁷ Come si è visto *supra*, l'interpretazione della sentenza deve necessariamente essere integrata dall'analisi delle risoluzioni del Comitato dei Ministri adottate in sede di controllo sull'esecuzione della pronuncia.

¹⁸ Richiamati, fra tutti, da B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 1905 e E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, cit., 147 s.

¹⁹ Tanto che la dottrina non ha mancato di notare come questi strumenti ermeneutici siano "meccanismi di difesa" capaci di contenere l'impatto delle sentenze di Strasburgo sull'ordinamento italiano; cfr. E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, cit., 143. Del "temperamento della rigidità di una norma dettata dal legislatore costituzionale senza rendersi conto delle conseguenze" discorre, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., C. PADULA, *La corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost., in federalismi.it*, 10 dicembre 2014, 44.

²⁰ "È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti"; sent. n. 317 del 2009, *Considerato in diritto*, par. 7.

²¹ Sent. n. 202 del 2013.

²² Sent. n. 311 del 2009, *Considerato in diritto*, par. 6.

²³ "La tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...] Se [...] il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione, esso

hanno consentito alla Corte di porre un limite all'ingresso della giurisprudenza di Strasburgo, pur mantenendo aperto il dialogo con la Corte EDU sul piano argomentativo.

A ben vedere, però, la Corte costituzionale si è avvalsa di tali principi solo in relazione agli obblighi di attuazione o applicazione, sul piano sostanziale, del catalogo dei diritti convenzionali e non in sede di esecuzione delle sentenze. Nei casi in cui il parametro interposto cui rinvia l'art. 117, comma 1, Cost. sia integrato dall'art. 46 CEDU, la Corte costituzionale si è limitata a verificare se, dal punto di vista della Convenzione e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si ricavi o meno *“l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione”*²⁴. Nessuno spazio di manovra, pertanto, essa si riserva circa la valutazione della portata dell'obbligo di esecuzione. Il giudizio si sostanzia in un'alternativa secca: l'intervento richiesto dal giudice *a quo* è oggetto di un obbligo ai sensi dell'art. 46 CEDU? Se la risposta è positiva, la questione deve essere accolta, sempre laddove ciò sia reso possibile, ben inteso, dai limiti cui il diritto interno subordina l'esercizio dei poteri della Corte.

L'idea che, in sede di esecuzione, gli spazi di manovra del giudice costituzionale siano più ristretti di quanto non avvenga in relazione al recepimento della giurisprudenza convenzionale sulla portata del catalogo dei diritti trova perfetta corrispondenza nell'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale in relazione agli effetti delle sentenze della Corte EDU sull'attività interpretativa dei giudici comuni. A partire dalle sentenze gemelle del 2007 la giurisprudenza costituzionale ha oscillato tra i due poli del riconoscimento di una pressoché completa soggezione all'interpretazione della Convenzione fornita dal suo giudice²⁵, fino alla ferma negazione di un siffatto vincolo in-

però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza”; sent. n. 264 del 2012, *Considerato in diritto*, par. 4.1 s.

²⁴ Sent. n. 113 del 2011, *Considerato in diritto*, par. 8. La medesima argomentazione è utilizzata nella sent. n. 123 del 2017, che conclude escludendo allo stato la sussistenza di un obbligo convenzionale di superamento del giudicato civile e amministrativo.

²⁵ *“La definitiva uniformità di applicazione è [...] garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola [...] 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*

terpretativo²⁶. Un punto, però, è rimasto costante, anche nelle ricostruzioni più inclini a riconoscere spazi di autonomia nell'interpretazione della Convenzione da parte dei giudici comuni e, cioè, che tale autonomia non si dà nei casi in cui entra in gioco l'obbligo di esecuzione ai sensi dell'art. 46 CEDU.

La sent. n. 49 del 2015 infatti ha individuato tre ipotesi al ricorrere delle quali il giudice comune deve ritenersi vincolato all'interpretazione elaborata a Strasburgo: *i)* il caso in cui egli si trovi a “*dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata*”; *ii)* la circostanza in cui il giudice nazionale si trovi a fare i conti con una interpretazione della Corte EDU che “*si sia consolidata in una certa direzione*”; *iii)* l'ipotesi in cui l'interpretazione *de qua* sia contenuta in una sentenza-pilota.

Solo la seconda ipotesi concerne l'interpretazione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU nel loro complesso considerati e, pertanto, non è riconducibile gli obblighi di esecuzione ai sensi dell'art. 46 CEDU, ma al generale obbligo di attuazione e applicazione del catalogo dei diritti. Significativamente, è l'unico dei tre casi in cui il vincolo interpretativo trova fondamento normativo, nell'argomentazione della Corte, nel diritto interno e non nel diritto convenzionale²⁷. Viceversa, le altre due ipotesi, cui la Corte

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 negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale [...] L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri”; sent. n. 349 del 2007, *Considerato in diritto*, par. 6.2. In termini più sfumati, invece, la sent. n. 348 del 2007 riconosce la “*funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea*” (*Considerato in diritto*, par. 4.6).

²⁶ “*Sarebbe errato [...] ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto*» [...] e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento”; sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto*, par. 7.

²⁷ “*Corrisponde infatti a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo. Quest'ultimo, poggiando sull'art. 117, primo comma, Cost., e comunque sull'interesse di dignità costituzionale appena rammentato, deve coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost., nel punto di sintesi tra au-*

riconduce un vero e proprio vincolo di natura convenzionale all'interpretazione offerta dal giudice di Strasburgo, sono entrambe riconducibili al raggio di applicazione degli artt. 41 e 46 CEDU. Così è certamente per l'obbligo di "dar corso" e, dunque, esecuzione "*alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi*". Del pari, questo è il caso della sentenza-pilota, giacché l'adozione di misure generali che trascendano la posizione del ricorrente vittorioso a Strasburgo è ancora una volta riconducibile agli specifici obblighi che dalla singola sentenza discendono ai sensi degli artt. 41 e 46 CEDU²⁸.

Occorre a questo punto osservare che le peculiarità che presentano gli obblighi derivanti dagli artt. 41 e 46 CEDU non trovano una spiegazione esaustiva né nella prospettiva del sistema delle fonti, né in quella del rapporto tra giurisdizioni. Non nella prima, perché, al pari delle altre norme convenzionali, anche gli artt. 41 e 46 CEDU sono stati recepiti con la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione ed esplicano i medesimi effetti nel nostro ordinamento con forza e valore di legge. L'esigenza di dare esecuzione a una sentenza della Corte di Strasburgo dovrebbe pertanto incanalarsi pur sempre nei meccanismi processuali previsti dal diritto interno, ivi compreso l'incidente di costituzionalità promosso sulla base del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. Questa prospettiva si è rivelata insoddisfacente dal punto di vista di chi ha messo in luce l'esigenza di porre immediatamente fine alle conseguenze della violazione subite dal ricorrente vittorioso a Strasburgo, senza attendere l'intervento del legislatore, spesso poco tempestivo o del tutto inerte²⁹.

Non nella seconda, poiché, a stretto rigore, anche le indicazioni contenute nelle sentenze circa le misure individuali e generali da porre in essere per riparare la violazione accertata attengono all'interpretazione del testo convenzionale. Non si spiegherebbe allora perché, in questo specifico caso, gli strumenti ermeneutici del giudice nazionale, costituzionale e comune, dovrebbero essere diversi da quelli di regola messi in campo nella precisazione della portata degli obblighi convenzionali.

tonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest'ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto"; Considerato in diritto, par. 7; cors. ns.

²⁸ Come recita l'art. 61, comma 3, del suo regolamento, "*La Corte deve indicare nella sentenza pilota da essa adottata la natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione da essa constatata e il tipo di misure riparatorie che la Parte contraente interessata deve prendere a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza*".

²⁹ Sul punto v. F. GAMBINI, *Il ruolo del giudice ordinario e della Corte costituzionale nell'attuazione dell'obbligo di riapertura o revisione del processo*, in F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, Giuffrè, 2009, 201 ss.

La risposta che pare doversi dare a questi interrogativi è che per comprendere le peculiarità dei meccanismi di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo occorre analizzare i rapporti tra il sistema convenzionale e l'ordinamento interno integrando la prospettiva delle fonti del diritto e quella dei rapporti tra giurisdizioni con una terza e diversa prospettiva, quella istituzionale.

E' osservazione ricorrente in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale che la Convenzione non abbia dato luogo, a differenza dell'Unione europea, a un vero e proprio ordinamento giuridico³⁰. Questa affermazione si ritiene tuttora valida, ma al tempo stesso compatibile con una riflessione che ponga l'accento sui legami di tipo istituzionale tra la Corte di Strasburgo e il Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze, da un lato, e i giudici nazionali, dall'altro, che la giurisdizionalizzazione della fase di esecuzione delle sentenze della Corte EDU crea e rafforza.

A partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11, l'eliminazione del filtro della Commissione e la diretta percorribilità del ricorso individuale hanno reso il sistema di protezione dei diritti facente capo al Consiglio d'Europa più vicino, nella sua struttura, a un ricorso diretto a un giudice costituzionale che non a uno strumento di diritto internazionale classico, teso a garantire il reciproco rispetto di un trattato da parte degli Stati partecipanti³¹. Poiché, però, a differenza di un giudice costituzionale la Corte EDU non ha il potere di annullare gli atti nazionali che hanno prodotto la violazione del testo convenzionale, il ricorrente vittorioso a Strasburgo solo nell'ordinamento interno ha la possibilità di ottenere il bene della vita illegittimamente negatogli.

La struttura che il sistema convenzionale ha assunto a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11, in altre parole, ha reso necessaria l'introduzione a livello nazionale di istituti di raccordo istituzionale tra l'organizzazione Consiglio d'Europa e gli Stati partecipanti. In assenza di questi istituti, la tutela convenzionale dei diritti fondamentali sarebbe incompleta, perché al riconoscimento della violazione subita non farebbe seguito l'effettiva *restitutio in integrum* del diritto violato.

4. Il superamento del giudicato come strumento di raccordo istituzionale e i suoi limiti costituzionali.

Quale misura individuale di esecuzione delle sentenze della Corte EDU il superamento del giudicato sembra dunque doversi ricondurre ai rapporti

³⁰ In questo senso, recentemente, sent. Corte cost. n. 96 del 2015, *Considerato in diritto*, par. 7.

³¹ Secondo A.S. SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, cit., spec. 66 ss., il Protocollo n. 11 avrebbe avuto un ruolo fondamentale nella trasformazione della Convenzione in un vero e proprio *cosmopolitan legal order*, avendo "steadily strengthened the supervisory capacities of the European Court, an organ that, arguably, now functions as a transnational 'constitutional' court" (*Ib.*, 82).

di tipo istituzionale che nel tempo si sono venuti tessendo tra CEDU e ordinamenti interni, piuttosto che essere ricostruito come manifestazione di un rapporto di tipo gerarchico tra fonti del diritto o tra giurisdizioni.

In particolare, non sembra che il superamento del giudicato quale misura di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo implichi il riconoscimento di una particolare forza delle *norme* convenzionali rispetto alle *norme* costituzionali, tale per cui solo le prime avrebbero l'effetto di "retroagire" fino a dare una diversa retrovalutazione anche dei fatti coperti dal giudicato. Né il fenomeno in esame pare espressione di una preminenza dei diritti fondamentali, in sé considerati, rispetto al principio di certezza del diritto di cui l'irremovibilità del giudicato costituisce espressione. Se così fosse, non si spiegherebbe perché il giudicato non dovrebbe essere messo in discussione ogni qual volta le parti alleghino, ad esempio in sede di esecuzione, l'invalidità del titolo esecutivo per essersi formato *in violazione di uno o più diritti convenzionali*, del tutto a prescindere dall'esistenza di una specifica sentenza della Corte EDU che abbia accertato nei loro confronti la violazione. Anche in questo caso, infatti, la violazione potrebbe in ipotesi risultare palese, sul piano fattuale, sulla scorta di una consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Eppure, il giudicato non verrebbe meno, sia perché la Corte di Strasburgo ha dispensato gli Stati contraenti dal dover rimettere in discussione, ogni qual volta venga accertata una violazione, la generalità degli atti o delle situazioni giuridiche anteriori all'emanazione delle proprie sentenze³². Sia perché la Corte costituzionale ha chiarito che occorre motivare ai sensi dell'art. 46 CEDU la rilevanza di una questione di legittimità costituzionale su norma ormai definitivamente applicata in sede di cognizione³³. La questione si pone, dunque, esclusivamente nell'ottica dell'*esecuzione* delle singole sentenze di accertamento di violazione rese nei confronti del nostro Paese.

A fronte di questo quadro, occorre interrogarsi sui limiti costituzionali al recepimento dell'obbligo convenzionale di "riesame" o di "riapertura"

³² Nel far ciò, significativamente, la Corte ha richiamato la "*solution analogue*" adottata negli ordinamenti che limitano l'effetto retroattivo delle decisioni dei tribunali costituzionali in sede di giudizio di legittimità delle leggi; cfr. sent. *Marckx e altri c. Belgio*, n. 6833/74, 13 giugno 1979, par. 58. Un'interessante applicazione del principio di "irretroattività" delle decisioni della Corte EDU nei confronti delle situazioni esaurite si ha nella sent. *Vermeire c. Belgio*, ricorso n. 12849/87, 29 novembre 1991, parr. 21 ss., in cui la Corte distingue tra la successione ereditaria apertasi in un momento *precedente* a quello della pubblicazione della sent. *Marckx e altri*, appena citata, e quella apertasi, invece, in un momento ad essa *successivo*. Rispetto alla prima, la Corte nega di poter effettuare una valutazione sulla pretesa violazione dell'art. 8 CEDU sulla base dei principi stabiliti nella decisione invocata dal ricorrente, stando che "*what is in issue here is [...] a legal situation antedating the delivery of the Marckx judgment. There is no occasion to reopen it*".

³³ Cfr. sentt. nn. 210 del 2013 e 57 del 2016.

del giudicato. Questione evidentemente fondamentale, rispetto alla quale in questa sede occorre limitarsi a offrire spunti di indagine, più che risposte.

Una prima domanda che meriterebbe di essere affrontata è se possa ritenersi tuttora sufficiente la base normativa dell'art. 117, comma 1, Cost. per giustificare i relevantissimi effetti che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo produce oggi nel nostro ordinamento. Come sottolineato da attenta dottrina³⁴, infatti, nelle argomentazioni delle più recenti sentenze con cui la Corte costituzionale si è occupata del tema i capisaldi posti dalle sentenze gemelle del 2007 iniziano a scricchiolare.

Una seconda questione riguarda invece i limiti sostanziali posti dalla nostra Carta costituzionale a tutela del giudicato, quale istituto in cui si concretizza la certezza del diritto, il diritto di difesa e il principio del giusto processo³⁵. Tali profili problematici si declinano essenzialmente nella tutela dei terzi nei giudizi civili e amministrativi e nella protezione dell'imputato nei giudizi penali. Si tratta di frizioni che non si sono ancora verificate nella prassi e che tuttavia emergono, sia pur in nuce, nella più recente giurisprudenza costituzionale³⁶.

Per quanto riguarda la tutela dei terzi nei giudizi civili e amministrativi, i "terzi" sono coloro che, pur avendo preso parte al giudizio civile o amministrativo all'esito del quale è stata pronunciata la sentenza definitiva, non hanno partecipato al contraddittorio innanzi alla Corte di Strasburgo. Essi sono terzi, pertanto, soltanto rispetto al procedimento in cui emerge l'obbligo convenzionale di superare l'irretrattabilità della sentenza nazionale. Il ricorso individuale, infatti, è proposto nei confronti dello Stato e ha ad oggetto l'accertamento della violazione da parte di quest'ultimo dei diritti fondamentali del ricorrente. Nessun obbligo di notificazione è posto in favore delle altre parti del processo nazionale che pure potrebbero subire le conseguenze di una *restitutio in integrum* che ne imponesse la "riapertura" o il "riesame". Il loro intervento è infatti rimesso, ai sensi dell'art. 36, par. 2, CEDU, alla valutazione del Presidente della Corte, il quale, "*nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia*", può "*invitare [...] ogni perso-*

³⁴ V., su tutti, M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2014, 10.

³⁵ V., sul punto, le ampie riflessioni di G. SERGES, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 2501 ss., precedentemente, l'analisi di A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 395 ss.

³⁶ Sulla tutela di coloro che non hanno partecipato al contraddittorio innanzi alla Corte di Strasburgo, ma che erano parti del giudizio civile o amministrativo del quale, in esecuzione della decisione della Corte EDU, si chiede la riapertura, si è soffermata con un esteso *obiter dictum* la sent. n. 123 del 2017. Sulla protezione dell'imputato, sia pur con riferimento all'ingresso nell'ordinamento interno di prescrizioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia, si è espressa con ampiezza di argomentazioni l'ord. n. 24 del 2017.

na interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze”.

Così stando le cose, deve ritenersi che la tutela del diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. impedisca che il superamento dell’irretrattabilità del giudicato sia opponibile a coloro che non hanno potuto contraddire nel giudizio innanzi la Corte di Strasburgo³⁷.

Né varrebbe sostenere che tale contraddittorio potrebbe essere “recuperato” nella nuova fase nazionale del procedimento giurisdizionale, in sede di revocazione o revisione della sentenza (ormai non più) definitiva³⁸. Il problema, infatti, è dato dalla possibilità stessa della “riapertura” o del “riesame”, possibilità che prende forma all’interno del giudizio convenzionale. A ciò si aggiunga che, anche dal punto di vista del merito della controversia, i margini di scostamento dalla soluzione elaborata a Strasburgo sarebbero per il giudice della revocazione o revisione estremamente ristretti, se non del tutto inesistenti. La partecipazione della controparte soltanto in una fase processuale che si limita a recepire puntuali indicazioni aliunde formati sarebbe pertanto poco più che decorativa e certamente insufficiente a ritenere tutelato il diritto di difesa.

Anche la Corte costituzionale ha recentemente osservato che l’introduzione di una nuova ipotesi di revocazione delle sentenze civili e amministrative quale strumento di esecuzione delle sentenze della Corte EDU potrebbe realizzarsi soltanto attraverso “*una delicata ponderazione, alla luce dell’art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi*”. In un ideale dialogo con i giudici di Strasburgo, la Consulta ha suggerito che “*l’invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale*” e che “*una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU renderebbe più agevole l’opera del legislatore nazionale*”³⁹.

Il secondo nodo problematico è quello relativo alla tutela dell’imputato. La necessità di “riaprire” o “riesaminare” le sentenze definitive si è posta anzitutto proprio nei confronti dei procedimenti penali. Ciò è avvenuto per consentire all’imputato, ricorrente vittorioso a Strasburgo, di veder cessare le conseguenze pregiudizievoli di condanne pronunciate in violazione dei suoi

³⁷ In questo senso anche A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1272, il quale osserva che il travolgimento del giudicato solleverebbe “problemi gravi, anche di legittimità costituzionale”, che renderebbero più che mai attuali i principi posti dalle sentenze gemelle del 2007 sui cc.dd. controlimiti all’ingresso delle norme convenzionali.

³⁸ Questa soluzione è invece prospettata nel *Memorandum* esplicativo della Raccomandazione n. R (2000) 2.

³⁹ Sent. n. 123 del 2017, *Considerato in diritto*, par. 17.

diritti fondamentali. Tuttavia, a fronte dell'emergere nella giurisprudenza della Corte EDU di obblighi positivi di tutela penale dei diritti sanciti dalla Convenzione e della progressiva diffusione del riconoscimento alle vittime (persone offese dal reato o costituite parti civili nei procedimenti penali) del diritto di ottenere nell'ordinamento interno una punizione dei colpevoli "proporzionata" all'offesa subita, non può escludersi che la Corte di Strasburgo arrivi a individuare la riapertura delle indagini e dei processi passati in giudicato quale modalità di esecuzione delle sentenze di condanna per difetto di tutela penale delle vittime⁴⁰.

Deve ritenersi che il superamento della stabilità del giudicato penale a detrimento della posizione dell'imputato costituisca un risultato costituzionalmente precluso dal divieto di *bis in idem*. Violato sarebbe inoltre il diritto di difesa e il principio del giusto processo, giacché le sorti del processo penale subito dall'imputato sarebbero decise nell'ambito di un giudizio, quello innanzi alla Corte EDU, al quale egli non ha neanche diritto a prendere parte.

Volendo trarre le fila di quanto sin qui detto, sembra possibile arrivare a due conclusioni: la prima, che le tensioni sul giudicato interno vanno ricostruite come conseguenza dell'introduzione di un nuovo sistema normativo-istituzionale, quello della CEDU, che richiede l'elaborazione di adeguati meccanismi di razionalizzazione dei suoi rapporti con il sistema giuridico costituzionale. La seconda, che la Costituzione pone dei limiti sostanziali all'arretramento del giudicato, che, se ancora non sono stati concretamente attivati, potrebbero esserlo nel prossimo futuro, se verrà confermato l'indirizzo dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della prassi del Comitato dei Ministri verso forme di sempre più marcata incidenza sul giudicato.

⁴⁰ Un siffatto sviluppo è stato già puntualmente preconizzato dalla dottrina che si è occupata del tema. Così, ad esempio, muovendo dalla sent. n. 113 del 2011, si è osservato che "in tutti i casi in cui non sia stato possibile accertare le responsabilità per fatti di tortura per via del decorso del termine necessario a prescrivere, [...] qualora la vittima della violazione abbia tempestivamente proposto ricorso alla Corte di Strasburgo e la stessa (con sentenza definitiva) abbia condannato l'Italia per violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 Cedu proprio in ragione dell'intervenuta prescrizione, sarà possibile per la vittima medesima instaurare un procedimento di revisione davanti alla competente Corte d'Appello e ottenere, per questa via, la riapertura del processo e una pronuncia nel merito (sia essa di assoluzione o di condanna)"; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2011, 231. Inoltre, la "riapertura" dei procedimenti penali passati in giudicato volta a ottenere una più severa punizione dei soggetti responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali è pacificamente richiesta dalla Corte Interamericana dei Diritti umani come riparazione per le vittime. Per le indicazioni giurisprudenziali e un'analisi degli approdi cui è giunta la Corte di San José, sia consentito rinviare a R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 603 ss.

LE (IN-)CERTEZZE DEL DIRITTO TRA LEGISLATORE INTERPRETE E GIUDICE CHE AGGIUSTA AUTOMATISMI

di Joerg Luther*

SOMMARIO: 1. Le garanzie costituzionali contro ingiustizie e incertezze del diritto – 2. La creatività del giudizio di “legittimità costituzionale” – 3. Le incertezze di fronte al legislatore-interprete – 4. Le incertezze di fronte al giudice che aggiusta automatismi – 5. Osservazioni conclusive.

1. Le garanzie costituzionali contro ingiustizie e incertezze del diritto

Giustizia e certezza del diritto sono due ideali e principi oggettivi che secondo la filosofia tradizionale del diritto¹ si pongono in una relazione di potenziale antinomia e dialettica, anche sentimentale, ma costituiscono insieme il principio fondamentale dello “Stato di diritto”, forse una sintesi tra la “rule of law” delle culture giuridiche che riconoscono ai precedenti giurisprudenziale valore di fonte di diritto e il principio di legalità che esalta un primato delle fonti politiche su quelle tecniche. Nonostante l’antinomia si può dire che non vi è giustizia senza certezza del diritto e non vi è certezza del diritto senza giustizia.

Giustizia e certezza possono combinarsi in una “certezza giustiziabile” e in “una giustizia certa” ragionevole e proporzionata, vincolare sia il giudice sia il legislatore. Possono soggettivarsi in un diritto fondamentale di accesso ad una giurisdizione e altri diritti processuali nonché in un diritto di petizione legislativa e altri diritti politici, ma possono anche legittimare tutele dell’affidamento e delle aspettative di “sicurezza sociale” traducibili almeno in interessi legittimi². In quanto principi oggettivi e diritti soggettivi possono subire

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi del Piemonte Orientale.

¹ Cfr. soltanto G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* 3° ed. 1932, ristampa 1973, Stuggart, 1973, 164 ss. che propone una tripartizione delle idee del diritto: giustizia (Gerechtigkeit), funzionalità (Zweckmäßigkeit) e certezza (Rechtssicherheit). Per la dottrina italiana cfr. C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. Per la dottrina tedesca cfr. soltanto G. ROBBERS, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, Baden-Baden 1980; A. v. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen 2006; C. BÄCKER, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, Tübingen, 2015.

² Cfr. oltre alle voci enciclopediche di Giannini, Gianformaggio e Pizzorusso ad es. N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito*, in *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, 28 (1951), 146-152; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi della legittimità*, Milano, 1979; C.

negazioni e dilazioni in tempi e luoghi differenti, ma non ogni ingiustizia e incertezza giuridica di atti giudiziari o politici costituisce una violazione del diritto costituzionale sulla quale si possa adire la giurisdizione costituzionale.

La Costituzione garantisce la giustizia esplicitamente sia in ambito internazionale (art. 11), sia nei diritti di azione e difesa processuali che caratterizzano i “rapporti civili” (art. 24, 25) e l’azione penale (art. 112) e che si riflettono nell’ordinamento delle giurisdizioni (art. 101) e nel “giusto processo” (art. 111). La certezza (e sicurezza) del diritto è garantita più indirettamente attraverso le garanzie legislative e giurisdizionali, come frutto dell’eguaglianza giuridica (art. 3) e della “inviolabilità” dei diritti, in particolare ad es. di quelli alla non retroattività *in malam partem* della legge penale (art. 25), al “giudice precostituito” (art. 25), alla “previdenza” sociale (art. 38) o al risparmio (art. 46), ma anche attraverso le clausole della sicurezza che limitano le libertà personale, di circolazione e di riunione (art. 13 (3), 16 (1), 17 (3), 35 (3)) e l’iniziativa economica (art. 41). Il principio di certezza del diritto è inoltre alla base delle garanzie della pubblicità delle fonti (art. 73), della soggezione del giudice alla legge (art. 101), della legalità dell’amministrazione (art. 97), della stretta legalità in materia penale (art. 25), della legalità tributaria (art. 23), delle garanzie di irretroattività (art. 25, 53, 3), dell’inviolabilità della res iudicata (arg. art. 111 Cost.) e della rigidità della Costituzione (art. 134)³.

Giustizia e certezza necessitano oggi di richiami e di difese costituzionali specifiche sia in una situazione percepita diffusamente come “crisi della giustizia”, sia in una situazione percepita diffusamente come “crisi della legge” (o “crisi della politica”), riconducibile ad un’elevata instabilità politica e insicurezza sociale.

Per quanto riguarda la “crisi della giustizia”, la Corte costituzionale si è limitata a registrarla nelle parole delle parti di due giudizi non recenti⁴. Fuori dalla Corte fu evocata già nel 1953 da Piero Calamandrei⁵. Oggi è denunciata soprattutto dal Consiglio nazionale forense e dal CSM⁶, praticamente tabù invece per la Corte Suprema di Cassazione e il Presidente della Repubblica.

FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza? Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 89 ss.; ID., *La certezza del diritto nell’età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Cassarino*, Padova, 2001, 623 ss.

³ R. GUASTINI, *Preface*, in H. AVILÀ, *Certainty in Law*, Springer Switzerland 2016, vii.

⁴ Sent. n. 77/1997, 435/2004.

⁵ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in G. BALLADORE et al., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 157 ss. Cfr. anche G. MARANINI, *La crisi della giustizia in Italia*, in *Il Politico*, Vol. 28, No. 2 (Giugno 1963), 229-245.

⁶ Le relazioni del C.S.M. sul tema generale della “crisi della giustizia” cominciano nel 1970 sul tema “Realtà sociale e amministrazione della giustizia”. Cfr. successivamente Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia 1986-90, Quaderno 36, Roma 1990, 13 ss. <http://www.csm.it/documents/21768/81517/Quaderno+n.+36/83eb460c-46bd-4616-a891-2a6c1ccd00c7?version=1.0>. Da ultimo l’esternazione del consigliere laico R. BALDUZZI <http://www.csm.it/web/rbalduzzi/bacheca-del-consigliere/-/blogs/inaugurazione-dell-anno-giudiziario-2016>.

In effetti, un avvocato che non consigliasse di ricorrere contro una condanna penale di primo grado al solo fine di ottenere la prescrizione, rischierebbe di esserne penalmente sanzionabile. E non manca il magistrato che in pubblico parla di “giustizia, roba da ricchi”⁷. La crisi è percepita in modo particolare in Italia e potrebbe rappresentarsi in una necessità di riforme strutturali dell’intero sistema giudiziario più che in interventi puntuali del giudice costituzionale.

La “crisi della legge” (o della politica) non è entrata nelle sentenze costituzionali, anche se in alcune sentenze sono emerse situazioni di “insicurezza” sociale affrontate con leggi emergenziali⁸. Per quanto riguarda invece la “certezza del diritto”, principio più generale rispetto a quello della legalità stretta in materia penale⁹, la Corte costituzionale ne fece presto uso a fini di autolegittimazione, ad es. nella sent. n. 3/1957, secondo la quale “soltanto le decisioni della Corte costituzionale possono assicurare, con la certezza del diritto, la piena tutela del diritto del cittadino alla costituzionalità delle leggi”. La Corte argomentava con il “preminente interesse pubblico della certezza del diritto” per considerare proponibili questioni proposte nei giudizi di parificazione svolti dalla Corte dei conti sul rendiconto generale dello Stato¹⁰, per spiegare la preferenza data ad una sentenza interpretativa di accoglimento¹¹ o per giustificare ragionevoli limiti alla retroattività delle proprie sentenze di incostituzionalità¹². Il principio generale della certezza del diritto è stato usato più frequentemente per adire la censura delle leggi, regionali¹³ e statali¹⁴, più raramente per difenderle. Il “problema se la certezza del diritto

⁷ E. PAZÉ, *Giustizia, roba da ricchi*, Laterza, 2017.

⁸ Sent. n. 15/1982; 633/1988; da ultimo sent. n. 172/2017.

⁹ Cfr. solo la citazione di Bobbio nella sent. n. 364/1988 (Dell’Andro): “L’assoluta, “illuministica” certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di “entrate in vigore” di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori “seconde” mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)”.

¹⁰ Sent. n. 121/1966 (rel. Sandulli)

¹¹ Sent. n. 55/1967 (rel. Mortati).

¹² Sent. n. 10/2015 (rel. Cartabia).

¹³ Cfr. sent. 153/1995 (rel. Baldassarre): “... ragioni essenziali di certezza del diritto inducono la Corte, dinanzi ad un diretto contrasto fra disposizioni di legge regionale impugnate e principi di riforma economico-sociale stabiliti dalla legge statale, a dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme denunciate”.

¹⁴ Cfr. ad es. la massima della sent. 152/1994 (rel. Baldassarre): “Di fronte al frequente uso di avvisi di rettifica di atti legislativi già pubblicati, la preoccupazione di salvaguardare il bene giuridico della certezza del diritto da presunte irregolarità o illegittimità può avere sod-

si configuri come principio vincolante per il legislatore regionale”¹⁵ non è mai stato del tutto risolto, anche se è stato a volte riconosciuto come valore, a volte come principio generale del diritto costituzionale, implicito alla Costituzione e suscettibile di bilanciamenti e combinazioni con altri principi, acquisendo ad es. un maggiore peso in materia elettorale¹⁶. “*La certezza del diritto costituisce senza dubbio un valore fondamentale dell’ordinamento da realizzare nella massima misura possibile, ma non ogni difetto o confusione legislativa si risolve in irrazionalità tale da determinare un vizio di incostituzionalità, tanto più che gli eventuali difetti riscontrabili in numerose formulazioni normative sono suscettibili di soluzioni che restano affidate agli interpreti*”¹⁷.

La Costituzione come fonte principale del diritto costituzionale assicura la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri per rendere certa la giustizia e giusta la legislazione. Legislatori e giudici devono non solo osservarla, ma anche cooperare per garantire giustizia e certezza del diritto nel quadro dei principi fondamentali e nei limiti dei diritti garantiti e dei poteri costituiti. La Corte costituzionale e il procedimento della legislazione costituzionale offrono inoltre un giudice e un legislatore speciale per garantire un principio fondamentale di costituzionalità o, se si vuole, correttivi di ingiustizia e incertezza tanto sensibili da minare che le basi dello Stato costituzionale odierno democratico e di diritto.

I rapporti tra legislatori e giudici possono generare tuttavia ingiustizie e incertezze del diritto. Nel sistema e nell’ordine di questi rapporti disegnato dalla Costituzione, le garanzie e riserve legislative precedono quelle giurisdizionali, come anche il potere legislativo precede il potere giurisdizionale, cercando insieme ad esso di prendere in una tenaglia il potere esecutivo. Il legislatore agisce, il giudice reagisce. Fonte primaria del diritto è considerata la legge, non la giurisprudenza.

Nella realtà istituzionale, il primato della *lex* sembra ceduto agli *iura*, il legislatore politico per lo più solo reattivo, delegante o convertente, talora rinunciatario. Il giudizio di legittimità costituzionale e le interpretazioni “adeguatrici” sembrano aver configurato un nuovo primato del diritto giurisprudenziale. Questo rovescio del primato sembra rispecchiarsi anche nel maggiore successo dei giudici costituzionali rispetto a quello dei riformatori

disfazione soltanto davanti ai giudici comuni di volta in volta competenti secondo le norme generali, mentre - in relazione ai suddetti avvisi - il sindacato della Corte costituzionale può essere attivato dai titolari del potere legislativo soltanto nelle evenienze suscettive di configurare ipotesi di conflitto di attribuzione”.

¹⁵ Sent. n. 101/1986 (rel. La Pergola).

¹⁶ Sent. n. 13/2012 (rel. Cassese): “principio che è essenziale per il sistema delle fonti e che, in materia elettorale, è di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico”.

¹⁷ Sent. n. 111/1995 (rel. Santosuosso).

della Costituzione. Nella realtà del diritto si percepisce una crescente discrasia tra “diritto vigente” e “diritto vivente”. I tecnici dell’amministrazione e della giurisdizione agiscono, i legislatori reagiscono, cercando per lo più di codificare, talora di controllare o indirizzare le pratiche creative del diritto vivente. Il legislatore è preso in una tenaglia tra, da un lato, gli esecutivi i quali negoziano patti interni o esterni di regolazione sostitutivi o direttivi rispetto alla produzione delle fonti primarie e, dall’altro lato, i giudici i quali aggiudicano pretese regolative attraverso massime giurisprudenziali integrative delle fonti primarie ed adeguatrici a quelle costituzionali, sviluppando interpretazioni più o meno creative.

La recente sentenza n. 1946/17 della Corte di cassazione è stata letta come prova del rovesciamento dei ruoli, perché ravvisa nel dispositivo della sentenza additiva di principio n. 278/2013 della Corte costituzionale, “ancorché il legislatore non abbia introdotta la disciplina procedimentale attuativa”, “una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione adeguata alla legalità costituzionale.” Statuendo come principio di diritto che “sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna”, la Cassazione sembra trasformare insieme la sentenza convenzionale, quella costituzionale e il seguito giurisprudenziale in un meccanismo creativo di norme nuove e quindi in una fonte giurisprudenziale di diritto sussidiario, svolgendo una sorta di supplenza eccezionale. Al legislatore non è certo vietato ri-disciplinare il nuovo procedimento alla volontaria giurisdizione o crearne un alternativo davanti alle autorità amministrative, anche indipendenti (ad es. il garante della privacy), ma la sua inazione rischia di trasformare impercettibilmente questo diritto giurisprudenziale dal diritto di una transizione senza termine in un’improvvisazione eterna, tollerata da un legislatore “*quis consentire videtur*”¹⁸.

Se questa è la “certezza del diritto” offerta da un nuovo rimedio del diritto civile, quella del diritto penale, sostanziale e procedurale, non promette di più¹⁹. Le controversie sulla sentenza Taricco hanno indotto la Corte costituzionale ad esaltare un principio di determinatezza e prevedibilità del precetto

¹⁸ R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113 ss.

¹⁹ M. D’AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l’alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 3 ss.

penale, considerando anche le prescrizioni sottratte a interventi retroattivi e condannando prevedibilmente l'Italia a risarcire l'UE per tutti i danno causati dal fallimento di un sistema di giustizia penale inadeguato per le esigenze di certezza del diritto dell'UE (ord. n. 24/2017). La recente riforma Orlando è stata invece accolta da parte della dottrina come una prova del fatto che il diritto vigente è costretto a "inseguire e ratificare il diritto vivente, a volte maldestramente". Considerando vincolanti le interpretazioni della Corte di Strasburgo e rinunciando alla cura del proprio linguaggio, il legislatore avrebbe abbandonato il proprio ruolo di autore della legalità: "*Cedant leges togae*"²⁰.

Le crisi della giustizia civile e penale – per tacere in questa sede di quella amministrativa – appaiono in tutti questi esempi indissolubilmente legate alla crisi della rappresentanza politica ed entrambi le crisi potrebbero rafforzarsi a vicenda. L'incertezza del diritto deriverebbe tanto dall'incertezza dei legislatori quanto da quella dei giudici, per non parlare di quella dei professori del diritto che scrivono sempre meno manuali e hanno sempre meno studenti. In queste crisi, la Corte costituzionale è frequentemente chiamata al *crisis management*, ma risponde difendendo sia la discrezionalità politica del legislatore e sia quella tecnica dei giudici e appellandosi alle virtù della leale collaborazione. La Consulta non può produrre da sola giustizia e certezza, ma solo censurare quelle ingiustizie e incertezze che minacciano la stessa Costituzione come quadro dei limiti e come base di legittimazione dei poteri. Trattasi di una censura non meramente negativa, ma anche pronta a stimolare le virtù e a promuovere una creatività necessaria affinché la Costituzione possa mantenere la fiducia in un futuro di progresso e di non regressione della società e dello Stato nel mondo.

Compito di questa relazione sarà l'analisi di alcuni aspetti creativi della giurisprudenza costituzionale nei quali emergono tensioni tra giustizia e certezza del diritto e difficoltà di collaborazione tra il *gubernaculum* dei legislatori e la *jurisdictio* dei giudici. Succede in pratica che, da un lato, il legislatore si inventa interprete organico delle proprie leggi certificandone il significato giusto ("legislatore interprete") e aggiustando interpretazioni giudiziarie, dall'altro che il legislatore reinventa il giudice come applicatore meccanico di automatismi che la Corte giudica incompatibili con le esigenze di giustizia, autorizzando il giudice ad "aggiustare l'automatismo". Per quest'ultimo caso si è proposta l'immagine del "legislatore automatico", ma forse linguisticamente sarebbe più corretto parlare del "giudice automa", inteso come una persona "che si muove o agisce macchinamente, quasi fosse priva di riflessione" (Devoto-Oli), cioè privo di una coscienza costituzionale riguardo alle conseguenze concrete del proprio agire. Prima di analizzare tali fenomeni di critica e correzione reciproca, occorre tuttavia tornare alle origini della creatività del giudice costituzionale.

²⁰ P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Diritto e processo penale*, 2017, 1265 ss.

2. La creatività del giudizio di “legittimità costituzionale”

Rileggiamo le parole della Costituzione, soprattutto quelle meno interpretate dai commentari e dai manuali per i quali il giudice costituzionale giudica semplicemente la “costituzionalità” o “validità” di leggi e atti, cercando di evincere la specificità del giudizio dal senso generale e specifico della Costituzione, considerata non solo per il suo rango ma per la sua funzione diversa dalle leggi²¹.

La Corte costituzionale giudica innanzitutto sulla “legittimità costituzionale” delle leggi, in secondo luogo su “conflitti di attribuzione” tra organi ed enti costituzionali sulla spettanza e sulle modalità sostanziali e procedurali di esercizio dei poteri, cioè sulla “legittimazione costituzionale” di un potere in relazione all’altro, e in terzo luogo su fatti censurati come rotture della “legalità costituzionale”. A differenza della giurisdizione civile speciale dei conflitti di attribuzione, che mantiene equilibrato l’ordine costituzionale dei rapporti di potere, e a differenza della giustizia penale speciale, che difende la “legalità” della costituzione da fatti anticostituzionali, il giudizio sulla “legittimità” degli atti legislativi si affianca a quello sugli atti amministrativi nella giustizia amministrativa.

Della legge non si giudica la bontà o la bellezza, né tanto meno l’opportunità politica e l’utilità culturale o economica. In base all’abrogato art. 127 della Costituzione, il controllo preventivo della legittimità costituzionale di una legge regionale andava distinta da quella “di merito” riservata alle Camere. Le odierne controversie sulla “legittimità costituzionale” delle leggi possono sorgere anche a posteriori e portare a una dichiarazione della “illegittimità costituzionale” di una norma che cesserà di aver efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (art. 136), lasciando viceversa la legge non impugnata sempre nel limbo di una incertezza del diritto.

Ricordiamo che nel testo licenziato dalla Commissione dei 75, la Corte giudicava ancora “della costituzionalità di tutte le leggi”. Temendo che la Corte potesse interrogarsi sulla essenza della legge in quanto merito della disposizione, Gesumino Mastino proponeva di aggiungere l’aggettivo “giuridica”. Egidio Tosato e Costantino Mortati opposero la formula della “legittimità costituzionale”, per ammettere - nelle parole dello stesso Tosato che aveva equiparato l’interesse legittimo ad un’interesse alla legittimità - “*un sindacato di legittimità in tutte le forme in cui la illegittimità può manifestarsi*”, escludendo “*qualsiasi sindacato di merito*” attraverso una “*inibizione assoluta ai giudici di entrare nel sindacato circa l’uso dei poteri discrezionali rilasciati agli organi costituzionali dalla Costituzione*”. (A.C., 2629) Il Presidente Ruini ne offrì un’interpretazione originaria più ampia ed elasticizzan-

²¹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 193.

te: “Questa formulazione: *legittimità costituzionale*, l’abbiamo indicata noi stessi, Perassi ed io, al collega Tosato, per superare la proposta che era sorta di inserire “*escluso ogni giudizio di merito*”; giusto concetto; la Corte non è giudice di merito: ma la Corte deve, ad esempio, poter valutare la finalità della legge per riconoscere se è costituzionale o no; e si vi è stato qualcosa come un eccesso di potere nei riguardi della costituzionalità. La formula “*legittimità costituzionale*”, mentre esclude il merito, consente una valutazione abbastanza elastica; e starà alla prassi e alla giurisprudenza della Corte stabilire la giusta via” (A.C., p. 2637).

Legittimità costituzionale era una specificazione del concetto di “legittimità” in uso nella prassi della giustizia amministrativa sin dall’art. 15 n. 4 del Decreto-Legge Rattazzi 30 ottobre 1859, n. 3707²². Nel romanticismo ottocentesco, la legittimità era stata ancora legata all’idea di un diritto originario che riecheggia nella “legittimazione” dei figli nel diritto civile e nella legittimità di condotte derivante dall’esercizio di diritti e poteri nel diritto penale, ma nei concetti di legittimità politica di platonica memoria²³. Nel prime ondate del costituzionalismo, in un pamphlet diretto contro “il governo pontificio, in rapporto a legalità, legittimità ed influenza sulla religione”, stampato a Parigi nel 1833, legittimità e legalità erano stati rappresentati come due specie di giustizia, riferendo la prima al diritto naturale, la seconda al diritto positivo: “l’una che sorge da quell’ordine immutabile e divino con cui gli uomini e le cose sono disposti; l’altra che nasce da’ patti reciproci e volontari”²⁴.

Nel 1884, il Consiglio di Stato trovò una formula di sintesi che in assenza di una definizione legislativa del concetto di legittimità, “secondo la dottrina e l’uso, non è tenuto legittimo l’atto amministrativo contrario alle leggi e alla giustizia”²⁵. Questa nozione di legittimità andava oltre la semplice legalità dei fatti e atti, arricchendosi negli anni venti di un vizio di “manifesta ingiustizia”²⁶. Nel ventennio, le sezioni unite della Cassazione annullarono poi decisioni del Consiglio di Stato nelle quali ravvisavano uno “sconfinamento dai limiti della giurisdizione di legittimità deferita a quell’organo”²⁷.

²² Cfr. la ricostruzione storica delle formule in E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 63 ss.

²³ *Il governo pontificio in rapporto a legalità, legittimità ed influenza sulla religione*, Parigi, Poussielgue, 1833.

²⁴ Cf. P. PORTINARO, *Legittimità*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996, cita come prima fonte il “racconto di Glaucone sulla genealogia della giustizia che apre il II libro di Repubblica (358e-359a): quando gli uomini meno preparati alla lotta, e dunque i più, si resero conto che subire ingiustizia è un male più grande e più frequente del bene che tocca a chi la commette su altri, ritennero conveniente trovare un’intesa per non farla né patirla vicendevolmente; così “cominciarono a stabilire le leggi e gli accordi tra loro, e a chiamare quel che la legge ordina legittimo e giusto (νόμιμόν τε καὶ δίκαιον)”.

²⁵ *La giustizia amministrativa*, 1888, c. 74.

²⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 5.6.1925, *Giurisprudenza italiana*, 1925, III, c. 237.

²⁷ Sez. Un. 21 gennaio 1928, n. 231, con nota critica di O. RANELLETTI, *Dei confini tra*

Vittorio Emanuele Orlando aveva riferito come “teoria dominante” al riguarda degli atti di governo a tutela del “benessere pubblico” quella secondo la quale la legittimità riguardava “la competenza dell’autorità, le condizioni, i limiti, le forme, onde, per legge, l’atto amministrativo è regolato”, mentre “il merito, invece, riguardava l’uso di quelle facoltà nel caso concreto”, essendo l’eccesso di potere inosservanza delle condizioni e forme, semplice abuso o presenza di circostanze nelle quali “l’atto non è opportuno, non è ragionevole, non è conveniente”²⁸. Per la dottrina successiva, la legittimità si caricava tuttavia sempre di più di significati di ragione e giustizia sostanziale inerenti allo spirito della legge, negli anni venti e trenta collegati all’equità o ai principi generali del diritto²⁹, da Carl Schmitt anche riferiti alla legge e agli atti governativi aventi valore di legge³⁰. L’allievo prediletto di Santi Romano, Guido Zanobini, insegnava allora che i vizi di legittimità caratterizzassero atti nulli o annullabili che non si informavano ai principi giuridici, quelli di merito atti solo annullabili per violazione di “regole tecniche o criteri di opportunità e di convenienza” ossia le norme di buona amministrazione. I vizi di merito causavano l’annullabilità dell’atto: “solo con mezzi determinati e di ristretta applicazione; in molti casi questa forma d’invalidità può non avere alcuna conseguenza pratica”³¹.

La dottrina repubblicana ha cercato di sviluppare questo acquis d’idee. Secondo Costantino Mortati i vizi di legittimità abbracciavano solo l’incompetenza (vizi soggettivi) e la violazione di legge (oggettivi), non anche l’eccesso di potere che costituiva invece una “categoria puramente storica” e giurisprudenziale. Tuttavia, a fronte della sent. n. 37/1969, secondo la quale “l’ipotizzabilità stessa di un vizio di eccesso di potere legislativo rilevabile dalla Corte deve escludersi”, osservò: “... apparendo il termine “eccesso di potere” *choquant*, si ricorre a quello di “ragionevolezza” e così l’etichetta si salva!”³². Anche Vezio Crisafulli aveva difeso l’autonomia del vizio di eccesso di potere legislativo rispetto a quello amministrativo, ma notava un “accostamento” in presenza di norme parametro di principio rispetto alle quali spetterebbe alla Corte “colmare il margine di indeterminazione della norma di raffronto con l’ausilio di massime di esperienza, di dati della realtà

legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell’atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale (1928), rist. in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, II, 165 ss.

²⁸ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, 2° ed., Firenze, 1903, 327.

²⁹ Cfr. la ricostruzione di M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVII, 2008, 426.

³⁰ Cfr. l’accenno a Schmitt in G. TREVES, *Presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

³¹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo I. parte generale*, 3° ed. rist., Milano, 1944, 340.

³² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol I, 10. ed. Padova, 1991, 288 ss.; ID. vol. II, 9° ed., Padova, 1976, 1414.

economico-sociale e di conoscenze di ordine extragiuridico”³³. Aldo Sandulli desumeva una “regola di *rationabilis*” dal principio di eguaglianza e proponeva di distinguere casi di “applicazione travalicatrice delle formule costituzionali “elastiche” da casi di incoerenza del sistema normativo, in particolare di contraddittorietà del sistema normativo, di impertinenza (“mancanza di correlazione logica (di funzionalità) del meccanismo legislativo rispetto agli obbiettivi da perseguire”) e di inadeguatezza (“strumenti legislativi che pecchino palesemente per difetto o per eccesso, o comunque per mancanza di proporzione, rispetto all’obbiettivo avuto di mira”)³⁴. Questi e innumerevoli ulteriori tentativi di teorizzazione della “ragionevolezza”, anche nei seminari della Corte costituzionale, non riuscirono a chiudere la porta delle interpretazioni e a ingabbiare la “legittimità” costituzionale in schemi certi e facilmente spiegabili agli studenti del diritto e ai cittadini, ma l’idea diffusa è che la prassi complessiva abbia imboccata la “giusta via” sperata dai padri costituenti.

La Costituzione repubblicana pretendeva di rinnovare la costituzione in senso materiale e il diritto costituzionale³⁵, di riordinare la società e di rilegittimare lo Stato, articolandosi in nuovi principi fondamentali e garanzie concrete dei diritti anteposte a quelle della separazione dei poteri, parti tutte ispirate ai principi del moderno costituzionalismo. Secondo la mozione approvata in data 25 ottobre 1946 nella Commissione dei 75 voleva pertanto essere “il più possibile semplice, chiara e tale che tutto il popolo la possa comprendere”, contenere “nei suoi articoli disposizioni concrete, di carattere normativo e costituzionale” e “limitarsi a norme essenziali di rilievo costituzionale e di supremazia su tutte le altre norme, lasciando lo sviluppo delle disposizioni conseguenti a leggi” ordinarie.

In questo contesto, la possibilità di dichiarare la illegittimità costituzionale della legge è stata concepita più come un accertamento con efficacia vincolante della nullità *ex-tunc* che non come un annullamento con efficacia *pro futuro* sul modello della “Corte di Giustizia costituzionale” austriaca³⁶. Il modello kelseniano della giustizia costituzionale era pensato per una costituzione dotata più di regole da applicare che non di principi generali da attuare e valutare, incluso quello del buon andamento della pubblica amministrazione. A differenza della costituzione austriaca, quella italiana era legittimata non tanto da una rivoluzione, quanto dalla resistenza e da un procedimento costituente con referendum che ne anticipò alcuni dei principi fondamentali,

³³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 371.

³⁴ A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 561 ss.

³⁵ Cf. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2° ed., Milano 1946, 2: “parte essenziale” e “cominciamento” del diritto.

³⁶ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, 260

in particolare il repubblicanesimo e una democrazia fondata anche su libertà e giustizia.

In questo quadro generale, il giudizio sulla “legittimità costituzionale” delle leggi non si risolveva semplicemente nella verifica dell’osservanza di regole dettate al legislatore e in una estensione a livello costituzionale del “principio di legalità” (sent. n. 15/1969), ma presupponeva anche una verifica implicita della stessa legittimità della Costituzione rigida pensata come parte essenziale, principiante e originaria del diritto. Se il processo costituente aveva legittimato la Costituzione come garanzia dei diritti umani e del popolo, conferendone una capacità di generare un consenso politico durevole, il giudizio sulla “legittimità costituzionale” aveva lo scopo di mantenere vivo questo consenso di base³⁷. Nei primi dibattiti sulla natura giurisdizionale della Corte, la Corte pertanto interpretò il proprio ruolo costituzionale come una “funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica” (sent. n. 13/1960)³⁸, formula che riecheggia le lontane tradizioni del “sindacato” del “Maggior sindaco” senese che erano state modello per le successive idee di una “custodia della costituzione”³⁹.

La storia delle sentenze creative della Corte costituzionale “organo sovrano”⁴⁰ inizia non a caso con una prima sentenza additiva (sent. n. 59/1957) avente per oggetto una legge-provvedimento. Segue una pronuncia che dichiara l’illegittimità costituzionale di una omissione legislativa, non avendo il legislatore delle tariffe delle pubbliche affissioni i determinati criteri e limiti necessari ex art. 23 Cost (sent. n. 36/1959). La prima sentenza additiva di rilievo fu infine la sent. n. 168/1963 con la quale dichiarava incostituzionale la legge istitutiva del C.S.M. “in quanto, per le materie indicate ..., esclude l’iniziativa del C.S.M.”⁴¹. Questa creatività del giudice costituzionale è diversa da quella di un legislatore e di un giudice comune, perché in essa riecheggia – secondo Crisafulli “a rime obbligate”, forse più correttamente a “rime obbliganti” - la volontà e quindi la creatività del potere costituente democratico, estinto o sospeso che sia. Il giudizio sulla legittimità costituzionale è giustificato da quel che rimane della diffusa volontà di costituzione del popolo.

Nell’elasticità della formula “legittimità costituzionale” si riflette in ultima analisi una elasticità della stessa costituzione rigida, suscettibile di inter-

³⁷ Cf. T. HERBST, *Legitimation durch Verfassunggebung*, Baden-Baden, 2003, 87 ss.

³⁸ Cfr. tuttavia anche ord. N. 22/1960 con la quale la Corte si auto-riconosce la qualifica di “giudice a quo”.

³⁹ M. ASCHERI, *Momenti di controllo “costituzionale” medievali e d’antico regime*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 31.

⁴⁰ P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano, implicazioni pratiche*, in *Giur. Cost.*, 1957, 907.

⁴¹ Molto critico F. CARNELUTTI, *La Corte costituzionale giudice di equità*, in *Riv. Dir. proc.*, 1963, 62.

pretazioni anche innovative e di revisioni costituzionali rispettose della sua identità⁴². La Costituzione ha creato una giurisdizione costituzionale con il compito di garantire la legittimità costituzionale delle leggi e una legislazione di revisione costituzionale, in questo ordine, per poter mantenere il diritto costituzionale e la politica costituzionale in un equilibrio e in questo modo salvaguardare anche la legittimità della Costituzione stessa.

Lo stato attuale di questo equilibrio è notoriamente piuttosto incerto. Mentre in Austria, il testo della Costituzione è stato integrato da un “package” illeggibile di disposizioni costituzionali sparse per tutto l’ordinamento, in Italia il successo della giustizia costituzionale dei diritti forse non riesce a compensare i fallimenti di “revisione organica” dell’assetto dei poteri – e anche di revisione della Corte costituzionale⁴³ – che potrebbero comunque aver avuto un effetto di delegittimazione della stessa costituzione e quindi anche della creatività del giudice costituzionale.

3. Le incertezze di fronte al legislatore-interprete

Il “legislatore-interprete” è una figura e qualifica accreditata dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 620/1987 rel. Casavola) che sembra rievocare la sovranità dell’antico “*cuius est condere, eius est interpretari*”. Tuttavia è una formula ambigua, perché il trattino potrebbe essere anche letto non come specificazione, ma come segno di equazione, ricordando che anche il legislatore più creativo è solo un interprete dei bisogni della società repubblicana e quindi del sistema delle proprie opere. In questa ottica, il legislatore-interprete non è solo il legislatore che interpreta le proprie leggi⁴⁴. In democrazia, ogni legge può e, anzi, forse deve essere interpretazione laica del popolo, non può essere verità divina, e nella società democratica degli interpreti privati e pubblici della legge, il legislatore è solo il responsabile della prima risposta alle domande di giustizia e certezza.

Questa seconda ottica più culturale che tecnica potrebbe essere quella principale della Costituzione, forma e limite dell’esercizio della sovranità popolare. Infatti, il legislatore disegnato dalle riserve di legge e dagli articoli 49, 50, 67, 68, 70-81, 117, 136 (2) Cost. non è sovrano assoluto e non crea una legge dal nulla, ma viene a interpretare idealmente e realmente oltre alle proprie leggi anche altri “con-testi” come la Costituzione e le sentenze costituzionali o interna-

⁴² G. AMATO, *L’elasticità delle costituzioni rigide*, in http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/05/Amato_Nomos1-2016.pdf, 2015, che ignora purtroppo la monografia di L. PATRUNO, *L’elasticità della Costituzione*, Torino, 2012.

⁴³ Cfr. soltanto G. AMATO, F. BASSANINI, *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, in *Politica del diritto*, 1972, 811 ss.

⁴⁴ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 349 ss.: “interpretazione resa dal legislatore”.

zionali, talora provvedimenti o accordi amministrativi e bilanci, dichiarazioni politiche e fonti di soft law, statistiche e evidenze di fatti legislativi, aspettative e aspirazioni, interessi più o meno impellenti e valori più o meno alti, cioè, in ultima analisi, anche la “coscienza sociale” (sent. 394/2006, rel. Flick).

Se tutte le fonti legislative, parlamentari, governative e popolari, sono quindi insieme interpretative di contesti ed autentiche perché prodotte da poteri di autentica rappresentanza pubblica, parlare di “leggi interpretative” o “di interpretazione autentica” in senso stretto è diventato un’etichetta convenzionale per una categoria particolare di interpretazione auto-referenziale problematica, cioè gli atti legislativi aventi per funzione principale l’attribuzione di un significato di norma a una o più disposizioni di una fonte dello stesso rango e ambito di competenza, contrapposte alle interpretazioni giurisdizionali e dottrinali⁴⁵.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha notoriamente ignorato la dottrina più rigorosa della incompatibilità con il principio della separazione orizzontale dei poteri delle leggi di interpretazione autentica, non più legittimate e privilegiate da una norma analoga all’art. 73 dello Statuto Albertino (sent. n. 118/1959)⁴⁶ e, nella misura in cui per consuetudine e tradizione contrattate di efficacia retroattiva, vietate in materia penale dall’art. 25 cost. solo se *in malam partem*, divieto poi esteso alle sanzioni amministrative (sent. n. 78/1967). Inizialmente cercava piuttosto di autenticare il carattere interpretativo delle leggi di interpretazione sottoposte al proprio controllo (sent. n. 86/1969) e di cavarsela con un’auto-interpretazione creativa della propria giurisprudenza nella massima ufficiale della sent. n. 175/1974 (rel. Volterra): “*Va ribadito il principio della piena legittimità costituzionale dell’interpretazione autentica da parte del legislatore e della relativa efficacia retroattiva delle leggi interpretative*”⁴⁷.

Negli anni nei quali si registrarono i più aspri conflitti tra le interpretazioni dei giudici costituzionali e di quelli della Cassazione, questo indirizzo

⁴⁵ Cfr. ancora nel 1772 il ricorso obbligatorio del supremo consiglio di giustizia nel Codice di leggi e costituzioni estensi del 1771 cit. da G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 245 s. e la tesi austriaca del Kelsen secondo la quale solo l’interpretazione dell’organo che applica la legge è sempre autentica (cit. da F. MODUGNO, *op. cit.*, 362).

⁴⁶ Le leggi interpretative “e come tali retroattive” sono un tipo di fonte “comunemente ammesso da altri ordinamenti statali, che posseggono i caratteri di Stato di diritto e Stato democratico”. “Non diversamente dalle altre leggi, anche la legge interpretativa innova all’ordine legislativo preesistente: il quid novi che essa introduce in tale ordine consiste nell’attribuire a certe norme anteriori un significato obbligatorio per tutti (con conseguente esclusione di ogni altra possibile interpretazione)”.

⁴⁷ G. Marzano, *L’interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, 214. Per una critica della sent. 175/2014 cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica (a proposito della “Legge per Assisi”)*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3482 ss.. Per la ricostruzione storica A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, Milano, 1997, 11 ss.

poteva essere anche una sorta di appello tacito al legislatore di intervenire, se possibile, a sostegno della Corte per evitare sentenze interpretative di accoglimento. In effetti, la legge di interpretazione di leggi oggetto di questioni promosse in via incidentale consentiva poi di restituire gli atti al giudice a quo (ord. 261/1984, rel. Elia).

Solo negli anni novanta, nel contesto delle cresciute tensioni tra parlamento e magistratura e a fronte di una effettiva proliferazione delle leggi interpretative, la dottrina ha cercato di criticare e incoraggiare un orientamento più restrittiva dei giudici costituzionali⁴⁸.

La dottrina rispondeva allora a una giurisprudenza che forniva nuove massime e formule del tipo: *“il fatto che la norma si sia venuta, nella sostanza, a configurare come innovativa dotata di forza retroattiva anziché come vera e propria norma interpretativa, non appare, assunto isolatamente, idoneo a integrare un vizio della legge (sotto il profilo denunciato dell’eccesso di potere legislativo), ove si consideri che tanto nel caso della norma retroattivamente innovativa che in quello della norma propriamente interpretativa (equivalenti nei loro effetti), la legge è pur sempre soggetta al controllo di conformità al principio di ragionevolezza secondo criteri analoghi”* (sent. n. 6/1994, rel. Cheli). *“Per poter essere riconosciuta tale, la legge di interpretazione autentica deve rispondere alla funzione che le è propria, che è quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto perseguita dal legislatore.”* (sent. n. 311/1995, rel. Santosuosso). *“La giurisprudenza di questa Corte ha individuato una serie di limiti alla potestà di emanazione di leggi interpretative, nel cui novero vanno considerati, oltre alla ragionevolezza della scelta operata, il divieto di ingiustificata disparità di trattamento, la coerenza e certezza del diritto, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario”* (sent. 376/1995, rel. Chieppa).

Eppure, solo poche interferenze nella funzione giurisdizionale risultavano censurate (sent. n. 123/1987, 321/1998, 374/2000) e il “labirinto” della giurisprudenza si è ulteriormente complicato sia dall’apertura a leggi interpretative non giustificabili da specifiche esigenze di certezza del diritto, sia dalla valorizzazione della tutela dell’affidamento. Da un lato, l’interpreta-

⁴⁸ Cfr. oltre al richiamo alla “legge interpretativa ragionevole” la citata monografia di A. GARDINO CARLI, *op. cit.*, 173 ss. anche la tesi di un onere di “giustificazione istituzionale” di G. VERDI, *L’interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997, 178 ss.; i vari contributi ad A. ANZON (a cura di), *Leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2000 a partire da quello di A. PUGIOTTO che offriva una tipologia delle interferenze illecite nella funzione giurisdizionale (p. 76); cf. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.

zione autentica è diventata sempre più autoreferenziale, perché il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze nell'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche *"sine occasio"*, cioè *"quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore"* (sent. n. 525/2000⁴⁹, 209/2010; 271/2011). In fondo quel che poteva fare il giudice costituzionale con sentenze interpretative o addirittura con sentenze manipolative a rime (più o meno) obbligate era difficile vietare allo stesso legislatore, le cui manipolazioni erano forse più autentiche di quelle dei giudici costituzionali.

Dall'altro lato, il criterio insieme giustificativo e limitativo della certezza del diritto⁵⁰ è stato potenziato sia dal legislatore tributario che ha riconosciuto nello Statuto del contribuente un diritto all'esplicitazione delle interpretazioni autentiche in materia tributaria (art. 3 co. 1 l. n. 212/2000), sia dalla Consulta che ha ancorata la tutela del legittimo affidamento del cittadino nell'art. 3 co. 1 Cost. più che nei diritti di libertà, socio-economici, processuali o politici, ritenendo che il sacrificio dell'affidamento possa essere giustificato da un *"bilanciamento con altri interessi costituzionali"* (sent. n. 525/2000)⁵¹.

A questo punto non era del tutto imprevedibile un contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, più rigorosa nella verifica di bilanciamenti che giustificano la retroattività di una legge. Infatti, la Corte costituzionale dovette riconoscere che *"mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a"*

⁴⁹ Cfr. P. CARNEVALE, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del "tributo" pagato dal legislatore-interprete "in materia tributaria" al principio di salvaguardia dell'interpretazione "plausibile"*, in *Giur it.*, 2001, V, 2415 ss.

⁵⁰ A. PIZZORUSSO, P. PASSAGLIA, *Constitution et sécurité juridique: Italie*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, 199 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza degli altri ordinamenti europei cfr. in particolare per il Belgio Cour d'Arbitrage, arrêt n° 189/2002 du 19 décembre 2002.

⁵¹ Cfr., tra tanti, sent. n. 166/2012: *"(...) non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti"* purché *"tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto"*. Dalla dottrina cfr. il tentativo di distinguere certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento in P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 1927 ss.

influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale" (sent. n. 311/2009).

Ne conseguono oneri di motivazione che sono emersi in particolare nella dichiarazione di incostituzionalità della legge di interpretazione autentica dell'art. 2935 c.c., attraverso la quale nell'interesse delle banche si era cercato di demolire un diritto vivente fondato su una sentenza della Cassazione a sezioni unite (sent. n. 78/2012, rel. Criscuolo). In questo caso, la certezza del diritto anziché giustificare un'interpretazione autentica chiarificatrice, resa come testimonianza delle intenzioni e ragioni del legislatore in una situazione di incertezza giurisprudenziale, ha rovesciato sul legislatore l'onere della argomentazione e della prova di un "motivo imperante" di un'interpretazione autentica correttiva del diritto vivente. Si potrebbe concludere che una legge di interpretazione pseudo-autentica, cioè non autenticabile dalla Corte come autentica, è *prima facie* irragionevole: "La erroneità della auto-qualificazione delle norme impugnate come interpretative costituisce, si è detto, un primo indice, per quanto non dirimente, della irragionevolezza del loro retroagire nel tempo" (sent. 73/2017, rel. Barbera)⁵².

Nel caso dell'interpretazione restrittiva delle pensioni per retribuzioni percepite all'estero, operata dalla legge finanziaria 2007, la Consulta ha invece privilegiato la certezza del diritto nel sistema pensionistico, sacrificando il diritto a un giudizio e giudicato non manipolati da legge di interpretazione autentica a un'interpretazione che salva la norma del "taglio" già dichiarata conforme a Costituzione, tenendo implicitamente conto anche della situazione di quasi dissesto del bilancio dello Stato, cioè di un interesse finanziario qualificato rispetto a quello normale ex art. 81 co. 4, e degli altri diritti sociali in gioco (sent. n. 264/2012, rel. Morelli)⁵³.

La giurisprudenza più recente sembra non di meno essere diventata più severa con le leggi di interpretazione autentica. La sent. n. 160/2013 (rel. Carosi), dichiarò incostituzionale una norma di interpretazione perché "non ha attribuito alla disposizione interpretata un significato rientrante tra le possibili varianti di senso del testo originario. Essa ha invece realizzato, con efficacia retroattiva, una sostanziale modifica della normativa precedente, così ledendo l'affidamento ingenerato dal trattamento riservato per circa trent'anni agli ispettori esterni del SECIT."

⁵² Cfr. anche sent. n. 119/2014.

⁵³ Contro Corte CEDU, *Maggio e al. c. Italia*, 31 maggio 2011, par. 47: impensabile "... in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, quale parte nel procedimento, possa equivalere a una giustificazione dell'interferenza legislativa mentre il procedimento era pendente, in particolare quando tale interpretazione era stata ritenuta fallace nella maggioranza delle occasioni dai tribunali nazionali, compresa la Corte di Cassazione ...". Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri23.pdf>.

La sentenza 260/2015 (rel. Sciarra) ha dichiarato incostituzionale una norma di un decreto-legge del auto-qualificata come interpretativa che vietava di convertire i contratti di lavoro a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche in contratti a tempo indeterminato. In questo caso, un emendamento in fase di conversione aveva cercato di reagire all'“interpretazione restrittiva, che, già prima dell'intervento della norma di interpretazione, aveva ricevuto l'avallo della Corte di cassazione (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 30 luglio 2013, n. 18263)”, diventando diritto vivente proprio durante il procedimento legislativo di conversione. Tale interpretazione ledeva “l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria” perché “l'affidamento, nel caso di specie, risultava corroborato da un assetto normativo risalente, (...) e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa consapevolmente ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso e su vicende non ancora definite. La disciplina impugnata, priva di un appiglio semantico con la norma oggetto di interpretazione, lede, inoltre, l'autonomo esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto è suscettibile di definire i giudizi in corso, travolgendo gli effetti delle pronunce già rese”.

Anche altri esempi di declaratorie di incostituzionalità sembrano confermare questa tendenza a una maggiore severità. Ad es., la sent. n. 154/2015 (rel. Zanon) ha censurato l'inserimento, in sede di conversione, di una norma interpretativa del tutto estranea rispetto alla ratio e alla finalità unitaria di un decreto-legge “milleproroghe”. La sent. n. 131/2015 (rel. Cartabia) aveva dichiarato incostituzionale una norma di interpretazione autentica di una legge tributaria sul presupposto proprio della sua mancanza di innovatività perché solo la novità avrebbe consentito una deroga al principio di destinazione alla Regione dei Sicilia dei tributi riscossi sul suo territorio. La sent. n. 228/2016 (rel. Amato) ha censurato una interpretazione autentica implicita di un editto dell'imperatrice Maria Teresa del 1751 da parte di una legge regionale toscana.

L'impatto di queste dinamiche giurisprudenziali può essere verificato e valutato solo con qualche approssimazione. Uno studio più approfondito dovrebbe misurare anche la dimensione quantitativa della legislazione interpretativa, raccogliere le esperienze del comitato di legislazione e aggiungere infine un'analisi di giurisprudenza costituzionale comparata.

Per quanto riguarda le statistiche, va osservato che non sono ufficiali e non facili da compilare, ma probabilmente superiori a quelli delle *lois de validations* francesi che secondo uno studio recente del senato francese sarebbero circa una ventina all'anno⁵⁴. In effetti, mentre il numero di leggi statali con disposizioni di interpretazione autentica esplicita è aumentato da 43 nel

⁵⁴ Sénat, Service des Etudes juridiques, Le régime juridique des validations législatives, https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation0.html. Non sono state rinvenute statistiche per il Belgio e la Spagna.

periodo 1998-2007 a 55 nell'ultimo decennio, negli stessi periodi, il numero di atti normativi che usano il verbo interpretare o il sostantivo interpretazione è sceso da 507 a 445.

Per quanto riguarda la produzione delle interpretazioni autentiche, esse erano ricomparse peraltro anche nel titolo di alcune leggi del 2010 e 2011, a partire dal non convertito decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29 recante "Interpretazione autentica di disposizioni del procedimento elettorale e relativa disciplina di attuazione". Il preambolo di questo decreto legge enunciava il fine "di consentire il corretto svolgimento delle consultazioni elettorali per il rinnovo degli organi delle Regioni a statuto ordinario fissate per il 28 e 29 marzo 2010 tramite interpretazione autentica", avente per oggetto le leggi statali anteriori alla riforma del titolo quinto. La legittimazione non si limitava all'output di certezza del diritto elettorale, ma aggiungeva un "ritenuto che tale interpretazione autentica è finalizzata a favorire la più ampia corrispondenza delle norme alla volontà del cittadino elettore". Il governo dichiara autentica la propria interpretazione di leggi per le quali non aveva più una competenza esclusiva, autenticando nel preambolo formalmente una volontà del popolo.

Per quanto riguarda invece la comparazione, va segnalato oltre alla giurisprudenza francese sulle *lois de validation* soprattutto una sentenza del Bundesverfassungsgericht del 17 dicembre 2017⁵⁵ che ha dichiarato incostituzionale una disposizione della legge federale per la riduzione dei privilegi fiscali del 2003 che conferiva un'efficacia retroattiva a norma tributaria riformulata in modo tale da correggere una giurisprudenza costante favorevole alla deducibilità di perdite di valore di titoli per gli anni 2001 e 2002. La sentenza individua in questa riforma un'interpretazione autentica che contrariamente all'asserzione governativo del suo valore declaratorio e non innovativo avrebbe realizzato un'"autentica retroattività" (*echte Rückwirkung*), in linea di principio costituzionalmente illegittima, a differenza di quella non autentica che modificherebbe la qualificazione giuridica di fatti non ancora conclusi nel tempo.

Secondo la maggioranza dei giudici, la chiarificazione retroattiva di una situazione normativa (*Rechtslage*) da parte del legislatore deve rispettare i limiti posti a ogni legge retroattiva. Altrimenti ai giudici verrebbe vietata la verifica della situazione normativa e si aprirebbe al legislatore un margine per "ragionamenti di opportunità" che "pregiudicherebbe in modo rilevante l'affidamento nella stabilità del diritto." (§ 53). La responsabilità democratica del legislatore varrebbe solo per il presente e il futuro, mentre le decisioni legislative del passato goderebbero di una legittimazione democratica autonoma, un "contesto di legittimazione storica" di per sé non eliminabile. (§ 54) La legge di interpretazione autentica avrebbe in linea di principio un valore

⁵⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - Rn. (1-134), http://www.bverfg.de/e/ls20131217_1bvl000508.html

costitutivo e innovativo ogni volta in cui il legislatore intende decidere una questione interpretativa non decisa dai giudici di merito o escludere un'interpretazione divergente. (§ 55) Una tale "autentica retroattività" violerebbe in linea di principio i principi di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) e di tutela dell'affidamento derivati dal principio costituzionale fondamentale dello Stato di diritto e della garanzia dei diritti fondamentali, essendo "l'affidabilità dell'ordinamento giuridico un presupposto essenziale per l'autonoma determinazione del proprio disegno di vita, preconditione delle costituzioni liberali" (§ 64). La tutela dell'affidamento è tuttavia non solo giustificazione, ma anche limite del divieto di retroattività. Pertanto eccezionalmente un affidamento tutelabile può negarsi in presenza di una situazione giuridica tanto oscura e confusa da rendere attendibile un chiarimento o in presenza di seri dubbi di costituzionalità o ancora in presenza di altri motivi impellenti di bene comune tali da rendere la retroattività inderogabilmente necessaria. (§ 65) Non già ogni fisiologica incertezza interpretativa di una legge, solo una elasticità interpretativa (*Auslegungsoffenheit*) tale da creare confusione generale può giustificare come un'interpretazione autentica come tale. Una simile confusione che è regolarmente da escludere se non si è formato ancora una giurisprudenza del giudice supremo (§ 73), mentre può reggere in condizioni di recente *revirement* o modifica della giurisprudenza (§ 74).

Il voto dissenziente del giudice Masing ha criticato la sentenza come un irrigidimento giurisprudenziale che tutelerebbe non tanto l'affidamento concreto dei cittadini e delle banche ricorrenti nell'immutabilità della legislazione tributaria quanto una sorta di "riserva" (*Reservat*) di potere giurisdizionale, indebolendo il legislatore parlamentare. L'interpretazione della legge resterebbe incerta perché la sentenza costituzionale non vieterebbe né comanderebbe al giudice la tutela dell'affidamento concreto, limitandosi solo a tutelare un'attesa di non ingerenza del legislatore nelle vicende di interpretazione giudiziaria. In questo modo si alterano gli equilibri costituzionali tra principio di democrazia e principio di stato di diritto.

In un'ottica comparata, la giurisprudenza costituzionale italiana sembra ancora più vicina al voto dissenziente che non a quella della maggioranza, ma le distanze potrebbero tendere a diminuire.

4. Le incertezze di fronte al giudice che aggiusta automatismi

Il tema degli automatismi di legge è stato da tempo segnalato come bisognoso di ricerca⁵⁶. Nella Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola del 2013, Marta Cartabia evidenziava le incertezze dottrinali al riguardo, rilevando che "sempre più frequentemente

⁵⁶ V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale* (3° ed.), Bologna 2012, 210 ss.

la Corte costituzionale sottopone ad un severo vaglio di ragionevolezza gli “automatismi legislativi”, vale a dire quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile⁵⁷. Nella giurisprudenza sugli automatismi regnerebbe una confusione terminologica, particolarmente evidente nella sentenza n. 2 del 1999, relativa all’automatica radiazione di diritto dall’albo dei ragionieri e periti commerciali di quanti che abbiano riportato condanna penale per alcuni tipi di reato: «l’automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza».

La dottrina ha cercato di misurare la frequenza, di ricostruire la casistica e le aree di presunta irragionevolezza degli automatismi, di ricondurre i vizi dell’automatismo a quelli di irrazionalità intrinseca della legge e di caratterizzare il dispositivo come implicita delega di bilanciamento al potere giudiziario.⁵⁸ In questa sede saranno offerte alcune precisazioni filologiche e analitiche, storiche e comparatistiche che potrebbero consentire un migliore inquadramento costituzionale al fine di prevenire un uso troppo automatico della figura degli automatismi.

Innanzitutto conviene precisare la terminologia impiegata sia in ambito giurisprudenziale, sia in ambito legislativo⁵⁹. Per quanto riguarda la giurisprudenza, va subito premesso che non è una specialità italiana, trovandosi anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo⁶⁰, e, an-

⁵⁷ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Cortecostituzionale.it*.

⁵⁸ Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 4909 s.; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014, 85 ss.; G. LEO, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2014.

⁵⁹ Cfr. da ultimo i criteri direttivi di alcune delle deleghe contenute nell’articolo unico della Legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario): “eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individuazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato” ed “eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell’individuazione del trattamento”. Art. 105 co. 5 Codice dei contratti pubblici: automatismo di svincolo per la garanzia fideiussoria legato all’avanzamento dell’esecuzione.

⁶⁰ LEGER c. FRANCE 19324/02 11/04/2006; HUTTEN-CZAPSKA v. POLAND 35014/97, 19/06/2006; SULEJMANOVIC c. ITALIE 22635/03 16/07/2009; SCOPPOLA v. ITALY 126/05 22/05/2012. Un primo cenno in C.S. contre l’ALLEMAGNE 33681/96 06/04/2000. Un accenno a un automatismo giurisprudenziale in OBST v. GERMANY, 425/03, 23/09/2010.

cora prima, in quella della Corte di giustizia europea.⁶¹ Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ogni automatismo che trasformerebbe l'UE in uno stato federale e ogni automatismo di garanzia politicamente incontrollabile che renderebbe la Germania co-responsabile dei debiti di altri stati renderebbe i trattati UE costituzionalmente illegittimi⁶².

Il linguaggio della Corte costituzionale nelle decisioni che utilizzano il termine automatismo al singolare (327) o plurale (70) non lo definisce ed evitano anche una precisazione del tipo “legislativo”, “normativo”, “giuridico” o “applicativo”, tutti aggettivi usati invece dai giudici *a quibus*. Piuttosto oscillano tra i due significati tecnico e psicologico che al termine si attribuiscono nel linguaggio comune, cioè non distinguono tra la razionalità dei congegni e dispositivi tecnici che producono un processo o procedimento applicativo ripetitivo e uniforme di norme giuridiche e la meccanicità psicologica di una regola di funzionamento formata senza ogni dominio della mente o della volontà.

L'automatismo è sostantivo di “automatico”, termine ancora più frequente e usato sin dagli inizi della giurisprudenza costituzionale. Va notato innanzitutto che nelle prime decisioni la Costituzione stessa è stata interpretata in modo elasticizzante, escludendo che possa generare automatismi: “*Il riconoscimento generico infatti della potestà normativa ed amministrativa, non importa, di per sé, anche il trasferimento automatico delle funzioni e de-*

⁶¹ Cfr. soltanto C-12/78 Judgment ECLI:EU:C:1979:125 10/05/1979 Italy v Commission in tema di monetary compensatory amounts: “To maintain that as regards these latter products there is no need to take account of disturbances which affect them, even if trade in those products is actually disturbed by differences in the cost of the agricultural products from which they are made, leads to blind automatism.” C-493/01 Judgment. ECLI:EU:C:2004:262 29/04/2004 Oliveri: “In the present case, it seems, at first sight, that in spite of family circumstances being taken into account, the system of expulsion described in the order for reference contains an element of automatism or, in any event, a presumption that the person should be expelled.” Da ultimo T-103/12 Judgment ECLI:EU:T:2016:682 29/11/2016 T & L Sugars and Sidul Açúcares v Commission: “Thus, the Court considers that, in the event of a disturbance or a threat of a disturbance on the EU market resulting from quotations or prices on the world market, the Commission has broad discretion, which excludes any automatism and is to be exercised in the light of the objectives of the economic policy laid down by Article 39 TFEU and by Regulation No 1234/2007”.

⁶² BVerfGE 89, 155 (Maastricht); 129, 124 (180) (ESM); 132, 195 ss. (patto di stabilità). L'assenza di automatismo è un argomento con il quale i giudici di Karlsruhe giustificano talora la legittimità costituzionale di leggi restrittive di diritti di libertà, ad es. nel caso della legge che disciplina la misura di sicurezza personale del ricovero terapeutico è stata giudicata conforme alla costituzione proprio perché non costituisce un automatismo e perché suscettibile di interpretazione adeguatrice condizionante (“nach Massgabe”) secondo la quale il pericolo di gravissimi reati di violenza e sessuali che legittima il ricovero deve essere dedotto da condizioni concrete della persona o dalla sua condotta (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 - Rn. (1-177), http://www.bverfg.de/e/rs20130711_2bvr230211.html, BVerfGE 134, 33 ss.

gli uffici statali; poiché la Regione, per quanto possa essere estesa la sua autonomia, resta sempre inquadrata nell'unità dello Stato ed è ad esso subordinata." (sent. n. 9/1957). Nulla deve essere "automatico" nell'attuazione della costituzione dei poteri⁶³ e, nel dubbio, il legislatore non intende imbrigliare il Governo in norme che abbiano "effetto automatico" (sent. n. 1/1960). Qualche automatismo emerge invece nella costituzione dei diritti, ad es. "l'automatismo delle prestazioni" di previdenza sociale che non giustifica il *solve e repete* (sent. 45/1962).

All'inizio degli anni settanta, si trovano prime sentenze di incostituzionalità parziali che allargano i margini di valutazione e decisione del giudice. La sentenza n. 1/1971 censura una violazione del principio di eguaglianza per irragionevole equiparazione di situazioni difformi a parte dell'art. 224, secondo comma, c.p. "nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico per i minori degli anni quattordici il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario". Le presunzioni di pericolosità dei minori sono segni di irragionevolezza di un legislatore incapace di differenziare ed assolvere ai propri compiti costituzionali di tutela dei minori. Un lamentato "meccanismo automatico comparizione-convalida" viene poi corretto dalla sentenza n. 89/1972 che dichiara incostituzionale l'art. 668 co. 1 c.p.p. "limitatamente alla parte in cui non consente la tardiva opposizione all'intimato che, pur avendo avuto conoscenza della citazione, non sia potuto comparire all'udienza per caso fortuito o forza maggiore"⁶⁴. Non sarebbe buon costume, usare il potere dello Stato a favore di chi sfrutta le disgrazie altrui anziché dimostrare solidarietà.

Una delle prime massime che utilizzò il termine "automatismo" fu la sentenza n. 76/1981 in materia di danni pecuniari da svalutazione monetaria che ha difeso la ragionevolezza dell'art. 1224 c.c. alla luce di una giurisprudenza costante che opera con presunzioni "che consentano al giudice di pervenire, caso per caso, con esclusione di ogni automatismo, ad una determinazione che, secondo il suo prudente apprezzamento, è informato anche eventualmente a criteri di equità"⁶⁵. E appena il caso di ricordare che il richiamo alla discrezionalità del giudice in materia di danni da svalutazione aveva indotto già la magistratura suprema di Weimar ad usurpare funzioni di sindacato di costituzionalità.

⁶³ Cfr. sent. n. 17/1965, rel. Sandulli.

⁶⁴ "La differenza di oggetto tra obbligazioni pecuniarie e obbligazioni di valore giustifica la differente disciplina dell'onere della prova del maggior danno subito in caso di inadempimento e conseguente a svalutazione monetaria, ciò tanto più perché la giurisprudenza più recente ha ammesso che la dimostrazione di tale danno da parte del titolare del credito pecuniario possa fondarsi anche, rispecchi tuttavia l'effettiva incidenza dell'inadempimento sul patrimonio del singolo creditore in relazione alla svalutazione monetaria.

⁶⁵ Un'altra delle prime massime sottolineava invece che l'art. 22 Cost. "esclude automatismi nell'acquisto a titolo originario della cittadinanza italiana" (sent. n. 258/1982). Cfr. anche sent. n. 245/1997.

Il problema ricompare poi negli automatismi salariali e stipendiali di un mondo del lavoro nel quale l'art. 36 cost. garantisce espressamente proporzionalità. A fronte dell'inflazione degli anni ottanta, il legislatore decise di bloccare la scala mobile come dispositivo di sicurezza sociale considerato economicamente insostenibile: "il legislatore ben può adeguare la retribuzione alle variazioni nel costo della vita con interventi adottati di volta in volta senza essere vincolato all'adozione di meccanismi automatici" (sent. n. 43/1980, 151/1980, 34/1985, 186/1986). Tuttavia, cessata l'emergenza che legittimava restrizioni della libertà di concordare automatismi salariali, la successiva sentenza n. 124/1991 argomentò con una incoerenza "sul piano della razionalità pratica" per dichiarare "l'illegittimità costituzionale, sopravvenuta dal 28 febbraio 1986, dell'art. 2, primo comma, del d.l. 1° febbraio 1977, n. 12, convertito nella legge 31 marzo 1977, n. 91 ("Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza"), nella parte in cui non consente la computabilità dell'indennità di contingenza su elementi retributivi diversi da quelli previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria"⁶⁶. È appena il caso di ricordare che la sentenza n. 178/2015 (rel. Sciarra) ha sviluppato ulteriormente questa tutela degli automatismi retributivi dichiarando "l'illegittimità costituzionale sopravvenuta, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nei termini indicati in motivazione, del regime di sospensione della contrattazione collettiva" che aveva comportato un blocco degli automatismi stipendiali. La precedente controversa sent. n. 70/2015 ha dichiarato invece incompatibile con i principi di proporzionalità ex art. 36 e adeguatezza ex art. 38 Cost. l'azzeramento del meccanismo di perequazione finanziario di pensioni pubbliche, per ragioni non adeguatamente documentate nel procedimento legislativo.

Tutti questi automatismi risarcitori, retributivi, assicurativi e fiscali fin qui emersi non sono tanto un fenomeno della legge e dello Stato, quanto piuttosto garanzie nate spontaneamente per soddisfare una domanda di giustizia sociale e di certezza dei diritti socio-economici sulle quali il legislatore si trova a incidere solo in situazioni di emergenza. Sono più virtù che vizi o, quanto meno, correttivi di mali, anche se possono generare a loro volta altri mali. Questo vale anche per altri automatismi legati alla sicurezza sociale quali ad es. quelli fiscali utilizzati per il riequilibrio della finanza sanitaria regionale (sent. n. 20 e 51/2013).

Difendendo la discrezionalità della politica economica del legislatore, la Corte stessa ha peraltro ben presto raccomandato di osservare lo sviluppo dei nuovi automatismi tecnologici che definiremo oggi "digitali" e che venivano percepiti più come pericoli che come garanzie: "L'avvento sempre più

⁶⁶ La successiva sent. n. 296/1993 confermò la legittimità di un blocco eccezionale degli automatismi stipendiali.

massiccio delle nuove tecnologie, specie nel mondo del lavoro, imporrà modifiche ed innovazioni sempre più radicali e profonde di qualifiche, di categorie professionali, di tempi di lavoro, di utilizzazione del fattore umano insieme alle macchine, ed automatismi sempre più sofisticati (robot, computer, video-games ecc...); determinerà la possibilità di disoccupazioni quantitative e qualitative ed, insieme, la necessità di nuove occupazioni e di nuove forme di contrattazioni. Renderà certamente necessaria anche una più profonda e più radicale riforma del collocamento” (sent. n. 248/1986).

A differenza degli automatismi tecnologici, le presunzioni invincibili di pericolosità sono invece fattispecie di norme a contenuto regolativo con le quali il legislatore intende creare automatismi sanzionatori che mirano a creare una certezza fondata su finzioni a loro volta pericolose per i principi fondamentali della libertà ed eguaglianza sostanziale (art. 3 co. 2 Cost). Richiamandosi a una precedente sentenza sostitutiva che aveva dichiarato incostituzionale una legge “nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza” personali, la sentenza n. 139/1982 (rel. Malagugini) ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del codice penale, nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell’imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o della esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell’applicazione della misura”. In questo caso la pronuncia modificava una norma comune alle disposizioni secondo cui in caso di proscioglimento per determinati reati in applicazione dell’art. 88 c.p. “si deve “sempre” ordinare il ricovero” in un ospedale psichiatrico per un periodo minimo predeterminato. La sentenza non ha travolto le presunzioni di pericolosità difese ancora nel 1972 da Costantino Mortati come non vincibili dal parere di un singolo perito, bensì solo da “ripetute verifiche durante un congruo periodo di ricovero in istituti specializzati”⁶⁷. Forse in coerenza con i propri precedenti ma non senza ipocrisia, si decideva a favore di un riaggiustato bilanciamento tra il potere discrezionale del legislatore della presunzione di pericolosità e “il potere di apprezzamento concreto del giudice, che la presente pronuncia ritiene necessario ad evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse”, che “non è altro se non il potere di non

⁶⁷ Sent. n. 106 /1972 rel. Mortati. Sussisterebbero “obiettive difficoltà di accertamento che non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di eguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione del periodo minimo di ricovero, proporzionato all’entità del reato commesso (periodo tuttavia ridicibile ...), o invece affidare solo al giudice di disporre di volta in volta l’irrogazione della misura; dato che il pericolo della diseguaglianza di trattamento non viene meno neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza ma solo mere probabilità (sent. n. 68 del 1967).

internare in ospedale psichiatrico giudiziario soggetti che, in considerazione del loro attuale stato di salute, avrebbero il diritto di ottenere immediatamente la revoca c.d. anticipata⁶⁸. In questa decisione, la discrezionalità del giudice non sostituisce quella del legislatore, ma è il mezzo considerato più mite per mantenere un automatismo deliberato al fine di conservare un sentimento di sicurezza della collettività, ancora alle prese con gli effetti della riforma Basaglia.

La successiva sentenza n. 343/1987 (rel. Spagnoli) ha dichiarato l'“illegittimità costituzionale del decimo comma dell'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) nella parte in cui - in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova - non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espriare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova.” In questo caso, la Corte ha evidenziato il silenzio del legislatore sugli effetti giuridici della revoca, producendo una sentenza additiva di libertà e di discrezionalità del giudice che escludeva sia un automatismo di scomputo sia l'opposto automatismo di esclusione di ogni scomputo, facendo leva sia il principio fondamentale di libertà, concretizzato dall'inviolabilità della libertà personale, sia sul principio di eguaglianza, entrambi integrati dai “principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui la norma impugnata va adeguata”. *“La Corte non si nasconde che ciò comporta l'attribuzione al Tribunale di sorveglianza di un consistente potere: ma ciò è fenomeno non solo ben noto - come si è detto - in altri ordinamenti, ma coerente all'analogo potere spettante al predetto Tribunale e al magistrato di sorveglianza in sede di ammissione della misura, di controllo sul corso di essa e di individuazione dei presupposti per la sua revoca. D'altra parte, non è certo inibito al legislatore di dettare nuove regole che, in ottemperanza al precetto costituzionale, valgano a stabilire puntuali criteri di valutazione e comparazione”*.

La sentenza n. 971/1988 ha dichiarato incostituzionale l'art. 85 lett. a) d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) e analogo fonte siciliana, “nella parte in cui non prevedono, in luogo del provvedimento di destituzione di diritto, l'apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare”. La sentenza è sostitutiva di una formulazione secondo la

⁶⁸ Cfr. per successivamente l'ulteriore *revirement* in sent. n. 253/2003, rel. Onida: “illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”.

quale in casi di condanna per una serie di delitti quali il peculato “l’impiegato incorre nella destituzione, escluso il procedimento disciplinare”. A ben guardare, la sostituzione riguarda a) la norma sostanziale che comanda (“incorre”) l’applicazione della sanzione di destituzione alle varie fattispecie di condanna penale, b) la norma procedurale che vieta un procedimento disciplinare. In entrambi le norme, la manipolazione interviene sull’operatore deontico: nel primo caso il comando “si deve” viene sostituito da “si può”, nel secondo caso il divieto “si deve non” viene sostituito da “si deve”. Trattasi pertanto di un tipo di sentenza sostitutiva di duplice norma che tenta di bilanciare la discrezionalità politica del legislatore, che sarebbe rimasta non menomata, con quella tecnica di un organo che deve amministrare sanzioni disciplinari con “indispensabile gradualità sanzionatoria”. Da un lato, la Corte osserva “come l’ordinamento appaia vieppiù orientato, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, avulse da un confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto”, fenomeno “largamente tendenziale - in adempimento del principio di eguaglianza - nell’area punitiva penale e con identica incidenza anche nel campo disciplinare amministrativo (sent. n. 270 del 1986).” Questa tendenza – non si precisa se politica o giurisprudenziale – sarebbe stata rafforzata addirittura dall’approvazione della legge quadro sull’impiego pubblico dalla Camera dei deputati. Dall’altro lato, servirebbero valutazioni delle sanzioni in una “naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.” Sarebbe stato forse più preciso parlare di doverosa mitigazione della legge nel rispetto del principio di proporzionalità, mitigazione che esige un procedimento idoneo ad operare un bilanciamento concreto tra gli interessi pubblici e privati in ogni caso singolo.⁶⁹

Riduttivo rispetto a questi precedenti e del tutto sopravvalutata appare infine la sentenza n. 303 del 1996 (rel. Mirabelli) che significativamente non utilizza la formula dell’automatismo⁷⁰. Si tratta di una sentenza additiva di potere di deroga, prospettato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, che offre un’interpretazione contraddittoria del proprio dispositivo con il quale ha dichiarato incostituzionale la legge sulle adozioni internazionali “nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età di uno dei coniugi

⁶⁹ Sugli automatismi di destituzione da ultimo sent. n. 286/2016.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210: “una sentenza capitale”. La formula è sibillina e infelice: errore capitale o capitale da spendere? Cfr. anche la motivazione meno enfatica della successiva sent. n. 283/1999 che dichiara incostituzionale la stessa disposizione “nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore”.

adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore." Innanzitutto, la motivazione premette che il legislatore avrebbe stabilito "ragionevolmente" la regola contenuta nella norma oggetto del dispositivo. Nella motivazione, la Corte ricorda poi a se stessa di aver già trafitto l'automatismo, interpretando una sentenza precedente che nel senso che "la regola del divario massimo di età tra adottante e adottato non può essere così assoluta da non poter essere ragionevolmente intaccata, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire l'affermazione di interessi, attinenti al minore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale, la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale (sentenza n. 148 del 1992)"⁷¹.

Sarebbe come dire la norma è valida e non può essere interpretata in modo conforme, come suggeriva l'Avvocatura, ma potrà d'ora in poi essere disapplicata, se necessario per proteggere il minore, dal giudice che concede agli adottanti una dispensa laica. Riconoscendo un potere di disapplicazione analogo a quello che si riconosce a una norma internazionale che partecipa il primato del diritto UE, la sentenza in realtà secolarizza un potere di equità ben radicato nel diritto canonico, dove consente di armonizzare l'ordinamento, autorizzando il giudice di rendere in deroga alla legge giustizia a una situazione specifica in un caso singolo, caso in cui l'autorità è chiamata ad arbitrare tra interessi umani concreti e gli interessi normativi collettivi. Evitando ogni richiamo al diritto naturale, la motivazione scopre nell'interesse del minore una norma costituzionale di diretta applicazione che permette questa deroga alla legge ed istituisce il potere di deroga del giudice "in casi eccezionali di pericolo di danno grave al minore". Anziché parlare dei diritti del minore e delle particolarità del caso concreto, il considerato in diritto riecheggia Costantino Mortati sulla necessità come "autonoma fonte di diritto obiettivo, affrettandosi di accentuare il carattere eccezionale della "necessità della deroga": "affinché non si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore, l'eccezione deve rispondere ad un criterio di necessità in relazione ai principi ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione)". La legittimità costituzionale valutata genera il potere del giudice di mitigare la legge in casi che devono restare singoli. Eppure, in virtù della fattispecie di pericolo formulata nel dispositivo della sentenza costituzionale, tale necessità qualificata dalle norme di principio e valore costituzionale si trasforma essa

⁷¹ La sent. citata aveva dichiarato incostituzionale la stessa disposizione "nella parte in cui non consente l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti supera di più di quarant'anni l'età dell'adottando e dalla separazione deriva ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione".

stessa in una seconda contro-norma generale ed astratta che riduce l'ambito di applicazione della disposizione dichiarata incostituzionale per aver disegnato una norma che produce un automatismo applicativo insostenibile.

La giurisprudenza successiva non sembra aver prodotto formule più precise, legittimandosi piuttosto come consuetudine mitigatrice di sanzioni e coercizioni del più vario genere. Sono stati così mitigati l'automatismo della "brusca" (!) cessazione della detenzione domiciliare in caso di denunciata evasione (sentenza n. 173 del 1997, rel. Vassalli)⁷² e le presunzioni assolute in materia di custodia cautelare motivate da dati di esperienza generale ("*id quod plerumque accidit*") confutabili (sent. n. 265/2010, rel. Frigo)⁷³, gli automatismi sanzionatori nei confronti dei minori (sent. n. 109, 300/1997, 450/1998, 436/1999, 253/2003, da ultimo 90/2017)⁷⁴ e, ancora, il meccanismo espulsivo, prima ritenuto giustificato dal principio di stretta legalità (ord. n. 146/2002, rel. Mezzanotte)⁷⁵ e poi giudicato incostituzionale "nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato" (sent. n. 172/2012, rel. Tesauro, da ultimo 45/2017)⁷⁶.

⁷² Cfr. l'interpretazione autentica del dispositivo ("nella parte in cui fa derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il reato previsto del comma 8 dello stesso articolo") al punto 7 del considerato in diritto: "... spetterà dunque al magistrato di sorveglianza verificare, caso per caso, se la condotta posta in essere dal condannato, ed in ordine alla quale è stata presentata denuncia per il delitto di cui al comma 8 dell'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario, presenti le caratteristiche, soggettive ed oggettive, di una non giustificabile sottrazione all'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione o dal luogo altrimenti indicato ai sensi di detto art. 47-ter, disponendo quindi soltanto in ipotesi di positivo riscontro la sospensione della misura alternativa. Decisione, quest'ultima, che, proprio perché derivante da un apprezzamento di merito della situazione di specie, necessariamente dovrà essere adottata con le forme del provvedimento motivato".

⁷³ "illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale(...) nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, 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".

⁷⁴ Con nota di M. COPPETTA, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti dei condannati minorenni*, in *Giur. Cost.*, 2017, 906 ss.

⁷⁵ "... quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa".

⁷⁶ Cfr. da ultimo sent. n. 202/2013 (rel. Cartabia) che "dichiara l'illegittimità costituziona-

Se si possono tentare a questo punto alcune conclusioni, occorre innanzitutto osservare che l'automatismo descrive un'immagine di applicazione di norme aventi la struttura di regole rigide e inderogabili, spesso sanzionatorie. L'operatore deontico di queste proposizioni è un comando o un divieto, fattispecie e conseguenza giuridica sono dotate di sufficiente determinatezza tale da non incontrare censure di incertezza del diritto, cioè componendo un diritto conoscibile, affidabile e calcolabile.

Automatismi di prestazione possono presumersi legittime se traducono principi fondamentali o diritti fondamentali in regole di garanzia degli interessi protetti come diritti. Automatismi di sanzioni viceversa non possono presumersi né legittimi, né irragionevoli come tali⁷⁷. Anche se prima facie sembrano produrre certezza giuridica e tutelare pretese di sicurezza sociale, possono avere difetti di ragionevolezza e proporzionalità tali da viziare la loro legittimità costituzionale.

Marta Cartabia ha giustamente messo in luce che il richiamo a "ragionevolezza e proporzionalità" come criteri - quasi gemellati - del giudizio di legittimità costituzionale è fatto normalmente in modo molto generico, forse anche perché la Corte non intende recepire le formule di controllo tedesche di matrice più liberale e ottocentesca che neo-costituzionalista, parzialmente recepite invece negli ordinamenti europei (Consiglio d'Europa, Unione Europea)⁷⁸. La proporzionalità della CEDU è incentrata notoriamente più sulla necessità di incisioni nelle libertà che sulla verifica di alternative più miti,

le dell'art. 5, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 (Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato), nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che «ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» o al «familiare ricongiunto», e non anche allo straniero «che abbia legami familiari nel territorio dello Stato».

⁷⁷ L. PACE, *op. cit.*, 2, "in alcuni settori". L'idea di una presunzione di irragionevolezza delle pene fisse affiora in un passo della sent. n. 50/1980, rel. Malagugini che ricorda innanzitutto come, a fronte del principio di legalità, "l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità (...). Di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge (...).

L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, < proporzione > della pena rispetto alle < personali > responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statutale (...). In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il < volto costituzionale > del sistema penale ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente < proporzionata > rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato". Cfr. anche ord. 91/2008.

⁷⁸ M. CARTABIA, *op. cit.*, 5 con riferimento alla dogmatica di Robert Alexy che è una ricostruzione interpretativa delle pratiche giurisprudenziali di Karlsruhe. Per la dottrina tedesca da ultimo A. TISCHBIREK, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung*, Tübingen 2017.

con margini di apprezzamento (“deems necessary”) e una riserva di legge non necessariamente formale. Quella del diritto UE (art. 5 TUE) si articola in un controllo trifasico della necessità e della appropriatezza (idoneità) e ragionevolezza del bilanciamento. In Italia, la proporzionalità tedesca è stata ben studiata in dottrina⁷⁹, ma meno elaborata dalla giurisprudenza amministrativa e da quella costituzionale che forse per tradizioni sia di positivismo della legge, sia di naturalismo di una giustizia concreta esperienziale sono meno inclini ad usare strategie argomentative più complesse che includono riflessioni su quali mezzi alternativi siano più miti ma di eguale efficacia concreta. Anche il legislatore della revisione costituzionale ha evitato la proporzionalità, preferendo formule più elastiche come la “sostenibilità del debito pubblico” (art. 97 co. 1), il “giusto processo” di “ragionevole durata” (art. 111) o i principi di “sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” delle funzioni amministrative (art. 117). Può darsi che l’accesso solo indiretto al giudice costituzionale abbia disincentivato lo sviluppo di una metodologia di controllo che si applica a tutti i poteri, quello giudiziario incluso.

La giurisprudenza costituzionale sopra analizzata ha riscontrato innanzitutto vizi di irragionevolezza legati a una violazione del principio di eguaglianza formale (art. 3 co. 1) nella parte in cui vieta di equiparare situazioni eterogenee, cioè da un lato situazioni suscettibili di tipizzazione sociale legislativa (condizioni sociali), dall’altro lato situazioni che richiedono una ricostruzione aperta di tutte le circostanze di ogni caso singolo personale (condizioni personali). Inoltre ha riscontrato casi di sproporzione non solo tra le finalità sanzionatorie, di per sé legittime, della legge e gli strumenti sanzionatori impiegati, ma anche nella commisurazione della sanzione tra l’ingiustizia sanzionata e il sacrificio di un interesse costituzionalmente protetto (da ultimo, con riguardo alla libertà di iniziativa economica, la sent. n. 51/2017)⁸⁰.

In tali casi, la Consulta cerca da un lato di conservare il più possibile la discrezionalità del legislatore che ha scelto l’automatismo, dall’altro di consentire una tutela di principi o diritti fondamentali creando o allargando i margini di discrezionalità del giudice. Tecnicamente non riesce a rimediare l’illegittimità costituzionale con un’additiva di regola pura, né con un’additiva di principio composta da mandato di legislazione e permesso di interpretazione conforme al principio.

Se ha di fronte una norma di comando o divieto costitutivo di automa-

⁷⁹ Ad es. in S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino 2011.

⁸⁰ “Per di più, tale misura interdittiva – incidendo sull’esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un’ampia platea di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue – contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore”.

tismo e diretta al giudice, può caducarlo integralmente o con una pronuncia sostitutiva trasformarla in semplice permesso costitutivo di un potere discrezionale del giudice. Se la norma di comando e divieto implica una norma di condotta per soggetti diversi dal giudice, utilizza un dispositivo additivo *sui generis* che trasforma il principio in una regola di eccezione, cioè una norma che permette una deroga e attribuisce un potere discrezionale mitigante del giudice (cfr. ad es. nella sentenza n. 31/2012)⁸¹.

Tale tipo di decisione è formalmente additivo di regola, ma sostanzialmente sostitutivo, perché integra i comandi o divieti costitutivi dell'automatismo con una norma che permette al giudice di disapplicare tali comandi o divieti in casi eccezionali. La sentenza sostituisce quindi disposizioni e singole norme contenenti regole speciali inderogabili con disposizioni e norme contenenti regole generali integrate da eccezioni a fattispecie elastica e aperta.

Questo tipo di sentenza che permette al giudice di aggiustare un automatismo creato dal legislatore, più che una "delega di bilanciamento in concreto"⁸² produce un mandato di disapplicazione derivato dal principio o diritto costituzionale interpretato come norma di principio che vieta sacrifici proporzionati perché integrali. Non vi è dubbio che l'esecuzione di tale mandato e l'applicazione della norma di deroga implica valutazioni discrezionali del giudice che deve verificare le proporzioni degli interessi pubblici concorrenti, legati anche alla tutela di diritti fondamentali, nel caso concreto.

5. Osservazioni conclusive

L'analisi della giurisprudenza costituzionale riguardante il potere discrezionale del legislatore di interpretare la legge e il potere discrezionale del giudice di aggiustare automatismi incostituzionali ha evidenziato aspetti problematici comuni di giustizia e certezza del diritto. Nel caso del legislatore che interpreta una legge e pretende un'efficacia retroattiva della propria interpretazione, la legge giustamente interpretata può essere strumentalizzata per aggiustare tanto la giurisprudenza quanto singoli processi. Nel caso del giudice autorizzato da sentenza costituzionale a derogare a una legge, la giurisprudenza può essere strumentalizzata per aggiustare la legge. Nel primo caso, il legislatore si permette di correggere il giudice, nel secondo caso al giudice si permette di correggere il legislatore.

⁸¹ "... illegittimità costituzionale dell'art. 569 cod. pen., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., debba conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto".

⁸² Così L. PACE, op. cit., 5, in riferimento a R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3574 ss.; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, 3969 ss.

Fino a che punto il legislatore può correggere interpretazioni ingiuste e fino a che punto il giudice costituzionale e comune possono correggere leggi ingiuste? Spetta al giudice costituzionale stabilire i limiti e garantire la separazione dei poteri da correzioni costituzionalmente illegittime.

In effetti, proprio perché implica una interferenza del primo nel terzo potere o viceversa, il potere di correzione non può essere illimitato ma deve avere una specifica legittimazione e limitazione costituzionale. I parametri costituzionali delle correzioni non possono non essere le garanzie dei diritti fondamentali, l'ordine delle funzioni e competenze costituzionali e i principi fondamentali della Costituzione.

Per quanto riguarda i diritti, le leggi di interpretazione autentica possono incidere soprattutto sul valore del diritto di agire in giudizio (art. 24), ma anche di altri diritti fondamentali oggetto di garanzia (art. 2) o limitazione ragionevole e proporzionata da parte della legge interpretata. Il legislatore interprete può frustrare le aspettative di chi ha già agito in giudizio (e non dovrebbe farne le spese), ma può anche arricchire o impoverire la garanzia degli interessi tutelati dagli (altri) diritti fondamentali. Anche le sentenze in deroga agli automatismi possono concretizzare la tutela di diritti fondamentali, essere cioè "a rime obbligate" e giustificate dalla necessità di tutelarli nel caso concreto.

Per quanto riguarda l'ordine costituzionale delle funzioni, le correzioni possono comportare solo deroghe, non poteri sostitutivi che comprometterebbero la separazione funzionale della legislazione dalla giurisdizione (e dall'amministrazione), impressa nella stessa struttura della seconda parte della Costituzione. In linea di principio (art. 101), il legislatore non può agire da giudice, il giudice non può agire da legislatore, ma la stessa Costituzione può giustificare tanto aggiustamenti legislativi del diritto giurisprudenziale vivente, quanto aggiustamenti giurisprudenziali della legislazione nel suo insieme con la Costituzione (e con diritto internazionale).

Sono più facili da individuare le eccezioni legittime che i casi di violazione del principio della separazione delle funzioni e dei poteri, forse inquadrabili nelle categorie generali dell'abuso e dell'eccesso di potere. Infatti, il legislatore può permettere ad es. la revisione di sentenze ingiuste passate in giudicato e il giudice può promuovere la dichiarazione di illegittimità costituzionale di leggi ingiuste entrate in vigore. Un esempio di correzione legittima di sentenze è offerto dal decreto legislativo luogotenenziale 5 ottobre 1944, n. 316 (revisione delle sentenze di condanna emesse dal soppresso tribunale speciale per la difesa dello Stato), giudicato conforme alla costituzione dalla sent. n. 187/1973, ma forse sarebbe stata anche non incostituzionale la legge proposta nel 1958 che disponeva l'annullamento d'ufficio di tutte le sentenze di tale tribunale speciale⁸³. Un altro esempio, oggetto di separata

⁸³ <http://storia.camera.it/documenti/progetti-legge/19530724-24-capalozza-ed-altri-annullamento>.

relazione, è la c.d. “revisione europea” creata in materia penale dalla sent. n. 113/2011 e solo raccomandata in materia civile ed amministrativa dalla sent. n. 1123/2017. Un esempio di correzione legittima di leggi è offerto dalle sentenze di interpretazione adeguatrice, un altro dalla disapplicazione di leggi contrarie a fonti UE.

Un eccesso di potere legislativo o un abuso della funzione legislativa qualificabile come violazione di una norma implicita di divieto di diritto costituzionale, si ha invece quando la legge interpretativa serve a neutralizzare non la giurisprudenza, ma a influenzare l’esercizio in concreto del potere discrezionale del giudice, rovesciando il meccanismo della bilancia in azione, addirittura intervenendo *ad personam*. Per poter incidere, la legge di interpretazione autentica retroattiva crea in genere un automatismo applicativo in grado di fare sostituire provvedimenti giurisdizionali già adottati nel grado superiore o di comandare o vietare determinate decisioni in processi pendenti. L’interpretazione autentica può essere legittima difesa da un eccesso di potere di interpretazione se corregge una giurisprudenziale effettivamente contraria alla volontà dichiarata della legge interpretata o se interviene in contrasti di interpretazione prevenendo il rischio di interpretazioni contrarie alla lettera e volontà del legislatore. L’assenza o non autenticità dell’interpretazione può essere invece indice di irragionevolezza e illegittimità costituzionale di una tale legge, rovesciando sul legislatore un onere di giustificazione che siano davvero interessi generali ed astratti diversi dalla pretestuosa chiarezza e certezza della legge a renderne necessaria l’adozione.

In caso di aggiustamenti giurisdizionali di automatismi legislativi, la Corte costituzionale censura non necessariamente casi di abuso, ma casi di eccesso di potere legislativo e uso arbitrario della funzione legislativa, cercando peraltro di prevenire anche abusi della funzione giurisdizionale. Il legislatore “eccede” dal proprio potere se stabilisce ad pene o sanzioni fisse, non bilanciando sufficientemente le esigenze di determinatezza e certezza della legge con quelle di “individualizzazione” o personalizzazione della responsabilità penale (27 co. 1)⁸⁴, di umanità o rieducazione (art. 27 co. 3) *ad personam*. In questi ed altri casi di automatismo, l’adozione di un’interpretazione adeguatrice risulterebbe in contrasto con la lettera e, in genere, anche con la volontà storica del legislatore, eccedendo i poteri di interpretazione e perfezionamento giurisprudenziale della legge affidati al giudice. La disapplicazione dell’automatismo potrà essere consentita solo da una sentenza costituzionale che ne dichiari l’illegittimità costituzionale. L’estensione del potere discrezionale del giudice potrebbe tuttavia essere non l’unica soluzione, specialmente in caso di poteri di natura più amministrativa assegnati al giudice, poteri che

⁸⁴ Cfr. per l’illegittimità delle pene di confisca del patrimonio BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95 - Rn. (1-145), http://www.bverfg.de/e/rs20020320_2bvr079495.html, BVerfGE 105, 135 - 185.

potrebbero essere non riservati al giudice e quindi anche affidati ad autorità amministrative, specie se indipendenti.

Sia nell'interpretazione dei diritti, sia in quella dell'ordine dei poteri come limiti alle correzioni reciproche tra legislatore e giudice emerge il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione. Tali principi, desumibili dall'interpretazione della parte preliminare e dell'insieme delle norme costituzionali, conferiscono alla Costituzione un grado adeguato di costituzionalismo, ispirando l'interpretazione – non importa se legislativa o giurisdizionale – sia delle “garanzie” che si devono “assicurare” ai diritti, sia delle “separazioni” che si devono “determinare” nei poteri. La legittimità costituzionale delle leggi e la legittimazione costituzionale dei poteri derivano da questi principi supremi che pretendono equilibri e bilanciamenti, ad es. tra libertà ed eguaglianza, dignità e solidarietà, democrazia e stato di diritto, legalità e costituzionalità. Il legislatore si richiama pertanto alla legittimazione democratica, il giudice a un principio di stato di diritto che unisce alla garanzia delle legalità quella dei diritti e la separazione dei poteri. Fa parte dei sub-principi dello stato di diritto quella della certezza del diritto, a sua volta concretizzabile in ulteriori sub-principi di conoscibilità, determinatezza e continuità del diritto e controbilanciato dal principio della giustizia del caso concreto (nel linguaggio giuridico tedesco la *Einzelfallgerechtigkeit*).

La legge interpretativa pretende di accrescere la determinatezza, l'aggiustamento dell'automatismo di accrescere la giustizia. Sarebbe costituzionalmente illegittima ove non individuasse l'oggetto dell'interpretazione, usando ad es. un rinvio generico. In tal caso lederebbe la conoscibilità e determinatezza del diritto allo stesso modo di una sentenza creativa di deroga ad un automatismo che fosse priva di fattispecie interpretabile. La conoscibilità e determinatezza del diritto peraltro non solo per il la fattispecie disegnata dal legislatore, ma anche per le massime di interpretazione giurisprudenziale che devono rendere prevedibili anche le future sentenze. Non sono compatibili con la determinatezza sentenze “sibilline”. Sarebbe pertanto da esaminare e monitorare il seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali di accoglimento che incidono su automatismi sanzionatori.

L'aspetto pratico più problematico della certezza del diritto è la tutela della continuità del diritto che si traduce non tanto in un diritto soggettivo, quanto in una garanzia oggettiva delle forme nelle quali si esercita la sovranità, garanzia che rende sostenibile il dovere dei cittadini di osservare “la Costituzione e le leggi” (art. 54 cost.). Sviluppata innanzitutto nella tutela degli interessi legittimi nei confronti del secondo potere, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento nella continuità degli atti giuridici vale anche, entro certi limiti variabili, nei confronti delle norme prodotte dagli atti del legislatore e del giudice. La tutela dell'affidamento è massima in ambito penale se i legislatori – e forse anche la giurisprudenza – incidono in modo restrittivo sul principio supremo della libertà, è minore in ambito

civile ed amministrativo se incidono sul principio di eguaglianza che tollera distinzioni nel tempo giustificabili anche con esigenze di certezza del diritto, come nel caso di leggi interpretative autentiche (v. però con le incertezze giurisprudenziali di cui sopra). La continuità non salva l'automatismo legislativo illegittimo, semmai può salvare gli atti non più impugnabili fondati su una legge dichiarata costituzionalmente illegittima o su illegittimi atti di regolamentazione e pianificazione. Non sarebbe ragionevole tutelare la continuità in presenza di liti e conflitti politici, ad es. in pendenza di ricorsi o divergenze in Corte di cassazione, di procedimenti legislativi di riforma o di questioni di costituzionalità. Essendo eterni non i valori fondamentali, ma solo la ricerca di giustizia e certezza del diritto, i cittadini non possono pretendere l'eternità delle leggi, né l'eternità della stessa Costituzione.

LA CERTEZZA DEL DIRITTO NELLO STATO COSTITUZIONALE

di Giorgio Pino*

SOMMARIO: 1. Della certezza (del diritto) – 2. Incertezze sulla certezza del diritto – 2.1. 2.1. Per una definizione della certezza del diritto – 2.2. Condizioni di (in)certezza – 2.3. La certezza del diritto come valore relativo – 3. La certezza del diritto nello Stato costituzionale.

1. Della certezza (del diritto)

La certezza del diritto è uno di quegli ideali (per il momento chiamiamolo così) che appartengono al sentire comune del giurista, all'arredo di base del diritto: il diritto esiste per dare certezze, l'esigenza di certezza è connaturata al concetto stesso di diritto.

Allo stesso tempo, notoriamente, la certezza del diritto è un ideale fortemente contestato: è contestato che sia un valore effettivamente realizzabile, quantomeno date le circostanze reali della vita umana, il funzionamento degli ordinamenti giuridici contemporanei, la complessità della società, dell'economia, della tecnologia e del diritto nell'era della globalizzazione...; ed è contestato anche che sia un valore meritevole di essere perseguito: forse, si sostiene, è anche bene che le cose stiano così, forse la complessità del mondo contemporaneo non fa che liberare il diritto da un pesante fardello ideologico o "mitologico" (quello della legalità formale, della certezza illuministica), che ne impedisce il dispiegarsi nella direzione della equa e ragionevole soluzione dei casi, e la progressiva evoluzione per via sapienziale e giurisprudenziale; e comunque il valore della certezza potrebbe essere semplicemente una ingenua illusione, dettata da un bisogno infantile di ricevere dal diritto o dallo Stato una guida sicura e rassicurante al pari dell'autorità paterna; ingenua illusione alla quale si sacrifica un valore forse più importante, e cioè l'adattabilità del diritto alle situazioni concrete.

In questo contributo darò per scontato, senza argomentare oltre al riguardo, che la certezza del diritto sia genericamente un ideale apprezzabile, e che sia in qualche misura realizzabile (che non sia necessariamente una chimera, o una truffa). In altre parole, tenendo ferma la distinzione tra certezza come fatto e certezza come valore, assumerò che la certezza è un *valore*

* Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Università degli Studi di Palermo.

meritevole di essere perseguito dagli ordinamenti giuridici (e che peraltro sia normalmente presente nella struttura normativa, nel catalogo di valori, nel contenuto etico sostanziale degli ordinamenti giuridici); e che la meritevolezza di questo valore (la sua desiderabilità su un piano etico-politico) non sia intaccata dal *fatto* che il diritto sia più o meno incerto¹.

Dato per scontato questo, mi concentrerò su due questioni. La prima è provare a definire o analizzare il concetto di certezza del diritto: le sue componenti, i suoi requisiti (§§ 2-2.3). La seconda è valutare se lo Stato costituzionale contemporaneo sia compatibile con il valore della certezza, ovvero – meno drasticamente – quale sia il posto della certezza del diritto nello Stato costituzionale contemporaneo (§ 3).

2. Incertezze sulla certezza del diritto

La certezza del diritto è un concetto comparativamente poco esplorato da parte dei teorici del diritto e dei giuristi positivi, il che è abbastanza curioso vista sia l'intuitiva centralità normalmente associata dai giuristi a questo valore, sia il carattere controverso che questo valore assume in molte discussioni odierne. Forse è solo un caso. O forse ci sono ragioni più profonde, legate alla inesorabile inafferrabilità di questo concetto: il concetto di certezza del diritto, così ovvio, così intuitivamente attraente (pur con le controversie sopra accennate), una volta che sia sottoposto ad una analisi poco meno che superficiale prende a dissolversi «come un fantasma». Con la conseguenza paradossale che la certezza del diritto risulta essere un concetto strutturalmente incerto.

Qui di seguito proverò a delineare una definizione del concetto di certezza del diritto, anche sulla scorta di alcune analisi elaborate dalla teoria del diritto soprattutto di estrazione analitica (§ 2.1); poi proverò a formulare un elenco delle condizioni che permettono di realizzare o incrementare la certezza del diritto (§ 2.2)²; concluderò questa parte della trattazione con un bilancio provvisorio, incentrato sul carattere relativo del valore della certezza del diritto (§ 2.3).

2.1. Per una definizione della certezza del diritto

Una definizione di partenza di certezza del diritto può essere la seguente: la certezza del diritto consiste nella possibilità di stabilire (in maniera ragio-

¹ Se il diritto fosse, di fatto, sempre incerto ci si potrebbe chiedere se il valore della certezza del diritto non sia in definitiva vuoto, impossibile. Ma questa obiezione sarebbe mal formata, a causa del carattere graduale della certezza (*infra*, § 2.3).

² Come per altri concetti filosofici e filosofico-giuridici (verità, validità...), è possibile e utile distinguere il *concetto* di certezza dai *requisiti* o *criteri* della certezza: una cosa è stabilire cosa significhi che il diritto è (o non è) certo, altra cosa stabilire a quali condizioni lo sia (o non lo sia).

nevolmente attendibile) le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti³.

Questa definizione, che non coincide con quelle più diffuse nella letteratura giuridica⁴, pone numerose questioni: ad esempio, a quali condizioni sia possibile formulare una valutazione in termini di certezza, o dal punto di vista di chi tale valutazione debba essere formulata. Questioni di questo tipo riguardano però i criteri (e non il concetto) di certezza, e saranno affrontate nel prossimo paragrafo. Una questione che invece deve essere affrontata subito riguarda il *contenuto* della valutazione in termini di certezza: ovvero, che cosa vuol dire poter stabilire le conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti.

Qui la risposta più diffusa nella letteratura giuridica rimanda al concetto di “prevedibilità”: stabilire le conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti significa poter prevedere in che modo gli organi dell’applicazione decideranno in merito a quelle conseguenze ecc. Questa impostazione della questione genera però alcune perplessità. Ovviamente, la nozione di prevedibilità ha un ruolo da giocare nell’economia complessiva della certezza del diritto (*infra*, § 2.2); tuttavia, sarebbe fuorviante identificare la certezza (il contenuto della valutazione di certezza) con la possibilità di formulare previsioni. Occorre infatti precisare che la certezza del diritto, nel senso qui rilevante, è un concetto normativo, non un concetto puramente fattuale o naturalistico. Ciò vuol dire che una valutazione in termini di certezza (la possibilità di indentificare in maniera “certa” il diritto da applicare, o da rispettare, o da eludere, o da violare) deve dipendere dall’applicazione di un criterio normativo e universalizzabile, non da un giudizio puramente empirico, o di causa-effetto. In altre parole, ai fini della certezza del diritto non si tratta di formulare ipotesi o profezie su cosa domani deciderà questo o quel giudice, profezie che avrebbero lo stesso grado di attendibilità di previsioni sul verificarsi di un terremoto o sull’andamento dei cambi sul mercato valutario; parimenti, non soddisfa la certezza del diritto nel senso qui rilevante una previsione sulle conseguenze giuridiche di un certo atto o fatto, che sia formulata sulla base di elementi come corruzione, minacce, favori personali, fedeltà politiche, e simili: in un contesto sociale in cui valutazioni sulle conseguenze giuridiche di atti o fatti basate su considerazioni di questo tipo fos-

³ Questa definizione può utilmente essere messa in rapporto alla concezione della norma giuridica come proposizione condizionale, che lega un antecedente (*fattispecie*) ad una o più conseguenze giuridiche.

⁴ La definizione indicata nel testo si discosta da quelle più diffuse nella letteratura giuridica perché non identifica direttamente “certezza” e “prevedibilità”. Come si vedrà tra breve (§ 2.2.) la prevedibilità può ben essere un *criterio* o *condizione* di certezza, ma non esaurisce il *concetto* di certezza. Analogamente, ritengo che la “stabilità (o intangibilità) dei rapporti esauriti” non rappresenti un distinto significato di certezza del diritto, come spesso si afferma, ma piuttosto una delle possibili condizioni o requisiti della certezza (§ 2.2).

sero ampiamente affidabili (ad esempio a causa della diffusa corruzione dei funzionari pubblici, o di un clima di grave intimidazione nei loro confronti) ci sarebbe senz'altro una certezza di qualche tipo, e assolutamente nulla vieta di sviluppare concetti e tecniche di indagine appropriati a questo tipo di situazioni⁵, ma chiaramente non si tratterebbe di certezza *del diritto*.

Questa è una delle ragioni che rendono insoddisfacente, a mio modo di vedere, la definizione standard di certezza del diritto esclusivamente in termini di “prevedibilità” (un'altra ragione sarà indicata nel paragrafo seguente). Infatti, se la prevedibilità rilevante ai fini della certezza del diritto non può essere intesa in un senso puramente empirico, naturalistico o finanche deterministico – come quasi tutti ammettono – allora essa non può che risolversi nella disponibilità di un criterio normativo, alla luce del quale sia possibile effettuare valutazioni ragionevolmente attendibili sulle conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti. E qui la mera *prevedibilità* delle conseguenze giuridiche cede il passo alla *correttezza* dell'inferenza che porta ad associare certe conseguenze giuridiche a certi atti o fatti. Un altro modo per dire questo è che l'oggetto della previsione non è un fatto (l'atto del decidere concretamente adottato da un certo organo dell'applicazione), ma un dover essere: e cioè il contenuto di quell'atto di decisione, per come dovrebbe razionalmente derivare da una serie di premesse normative.

È proprio questa, allora, la nozione che ci serve per definire più esattamente il concetto di certezza del diritto: la certezza del diritto consiste nella presenza, in un contesto giuspolitico dato, di criteri intersoggettivamente condivisi (criteri di “correttezza”) che permettano di formulare valutazioni ragionevolmente attendibili sulle conseguenze giuridiche di certi atti o fatti.

2.2. Condizioni di (in)certezza

Quello elaborato qui sopra è il concetto (un concetto) di certezza del diritto – la risposta alla domanda, “che cosa è la certezza del diritto?”. Questo non dice ancora nulla su quali siano i *criteri* di correttezza la cui presenza, la cui condivisione a livello intersoggettivo, rende il diritto certo – cioè la risposta alla domanda, “a quali condizioni il diritto è certo?”.

Qui è utile ricordare due coppie di distinzioni. La prima è ovvia: il diritto (ciò che chiamiamo diritto “oggettivo”, o diritto positivo) è tra le altre cose la somma di testi e di interpretazioni, di atti normativi, disposizioni e norme. Dunque la certezza del diritto richiederà accorgimenti che riguardano sia il piano dei testi, sia il piano delle interpretazioni (ovvero, sia il momento della produzione del diritto, sia il momento della sua interpretazione e applicazione).

⁵ Si pensi ad alcune indagini di psicologia cognitiva, che hanno concluso che la digestione del giudice effettivamente ne condiziona il processo decisionale.

La seconda distinzione è invece poco sfruttata – a mia conoscenza – a proposito della questione della certezza del diritto. Si tratta della distinzione tra tipi di destinatari delle norme giuridiche: potremmo chiamarli destinatari “primari” e destinatari “secondari”, ovvero, rispettivamente, il cittadino e l’organo dell’applicazione. Il diritto infatti ha una essenziale funzione di guida delle condotte umane (dei destinatari primari), ma allo stesso tempo è un fenomeno istituzionale, caratterizzato dalla presenza di organi dell’applicazione, che entrano in gioco nel momento in cui si rende necessario applicare norme giuridiche per risolvere una controversia (intesa in senso ampio) tra destinatari primari; si può dunque affermare che anche gli organi dell’applicazione siano destinatari delle norme giuridiche, destinatari “secondari”.

La nozione tradizionale, illuministica, della certezza del diritto pone al centro della prospettiva il cittadino, l’uomo comune, il “destinatario primario” delle norme giuridiche: il soggetto, cioè, il cui comportamento le norme servono a regolare. Il diritto ha una essenziale funzione di guida delle condotte umane, e per realizzare questa funzione esso deve essere conoscibile e riconoscibile con certezza dai suoi destinatari. Questo d’altronde risponde non solo a fini di efficacia ed efficienza del sistema giuridico (per realizzare i suoi scopi, per essere obbedito, il diritto deve essere conosciuto dai suoi destinatari), ma anche a valori di equità (nel senso di *fairness*) e di attenzione alla dignità e autonomia dei cittadini: il diritto si potrà abbattere, con il suo apparato sanzionatorio, solo su soggetti che erano nella condizione di conoscere gli obblighi loro imposti dal diritto stesso, e le relative sanzioni. Non è conforme a un senso minimale di giustizia (come incarnato nella concettualità della *Rule of Law*) punire soggetti che non siano stati debitamente informati sul disvalore del loro comportamento. Così intesa, peraltro, la certezza del diritto è nell’interesse sia del *bad man*, che è interessato a conoscere e prevedere la reazione dell’apparato sanzionatorio del diritto, per evitarlo o aggirarlo; sia del buon cittadino, che vuole rispettare la legge, e per questa ragione è interessato a conoscere ciò che deve fare.

Ma problemi di certezza del diritto si pongono anche dal punto di vista dell’organo dell’applicazione: anche l’organo dell’applicazione può ben trovarsi in una situazione in cui il diritto non offra risposte chiare per certe questioni, non gli indichi chiaramente quale norma applicare per risolvere una certa controversia. In linea di massima, nei confronti dell’organo dell’applicazione la certezza del diritto opera come un fattore di riduzione della discrezionalità: davanti ad un quadro giuridico certo, le possibilità decisorie dell’organo dell’applicazione sono più limitate di quelle che egli potrebbe avere in un contesto di incertezza. Per questa ragione è, nuovamente, inappropriato identificare la certezza con la prevedibilità delle decisioni degli organi dell’applicazione: perché quando versa in una situazione di incertezza, l’organo dell’applicazione non si pone un problema di imprevedibilità, ma piuttosto di mancanza di cri-

teri che guidino adeguatamente – e al limite predeterminino – la sua decisione⁶.

Dunque, è evidente che questioni di certezza del diritto (o meglio, *distinte* questioni di certezza del diritto) si possano porre dal punto di vista del cittadino, o destinatario primario, e dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, o destinatario secondario. Ora, a quali condizioni il diritto è più o meno certo per il cittadino e per l'organo dell'applicazione? Qui conviene invertire l'ordine seguito finora, e cominciare dall'organo dell'applicazione, o destinatario secondario.

Per l'organo dell'applicazione, il diritto è certo se offre una soluzione tendenzialmente univoca al caso da decidere. Quanto più aumentano le variabili e i margini di scelta nell'individuazione della soluzione del caso da decidere (o quanto meno il diritto predetermina la soluzione del caso), tanto più il diritto è, dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, incerto. E viceversa.

Ora, l'elenco delle condizioni idonee ad assicurare questo quadro di certezza è lungo e variabile. Gli elementi principali sono ben noti:

*a*₁) chiarezza nella formulazione degli enunciati normativi; tendenziale preferenza per una normazione “per regole”; presenza di automatismi giuridici che evitino di ricorrere a giudizi caso per caso (finzioni, presunzioni, ecc.);

*b*₁) chiarezza nel coordinamento tra testi normativi (ad esempio limitando al minimo l'abrogazione innominata o per incompatibilità, o formule come «e successive modificazioni»⁷); concentrazione della regolamentazione giuridica rilevante per una certa materia in poche fonti, evitando che sia dispersa in atti diversi, emanati in tempi diversi e magari diversi per grado gerarchico;

*c*₁) chiarezza nei rapporti gerarchici tra le varie fonti, e consenso tra i vari operatori su tali rapporti;

*d*₁) chiarezza nelle tecniche di soluzione di antinomie e lacune, e condivisione di tali tecniche tra i vari operatori;

*e*₁) condivisione di criteri interpretativi e argomentativi, e del loro ordine di preferenza;

*f*₁) riconoscimento di una speciale autorità interpretativa (nomofilattica) in capo ad alcuni soggetti istituzionali; univocità degli orientamenti giurisprudenziali.

Quanto più si daranno le condizioni sopra viste, tanto più la decisione dell'organo dell'applicazione sarà “predeterminata” dal diritto: beninteso, non nel senso che, *di fatto*, la sua decisione seguirà meccanicamente e au-

⁶ Uso “problema”, in questa frase, in maniera del tutto avalutativa: in effetti, la situazione di incertezza potrebbe essere, per un organo dell'applicazione, una opportunità per introdurre nel diritto elementi innovativi ispirati alla norma di riconoscimento o ideologia giuridica presupposta da quell'organo.

⁷ Corte costituzionale n. 292/1984

automaticamente, ma nel senso che esisteranno criteri condivisi di correttezza per (il contenuto di) quella decisione; e dunque, l'organo si muoverà in un quadro di certezza.

Diversa la situazione dal punto di vista del cittadino (o destinatario primario). Il cittadino, ovviamente, non prende decisioni giuridiche (nel senso qui rilevante), non applica il diritto, ma si trova nella situazione di modellare le proprie condotte a fronte delle norme giuridiche esistenti. Inoltre, e soprattutto, a differenza dall'organo dell'applicazione, il cittadino non è – necessariamente – un tecnico del diritto, non gli si può chiedere la competenza tecnica necessaria per dominare le sottigliezze interne al funzionamento della macchina del diritto (alcune delle quali invece possono anche figurare nell'elenco visto sopra, per l'organo dell'applicazione); né sarebbe auspicabile che i cittadini si debbano rivolgere ad un professionista legale per ricevere chiarimenti su ogni singola questione in cui entrino in ballo norme giuridiche. Il diritto fa affidamento in larghissima misura sulla *self-application* da parte dei suoi destinatari, sulla possibilità che i cittadini si adeguino spontaneamente ai dettami del diritto. A tal fine, è necessario che il cittadino abbia un accesso il più possibile univoco (e chiaro, ovviamente) alla comunicazione giuridica (cosa che, nel diritto positivo, è rappresentata dalla formale pubblicazione delle leggi). Ebbene, nelle organizzazioni giuridiche contemporanee, specialmente di *civil law*, la forma-diritto dotata di maggior grado di conoscibilità e accessibilità è, tradizionalmente, il diritto legislativo (diversamente dal diritto sapienziale, giurisprudenziale, o consuetudinario). È questo il punto di accesso privilegiato del cittadino alla comunicazione giuridica. Ma ovviamente, la vita del diritto non si esaurisce nella fase della “produzione”, ma prosegue in quella della applicazione. Nella comunicazione giuridica tra l'organo della produzione del diritto (il “legislatore”) e il cittadino si inserisce sempre un diaframma, uno strato ulteriore, un rumore di fondo, rappresentato dai discorsi degli organi dell'applicazione. Da qui il dilemma: per un verso, il diritto legislativo è, almeno in teoria, quello più facilmente conoscibile per il cittadino; ma per altro verso, quello che realmente interessa al cittadino è sapere come il diritto viene o verrà applicato.

Da ciò deriva, mi pare, che dal punto di vista del cittadino, la certezza del diritto dipenda dall'aver, comunque, un punto di accesso *univoco* alla comunicazione giuridica: o perché lo strato di comunicazione giuridica rappresentato dai discorsi degli organi dell'applicazione è del tutto trasparente, come nel caso in cui essi si attestino costantemente sull'interpretazione letterale dei testi normativi; o perché tale strato è talmente compatto da rappresentare univocamente ciò che mette conto di sapere, come nel caso della giurisprudenza consolidata (diritto vivente), a prescindere da quanto quest'ultima risulti distante dal significato ovvio dei testi normativi rilevanti. In altre parole, per realizzare un diritto che si presenti come certo nei confronti del cittadino si deve realizzare una situazione che mima una dinamica di tipo “imperativisti-

co”: c'è un sovrano (sia esso il legislatore, oppure il diritto giurisprudenziale oggettivatosi in un orientamento univoco), che dice chiaramente al cittadino cosa deve o non deve fare⁸. Si possono dunque indicare come criteri di certezza del diritto dal punto di vista del cittadino:

*a*₂) l'esistenza di un diritto legislativo dotato di formulazione chiara e univoca⁹, quantitativamente contenuto, facile da reperire e non disperso in una pluralità di documenti diversi (come tipicamente accade nel caso di un codice), ragionevolmente aggiornato (una normazione obsoleta fa nascere il dubbio sulla sua attuale vigenza, su come si coordini con la normazione più recente, e su come venga effettivamente interpretata dagli organi dell'applicazione);

*b*₂) uso di tecniche interpretative aderenti alla lettera della legge, o al significato “ovvio” degli enunciati legislativi¹⁰;

*c*₂) formazione di indirizzi interpretativi stabili e consolidati; esistenza di una speciale autorità interpretativa diffusamente riconosciuta;

*d*₂) limitazione o tendenziale esclusione della legislazione retroattiva; chiarezza nella regolamentazione dei regimi giuridici intertemporali;

*e*₂) norme e istituti che prevedano la stabilità o intangibilità dei rapporti esauriti (prescrizione, decadenza, cosa giudicata...), e loro costante, coerente applicazione da parte degli organi; speditezza dei processi decisionali degli organi dell'applicazione (in pendenza dei quali i soggetti interessati si trovano in una situazione di incertezza circa la stabilità della propria situazione giuridica);

*f*₂) tendenziale sovrapposizione tra regolazione giuridica e valori morali ampiamente condivisi nella comunità di riferimento; ad esempio, va a detrimento della certezza del diritto l'esistenza di fattispecie di reato altamente “artificiali”¹¹.

Queste due dimensioni della certezza (per il cittadino e per l'organo dell'applicazione) sono distinte, anche se tra esse vi possono essere delle interferenze. In linea di massima, si può ipotizzare che se il diritto è certo per

⁸ Non è un caso, dunque, che un sostenitore dell'imperativismo (e dell'utilitarismo) come Bentham fosse anche un fautore della codificazione, e fosse radicalmente contrario al diritto giurisprudenziale. Imperativismo e cultura della codificazione sono inoltre centrali per il modello dello Stato di diritto.

⁹ Si noti che “chiarezza” non equivale necessariamente a “precisione”: in alcuni casi, un enunciato molto preciso può risultare affatto incomprensibile. Si pensi ad esempio a enunciati normativi che contengono rinvii a catena ad altri enunciati: in questi casi, il significato del singolo enunciato che dispone il rinvio è chiaro (precisamente, rinviare ad altro enunciato), ma il contenuto normativo complessivo (la sostanza della comunicazione giuridica) può essere assai difficile da ricostruire. Oppure, si pensi all'uso di una terminologia tecnico-specialistica o di formule di non immediata comprensibilità in enunciati normativi volti a disciplinare condotte che possono essere tenute da chiunque (ad esempio un limite di velocità, o il tasso alcolemico nell'organismo di un guidatore) e non solo da chi può dominare quella terminologia.

¹⁰ Corte costituzionale n. 73/1958, la «esigenza fondamentale della certezza del diritto» richiede il ricorso a tecniche di stretta interpretazione.

¹¹ Corte costituzionale n. 364/1988.

l'organo dell'applicazione lo è anche per il cittadino, e se è incerto per l'organo dell'applicazione lo è anche (a maggior ragione, verrebbe da dire) per il cittadino. Ma non è detto che le cose stiano sempre così. Infatti, un determinato quadro normativo può essere tale da porre il cittadino in una situazione di profonda incertezza, mentre l'organo dell'applicazione potrebbe essere in grado di districarsi agevolmente in esso utilizzando i suoi ferri del mestiere (ad esempio, alcuni impieghi dell'argomento sistematico per l'organo dell'applicazione possono essere strumenti di pronto utilizzo, mentre per il cittadino possono risultare altamente tecnici, e tendenzialmente incomprensibili). O viceversa, il cittadino potrebbe ritenere che il diritto è certo facendo ragionevole affidamento sulla chiarezza di un certo dato normativo (ricordiamoci che il cittadino ha bisogno di punti di accesso univoci alla comunicazione giuridica: il codice, la singola legge, il singolo articolo, ecc.), senza però avvedersi che quel dato normativo è inserito in una fitta rete di rapporti sistematici e gerarchici che ne complicano e stravolgono il senso agli occhi esperti dell'organo dell'applicazione – per il quale, peraltro, il quadro giuridico complessivo potrebbe essere tutt'altro che chiaro.

E peraltro, mentre il cittadino può solo fruire della certezza del diritto, oppure subire l'incertezza del diritto, l'organo dell'applicazione può attivamente concorrere a creare una situazione di certezza o di incertezza del diritto.

2.3. La certezza del diritto come valore relativo

Quanto detto fin qui permette di formulare alcune osservazioni conclusive, di carattere generale, sulla certezza del diritto. Credo che una caratteristica della certezza del diritto che emerge chiaramente dal discorso fatto fin qui sia la multidimensionalità di questo concetto (e dei suoi criteri), o meglio il suo carattere relativo. A ben vedere, la certezza è un valore relativo in molti sensi diversi.

In primo luogo, è un valore relativo nel senso che esso assume contenuti diversi a seconda che si adotti il punto di vista del cittadino o dell'organo dell'applicazione. Dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, la certezza richiede essenzialmente che siano disponibili criteri condivisi di correttezza della decisione giuridica (con riferimento all'identificazione delle fonti, alla loro interpretazione, e alla presenza di una autorità interpretativa); dal punto di vista del cittadino richiede essenzialmente conoscibilità del dato normativo e prevedibilità delle decisioni degli organi dell'applicazione, o perché tali decisioni sono fedeli alla legge, o perché riproducono la giurisprudenza costante. (La prevedibilità, dunque, non è il significato della certezza del diritto, ma uno dei criteri della certezza, e segnatamente un criterio della certezza vista dalla prospettiva del cittadino.)

A maggior riprova di come il valore della certezza si atteggi diversamente a seconda del punto di vista adottato, si noti come i due elenchi (per quan-

to incompleti) di condizioni di certezza sopra abbozzati non coincidono: non tutte le condizioni di certezza per l'organo dell'applicazione sono anche idonee ad assicurare certezza dal punto di vista del cittadino. Questo è particolarmente chiaro nel caso del requisito dell'irretroattività: mentre una legge retroattiva coglie – per definizione, si potrebbe dire – il cittadino di sorpresa, lo mette davanti a conseguenze giuridiche che non poteva prevedere al momento in cui ha compiuto un certo atto o fatto, per l'organo dell'applicazione una legge retroattiva non solleva di per sé problemi di certezza del diritto: la sua applicazione è, in teoria, chiara. E la stessa “precisione” (distinta dalla “chiarezza”: v. *supra*, nt. 9) degli enunciati normativi può ripercuotersi diversamente sul cittadino e sull'organo dell'applicazione.

In secondo luogo la certezza del diritto è un valore relativo nel senso che le condizioni della certezza hanno carattere graduale; dunque la certezza è sempre una questione di più o meno. Il modo stesso in cui il diritto è e funziona (il suo carattere sistematico e gerarchico; l'uso del linguaggio naturale, che è strutturalmente vago; la pluralità di soggetti dotati di potere decisionale) rende inevitabile che il diritto incorpori un grado di incertezza. Ciò rende la certezza una nozione particolarmente sfuggente, in quanto non è possibile determinare una soglia precisa oltre la quale l'incertezza diventa intollerabile: il giudizio sulla certezza del diritto è contestuale, relazionale, e dunque strutturalmente incerto.

In terzo luogo la certezza del diritto è un valore relativo nel senso che non può essere considerato l'unico valore rilevante per il diritto, e nemmeno necessariamente il più importante (almeno, non sempre e comunque il più importante). A volte un diritto elastico, formulato per standards e clausole generali, può realizzare obiettivi socialmente apprezzabili meglio di un diritto certo ma rigido. E certamente il valore della certezza può essere più importante – e tendenzialmente inderogabile – in alcuni settori (diritto penale, diritto tributario, in generale diritto sanzionatorio), e meno in altri. Qui ritorna la consueta contrapposizione – presente non solo nel diritto, ma soprattutto nel diritto – tra certezza e giustizia, tra applicazione di regole fisse e giudizi casistici. Verosimilmente il diritto, pur essendo innanzitutto “regola del comportamento”, ha bisogno di entrambi. E nuovamente, non esiste una formula per predeterminare quando sia meglio mettere da parte le regole rigide per affidarsi ad una valutazione equitativa.

3. La certezza del diritto nello Stato costituzionale

Finora ho dato per scontato che la certezza del diritto sia un valore giuridico apprezzabile da un punto di vista etico-politico, ho provato a dare una definizione del concetto e dei criteri della certezza, e ho sostenuto che la certezza è un valore relativo da diversi punti di vista. È noto – e lo abbiamo già accennato – che nel diritto contemporaneo (o post-moderno) la certezza del

diritto è insidiata da molteplici fattori, quali: l'esplosione del diritto legislativo (perdita di generalità e astrattezza delle leggi, rapida successione di leggi che regolamentano una stessa materia, frantumazione della disciplina giuridica in molteplici testi legislativi, sciatteria nella formulazione linguistica delle leggi) e il declino dei codici, la diffusione del *soft law* e di altre fonti atipiche...

In quest'ultima parte del mio contributo voglio però concentrarmi su un angolo particolare (ma non di secondaria importanza), che riguarda il posto della certezza del diritto nello Stato costituzionale. L'avvento dello Stato costituzionale può essere infatti considerato un ulteriore fattore di crisi della certezza del diritto. E la certezza del diritto, a sua volta, può essere considerata come uno di quei concetti (come anche la validità, l'interpretazione...) che offrono un ottimo angolo visuale per valutare il funzionamento dello Stato costituzionale contemporaneo, le sue dinamiche interne, specialmente se si mette a confronto il ruolo riconosciuto a questo valore nel diverso contesto dello Stato di diritto o Stato legislativo.

Cominciamo proprio da qui. Per Stato legislativo intendo, conformemente ad un approccio molto diffuso, il modello di organizzazione giuridica che si diffonde in Europa continentale nel corso del XIX secolo, e che è centrato sui seguenti elementi caratterizzanti: il monopolio statale della produzione del diritto; una gerarchia delle fonti che vede la legge saldamente collocata al gradino supremo della giuridicità; la codificazione del diritto, che raccoglie tutto il diritto relativo ad una certa materia in un unico testo concepito come completo e coerente; una cultura giuridica che affida agli organi dell'applicazione il ruolo di fedeli applicatori della legge (grazie a strumenti o a finzioni ideologiche come il sillogismo giudiziario, l'interpretazione strettamente letterale o la ricerca della volontà del legislatore storico...).

In questo modello di organizzazione giuspolitica e di cultura giuridica, la certezza del diritto assume un valore assolutamente preminente; potremmo dire che è una sorta di meta-valore, che presiede al funzionamento dell'intero ordinamento giuridico, e che è funzionale alla (o è il presupposto della) realizzazione di tutti gli altri valori perseguiti dall'ordinamento: la tutela dell'autonomia individuale, la sicurezza dei traffici, l'uguaglianza formale. Il diritto dello Stato legislativo ha l'aspirazione a funzionare come una sorta di monolite ben scolpito: i cittadini lo possono vedere chiaramente, è fisso, ed è relativamente facile non andarsi a schiantare su di esso (in questo contesto la forma paradigmatica del diritto è il codice). Ovvero, per usare un'altra metafora, il diritto dello Stato legislativo funziona (o dovrebbe funzionare, in questa proiezione ideologica) come una macchina: è affidabile, prevedibile, dà sempre la stessa risposta se le si sottopone uno stesso problema, e così garantisce ai cittadini il massimo di libertà di movimento e di calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni.

Con il passaggio allo Stato costituzionale, cambia quasi tutto quello che c'è in questo quadro. Il meta-valore, ora, non è più la certezza, ma il plu-

ralismo. Ovviamente, la certezza del diritto non è assente dal panorama di valori tutelati dallo Stato costituzionale; e peraltro certi aspetti strutturali dello Stato costituzionale testimoniano esattamente una scelta in favore di certezza: si pensi al controllo accentrato di costituzionalità, che dovrebbe sottrarre il giudizio sulla validità delle leggi alla pluralità di opinioni; alla rigidità costituzionale, che dovrebbe fissare la distinzione tra materia costituzionale (la sfera dell'indecidibile) e libero margine di azione del legislatore; in fondo la stessa scrittura della costituzione, cioè il fatto che costituzione sia scritta, serve a stabilire con (relativa) certezza quali sono i valori consacrati dallo Stato costituzionale. E ovviamente alcune previsioni sostanziali (oltre a quelle strutturali) possono essere agevolmente viste (anche) in chiave di certezza del diritto: ad esempio l'irretroattività e tassatività in materia penale, le numerose riserve di legge. Quindi in prima battuta si può dire che nello Stato costituzionale il valore della certezza del diritto non scompare, ma acquista una nuova, ulteriore dimensione relativa: è un valore tra gli altri, ed entra costantemente nel gioco del bilanciamento con altri valori o principi costituzionali¹².

Ma non si tratta solo di questo. A ben vedere, nello Stato costituzionale la certezza del diritto subisce ancora un altro tipo di relativizzazione, o di indebolimento. E qui dobbiamo passare dalla considerazione degli aspetti strutturali, o anche dei contenuti sostanziali, dello Stato costituzionale, alla cultura giuridica che su esso si innesta: cioè agli atteggiamenti interpretativi e argomentativi diffusi tra i giuristi che operano nel contesto dello Stato costituzionale (cultura giuridica talvolta definita come "neocostituzionalistica").

Il tratto fondamentale di questa cultura giuridica è l'idea che la costituzione sia un insieme di principi (o addirittura di valori), che funzionano come fondamento dell'intero ordinamento giuridico, e che hanno la funzione di guidare un processo di profonda trasformazione sociale; i principi costituzionali, secondo questo modo di vedere, non riguardano una definita "materia costituzionale", ma possono assumere rilevanza per qualunque settore del diritto e per qualunque questione giuridica; il diritto infra-costituzionale è visto come uno sviluppo dei principi costituzionali rilevanti; infine, la costituzione è un documento giuridico pienamente normativo, il che significa che è suscettibile di applicazione giudiziale (diretta o indiretta); non solo: è considerato compito di qualunque operatore giuridico – e in primo luogo di qualunque operatore giudiziario – contribuire alla maggiore e migliore attuazione o applicazione della costituzione (con i mezzi di cui dispone).

¹² Un esempio a questo riguardo potrebbe essere la nota sentenza 364/1988 della Corte costituzionale, in cui un istituto che può ben essere considerato una declinazione specifica della certezza del diritto, e cioè la presunzione di conoscenza della legge penale (art. 5 c.p.), viene indebolito al fine di tenere conto di altri principi costituzionali (il carattere personale della responsabilità penale e la funzione rieducativa della pena).

Ebbene, nel momento in cui in una organizzazione giuridica (specialmente se dotata di costituzione scritta e controllo di costituzionalità) comincia ad operare una cultura giuridica di questo tipo, la certezza del diritto recede ancora di più sullo sfondo.

Innanzitutto, il fatto stesso che la legge si trovi in posizione subordinata rispetto alla costituzione indebolisce la certezza della legge, perché la validità della legge può sempre essere messa in questione rispetto alla costituzione: la certezza della legge viene indebolita dalla certezza (ed effettività) della costituzione¹³. Ma questa è solo la proverbiale punta dell'iceberg, la prima di una serie di conseguenze ulteriori che scendono a cascata. Vediamone le principali, sempre ponendoci dal punto di vista dello scolorirsi della certezza del diritto.

1) La cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo qualifica le norme costituzionali come principi. Ciò è favorito dalla stessa formulazione testuale delle disposizioni costituzionali, ricche di termini vaghi e indeterminati, valutativi, che rimandano a concetti etico-politici (libertà, eguaglianza, dignità, democrazia...); la presenza di questo tipo di linguaggio è conseguenza, a sua volta, delle aspirazioni tipiche delle costituzioni pluralistiche: esse rappresentano compromesso tra diverse visioni della società, aspirano a trasformare la società, e a durare a lungo. Di conseguenza, sembra scontato interpretare queste disposizioni come espressioni di principi (anziché regole). I principi sono norme generiche e indeterminate, la cui applicazione richiede attività di bilanciamento (a volte caso per caso) e concretizzazione; inoltre, le disposizioni di principio vengono assoggettate a interpretazione espansiva (e comunque rifiutano l'interpretazione letterale); di conseguenza, i principi vengono usati come punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme (regole, o principi a loro volta) (la dimensione nomogenetica dei principi); così, il panorama dei principi costituzionali è in continuo movimento, sempre nuovi principi possono essere desunti dalla costituzione, o comunque considerati di rilevanza costituzionale, così come possono essere escogitate sempre nuove possibilità di coordinamento tra i principi costituzionali in conflitto¹⁴.

2) La validità dipende da giudizi di valore. Nello Stato costituzionale il giudizio di validità della legge non è rimesso ad una valutazione solo formale (il rispetto di una procedura), ma ad una valutazione di compatibilità e di congruenza sostanziale tra la legge e i principi rilevanti; e il contenuto stesso di questi principi può essere controverso, perché richiede una "lettura

¹³ Cfr. Corte costituzionale n. 225/1987, dove appunto si contrappone la certezza della legge alla certezza della costituzione.

¹⁴ Questo aspetto del costituzionalismo contemporaneo (la presenza di principi) è di solito considerato la ragione principale della sua incompatibilità con la certezza del diritto. Ma come si cerca di mostrare nel testo, c'è molto di più.

ra morale”¹⁵; di conseguenza, l'accertamento della validità sostanziale della legge può richiedere complesse e controverse valutazioni, anche di natura etico-sostanziale.

3) Se nell'architettura dello Stato costituzionale il controllo accentrato di costituzionalità è un presidio per la certezza del diritto, la pratica dell'interpretazione conforme a costituzione tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso: assicura una diretta penetrazione dei principi costituzionali nel tessuto del diritto legislativo, ma a valere solo per il caso concreto. Con la conseguenza che nulla garantisce che altri giudici non diano una diversa interpretazione di quella legge, o non valutino diversamente la sua incompatibilità con la Costituzione. Peraltro, la pratica dell'interpretazione conforme talvolta viene portata a sviluppi a loro modo coerenti con le premesse, ma sempre più distanti dall'originario modello accentrato di controllo di costituzionalità: si pensi ai suggerimenti, talvolta pressanti, rivolti dalla Corte costituzionale ai giudici comuni di applicare per analogia i principi indicati dalla Corte stessa in una decisione precedente¹⁶; o di effettuare direttamente le manipolazioni del testo legislativo richieste dal rispetto di un principio costituzionale precedentemente enunciato dalla Corte stessa – o addirittura di un principio implicitamente ricavabile dalla giurisprudenza della Corte¹⁷.

4) La Corte costituzionale affianca al suo ruolo di legislatore negativo (che, oltre ad essere auspicato da Hans Kelsen, è verosimilmente quello presupposto dall'art. 136 cost.), un ruolo sempre più preponderante di co-legislatore (sentenze additive, sostitutive), e di autorità interpretativa. Queste tecniche decisorie per un verso assicurano un pronto adeguamento del diritto legislativo ai principi costituzionali (senza passare dal “vuoto” legislativo che sarebbe prodotto da una sentenza di accoglimento secca), ma per altro verso rendono – anche se in misura diversa – il diritto meno certo e meno facilmente conoscibile: il caso più eclatante è rappresentato dalle sentenze additive o interpretative “di principio”, che rinviando ad una successiva concretizzazione ad opera del giudice, almeno fino a quando non intervenga in materia il legislatore.

¹⁵ Si legga ad esempio il seguente passo di Corte costituzionale n. 487/1989, relativo alla portata della riserva di legge nell'ambito del principio di legalità penale: «come l'effettivo ambito di comprensione del “generale” principio di legalità in sede penale non è, almeno di regola, desunto, nella sua ampiezza, dalle sole, peraltro non univoche, formule costituzionali che pur lo enunciano bensì, come è ormai generalmente ammesso, dalla ratio profonda che le ispira, così la reale comprensione, in specie, del principio di riserva di legge penale va principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio piuttosto che dalle dichiarazioni costituzionali, necessarie e solenni ma non sempre tecnicamente precise, che lo enunciano; dichiarazioni i cui contenuti e limiti vanno, appunto, ricavati, anche e soprattutto, dai precitati fondamenti e, in particolare, dall'oggettiva, determinante funzione che, nell'intero ramo penale dell'ordinamento statale, la riserva in questione esplica».

¹⁶ Corte costituzionale n. 148/2004.

¹⁷ Corte costituzionale n. 208/2009.

5) L'opera giurisprudenziale di concretizzazione dei principi costituzionali può talvolta assumere le sembianze del "dialogo" o della cooperazione¹⁸. E talvolta può assumere le sembianze del conflitto o della concorrenza: una concorrenza tra diversi organi dell'applicazione sulla migliore interpretazione della costituzione, e della legge alla luce della costituzione (guerre tra corti)¹⁹. Anche se la Corte costituzionale si propone come una giurisdizione interpretativa, resta il fatto che le sue interpretazioni non sono (riconosciute come) vincolanti dal complesso del circuito giudiziario, soprattutto dalla Cassazione; cosicché, anche se la Corte costituzionale indica un'interpretazione della legge come conforme a costituzione, i giudici comuni conservano la libertà di ricercare altre interpretazioni di quella legge che essi ritengano, a loro volta, maggiormente conformi a costituzione (si ricordi che il giudizio di conformità tra legge e principi costituzionali può chiamare in causa complesse valutazioni ed essere controverso: *supra*, n. 2). Si innesca così una concorrenza tra organi giudiziari in vista dell'obiettivo di interpretare e applicare meglio la costituzione, concorrenza in cui ogni organo "dialoga" direttamente con la costituzione (salvo che alla fine la situazione non venga risolta da una pronuncia autoritativa di annullamento della Corte costituzionale).

6) Lo Stato costituzionale è strutturalmente aperto all'integrazione sovranazionale (artt. 10, 11, 117): allo strato legislativo del diritto, e a quello costituzionale, si aggiunge così un ulteriore strato, o anche più strati ulteriori, di provenienza sovranazionale (diritto CEDU, diritto euro-unitario). Nuovamente, l'incrocio e la sovrapposizione tra questi strati di legalità aumenta la complessità delle operazioni di individuazione del diritto, e porta costi in termini di certezza: specialmente per il cittadino, ma anche per l'organo dell'applicazione.

7) La cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo è "sostanzialista": richiede la ricerca della soluzione più adatta ai casi, della giustizia "sostanziale": da ciò, lo smantellamento degli automatismi giuridici, delle soluzioni troppo rigide, che sono altrettanti strumenti di certezza; la delega di bilanciamento in concreto ai giudici comuni.

¹⁸ Così, Cassazione 12.3.2007, n. 5747, e Cassazione SSUU 2.12.2004, n. 22601, in Foro it., 2005, I, 60, dove la Cassazione riconosce una certa autorevolezza alle interpretazioni rese dalla Corte costituzionale, anche al fine di assicurare la certezza del diritto (e sempre che non vi siano serie ragioni per scegliere un'interpretazione diversa).

¹⁹ Si veda ad es. Cassazione SSUU pen, 17.5.2004, n. 23016, in Giurisprudenza costituzionale, 2004, 4, pp. -3010, che afferma che «le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia erga omnes [...], e pertanto determinano un vincolo negativo solo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell'art. 101, comma 2 Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa».

Quello che ne viene fuori è un quadro complesso, e in continuo movimento. Se lo Stato legislativo cercava la fissità, la stabilità, l'individuazione di confini netti (tra diritto e morale, tra diritto e politica, tra diritto interno e diritto sovranazionale), lo Stato costituzionale rende indistinti questi confini (l'interpretazione morale della costituzione, la dottrina delle zone franche, l'integrazione sovranazionale), e cerca il continuo adeguamento del diritto infra-costituzionale ai principi costituzionali; questo adeguamento inoltre viene perseguito con l'apporto di molteplici soggetti e anche – se non soprattutto – per via interpretativa. Lo Stato costituzionale innesca infatti una diffusione (e forse una prevalenza) del momento giurisprudenziale a scapito di quello legislativo (si pensi alla complessa riscrittura giurisprudenziale a cui è stata assoggettata la legge n. 40/2004).

Lo Stato costituzionale determina un passaggio dalla cultura della certezza alla cultura della giustificazione: ogni atto di produzione del diritto è soggetto ad un continuo scrutinio di compatibilità con i principi costituzionali rilevanti; all'autorità dei numeri (principio di maggioranza) si sostituisce, o quantomeno si affianca, la necessità di fornire buoni argomenti, alla luce dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità; alla legittimazione puramente politica si sostituisce, o quantomeno si affianca, una legittimazione assiologica (la Corte costituzionale come custode dei valori, o della ragionevolezza; la concorrenza tra soggetti diversi in vista dell'obiettivo di offrire la migliore garanzia dei diritti fondamentali).

All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone così un modello diffuso, caratterizzato dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni.

Ebbene, tirando le fila di questa breve panoramica, emergono chiaramente le ombre che lo Stato costituzionale proietta sulla certezza del diritto. Il diritto dello Stato costituzionale è un diritto prevalentemente giurisprudenziale: non che la legislazione scompaia dal quadro, ovviamente, ma la produzione legislativa del diritto è quasi sempre solo un passo iniziale di un processo metabolico, ad opera di svariate categorie di interpreti, tendenzialmente senza fine, che ha come obiettivo l'elaborazione di una regolamentazione giuridica quanto più conforme ai principi costituzionali. Ora, dal punto di vista della certezza del diritto, la diffusa "giurisprudenzializzazione" del diritto contemporaneo porta con sé alcuni problemi. Il diritto giurisprudenziale, infatti, è meno conoscibile per il cittadino: sia nel senso della

pura e semplice accessibilità dei provvedimenti giudiziari (peraltro alluvionali), sia perché è frutto di un potere “tecnico” (è del tutto illusorio pensare che un cittadino comune abbia la possibilità di penetrare i tecnicismi di una sentenza della Cassazione, anche a SSUU, o di certe sentenze interpretative della Corte costituzionale). Di conseguenza esiste il rischio che il diritto dello Stato costituzionale diventi sempre più non solo giurisprudenziale, ma anche sapienziale (nel senso di “tecnico”, esoterico, iniziatico): che insegua la certezza per l’organo dell’applicazione, ma non anche la certezza per il cittadino (gran parte della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di determinatezza delle norme penali sembra assumere come punto di vista rilevante proprio il punto di vista dell’organo dell’applicazione: ci si chiede se il giudice si trovi o meno nella condizione di interpretare/applicare la norma penale senza grandi sforzi interpretativi (insufficiente sforzo interpretativo). E infine, in assenza di un precedente vincolante o del diffuso riconoscimento di una speciale autorità interpretativa in capo a un certo organo, il diritto giurisprudenziale vale per definizione solo per il caso concreto: con evidenti ripercussioni sul valore della certezza del diritto, tanto più quando la pratica dell’interpretazione conforme si spinge fino alla disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni.

Ovviamente, la certezza è solo *uno* dei valori giuridici (è un valore relativo), specialmente nel contesto dello Stato costituzionale; altri valori, come l’adeguamento del diritto, anche per via interpretativa, alla realtà sociale, e la necessità di evitare soluzioni assurde o gravemente ingiuste, richiedono che il diritto abbia sempre un grado di flessibilità. Né è possibile vagheggiare un ritorno alla certezza “illuministica”, tutta incentrata sulla chiarezza e razionalità delle leggi: *quel* legislatore, oggi, è completamente uscito di scena, se mai è davvero esistito. Allora, pur non esistendo ricette magiche, forse sarebbe il caso che la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo cercasse di dotarsi di alcuni anticorpi in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.). Alcuni di questi anticorpi potrebbero consistere nel perseguire un certo grado di stabilità delle interpretazioni giudiziarie, prendendo sul serio la funzione nomofilattica della Cassazione; o nell’esigenza che le pratiche interpretative rispettino i confini del testo legislativo, e non si spingano fino alla disapplicazione della legge; o in un più ampio ricorso da parte della Corte costituzionale al proprio ruolo di legislatore negativo, dismettendo o limitando la funzione auto-attribuitasi di giurisdizione interpretativa.

Questi anticorpi sono a un tempo banali e problematici (quando una giurisprudenza è “consolidata”? come si stabiliscono i “confini del testo”? le decisioni di accoglimento della Corte non creano forse, almeno temporaneamente, delle lacune nel diritto?). Ma nessuno ha mai detto che il diritto non sia un affare complicato.

IL GIUDICE SOGGETTO ALLA LEGGE ... IN ASSENZA DI LEGGE: LACUNE E MECCANISMI INTEGRATIVI

di Giusi Sorrenti*

Ove quindi volessimo porre in termini corretti il rapporto tra legittimità e legalità dovremmo dire che la legge non può rendere legittimo ciò che tale non è nel comune riconoscimento dei consociati. Per converso ciò che è ritenuto legittimo viene praticato e osservato indipendentemente dal fatto che il relativo modello sia formalmente enunciato in un dettato legislativo. (...) Valutare questa vicenda in termini di conflitto tra legislazione e giurisdizione significa non avere inteso il modo d'essere del diritto come esperienza. Questo libro vorrebbe concorrere a superare la logica del conflitto

(N. LIPARI, *Presentazione a Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 7 s.)

SOMMARIO: 1. Alle radici di un ossimoro: un arduo banco di prova per le categorie classiche. SEZ. I – IL PROBLEMA TEORICO DELLE LACUNE: DALLO STATO LIBERALE MONOCLASSE ALLO STATO COSTITUZIONALE PLURALISTICO - 1. Dal *dogma* giuspositivistico dell'inesistenza delle lacune al *problema* odierno del silenzio della legge. - 2. Funzione integrativa del giudice e teoria della separazione tra i poteri. - 2.1. Da un modello euristico tripartito ad un modello, più funzionale, di tipo bipartito. - 2.2. Il problema delle lacune al crocevia tra teoria della sovranità, teoria della Costituzione e teoria della democrazia. - 3. Il principio di soggezione "critica" del giudice alla legge. - SEZ. II – LE FORME E LE FASI DELL'INTEGRAZIONE: DISAMINA DEI PRINCIPALI CASI GIURISPRUDENZIALI E RICERCA DEI FORMANTI. - 1. I diritti degli stranieri in genere e dei migranti in particolare. - 2. La tutela giuridica delle persone omosessuali e *transgender*. - 3. Il discusso diritto a conservare uno *status filiationis* non corrispondente alla verità biologica in capo al minore nato da GPA o nel contesto di un progetto genitoriale di coppia omosessuale. - 4. Il diritto all'attribuzione del cognome materno. - 5. Il diritto di rifiutare le cure e il diritto ad una morte dignitosa. - 5.1. La protezione giuridica delle scelte di fine-vita come esemplare della conversione dell'attività di integrazione giuridica in interpretazione restrittiva delle ipotesi di responsabilità penale. - 6. Un limite all'integrazione delle lacune in tema di diritti sociali? - 7. La prestazione della *irrisdictio* tra moltiplicarsi delle fonti e pluralismo etico. - 8. Certezza e diritto giurisprudenziale: un modello teorico di orientamento per una proposta operativa.

1. Alle radici di un ossimoro: un arduo banco di prova per le categorie classiche

Insegna la critica letteraria che tutto ciò che è espresso da un testo deve considerarsi in esso contenuto, indipendentemente dal fatto che l'autore in-

* Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Messina.

tendesse comunicarlo o che ne fosse anche soltanto consapevole. La prima parte del titolo della Relazione a me affidata – incentrata sull’integrazione giudiziaria delle *lacunae legis* – nell’esordire con il vincolo della soggezione esclusiva del giudice alla legge presenta al lettore un “ossimoro”, che non può essere eluso. La contrapposizione concettuale accennata sprigiona tutta la *vis* polemica che investe oggi la posizione del giudice quale produttore di diritto, visto alternativamente ora come novello *Hercules* dworkiniano ora come inaccettabile usurpatore di funzioni altrui. In essa, è racchiusa l’intensa tensione dialettica che si registra all’interno degli ordinamenti costituzional-democratici contemporanei tra alcuni termini di riferimento essenziali del pensiero costituzionalistico.

Proprio perché tocca categorie giuspubblicistiche classiche, la relazione legislatore-giudici nella protezione dei diritti costituisce «sicuramente uno dei temi più impegnativi del costituzionalismo moderno»¹. Esplicitandoli, gli estremi concettuali delle coppie interessate dal conflitto sono, da una parte, il ruolo di supplenza del giudice rispetto alle carenze della legislazione, a fronte del risalente principio della divisione dei poteri e, dall’altra, la produzione giudiziaria del diritto, a confronto con la necessaria legittimazione democratica delle scelte politiche². In via di prima approssimazione, il dilemma che si pone al costituzionalista è se l’evoluzione tendente verso una sempre maggiore incidenza del momento giurisdizionale nella dinamica del diritto sia compatibile con le coordinate dello Stato costituzionale e in un certo senso fisiologica all’interno del quadro da esse definito o se invece ricada al di fuori di tali coordinate, stravolgendole e mettendone in crisi la tenuta³.

La difficoltà di conciliare la prassi giudiziaria, protagonista di tante vicende comuni del vivere civile e sociale, con gli antichi capisaldi dello Stato costituzionale democratico emerge in tutta la sua chiarezza dalle reazioni contrastanti che hanno accompagnato la decisione di significativi casi giudiziari ricadenti in vuoti di legislazione. Per rendere l’ampiezza e la portata delle oscillazioni, basti richiamare emblematicamente la giustapposizione di inquadramenti giuridici prospettati riguardo alle sorte delle pretese di tutela in giudizio di personalissime scelte di fine-vita.

Quando, nel caso Welby, il primo in cui si pongono drammaticamente all’attenzione della comunità italiana le questioni etiche implicate dalla “dolce morte”, il giudice adito ha rifiutato la domanda di interruzione del trattamento che tene-

¹ E. CHELI, *Legislatori e giudici nella difesa dei diritti*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, a cura di A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI, Napoli, 2016, 53.

² V. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 873.

³ V. P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 11 e G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, *ivi*, 44.

va in vita il paziente perché pretesa non tutelata dall'ordinamento, la decisione, come si ricorderà, ha suscitato le dure critiche di quanti hanno ravvisato nella rinuncia dell'organo giudiziario un atto di denegata giustizia⁴. La sentenza con cui il tribunale ha dichiarato «inammissibile» la domanda dell'attore, adducendo l'argomento per cui il diritto al distacco chiesto da Welby – affetto da distrofia muscolare e mantenuto in vita tramite ventilatore artificiale benché l'avesse rifiutato – pur riconosciuto esistente sarebbe tuttavia «non concretamente tutelato dall'ordinamento»⁵, cozzerebbe infatti contro il divieto di *non liquet*⁶. In maniera ancora più pungente, si è rimproverato al tribunale di aver riesumato nel nostro ordinamento il vecchio istituto del *referé legislatif*, che com'è noto imponeva agli organi giudiziari di sospendere il giudizio in attesa dell'intervento del legislatore⁷.

Le ragioni sottese alle critiche iniziano a farsi strada indirettamente nella seconda pagina giudiziaria, conclusiva dell'intera vicenda: il giudice penale dichiara, com'è risaputo, il non luogo a procedere nei confronti del medico, il quale provvede a interrompere, previa sedazione, la respirazione meccanica che teneva in vita il paziente, reputando l'azione scriminata dall'adempimento di un dovere (aver ottemperato alla richiesta dello stesso W.)⁸. Le fattispecie criminose di omicidio doloso attenuato da motivi di particolare valore morale, di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio vengono percepite come largamente inadeguate a far fronte alle esigenze poste dalle decisioni di fine-vita ed il giudice tenta di porvi al meglio rimedio.

Ma è l'anno successivo, nel caso Englaro, direttamente ad opera del vertice della giurisdizione ordinaria⁹, che la magistratura ribalta nettamente il precedente del tribunale di Roma e decide di non ritenere ostativa l'assenza di un'apposita disposizione di legge per l'adozione di una pronuncia sostanziale¹⁰: la Corte di Cassazione provvede ad annullare la sentenza della Corte d'Appello, che aveva negato l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione con sondino nasogastrico alla donna in stato vegetativo permanente, facendo leva sul convincimento secondo cui «la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva»¹¹.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, in *La Repubblica*, 19 mar. 2007.

⁵ Trib. di Roma, il 16 dic. 2006, Welby.

⁶ A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di «non liquet»*, in *Quad. cost.*, 2007, 355 ss.

⁷ V. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 26.

⁸ Trib. pen. di Roma (nella persona del G.U.P.), 17 ott. 2007, Riccio, in *Riv. fam. pers.*, 2008, 343 ss.

⁹ Corte di Cass., sez. I, sent. 16 ott. 2007, n. 21748.

¹⁰ Aderendo alla posizione di quanti sostengono che nell'ordinamento vigente «accertata la lacuna e insieme la direzione fondamentale dell'integrazione dell'ordinamento, lo svolgimento del compito è affidato al legislatore e, finché questi rimane inerte, al giudice»: A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984.

¹¹ V. i commenti di G. ANZINI, *Consenso ai trattamenti medici e «scelte di fine vita»*, in *D&R*, 2008, 957; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir.*

Anche questa pronuncia, per converso, non sfugge a convinte reazioni, soprattutto da parte di quanti, appellandosi al rigoroso principio dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge, ritengono che la suprema istanza di giurisdizione ordinaria abbia agito «creando dal nulla le regole del giudizio», in modo «irrispettoso della divisione dei poteri» e persino «oggettivamente eversivo, come lo sono tutte le invasioni di campo istituzionali»¹².

Si argomenta che il divieto di denegata giustizia non potrebbe essere invocato a sostegno della decisione, asserendosi precisamente che «(l) *ratio* dell'impossibilità del *non liquet* non pare essere quella di permettere che il giudice possa sostituirsi al legislatore nel riempimento delle lacune dell'ordinamento giuridico», in quanto «in assenza di una norma regolativa di una data situazione, egli non potrà non prendere atto del fatto che l'ordinamento giuridico non riconosce un diritto e dovrà conseguentemente respingere la pretesa avanzata»¹³.

Ciononostante, considerazioni del genere di quelle mosse dalla suprema istanza di legittimità assumono sempre più peso nella *forma mentis* dei giuristi. La pronuncia della Cassazione ha infatti ricevuto l'avallo indiretto in un *obiter dictum* della Corte di Strasburgo, invocata – con ricorso dichiarato inammissibile – da un'associazione *pro life*¹⁴. Ed è anche degno di nota che si sia risolto negativamente il conflitto di attribuzioni nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano proposto dalla Camera dei deputati con l'argomento che tali autorità giudiziarie avrebbero esercitato attribuzioni proprie al potere legislativo o comunque interferito con le prerogative dello stesso¹⁵.

pen. proc., 2008, 1039 e P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 2009, 379 ss.

¹² F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107. Per l'A., le posizioni rispecchiate dalla sentenza sono una prova di come «la *Freirechtsbewegung*, ma anche la legislazione per principi, specie dopo l'esperienza delle dittature del '900, le quali controllavano il dissenso dei cittadini tramite i giudici e le clausole generali della "coscienza giuridica socialista", della "solidarietà corporativa" e del *gesundes Volksempfinden* nazista, tutte ispirate alla formula giacobina di cui all'art. 8 della l. 22 floreale 1789 (...), va categoricamente rifiutata in un periodo di crisi e di totale incertezza (o anarchia) che si ripercuote tal quale sull'esercizio della funzione giurisdizionale» (*ibidem*, 122 s., nt. 29). Che la creazione giudiziaria sfoci invariabilmente in regimi totalitari è opinione espressa anche in ordinamenti in cui il potere giudiziario ha una tradizione ben più forte che nei sistemi di *civil law*, come testimonia l'opinione di Lord Devlin, riportata da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 83.

¹³ S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale)*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1491 s.

¹⁴ Corte edu 22 dic. 2008, *Rossi e al. c. Italia*, in *Foro it.*, 2009, IV, 109.

¹⁵ V. R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un taglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in *Forum costituzionale*, 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49; ID., *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009, 91 ss.;

È appena il caso di precisare – dato il carattere profondamente divisivo del tema, sul piano etico prima ancora che giuridico – che la spaccatura che qui viene in evidenza non attiene al merito delle decisioni, bensì concerne le posizioni generalmente assunte circa il ruolo creativo del giudice dinanzi ai difetti di legislazione: da taluni ritenuto pienamente ammissibile ed anzi doveroso, da altri respinto come un’indebita ingerenza nel campo del politico¹⁶. Le oscillazioni estreme che i sensibili sismografi della dottrina lasciano registrare in materia si deve, a monte, al fatto che la soluzione del quesito poggia su alcune assunzioni di fondo che hanno perso la stabilità che vantavano in passato e per le quali si rivela urgente, sebbene allo stato attuale ancora incerto ed incompiuto, un ripensamento.

Davanti ai richiamati contrasti frontali nelle qualificazioni dell’integrazione giudiziaria delle lacune, lo studioso che si limitasse ad esaminare le modalità pratiche della sua realizzazione, agirebbe come il vecchio giuspositivista che si limita a descrivere il contenuto di una legge o, come nel nostro caso, di singoli provvedimenti giudiziari, senza interrogarsi sulle ragioni del fenomeno analizzato né sul suo plausibile inquadramento in relazione alle caratteristiche determinanti dell’ordinamento costituzional-democratico. Per non adottare una simile angusta visuale, in una prima fase della presente riflessione ci si soffermerà sul rapporto tra l’attività integrativa del diritto e i principi cardine dello Stato costituzionale (principio della separazione dei poteri, soggezione esclusiva del giudice alla legge, doverosa legittimazione democratica delle scelte di tipo politico, teoria della sovranità popolare) per poi passare all’analisi dei “meccanismi” adoperati dal giudice per colmare i silenzi della legge.

SEZ. I – IL PROBLEMA TEORICO DELLE LACUNE:

DALLO STATO LIBERALE MONOCLASSE ALLO STATO COSTITUZIONALE PLURALISTICO

1. Dal *dogma* giuspositivistico dell’inesistenza delle lacune al *problema* odierno del silenzio della legge

Il richiamo alle vicende Welby ed Englaro, al di là del merito delle singole decisioni, che in questa sede passa del tutto in secondo piano, è stato utile a mostrare quanto il ruolo del giudice davanti alle lacune possa apparire suscettibile

Id., *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2008, 195 ss.

¹⁶ Così G. BOGNETTI, *Relazione*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002, Padova, 2004, 44 s. Perplessità sono recentemente espresse, ma in tono più problematico, anche da A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *ConsultaOnLine*, 1/2015, in nome delle non trascurabili esigenze nascenti dal fondamentale principio di uguaglianza, soddisfatto solo dalla presenza di leggi generali ed astratte.

di antitetiche valutazioni; eppure lo stesso dilemma si presentava di agevole soluzione fino ad un secolo e mezzo fa, quando la competenza degli organi giudiziari a colmare i vuoti di disciplina non era messa in discussione, né considerata collidente con l'imperativo della soggezione del giudice alla legge.

Il *Code Napoléon* disponeva a carico del giudice il divieto del *non liquet* (art 4), accanto al principio della sua soggezione alle norme di legge. La decisione giudiziaria delle controversie non espressamente regolate non rinnegava la primazia della volontà dei rappresentanti del popolo, anzi ne costituiva una delle modalità di integrale realizzazione, considerato che la pretesa ordinante assolutizzata nelle deliberazioni parlamentari – cui veniva affidato l'agognato superamento dei privilegi e delle discriminazioni tipici della monarchia assoluta – doveva essere portata a compimento e tradursi in regolamentazione piena ed effettiva della convivenza sociale. Anche il caso non espressamente previsto, in questo contesto, doveva trovare risposta attraverso un'attività di integrazione del diritto, che a rigore rientrava a pieno titolo – come *species* a *genus* – nell'interpretazione, in quanto estensione analogica della volontà legislativa ai fatti che presentassero la medesima *ratio* ovvero in quanto applicazione dei principi generali costruiti induttivamente a partire dalla medesima trama legislativa¹⁷.

Il postulato, classico secondo il positivismo moderato, della completezza dell'ordinamento giuridico rivelava tuttavia il suo carattere ideologico nelle parole di Gèny, quand'egli affermava acutamente (e forse anche provocatoriamente) che le lacune non esistono (non *devono* esistere) soltanto per il giudice, non così invece per il legislatore¹⁸. Il dogma dell'inesistenza dei vuoti di disciplina, lungi dall'essere richiesto da una sorta di "grammatica" del diritto, era il portato dell'ambizione liberale di ridurre senza residui tutto il diritto alla volontà espressa in forme positive dal legislatore. Se questa riduzione non era messa in pericolo dal potenziamento del ruolo del giudice nell'integrazione, era perché l'unità assiologica di fondo, sociale e politica, consentiva che tanto il procedimento analogico quanto il ragionamento per principi replicassero fedelmente l'ordine sistematico intessuto nella legge ed il "mondo dei valori" – incentrato sul binomio proprietà e sicurezza, tanto caro all'élite borghese – ad essa sotteso.

In altri termini, la circostanza per cui i due principi – divieto del *non liquet* e soggezione della *iurisdictio* alla *legislatio* – accolti contestualmente negli ordinamenti liberali e funzionali l'uno all'altro ora entrano in tensione non si deve a ragioni di logica giuridica, bensì alle profonde trasformazioni che hanno interessato lo Stato costituzionale.

Difficilmente oggi l'integrazione dei vuoti legislativi si potrebbe dire ap problematicamente riconducibile all'asservimento del giudice agli atti

¹⁷ V. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Ist. Giur. della R. Univ., Torino, 1938.

¹⁸ Sulla critica di F. Gèny v. N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 60 s.

dell'organo politico-rappresentativo, essendo venuta meno la coerenza sistematica che si poteva presumere nelle codificazioni ottocentesche. Dissoltosi l'uniforme panorama assiologico dello Stato monoclasse, dinanzi a una legislazione caotica, incoerente, percorsa da intenti distinti e autonomi se non contraddittori, le attività giurisdizionali preposte ad ovviare ai silenzi del legislatore si aprono immancabilmente a plurimi esiti.

Mentre l'assetto individualistico-proprietario egemone nella società prodotta dalle grandi rivoluzioni di fine Settecento aveva trovato perfetta proiezione giuridica nel fenomeno della codificazione, l'esplosione dei conflitti sociali innescati dalla rivoluzione industriale mette in crisi l'assetto socio-politico consolidato e fa avanzare nuove pretese egualitarie e di riscatto delle classi subalterne. Il compito di integrazione dei vuoti legislativi – che non a caso era fino a questo momento inglobato nell'attività di interpretazione e ricostruito come un processo di estensione analogica al caso non regolato della *ratio* scelta dal legislatore per il caso simile disciplinato espressamente¹⁹ – non può più garantire da parte dei giudici la lineare espansione della compatta e monolitica logica sistematica incorporata nei codici. Dimostratasi fallace l'idea del *codex* come oracolo vivente, la stessa analogia diviene un'attività incerta e rischiosa che, se messa a disposizione dei giudici, avrebbe potuto essere impiegata, alternativamente, o in prospettiva conservatrice contro leggi progressiste o per accogliere nuove istanze sociali che stentavano a trovare voce nell'operato di un legislatore ancora fermo agli equilibri liberali dettati dal libero dispiegamento del mercato. In entrambi i casi, lo sfaldamento della struttura preesistente della società sconsiglia dall'affidare al giudiziario la gestione degli interessi e delle istanze emergenti e suggerisce che essa sia convogliata nel campo di azione del politico.

Si produce in questo momento, contrassegnato da un'incipiente crisi delle fonti e dall'esplosione del problema dell'incompletezza del diritto, un passaggio essenziale, che porta il ragionamento volto ad ovviare ai silenzi della legge a fuoriuscire dai confini dell'interpretazione a ad essere accostato alle molteplici forme di *Rechtsbindung*, al pari del giusliberismo²⁰. L'integrazione del diritto è diventata in questa fase "creazione" *tout court*: mentre l'ordinamento perdeva la coerenza sistematica, propria delle codificazioni, qualificando in termini di produzione del diritto l'attività di integrazione delle lacune, il problema dei vuoti normativi perde la sua facile soluzione teorica.

¹⁹ V. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit.

²⁰ V. *ibidem*, 73 ss.; cui adde G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, 39 ss. Sulla trasformazione di cui si parla nel testo v. anche V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto fra ottocento e novecento*, Napoli, 2009, 55 ss.

Nelle mutate coordinate dello Stato costituzionale l'assenza di disciplina continua a costituire una circostanza indesiderata, tuttavia *non è più possibile ipotizzare la finzione giuridica* che essa non esista facendo affidamento sul prezioso, ma al contempo neutrale, compito del giudice che provvede alla sua integrazione. L'ideologia liberale dell'inesistenza delle lacune, in un ordinamento pluralistico, caratterizzato da istanze distinte e in concorrenza tra loro, non soccorre più e il problema si erge dinanzi agli occhi del giurista contemporaneo, in attesa di una nuova soluzione.

Lo scenario nel contesto attuale risulta fortemente innovato anche dal punto di vista teorico. Negli ordinamenti contemporanei la presenza di Costituzioni rigide, che positivizzano principi materiali di giustizia²¹, rende impraticabile la riduzione del diritto alla legge e apre la strada alla configurabilità teorica di lacune di disciplina. Si assiste in tali ordinamenti all'affiorare di diritti che, qualora non siano assistiti dalle relative garanzie, «primarie» e «secondarie», danno vita ad altrettante omissioni, che è innanzitutto doveroso per il legislatore colmare²². Il caso non previsto continua a richiedere una risposta, che per essere data esige non solo la ricostruzione logica dell'architettura del codice secondo schemi di regola-eccezione o ragionamenti di tipo analogico, bensì una complessa opera di concretizzazione diretta dei principi costituzionali, dotati di una vasta portata semantica, caratterizzati da eccedenza assiologica e soggetti a delicate operazioni di bilanciamento.

Ad amplificare l'incidenza del fenomeno nella vita dell'ordinamento giuridico contribuisce il suo non marginale rilievo quantitativo. Il giudice, avamposto della ricezione delle domande emergenti nel vivere sociale²³, si

²¹ Il recupero della nozione di Costituzione come indirizzo – caratteristica del costituzionalismo novecentesco che in ciò riprende la visione della Costituzione propria dei rivoluzionari francesi, messa in ombra durante lo Stato liberale di diritto ottocentesco – è particolarmente approfondito da M. FIORAVANTI, che vi contrappone la Costituzione come garanzia, tipica del modello adottato con la rivoluzione americana: *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 2014, 141 ss.

^Per l'A., un'idea di Costituzione che si pone come progetto di trasformazione della società, nel senso del riconoscimento e della garanzia del *pieno* godimento dei diritti fondamentali e dei principi di giustizia in essa affermati, comporta che l'insieme dei precetti contenuti nel testo costituzionale opera come «vincolante per la politica».

²² La più compiuta teorizzazione delle lacune come omessa predisposizione, da parte del legislatore, di puntuali forme di tutela (garanzie secondarie) nei confronti dell'enunciazione di certi diritti in Costituzione (garanzie primarie) è stata avanzata da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, e I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, entrambi in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, risp. 26 ss. e 156 ss. Essa, com'è noto, si accompagna alla discussa teoria con cui l'A. definisce i diritti fondamentali a partire dal riconoscimento costituzionale, configurandoli come diritti *pleno iure* indipendentemente dall'esistenza di un apparato di specifiche e puntuali garanzie.

^Per la distinta questione della sussistenza di lacune nello stesso testo costituzionale v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss.

²³ È diffusamente rilevato che per la sua posizione istituzionale il giudice sia deputato

imbatte nei silenzi della legge in misura crescente, dal momento che essi costituiscono spesso l'effetto dell'incidenza di uno sregolato sviluppo tecnologico o di rapide trasformazioni sociali su beni dotati di protezione in forme e tramite istituti tradizionali²⁴. I quesiti posti da fenomeni come la maternità surrogata, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la salvaguardia della dignità umana nelle scelte di fine-vita impegnano la giurisprudenza non meno della scienza giuridica. Le fattispecie ideali per le quali si riscontrano vuoti normativi non costituiscono situazioni isolate o casi sporadici: evidenziano piuttosto carenze di disciplina corrispondenti ad una tendenza in atto nella prassi delle istituzioni contemporanee. È comune l'impressione che il legislatore tenda ad addossare progressivamente ai giudici proprie scelte²⁵: ciò tanto trasfondendo nella legge compromessi incompiuti a livello politico che delegano al momento applicativo le opzioni decisive di regolazione, quanto rinviando indefinitamente la predisposizione di discipline di cui si avverte l'urgente bisogno. La preoccupazione di non assottigliare il consenso riscosso nel corpo elettorale, prendendo posizioni divisive su temi scottanti (bioetica, immigrazione, cittadinanza, etc.) suggerisce alla classe politica di non addossarsi responsabilità che potrebbero far perdere quote di soste-

a raccogliere esigenze emergenti nella vita sociale, rimaste inascoltate dal legislatore: v. A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in AA.VV., *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di R. Toniatti e M. Magrassi, Padova, 2011, 33 s. e C. SALAZAR, *La Magistratura*, Roma-Bari, 2002, 25.

²⁴ Dando vita a quei «vuoti non sopportabili alla coscienza collettiva» di cui discute P. GROSSI, *Crisi del diritto oggi*, in *Dir. soc.*, 2011, 45.

²⁵ G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 51, cui adde ora A. RUGGERI, per il quale il principale «canale di sbocco delle domande sociali» si presenta sempre più di frequente «ostruito»: *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, Intervento all'incontro di studio su *Trasformazioni dell'indirizzo politico e ruolo del Governo*, Messina 1 dic. 2017 (destinato pure agli *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*), in *ConsultaOnLine*, 4 dic. 2017, 496. Similmente si è notato che, sebbene la crescente incidenza del problema delle lacune possa sembrare bizzarra nell'era della "produzione normativa alluvionale", il legislatore che vuole regolare tutto cambiando idea ad ogni piè sospinto è lo stesso che si sottrae alle proprie responsabilità quando gli è troppo scomodo affrontarle; aggiungendo che in molti di questi casi il silenzio del legislatore è stato consapevole e consapevole è stata l'intenzione di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibri di maggioranza, non si voleva dipanare in sede parlamentare: M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *RivistaAIC*, 3/2012, 3 lug. 2012, secondo il quale in definitiva «la ragione prima del nuovo rapporto fra la giurisdizione e la politica è da cercare, anzitutto, proprio nella crisi della politica» (4). V. in merito pure A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., 33. L'abdicazione al proprio autentico spazio progettuale da parte della legislazione si unisce al riconoscimento alla giurisdizione di un compito di identificazione dei contenuti profondi del diritto emergenti dalla stessa comunità, attraverso processi di aggiustamento progressivo che si differenziano dal brusco impatto riformatore della legge.

gno necessarie al momento delle votazioni, lasciandole ricadere sulle spalle dei governi via via successivi. Tale stato di cose allontana il momento in cui l'auspicabile precedenza del canale politico di regolamentazione, prefigurata dalla Costituzione, si possa compiutamente realizzare e rende urgente una riformulazione ed un recupero della nozione di rappresentanza.

In definitiva, le trasformazioni prodottesi nel pensiero costituzionalistico del Novecento – che si accompagnano alla difficoltà di ridefinire in chiave teorica *dogmi* ereditati passivamente dai trascorsi ordinamenti – si proiettano sul *problema* delle *lacunae legis*. Il corollario relativo all'integrazione dei silenzi della legge, in tal modo, anziché costituire criterio di chiusura dell'ordinamento giuridico, che viene presentato per il suo tramite come completo, oggi “destabilizza” l'ordinamento, mettendolo al confronto con una serie di questioni insolute. In particolare, se in passato l'occultamento dei vuoti di disciplina – grazie all'abilitazione del giudice all'estensione della *ratio legis* al caso non previsto o al ricorso ai principi – era “figlio” della soggezione della giurisdizione alla legislazione, ora, con la sovrapposizione alle fonti di rango primario di una Costituzione pluralistica dotata di proprietà di delegittimazione nei confronti delle stesse leggi ordinarie, l'apparentamento stretto tra attività integrativa e sudditanza alla legge non è più assicurabile.

L'argomento diventa un terreno di verifica delle relazioni tra giudici e legislatore quali si son venute inavvertitamente delineando nel nuovo Stato costituzionale: esso interpella perciò la fisionomia che in tale Stato assume il principio della separazione dei poteri, cui conviene adesso rivolgere l'attenzione.

2. Funzione integrativa del giudice e teoria della separazione tra i poteri

Il primo degli interrogativi aperti dal problema odierno, cui il costituzionalista è chiamato a rispondere, è se il ruolo produttivo di diritto del giudice sia o no lesivo dell'imperativo della separazione dei poteri²⁶. Per rispondere al quesito non sembra inopportuno riprendere brevemente i contorni più significativi di questo tratto classico dell'organizzazione giuridica dello Stato moderno. Ai nostri fini il punto su cui occorre soffermarsi consiste nel fatto che il pensiero illuministico-liberale intende introdurre una effettiva separazione delle tre branche di poteri classici che convive con la subordinazione alle espressioni di potere legislativo delle manifestazioni di volontà promananti dagli altri due.

Da una parte, la posizione del Governo si caratterizza come soggezione funzionale del potere esecutivo al potere legislativo, pur nella distinzione

²⁶ Su cui rimane imprescindibile l'opera di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, I (1979) e II (1984).

soggettiva e indipendenza reciproca dei due rami²⁷: ciò per ragioni storiche di salvaguardia delle acquisizioni conseguite dal secondo a scapito del primo, tradizionalmente conservato in capo al monarca. Dall'altra, il potere giudiziario viene distaccato dall'indistinta massa dell'autorità sovrana, affinché possa essere assoggettato alla supremazia del potere legislativo, rispetto al quale la distinzione si coglie essenzialmente come specializzazione della sua attività quale attività tecnica²⁸: più che un potere a sua volta, esso costituisce un "ordine" (art. 104 Cost.), a carattere «*derivato*, e non originario, in quanto preposto all'applicazione della legge»²⁹. Pure tra giurisdizione e legislazione dunque, sul piano funzionale, c'è *dipendenza* e non separazione³⁰, anche se occorre mantenere la *distinzione* tra le due funzioni (non solo perché, se il giudice decidesse arbitrariamente, si infrangerebbe il rispetto della volontà popolare, ma anche) perché se la legge potesse essere modificata con effetto sulle cause pendenti, nessuno potrebbe seriamente affermare che i diritti soggettivi godano effettivamente di garanzia. La finalità ideologica del modo in cui è intesa ed attuata la separazione dei due poteri in epoca liberale – che equivale ad integrale assoggettamento di uno all'altro – è testimoniata dall'istituto del *référé législatif*, che integra una forma di interferenza del potere politico nell'attività giurisdizionale.

Ma la finalità stessa è resa ancor più palese quando si passa dal profilo funzionale a quello organizzativo, venendo in risalto su questo piano l'inquadramento gerarchico della magistratura nell'apparato del potere esecutivo. Si rende chiaro così che l'indipendenza del potere giudiziario, troppo lontana ancora dall'essere intesa come oggi, avendo il solo ed esclusivo scopo di sottrarre il giudice a qualsiasi vincolo che non sia quello esercitato dalla legge, non può realizzarsi in modalità tali da far correre rischi alla supremazia dell'autorità politica, contrapponendovi un corpo di organi da essa non direttamente controllabile.

L'assolutismo giuridico ed il monopolio politico del diritto costituiscono nel modello della rivoluzione francese l'efficace risposta al caos delle fonti tipico dell'*ancien régime* e alle discriminazioni dell'assetto cetuale della società

²⁷ V. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 671 s.; adde M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, ES, Napoli, 2007, 14 (che cita le affermazioni di Pierre Pflimlin nel corso dei lavori preparatori della Costituzione della V Repubblica francese).

²⁸ *Ibidem*, 24.

²⁹ E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1999, 31 (c.v.o non testuale).

³⁰ Sicché esse «sono due fasi del processo di affermazione di un'unica volontà: quella legislativa»: M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Ist. Enc. It. fondata da G. Treccani, Roma 1997, 51 ss. e ora in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, 413, ma *passim* per un'ampia trattazione sul punto.

ed introducono al tempo stesso il netto superamento e l'integrale negazione dell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*.

La cieca fiducia nel Parlamento, sottesa all'assoluta preminenza legislativa, si accompagna ad una concezione razionalistica della legge, come espressione suprema di ragione e manifestazione della volontà generale. Tuttavia, viene presto disinnescato il pericolo insito nella celebre separazione illuministico-liberale tra società e Stato³¹, che vede nella prima una comunità di cittadini politicamente attivi in grado di riprogettare il vivere in comune: il pericolo cioè che quest'ultima si traduca in un potere costituente attivo e perennemente insediato. La soluzione consiste nel sostituire la sovranità dello Stato-nazione, come entità astratta storico-naturale³², alla sovranità del popolo, frapponendo il diaframma dell'autorità delle istituzioni politiche come argine all'immediato riversarsi delle istanze riformatrici e progressiste della società negli atti dello Stato. La forte componente giusnaturalistica, individualistica e contrattualistica della rivoluzione francese viene così grandemente stemperata innestando nello Stato liberale di diritto tratti tipicamente rispondenti ad una concezione statualistica, coerentemente rispecchiata nel pensiero di R. Carré de Malberg, G. Jellinek e V.E. Orlando.

L'evoluzione ottocentesca della forma di Stato viene travolta nel Novecento, quando già a partire dalla prima guerra mondiale si recupera l'idea del popolo concreto come matrice di una particolare volontà politica, che risulta vincente nella lotta di classe. All'idea di popolo corrispondeva l'elaborazione di un nuovo criterio di legittimazione dei pubblici poteri e il completamento del «processo di secolarizzazione della politica»³³. Il recupero *non fa riaffiorare tuttavia il rischio insito nella configurazione di un rinnovato potere costituente permanente*, che si era visto assillare i liberali, a tal punto da determinare l'oscillazione irrisolta tra contrattualismo e statualismo, poi definita, come si è visto, a favore di quest'ultimo dalla dogmatica ottocentesca.

Ben presto infatti, con il secondo conflitto mondiale, la restituzione della sovranità al popolo attuata dalla nuova ondata delle Costituzioni europee contemporanee dovrà inserirsi in una nuova cornice chiamata a prendere atto della sopravvenuta insostenibilità dei miti fondatori della visione razionalistica della legge e del monopolio politico del diritto. La potente ideologia democratica non vale a far guadagnare al popolo (direttamente o attraverso

³¹ Com'è noto, la raffigurazione della società come entità autonoma potenzialmente confliggente con il potere politico, che si collega alla rivoluzione soggettivistica e razionalistica cartesiana, è sviluppata a partire dalla fine del XVII sec. con l'avvento del giusnaturalismo e poi dell'individualismo liberale: v. G. VOLPE, *Relazione su Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 161.

³² Su questo concetto v. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Bari, 1979.

³³ S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2/1987, 429 ss. V. anche V. PAZÉ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, 2011.

i suoi rappresentanti) i tratti più assolutistici del potere sovrano, in quanto nemmeno la collettività detiene verso i suoi membri una sovranità senza limiti, dovendo rispettare i diritti dei cittadini, indipendenti da qualsiasi autorità sociale o politica³⁴. Questo risultato si realizza eminentemente attraverso le peculiarità del vincolo rappresentativo che, mentre unisce, tiene distinti elettori ed eletti, di modo che gli organi democraticamente legittimati rimangono *altro* rispetto al corpo elettorale e dunque restano ad opera di questo suscettibili di critica e di limitazione. Si scopre che, lungi dal costituirne una negazione o un'amputazione, la «delimitazione giuridica del potere politico»³⁵ è coesistente alla democrazia³⁶. Gli ordinamenti democratici occidentali *si reggono* sulla predisposizione di meccanismi di razionalizzazione del potere politico, secondo l'ammonizione di Tocqueville, il quale configura una magistratura indipendente dotata di larghi poteri come contrappeso al rischio tanto temuto di onnipotenza della maggioranza. In proposito, molto lucidamente, A. Pizzorusso ha affermato che l'assolutizzazione del principio di legittimazione riconducibile alla sovranità popolare è la conseguenza della tensione verso l'eliminazione dei residui dualistici ancora presenti negli ordinamenti del primo Novecento; ciò non toglie tuttavia che la magistratura, priva di investitura popolare, sia riconducibile al criterio generale di legittimazione democratica per altre vie, in quanto risponde all'esigenza di razionalizzazione della neo-adottata forma di governo monista, esigenza fortemente perseguita dalla Costituzione³⁷.

Proprio in questo senso si può intendere, ad avviso di chi scrive, il disposto della Costituzione italiana che vuole le sentenze giudiziarie pronunciate in nome del «popolo»³⁸: il riferimento acquista significato se ricondotto alla garanzia di quei diritti inalienabili che sono enunciati nella prima parte del testo fondamentale e che si vogliono sottratti alle transeunti evoluzioni del principio di maggioranza. Se così non fosse e si volesse solo ribadire la rilevanza costituzionale, anche per l'esercizio della funzione giurisdizionale, del circuito di legittimazione democratica che ha inizio con l'investitura popolare, l'afferma-

³⁴ A questo proposito K.R. POPPER proponeva di rinunciare allo stesso concetto di sovranità popolare (*La società aperta e i suoi nemici*, trad. it. di R. Pavetto, a cura di D. Antiseri, Armando, Roma 1996, I, 348).

³⁵ Ma l'idea di diritti indipendenti è già presente, oltre che in J. Locke, nel raffronto di B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it. di G. Zanfarino Bonacci, in *Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Zanfarino, Bologna, 1962, 36 ss.

³⁵ S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare*, cit., 434.

³⁶ V. J. HABERMAS, *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica*, 2000, n. 3, 16.

³⁷ Così, quasi testualmente, A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano, in Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 58 ss.

³⁸ Diversamente sembra argomentare M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 6.

zione suonerebbe perfettamente ridondante rispetto al vincolo della soggezione del giudice alla legge, già puntualmente dettato dall'art. 101, co. 2, Cost.

Ciò implica in una qualche misura il superamento dell'equivalenza tra separazione/indipendenza della magistratura e la sua rappresentazione montesquieuiana come potere *en quelque façon nul*. Implica al tempo stesso l'abbandono della concezione per cui – come affermato nel celebre discorso di De Gaulle all'assemblea nazionale francese pronunciato il 1 giugno 1958 – il fondamento della legittimazione del potere è *solo* il suffragio universale. Sarebbe opportuno insistere maggiormente su questo punto, posto che tale concezione è ancora dotata di una certa vischiosità ed è all'origine di ogni perdurante rischio di ricadute giacobine, tuttora niente affatto scongiurato³⁹.

2.1. Da un modello euristico tripartito ad un modello, più funzionale, di tipo bipartito

L'introduzione di una forma democratica razionalizzata qual è quella tipica delle democrazie costituzionali equivarrebbe secondo alcuni al recupero negli Stati contemporanei della distinzione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdiction*⁴⁰. Altri al contrario ammoniscono a non cadere in facili assimilazioni, rammentando che il potere giudiziario, secondo il quadro costituzionale, deve essere sì ben distinto dall'amministrazione, ma secondo una concezione che, «pur discostandosi da quella hegeliana, non si avvicina a quella medievale (nella quale, come notano le ricostruzioni più raffinate, la *iurisdiction* non solo era affiancata al *gubernaculum*, ma racchiudeva in sé l'essenza della sovranità), bensì a quella – ormai dominante – lockeana e montesquieuiana, nella quale il vertice delle manifestazioni della sovranità è la legislazione (anche questo in forza di una sistemazione – quella bodiniana – indiscussa e tipica della modernità)»⁴¹.

Appare utile soffermarsi sul punto, che è di estremo rilievo per il tema che si sta trattando. È noto il rifiuto del modello giuspubblicistico ottocentesco da parte delle Costituzioni del '900. Esse evitano l'approdo europeo dell'affermazione rivoluzionaria della tutela dei diritti che finisce con lo stemperarli grandemente, identificandoli nella loro definizione assembleare. Tale trasformazione, che consiste nel sottrarre alla politica un'area reputata “non decidibile” (il *coto vedado* della dottrina spagnola), può essere al meglio resa ricorrendo al concetto di governo limitato nel nome della supremazia della

³⁹ V. da ultimo L. CARLASSARE, *Democrazia: alterazioni di un concetto*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di Andrea Giorgis, Enrico Grosso e Jörg Luther, Einaudi, Torino, 2016, 127 ss., oltre almeno a N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, e G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.

⁴⁰ V. M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., 403 ss., spec. 410 ss.

⁴¹ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *RivistaAIC*, 4/2014, 3.

Costituzione, presidiata da un potere terzo rispetto ai due che detengono l'attività di indirizzo politico.

In questo mutamento sussistono evidenti assonanze con la bipartizione *gubernaculum/iurisdictio*. La dialettica rappresentata da tale binomio, per essere trasposta negli ordinamenti contemporanei, richiede tuttavia di essere parzialmente rivisitata per tener conto della novità⁴² costituita dall'avvento di un unico circuito di legittimazione, a carattere democratico, che rimette la tutela ordinaria dei diritti alle manifestazioni di volontà del potere politico, pur senza esaurirla *in toto* in esse. La garanzia dei diritti non è appannaggio della *iurisdictio* ma prende corpo già attraverso la sfera del *gubernaculum* e passa attraverso il principio di legalità che sorregge e innerva l'attività giurisdizionale.

Pur tenuto conto di ciò, è innegabile tuttavia che nel nuovo contesto si producano variazioni importanti sulla nozione di separazione dei poteri, che, data la preminenza della Costituzione, da una parte non contempla più la dipendenza assoluta della giurisdizione dalla legislazione, dall'altra presenta il fenomeno del *continuum* tra *legis latio* e *legis executio*: queste variazioni fanno sì che la funzione delle democrazie costituzionali sia meglio resa da un modello *bipartito* anziché tripartito, in cui un potere di governo è fronteggiato da un contropotere giudiziario. In breve, ferma restando l'originaria intuizione montesquieuiana della frammentazione del potere come garanzia della sua limitazione e dell'apertura di spazi di libertà, una volta generalizzati il principio democratico come criterio di legittimazione del potere e instauratosi uno stretto nesso tra gli organi di indirizzo politico, la posizione di indipendenza e la funzione di contrappeso della magistratura ne escono valorizzate⁴³. Nelle democrazie odierne, in definitiva, è preferibile che si affianchino autorità diverse in concorrenza tra loro, tra cui il giudice, in una situazione che ricorda il passato medioevo⁴⁴: in questo senso si è insistito a lungo sulla necessità che vi siano luoghi di «“deliberazione democratica”» plurimi in cui si ricomponga «il continuo equilibrio del pluralismo sociale», al fine di «impedire che l'interesse politico prevalente al momento diventi il padrone assoluto del diritto»⁴⁵. Ciò vale in special modo dinanzi alla prospet-

⁴² In questo senso, ad avviso di chi scrive, si comprende la presa di distanza di M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.*

⁴³ Una trasformazione così radicale come quella prodottasi nella odierna forma di Stato determina l'effetto, da reputare «strutturale» e «non reversibile», per cui la giurisdizione si pone «in posizione ormai sostanzialmente equiordinata» accanto al legislatore: M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 19 s.

⁴⁴ Così P. RESCIGNO, *Giudici e legislatore. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 494. Per l'inserimento del «primato della politica» in una prospettiva «relazionale, pluralistica e dialogica», v. ora L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico*, Relazione al XXXII Congresso AIC, 12 del *paper*.

⁴⁵ M. DOGLIANI, *La tutela dei diritti e l'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Tempi e qualità della giustizia*, a cura di E. Bruti Liberati, Milano, 2004, 89.

tiva, che si rivela non inconsueta nelle democrazie contemporanee, che maggioranze di stretta misura possano restringere la portata di alcuni diritti⁴⁶; ma forse è proprio nell'ipotesi delle lacune che meglio può trovare soddisfazione l'esigenza che «gli esclusi dai tradizionali luoghi istituzionali» riescano a «far sentire la propria voce»⁴⁷.

Si potrebbe dire che entrambe le visioni riportate all'inizio sono vere ed entrambe parziali: i diritti non si esauriscono nella politica perché in parte indipendenti da essa, come nell'antica bipartizione, e concretizzabili dalle corti; ma la politica è ben lungi dall'essere scevra – attraverso l'ancoraggio della responsabilità democratica – dal lascito della loro garanzia.

In definitiva, se nell'ardua impresa di far coincidere il governo del popolo con il governo limitato, scongiurando l'insidiosa coincidenza tra democrazia e sovranità popolare, consiste il cuore del costituzionalismo⁴⁸, allora *si dischiudono significative maglie teoriche* per collocare solidamente il ruolo del giudice che si appresti a decidere negli spazi lasciati liberi dal legislatore o da questo momentaneamente non occupati.

Per converso, è la stessa logica del governo limitato e della razionalizzazione della forma di governo monista, vista nel paragrafo precedente, che pone al riparo dall'obiezione che a questo punto si affaccia, con il consueto tenore dell'interrogativo: *quis custodiet custodies?* Da essa emerge come il nostro ordinamento non abbia alcuna tolleranza per il “governo dei custodi”, né indulga a forme di «paternalismo giudiziale»⁴⁹. Lo Stato costituzionale «non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto “governo dei giudici”»: esso «non ha tolto il potere “sovrano” al legislatore per consegnarlo ai giudici», ma per aprire spazio a un assetto costituzionale che conosce «solo poteri limitati e bilanciati»⁵⁰. Nelle democrazie costituzionali odierne il processo di libera scelta dell'indirizzo politico dal basso, attraverso la deliberazione dei rappresentanti del popolo riuniti in assemblea, rimane insostituibile. La nuova qualificazione novecentesca della democrazia indica soltanto che il canale politico-rappresentativo, attraverso cui si esprime il popolo sovrano, incontra anch'esso limiti e contrappesi,

⁴⁶ V. J. EULE, *Judicial Review of Direct Democracy*, in *Yale Law Review*, 99 (1989), 1504 ss. e L. K. GROSSMAN, *The Electronic Republic*, Viking, NY 1995, 162 ss., che richiama l'attenzione su questa dote del giudiziario, in funzione di garanzia contro le distorsioni della democrazia diretta.

⁴⁷ S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, E. Ceretti, A. Giansanti, Feltrinelli, Milano, 1996, 27.

⁴⁸ Il costituzionalismo «*strictissimo sensu*» secondo M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 180.

⁴⁹ N. ZANON, per il quale dunque, in relazione al tema della responsabilità dei giudici, appare riduttiva la soluzione che «immiserisce» nella responsabilità disciplinare una questione «costituzionale» di equilibrio fra poteri (*La responsabilità dei giudici*, in *Annuario AIC 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2008, risp. 247, 249 e 245).

⁵⁰ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 163.

individuabili principalmente nel controllo di costituzionalità della legge e nella teorizzazione di paletti invalicabili alla stessa funzione di revisione costituzionale⁵¹. Se il legislatore è “detronizzato”, non ci sono però nuovi sovrani destinati a prenderne il posto, in quanto l’equilibrio e la moderazione reciproca tra i poteri costituiti sono adesso i criteri informativi dell’intera compagine statale.

Pur destituendo il Parlamento dalla posizione di primazia assoluta che esso ricopriva nel modello europeo continentale erede della rivoluzione francese, la Costituzione italiana investe il legislatore di un ruolo determinante, assegnando al canale politico l’alto compito di attuazione dei principi fondamentali. L’investitura è coerente con la nuova visione del costituzionalismo nel secondo dopoguerra, che lo associa a un progetto di riforma o di superamento di una certa società contrastante con quei principi⁵²: tra Otto e Novecento la trasformazione che intercorre si colloca al piano più alto delle evoluzioni degli ordinamenti giuridici, quello concernente la forma di Stato, conducendo alla nascita dello Stato sociale. L’inaridimento del canale legislativo svuota il progetto costituzionale, poiché – come è stato pronosticato – «ad una costituzione libera dalla politica rischia di corrispondere una politica libera dalla costituzione»⁵³.

Gli spazi che i giudici occupano dinanzi ai vuoti legislativi non depongono di per sé nel senso del passaggio del nostro ordinamento allo Stato giurisdizionale, se con questa affermazione si intende alimentare una visione concorrenziale e antagonistica tra risposta legislativa e risposta giurisdizionale, che contrappone, in un’alternativa fuorviante e fallace, “logica dei diritti” e “logica democratica”⁵⁴. Per alcuni la risposta giurisdizionale sarebbe preferibile, perché presenterebbe intrinseci vantaggi rispetto a quella legislativa, in quanto più permeabile alle molteplici esigenze di una società pluralistica e adattabile alla varietà, non prevedibile in anticipo, dei casi concreti. Per altri l’esaltazione del modulo decisionale giudiziario stridrebbe con i caratteri di fondo dell’ordinamento; come si è rilevato, «(q)ualunque forma di governo democratica incorpora degli elementi aristocratici: (...) la giurisdizione lo è per natura. Ora, sebbene questo sia inevitabile e opportuno, le forme di governo democratiche, pena un’insostenibile contraddizione, non possono

⁵¹ Come precisa ancora ID., il principio di sovranità popolare si colloca all’interno della Costituzione «come principio irrinunciabile ed essenziale, ma non unico, e neppure gerarchicamente sovraordinato», dovendo esso esplicarsi nel rispetto del principio «d’inviolabilità dei diritti, e di quello di uguaglianza» (*op. ult. cit.*, 160).

⁵² Lo stesso ruolo, *mutatis mutandis*, che alle costituzioni attribuiva la rivoluzione francese nella sua lotta alla società dei privilegi dell’*ancien regime* e che poi si disperse nell’età liberale ottocentesca: ID., *op. ult. cit.*, 55 ss. e 101 ss. (vd. *retro* nt. 21)

⁵³ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998, 20.

⁵⁴ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2, 7.

collocare questi elementi al centro del proprio edificio istituzionale»⁵⁵.

È tuttavia proprio l'inquadramento conflittuale, che va alla ricerca di un canale decisionale preferenziale ad essere insoddisfacente, in quanto canale giurisdizionale di tutela dei diritti e canale democratico-rappresentativo concorrono insieme⁵⁶, mantenuti ciascuno nel proprio ambito, a comporre la complessa intelaiatura della democrazia costituzionale. Così, si deve negare al giudice tanto un potere di disapplicazione o di *interpretatio abrogans* della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni. Parimenti, si deve escludere che al giudice possano essere demandate operazioni di contemperamento generale tra diritti di vasta portata in decisioni destinate ad assumere conseguentemente un forte impatto sociale, evitando che l'operazione di bilanciamento resti a lui interamente affidata, in tal modo gravandolo di un compito che «dovrebbe essere proprio della *mediazione* politica del conflitto sociale, non della sua *moderazione* giurisdizionale»⁵⁷. Per converso, deve ritenersi precluso alla politica interferire con i giudizi in corso e rendere in tal modo incerta ed instabile, per il pregresso, la garanzia dei diritti⁵⁸.

Alla luce di quanto esposto appare poco conducente in questa sede (e forse sterile anche in linea generale) chiedersi se sia preferibile il modulo parlamentare o quello giurisprudenziale nella tutela dei diritti. Il quesito rilevante è invece se, in caso di “fallimento” del primo canale rispetto a specifiche e circoscritte esigenze di tutela – sia esso episodico e congiunturale ovvero endemico e strutturale, trovando causa nella crisi generale della rappresentanza⁵⁹ – la tutela dei diritti fondamentali sia, nel quadro del costituzionali-

⁵⁵ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 6.

⁵⁶ Come ammette anche M. BARBERIS, secondo cui la produzione giuridica del diritto è conciliabile con la teoria della separazione dei poteri quando questa la si intenda come bilanciamento reciproco nel concorso tra i poteri (*Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Annuario AIC 2004*, cit., 35).

⁵⁷ *Ibidem*, 2 e similmente 9.

⁵⁸ Per fare solo un esempio, nel noto caso Ilva, il provvedimento di sequestro dello stabilimento per violazione delle prescrizioni in materia ambientale incideva sul conflitto tra beni egualmente dotati di protezione costituzionale, quali il diritto alla salute degli abitanti dell'area circostante alla sede dell'industria e il diritto al lavoro di tutti coloro che vi erano impiegati. Ed è innegabile che il decreto-legge salva Ilva, quando – tardivamente – sopraggiunge (a prescindere dal merito della scelta effettuata dal Governo a beneficio di uno dei due beni antagonisti) abbia finito, sì con il riportare la mediazione tra i diritti fondamentali in gioco nell'alveo naturale, ovvero il canale politico-rappresentativo, ma con il costo di interferire indebitamente nel giudizio in corso.

⁵⁹ Osserva G. PITRUZZELLA che la «sostanziale rottura del processo rappresentativo», con il ruolo oligarchico e “fazionario” dei partiti, favorisce, l'«ideologia della democrazia diretta» espressa con i referendum, con la critica antipartitica ed il ruolo politico dei mezzi di comunicazione di massa», alimentando il dilagare di un rischio «plebiscitario»: *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari, 1996, 145.

simo contemporaneo, destinata a soccombere o non possa viceversa trovare temporaneamente altri canali di affermazione, diversi da quello del circuito politico.

2.2. Il problema delle lacune al crocevia tra teoria della sovranità, teoria della Costituzione e teoria della democrazia

Le operazioni di integrazione del diritto che il giudice compie si pongono al crocevia tra concetti centrali per il diritto costituzionale, che purtuttavia hanno subito notevoli torsioni di significato con l'affermarsi del costituzionalismo contemporaneo. Il modello ordinante di pensiero che nasce con le Costituzioni del secondo dopoguerra in Europa incide in una certa misura tanto, come si è detto, sul principio della separazione dei poteri e sul connesso imperativo della soggezione del giudice alla legge, quanto sulla teoria della sovranità, sulla teoria della Costituzione e, non ultimo, sulla teoria della democrazia. Non avendo la pretesa di descrivere anche solo per sommi capi tutte le implicazioni accennate, incidenti su temi di immane portata, si proverà a richiamarne sommariamente solo gli aspetti più rilevanti in questa sede, nel tentativo di dare completezza al quadro concettuale d'insieme in cui si inserisce una trattazione compiuta del ruolo integrativo del giudice.

Quanto alla teoria della separazione dei poteri, si è già visto come uno schema classico tripartito, caratterizzato da una storica esigenza di tenere distinte le sfere dell'esecutivo e del legislativo promananti da fonti di legittimazione nettamente differenti e dalla dipendenza del giudiziario dal legislativo, tenda a cedere il posto ad un assetto bipartito in cui al *continuum* tra gli organi di indirizzo politico si aggiunge un corpo giudiziario in funzione di contropotere.

Marcate anche le innovazioni che toccano il concetto cardine dai tempi della nascita dello Stato, con le teorizzazioni di Bodin e Hobbes, del potere sovrano. È ora infatti la rigidità della Costituzione che prende il posto di qualsiasi "monarca" soggettivizzato e che richiede per essere effettiva di essere giurisdizionalmente presidiata. Come è stato diffusamente mostrato, se si vuol conservare la nozione teorica di sovranità nell'apparato concettuale della giuspubblicistica contemporanea, ciò è possibile solo a patto di una sua significativa torsione di significato che marca il passaggio da una nozione di sovranità in senso soggettivo (con i suoi classici attributi: effettiva, *ab-soluta* ovvero priva di limiti giuridici, contrassegnata in chiave solo formale) ad una in senso oggettivo, intesa come sovranità dei valori⁶⁰.

⁶⁰ V. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, ora in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 9 ss. V. in proposito anche L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale. Autorità Libertà Eguaglianza Diritti fondamentali Dignità della persona*, Torino, 2014, 55 ss.

La teoria della Costituzione nel torno della metà del secolo scorso ne risulta parimenti innovata, in quanto la Carta fondamentale si presenta come saldatura tanto della Costituzione-programma del modello scaturito dalla rivoluzione francese, quanto della Costituzione-garanzia propria del modello generato dalla rivoluzione americana⁶¹. Essa propone una trasformazione degli assetti sociali piuttosto che la conservazione dello *status quo* e prefigura il canale politico come canale privilegiato per la realizzazione del disegno costituzionale⁶², ma al contempo non le è estranea l'idea del "governo bilanciato", in cui agli organi di indirizzo politico si giustappongano altre istanze – tipicamente quelle giurisdizionali – in funzione di contrappeso e di limite⁶³.

Infine, sullo sfondo della problematica si intravede la dialettica tra ogni attività di creazione giudiziaria ed il carattere democratico dell'ordinamento⁶⁴, che tuttavia può essere ricomposta in quel «paradigma di fascinosa complessità» che è la democrazia costituzionale, capace di tenere insieme in un «delicato equilibrio» principi per loro natura confliggenti⁶⁵. La tensione è percepita anche nell'ordinamento statunitense⁶⁶, in misura ancora più pressante che

⁶¹ *Amplius* su queste nozioni, v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., risp. 55 e 76 ss.

⁶² V. M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 15.

⁶³ Sulla funzione essenziale della Costituzione di porsi quale limitazione del potere, v. specialmente gli scritti di A. SPADARO: *ex multis, Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994 e *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid 2003, 169 ss.

⁶⁴ Più in generale, in merito alla concezione della Costituzione, v. il dibattito tra R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad cost.*, 1/2007, 11 ss. e A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, *ivi*, 3/2007, 519 ss.; cui *adde* G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi *ivi*, 1/2008, risp. 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, *ivi*, 2/2010, 311 ss.; G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, entrambi *ivi* 4/2011, risp. 803 ss. e 895 ss. V. inoltre M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *RivistaAIC*, 1/2013 e G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014.

⁶⁴ C. GUARNERI - P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, 125.

⁶⁵ A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., 22.

⁶⁶ Tanto che il filone c.d. del radicalismo democratico, che ha raggiunto anche l'Italia, ha sviluppato una serrata critica della democrazia costituzionale, nel timore che l'aggettivo (alludente al limite) fagociti e annienti il sostantivo (alludente al governo del popolo sovrano). Con riferimento proprio all'esperienza italiana e precisamente sulle distorsioni che l'introduzione del sistema elettorale maggioritario, portando ad un'«equiordinazione tra principio di sovranità popolare e principio di legalità», avrebbe determinato a carico della concezione di democrazia e dell'attività dei giudici, v. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legi-*

negli ordinamenti europei continentali, dal momento che lì ordinariamente, prescindendo cioè dalla situazione-limite delle lacune, il giudice mette da canto la legge che offre una regolamentazione del caso non conforme a Costituzione e decide il giudizio concretizzando direttamente i principi racchiusi nella *Superior Law*⁶⁷. Se l'epocale trasformazione comportata dalle democrazie costituzionali del Novecento consiste nel fatto che neppure la riconducibilità al «supremo comando dei rappresentanti del popolo» sottrarrebbe una riforma (legale) alla mancanza di «legittimazione per valori»⁶⁸, ciò testimonia che nessuna radicalizzazione del principio democratico appartiene alla cornice teorica dello Stato costituzionale: anzi è la stessa sussistenza del limite che, realizzando concreti spazi di libertà, assicura il tenore democratico di un ordinamento, in cui la sovranità in senso oggettivo – dei valori – abbia preso il posto di una concezione soggettiva del potere sovrano. Per converso, solo una politica che promana da cittadini protetti nei loro diritti costituzionali è in grado di ottemperare all'elevata funzione che per Costituzione le spetta.

Per rendere in altri termini la complessa architettura delle democrazie costituzionali, basti pensare che il popolo entra nella Costituzione come depositario di valori storicamente sedimentati, che si esprimono nella forma positiva dei principi: la forza e la volontà non rivestono alcun ruolo nella determinazione degli indici di azione etici dell'ordinamento⁶⁹. Non è un caso che il giurista che non intenda discostarsi dalla prospettiva positivista e formalistica si debba poi misurare con la difficoltà di sfuggire, posto dinanzi al problema della legittimazione della stessa Costituzione, alla trappola di un *regressus ad infinitum*: per evitare un simile vicolo cieco, occorre prima o poi «passare dalla forma alla sostanza» e, se non si vuole incorrere ancora

slatore a tutela dei diritti fondamentali, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino, 2016, 1490 s.

⁶⁷ V. F. I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, ediz. Dedalo, Bari, 2004 e *ivi* l'introduzione di G. BONGIOVANNI - G. PALOMBELLA, *Frank I. Michelman e il significato della democrazia costituzionale*, sull'utilità della riflessione del teorico americano anche per gli ordinamenti europei continentali (5 ss., spec. 9 s.). Sul rapporto tra democrazia e diritti nel dibattito americano, v. pure B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, The Belknap Press of Harvard Un. Press, Cambridge Mass., 1991, e ID., *We the People: Transformations*, The Belknap Press of Harvard Un. Press, Cambridge Mass., 1998 (e in merito T. GROPPI, «We the People: Transformations». *Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman*, in *Pol. dir.*, 2/1999, 187 ss., spec. 192 ss.). Più di recente, si sofferma a lungo sulla c.d. difficoltà contromaggioritaria (ovvero la difficoltà di giustificare la prevalenza, nella *judicial review*, dell'interpretazione giudiziale della *Superior Law* sull'interpretazione legislativa) O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, spec. 141 ss. e 241 ss.

⁶⁸ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Bari,, 33 s.

⁶⁹ V. *ibidem*, 27 e 36. Un coerente e avanzato sviluppo di tale pensiero lo si trova nella riflessione sulla teorica possibilità di configurare limiti intrinseci allo stesso potere costituente: ID., *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Lo Stato senza principe*, cit., 95 ss., spec. 107 ss.

una volta, tradendo la lezione della storia, nel «sostanzialismo dell'autorità», intraprendere una volta per tutte la strada del «sostanzialismo dei valori»⁷⁰.

Simili acquisizioni non sono irrilevanti sul terreno della competenza giudiziaria ad integrare il diritto: negarla significherebbe infatti restituire ai rappresentanti del popolo quel potere illimitato potenzialmente prevaricante sui diritti che lo Stato costituzionale ha inteso negare. Non è un caso che A. Pizzorusso – che, come si è visto, insiste sulla raffigurazione della magistratura, in un quadro di governo razionalizzato, come componente culturale che si affianca, a mo' di correttivo, al circuito principale, democratico-rappresentativo – ammetta espressamente la facoltà dei giudici di ricavare direttamente dai principi costituzionali la regola del caso, laddove non soccorra un'esplícita disposizione di legge⁷¹.

3. Il principio di soggezione “critica” del giudice alla legge

Il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere conseguentemente reinterpretato⁷² in un contesto pluralistico in cui l'atto legislativo, da una parte, non racchiude più il monopolio politico del diritto e, dall'altra, può essere costantemente delegittimato alla luce del modello normativo costituzionale. Questo vuol dire non solo introduzione di un sistema di sindacato di costituzionalità, che è accentrato ma ad iniziativa diffusa (opzione in cui è già insito di per sé il superamento della concezione volontaristica e razionalistica della legge), ma anche possibilità di concretizzazione giurisprudenziale dei diritti nell'eventualità di silenzi normativi.

Una siffatta conclusione si impone, a meno di non voler rimettere in discussione la natura normativa dei principi, acquisizione teorica che costitui-

⁷⁰ ID., *Dal potere ai principi*, cit., 22.

⁷¹ V. A. PIZZORUSSO, *Indirizzi politici della magistratura*, in AA.VV., *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, a cura di U. Spagnoli et al., Ed. riuniti, Roma 1977, I, 343.

⁷² Similmente, A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.* e R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *RIPE*, v. 50, n. 65, jan./jun. 2016, 11: «In questi casi, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. È quanto sembra verificarsi nei casi all'inizio menzionati dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il già ricordato caso Welby)». Adde V. ANGIOLINI, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 531 s., secondo il quale «purché sia riscontrato un diritto da tutelare, il giudice non può restare paralizzato neppure dal silenzio della legge», ravvisandosi al contrario un pericolo se, in nome del «primato generico» della democrazia, si pretenda che il giudice aspetti il legislatore astenendosi dall'applicare principi costituzionali.

⁷² Per uno sforzo in questo senso, v. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

sce un punto cruciale del costituzionalismo contemporaneo. Le Costituzioni contemporanee dell'Europa continentale si distinguono da quelle precedenti per il fatto di includere nella forma positiva di norme di principio diritti *independenti* dalla legge⁷³: in questo, con uno sforzo di estrema sintesi, consiste il *proprium* dello Stato costituzionale. Tale rivoluzione copernicana muta il ruolo del giudice nel nostro ordinamento, rendendolo meno dissimile da quello esercitato tradizionalmente dagli organi giurisdizionali d'oltreoceano, permeati dalla dottrina lockiana dell'antioriorità dei diritti rispetto allo Stato.

Vale anche per il nostro ordinamento quanto detto da Alpa – a commento dell'art. 1 cod. civ. svizzero – ovvero che, se possono esservi lacune nella legge, non vi sono però nel diritto⁷⁴. Pur essendo vari i tipi di equilibrio che si possono instaurare tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale, v'è una costante all'interno dei diversi ordinamenti giuridici, ovvero che essi sono sempre il risultato della combinazione di entrambi gli elementi. Un'ampia e documentata analisi storico-giuridica che ha ripercorso il ruolo svolto dalla giurisprudenza, in molti Paesi, non solo europei, nell'arco dei due secoli scorsi, ha mostrato come ogni ordinamento appaia in definitiva la risultante dell'operare attivo di una molteplicità di fonti in senso atecnico, che interagiscono in un equilibrio mobile e variabile ma difficilmente riducibile all'assoluta dominanza di uno di essi, «anche al di là di roboanti dichiarazioni programmatiche», che prediligono ora questa ora quella componente del diritto⁷⁵. I singoli modelli⁷⁶ mantengono la loro compattezza solo in astratto:

⁷³ V. ampiamente in proposito G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cit., e ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008: l'idea dell'*indipendenza* dei diritti affermati in Costituzione rispetto alla legge offre una ricostruzione più fedele del pensiero dell'A. rispetto a quella della *separazione* tra i primi e la seconda.

⁷⁴ Il commento è riportato da G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro in bilico e effettività dei diritti e misure deflattive del contenzioso*, Introduzione al Corso di formazione per magistrati organizzato dall'Accademia dei Lincei su *Diritto del Lavoro e formazione dei magistrati*, Roma, 23 ott. 2017, in *paper*.

⁷⁵ V. P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatore): un "castello dei destini incrociati?"*, in *Quad. fior.*, 40, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Milano, 2011, 7.

⁷⁶ Ovvero il «modello legicentrico, fondato sulla volontà del legislatore e caratterizzato dalla svalutazione delle altre componenti quali fonti del diritto, adottato nell'Europa continentale e nel sud-America; il «modello sofocentrico» (prevalente in Germania, con lo storicismo di Savigny e Puchta), per il quale il fondamento dell'ordinamento non è il decisionismo di un sovrano o l'atto di un potere costituente, ma l'evolversi continuo ed organico di un popolo che trova espressione della sua identità storico-culturale nel pensiero dei *doctores iuris*; il «modello giurisprudenziale», fatto proprio dai sistemi di *common law*, in cui la giurisprudenza è la principale fonte del diritto oggettivo ed il diritto soggettivo tende conseguentemente ad identificarsi con il *remedy*: *ibidem*, 4 ss.

^Di redistribuzione dei tradizionali compiti di produzione giuridica negli ordinamenti contemporanei discute F. DE SANCTIS, *L'invenzione della giustizia tra ius e lex: Hobbes, Montesquieu e Tocqueville*, ES, Napoli, 2013.

nella pratica esperienza dei vari ordinamenti sopraggiungono invariabilmente elementi di complicazione, la cui costante viene ravvisata appunto nella difficoltà di far leva solo su una componente dell'esperienza giuridica e nella tendenza alla mutevole commistione tra i vari apporti, che si realizza in modo da perseguire un'equilibrata combinazione delle *performance* che essi sono solitamente in grado di garantire⁷⁷.

La preminenza del principio rappresentativo, posta alla base del nostro sistema, è sempre suscettibile di riespandersi, per via della possibilità del legislatore di disciplinare in qualsiasi momento la materia non regolata: riconoscere nel frattempo il compito integrativo, da una parte, non nega la natura normativa dei principi e al contempo, dall'altra, non sussistendo alcuna riserva materiale di giurisdizione, fa sì che rimanga affidato al Parlamento il potere di stabilire quale ampiezza debba assumere, di volta in volta, il principio di soggezione del giudice alla legge, di cui è l'organo rappresentativo a stabilire in definitiva i confini.

Resta da chiedersi quali forme assuma la concretizzazione dei principi costituzionali nella dinamica giurisprudenziale e quali ne siano i limiti, nonché come circoscrivere il costo da pagare in termini di certezza del diritto quando gli spazi dell'integrazione giurisprudenziale assumono una latitudine piuttosto estesa. È un profilo di innegabile rilievo, pure agli occhi di chi – come chi scrive – è convinto che non sempre la precedenza della *legislatio* rispetto alla *iurisdictio* sia in grado di garantire di per sé la certezza dei rapporti giuridici⁷⁸ (dal momento che i caratteri tipici della normazione di rango

⁷⁷ Così la dottrina del precedente tipica dei sistemi di *common law* (compiutamente elaborata da James Ram nel 1834 nel trattato *The Science of Legal Judgment*) ha la meglio sulle teorie incentrate sull'autorità del codice, in quanto il diritto giurisprudenziale si rivela, ad un attento esame, un insieme contenuto di regole identificabili e ricomponibili, assicurando margini di prevedibilità che nulla hanno da invidiare alle famiglie giuridiche di *civil law*. Se per queste ultime poi il codice in epoca risorgimentale è visto come espressione e culmine della storia nazionale, nell'Italia post-unitaria in particolare è oggetto di celebrazione la capacità della penisola di comporre codice e giurisprudenza, dottrina e prassi, affidandosi precisamente all'attività dei giudici la capacità di garantire un graduale progresso (e talora la capacità di esprimere persino una tendenza «autarchica», come quando durante il fascismo essi si mostrano impermeabili ad una dottrina compiacente al regime che predica una funzione sociale della proprietà e fedeli al paradigma proprietario liberale). Infine, in Germania e nella visione di Savigny stesso, è la prassi che rivitalizza la *scientia iuris*. V. in merito ancora P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatore): un "castello dei destini incrociati?"*, cit., 8 s.

⁷⁸ Per una ricognizione, nel campo del diritto privato, delle fonti indirette che hanno contribuito a colmare i vuoti della legge superando il «monismo legislativo», v. AA.VV., *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, a cura di L. Moscati Napoli, 2013 (le parole cit. si leggono nell'*Introduzione* della stessa L. MOSCATI, 3).

⁷⁸ Una recente riflessione su questo concetto, centrale negli studi sul fenomeno giuridico (e sulle condizioni stesse dell'umana convivenza) – parlando del quale «andiamo al cuore stesso della parabola della statualità e tocchiamo addirittura gli strati profondi della condizione umana» – è stata condotta da M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *RivistaAIC*, 4/2014, 10 ott. 2014, 27 ss. (le parole cit. si leggono a p. 30).

primario, quali la generalità e l'astrattezza, tendono a dissolversi)⁷⁹ e che, ad esaltare ancora oggi la legge come baluardo dell'eguaglianza di trattamento dei cittadini, si rischi di fare come chi ammira nel buio la luce di una stella, senza avvedersi di essere abbagliato dallo splendore di un astro ormai morto.

Un'analisi sul campo faciliterà il prosieguo dell'indagine relativamente a questo aspetto.

SEZ. II – LE FORME E LE FASI DELL'INTEGRAZIONE: DISAMINA DEI PRINCIPALI CASI GIURISPRUDENZIALI E RICERCA DEI FORMANTI

1. I diritti degli stranieri in genere e dei migranti in particolare

Uno dei settori materiali in cui si è maggiormente assistito all'introduzione di nuove tutele è quello relativo allo *status* giuridico dello straniero, anche per effetto dell'ingente flusso migratorio che ha investito il nostro Paese. Lo sviluppo di tali forme di protezione ha tuttavia seguito un andamento peculiare, in quanto anche a seguito degli interventi legislativi⁸⁰ che si sono susseguiti sul campo, animati il più delle volte dall'esigenza di assicurare la sicurezza dei cittadini più che da una spinta solidaristica volta all'accoglienza ed all'integrazione dei non cittadini, si è realizzato prevalentemente attraverso l'impugnazione delle norme restrittive dinanzi alla Corte costituzionale⁸¹. L'argomento dunque lambisce il tema delle lacune giuridiche, ma non è un serbatoio particolarmente ricco cui attingere alla ricerca di provvedimenti integrativi da parte dei giudici comuni, il cui apporto si è eminentemente concretizzato, come si diceva, nella sollecitazione dell'intervento dell'organo costituzionale di controllo.

Una copiosa giurisprudenza costituzionale è stata così in grado di incidere su molteplici profili della situazione giuridica dello straniero⁸², andando, di volta in volta, dal ricorso al diritto penale nel controllo delle frontiere e del territorio alla disciplina dei procedimenti di espulsione o dalla tematica

⁷⁹ Molto lucida e pienamente esaustiva l'analisi di M. VOGLIOTTI, *Principio di legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI (2013).

⁸⁰ Per il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia, v. E. GIANFRANCESCO, *Gli stranieri, i diritti costituzionali e le competenze di Stato e Regioni*, in *Amministrazione in cammino*, 7 mag. 2014.

⁸¹ Che nella tensione tra questi due poli assiologici si dibatta tutta la legislazione in materia è sottolineato da M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in AA.VV., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro Napoli, 2016, 7.

⁸² Rispondendo ad «un'ispirazione profonda presente nella nostra legge fondamentale», che ha consentito di superarne il tenore letterale: E. GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 2.

dei ricongiungimenti familiari all'evoluzione in tema di diritti sociali. Soffermandosi in particolare su questi ultimi, in un arco di tempo piuttosto breve, la Corte costituzionale ha esteso a tutti gli immigrati comunque presenti sul territorio, indipendentemente dal possesso del permesso di soggiorno, l'indennità di accompagnamento per invalidi civili, la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità per invalidi civili con riduzione della capacità lavorativa in misura elevata, l'indennità di frequenza per i minori disabili, l'indennità di accompagnamento per soggetti portatori di menomazioni fortemente invalidanti, la pensione di invalidità per persone non vedenti, la pensione di invalidità per i sordi⁸³.

Tuttavia, ugualmente il settore presenta un interesse per il tema del diritto giurisprudenziale nel silenzio della legge. La Corte costituzionale ha infatti valorizzato la garanzia che assicura piena parità di trattamento tra i lavoratori extracomunitari e i lavoratori italiani, sancita dall'art. 2, co. 3, "T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (d.lgs. n. 286/1998) e connessa al più generale principio previsto dal co. 2 dello stesso articolo, secondo cui lo straniero regolarmente soggiornante nel nostro Paese gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali o lo stesso testo unico dispongano diversamente. Il giudice delle leggi ha infatti puntualizzato come, alla luce di tali ampie proclamazioni, per giungere a negare al lavoratore extracomunitario un diritto di cui gode il lavoratore italiano, occorra una specifica norma – di legge o di diritto internazionale – che esplicitamente deroghi alla prescritta uguaglianza⁸⁴. Il che evidentemente equivale ad un'abilitazione a favore della giurisprudenza comune, nel silenzio della legge, alla parificazione tendenziale delle forme di garanzia.

2. La tutela giuridica delle persone omosessuali e *transgender*

La tutela delle persone LGBTI ha costituito un banco di prova per l'emersione giurisprudenziale di situazioni non legislativamente previste⁸⁵. Questo è accaduto ad esempio in materia di cambiamento di sesso, pur in presenza della legge n. 164/1982, che ha introdotto nel nostro Paese la possibilità di ottenere la rettifica anagrafica dell'identità sessuale a seguito di intervenute

⁸³ V. *ibidem* per i relativi riferimenti giurisprudenziale (24 s.).

⁸⁴ Per una rassegna normativa e giurisprudenziale sull'argomento v. P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in www.altrodiritto.unifi.it, par. IV.

⁸⁵ V., in tema, i contributi di G. D'AMICO, *LGBTI e diritti*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Torino, 2014, 176 s.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, Franco Angeli, Milano, 2013 e A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013.

modificazioni dei caratteri sessuali della persona richiedente. Tale modifica era infatti legislativamente consentita o per motivi congeniti o tramite intervento chirurgico, da autorizzarsi da parte del tribunale (art. 31, co. 4, d.lgs. n. 150/2011). La Corte di Cassazione (sent. 20 lug. 2015, n. 15138) ha riconosciuto altresì il diritto alla modifica anagrafica a favore di soggetti che la legge non aveva preso originariamente in considerazione, ovvero coloro che non intendessero sottoporsi ad intervento chirurgico pur non riconoscendosi nel sesso di nascita. Si è data così tutela ad una minoranza nella minoranza, che era rimasta fuori dalla previsione legislativa.

Ma non v'è dubbio che una delle pretese più rilevanti avanzate in questo campo sia quella prospettata da persone dello stesso sesso che intendevano accedere all'istituto matrimoniale. È noto come in Italia, una volta esclusa dal giudice delle leggi, con la sent. n. 138/2010, l'incostituzionalità della disciplina codicistica che ammette il matrimonio solo tra persone di sesso diverso, non possa assurgere a diritto fondamentale l'accesso al *same sex marriage*; né la preclusione può dirsi lesiva dei vincoli nascenti dalla Cedu, dato che la Corte europea, pur considerando il matrimonio omosessuale rientrante nella tutela offerta dagli artt. 8 e 12 della Convenzione, non ne fa discendere una garanzia imposta a tutti gli Stati membri, cui viene riconosciuto in materia un ampio margine di apprezzamento⁸⁶. Il pronunciamento costituzionale ha il merito di sedare le discussioni dottrinali sulla compatibilità dell'istituto con la nozione di matrimonio accolta dall'art. 29 Cost., oscillanti, come si sa, tra la valorizzazione dell'*original intent* dei Costituenti – che esplicitamente si riferiscono ad una «società naturale» – e l'adozione di un'interpretazione anche massimamente evolutiva del dettato costituzionale⁸⁷.

⁸⁶ Corte edu, 24 giu. 2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria*. Ciò non ha impedito ai giudici europei di condannare l'Italia per la mancata trascrizione di matrimoni contratti all'estero da coppie omosessuali, che altrimenti (prima della l. n. 76/2016, c.d. legge Cirinnà) non avrebbero fruito nel nostro ordinamento di alcuna forma di tutela giuridica: Corte edu, 14 dic. 2017, caso *Orlandi et al. c. Italia*.

⁸⁷ Per una ricognizione delle varie tesi v. i contributi ai voll. AA.VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi, Torino, 2010, 3, e-book – ivi specialmente, per la tesi "originalista", A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come famiglie*, 307 ss. – e AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti Napoli, 2011. Una riflessione volta a evidenziare l'intima contraddizione della formula costituzionale (sospesa tra sostrato naturale e costituzione tramite atto giuridico) è avanzata da R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2002, 1066 ss. e poi parzialmente rivista da ID., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La "società naturale"*, cit., 47.

¹ In sede di commento alla sent. n. 138, v. P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, II, 2010, 361ss.; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it; F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio*

Nella celebre pronuncia nel contempo però la Corte costituzionale ha riconosciuto alle persone dello stesso sesso – reputando le unioni tra esse intercorrenti rientranti a pieno titolo tra le formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità umana ex art. 2 Cost. – il «diritto di vivere liberamente una condizione di coppia», sia pure diversamente modulata rispetto a quella matrimoniale. Sulla stessa scia si è collocato il giudice delle leggi con la sent. n. 170/2014, che ha riconosciuto ai coniugi che lo richiedessero di mantenere in vita il rapporto di coppia – qualora il matrimonio si fosse sciolto a seguito di sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso – come altra forma di convivenza registrata e ciò al fine di assicurare adeguata tutela ai diritti ed obblighi degli interessati⁸⁸.

Ciò, come si sa, non ha impedito in seno alla società civile l'insistenza sull'introduzione dell'istituto del matrimonio omosessuale in Italia, che ha toccato l'apice con l'iniziativa autonoma di alcuni sindaci i quali hanno imposto agli ufficiali di stato civile di trascrivere matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, istituendo appositi registri delle unioni civili⁸⁹. Né ha evitato l'iniziativa isolata di qualche organo giurisdizionale tesa a prescrivere agli ufficiali di stato civile la trascrizione del matrimonio contratto all'estero tra nubendi del medesimo sesso – non ravvisandosi ostacoli

omosessuale, in *Foro it.*, 2010, I, 1369 nonché ID., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *RivistaAIC*, 0/2010; I. MASSA PINTO-C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss.; ID., *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *RivistaAIC*, 0/2010 e S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁸ V. in argomento A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, 13 giu. 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro italiano*, 10/2014, I, 2680 ss. e B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 15 giu. 2014. Adde ancora A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 306 ss. e ID., *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.

⁸⁹ Forma di attivazione spontanea cui ha posto fine la circolare del Ministero dell'Interno del 7 ottobre 2014.

nel rispetto dell'ordine pubblico⁹⁰. L'innovativo provvedimento giudiziario tuttavia non ha superato il vaglio del giudice di appello⁹¹, che, reputando illegittima la trascrizione dei matrimoni in questione, ha concorso così al consolidamento presso le sedi giurisdizionali di merito della posizione e dei *distinguo* fatti propri dall'organo costituzionale di controllo.

Nell'attesa che il legislatore, raccogliendo il pressante monito contenuto nel rigetto del 2010⁹², provvedesse in materia (ciò che poi è accaduto, com'è noto, con la l. n. 76/2016), la magistratura si è fatta carico di dare contenuto giuridico al nuovo diritto identificato dal giudice delle leggi. In particolare, il vertice della giurisdizione ordinaria ha reputato tutti i giudici comuni abilitati ad estendere alle coppie stabili, anche costituite da persone dello stesso sesso, diritti e doveri corrispondenti ad un «trattamento omogeneo» a quello consentito alle coppie coniugate «a prescindere dall'intervento del legislatore in materia» e/o a sollevare eccezione di incostituzionalità delle norme che ad esse eventualmente attribuiscono un trattamento deteriore⁹³. Se appare evidente che la magistratura non avrebbe potuto disegnare con completezza di contorni il regime giuridico delle unioni omosessuali, tuttavia, pur nell'inerzia del Parlamento, essa si riconosceva legittimata a concorrere ad allineare progressivamente il trattamento ad esse tributato a quello riservato alle coppie unite in matrimonio.

3. Il discusso diritto a conservare uno *status filiationis* non corrispondente alla verità biologica in capo al minore nato da GPA o nel contesto di un progetto genitoriale di coppia omosessuale

Il nostro ordinamento, se accoglie le pratiche di PMA con l'ampiezza consentita dalle correzioni cui nel tempo è stata assoggettata la l. n. 40/2004⁹⁴, non offre invece tutela giuridica alla possibilità di procreare avvalendosi della GPA, ovvero della “gestazione per altri”, formula questa da ritenere preferibile a quella di maternità surrogata o su commissione e ancor di più rispetto all'altra, invero brutale, di “utero in affitto”⁹⁵. La *surrogacy*, per usare la ter-

⁹⁰ V. Trib. Grosseto, 9 apr. 2014.

⁹¹ V. Corte d'App. Grosseto, 19 sett. 2014.

⁹² Nonché quello derivante dalla condanna subita nel sistema della “grande Europa”: v. Corte edu, 21 lug. 2015, caso *Oliari et al. c. Italia*.

⁹³ Corte Cass., sez. I civ., 15 mar. 2012, n. 4184.

⁹⁴ Su cui v. di recente AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, ES, Napoli, 2017.

⁹⁵ E raccomandata dalle *Linee Guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI*, con l'intento di «mettere al centro la gravidanza come esperienza femminile insostituibile»: B. PEZZINI, *Introduzione al Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIUS*, 2/2017, 7.

minologia anglosassone, non rientra infatti nel raggio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali sono tutte accomunate dallo scopo di consentire alla donna della coppia di partorire. La prassi che si è generata per aggirare tale divieto (art. 12, co. 6, l. 40/2004) ha reso ineludibile, tuttavia, anche nel nostro Paese confrontarsi, oltre che con i complessi interrogativi etici connessi alla discussa sostituzione di maternità, anche con le connotazioni assunte nelle circostanze di specie dal *best interest of the child*, nonché con la possibilità di configurare ulteriori limiti al rispetto del diritto all'identità biologica e genetica dell'individuo.

Il fenomeno crescente (c.d. turismo procreativo) per cui una coppia di genitori intenzionali commissiona a una donna straniera, nei Paesi in cui la *surrogacy* è lecita, il compito di iniziare e portare a termine una gravidanza, impegnandola alla consegna del bambino nato al termine di essa, acquista rilievo nel nostro Stato nel momento della reazione dell'ordinamento giuridico alla prassi così instaurata. Tale reazione si concretizza, precisamente, nel rifiuto delle autorità competenti di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero, in cui figurano come genitori i committenti (c.d. genitori intenzionali, appunto), in quanto attestante uno *status filiationis* giuridicamente riconosciuto solo nel Paese dove la procreazione è avvenuta. Al rifiuto segue la segnalazione alla procura della Repubblica per l'accertamento della responsabilità – configurandosi il reato di falsa attestazione di stato oltre alla violazione della legge sulle adozioni – nonché contestualmente l'apertura della procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

Già in un simile contesto si evidenzia la tensione tra la reazione obbligata dell'ordinamento e la specialità della situazione dove, in particolare, pur in mancanza di un legame genitoriale giuridicamente valido, non sussiste tuttavia uno stato di abbandono, in presenza di una coppia fortemente motivata alla filiazione: il disconoscimento dello stato di figlio attestato all'estero e l'avviamento alle procedure adottive si rivelano, nella peculiare circostanza della sostituzione di maternità, non sempre idonee a garantire la migliore tutela del minore.

È noto in proposito che l'Italia ha subito una condanna dalla Corte edu, nel caso Paradiso e Campanelli, per aver disposto la misura dell'allontanamento di un minore, nato in Russia in seguito a maternità surrogata e tuttavia del tutto privo di qualsiasi legame genetico con i genitori intenzionali, consentendo così che lo stesso venisse conseguentemente dato in affidamento ad altra famiglia⁹⁶. La pronuncia, con la quale sembrava affermarsi il principio per cui il rilievo dell'ordine pubblico dovesse cedere al *best interest of the child*, è stata tuttavia quest'anno ribaltata dalla Grande Camera della Corte europea, la quale ha ritenuto non ravvisabile nella condotta italiana una violazione dell'art. 8 Cedu⁹⁷.

⁹⁶ Corte edu, 27 gen. 2015, *caso Paradiso e Campanelli*.

⁹⁷ Corte edu, Grande Camera, 24 gen. 2017, *caso Paradiso e Campanelli*. V. tutta-

L'esigenza di non pregiudicare l'interesse del minore ha condotto talora la giurisprudenza a riconoscere la trascrivibilità dell'atto di nascita⁹⁸, il che consentirebbe inoltre al tribunale per i minorenni di non dar seguito alla dichiarazione dello stato di adottabilità. Tali permissivi orientamenti dei giudici di merito sembravano destinati a trovare inizialmente un freno nella rigorosa decisione del vertice della giurisdizione ordinaria, che aveva fermamente dichiarato la contrarietà della GPA con i principi di ordine pubblico del nostro ordinamento⁹⁹. Ma tale conclusione è forse destinata a mutare in considerazione del successivo affermarsi di un indirizzo contrapposto con il quale la Corte di Cassazione (I sez. civ., sent. 19599/2016) ha dato il suo autorevole avallo alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che riporti il nato come figlio di due madri, in quanto partorito da una delle due donne di coppia omosessuale a seguito di ovodonazione da parte dell'altra. Secondo la "storica" pronuncia, la nozione di ordine pubblico non va intesa come corrispondenza della disciplina applicata dal provvedimento straniero a quella italiana, bensì come conformità all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, qual risultano dalla Costituzione nonché dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti umani dell'UE. Premessa questa significativa torsione di significato, con cui la categoria dell'ordine pubblico si affranca dalla sua funzione tradizionalmente "difensiva", si profila come meritevole di protezione l'interesse del minore alla continuità dello *status filiationis* attestato all'estero – interesse indifferente alla tecnica di procreazione impiegata – connesso con il diritto all'identità non solo fisica, ma anche personale e sociale del minore, che si affianca al diritto alla vita privata. Il disconoscimento di tale interesse, peraltro, secondo l'organo di nomofilachia, violerebbe l'art. 24, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, che sancisce il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori, indipendentemente dal sesso o dall'orientamento sessuale di questi ultimi. Né viene ritenuto ostativo alla trascrizione il brocardo *mater semper certa est*, positivizzato all'art. 269 cod. civ., che per la Corte non assurge a principio di rango costituzionale suscettibile di integrare il concetto di ordine pubblico, affermandosi viceversa una concezione della maternità intesa non solo come trasmissione del patri-

via Corte edu, 26 giu. 2014, *Mennesson c. Francia*, e 26 giu. 2014, *Labassee c. Francia*.

⁹⁸ V. Corte d'App. Bari, 13 febb. 2009.

⁹⁹ Sulla stessa falsariga, sia pure in una situazione diversa, si pone la Corte d'App. di Torino, 29 ott. 2014, che ammette la trascrivibilità di un atto di nascita spagnolo, in cui risulta la genitorialità di due donne: la generazione è avvenuta attraverso la donazione di gamete maschile e il trasferimento dell'ovulo di una donna nell'altra per la gravidanza.

⁹⁹ V. Corte Cass., I sez. civ., 11 nov. 2014, n. 24001, che qualifica la paternità e maternità intenzionali come forma di genitorialità meramente «apparente»: nella specie tuttavia risultava violata la stessa legge ucraina (del Paese cioè dove era stata effettuata la GPA), che imponeva la riconducibilità del 50% del patrimonio genetico alla coppia committente, in quanto la coppia italiana non aveva alcun legame genetico col minore.

monio genetico, ma quale intenzionale assunzione di responsabilità genitoriale. All'esito dell'articolata argomentazione, emerge una «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi delle persone e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie»¹⁰⁰. Su questa scorta, la Corte d'Appello di Trento¹⁰¹ ha accreditato il legame genitoriale tra due gemelli nati da GPA nel quadro di un progetto genitoriale di coppia omosessuale e il padre, non genitore, risultante dal provvedimento straniero. Parimenti si sono moltiplicate le pronunce (non più impugnate dalle procure a seguito della menzionata decisione della Cassazione e dunque divenute definitive) con cui i tribunali di merito costituiscono la relazione di «doppia genitorialità» in capo alla coppia di genitori dello stesso sesso che ha fatto ricorso alla fecondazione eterologa, distinguendo un legame di genitorialità biologica (piena) ed uno di genitorialità sociale, con gli effetti dell'adozione in casi particolari (*stepchild adoption*).

Tornando al ricorso alla GPA da parte delle coppie con membri di sesso diverso, non è detto che le richiamate tendenze dei giudici di merito, favorevoli alla trascrizione, siano in grado di rivelarsi risolutive del fitto intreccio di problemi giuridici insorgenti nella fattispecie. Esse, infatti, pur motivate dall'intento di evitare che, una volta realizzata fuori dal territorio italiano la condotta vietata, la risposta del nostro ordinamento si risolva in un danno per il minore, non possono dirsi in grado di offrire in ogni caso una soluzione definitiva al problema: esse infatti non impediscono la contestazione dell'attribuzione di genitorialità avvenuta all'estero nell'ipotesi in cui si promuova – su iniziativa del PM con nomina di apposito curatore¹⁰² – l'impugnazione del riconoscimento di maternità, avvalendosi dello strumento previsto dall'art. 263 cod. civ. In questa circostanza, lo stato di filiazione non veritiero, ma comunque acquisito e ormai consolidato per lo stabile inserimento nel nucleo familiare dei genitori intenzionali, si trova a cozzare con il principio di verità della nascita, che presiede al sistema civilistico delle attestazioni di stato.

Come è noto, l'impugnazione *ex art. 263 cod. civ.*, infatti, è preposta al fine dell'acquisizione di uno *status* corrispondente alla realtà biologica, come confermano ripetute decisioni della Corte costituzionale: la sent. n. 112/1997 riconosce che tale gravame consente sempre la declaratoria di non veridicità del riconoscimento, dando la preminenza all'esigenza di coincidenza della situazione giuridica con il dato naturale rispetto all'eventuale interesse del minore alla conservazione del diverso *status filiationis* in precedenza acquisito; parimenti, per la sent. n. 170/1999, il diritto all'identità genetica equivale all'attestazione pubblica di un rapporto di filiazione veridico; per l'ord. n.

¹⁰⁰ Corte cass., I sez. civ., sent. n. 19599/2016, punto 12.1 mot.

¹⁰¹ Corte d'App. Trento, ord. 23 febb. 2017.

¹⁰² Su questo specifico aspetto v. S. STEFANELLI, *Sui confini dell'impulso del pubblico ministero nell'impugnazione dello status intenzionale*, in *GenIUS*, 2/2017, 28 ss.

12/2012, infine, la verità biologica della procreazione corrisponde con la salvaguardia dell'essenziale interesse del minore. In questo medesimo ordine di idee si pone, parallelamente, la sentenza additiva di principio che riconosce il diritto del figlio adottivo a conoscere le proprie origini biologiche, come espressione del diritto all'identità personale¹⁰³.

Il principio per cui in astratto non si ravviserebbe, nella *ratio* della summenzionata azione civilistica, alcuna dissociazione tra *favor veritatis* e *favor minoris* è stato messo in discussione di recente nel caso di un bambino nato nel 2012 a Mubai in seguito a commissione di maternità ad una donna indiana, nel cui utero viene impiantato un embrione formato da ovocita proveniente da una donatrice anonima e dai gameti del padre intenzionale. Al ritorno in Italia, la coppia ottiene, dopo un iniziale rifiuto, la trascrizione dell'atto di nascita ed altresì, dal Tribunale per i minorenni di Milano, la dichiarazione di non luogo a provvedere sulla domanda di adottabilità per assenza dello stato di abbandono. Lo stesso Tribunale, emerso nel corso del procedimento il ricorso alla GPA da parte dei genitori, autorizza, su richiesta del PM, la nomina di un curatore per l'impugnazione del riconoscimento di maternità del minore per difetto di veridicità¹⁰⁴: il riconoscimento viene così annullato. Adita dalla madre, la Corte d'Appello di Milano¹⁰⁵ sollecita, con questione attualmente pendente, un'ulteriore considerazione da parte del giudice delle leggi sui limiti del *favor veritatis* sulla procreazione, invocando gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. e 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu.

Il collegio di secondo grado, primariamente, respinge l'istanza di parte a promuovere una distinta questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che vietano la maternità surrogata. Secondo la Corte di Milano, nel caso di specie, alla libertà di autodeterminazione della coppia, come scelta di diventare genitori e di formare una famiglia – che ha ricevuto rilievo giuridico nella sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale volta ad ammettere la fecondazione eterologa – non si contrappone solo l'interesse del nato, ma an-

¹⁰³ Sent. n. 278/2013, che dichiara incostituzionale l'art. 28, co. 7, l. n. 184/83, «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica»: l'irreversibilità del segreto viene ritenuta lesiva degli artt. 2 e 3 Cost. Uno sviluppo ulteriore si deve alla Corte Cass., sent. n. 15024 del 21 lug. 2016, la quale ritiene che a seguito della morte della madre che partorì in anonimato, l'interesse alla segretezza diventi recessivo di fronte al diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini biologiche (similmente, v. Corte Cass., sez. I civ., sent. 9 nov. 2016, n. 22838).

¹⁰⁴ Per un precedente di analoga impugnazione, ex art. 263 c.c., v. Trib. per i minorenni di Milano, 1 ago. 2012, nei confronti di un bambino nato da GPA in Indonesia.

¹ In dottrina è discussa tuttavia l'ammissibilità di simile impugnativa, quando, nel Paese di nascita del bambino, la maternità sia stabilita con provvedimento del giudice: v. G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, 2/2017, 12 ss.

¹⁰⁵ Corte d'App. Milano, ord. 25 lug. 2016 n. 273.

che un interesse ulteriore, segnatamente quello della gestante¹⁰⁶. Di quest'ultima risulterebbe lesa infatti la dignità (che vuole l'essere umano considerato kantianamente sempre come fine e mai come mezzo), conculcata tutte le volte in cui si rivelasse negata l'autodeterminazione della donna nelle vicende procreative – in cui centrali sono il suo corpo e la sua soggettività – vincolando contrattualmente la sua fondamentale scelta se essere o meno madre¹⁰⁷.

Secondariamente, i giudici di appello reputano l'automatico accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento del nato per difetto di veridicità contrario al preminente interesse del minore e censurano l'art. 263 c.c., nella parte in cui non consente al giudice di valutare se sussista un superiore interesse del fanciullo alla conservazione dello *status* non veridico.

Sebbene ricca ed articolata, la motivazione dell'ordinanza di rimessione presentata dalla Corte d'Appello di Milano segue un argomentare plausibile, ma al contempo pure interamente controvertibile. È in primo luogo discutibile che il divieto in discorso sia assoluto, in quanto almeno la surrogazione “di prossimità” (che avviene cioè entro la cerchia dei familiari della coppia), pur contratto con causa illecita, non esclude l'adempimento spontaneo da parte della gestante¹⁰⁸, mentre ad essere certamente vietata è la GPA che avvenga in un contesto di mercato del cui funzionamento si avvantaggino intermediari. Parimenti, risulta discutibile che vi sia discriminazione – ovvero che essa non sia ragionevole – tra l'uomo che può sempre con la fecondazione eterologa ovviare alla sua sterilità e la donna i cui problemi incidano sulla possibilità di gestazione: la differenziazione di genere lamentata è logica conseguenza del sistema di PMA vigente, che, come si è detto, mira a consentire alla donna della coppia che ha accesso a tali tecniche di partorire. Infine, è altresì discutibile che il bene controinteressato rispetto alle esigenze della coppia sia la dignità della donna che partorisce, intesa come contrattualizzazione della gestazione e della scelta se essere o no madre. Ciò, alla luce delle considerazioni di sensibile dottrina, che nell'identificazione tra maternità giuridica e generazione fisica (cristallizzata nel principio *mater semper certa est*) vede la tutela in chiave «antivolontaristica» di relazioni primarie, così sottratte all'interferenza e alla disponibilità della legge o di negozi giuridici in

¹⁰⁶ Su questo profilo v. A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *ConsultaOnLine*, 1/2017, 138 ss.

¹⁰⁷ Sullo specifico profilo della dignità della “madre surrogante” si sofferma I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2/2017, 20 ss.

¹⁰⁸ La surrogazione limitata alla sola cerchia dei familiari dei genitori intenzionali sarebbe l'unica a garantire, tra l'altro, la finalità altruistica del gesto della madre biologica per A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovvero sia quanti fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, spec. 63 s. e già A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio», cit.

nome della garanzia della persona, anzi della primissima forma di garanzia da cui essa è presidiata al momento stesso in cui essa viene al mondo¹⁰⁹.

Solo il legislatore potrebbe mediare al meglio – assolvendo ad un autentico ruolo progettuale in relazione alla conformazione della società che costituirà il prodotto di simili scelte – tra l'esigenza di salvaguardia dell'intangibilità del legame biologico originario (che si persegue anche attraverso la risposta repressiva, ovvero non legittimando *a posteriori* le condotte che quell'esigenza contraddicono) e l'istanza di adeguata tutela del minore già inserito in un nucleo di affetti che non include la madre naturale. La Corte costituzionale, nella risoluzione della questione (sent. n. 272/2017), puntualizza intanto che il giudice deve comparare l'interesse alla verità, sotteso allo strumento *ex art.* 263 c.c., con l'interesse del minore in concreto emergente, soppesando la «durata del rapporto intrattenuto» con quest'ultimo e dunque la «condizione identitaria già da esso acquisita»¹¹⁰, senza dimenticare sul versante opposto il divieto penalmente sanzionato della sostituzione di maternità e la possibilità di assicurare un'adeguata tutela del nato attraverso il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari.

In definitiva, nel vuoto di regolamentazione normativa, con un intenso lavoro giurisprudenziale, che mette in moto anche giudici costituzionali e Corti europee, la magistratura sembrava inizialmente avviarsi verso un punto di equilibrio: per il futuro, assicurare una difesa del principio di verità della nascita, a garanzia della centralità e non manipolabilità di un originario legame biologico di ogni essere umano che viene generato, non ammettendo la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero in seguito a GPA in quanto contraria all'ordine pubblico e, al contempo, per il passato, sanare le situazioni pregresse, in cui il corrispondente *status filiationis* non veridico si sia già consolidato (anche giuridicamente) nel nostro Paese, rinvenendo – con l'apporto richiesto all'organo costituzionale di controllo o *aliunde* – un rimedio circoscritto a tali specifici casi, nell'interesse preminente del minore. La recente svolta intrapresa dalla giurisdizione di legittimità che riscrive la nozione di ordine pubblico, sembra ispirarsi invece ad un diverso orientamento che antepone, sviluppando una concezione della maternità (e, più ampiamente, di genitorialità) intenzionale a fianco di quella biologica, l'interesse del nato alla continuità dei rapporti di filiazione *comunque* instaurati, pur al di fuori di legami di tipo genetico o biologico. Questa più recente posizione della giurisdizione di legittimità non può però prescindere da quanto ribadito dalla Corte costituzionale nella menzionata sent. n. 272, ovvero dal richiamo all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità»¹¹¹.

¹⁰⁹ Per questa serie di considerazioni critiche v. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2/2017, 49 ss.

¹¹⁰ Punto 4.3. del Cons. in dir.

¹¹¹ *Ibidem*.

4. Il diritto all'attribuzione del cognome materno

Una posizione di tendenziale chiusura conservatrice assumono i giudici dinanzi alle emergenti istanze di affiancamento del cognome materno a quello paterno, pure in un clima in cui serpeggia la consapevolezza che le regole di assegnazione automatica del patronimico siano specchio di una concezione patriarcale della famiglia (e di una visione della potestà maritale di ascendenza romanistica) non più in linea con l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancita dalla Costituzione e trasfusa nella riforma del diritto di famiglia. Ciò pur in assenza di un'espressa disposizione di legge che prescriva la regola suddetta, ritenuta desumibile implicitamente dal tessuto codicistico.

Il recente decisivo cambiamento in materia si è innescato all'esito di una lunga e tormentata vicenda giudiziaria avviata dai coniugi Cusan e Fazzo, avanzanti la richiesta, ancora più innovativa, di attribuzione del solo matronimico in quanto ritenuto espressivo di un patrimonio morale riconducibile alla figura personale del nonno materno. Respinta in primo grado la richiesta, in nome di un principio ben radicato nella coscienza sociale e nella storia italiana¹¹², non migliore sorte ottiene la domanda in appello¹¹³. I giudici di secondo grado si fanno forti anche del giudizio costituzionale¹¹⁴, secondo il quale la mancata possibilità di attribuzione del matronimico non violerebbe gli artt. 3 e 29 Cost., ulteriormente irrobustendolo con l'argomento per cui tale attribuzione si riverbererebbe in un danno per la prole, che finirebbe per essere identificata alla stessa stregua dei figli illegittimi.

Nel prosieguo della vicenda giudiziaria, solo i giudici di ultima istanza si risolvono alla proposizione dell'incidente di legittimità costituzionale¹¹⁵, che però ancora una volta sfocia in una sentenza di inammissibilità¹¹⁶: la Corte costituzionale, pur riconoscendo obsoleto il criterio adottato dal nostro sistema giuridico, reputa l'intervento richiesto esulante dai propri poteri, in quanto la modifica della regola fino a quel momento operante avrebbe comportato la scelta tra una serie di alternative possibili, coinvolgendo di necessità la discrezionalità legislativa.

Esauriti tutti i possibili rimedi interni, non resta ai coniugi che intraprendere la strada del ricorso internazionale dinanzi alla Corte edu, conseguendo per la prima volta un esito più proficuo per la loro pretesa. I giudici di Strasburgo riscontrano precisamente nel difetto di tutela lamentato dai ricorrenti

¹¹² V. Trib. Milano, 6 giu. 2001, *Cusan e Fazzo*.

¹¹³ V. Corte d'App. Milano, 24 mag. 2002, *Cusan e Fazzo*.

¹¹⁴ Espresso nelle ordd. nn. 176 e 586 del 1988, in cui la Corte costituzionale riconosceva consentanea all'evoluzione della coscienza sociale la sostituzione a quello vigente di un differente criterio di attribuzione del cognome, reputandola tuttavia un'opzione di politica legislativa di competenza del Parlamento.

¹¹⁵ V. Corte Cass., ord. 17 lug. 2004.

¹¹⁶ V. Corte cost., sent. n. 61/2006.

una violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, emettendo conseguentemente una sentenza di condanna a carico del nostro Paese¹¹⁷. Essi chiamano in causa specificamente tanto il divieto di discriminazioni – nella specie, tra coniugi – prive di giustificazione oggettiva e ragionevole, quanto il doveroso rispetto della vita privata e familiare, considerando quest'ultima comprensiva del diritto ad una vita relazionale e dunque connessa anche alla questione dell'attribuzione del cognome.

Se la vicenda personale dei ricorrenti si conclude così con un esito soddisfacente, non tarda ad arrivare una soluzione di portata generale alla questione: con la sent. n. 286/2016, il giudice delle leggi annulla il combinato disposto degli articoli del codice civile (e di altre norme correlate), dai quali è desumibile la regola censurata, nella parte in cui non consente ai coniugi di comune accordo di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno¹¹⁸. Difficile non intravedere nella decisione sovrastatuale, che fotografa il grado di maturazione nella portata minima dei diritti fondamentali, comune a livello europeo, la spinta propulsiva del *revirement* costituzionale, con cui si rivede la precedente posizione espressa circa i limiti derivanti dal rispetto della discrezionalità del legislatore¹¹⁹.

L'articolato snodarsi della vicenda mostra come i giudici comuni non abbiano, in questa occasione, ritenuto di poter introdurre un'innovazione profonda, rimediando all'assenza di una regolamentazione legislativa, in relazione ad un aspetto della vita familiare solidamente radicato nella tradizione, pur in presenza dei sensibili mutamenti intervenuti nel costume sociale e nella percezione del principio costituzionale di uguaglianza nei rapporti endofamiliari.

5. Il diritto di rifiutare le cure e il diritto ad una morte dignitosa

Come si è visto in apertura con riguardo al caso della dignità umana evocata dalle scelte di fine-vita, nel silenzio del legislatore sul testamento biologico, l'alternativa che si pone all'organo giudiziario è la seguente: ravvisare nel silenzio della legge un ostacolo al riconoscimento della richiesta di eutanasia

¹¹⁷ Corte edu, 7 gen. 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*.

¹¹⁸ La sentenza estende la dichiarazione di incostituzionalità, in via consequenziale, al caso del figlio naturale nato fuori dal matrimonio e riconosciuto e al figlio adottivo).

¹¹⁹ Sul punto v. S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli* e C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio* (Nota a C. cost. sent. n. 286/2016), entrambi in *Osservatorio AIC*, 2/2017; A. FUSCO, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016, *ivi*, 3/2017; A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, in *Diritti comparati*, 1/2017 e *Id.*, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2017.

avanzata in giudizio respingendola *tout court* (come fa il tribunale civile di Roma nel caso W.) ovvero estendere il giudizio alla concretizzazione dei principi costituzionali evocati dal caso di specie. Emblematica del secondo *modus decidendi* è la sentenza della Corte di Cassazione che chiude il caso Englaro, dopo i ripetuti respingimenti dell'istanza da parte del tribunale di Lecco e della Corte d'Appello di Milano, per due volte rispettivamente aditi dal padre della donna, in qualità di tutore¹²⁰. Essa sviluppa l'argomentazione sulla base del triplice combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., facendone discendere la centralità del principio di autodeterminazione in relazione alle cure e articolando tale assunto in riferimento alla peculiare condizione dell'incapace.

La somministrazione di cure per la persona in grado di intendere e di volere è rimessa all'autodeterminazione del paziente: ne consegue che, se l'individuo può rifiutare le cure (tranne quando il comportamento metta a rischio la salute altrui, come nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori), può anche respingere la prospettiva di essere tenuto in vita artificialmente, che integrebbe una forma di violenza privata. Grande attenzione viene rivolta dai giudici di legittimità ai propri precedenti ed a quelli della Corte costituzionale, per ribadire i contorni del criterio-guida del consenso informato, libero, autentico ed attuale, come premessa del rifiuto di cure¹²¹. In presenza dei suddetti assunti e precisamente del diritto a rifiutare le cure – anche se necessarie per il mantenimento in vita – quando non vi siano esigenze di tutela della salute collettiva, non occorre invocare alcuna esplicita regolamentazione, per cui semmai la legge mancante sarebbe quella che dettasse la disciplina dell'obiezione di coscienza su cui il medico rifiutatosi di praticare il distacco fondasse la propria eccezione¹²². I principi, infatti, si irradiano nell'ordinamento, come già il dettato dell'art. 12 Prel. conferma (e, nel contesto dell'ordinamento costituzionale, ben al di là della circoscritta ipotesi delle *lacunae legis* ivi contemplata). L'apparente ambiguità del divieto del *non liquet* si dissolve, considerando che al giudice è precluso di denegare (non una qualsivoglia sentenza, bensì) giustizia, esito che consiste proprio nel non dare effettiva tutela “con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge” a

¹²⁰ La stessa Corte di Cassazione (Corte Cass., sez. I, sent. 16 ott. 2007, n. 21748, cit.) è al suo terzo pronunciamento, avendo rilevato nel primo caso un vizio di forma della domanda ed essendosi limitata, nel secondo, al rinvio al giudice d'appello.

¹²¹ «Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996)» (punto 6.1. mot.).

¹²² Così, critico rispetto al precedente rappresentato dal caso W., A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby*, cit., 356 s.

una domanda fondata sui principi generali dell'ordinamento: fare «giustizia secondo diritto» è il compito e il «dramma» del giudice¹²³.

Proseguendo nella motivazione la Cassazione rileva come, nella specifica situazione dell'incapace, la pratica terapeutica rientri in una sfera rispetto alla quale il medico deve ritenersi autolegittimato, sia pure sotto il controllo dell'autorità giudiziaria (essendo coinvolto il principio dell'*habeas corpus* ex art. 13 Cost.). Ravvisata la centralità in materia del principio del consenso informato e dato il carattere personalissimo del diritto alla salute e con esso del diritto di rifiutare le cure, è ritenuto doveroso dal giudice di legittimità addentrarsi nella questione della determinazione dei limiti dell'attività del tutore, che deve agire nell'esclusivo interesse dell'incapace ed anche *insieme* con esso, nel senso che deve adottare a unico criterio orientativo la ricostruzione della sua presunta volontà¹²⁴. In via rafforzativa del ragionamento seguito, il vertice della giurisdizione ordinaria annovera anche il codice di deontologia medica e l'esperienza giuridica anglosassone e francese, oltre a richiamare la Carta dei diritti dell'uomo dell'UE ed a riconoscere alla convenzione di Oviedo, pur non ancora ratificata dallo Stato italiano, il ruolo di ausilio interpretativo per gli organi dell'applicazione del diritto.

Esso tiene invece l'argomentare giuridico rigorosamente al riparo dalla definizione di «vita degna», che evocherebbe complesse assunzioni sul piano filosofico ed etico¹²⁵, precisando che «(n)on è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il prostrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita». È innegabile che nella trama del ragionamento le assunzioni di fatto e di valore (quelle che nella terminologia esseriana determinerebbero la *Vorverständnis*) sul delicato rapporto tra natura e scienza abbiano un peso: si potrebbe infatti dare rilievo alla differenza tra comportamento omissivo – il rifiuto di cure – richiesto al medico, lecito, e comportamento commissivo – distacco del sondino – che non potrebbe non integrare la fattispecie di omicidio del consenziente. La Corte supera l'obiezione, in quanto pare ritenere che l'unica distinzione ammissibile nel caso di specie sia «tra un'azione o un'omissione che permette a una causa di produrre i suoi effetti e l'introduzione di un agente esterno che causa la morte»¹²⁶.

Non va infine sottaciuto che, con la sent. n. 4460/2014, lo stesso Consiglio di Stato – respingendo il ricorso della Regione Lombardia avverso la decisione

¹²³ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.*, 2011, 154. Per una riflessione trasversale sulle implicazioni della tutela della dignità v. R. DWORKIN, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale*, Ed. Comunità, Milano, 1994, *passim*.

¹²⁴ Punto 7.2. mot.

¹²⁵ Punto 2 mot.

¹²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, cit.

del T.a.r., che sanciva l'illegittimità del rifiuto delle strutture sanitarie pubbliche ad eseguire il provvedimento giurisdizionale emesso a garanzia del diritto al rifiuto di cure e, conseguentemente, condannava al risarcimento del danno – si allinea ai contenuti della motivazione del vertice della giurisdizione ordinaria. Ad avviso della suprema giurisdizione speciale, l'assenza della legge non esclude una gamma di veri e propri obblighi di *facere* facenti capo all'amministrazione, che discendono direttamente dalla natura e dai caratteri del diritto identificato alla luce dei principi costituzionali direttamente applicabili.

5.1. La protezione giuridica delle scelte di fine-vita come esemplare della conversione dell'attività di integrazione giuridica in interpretazione restrittiva delle ipotesi di responsabilità penale

Dal resoconto delle vicende giudiziarie appena fatto non sarà sfuggito un aspetto notevole della materia. Le carenze di disciplina si atteggiavano come un Giano bifronte, che impone al potere giudiziario, laddove non abbia consentito in prima battuta alla pretesa emergente di realizzarsi conformemente al diritto, l'onere di accertare le responsabilità collegate alla sua spontanea soddisfazione. In altri termini, a fronte di un'inedita pretesa che non trova soddisfazione in sede giudiziaria, si pone il problema della reazione giuridica alla “via di fatto” ugualmente praticata dagli interessati e dell'adeguatezza delle norme – il più delle volte, segnatamente, penali – che eventualmente comminano per tale azione una responsabilità: sicché il confronto con il peso dei principi costituzionali, che la nuova istanza di tutela evoca in campo, si rivela in definitiva ineludibile. La tensione cui l'ordinamento è sottoposto al fine di fornire una soluzione appagante a istanze non legalmente disciplinate raggiunge in tale momento il suo massimo livello, dato che si varcano le soglie di un settore – quello del diritto penale – retto da canoni di stretta legalità. Nella valutazione di ogni manifestazione di “creatività giudiziaria” si impone pertanto, in tale ambito, la più rigorosa cautela.

In proposito, un ennesimo banco di prova dell'adeguatezza di fattispecie penali classiche promette di essere offerto da una recente vicenda giudiziaria, ancora alle sue primissime fasi: quella relativa a Fabiano Antoniani (noto alla cronaca come dj Fabo), cieco e tetraplegico in seguito a seguito di incidente stradale, il quale, non risultando la relativa pratica ammessa in Italia, si reca in Svizzera (uno dei soli tre Paesi, con Belgio e Lussemburgo, dove essa è consentito) dove il 27 febbraio 2017 mette in atto il suo proposito suicida¹²⁷.

¹²⁷ Per un diverso caso v. C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308 ss. Sui viaggi dell'“estrema” speranza oltralpe, v. A. DI CARLO, *La scelta di non legiferare in materia di eutanasia: il caso della Svizzera*, in AA.VV., *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D'Aloia, Napoli, 2012, 638 ss.

Diversamente che nei casi W. ed E., nei quali era in discussione il diritto a lasciarsi morire tramite l'interruzione di un trattamento, l'attuale vicenda pone il diritto dinanzi all'estrema frontiera delle scelte di fine-vita, rappresentata dall'eutanasia attiva: il discrimine, com'è noto, risiede nella distinzione naturalistica che separa la condotta di chi lascia che la natura faccia il suo corso – adottando al più terapie palliative e antidolorifiche – da quella di chi attivamente anticipa il momento del decesso, ponendo la questione dell'esistenza di un “diritto ad una morte degna”.

La verifica processuale attualmente incombe sulla liceità della condotta di Marco Cappato, colui che accompagnò in auto F.A. fino alla clinica d'oltralpe e per il quale il G.I.P. di Milano¹²⁸ ha ordinato la formulazione d'imputazione coattiva per avere rafforzato il proposito suicida ed averne agevolato l'esecuzione (art. 580 cod. pen.), nonostante la richiesta di archiviazione avanzata dai PM. Sin dalle primissime battute giudiziarie della vicenda, si dispiega il pluralismo etico che connota la tematica: nella richiesta di archiviazione e nel rinvio a giudizio si fronteggiano infatti due diverse visioni della fattispecie. Per la pubblica accusa, dato che l'indisponibilità del bene della vita non ha nel nostro ordinamento carattere assoluto, acquista rilievo l'autodeterminazione del singolo, in circostanze eccezionali quali i casi di malati terminali o di pazienti con patologie gravissime e irreversibili. Sulla scorta delle coordinate normative costituzionali e convenzionali – rispettivamente, tracciate dagli artt. 2, 3, 13, 32, co. 2, Cost. e 3, 8 Cedu – e della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici di Strasburgo, il diritto alla vita, pur riconosciuto come bene inviolabile¹²⁹, riceverebbe una tutela che, come qualsiasi altro bene di rango superprimario, non può essere intesa come assoluta, incontrando precisamente un limite nel rispetto della dignità e della individualità della persona umana. Per il giudice invece prevale il timore che, in nome di una concezione soggettiva della dignità umana, la tutela della vita, bene giuridico sotteso alle fattispecie di reato rilevanti in giudizio, finirebbe con il «dipendere dalla volontà di vivere»¹³⁰. Nella prima impostazione predomina il ragionamento per principi per sottrarre il caso di specie alle maglie di una regolamentazione legislativa che appare iniqua negli esiti, nella seconda è proprio l'applicazione della fattispecie legale ad essere reputata più consona a difendere il valore della vita contro percezioni soggettive e mutevoli della dignità.

¹²⁸ G.I.P. Trib. di Milano, ord. 10 lug. 2017, allegato in *Dir. pen. cont.*, 18 lug. 2017.

¹²⁹ Nella giurisprudenza della Corte edu, v. la sent. 19 giu. 2012, *Koch c. Germania*, § 51, che parla di “principio di sacralità (*sanctity*) della vita umana”.

¹³⁰ A questo argomento si affiancano alcune considerazioni discutibili, come quella per cui il consenso a morire sarebbe imputabile a «persone evidentemente deboli» e quella secondo cui per tutelare la dignità si finisce con l'elidere il suo presupposto, ovvero la vita stessa (conclusione questa che implica una concezione della vita identificata con il suo mero sostrato biologico): G.I.P. Trib. di Milano, ord. 10 lug. 2017, cit., 32.

Né l'una né l'altra impostazione sono immuni da prese di posizione sul campo assiologico, circostanza che non vale di per sé a proiettare l'argomentare del giurista nel campo del puro decisionismo, arbitrario, irrazionale e per ciò stesso incontrollabile¹³¹: tutto sta nel vedere quali di queste assunzioni di fondo siano convogliabili nella maniera più pertinente entro l'alveo delle categorie giuridiche penalistiche.

Secondo autorevole dottrina¹³², corrisponde alla conformazione costituzionale del diritto penale l'indirizzo volto a circoscrivere l'ambito di applicazione di fattispecie incriminatrici non nate per le specifiche condotte *sub iudice*. A questo scopo tende l'*iter* argomentativo della pubblica accusa nel caso Cappato, che esclude la rilevanza penale diretta delle azioni prodromiche (come l'accompagnamento in auto) alla condotta propriamente descritta dalla fattispecie, limitando l'"aiuto" – quale partecipazione materiale al suicidio altrui – alla sola azione che si espliciti nella fase esecutiva del reato¹³³. Dopo aver ipotizzato anche, con l'affidamento alla struttura svizzera, un'interruzione del nesso di causalità ed esclusa la responsabilità a titolo di concorso, alla luce dei principi di materialità e di offensività, i PM concludono che «*sembra più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati (anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma) che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale*». In tal modo l'azione diverrebbe persino non perseguibile per la legge italiana, dal momento che l'art. 6 cod. pen. pretende a tal fine che almeno una parte dell'azione criminosa si sia svolta sul territorio italiano, requisito questo che cade se il comportamento posto in essere è considerato assolutamente irrilevante ai fini della configurazione della fattispecie.

I requirenti sono consapevoli del carattere innovativo della proposta interpretativa avanzata nell'intento di evitare – nell'attesa del reclamato intervento del legislatore – che una norma «non più rispondente ai principi oggi

¹³¹ Non è possibile in questa sede nemmeno accennare alla complessa tematica: si rimanda pertanto alle dense pagine di G. Silvestri, secondo cui i disillusi sui principi sono i neovolontaristi di turno (G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 34). L'A. osserva come non a caso si debba al padre del decisionismo C. SCHMITT (*La tirannia dei valori*, 1967, ed. it. a cura di G. Accame, Pellicani, Roma 1987, 60 ss.) una delle più violente critiche a Nicolai HARTMANN e alla sua teoria dei valori (*Etica*, 1949, trad. it. a cura di V. Filippone Thaulero, Guida, Napoli, 1970, vol. II, *Assiologia dei costumi*).

¹³² L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *paper*.

¹³³ Una diversa interpretazione restrittiva era stata in precedenza proposta da Corte d'Assise di Messina, sent. 10 giu. 1997, *Munàò*, in *Giur. mer.*, 1998, fasc. 4-5, 731 ss., ma non aveva ricevuto l'avallo dei giudici di legittimità: v. C. Cass., sez. I, 6 feb. 1998, n. 3147, *Munàò*, in *Riv. pen.*, 1998, 466 ss.

operanti» rischi di far assoggettare a sanzione penale «condotte che non sono percepite dal sentire comune come meritevoli di sanzione», in quanto «frutto di una visione paternalistica e fortemente pubblicistica della vita del singolo, assoggettata al soddisfacimento degli interessi della collettività»¹³⁴. Tanto che essi rivolgono al G.I.P. la richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen., nell'ipotesi in cui la lettura prospettata non avesse trovato accoglimento, richiesta poi respinta dal G.I.P., per il quale non sarebbe possibile rinvenire alcun fondamento costituzionale di un ipotizzato diritto al suicidio. È questo infatti il punto più debole del ragionamento della procura, che dalla configurabilità di limiti in casi eccezionali al bene indisponibile della vita, sembra desumere un corrispondente diritto al suicidio nelle stesse circoscritte ipotesi.

La neutralizzazione di disposizioni incriminatrici che vengono disattivate in relazione a situazioni peculiari o anomale rispetto alle quali entrano in gioco principi che esulano dal consueto campo d'azione della fattispecie è operazione sempre più frequente nei giudizi penali. Si pensi ai tragici casi di bambini dimenticati in macchina dai genitori mentre si recavano al lavoro, conseguentemente morti per il troppo caldo o il troppo freddo patito, laddove i tribunali penali hanno ritenuto di non comminare alcuna condanna per il reato di omicidio involontario. L'apparato motivazionale fa leva sulla considerazione – scientificamente accreditata – secondo cui la ripetitività delle azioni routinarie minerebbe fino ad annullarla la capacità d'intendere e di volere¹³⁵, mentre l'inflizione della pena, davanti al dolore cui i familiari sono già inevitabilmente condannati per il resto dei loro giorni, perde un qualsivoglia ruolo general- o special-preventivo. Analogamente gli organi giudicanti hanno deciso nel caso del marito di una donna versante in coma profondo e le cui condizioni appaiono disperate, il quale minaccia con la pistola il medico, intimandogli di staccare il respiratore artificiale che tiene in vita la moglie. In questa ipotesi è la figura argomentativa del ragionevole dubbio a sostenere la decisione della Corte d'Assise d'Appello di escludere la condanna, facendo leva sul fatto che, avvenendo la verifica dell'eventuale avvenuto decesso ad intervalli di tempi regolari, non v'era la possibilità di provare che la morte non fosse già avvenuta nel lasso di tempo intercorrente tra l'ultimo controllo e il distacco del ventilatore: era possibile supporre – di qui l'insinuarsi del ragionevole dubbio – che la donna non fosse ancora in vita in quell'istante.

¹³⁴ R.E. OMODEI, *Istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, risp. 161 e 145; adde M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2016, 555 ss.

¹³⁵ Nel linguaggio tecnico-psichiatrico, esse determinerebbero una sorta di "amnesia dissociativa" in grado di escludere l'imputabilità: v. C. SOTIS, *Rapport italien de Droit penal*, in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, Turin et Côme, 22 au 26 mai 2017, in *paper*.

Si è mostrato come, in questi ed in altri esempi che si potrebbero addurre, il giudice pervenga a soluzioni equitative, nel settore del diritto più rigorosamente permeato dalla riserva di legge, ricorrendo ad una torsione mirata e calibrata delle categorie generali del diritto penale (di volta in volta dolo intenzionale, colpa, azione, nesso di causalità, ragionevole dubbio)¹³⁶. Ciò è avvenuto, a ben vedere, anche nelle decisioni giudiziarie relative alla trascrivibilità dell'atto di nascita di minore nato da GPA a favore dei genitori intenzionali ed alla sottrazione di questi ultimi alla responsabilità penale per reato di falso in atto pubblico: in questa, come in altre circostanze in cui la fattispecie penale include elementi normativi, è l'adeguata integrazione di questi ultimi che rende più agevole l'attualizzazione della norma incriminatrice.

Il parallelo in chiave analogica¹³⁷ tra il diverso grado di rispondenza al modello sovraleale dell'applicazione dell'effetto prescritto da una norma alla fattispecie tipica rispetto a quello offerto dall'applicazione della stessa prescrizione ad una situazione-limite fa scattare meccanismi di adeguamento interpretativo che impediscano la sussunzione del caso peculiare in quella determinata fattispecie legale. Il congelamento, nella situazione eccezionale, della norma di legge astrattamente applicabile è perseguito dai giudici perché quest'ultima produrrebbe un effetto giuridico inconciliabile con i principi di giustizia incorporati nell'ordinamento ovvero con criteri materiali di *equitas*. Risulterebbero integrati cioè gli estremi di una lacuna assiologica, sia pure non per tutti i casi rientranti nel raggio di estensione della disposizione, ma solo per quelli che cadono nella sua area liminale, la *penumbra* hartiana.

Questa casistica, che potrebbe essere molto ampia, mostra come il confine tra la categoria della lacuna quale assoluta carenza di regolamentazione e la categoria della lacuna assiologica – laddove la disciplina esiste ma è insoddisfacente al cospetto dei principi costituzionali – e come esse, quanto alle tecniche di regolamentazione dei giuristi, traccino l'una nell'altra. V'è infatti simmetria tra le ultime ipotesi considerate e quelle in cui siano ravvisabili lacune normative *tout court*: lì i giudici spesso non ritengono di potersi rassegnare ad un *non liquet* che non renderebbe giustizia sostanziale nel caso non previsto dalla legge, poiché ometterebbe di considerare i principi dell'ordinamento, qui la presenza della regolamentazione espressa della fattispecie in cui ricade il singolo episodio della vita *sub iudice* non basta a giustificare il sillogismo, cui valutazioni esterne alla disciplina legale impongono di sfuggire.

¹³⁶ V. *ibidem*.

¹³⁷ Merita di essere menzionata la posizione di quanti oggi osservano come qualsiasi attività interpretativa assuma un andamento analogico: è la nota tesi di Kaufmann, su cui v. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, cit., 39 ss.

6. Un limite all'integrazione delle lacune in tema di diritti sociali?

L'esame della giurisprudenza comune rivela che l'attività con cui il giudice colma le lacune non conosce "zone franche" predeterminabili in astratto, per categorie di diritti o tipologie di intervento. Ne è riprova la vicenda giudiziaria che trae origine dal mancato accoglimento della richiesta di concessione edilizia per la "creazione" di un alloggio al piano terreno di un fabbricato urbano, finalizzato ad accogliere una persona affetta da invalidità totale e permanente e costituito, in particolare, da una stanza con servizi igienici e piccola palestra.

Il diniego della concessione edilizia da parte del piccolo comune toscano si fondava sull'impossibilità di rinvenire nella legge in materia (l. n. 104/1992) una specifica disposizione che prendesse in esame l'eventualità di opere edilizie preordinate all'utilizzo da parte di una persona versante in condizione di disabilità totale e permanente da realizzare in un fabbricato di civile abitazione ad uso privato.

Ciò tuttavia non impedisce al tribunale¹³⁸ di annullare il diniego basandosi sulle disposizioni della stessa legge che garantiscono la dignità, autonomia e l'integrazione del portatore di handicap e che impegnano gli enti pubblici alla rimozione degli ostacoli che si frappongono a tali obiettivi, precetti a loro volta attuativi (e quasi ripetitivi) dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. Tali norme di principio vengono reputate prevalenti sull'assenza di disposizioni che autorizzino specificamente la realizzazione di opere del genere di quelle richieste. Cosicché, sulla scorta di «finalità umanitarie» espressamente richiamate dall'autorità decidente, è sembrato che si travalicasse il «perimetro» dei significati consentiti dalle regole legislative, dando luogo ad un «aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e ad una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale»¹³⁹.

Simili provvedimenti giudiziari mostrano come il campo dei diritti di seconda generazione non costituisca di per sé un terreno precluso all'intervento integrativo delle lacune di previsione ad opera del giudice. È vero che i diritti sociali presentano per loro natura problemi di azionabilità, perché il giudice «solo in misura esigua» può predisporre le «strutture di appoggio» richieste dalla natura di tali situazioni giuridiche soggettive, non disponendo delle necessarie coperture finanziaria e amministrativa¹⁴⁰. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale difficoltà non è argomento idoneo a far escludere il ruolo giudiziario in funzione integrativa delle lacune. In primo luogo, infatti, così come i classici diritti di libertà presentano profili che comportano pretese a

¹³⁸ T.a.r. Toscana, sez. III, 9 giu. 2000, 1151.

¹³⁹ G. SCACCIA, *Valori e diritto*, cit., 153 s.

¹⁴⁰ A. CERRI, *Relazione*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 110.

prestazioni positive da parte dello Stato, vale anche l'opposto, per cui i c.d. "diritti che costano" non mancano di includere anche profili che non implicano un *facere*, ma solo provvedimenti concessori o autorizzativi (come la vicenda surrichiamata in relazione al diritto di abitazione del portatore di handicap testimonia)¹⁴¹. In secondo luogo, sembra metodologicamente inappropriato convertire *a priori* la tradizionale debolezza dei diritti "a prestazione" in un'ulteriore limitazione delle possibilità di tutela giuridica cui essi possono accedere. Sta di fatto che, anche nel settore dei diritti sociali, il potere giudiziario ha ricavato in numerosissime occasioni dalle enunciazioni costituzionali situazioni soggettive tutelabili alla stregua di diritti soggettivi¹⁴² (così nel campo della salute, dei diritti a prestazioni sanitarie, etc.).

7. La prestazione della *iurisdictio* tra moltiplicarsi delle fonti e pluralismo etico

La frantumazione delle fonti¹⁴³, il pluralismo sociale ed etico, la crisi della politica, la perdita di prescrittività del linguaggio normativo amplificano la gamma delle oscillazioni giurisprudenziali e riducono sensibilmente la prevedibilità del diritto. La crisi della legge è fenomeno ben noto: un cenno a parte merita il crescente riferimento alla giurisprudenza delle Corti straordinarie.

Come conseguenza della precedenza teorica dei diritti rispetto a qualsiasi atto statale si apre la via all'ammissibilità dei riferimenti alle esperienze normative e giurisprudenziali di altri ordinamenti nelle argomentazioni sui principi (basti pensare alla sentenza con cui la Corte di Cassazione chiude il caso Englaro, che riporta pronunce della Corte edu, della Corte Suprema degli Stati Uniti insieme a quella di singole Corti di Stati federati e si rifà alla Convenzione di Oviedo ratificata dall'Italia con l. n. 145/2001, o all'ordinanza della Corte d'Appello di Milano che solleva questione di legittimità costituzionale sull'azione di disconoscimento della maternità del minore o

¹⁴¹ V. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII (1964), 802 e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 12 ss.

¹⁴² P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 19.

¹⁴³ Sul tema, oggetto di una sterminata letteratura, v. utilmente G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in DPCE, 2009, 34 ss., che propone i principi come terreno unificante per risolvere le antinomie tra ordinamenti giuridici e F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, i quali avanzano, come chiave di lettura delle trasformazioni contemporanee del diritto, l'idea del passaggio da un modello, verticale, individuato nella *pyramide*, ad un modello, orizzontale, reso dalla *rete*.

ancora al provvedimento con cui i PM richiedono l'archiviazione del procedimento a carico di Cappato, per riferirsi solo a provvedimenti qui citati). Tali frequenti richiami¹⁴⁴ sono un esempio di quel fenomeno di *cross-fertilization* che, adottato con i dovuti accorgimenti imposti da ogni operazione di comparazione giuridica che non voglia tradursi in una trasposizione infruttuosa di esperienze comunicabili, diviene tecnica familiare nel linguaggio giuridico relativo alla tutela dei diritti inviolabili¹⁴⁵.

Spesso le Corti esterne forniscono anche un impulso più diretto alla protezione di nuovi diritti, specie quelle, come la Corte edu, che operano in un sistema internazionale regionale mirante a garantire una piattaforma di salvaguardia minima comune dei diritti. L'interazione reciproca tra i giudici extranazionali e i giudici domestici hanno assunto forme e dinamiche tali da indurre a pensare, secondo l'osservazione di A. Ruggeri, ad un farsi progressivo della giurisdizione per gradi discendenti di generalità¹⁴⁶. Le esperienze della salvaguardia e dell'evoluzione dei diritti nei vari ordinamenti tendono ad acquistare di conseguenza reciproco rilievo e a risultare interconnesse, come vasi comunicanti, senza che per questo ne risultino annientate le specificità della tutela legate alle precondizioni culturali ad essa sottese nei singoli Paesi. Che tale comunicazione sia dialettica e non tendente alla piatta omologazione risulta tra l'altro dalla posizione assunta dalla Corte edu, quando essa – graduando tecniche complementari come quella del *consensus* e del margine di apprezzamento – guarda alla generalizzazione di un certo livello di tutela tra gli Stati per estenderlo anche all'ordinamento che ne è privo, nel rispetto tuttavia pur sempre delle specificità che quest'ultimo vanta¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Che hanno attirato gli strali di pur accreditata dottrina: v. per tutti F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., 111 s.

¹⁴⁵ Su queste reciproche contaminazioni, soprattutto tra il singolo ordinamento nazionale e quello sovranazionale o internazionale, specie regionale, v., nell'amplessima letteratura, A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *RivistaAIC*, 3/2014, spec. al § 4; L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *Consulta OnLine*, 6 ott. 2014; E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, ES, Napoli, 2016, 139 ss.; C. PADULA, *La Corte costituzionale e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 159 ss. e M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, *ivi*, spec. 231 ss.

¹⁴⁶ A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale*, 29 nov. 2014, spec. 16 ss.

¹⁴⁷ Il c.d. *consensus* tra gli Stati europei è inteso nella giurisprudenza dell'istanza internazionale come una «*communis opinio* derivante dall'analisi comparativa», alla stregua di «un fattore la cui funzione è essenzialmente quella di circoscrivere l'estensione del margine di

La pluralità e l'eterogeneità delle fonti che compongono il materiale normativo e giurisprudenziale a cui ricorre il giurista autorizzano a pensare che la stessa sostenibilità teorica della categoria delle lacune ne esca indebolita¹⁴⁸: un segno di ciò sembra rinvenirsi nel carattere aperto e "poroso" rispetto alle forme di evoluzione della salvaguardia dei diritti sviluppatasi in altri ordinamenti, acquisito dal concetto di ordine pubblico nella significativa sent. n. 19599/2016 della Cassazione sopra citata.

Accanto all'influenza della dialettica interordinamentale, si osserva pure solitamente che nelle situazioni legalmente non regolate l'elevato tasso di incertezza del diritto non si deve alla particolare tipologia del modulo decisionale (quello giurisdizionale) impiegato in via suppletiva rispetto a quello legislativo, ma alla natura fortemente controversa sul piano etico e sociale di alcune questioni. Se oggi la concretizzazione diretta degli indici normativo-costituzionali in giudizio, nell'assenza della legge, solleva crescente allarme, ciò si deve essenzialmente al «deperimento di un quadro di principî di senso e valore generalmente condiviso»¹⁴⁹. In questo contesto, caratterizzato da distinte *Weltanschauungen* spesso tra loro confliggenti e dall'assenza di riferimenti assiologici unitari e stabilizzati, la decisione giudiziaria non rispecchierà che alcuni dei molteplici indici di valore reperibili, ponendo il giudice stesso al centro di contrastanti orientamenti, che si attenueranno solo quando si sarà affermata nel sentire sociale una posizione prevalente o dominante.

Nel frattempo tuttavia il giudice contribuisce, «attraverso la motivazione dei provvedimenti che adotta, alla formazione di correnti interpretative plurali in seno alla società, e ciò in particolare quando si tratti di far emergere la "geografia" degli interessi in conflitto in ambiti nei quali manchi un *ethos* condiviso», alimentando in definitiva il «discorso pubblico» su pratiche

apprezzamento riservato agli Stati». Tale valenza tuttavia assume solo carattere orientativo e relativo, se si considera che, dinanzi alla posizione isolata di un certo ordinamento nazionale su un istituto o certi profili di disciplina, il *consensus* constatato in senso divergente negli altri Stati non riduce in maniera decisiva l'ampio margine di apprezzamento del primo, soprattutto quando si tratti di campi (nella specie, la concezione del matrimonio e della famiglia) strettamente legati alle tradizioni storiche e culturali di ogni società: G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione agli artt. 8-11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.european-rights.eu*, spec. 10 (le parole cit. si leggono a p. 3).

¹⁴⁸ «Nel momento stesso in cui il sistema delle fonti si disarticola e a determinare la disciplina di un rapporto concreto concorrono una pluralità di indici normativi (e non solo) di derivazione diversa, non ha evidentemente più senso parlare di lacune di un ordinamento, posto che questo concetto suppone una unitaria fonte di posizione degli enunciati e l'individuazione di un perimetro complessivo rispetto al quale possa parlarsi di un qualunque difetto di previsione o di disciplina»: N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in Id., *Il diritto civile*, cit., 73.

¹⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 201.

controverse sul piano etico¹⁵⁰. Il suo compito non si risolve in un «dialogo solitario della coscienza» con la Costituzione – aprendo la via al puro soggettivismo – né coincide con l'appiattimento sulla percezione del caso della vita e della sua singolarità – alimentando la dissoluzione casistica dell'ordinamento¹⁵¹. Il delicato ruolo dell'autorità giudiziaria consiste invece nella ricerca della soluzione, orientata ai principi costituzionali, in cui si traspongano convincimenti etici diffusi in seno alla società in quel momento storico, nonché suscettibile di essere generalizzata nella definizione giudiziaria di controversie analoghe: non deve dimenticarsi che l'interpretazione è un «fatto essenzialmente comunitario» e che «la forza autoritativa del precetto discende dal significato che ad esso attribuisce la comunità interpretante»¹⁵². Pur nella consapevolezza dei limiti del giudice, che agisce sempre e solo *inter partes* e che dispone di una discrezionalità che «non è mai assoluta», ma «limitata» da vincoli sia sostanziali che procedurali¹⁵³, è innegabile l'utilità che, ai fini della generalizzazione e della prevedibilità dei singoli provvedimenti giudiziari, può assumere il potenziamento dei controlli, sotto l'aspetto tanto della congruità quanto della giustezza, sulla loro motivazione, aspetto sul quale si registra un coro di consensi in letteratura¹⁵⁴.

Che solo in questo apporto stia la prestazione che la giurisdizione può assicurare in termini di certezza del diritto non è tuttavia soluzione soddisfacente. Quella della sicurezza dei rapporti giuridici è infatti una questione di grande rilievo¹⁵⁵, anche a voler rifiutare un concetto di certezza improntato alla razionalità weberiana, come “calcolabilità” del diritto in funzione della stabilità dei traffici economici, e a volerlo “contaminare” con la logica di sviluppo della tutela dei diritti. A tollerare a lungo un tasso di imprevedibilità e di instabilità dei rapporti giuridici non soltanto soffre il principio di uguaglianza ma, in una visione di lungo periodo, risulta minato anche lo stesso principio di legalità.

¹⁵⁰ G. BRUNELLI, *Un giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)*, in *GenIUS*, 2/2017, 44.

¹⁵¹ Così A. PROTO PISANI, *op. cit.*,

¹⁵² N. LIPARI, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Il diritto civile*, cit., 21.

¹⁵³ V. A. BARAK, *La discrezionalità giudiziaria* (1989), trad. it. di I. Mattei della versione inglese dell'originale ebraico di Y. Kaufmann, Milano, 1995, 27 ss.

¹⁵⁴ V., tra i tanti, S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare*, cit., 446 ss. M. BALLISTRERI, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 514; P. CIARLO, *ivi*, 539; A. TRAVI, *ivi*, 504; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 1/2017, 25.

¹⁵⁵ Come testimonia anche la recente tesi – avanzata sulla scorta della distinzione tra sistemi di *common law*, incentrati sul vincolo al precedente e sistemi di *civil law*, improntati al diritto promanante dal legislatore – secondo cui «laddove il diritto non viene dal sovrano» (come accade nei primi stabilmente e nei secondi in presenza di lacune legislative) «deve presumersi operante la regola dello *stare decisis*», abbinandosi l'istituto del precedente vincolante all'uso delle tecniche raffinate del *distinguishing* e del *limiting*: E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. Giust.*, 4/2016 (num. monogr. sul tema *Il giudice e la legge*).

8. Certezza e diritto giurisprudenziale: un modello teorico di orientamento per una proposta operativa

Sulla scorta delle osservazioni di A. Pioggia, in tutte le vicende giurisprudenziali esaminate si può intravedere un riflesso di quanto Martha Nussbaum e Amartya Sen affermano criticando John Rawls e la sua teoria della giustizia: nella società composta da cittadini normali che cooperano alla vita collettiva, la legge, che ne traduce i bisogni in diritti, tralascerà la considerazione delle situazioni minoritarie e anomale¹⁵⁶. Gli stranieri che vogliono integrarsi, gli omosessuali che ambiscono a sposarsi, i *transgender* che chiedono di vedere tutelata l'identità sessuale in cui si riconoscono, i malati che non accolgono l'idea comune di benessere fisico, così come i figli generati da madre diversa da colei che li ha voluti, sono soggetti che non rispecchiano il prototipo di individuo portatore di bisogni secondo la visione collettiva.

Si apre un divario tra «giustizia come *protezione*» sistematica di beni primari attraverso la quale la società che li ha prodotti in definitiva mira a proteggere se stessa, e la giustizia come «motore di trasformazione» di tale società ed il suo assetto predominante¹⁵⁷. Il giudice *può fare spazio agli esclusi, attenuando le preclusioni*, come ha fatto in riferimento ai *transgender* che manifestavano esigenze peculiari non riconosciute dalla legge, estendendo agli stranieri diritti tradizionalmente appartenenti ai cittadini o ancora omologando, laddove possibile, diritti e doveri dei componenti delle coppie omosessuali a quelli dei coniugi.

La magistratura procede invece talvolta *con maggiore cautela* quando si tratterebbe di “creare” diritti *ex nihilo*. La “concretizzazione” dei principi, che ha indubbia legittimazione, non produce, come per reazione chimica, un precipitato definito, ma consente molteplici punti di equilibrio estremamente variabili come frutto della loro composizione¹⁵⁸ (come insegna tutta la giurisprudenza costituzionale sui giudizi di ragionevolezza che, per concretizzare il principio sostanziale invocato, ha sempre bisogno di un *tertium comparationis*). Il punto di equilibrio di volta in volta prescelto e tradotto in forme positive di garanzie, come frutto del bilanciamento e del temperamento tra le istanze confliggenti, non potrà dunque che essere il risultato della scelta discrezionale di natura politica. Può trarsi conferma di questo assunto dal rilievo per cui la giurisprudenza non introduce da sé la possibilità di aggiungere il cognome materno andando contro una tradizione implicita in norme del codice civile, non apre le porte al matrimonio omosessuale in presenza di letture contrapposte del dettato costituzionale, non tutela in prima battuta i

¹⁵⁶ V. A. PIOGGIA, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, cit., 541 ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*, 542 s.

¹⁵⁸ Sul reciproco temperamento come forma di applicazione tipica dei principi, v. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it., Einaudi, Torino, 1997, 73.

diritti del malato che chiede di accedere a forme di eutanasia passiva e quando lo fa, come nel caso E., vi arriva dopo due gradi di giudizio in prima istanza, due in appello e tre ricorsi in Cassazione. L'applicazione diretta dei principi in questa ipotesi è paradigmatica del rilievo che essi presentano per assicurare protezione giuridica a pretese che risultano sprovviste di un'espressa base legale. Essi il più delle volte non assumono la veste di indici assiologici da cui, per via di progressive deduzioni, si ricavano le risposte adeguate ai casi di specie: la "concretizzazione" giudiziale dei principi consiste in qualcosa di ben diverso. Questi fungono precisamente da criteri che indicano *la qualificazione giuridica ovvero il significato normativo da attribuire al silenzio della legge*¹⁵⁹: i principi di inviolabilità della persona umana, ex artt. 13 e 32 Cost., esigendo che eventuali provvedimenti limitativi debbano essere previsti *ex lege*, fanno sì che il silenzio del legislatore *equivolga* a mancanza di ogni legittimo ostacolo alla loro massima espansibilità¹⁶⁰. Parallelamente, anche l'invocazione giudiziaria della normativa concernente l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili (l. n. 104/1992), il cui contenuto ricalca fedelmente e quasi letteralmente i principi solennemente enunciati negli artt. 2 e 3 Cost., vale ad assegnare al difetto di apposita previsione legale un rilievo non ostativo al rilascio della concessione attinente allo speciale intervento edilizio richiesto dal portatore di handicap. Lo stesso dicasi, infine, per le direttive generali contenute nel T.U. concernente l'immigrazione e la posizione giuridica dello straniero.

Un tenore accentuatamente innovativo ha, peraltro, assunto la giurisprudenza dinanzi ad interessi di soggetti che, coinvolti – in virtù dell'incalzante progresso in campo bioetico e/o tecnologico – in vicende non prefigurabili agli occhi del diritto fino a qualche anno addietro, rimarrebbero vittime di inammissibili vuoti di tutela: simili istanze sembrano costituire il retroterra di coltura di pronunce come quella della Cassazione, più volte citata¹⁶¹, in tema di ricostruzione del concetto di ordine pubblico, laddove un ruolo preminente è giocato dall'interesse alla continuità di uno *status filiationis*, acquisito all'estero o comunque non corrispondente ai criteri consolidati di validità per il nostro ordinamento, a favore del soggetto "debole" che si identifica con il nuovo nato.

Più delicato si fa il discorso in relazione alla *seconda fase in cui il vuoto di regolamentazione incide sul compito del giudice*, quella cioè in cui, non soddisfatta direttamente in giudizio la pretesa emergente in seno alla società, la sua

¹⁵⁹ Di non univocità dei silenzi del legislatore e dei criteri per ovviarvi discute anche A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 4/2008, 427 s.

¹⁶⁰ Doverosi i richiami a P. BARI, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41 s. e a K. POLANY, *La libertà in una società complessa* (1957), ed. it. a cura di A. Salsano, Bollati Boringhieri, Torino, 1987, 184.

¹⁶¹ V. *retro*, SEZ. II, par. 3.

realizzazione “di fatto” da parte dagli interessati attiva la reazione dell’ordinamento, per il quale il comportamento posto in essere rileva come illecito. In tale cruciale ipotesi, come si è detto, il problema delle lacune si converte nell’*adeguamento delle norme che comminano responsabilità per tali condotte spontaneamente soddisfattive o incidono sulla validità di atti formati sulla loro base*. In materia civile, si è visto, per esempio, che sull’impugnazione del riconoscimento di maternità per difetto di veridicità è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, per consentire ad una norma ispirata al bene fondamentale della verità della nascita di fare spazio all’interesse del minore in particolari circostanze derivanti dal ricorso alla GPA comunque avvenuto (v. la sent. n. 272/2017, già cit.).

Nell’ambito penale (quando non si può agire su elementi normativi della fattispecie che ne consentano l’attualizzazione, come nel reato di falsa attestazione di stato per il nato da GPA), il magistrato non può sottrarsi a un serio dilemma, sospeso tra l’applicazione della fattispecie incriminatrice in cui il comportamento ricade ed una risposta che esuli dai confini segnati dal mero brocardo *dura lex sed lex* e che gli imponga di farsi carico della mancata percezione di disvalore penale riguardo a condotte marginali rispetto a quelle per cui la fattispecie era stata dettata. Così, il giudice che non punisce per omicidio del consenziente il medico che stacca la spina risponde ad un dovere simmetrico al diritto a rifiutare le cure ed alla latitudine della sua portata attuale, mentre il giudice che non persegue il falso dell’atto di nascita da GPA estera attualizza, a sua volta, la fattispecie.

Ancor più complessa la questione quando *esiste una previsione normativa ampia, in rispondenza ad una visione non più attuale del bene protetto*, come nell’ipotesi di incriminazione delle forme di partecipazione al suicidio, laddove l’adeguamento dovrà avvenire tramite un tentativo di interpretazione restrittiva della formula penale che soppianti la precedente interpretazione estensiva. In una simile circostanza l’ordinamento giuridico sembra in grado di supportare risposte giudiziarie tra loro antitetiche ed entrambi paradossalmente *optimo iure*: sia l’eventuale condanna che, facendo propria la lettura del G.I.P. inclusiva del comportamento di partecipazione prodromico, si attestasse sul diritto vivente, sia l’assoluzione che (a parte la forzatura nell’ipotizzare un diritto al suicidio) accreditasse l’interpretazione restrittiva dei requirenti. In una condizione in cui le condotte dei cittadini sono passibili di suscitare reazioni giuridiche opposte, *a fortiori* quando esse implicano l’inflizione di una sanzione consistente nella limitazione della libertà personale, si registra un grave *vulnus* per la certezza del diritto ed un serio danno per l’eguaglianza di trattamento, i quali si ripercuotono sul principio stesso di legalità.

Si rende necessario perciò teorizzare un criterio-guida che orienti l’azione verso l’uniformità della giurisprudenza, criterio che non può che essere rinvenuto guardando ai *criteri costituzionali di chiusura che reggono il sistema*

penale e che impongono, sulla scorta dello stesso caposaldo della necessità della pena, di optare per l'impostazione che esclude la responsabilità. Si propone cioè di *traslare l'asse portante del diritto penale, costituito dal principio di necessità della pena, dal campo della legislazione a quello del diritto giurisprudenziale*¹⁶², al fine di governare quelle condizioni di massima incertezza e in definitiva di caos che si dischiudono tutte le volte in cui l'ordinamento contempra due esiti giudiziari di segno opposto sul piano dell'accertamento stesso della responsabilità. È esclusa in ciò una sovrapposizione nelle scelte discrezionali di penalizzazione di competenza parlamentare, dal momento che la soluzione preferita vale ad espungere comportamenti che non rientrano nell'originaria previsione penale, in quanto (esemplificando ancora con riferimento al caso Cappato) riguardanti la situazione di chi, per gli straordinari progressi della medicina, vede prolungarsi pur in condizioni di estrema sofferenza il suo orizzonte di sopravvivenza. Dinanzi ad essi la fattispecie incriminatrice si rivela irrimediabilmente datata: fortemente mutate sono infatti le condizioni di contesto, sia sul piano sociale dove è grandemente scemata la stigmatizzazione del comportamento nel senso del disvalore morale, sia su quello giuridico, data l'ampia articolazione ricevuta progressivamente dall'evoluzione dei principi di autodeterminazione e di dignità della persona, anche per l'influsso della giurisprudenza europea¹⁶³.

In tal modo il diritto giurisprudenziale *innovativo* (per la novità stessa della situazione) assolve il compito di accrescere la *determinatezza* della disposizione legale, attraverso una funzione selettiva, che consiste nel discernere tra i comportamenti riconducibili allo spettro della disposizione e quelli ricadenti al di fuori del perimetro di quella, compito che di recente è stato ribadito come quello che è a tale diritto più confacente¹⁶⁴. Attenendosi a tale criterio, il giudice non rinnega anzi fa uso di quel fattore di specializzazione in cui consiste la sua posizione di separatezza dalla legislazione, senza tut-

¹⁶² Nell'impossibilità di dar conto della sterminata letteratura si segnalano almeno L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII (1968), 925 ss.; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 489 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, -Roma 1977; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit.; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, VI (1990), 445 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, ES, Napoli, 2007; AA.VV., *Quad. fior.*, 40, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale*, cit. e L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, V/2016, 23 ss.

¹⁶³ Vedine i più significativi contorni ricostruiti da L. RISICATO, *op. ult. cit.*, spec. 12 ss.

¹⁶⁴ V. T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in *DPC*, 28 set. 2017 e C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia", in *DPC*, 3 apr. 2017.

tavia abdicare alla «funzione sociale»¹⁶⁵ svolta in qualità di custode e veicolo dei principi costituzionali, ciò che gli attribuisce un ruolo «ordinante»¹⁶⁶ del diritto nella direzione della realizzazione del quadro politico-costituzionale. È infine appena il caso di ribadire quanto possa concorrere all'effettività di tale ruolo la capacità dalla scienza giuridica¹⁶⁷ di alimentare quella cultura, elaborando soluzioni conformi ai principi costituzionali in relazione alla molteplice varietà del reale: non dovrebbe infatti essere ignorata l'ammonizione secondo cui, se il clima culturale dovesse continuare a seguire la corrente del nichilismo nicciano, non resterebbe che il decisionismo¹⁶⁸.

¹⁶⁵ J. LUTHER, *Il mandato sociale del giudice*, in AA.VV., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti di M. Dogliani*, Bologna, 2015, 397.

¹⁶⁶ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza*, cit., 429.

¹⁶⁷ Parla in questo senso, con tono critico, di un «lascito da restaurare» davanti ad un'«inferma» se non «serva» scienza G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Annuario AIC 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004, 97. Rimarca la «separazione» tra cultura della dottrina e cultura dei giudici A. TRAVI, *op. cit.*, 497 ss., cui *adde* N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Il diritto civile*, cit., 39 ss.

¹⁶⁸ P. RESCIGNO, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, cit., 494.

RAPPORTO TRA GIUDICI E LEGISLATORE E RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Elisa Tira*

SOMMARIO: 1. Aspetti fisiologici e patologici della tensione tra giudici e legislatore (e conseguenze di quelli patologici sulla certezza del diritto). – 2. L'evoluzione delle relazioni tra giudici comuni e Corte costituzionale: un ulteriore fattore di crisi del rapporto tra giudici e legislatore? – 2.1. L'obbligo imposto ai giudici di dimostrare nell'ordinanza di rimessione di aver tentato l'interpretazione conforme a Costituzione. – 2.2. L'enfasi posta sul "dialogo" tra giudici comuni e Corti europee. – 2.3. Il ridimensionamento del giudizio incidentale di costituzionalità confermato dai dati. – 3. Alcune considerazioni sulle possibili soluzioni per un riequilibrio tra istanze politiche e istanze giurisdizionali.

1. Aspetti fisiologici e patologici della tensione tra giudici e legislatore (e conseguenze di quelli patologici sulla certezza del diritto).

Lo Stato costituzionale si caratterizza, in particolare, per la legittimazione democratica del potere politico e per l'individuazione di limiti all'esercizio del potere politico stesso, limiti che sono riconducibili in primo luogo alla garanzia dei diritti fondamentali, la cui tutela è demandata ad organi giurisdizionali. È dunque connaturata in tale forma di Stato l'esistenza di un delicato equilibrio tra sovranità popolare, che si esprime tramite le istituzioni rappresentative, e stato di diritto, che è garantito dagli organi giurisdizionali¹.

Il potere politico trova la sua massima espressione nella legge, ossia in un atto, non soggetto ad obbligo di motivazione, adottato da un organo dotato di legittimazione democratica, a valle di un procedimento che è liberamente avviato dai titolari dell'iniziativa legislativa secondo valutazioni di opportunità politica e nell'ambito del quale le Assemblee rappresentative possono anche decidere di non dare corso all'esame di un progetto di legge². In questa

* Ricercatrice in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università eCampus.

¹ Cfr. S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, 1124 s.; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; E. CHELI, *Lo Stato costituzionale*, Napoli, 2006; ID., *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, Relazione al Convegno su "Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela", organizzato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana - Roma 27-28 ottobre 2005; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992. Nello Stato costituzionale sono diritti individuali fondamentali sia quello alla partecipazione democratica, sia il diritto alla tutela giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive da parte di un giudice indipendente ed imparziale (cfr. V. ANGIOLINI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 518).

² Cfr. A. A. CERVATI, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *La formazione delle leggi*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*,

attività, il legislatore incontra dei vincoli, ed in particolare il limite del rispetto dei diritti costituzionalizzati nella Carta fondamentale.

L'attività giurisdizionale trova invece la sua espressione formale principalmente nella sentenza, cioè in un atto necessariamente motivato adottato da un soggetto – il giudice – chiamato a definire controversie in condizioni di autonomia e indipendenza da ogni altro potere, di esclusiva soggezione alla legge e di terzietà rispetto agli interessi delle parti, all'esito di un procedimento che non è attivabile liberamente dal giudice stesso ma che deve necessariamente essere definito da quest'ultimo, posto che il giudice è obbligato a pronunciarsi e non può rifiutarsi di farlo³. Nella sua attività, il giudice ha come punto di riferimento (come “faro” del suo agire) in primo luogo la tutela dei diritti, che costituiscono pertanto, al tempo stesso, limite o obiettivo per il legislatore e parametro per il giudice⁴.

Ne deriva che una certa tensione tra istanze politiche (quindi tra l'interesse all'efficacia delle decisioni del legislatore) e istanze giurisdizionali (connesse alla tutela dei diritti da parte dei giudici) sia del tutto fisiologica all'interno del sistema di diritto dello Stato costituzionale, sia in virtù del fatto che la democrazia e la “volontà generale” della maggioranza sono assoggettate a vincoli la cui osservanza è affidata ai giudici⁵, sia in ragione dell'«impossibile piena sovrapposizione fra astrattezza della norma e concretezza delle vicende umane»⁶.

Siffatta tensione può divenire tuttavia patologica nel momento in cui si rompe l'equilibrio tra “sovranità popolare” (che si esprime principalmente attraverso la “sovranità della legge” quale espressione della volontà generale che scaturisce dal meccanismo della rappresentanza elettorale, dunque attraverso l'attività del “legislatore” democraticamente eletto) e “stato di diritto” (che si fonda sul principio di legalità – sia ordinaria, sia costituzionale – e sulla tutela dei diritti, garantiti dall'attività dei giudici), in ragione di fenomeni riconducibili talvolta a “degenerazioni di un giudice-legislatore” e talaltra a “degenerazioni di un legislatore-giudice”⁷. La situazione che ne deriva si

Padova, 1993, 71 ss.; F. MODUGNO, *Legge (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 872 ss.; C. PINELLI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 485 s.

³ Cfr. S. BARTOLE, *Giudice (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989; G. P. MASSETTO, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1199 ss.; C. PINELLI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 486; E. SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 931 ss.

⁴ Cfr. A. PIOGGIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 540.

⁵ Cfr. V. ANGIOLINI, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 524; L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Milano, 2012, 14 ss.

⁶ A. PIOGGIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 540. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit., 58, parla di «contrapposizione tra legge ed interpretazione, tra volontà politica e ragione tecnica, tra legittimazione attraverso la rappresentanza e legittimazione attraverso l'argomentazione, tra politica che pone il diritto e diritto che limita la politica».

⁷ Espressioni di F. BILANCIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*,

traduce in una condizione di “incertezza del diritto”, che è dovuta a molti fattori: la “*crisi della legge*”⁸, a sua volta legata ad una più generale crisi della politica e della rappresentanza; la “*crisi della giustizia*”⁹, come il titolo di questo convegno suggerisce; la “*crisi dei rapporti tra legislatore e giudici*”¹⁰, che può essere considerata sia una causa sia un effetto dei primi due fattori.

Si tratta di problematiche ampiamente indagate e tematizzate dalla dottrina, non solo costituzionalistica, che per ovvie ragioni non è possibile trattare in questa sede. Qualche cenno sarà dedicato, senza alcuna pretesa di esaustività e al solo fine di inquadrare in via del tutto generale il tema e di evidenziarne la complessità, all’aspetto della “*crisi dei rapporti tra legislatore e giudici*”, per provare a fornire qualche spunto di riflessione su alcune delle cause del fenomeno in parola.

La rottura degli equilibri tra legislatore e giudici che oggi viene da più parti denunciata è dovuta a molteplici fattori, che a parere di chi scrive possono essere ricondotti fondamentalmente a quattro fenomeni: *a*) l’interferenza del legislatore nei confronti dell’attività tipica dei giudici (nonché della Corte costituzionale); *b*) la “*crisi della legge*” ed il conseguente sconfinamento del giudice (e della Corte costituzionale) nel campo del legislatore; *c*) l’aumento dei centri di produzione normativa e la conseguente maggiore complessità del sistema delle fonti; *d*) l’aumento delle autorità giurisdizionali chiamate

2/2016, 578. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit., 58, fa riferimento alla «tensione che ha periodicamente registrato, nella storia giuridica occidentale, i tentativi degli interpreti di liberarsi dal giogo dei legislatori e i tentativi dei legislatori di legare le mani agli interpreti».

⁸ Derivante da molteplici fattori, quali la velocità dei cambiamenti economici, sociali e tecnologici nel mondo contemporaneo, il pluralismo e la crescente complessità sociale tipici delle società democratiche, la scarsa efficienza del circuito rappresentativo, circostanze che in Italia si sono tradotte in una produzione legislativa alluvionale, oscura e scoordinata (cfr. M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell’ordinamento istituzionale italiano*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, 2009, 341).

⁹ La quale, a sua volta, dipende da diverse cause, dai problemi di organizzazione e di efficienza della giustizia civile alla eccessiva durata dei processi, dal grado di litigiosità presente nel nostro Paese alla circostanza che oggi tutto sembra dover necessariamente sempre passare per un controllo giurisdizionale (con conseguenti elevati carichi giudiziari). Nella società odierna vi è, in particolare, una crescente domanda di giustizia che travalica o anticipa l’intervento del legislatore, dovuta alla richiesta di una più efficace e rapida tutela dei diritti o del riconoscimento di “nuovi diritti” di cui il legislatore non tiene conto, richiesta che spesso però non trova una risposta adeguata negli uffici e nei servizi giudiziari (cfr. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, 91; M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell’ordinamento istituzionale italiano*, cit., 342).

¹⁰ Mi riferisco, con questa espressione, soltanto alla “rottura” degli equilibri tra legislatore e giudici determinata dalle reciproche interferenze “funzionali”, tralasciando invece in questa sede l’altro annoso problema dei contrasti tra politica e magistratura con riferimento ai diversi tentativi di riforma della giustizia e della responsabilità dei magistrati, al tema delle autorizzazioni a procedere, a quello delle intercettazioni, e così via.

ad interpretare ed applicare le norme giuridiche aventi effetti nel nostro ordinamento.

Al primo fattore menzionato, ossia alle interferenze del legislatore nei confronti dell'attività tipica dei giudici, possono essere ricondotte diverse fattispecie, quali, ad esempio: le leggi e i decreti volti a vanificare determinate pronunce giurisprudenziali¹¹, o adottati in risposta ad orientamenti giurisprudenziali poco graditi; le leggi di interpretazione autentica che pretendono di interpretare autoritativamente i testi normativi, determinando delle interferenze funzionali sul piano ermeneutico con l'attività giurisdizionale¹², soprattutto laddove cercano di neutralizzare un determinato orientamento giurisprudenziale, o di rovesciare l'esito di determinati processi, o addirittura di "scardinare" giudicati¹³; le leggi costituzionali approvate dopo l'annullamento da parte della Consulta di disposizioni di legge ordinaria dal contenuto simile a quello poi inserito nel testo della legge costituzionale¹⁴; o ancora,

¹¹ Si pensi, ad esempio, alla vicenda di Eluana Englaro, su cui si è verificato un vero e proprio "contrasto aperto" tra legislatore e giudici (nell'ambito del quale solo la mancata emanazione da parte del Presidente della Repubblica ha evitato l'entrata in vigore di un decreto-legge finalizzato ad impedire di dare attuazione ad una sentenza della Corte di cassazione), o al caso dell'ILVA di Taranto (cfr. P. CIARLO, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 536 s.).

¹² Cfr. P. CARNEVALE, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 590.

¹³ In taluni casi, gli episodi di approvazione di leggi di interpretazione autentica finalizzate proprio (o principalmente) a superare i giudicati sono arrivati anche al giudizio della Corte costituzionale; si veda, ad esempio, la sentenza n. 209 del 2010, avente ad oggetto norme di interpretazione autentica dell'art. 88 della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 13 del 1997, la cui indiscussa interpretazione da parte dei giudici amministrativi aveva già dato origine a diverse pronunce definitive. La Corte costituzionale ha affermato che «tali norme "interpretative" hanno frustrato le legittime aspettative di soggetti che, basandosi sulla legislazione vigente, mai oggetto di dubbi interpretativi e di per sé chiara e univoca, avevano chiesto e ottenuto dai giudici amministrativi, sia in primo grado sia in appello, la tutela delle proprie situazioni giuridiche, lese dagli atti illegittimi annullati. È irragionevole che il legislatore provinciale sia intervenuto per rendere retroattivamente legittimo ciò che era illegittimo, senza che fosse necessario risolvere oscillazioni giurisprudenziali e senza che il testo delle norme "interpretate" offrisse alcun appiglio semantico nel senso delle rilevanti modifiche introdotte. Con ciò facendo, non solo si è leso l'affidamento dei consociati nella stabilità della disciplina giuridica delle fattispecie, che viene sconvolta dall'ingresso inopinato e immotivato di norme retroattive che alterano rapporti pregressi, ma si rende inutile e privo di effettività il diritto dei cittadini di adire i giudici per ottenere la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive. A tale lesione di diritti fondamentali dei cittadini si aggiunge la violazione dell'art. 102 Cost., perché le norme censurate incidono negativamente sulle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, travolgendo gli effetti di pronunce divenute irrevocabili e definendo sostanzialmente, con atto legislativo, l'esito di giudizi in corso» (Corte costituzionale, sentenza n. sentenza n. 209 dell'11 giugno 2010, punto 7 del *Considerato in diritto*).

¹⁴ Si pensi alla legge costituzionale n. 2 del 1999, di revisione dell'art. 111 Cost., approvata dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 361 del 1998, che aveva dichiarato illegittimo

le leggi approvate senza tenere conto di precedenti pronunce della Corte costituzionale¹⁵.

Il secondo dei fattori indicati si riferisce invece al fenomeno contrario, ossia alle “interferenze” del giudice nei confronti del legislatore. È opinione condivisa che esso sia imputabile in larga parte alla “crisi della legge”, nelle sue molteplici sfaccettature. Vi è innanzitutto un problema di inerzia del legislatore in certi settori, soprattutto quelli eticamente sensibili (riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, bioetica, testamento biologico, eutanasia, e più in generale tutto l’ambito dei c.d. nuovi diritti), che risultano pertanto più o meno involontariamente demandati alle decisioni dell’autorità giudiziaria¹⁶. In questi casi il giudice, dinanzi alla necessità di pronunciarsi e all’inerzia del legislatore, agisce necessariamente come un “supplente” di quest’ultimo, dando luogo ad una giurisprudenza a volte criticabile, ma non concretamente evitabile¹⁷. In questi “settori” la magistratura ha così fatto applicazione diretta (talvolta in anticipo rispetto agli interventi della stessa

l’art. 513 c.p.p. sul principio del contraddittorio nella formazione della prova (cfr. G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss.); o alla legge costituzionale n. 1 del 2003, di revisione dell’art. 51 Cost., approvata dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 422 del 1995, aveva dichiarato costituzionalmente illegittime le norme contenute nelle leggi elettorali politiche, regionali e amministrative che stabilivano una riserva di quote per l’uno e per l’altro sesso nelle liste dei candidati, per violazione degli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione (cfr. A. APOSTOLI, *La Costituzione italiana e le donne*, in G. D’ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 1 ss.; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003; U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3268 ss.; A. PIZZORUSSO, E. ROSSI, *Le azioni positive in materia elettorale*, in B. BECCALLI, *Donne in quota*, Milano, 1999, 176 ss.).

¹⁵ Si consideri, ad esempio, la legge n. 124 del 2008 (c.d. *lodo Alfano*), approvata dalle Camere dopo la bocciatura della precedente legge n. 140 del 2003 (c.d. *lodo Schifani*) da parte della Corte avvenuta con la sentenza n. 24 del 2004, e a sua volta dichiarata incostituzionale con sentenza n. 262 del 2009; cfr. A. D’ANDREA, *La Corte chiarirà (salvo ripensamenti) le ragioni dell’incostituzionalità del “lodo Schifani” decidendo sul “lodo Alfano”*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. CARMINATI, A. D’ANDREA, *L’imponente sforzo politico-parlamentare per “fronteggiare” la ripresa dei procedimenti penali nei confronti del Presidente del Consiglio Berlusconi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011.

¹⁶ Salvo poi ricorrere ad interventi normativi urgenti volti a vanificare pronunce giurisdizionali ritenute politicamente “scomode”, come è avvenuto ad esempio nel caso Englaro (v. *supra*, nota 11).

¹⁷ Cfr. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., 85. Si vedano anche le considerazioni di G. AZZARITI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 567, per il quale «se questi casi coinvolgono ormai non solo un tipo di giudice (i pretori d’assalto di un tempo), ma ogni ordine e grado (dai giudici di pace alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo [...]) ciò vuol dire che il fenomeno è generale e non riducibile a un’esuberanza di un potere a scapito dell’altro».

Consulta, oltre che del legislatore) di norme costituzionali quali l'art. 32 sul diritto alla salute o gli artt. 36 e 38 sui diritti del lavoro¹⁸. Attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali, ha altresì in molti casi riconosciuto e tutelato i c.d. nuovi diritti della persona¹⁹, in qualche caso anticipando le pronunce della Corte costituzionale, o spesso su sollecitazione proprio della stessa Corte, in particolare attraverso sentenze additive di principio, che fissano un principio generale che deve essere attuato dal legislatore ma anche, in caso di inerzia di quest'ultimo, dal giudice²⁰. La supplenza esercitata dai giudici può dunque essere considerata fisiologica in presenza di una inerzia del legislatore (la quale, semmai, rappresenta la patologia), ma può diventare una criticità se sfocia in un arbitrario decisionismo del giudice²¹, in una creatività eccessiva che vada a detrimento dell'interesse del cittadino alla certezza del diritto.

In altri casi, invece, non è la mancanza di una disciplina legislativa a venire in rilievo e a costituire un problema, bensì la vastità e l'eccesso di produzione normativa, nonché la rapidità con cui tale produzione si rinnova o viene comunque superata. Da un lato, dunque, si registra l'eccessiva numerosità delle leggi, con conseguente eccessiva "densità" del panorama normativo, dovuto a diverse ragioni, tra cui il crescente numero di ambiti della vita sociale regolati dal diritto, la moltiplicazione degli interessi pubblici e privati di cui si chiede la tutela, il pluralismo sociale, l'ampio ricorso alla delega legislativa, nonché, come si dirà, l'aumento dei centri di produzione normativa²². Dall'altro, appare incontestabile l'eccessiva ed impressionante rapidità del mutamento legislativo, in nome di un decisionismo politico e legislativo che ha come conseguenza inevitabile una certa dose di volatilità e instabilità della produzione normativa (sono ormai frequenti i casi di leggi scritte velocemente che vengono modificate subito dopo essere state approvate, o di decreti legislativi immediatamente seguiti dall'approvazione di decreti correttivi degli stessi, o ancora di leggi che non vengono attuate e necessitano di ulteriori norme per darvi applicazione, o che vengono dichiarate incostituzionali)²³. Siffatti

¹⁸ Cfr., tra gli altri, F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *federalismi.it*, 2010; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, n. 6/2008.

¹⁹ Cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2008, 269 ss.; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, cit.

²⁰ Cfr. M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell'ordinamento istituzionale italiano*, cit., 349.

²¹ Il decisionismo del giudice è da considerarsi pericoloso quanto il decisionismo del legislatore, se arbitrario e non ancorato a precisi valori e alla legalità, sganciato dalla soggezione al "diritto"; cfr. F. BILANCIA, *Intervento su Giudici e legislatori*, cit., 573.

²² Cfr. M. BOMBARDELLI, *Intervento su Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 508.

²³ Tutto ciò ha conseguenze anche sul processo costituzionale, che «sempre più di frequente è obbligato ad interrompersi o, addirittura, a fermarsi sul nascere a causa dell'accavallarsi confu-

fenomeni risultano peraltro determinati ed amplificati da procedure parlamentari che, nel corso delle ultime legislature, sono state progressivamente sempre più “piegate” – sia attraverso l’introduzione di misure acceleratorie nella disciplina regolamentare dei due rami del Parlamento, sia a seguito di degenerazioni delle prassi – alla volontà di velocizzare i lavori parlamentari, in modo da garantire l’assunzione delle decisioni in tempi rapidi e “certi” (rafforzando contestualmente il ruolo del Governo in Parlamento)²⁴.

Questa tendenza, oltre a costituire una delle cause del menzionato eccesso di produzione normativa e della rapidità dei mutamenti legislativi, è anche alla base dell’ulteriore problema della (scarsa) qualità della normativa esistente. La scadente qualità delle leggi, le gravi carenze nella tecnica legislativa, le leggi ambigue e scritte male, la presenza di testi normativi talvolta troppo vaghi e oscuri, talaltra caratterizzati da un eccesso di dettaglio, sono tutti elementi che concorrono ad allargare le maglie dell’attività interpretativa dei giudici, favorendone la creatività²⁵, laddove, invece, un quadro nor-

so di nuove norme incidenti sulla materia oggetto della disciplina impugnata»; il «rinnovamento incessante della normazione porta ad una sostanziale denegazione della giustizia costituzionale, con evidenti riflessi sull’interpretazione e sull’applicazione della Costituzione, sul suo primato insomma» (A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale*, Relazione al Convegno annuale AIC, Milano 2002, in *Rivista AIC - Archivio*, 34 s.).

²⁴ Su questi aspetti cfr., da ultimo, M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all’esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine Legislatura*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2017. Com’è noto, gli interventi finalizzati a velocizzare l’assunzione delle decisioni e a snellire ed accelerare il procedimento di approvazione delle leggi non hanno riguardato solo la prassi e le modifiche dei regolamenti parlamentari, ma costituivano anche uno degli aspetti centrali del progetto di revisione della Parte Seconda della Costituzione che è stato respinto dal corpo elettorale in occasione del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, e che prevedeva, tra l’altro, l’introduzione dell’istituto del “voto a data certa” e di un procedimento legislativo ordinario “sostanzialmente monocamerale”. Sul punto cfr., tra gli altri, A. APOSTOLI, *La “nuova” funzione legislativa*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino, 2016, 231 ss.; A. CARMINATI, *Do ut des? Nuovi limiti alla decretazione d’urgenza in cambio dell’introduzione in Costituzione del voto “a data certa”*, *ivi*, 270 ss.; R. DICKMANN, *Alcune considerazioni sull’istituto del “voto a data certa”*, in *federalismi.it*, n. 6/2016; T. GUARNIER, *Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa*, in *federalismi.it*, n. 5/2016; M. PODETTA, E. TIRA, *I nuovi procedimenti legislativi*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La Riforma costituzionale tra speranze e timori*, cit., 241 ss.

²⁵ Cfr. G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell’Europa politica*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2009, 19; A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 3/2015; G. U. RESCIGNO, *Intervento su Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 493 s., per il quale «Chi scrive le leggi non può e non deve illudersi di poter prevenire nel futuro dubbi e incertezze intorno a ciò che ha scritto (in questo senso non può illudersi di impedire o eliminare l’attività di interpretazione dei testi giuridici). Ma questo non significa affatto che egli non possa comunicare ciò che intende dire in modo tale che ciò che ha scritto venga

mativo “certo”, chiaro e stabile limiterebbe grandemente i margini operativi degli organi chiamati ad interpretare ed applicare le norme (secondo il noto brocardo per cui *in claris non fit interpretatio*).

Il terzo fattore indicato come causa della crisi dei rapporti tra legislatore e giudici è l'aumento numerico dei centri di produzione normativa, che ha determinato una evoluzione e una profonda trasformazione del sistema delle fonti, il quale ha perso il suo assetto piramidale e verticale, da un lato a seguito dei processi di integrazione europea e di globalizzazione, dall'altro della valorizzazione del principio di autonomia. Ciò ha dato luogo non solo ad un aumento del numero delle fonti, ma anche alla difficoltà di costruirne una gerarchia ordinata con sicuri punti di riferimento e criteri precisi di risoluzione delle antinomie²⁶. Inoltre, i precedenti giurisprudenziali e l'attività interpretativa hanno indotto alcuni ad includere tra le fonti del diritto, in aggiunta alle tradizionali “fonti politiche”, anche le “fonti culturali” costituite, in primo luogo, dalla giurisprudenza²⁷. La complessità del nuovo quadro delle fonti del diritto «ha trasformato la massa normativa a cui il Giudiziario deve dare applicazione in un magma al quale la giurisprudenza deve imporre un certo ordine, se non si vuole che vada del tutto perso il bene di una tendenziale eguaglianza dei cittadini dinnanzi al diritto applicato. Ma nel dare ordine sistematico a un materiale in continua ebollizione la giurisprudenza non può non comporre in sintesi nuovi elementi eterogenei, aggiornare le norme vecchie alla luce delle più recenti, integrare, correggere, alla fine darsi carico che il diritto nel suo insieme non perda il contatto con la realtà sociale in rapido movimento»²⁸.

Il quarto fattore, per certi versi speculare a quello appena richiamato, è costituito dall'aumento delle giurisdizioni, ossia dall'incremento del numero delle autorità giudicanti cui i nostri giudici sono chiamati a rapportarsi. In-

compreso immediatamente, senza alcun bisogno di interporre una attività di interpretazione»; viceversa, «Se il legislatore ha scritto in modo confuso, oppure se il caso da risolvere non trova compiuta risposta nel testo del legislatore, allora è inevitabile che gli operatori giuridici, ed i giudici in particolare come coloro che dicono l'ultima parola nei casi concreti della esperienza giuridica, diventino di fatto colegislatori rispetto al caso specifico che essi risolvono».

²⁶ Cfr. M. BOMBARDELLI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 511 s.

²⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, cit., 24; A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2/2003. Sui diversi ruoli che la scienza giuridica riconosce alla giurisprudenza come fonte del diritto, v. anche G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Diritto pubblico*, 1/2017, 31.

²⁸ G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Congresso annuale AIC, Milano 2002, in *Rivista AIC - Archivio*, per il quale, in tutti gli odierni ordinamenti occidentali, «il Giudiziario è divenuto ormai, in sostanza, un *legislatore di rincalzo*. Un legislatore particolare, che deve produrre le sue regole lavorando su disposizioni altrui nel corso del processo di decisione di casi singoli litigiosi; un lavoro condotto secondo tecniche raffinate, che sfruttano le peculiarità del caso per far emergere, occorrendo, interpretazioni nuove del dato normativo e via via trasformarne l'originario significato».

fatti, contestualmente (e conseguentemente) all'aumento dei centri di produzione normativa, nonché alla realizzazione di forme di protezione dei diritti – a livello sovranazionale e internazionale – secondo modelli e procedure diversi da quelli nazionali, un grande peso hanno assunto le Corti europee, organi non statuali chiamati a dirimere controversie, talvolta in alternativa ai giudici nazionali, spesso con una competenza esclusiva²⁹.

In sintesi, i fenomeni delle interferenze reciproche tra organi titolari della funzione legislativa e organi giudiziari, la “crisi della legge”, l'aumento dei centri di produzione normativa e delle giurisdizioni, hanno concorso a determinare una crisi dei rapporti tra legislatore e giudici che ha delle ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità e stabilità delle soluzioni. In particolare, la crisi della legislazione (con riferimento soprattutto alle omissioni legislative, alle procedure parlamentari non più garantiste, alla qualità scadente delle leggi), insieme alla crescente complessità del panorama delle fonti e dell'attività ermeneutica, hanno come effetto inevitabile, da un lato, quello di estendere lo spazio di manovra dell'interprete, favorendo la creatività dei giudici³⁰ ed il consolidarsi di un diritto vivente di origine giurisprudenziale anche all'interno dei sistemi che sono tradizionalmente di *civil law*³¹; dall'altro, quello di favorire la frammentazione delle decisioni e la non omogeneità delle interpretazioni delle norme da parte dei giudici.

La conseguenza è una progressiva e apparentemente inarrestabile frantumazione del diritto che si sta verificando in tutti i Paesi dell'Europa continentale per effetto del ruolo crescente ricoperto dalla giurisprudenza (tanto che sempre più spesso viene paventato un presunto “governo dei giudici”³²) e della contestuale crisi dei poteri politici.

2. L'evoluzione delle relazioni tra giudici comuni e Corti costituzionali: un ulteriore fattore di crisi del rapporto tra giudici e legislatore?

Ai fattori sopra indicati come cause della crisi tra legislatore e giudici si deve aggiungere un elemento ulteriore, costituito dalla configurazione che

²⁹ Di conseguenza, la capacità delle Corti supreme e costituzionali nazionali di orientare il diritto appare molto ridimensionata, sia per la loro rinuncia a conoscere di un considerevole numero di controversie, lasciate talora ai giudici comuni, talaltra alle Corti sovranazionali, sia per la sempre più frequente messa in discussione delle loro sentenze definitive da parte della giurisprudenza delle Corti europee.

³⁰ Cfr. G. AZZARITI, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 567.

³¹ Cfr. M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell'ordinamento istituzionale italiano*, cit., 342; F. BILANCIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 574.

³² Cfr., tra gli altri, G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, cit., 3 ss. Si vedano anche gli interventi pubblicati nel volume a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996.

è andata consolidandosi nel tempo dei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale. L'evoluzione di tali rapporti registratasi a partire soprattutto dagli anni Novanta, infatti, ha giocato un ruolo importante anche sulla "alterazione" degli equilibri tra potere politico e potere giudiziario.

A seguito dell'avvento della Costituzione rigida, il giudice non è più soggetto soltanto alla legge, ma è, prima di tutto, soggetto alla Costituzione³³. A partire dall'entrata in funzione della Corte costituzionale, poi, tutti i giudici – di grado inferiore e superiore – sono collocati su un piano di parità con riferimento alle funzioni esercitate³⁴; il potere di denunciare l'incostituzionalità della legge, sospendendone l'applicazione, trasforma il tradizionale principio della soggezione del giudice alla legge, determinando una forte valorizzazione del ruolo del giudice stesso³⁵.

Con la previsione della via incidentale di accesso alla Corte costituzionale viene configurato un controllo di costituzionalità accentrato, ma ad iniziativa diffusa, dal momento che, benché il giudice non possa direttamente disapplicare la norma ritenuta incostituzionale, tuttavia agisce come «portiere» per l'accesso alla Corte³⁶, chiamato a partecipare attivamente, attraverso il potere di rimessione della questione di costituzionalità, «all'elaborazione e attivazione [del]l'indirizzo (politico)-costituzionale»³⁷. Ne deriva «un'indu-

³³ Cfr. M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell'ordinamento istituzionale italiano*, cit., 341.

³⁴ Cfr. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., 79.

³⁵ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2/2003, 351, per il quale «in virtù del nuovo assetto che il sistema delle fonti del diritto veniva ad assumere, infatti, la soggezione del giudice alla legge non era infatti più una soggezione assoluta, ma una soggezione condizionata alla verifica della sua costituzionalità, e ciò apriva inoltre la via all'interpretazione "adeguatrice" della legge alla costituzione ed all'applicazione "diretta" della costituzione».

³⁶ Secondo la nota espressione coniata da P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 13. La sottoposizione delle leggi a sindacato giurisdizionale comporta pertanto l'attribuzione del "potere dell'ultima parola" ai giudici, e non solo al giudice costituzionale che decide, ma anche a tutti i giudici comuni che sollevano le questioni incidentali (cfr. C. PINELLI, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 486). R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 196, afferma che «La "rivoluzione" apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene a inserirsi nel previgente sistema, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) e organizzata più per principi che per regole. La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento "politico" della formazione del diritto, risulti adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale».

³⁷ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., 79. Cfr. anche E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 29 ss.

bitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come “bocca della legge” o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo»³⁸.

Questa dilatazione del ruolo del giudice diviene ancora più evidente a partire dagli anni Novanta, quando la Corte costituzionale inizia a sollecitare con sempre maggiore insistenza un ruolo più attivo e, potremmo dire, più “autonomo” ed “autosufficiente” dei giudici. Da un lato, infatti, la Corte sollecita la risoluzione dei dubbi di costituzionalità attraverso un’interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni di legge³⁹; dall’altro, inizia a richiedere ai giudici comuni (pur gradualmente e dopo molte resistenze iniziali⁴⁰) di interpretare la normativa nazionale in senso conforme al diritto eurounitario e di rapportarsi direttamente (e preliminarmente) con la Corte di Giustizia dell’Unione europea.

2.1. L’obbligo imposto ai giudici di dimostrare nell’ordinanza di rimessione di aver tentato l’interpretazione conforme a Costituzione.

Nella sentenza n. 356 del 1996, per la prima volta la Corte costituzionale ha affermato il principio, poi frequentemente richiamato nella sua giurisprudenza, per 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»⁴¹. Corollario dell’obbligo di interpretare le leggi in senso conforme a Costituzione

³⁸ R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice*, cit., 196.

³⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, 2009, 415.

⁴⁰ Com’è noto, il principio del primato del diritto eurounitario sulle norme nazionali e quello degli effetti diretti, elaborati dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea sin dalle pronunce *Van Gend en Loos* (Corte di Giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.* 1963, 3) e *Costa* (Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc.* 1964, 1129), che oggi costituiscono principi pienamente accettati ed indiscussi, non hanno trovato inizialmente una coincidenza con la posizione della Corte costituzionale italiana, che è passata da asserzioni decisamente refrattarie alle posizioni del giudice di Lussemburgo fino alla progressiva accettazione dei menzionati principi, nel corso di quello che è stato definito un vero e proprio «cammino comunitario» della Corte costituzionale (espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.). Tale “percorso” ha visto la Corte, in un primo tempo, applicare il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno (sentenza n. 14 del 1964), successivamente il criterio gerarchico (sentenza n. 232 del 1975), infine il criterio della competenza (sentenza n. 170 del 1984). Sul punto cfr., tra gli altri, F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, Torino, 1995, 5 ss.

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 356 del 22 ottobre 1996, punto 4 del *Considerato in diritto*.

è che, qualora sia possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge, il giudice non deve sollevare la questione di costituzionalità ma applicare la legge secondo quella interpretazione. Questa novità, come è noto, ha avuto un'importanza fondamentale nella concretizzazione ed attuazione dei principi costituzionali⁴².

La Corte costituzionale, peraltro, non si è limitata a sancire l'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, ma, a partire dal 1998⁴³, ha iniziato a richiedere al giudice comune di dimostrare nella motivazione dell'ordinanza di rimessione di aver cercato le possibili interpretazioni della legge tali da renderne praticabile una lettura conforme a Costituzione, pena la – addirittura – manifesta inammissibilità della questione. Tale giurisprudenza si è progressivamente consolidata, inducendo il giudice costituzionale ad adottare, negli anni, una gran quantità di ordinanze di manifesta inammissibilità per mancata dimostrazione da parte del giudice di aver sperimentato l'interpretazione conforme prima di sollevare la questione⁴⁴.

Da un lato, questa ulteriore svolta da parte del giudice costituzionale è stata accolta positivamente, poiché ha avuto il merito di favorire un processo di lenta ricerca di significati condivisi delle norme costituzionali di principio⁴⁵, consentendo alla Costituzione «di penetrare in profondità nell'ordinamento, che in questo modo si permea dei valori costituzionali»⁴⁶.

Dall'altro lato, essa ha tuttavia dato luogo ad alcune non trascurabili criticità: i. anzitutto, ha indotto nei giudici un attivismo in taluni casi eccessivo⁴⁷,

⁴² Per S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Giurisdizione e giudici nella Costituzione*, Quaderni del Consiglio superiore della magistratura, n. 155, 2009, 34, «l'interpretazione conforme rappresenta un modo di applicazione diretta della Costituzione nella misura in cui la norma costituzionale entra a comporre il materiale normativo utilizzato dal giudice per estrarre dalla legislazione ordinaria vigente, e saldandosi con essa, una disciplina quanto meno non confliggente con i principi costituzionali». L'Autore aggiunge che «nel momento in cui favorisce questo più diretto impegno dei giudici sul fronte dell'applicazione diretta di norme costituzionali la Corte concorre a ridefinire ed innovare il ruolo del giudice, non più destinato a reagire alle situazioni di palese incostituzionalità mediante lo strumento della rimessione di questioni di legittimità alla Corte stessa, ma chiamato a collaborare a fianco di questa all'implementazione della Costituzione».

⁴³ Si vedano, ad esempio, le ordinanze n. 39 del 1998, n. 147 del 1998, n. 187 del 1998.

⁴⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., 417.

⁴⁵ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 419. La Costituzione è diventata, in questo modo, un atto normativo direttamente applicabile (*ivi*, 421).

⁴⁶ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 2007, 6. Per l'Autore, «l'avvento dello Stato costituzionale di diritto presuppone e implica la crisi della legge (del suo primato, cioè, e della "preferenza" di legge)».

⁴⁷ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., parla di «atteggiamenti giudiziali di esasperato attivismo».

- non accompagnato dalla fissazione di criteri e limiti all'attività di interpretazione conforme, introducendo così forti elementi di diffusione nel nostro sistema di sindacato di costituzionalità accentrato⁴⁸;
- ii. conseguentemente, ha favorito una frammentazione delle pronunce e degli orientamenti giurisprudenziali, a discapito della certezza del diritto e della stabilità e prevedibilità delle decisioni;
 - iii. ha quindi indebolito il ruolo della stessa Corte costituzionale quale organo istituzionalmente chiamato a garantire la supremazia della Costituzione, e ridimensionato l'importanza del sindacato accentrato di costituzionalità quale modalità privilegiata prevista dai Costituenti per assicurare quella supremazia⁴⁹ e quale strumento di tutela dei diritti costituzionali di fronte alla legge.

La “sostituzione” del giudice comune al giudice costituzionale nell'interpretazione della Costituzione, per certi versi sollecitata e “incentivata” dalla stessa Corte, ha determinato una crisi del sistema di controllo incidentale della costituzionalità delle leggi, che ne esce infatti “appannato”. La “diffusione” del sindacato sulla costituzionalità delle leggi che si realizza come effetto dell'utilizzo della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente conforme ha avuto l'effetto di allargare notevolmente il potere di ogni singolo giudice, che è andato ad occupare uno spazio che in passato era di dominio delle sentenze interpretative della Corte costituzionale⁵⁰. Il rischio è che il giudice comune, impegnato nella ricerca di significati normativi “adeguati” alla Costituzione, si spinga a leggere in una determinata disposizione legislativa anche quello che in realtà in essa non c'è⁵¹. Laddove questo si verifici, la conseguenza sarebbe non soltanto una sostituzione dei giudici comuni al

⁴⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, cit., 9.

⁴⁹ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 8 ss., osserva che i Costituenti scelsero di non affidare il controllo di costituzionalità ai giudici, preferendo invece un modello accentrato, non perché temessero che i giudici avrebbero sotto-utilizzato la Costituzione, «ma *al contrario* proprio perché immaginavano che ne avrebbero fatto un uso abbondante – o forse un uso eccessivo e incontrollabile – nella risoluzione delle loro controversie».

⁵⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Intervento su Giudici e legislatori*, cit., 568. Sulle sentenze interpretative della Corte costituzionale, cfr., tra i molti, S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 93 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 80 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 121 ss.; F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 8 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 138 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 292 ss. Sulla genesi delle sentenze interpretative di rigetto, cfr. anche S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 417 ss.

⁵¹ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, cit., 7-8.

giudice costituzionale, ma anche una sostituzione dei giudici comuni al legislatore⁵².

2.1. L'enfasi posta sul "dialogo" tra giudici comuni e Corti europee.

La posizione individuale di indipendenza dei giudici è accresciuta dai nuovi poteri che essi hanno acquisito in forza del diritto eurounitario e soprattutto dell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con l'avallo (per quanto non immediato e piuttosto "sofferto"⁵³) della nostra Corte costituzionale⁵⁴. L'assetto dei rapporti tra fonti interne e fonti europee, nonché tra giudici nazionali e Corte sovranazionale, configurato dalla giurisprudenza sia della Consulta italiana sia della Corte di Giustizia dell'Unione europea soprattutto a partire dagli anni Ottanta, ha gradualmente determinato l'instaurarsi di relazioni sempre più strette tra la Corte di Lussemburgo e i giudici comuni, chiamati a garantire direttamente la supremazia del diritto eurounitario su quello interno, eventualmente con l'ausilio della prima, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

A partire dalla sentenza n. 170 del 1984 del giudice costituzionale italiano, in caso di conflitto fra diritto interno e diritto eurounitario i giudici sono autorizzati (o, meglio, tenuti) a disapplicare il primo a vantaggio del secondo. Come è noto, la pronuncia del 1984 ha affermato che per una «fondamentale esigenza di certezza giuridica», che «impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea» (oggi Unione europea), tale regolamento deve essere «sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili», e «il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato» (oggi art.

⁵² A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 780, osserva che «manipolazioni anche di particolare rilievo, pur se non sempre immediatamente visibili, si sono avute (e quotidianamente si hanno) altresì per iniziativa dei giudici comuni, costretti tuttavia dai limiti delle loro funzioni a mascherare ad arte le innovazioni normative – ché di questo, a conti fatti, si è trattato e si tratta – poste in essere, ammantandole delle candide vesti dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea). E non è inopportuno al riguardo rammentare che siffatta tendenza è stata, pur se involontariamente, incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale col fatto stesso di sollecitare i giudici comuni a far luogo ad un utilizzo viepiù incisivo e ricorrente della tecnica d'interpretazione in parola».

⁵³ V. *supra*, nota 40.

⁵⁴ Cfr. S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Giurisprudenza e giudici nella Costituzione*, Quaderni del Consiglio superiore della magistratura, n. 155, 2009, 39.

267 TFUE)⁵⁵. La giurisprudenza affermata si a partire da tale pronuncia implica che sia compito pressoché esclusivo dei giudici comuni risolvere tutti i conflitti tra diritto interno e diritto dell'Unione direttamente applicabile o avente effetti diretti, assicurando sempre la prevalenza al secondo e lasciando disapplicare le norme interne incompatibili. Di conseguenza, qualora il giudice nazionale impugni una legge italiana davanti alla Corte costituzionale per violazione di norme eurounitarie senza aver preliminarmente accertato (eventualmente anche attraverso un rinvio pregiudiziale) se la norma europea violata abbia o meno effetti diretti, la Corte dichiara la questione inammissibile, dovendo il giudice ordinario valutarne la rilevanza nell'ambito del giudizio pendente dinanzi ad esso.

Questa innovazione ha obbligato i giudici nazionali a riportare la loro attività alla giurisprudenza di un organo giudiziario non riconducibile alla magistratura tradizionale, con un conseguente affievolimento sia delle tradizionali "gerarchie giudiziarie" nazionali (con ciò intendendo i rapporti tra giudici di grado inferiore e giudici di ultima istanza), sia della "soggezione alla legge" intesa come "legge nazionale" adottata dal legislatore italiano.

Sempre nella citata sentenza n. 170 del 1984, in un'ottica di garanzia della certezza del diritto, il giudice costituzionale ha precisato che l'ulteriore evoluzione dell'assetto dei rapporti fra diritto eurounitario e diritto interno comporta, sul piano ermeneutico, che «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato»⁵⁶. La Corte costituzionale, dunque, già a partire dagli anni Ottanta ha iniziato a chiedere ai giudici di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto dell'Unione europea⁵⁷.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Il principio dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea è stato enunciato anche dalla Corte di Giustizia, dapprima, più vagamente, in una pronuncia del 1984, dove essa ha affermato che «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che [...] il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, 3° comma [oggi art. 288 TFUE]» (Corte di Giustizia, sentenza del 10 aprile 1984, causa 14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.* 1984, 1891, punto 26 della motivazione); successivamente, in termini espliciti, con la sentenza *Marleasing* del 1990, nella quale la Corte di Lussemburgo ha espressamente parlato di «necessità di un'interpretazione del diritto nazionale conforme»

Quanto agli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia, queste sono giuridicamente vincolanti per tutti i giudici nazionali; secondo la Corte costituzionale, in particolare, esse producono effetti diretti esattamente come se si trattasse di vere e proprie fonti del diritto eurounitario⁵⁸. Il giudice italiano ha infatti affermato, sin dalla sentenza n. 113 del 1985, che il principio per cui la normativa dell'Unione «entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato», tutte le volte che essa soddisfa il requisito della immediata applicabilità, «vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti [...] dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia»⁵⁹.

Il «riparto delle competenze» tra giudici comuni e Corte costituzionale per la soluzione delle antinomie tra diritto nazionale e diritto eurounitario fissato a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 ha creato le premesse per una continua attivazione del legame diretto fra giudici italiani e Corte di Lussemburgo, con un conseguente ridimensionamento del legame tra giudici e Consulta. A ciò si deve aggiungere l'«autoemarginazione» della Corte costituzionale rispetto alle questioni europee, dovuta all'iniziale rifiuto di considerarsi un «giudice nazionale» legittimato ad utilizzare il rinvio pregiudiziale

a quello eurounitario (Corte di Giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, punto 9 della motivazione).

⁵⁸ Cfr. G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2004, 249 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 302 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1204 ss. Sugli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia, cfr. anche P. BIAVATI, F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 423 ss.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 113 del 23 aprile 1985, punto 5 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 1985, I, 694 ss. La Corte costituzionale, considerando le pronunce della Corte di Lussemburgo alla stregua di vere e proprie fonti del diritto, si colloca in una posizione parzialmente diversa rispetto a quella fatta propria dalla Corte di Giustizia, la quale, a partire dalla sentenza *Cilfit* del 1982 (Corte di Giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit c. Ministero della sanità*, in *Racc.* 1982, 3415), ha affermato che le proprie sentenze interpretative hanno il valore di veri e propri precedenti giurisprudenziali. Per la Corte di Giustizia, infatti, il giudice nazionale di ultima istanza non è obbligato a sollevare una questione pregiudiziale se «la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale» (*ivi*, punto 13 della motivazione) o se esiste già «una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere» (*ivi*, punto 14 della motivazione).

alla Corte di Giustizia⁶⁰ (durato fino all'ordinanza n. 103 del 2008 per quanto riguarda i giudizi di costituzionalità in via principale⁶¹, e fino all'ordinanza

⁶⁰ Com'è noto, sulla possibilità di adire essa stessa il giudice europeo, per lungo tempo la Corte costituzionale ha sostenuto posizioni oscillanti, senza peraltro fare mai ricorso, fino al 2008, allo strumento di cui all'art. 267 TFUE. Ogni volta che il giudice *a quo* ha chiesto che fosse la Corte costituzionale ad utilizzare il rinvio pregiudiziale, quest'ultima ha affermato che è il giudice rimettente a doversi fare carico di adire il giudice europeo e, di conseguenza, gli ha restituito gli atti per una nuova valutazione della rilevanza della questione. In particolare, nell'ordinanza n. 536 del 1995, la Corte costituzionale ha affermato di non poter adire la Corte di Giustizia europea, in quanto essa «esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni»; di conseguenza, nella Corte costituzionale «non è ravvisabile quella "giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art. 177 (ora 234) del Trattato istitutivo della CEE, poiché la Corte non può "essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali"» (Corte costituzionale, ordinanza n. 536 del 29 dicembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 783 ss., sulla quale si veda A. BARONE, *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*, *ivi*, 785 ss.). In dottrina, sul rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, si vedano, tra i molti: F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 129 ss.; G. TESAURO, *Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi a Roma nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, 1991, 177 ss.; M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, 222 ss.; R. MASTROIANNI, *Rilevanza delle questioni pregiudiziali e dovere di collaborazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia: la sentenza sulle «telepromozioni»*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, 191 ss.; N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di «giudice nazionale»: è giunto il momento della Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 155 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1204 ss.

⁶¹ Il giudice costituzionale ha deciso per la prima volta di investire direttamente la Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale nel corso di un giudizio in via principale, deciso con la sentenza n. 102 del 2008 (Corte costituzionale, sentenza n. 102 del 15 aprile 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 1194 ss., con nota di F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, *ivi*, 1288 ss. Si vedano inoltre: S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria e «integrazione» di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898 ss.; A. CARMINATI, *Waiting for the Dialogue. The First Reference for a Preliminary Ruling of the Italian Constitutional Court*, in A. CYGAN, L. SPADACINI (edited by), *Constitutional Implications of the Traghetti Judgment. Italian and European Perspectives*, Gussago, 2010, 145 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1312 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del «cammino comunitario» conduce la Corte a Lussemburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it). In quella occasione la Corte, dopo essersi nuovamente interrogata circa la sussistenza delle condizioni per poter sollevare davanti alla Corte di Giustizia, al pari del giudice comune, una questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto eurounitario, ha affermato che «La risposta, al riguardo, è positiva, perché questa Cor-

n. 207 del 2013 per quelli in via incidentale⁶²), nonché all'affermazione della necessità per i giudici comuni di risolvere le c.d. questioni “doppiamente pregiudiziali” rivolgendosi preliminarmente al giudice di Lussemburgo⁶³.

Questo “arretramento” del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia e il parallelo (e conseguente) ridimensionamento del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni è evidente a partire dagli anni Novanta, ed in particolare dalla sentenza n. 168 del 1991⁶⁴. Nell'ambito di quel giudizio era emerso appunto il problema delle c.d. questioni “doppiamente pregiudiziali”, ossia aventi ad oggetto disposizioni legislative contrastanti –

te, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni non è ammessa alcuna impugnazione: art. 137, terzo comma, Cost.). Essa pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, è legittimata a proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE» (Corte costituzionale, sentenza n. 102 del 2008, cit., punto 8.2.8.3 del *Considerato in diritto*). Di conseguenza la Corte, dopo aver risolto le altre questioni di costituzionalità, ha riservato alla separata ordinanza n. 103 del 2008 di sottoporre alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale, alcune questioni di interpretazione degli articoli 49 e 87 del Trattato, nonché di sospendere il giudizio sino alla definizione di dette questioni pregiudiziali (Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008, su cui si vedano E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 789 ss., e L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in *federalismi.it.*).

⁶² Con l'ordinanza n. 207 del 2013 la Corte costituzionale ha per la prima volta effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, segnando, quindi, un ulteriore passo avanti nel suo “cammino comunitario”, affermando di essere “giurisdizione nazionale” anche nel giudizio in via incidentale e, quindi, legittimata al rinvio alla Corte di Giustizia anche in tale sede (Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 18 luglio 2013, su cui si veda, tra gli altri, L. PESOLE, *Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di Giustizia in un giudizio in via incidentale*, in *federalismi.it*, 2013).

⁶³ Cfr. G. MARTINICO, *Il dialogo fra le Corti nell'arena del Gattopardo: l'Europa fra novità costituzionali e nostalgie di comportamento*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006, 891 ss.

⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 18 aprile 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 1409 ss., con nota di F. SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili, ivi*, 1418 ss. La sentenza n. 168 del 1991 è quella con cui la Corte costituzionale ha affermato che, al pari di altri atti delle istituzioni europee, anche alle direttive vanno riconosciuti – entro certi limiti – effetti diretti e che, al fine di verificare le condizioni per la loro immediata applicabilità, occorre far riferimento ai requisiti indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Il giudice costituzionale ha quindi confermato che, nelle materie di competenza eurounitaria, spetta ai giudici comuni, direttamente o eventualmente con l'ausilio interpretativo della Corte di Lussemburgo, valutare gli effetti diretti delle norme europee (comprese quelle delle direttive) e, in caso di incompatibilità, garantirne la prevalenza sulle norme interne, procedendo senza indugio all'applicazione del diritto sovranazionale direttamente applicabile o dotato di effetti diretti e alla non applicazione della norma nazionale.

almeno apparentemente – sia con norme dell’Unione europea, sia con norme della Costituzione (e non necessariamente l’art. 11 o l’art. 117 della Costituzione, cioè le disposizioni da cui deriva l’obbligo di adeguarsi al diritto europeo), che pertanto possono richiedere, allo stesso tempo, sia una pronuncia interpretativa o di validità da parte della Corte di Giustizia (per quanto attiene ai profili di compatibilità con il diritto dell’Unione), sia un intervento della Consulta quanto ai profili di illegittimità costituzionale (che possono anche essere indipendenti dal contrasto con la normativa europea)⁶⁵.

Le controversie in cui sorgano siffatte questioni “doppiamente pregiudiziali”, per essere definite, necessitano dunque – astrattamente – dell’intervento di entrambe le giurisdizioni, europea e nazionale⁶⁶. Tuttavia la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 168 del 1991, ha stabilito la necessità, in caso di “sovrapposizione” tra le sue competenze e quelle della Corte di Giustizia, di risolvere preliminarmente i problemi di rapporto tra la norma interna e il diritto europolitano, che potrebbero eventualmente portare alla disapplicazione della prima e alla conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità nel giudizio nazionale⁶⁷.

In seguito, con l’ordinanza n. 249 del 2001, la Corte ha chiarito in modo inequivocabile che quando, al fine di definire la questione pendente dinanzi a sé, il giudice rimettente chiede l’intervento sia della Corte di Giustizia che della Corte costituzionale, la «richiesta di interpretazione rivolta alla Corte di giustizia fa [...] sorgere nel giudizio *a quo* una “pregiudiziale comunitaria”, circa la compatibilità con il diritto comunitario della stessa norma sospettata di contrasto con la Costituzione, con conseguente incidenza sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale»⁶⁸. Cosicché, qualora manchi ogni cenno di motivazione sul profilo della compatibilità della nor-

⁶⁵ Cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., 1193 ss.

⁶⁶ Cfr. M. CARTABIA, J. H. H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 194 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 300.

⁶⁷ Questo primo approccio del giudice costituzionale italiano è stato meglio specificato negli anni successivi. Nel 1992, la Corte ha dovuto affrontare una nuova questione doppiamente pregiudiziale, poiché il giudice *a quo* aveva proposto una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia e poi, prima di conoscere l’orientamento del giudice europeo, aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla medesima norma. Con l’ordinanza n. 391 del 1992, il giudice costituzionale ha affermato la manifesta inammissibilità della questione perché, non essendo ancora pervenuto il giudizio della Corte di Giustizia, non vi era alcuna certezza sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, la quale, quindi, risultava proposta in via meramente astratta ed ipotetica (Corte costituzionale, ordinanza n. 391 del 30 luglio 1992). Cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., 1193 ss.

⁶⁸ Corte costituzionale, ordinanza n. 249 del 12 luglio 2001.

ma impugnata con il diritto eurounitario, la questione di legittimità costituzionale deve essere dichiarata manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza (anche qualora il giudice *a quo*, come nel caso in parola, non abbia posto il contrasto con la disciplina europea a fondamento della censura di incostituzionalità, ma abbia basato quest'ultima su altri parametri). In altri termini, la Corte pretende che il giudice *a quo*, prima di sollevare la questione di costituzionalità, attenda gli esiti della "pregiudiziale comunitaria" pendente dinanzi alla Corte di Giustizia. Se, infatti, il giudice *a quo* adisce la Corte costituzionale senza attendere la pronuncia della Corte di Lussemburgo, ne consegue che egli non è in grado di motivare adeguatamente sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, perché non sa ancora, con certezza, se la norma sulla quale ha sollevato la questione di costituzionalità sia effettivamente applicabile nel giudizio principale oppure no (indipendentemente dal fatto che il contrasto con la norma europea costituisca o meno il "profilo" della questione di legittimità costituzionale, e cioè che detta norma sia assunta come effettivo termine di raffronto della legittimità della norma impugnata, in collegamento con l'art. 11 o con l'art. 117, primo comma, della Costituzione)⁶⁹. Le implicazioni di tale giurisprudenza sull'attività della Corte sono evidenti; anche la c.d. "pregiudiziale comunitaria", necessariamente anticipata rispetto a quella di costituzionalità, è da considerarsi come una delle cause del ridimensionamento del sindacato incidentale di costituzionalità sopra accennato⁷⁰.

In sintesi, a partire soprattutto dagli anni Novanta, diversi elementi hanno progressivamente caratterizzato il rapporto tra Corte di Giustizia e giudici nazionali (di merito) valorizzando il ruolo di questi ultimi: l'obbligo di interpretazione conforme al diritto eurounitario, che, in mancanza, può anche condurre alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto sovranazionale da parte dei giudici nazionali⁷¹, il "potenziamento" dello stru-

⁶⁹ Cfr. F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 301 s.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., 1198.

⁷⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., 10.

⁷¹ Si vedano, a questo proposito, la sentenza *Köbler* del 2003 (Corte di Giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.* 2003, I-10239) e la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del 2006 (Corte di Giustizia, sentenza del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*, in *Racc.* 2006, I-5177). In dottrina, sulla sentenza *Köbler* si vedano, tra gli altri: G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005; P. J. WATTEL, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 41, 177 ss.; J. KOMÁREK, *Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2005, 42. Sulla sentenza *Traghetti del Mediter-*

mento del rinvio pregiudiziale effettuato dai giudici comuni, l'affermazione della prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno (e finanche sul giudicato interno⁷²), la vincolatività della pronunce della Corte di

raeano si vedano, tra gli altri: A. ALBORS-LLORENS, *The principle of State Liability in EC Law and the Supreme Courts of the Member States*, in *The Cambridge Law Journal*, 2007, 66, 272 ss.; B. BEUTLER, *State liability for breaches of Community Law by national Courts: is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 2009, 46; R. BIFULCO, *L'attività interpretativa del giudice non è esente da responsabilità (a proposito della sentenza della CG Traghetti)*, in *Giust. amm.*, 2006, n. 3, 521 ss.; F. BIONDI, *Un 'brutto' colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 4, 839 ss.; CALVANO R., *La Corte di giustizia censura la disciplina italiana della responsabilità dei magistrati, e, con essa, il mancato utilizzo dell'art. 234. Un ultimatum alla Corte costituzionale?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. CARTABIA, «**Taking Dialogue Seriously**». *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2007, 12; R. CONTI, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte Ue. Una sentenza annunciata*, in *Corriere giuridico*, 2006, n. 11, 1515 ss.; A. CYGAN, L. SPADACINI (edited by), *Constitutional Implications of the Traghetti Judgment. Italian and European Perspectives*, Gussago, 2010; A. FERRARO, *Commento alla sentenza Traghetti*, in *Danno e responsabilità*, 2007, n. 5, 520 ss.; T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it.*, 2006, IV, 423 ss.; F. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Diritto comm. intern.*, 2006, 759 ss.; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, IV, 420 ss.; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 661 ss.

⁷² Si vedano, a questo proposito, la sentenza *Lucchini* del 2007 (Corte di Giustizia, grande sezione, sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, in *Racc.* 2007, I-6199) e la sentenza *Fallimento Olimpclub* del 2009 (Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpclub srl*, in *Racc.* 2009, I-7501). In dottrina, sulla sentenza *Lucchini* si vedano, tra gli altri: P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, n. 5, 1591 ss.; A. BIONDI, *Commento alla sentenza Lucchini*, in *Common Market Law Review*, 2008, n. 45, 1459 ss.; A. BIONDI, *How to go ahead as an EU law national judge*, in *European Public Law*, 2009, 15-2, 225 ss.; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere giuridico*, 2007, n. 9, 1189 ss.; E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Dir. comm. intern.*, 2008, n. 1, 193 ss.; D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, n. 4, 961 ss.; R. A. JACCHIA, M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, n. 3, 643 ss.; V. NUCERA, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, n. 6, 161 ss.; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. intern.*, 2008, n. 1, 221 ss.; G. PETRILLO, *Il «caso Lucchini»: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, n. 3, 423 ss.; M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità*

Giustizia, la “precedenza” della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella di costituzionalità.

Ne deriva che i giudici comuni diventano protagonisti del processo di integrazione europea sia nella fase ascendente, attraverso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale, sia, soprattutto, nella fase discendente, con riferimento all'interpretazione conforme e alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la normativa sovranazionale. Viceversa, le corti supreme e costituzionali nazionali tendono ad essere “emarginate”, a favore di un sempre più vasto spazio lasciato al giudice comune e alla sua attività interpretativa⁷³. Il rischio (analogo a quello indicato con riferimento all'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione) è che si crei un circuito alternativo di “sindacato diffuso” delle leggi in ordine ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea⁷⁴ (peraltro favorito dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale), da cui potrebbe derivare una ulteriore frammentazione del diritto, dal momento che l'applicazione (corretta) della normativa europea al caso concreto dipende dal giudice chiamato a conoscere del caso stesso, ed in particolare dalla sua maggiore o minore preparazione e “sensibilità” rispetto al diritto sovranazionale e agli strumenti che questo offre.

del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2009, 341 ss.; G. STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, n. 4, 881 ss.; E. TIRA, *The Contrast between Internal Res Judicata and EU Law in the European Court of Justice Case Law*, in A. CYGAN, L. SPADACINI (edited by), *Constitutional Implications of the Traghetti Judgment. Italian and European Perspectives*, Gussago, 2010, 187 ss.; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, n. 2, 382 ss. Sulla sentenza *Fallimento Olimpiclub* si vedano, tra gli altri: C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2815 ss.; E. TIRA, *The Contrast between Internal Res Judicata and EU Law in the European Court of Justice Case Law*, cit., 193 ss.; G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di Giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, n. 3, 727 ss.

⁷³ Allo stato attuale, soltanto in alcune limitate circostanze il conflitto tra diritto interno e diritto euorunitario dà luogo ad un giudizio di legittimità costituzionale di competenza della Corte costituzionale: nelle ipotesi di contrasto tra norme interne e norme europee non dotate di effetti diretti, nel caso di questioni sollevate in via principale, o quando entrino in gioco i c.d. “controlimiti”. Nella maggior parte dei casi, le antinomie sono risolte dal giudice comune attraverso la disapplicazione della norma interna.

⁷⁴ Cfr. R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 36. A tal proposito, Valerio Onida ha significativamente osservato che se il controllo accentrato previsto dalla Costituzione ha demolito la natura sovrana della legge, quello diffuso in ordine ai rapporti tra diritto nazionale e diritto euorunitario rischia di introdurre l'idea della inutilità della Corte costituzionale (V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi a Roma il 20 aprile 2007, Milano, 2008, 67 ss.).

Il quadro sinteticamente tratteggiato è ulteriormente complicato dalla configurazione dei rapporti tra il nostro ordinamento e il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Come è noto, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007⁷⁵, la Corte costituzionale ha chiarito che, in virtù del primo comma dell'art. 117 Cost., le disposizioni della CEDU (e di tutti i Trattati internazionali) si pongono come limite per la legislazione ordinaria e quindi come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi italiane, e che la peculiarità della CEDU rispetto agli altri Trattati consiste nella vincolatività dell'interpretazione data alla Convenzione dalla Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti sono tenuti ad uniformarsi. Siffatta impostazione è stata precisata ancor più chiaramente nelle sentenze n. 311 e n. 317 del 2009, in cui la Corte ha ribadito che «al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti»⁷⁶, e ha inoltre affermato che essa «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze,

⁷⁵ Sulle c.d. sentenze «gemelle» nn. 348 e 349 del 2007 si vedano, tra gli altri: M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; A. FILIPPINI, *Il caso Dorigo, la CEDU e la Corte costituzionale: l'effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in *Costituzionalismo.it*; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, n. 2, 201 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (e uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio culturale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, 3525 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *www.forumcostituzionale.it*; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali e internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 3579 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle» (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. soc.*, 2009, n. 2, 213 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*.

⁷⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 26 novembre 2009, punto 6 del *Considerato in diritto*, sulla quale si vedano: R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU? (Nota a Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311)*, in *federalismi.it*; M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, 4679 ss.; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento «bidirezionale»: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*; A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'opposizione di riserve, della Convenzione»⁷⁷.

La Corte costituzionale, pertanto, riconosce alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo un valore di "precedente vincolante" con riguardo all'interpretazione della CEDU, alla quale anch'essa dichiara di sottostare, valorizzando in tal modo la giurisprudenza di Strasburgo e "sganciando" ancor di più i giudici italiani dal rapporto con i loro tradizionali "referenti" nazionali.

2.3. Il ridimensionamento del giudizio incidentale di costituzionalità confermato dai dati.

Dalla ricostruzione proposta emerge come, a partire dagli anni Novanta, la Corte costituzionale abbia iniziato ad operare un controllo particolarmente stringente sulle ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* e sulle argomentazioni in esse contenute circa la "non manifesta infondatezza" e la "rilevanza" delle questioni sollevate: essa ha infatti iniziato a chiedere ai giudici comuni, da un lato, di dimostrare nell'ordinanza di rimessione di aver sperimentato un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della norma censurata; dall'altro, di sottoporle eventuali questioni di costituzionalità relative all'applicazione del diritto dell'Unione solo dopo aver tentato una interpretazione della norma interna in senso conforme al diritto eurounitario, o eventualmente dopo avere adito la Corte di Lussemburgo ed avere avuto da questa un'interpretazione autoritativa di quel diritto⁷⁸.

Tale giurisprudenza, come osservato, ha contribuito a determinare un progressivo ridimensionamento del sindacato incidentale di costituzionalità, che pare essere confermato dai dati statistici relativi alle decisioni della Corte costituzionale. Dai dati emerge infatti una diminuzione drastica rispetto al passato dei giudizi resi dalla Corte in via incidentale, che oggi costituiscono circa la metà del-

⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 317 del 4 dicembre 2009, punto 7 del *Considerato in diritto*, sulla quale si vedano: F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, cit.; A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, cit.; G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4765 ss.

⁷⁸ Cfr. S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, cit., 39. L'Autore sottolinea che «Da più parti si è detto [...] che con questo orientamento la Corte italiana avrebbe rinunciato a confrontarsi con l'evoluzione dell'ordinamento europeo».

la produzione della Corte, mentre in passato coprivano fino al 90% della stessa⁷⁹.

Più in dettaglio, fino al 2002 la percentuale delle decisioni della Corte rese nell'ambito di giudizi in via incidentale oscillava tra il 77% (nel 1988) e il 90% (nel 1987) del totale delle decisioni emesse ogni anno⁸⁰. Dal 2002 in poi (anche a seguito della revisione del Titolo V e dell'aumento dei giudizi in via principale)⁸¹, vi è stata una drastica riduzione dei giudizi in via incidentale; nel 2012 e nel 2013, per la prima volta nella storia della Corte, il giudizio in via incidentale non ha rappresentato l'attribuzione più rilevante dal punto di vista quantitativo, superata dal giudizio in via principale⁸². Basti pensare che, se nel 2002 l'85% delle decisioni della Corte era stata resa in giudizi di costituzionalità in via incidentale, nel 2013 tale percentuale si è quasi dimezzata, scendendo al 44%⁸³.

Tale fenomeno è stato determinato, da un lato, dall'incremento dei giudizi in via principale conseguente alla riforma del Titolo V, Parte Seconda, della Costituzione⁸⁴, dall'altro, dalla sensibile riduzione nel tempo degli atti di promovimento delle questioni in via incidentale da parte dei giudici⁸⁵. Le cause di tale riduzione sono collegate a molteplici fattori, tra i quali vanno annoverati l'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto europeo imposto ai giudici dalla Corte costituzionale, l'applicazione diretta della normativa dell'Unione europea da parte dei giudici, nonché

⁷⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 32.

⁸⁰ Si veda l'analisi di S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 11 ss.

⁸¹ Cfr., tra gli altri, F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 139 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 223 ss.

⁸² Cfr. S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 13. Nel 2012, in particolare, vi sono state 141 pronunce in via incidentale e 150 in via principale; nel 2013, 145 pronunce in via incidentale e 149 in via principale (mentre nel 2011 vi erano state 196 pronunce in via incidentale e 91 in via principale).

⁸³ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 34.

⁸⁴ Nel decennio 2003-2012, nei giudizi di legittimità costituzionale i ricorsi statali e regionali sono pressoché raddoppiati, passando dai 98 del 2003 ai 197 del 2012 (cfr. Relazione del Presidente Franco Gallo sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2012, riunione straordinaria del 12 aprile 2013, in www.cortecostituzionale.it).

⁸⁵ Sempre nel decennio 2003-2012, nei giudizi di legittimità costituzionale le ordinanze di rimessione da parte dei giudici si sono ridotte di circa il 75%, passando dalle 1196 ordinanze del 2003 alle 310 ordinanze del 2012 (cfr. Relazione del Presidente Franco Gallo sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2012, riunione straordinaria del 12 aprile 2013, in www.cortecostituzionale.it). Nel 2010, in tali giudizi per la prima volta vi sono state più sentenze originate da ricorsi in via principale che da giudizi in via incidentale (99 contro 98).

l'obbligo di risolvere le questioni “doppiamente pregiudiziali” rivolgendosi in via preliminare alla Corte di Lussemburgo⁸⁶.

La “caduta verticale” del numero di giudizi resi in via incidentale non si è realizzata soltanto in termini di rapporto percentuale rispetto ai giudizi in via principale, ma anche in termini assoluti. Lo conferma il fatto che, nonostante il fenomeno della riduzione dei giudizi incidentali sia stato compensato da un aumento di quelli in via principale⁸⁷, la tendenza vede comunque diminuire progressivamente il numero complessivo delle decisioni della Corte: 464 provvedimenti nel 2007, 449 nel 2008, 342 nel 2009, 376 nel 2010, 342 nel 2011, 316 nel 2012, 326 nel 2013, 286 nel 2014, 276 nel 2015, 292 nel 2016, 281 nel 2017. Leggendo contestualmente il dato della diminuzione del numero totale di pronunce della Corte e quello dell'aumento percentuale delle decisioni rese in via principale, appare evidente il ridimensionamento (quantomeno numerico) dei giudizi incidentali.

Se si guarda al tipo di atto con cui la Corte definisce il giudizio, si osserva che, benché sia in generale diminuita rispetto al passato la percentuale dei giudizi definiti con ordinanza e aumentata quella dei giudizi definiti con sentenza, tuttavia nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale resta comunque elevato il numero delle ordinanze adottate dalla Corte⁸⁸. In particolare, rimangono numerose le ordinanze di semplice o di manifesta inammissibilità, sintomatiche di una permanente scarsa perizia dei giudici rimettenti e della loro difficoltà nel formulare in termini tecnicamente corretti le questioni da sottoporre alla Corte⁸⁹, nonostante il sistema incidentale funzioni ormai da sessant'anni.

Nella relazione sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2015, il Presidente Paolo Grossi ha elencato alcuni dei vizi più signi-

⁸⁶ Cfr. Relazione del Presidente Franco Gallo sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2012, riunione straordinaria del 12 aprile 2013, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁸⁷ Negli ultimi anni, con l'“asestamento” dei rapporti Stato-Regioni, si è registrato un equilibrio tra il numero delle questioni sollevate in via principale e quelle sollevate in via incidentale, con lievi oscillazioni di anno in anno a favore delle une o delle altre.

⁸⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 32. Nei giudizi incidentali, nel triennio 2005-2007 è stata adottata una ordinanza nel 76% dei casi; nel triennio 2008-2010, si sono avute ordinanze nel 63,5% dei casi; nel 2011-2013, il 59,54% dei casi è stato definito con ordinanza. In particolare, guardando agli ultimi anni: nel 2010 la Corte ha pronunciato 210 sentenze e 166 ordinanze; nel 2011 vi sono state 166 sentenze e 176 ordinanze; nel 2012 vi sono state 183 sentenze e 133 ordinanze; nel 2013 si sono avute 208 sentenze e 118 ordinanze; nel 2014 vi sono state 187 sentenze e 99 ordinanze; nel 2015 la Corte ha pronunciato 168 sentenze e 108 ordinanze; nel 2016 vi sono state 179 sentenze e 113 ordinanze; nel 2017, la Corte ha pronunciato 188 sentenze e 93 ordinanze.

⁸⁹ Relazione del Presidente Franco Gallo sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2012, riunione straordinaria del 12 aprile 2013, in *www.cortecostituzionale.it*.

ficativi delle questioni sollevate dai giudici rimettenti, che hanno indotto la Corte a decidere con una pronuncia di inammissibilità (spesso manifesta): tra queste, vi è la «mancata o inadeguata sperimentazione di soluzioni costituzionalmente orientate (o conformi o adeguatrici)»⁹⁰.

Tirando le somme, i dati richiamati evidenziano una progressiva sensibile riduzione del numero di giudizi di legittimità in via incidentale, molti dei quali, peraltro, non vengono nemmeno decisi nel merito, ma sono definiti con ordinanza, spesso di manifesta inammissibilità. Sembra pertanto confermata l'impressione che alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale, sollecitando ed incentivando l'autonomia e l'autosufficienza dei giudici comuni rispetto a tutta una serie di questioni anche molto rilevanti, abbiano contribuito a determinare una sorta di ridimensionamento della centralità del controllo di costituzionalità in via incidentale.

Al tempo stesso, tuttavia, gli stessi dati (ed, in particolare, il numero di ordinanze di inammissibilità e le motivazioni alla base delle stesse)⁹¹ rivelano in generale una certa difficoltà dei giudici sia nell'individuazione di interpretazioni "costituzionalmente corrette" sia nella formulazione delle questioni di costituzionalità, circostanza che fa quantomeno dubitare dell'opportunità

⁹⁰ Le altre cause di inammissibilità indicate dal Presidente Grossi sono: «la mancata, incompleta, insufficiente o inadeguata descrizione dei fatti di causa del contesto normativo rilevante; la mancata, carente, inadeguata, implausibile o insufficiente motivazione sulla rilevanza o sulla non manifesta infondatezza della questione proposta; l'adozione di una motivazione *per relationem*; l'inesatta, erronea o generica individuazione della norma censurata o l'impugnazione di atti privi di forza di legge; l'estraneità delle norme denunciate all'area decisionale del rimettente o l'inapplicabilità delle norme medesime alla fattispecie sottoposta a giudizio; l'erroneità o inesattezza del presupposto interpretativo da cui trae origine la questione proposta; il carattere prematuro, astratto, apodittico, generico, ipotetico, ambiguo, ancipite, alternativo, oscuro, contraddittorio, incoerente, perplesso, indeterminato, della questione per come prospettata o del *petitum* per come formulato (anche quando orientato verso soluzioni non costituzionalmente obbligate o comunque riservate alla discrezionalità legislativa); il difetto di pregiudizialità della questione ai fini della definizione del giudizio principale; l'inefficacia di un'eventuale pronuncia di accoglimento sulle vicende del giudizio principale; la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione denunciata» (Relazione del Presidente Paolo Grossi sull'attività giurisdizionale svolta dalla Corte costituzionale nel 2015, 11 aprile 2016, in www.cortecostituzionale.it). Per il Presidente Grossi, «emergono, in questo modo, nel "dialogo" con i giudici comuni, non già, evidentemente, dissensi in ordine ai contenuti delle questioni, ma, il più delle volte, difficoltà connesse alla stessa logica del giudizio incidentale e alle discipline che lo regolano. Una rimediazione dei caratteri propri di questo tipo di giudizio – e, tra l'altro, delle stesse ragioni che indussero il legislatore ad escludere l'introduzione del ricorso diretto alla giustizia costituzionale – potrebbe scongiurare la proposizione di questioni non rilevanti nei giudizi a quibus o tali da coinvolgere, piuttosto che valutazioni di compatibilità costituzionale delle discipline, apprezzamenti di merito circa le scelte discrezionalmente operate dal legislatore».

⁹¹ V. *supra*, nota 90.

che la Corte “si affidi” del tutto all’autosufficienza dei giudici, dichiarando in modo automatico la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate nel caso, in particolare, del mancato esperimento dell’interpretazione conforme da parte del giudice rimettente o del mancato rinvio pregiudiziale (preliminare) alla Corte di Giustizia. Il rischio è che il singolo giudice, non adeguatamente “guidato” dalla Corte costituzionale, possa uscire dai confini propri della sua attività tipica, per occupare spazi che dovrebbero invece essere di competenza della Corte stessa o del legislatore, risultando in tal modo minacciate la certezza del diritto, la parità di trattamento, la coerenza dell’attività giudiziaria.

3. Alcune considerazioni sulle possibili soluzioni per un riequilibrio tra istanze politiche e istanze giurisdizionali.

La dottrina costituzionalistica da tempo si occupa di queste problematiche, sul presupposto che la certezza e la stabilità delle norme, così come delle soluzioni dei conflitti e delle controversie, sono «prestazioni indefettibili che il sistema non può omettere di assicurare»⁹².

Diverse sono le soluzioni prospettate in sede di riflessione dottrinale, a partire ovviamente da quella, ritenuta massimamente auspicabile, di recuperare il senso costituzionale della deliberazione legislativa e del principio di legalità, e di ripristinare la centralità del circuito politico-rappresentativo e del legislatore come interprete della dimensione costituzionale dei conflitti sociali⁹³. Questo dovrebbe necessariamente passare attraverso un superamento della “crisi della legge”, nei suoi diversi risvolti sopra sintetizzati, che allo stato attuale appare tuttavia abbastanza utopistico.

Una delle proposte avanzate – avendo a mente la salvaguardia della certezza del diritto – è quella di introdurre nel nostro ordinamento l’istituto del precedente vincolante, inserendo così nel nostro sistema giurisdizionale i limiti previsti dai sistemi di *common law* al ruolo creativo del diritto di matrice giurisprudenziale, volti appunto a contenere i rischi di arbitrio dei giudici⁹⁴.

⁹² F. BILANCIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 579.

⁹³ Cfr. C. PINELLI, *Diritto, legge, costituzione. Variazioni sul tema*, Relazione al Convegno annuale AIC, Milano 2002, in *Rivista AIC - Archivio*.

⁹⁴ Cfr. G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno annuale AIC, Milano 2002, in *Rivista AIC - Archivio*, il quale afferma che «nell’età nostra si è moltiplicata la normazione prodotta dalla elaborazione giurisprudenziale; se non v’è garanzia che essa si componga (attraverso una guida di vertice) in un sistema dall’applicazione relativamente uniforme ed accada invece che si frantumi in una pluralità caotica di diversi indirizzi in vigore in diversi centri di applicazione, la condizione di insicurezza del cittadino potrebbe diventare davvero seria: intollerabile, in un ordinamento che ambisca a chiamarsi ancora “stato di diritto”». Sulla proposta di introdurre il principio dello *stare decisis* nel nostro sistema giurisdizionale, cfr. GRUPPO DI MILANO (a cura di), *Verso una nuova Costituzione*, Milano, 1983, II, 677 ss.

La vincolatività del precedente, si dice, sarebbe idonea a soddisfare la certezza del diritto e l'eguaglianza nel trattamento di casi analoghi. Tuttavia, essendo la nostra cultura e la nostra storia costituzionale molto diverse da quelle anglosassoni in cui è nato e si è sviluppato il diritto giurisprudenziale, coloro che propongono tale soluzione si dicono favorevoli non tanto all'introduzione di un assoluto *stare decisis*, quanto alla previsione di un precedente con "efficacia relativamente vincolante"⁹⁵, più simile dunque all'istituto del precedente statunitense, avente un effetto meramente persuasivo (superabile con l'*overruling*), che a quello inglese⁹⁶.

Del resto, già oggi nel nostro ordinamento la pratica di riferirsi e uniformarsi (fatte salve buone ragioni in contrario) ai precedenti giudiziari è diffusamente seguita⁹⁷; pertanto, anche se i precedenti non hanno efficacia vincolante, nondimeno il formarsi di orientamenti giurisprudenziali consolidati crea un legittimo affidamento in capo ai consociati, collegato alla prevedibilità degli effetti delle decisioni sulla propria sfera individuale⁹⁸. Senza contare, inoltre, che vi sono già delle ipotesi in cui i precedenti assumono carattere vincolante anche nel nostro sistema; basti pensare alle sentenze di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale, nonché all'obbligo

⁹⁵ Cfr., tra gli altri, F. BILANCIA, Intervento su *Giudici e legislatori*, cit., 583; A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2/2003, 346 ss., per il quale «il riconoscimento del precedente (ed anche del precedente dotato di forza meramente persuasiva, come quello americano) come fonte del diritto non è incompatibile con la separazione fra potere legislativo e potere giudiziario, poiché la determinazione della *ratio decidendi* di un caso non costituisce attività legislativa, fondata sulla volontà politica, ma costituisce attività interpretativa, fondata sulla forza della ragione».

⁹⁶ Ad esempio, si è proposto di pensare a regole particolari (simili ai *restatements* statunitensi del *case law*) per il caso che si intenda contraddire pronunce "precedenti" delle Sezioni Unite della Corte di cassazione o della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. D. SORACE, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 620); oppure di ritenere giuridicamente vincolanti le interpretazioni costituzionalmente conformi fornite dalla Corte costituzionale (cfr. R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 39), come quelle della Corte di giustizia sull'interpretazione del diritto UE, e della Corte di Strasburgo sulla CEDU. Si veda anche M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 1/2017, 50 ss.

⁹⁷ Cfr. V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 871 ss. L'Autore a questo proposito elenca una serie di disposizioni di legge vigenti nell'ordinamento italiano che si riferiscono ai precedenti giudiziari e alle tecniche ad essi relative: l'art. 65 ord. giud., che attribuisce alla Corte di cassazione il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»; il successivo art. 68, che regola l'ufficio del massimario; l'art. 363 c.p.c., che prevede il ricorso del procuratore generale presso la Corte di cassazione nell'interesse della legge; l'art. 118 comma 3 disp. att. c.p.c., che vieta di citare nelle sentenze autori di scritti giuridici, ma non precedenti giurisprudenziali; gli artt. 20 e 21 del Regolamento dei servizi e del personale della Corte costituzionale, che ha istituito l'ufficio del ruolo e del massimario della Corte.

⁹⁸ Cfr. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, cit., 50.

per i giudici italiani di attenersi all'interpretazione delle norme dell'Unione europea stabilita dalla Corte di Giustizia.

Due sono però le obiezioni principali che possono essere sollevate rispetto alla proposta di introdurre il precedente vincolate. La prima riguarda la compatibilità di tale istituto con la Costituzione italiana, ed in particolare con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost. Anche interpretando in modo ampio il termine "legge" contenuto in questa disposizione come sinonimo di "diritto" (comprensivo cioè di qualunque fonte del diritto oggettivo)⁹⁹, occorre comunque domandarsi se in tale ampia lettura possano davvero farsi rientrare anche i precedenti giurisprudenziali. La seconda obiezione concerne la struttura che nel nostro ordinamento assume il giudiziario, un potere "diffuso" in cui non vi sono gerarchie e in cui «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, comma 3, Cost.), laddove, invece, la dottrina del precedente vincolante è strettamente collegata ad una struttura piramidale del sistema giudiziario.

Altre proposte provenienti dalla dottrina, pur non arrivando ad ipotizzare l'introduzione del precedente vincolante, sono volte ad elaborare dei criteri per rendere più "certe" e prevedibili le decisioni giurisprudenziali, soprattutto quelle della Corte di cassazione e della Corte costituzionale¹⁰⁰.

Al di là delle varie proposte avanzate, più o meno condivisibili e più o meno realizzabili, forse un buon punto di partenza potrebbe essere quello di tornare agli equilibri, in primo luogo tra giudici e Corte costituzionale, disegnati dai Costituenti: rivalorizzare quindi il sindacato incidentale di costi-

⁹⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, cit., 343. S. RODOTÀ, *Vecchi e nuovi problemi nel rapporto tra magistratura e società*, in *Questione giustizia*, 5/2008, 168, ha sottolineato l'emersione di «una nuova lettura della stessa formula della subordinazione del giudice alla legge, che deve tener conto della rivoluzione del sistema delle fonti». Per V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, «Attribuendosi in modo esplicito o implicito agli organi giudiziari di vertice – anche diversi dalla Cassazione – una funzione nomofilattica, ossia di controllo e promovimento dell'uniforme interpretazione della legge, il precedente giudiziario non è più inteso in senso antagonistico rispetto a quest'ultima, ma diventa a sua volta un utile strumento per attuare il principio di legalità e la soggezione del giudice alla legge».

¹⁰⁰ Si è suggerito, ad esempio, di perseguire un "diritto giurisprudenziale ordinato" stabilizzando, anche con interventi normativi, la funzione di nomofilachia (cfr. P. CIARLO, *Intervento su Giudici e legislatori*, cit., 539); o di trasformare il nostro modello di giustizia costituzionale da "misto" a "duale", con la convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato (cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *forumcostituzionale.it*); o ancora di elaborare una «griglia di criteri di ragionevolezza, di tests [o] di "protocolli" [...] tali da avvalorare un'operazioni giudiziaria contrapposta a quella legislativa» (A. CERRI, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, Relazione al Convegno annuale AIC, Milano 2002, in *Rivista AIC - Archivio*).

tuzionalità, riconducendo all'interno di binari più "definiti" l'utilizzo della tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione (o al diritto dell'Unione europea) da parte dei giudici. A tal fine, sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale adottasse un atteggiamento più "flessibile" rispetto a quello mantenuto fino ad ora, con riguardo a due aspetti in particolare: l'obbligo per i giudici rimettenti di dimostrare nell'ordinanza di rimessione di aver esperito un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione; l'obbligo, per gli stessi giudici, di rivolgersi preliminarmente alla Corte di Giustizia nel caso in cui sorgano questioni doppiamente pregiudiziali ed essi ritengano di adire sia la Corte italiana che quella di Lussemburgo. In entrambi i casi, come si è detto, il mancato adempimento di tali obblighi da parte del giudice *a quo* induce la Corte costituzionale a pronunciare pressoché automaticamente una ordinanza di manifesta inammissibilità della questione sollevata. Laddove, invece, in questi casi il giudice costituzionale non rinunciasse sempre e comunque ad esprimersi sul merito della questione, ne trarrebbero senz'altro giovamento il principio di certezza del diritto e la coerenza dell'attività giudiziaria.

Con riferimento al primo aspetto, nel caso in cui un giudice sollevi una questione di costituzionalità senza aver dato conto, nella relativa ordinanza, dei tentativi di interpretazione conforme da esso esperiti, la Corte costituzionale potrebbe ad esempio non dichiararne automaticamente la manifesta inammissibilità, quantomeno ove non ci siano già sue precedenti pronunce sul punto controverso¹⁰¹. In questo modo potrebbe aversi una rivalorizzazione sia del giudizio incidentale¹⁰², sia delle sentenze interpretative della Corte costituzionale¹⁰³, preferibili rispetto alle sentenze interpretative dei giudici comuni, per via del ruolo essenziale che esse svolgono nel guidare e indirizzare l'interpretazione conforme, soprattutto allorché la questione di costituzionalità abbia ad oggetto una disposizione rispetto alla quale non si sia ancora formato alcun diritto vivente¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a...»*, in *Giur. cost.*, 2007, 1220, il quale parla di «preoccupante indirizzo della giurisprudenza costituzionale, rivolto ad «estremizzare» il principio della interpretazione conforme a Costituzione».

¹⁰² Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, cit., 6 ss.

¹⁰³ Cfr. R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., 413 s.

¹⁰⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, cit., 207-208. Per l'Autore la Corte ha «il potere-dovere di indicare l'interpretazione che essa ritiene costituzionalmente conforme, in modo da collaborare al formarsi e consolidarsi di un diritto vivente conforme a Costituzione. Il successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere pertanto solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive. Qualora le sue argomentazioni non convincano i giudici e venga a concretarsi un diritto vivente contrastante con la Costituzione, alla Corte non resterà che

Si recupererebbe in questo modo il significato del giudizio accentrato di costituzionalità disegnato dai Costituenti, la cui importanza è riconducibile al fatto che l'esistenza di un unico organo *ad hoc*, dotato, anche per la sua peculiare composizione, di una maggiore sensibilità politica rispetto ai giudici comuni, dovrebbe garantire, oltre alla corretta interpretazione delle norme costituzionali, anche il principio di certezza del diritto, evitando che una medesima legge possa essere ritenuta da alcuni giudici in contrasto con la Costituzione, da altri costituzionalmente corretta, e da altri ancora interpretata in un senso che non le è proprio, ma da essi ritenuto "adeguato" a Costituzione¹⁰⁵. Al contrario, l'utilizzo massiccio dell'interpretazione conforme da parte dei giudici, se da un lato ha il merito di assicurare una applicazione diretta dei principi costituzionali, dall'altro appare foriero di quei rischi che la scelta per un sistema di controllo accentrato aveva voluto scongiurare, in termini di possibili "forzature" nell'interpretazione delle disposizioni di legge e di (in)certezza del diritto¹⁰⁶.

Riguardo invece al secondo aspetto, che coinvolge i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea, sarebbe opportuno che la Corte costituzionale si "riappropriasse" in qualche modo delle decisioni sulle questioni "eurounitarie" (soprattutto laddove queste vadano a toccare norme e principi costituzionali nazionali¹⁰⁷), provando a rivedere e rimodulare il "riparto di competenza" fra giudice costituzionale e giudici comuni elaborato a partire dalla sentenza n. 170 del 1984.

utilizzare lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità».

¹⁰⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., 414. Sul punto è stato significativamente osservato che «Il compito di responsabilità relativo alla determinante interpretazione della costituzione, alla tutela del suo sistema di valori, ha bisogno di un'istanza specificamente competente, richiede personalità di particolare esperienza nelle questioni di diritto costituzionale così come della prassi costituzionale; di un'esperienza tale che il giudice ordinario non ha e non può avere» (O. BACHOF, *Grundgesetz e potere del giudice*, trad. it. a cura di G. Stella, Modena, 2017, 75.).

¹⁰⁶ Cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 8 ss.

¹⁰⁷ Sul punto, un segnale in questa direzione è senz'altro rappresentato dalla recente ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, concernente il noto caso "Taricco", su cui cfr., tra gli altri, A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprendimento identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, in *federalismi.it*; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta Online*, n. 1/2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, n. 1/2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

A tale scopo, la Corte italiana dovrebbe, da un lato, cercare un dialogo maggiore con la Corte di Giustizia, avvalendosi eventualmente con più frequenza del rinvio pregiudiziale; dall'altro, in presenza di questioni "doppiamente pregiudiziali", la Corte, se adita dal giudice *a quo* per prima (anziché dopo il rinvio alla Corte di Giustizia), non dovrebbe per ciò solo dichiarare automaticamente la manifesta inammissibilità della questione, quantomeno in quei casi in cui il vizio di incostituzionalità appaia particolarmente evidente. In questo modo, infatti, attraverso una decisione di incostituzionalità della norma interna con valore *erga omnes* piuttosto che con la disapplicazione caso per caso della stessa norma da parte del singolo giudice, risulterebbero meglio soddisfatte le esigenze della certezza del diritto.

Questo parziale cambiamento di atteggiamento della Corte costituzionale non solo potrebbe contribuire a porre un argine alla crisi del giudizio incidentale, ma consentirebbe allo stesso tempo di ridimensionare l'odierna frammentazione delle decisioni giurisprudenziali, probabilmente con risvolti positivi (benché non certo risolutivi) altresì sulla problematica, dalla quale la presente analisi ha tratto spunto, della crisi degli equilibri tra legislatore e giudici.