Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto

Atti del Seminario Annuale dell'Associazione
"Gruppo di Pisa"

Brescia, 24 novembre 2017

a cura di
Adriana Apostoli e Mario Gorlani

EDITORIALE SCIENTIFICA

© Copyright 2018 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-427-7

SOMMARIO

RELAZIONE INTRODUTTIVA

LA CERTEZZA DEL DIRITTO NELLO STATO COSTITUZIONALE 9
Giorgio Pino

CERTEZZA DEL DIRITTO E INTEGRAZIONE FRA ORDINAMENTI 27
Antonio D'Andrea

IL GIUDICATO PREGIUDICATO? DALLA CERTEZZA ALLA FLESSIBILITÀ 39
Giovanni Serges

IL GIUDICE E IL "DIRITTO SCONFINATO": MOLTEPLICITÀ DELLE FONTI E DELLE GIURISPRUDENZE E CERTEZZE GIUDIZIARIE 79
Francesco Rigano

ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI STRASBURGO E LIMITE DEL GIUDICATO 95
Roberta Lugarà

I CONFINI SFUMATI DEL DIRITTO E LE LORO RIPERCUSSIONI SULL'ATTIVITÀ DELLE CORTI. IL CASO DELLE MISURE ANTICRISI 111
Bruno Brancati

MODELLI GIURIDICI DI INCALCOLABILITÀ DEL DIRITTO 123
Alberto Lucarelli

LE (IN-)CERTEZZE DEL DIRITTO TRA LEGISLATORE INTERPRETE E GIUDICE CHE AGGIUSTA AUTOMATISMI 133
Joerg Luther

IL GIUDICE SOGGETTO ALLA LEGGE … IN ASSENZA DI LEGGE: LACUNE E MECCANISMI INTEGRATIVI 169
Giusi Sorrenti

AUTOMATISMI LEGISLATIVI, PRESUNZIONI ASSOLUTE E BILANCIAMENTO 223
Stefania Leone

RAPPORTO TRA GIUDICI E LEGISLATORE E RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE 253
Elisa Tira

CARENZA LEGISLATIVA E DOVEROSITÀ DI INTERVENTO GIUDIZIARIO: PESI E CONTRAPPESI TRA RISOLUZIONE DEL CASO CONCRETO E (IN)CERTEZZA GIURIDICA 287
Maria Teresa Stile

RELAZIONE INTRODUTTIVA

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* meritevole di essere perseguito dagli ordinamenti giuridici (e che peraltro sia

* Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Roma Tre.

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 incerto[1].

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 fatti[3].

Questa definizione, che non coincide con quelle più diffuse nella letteratura giuridica[4], 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 situazioni[5], 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 concettuologia del *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 decisione[6].

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

tomaticamente, 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'avere, 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 fare[8]. 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 univoca[9], 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 legislativi[10];

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 scompaia, ma acquisti una nuova, ulteriore dimensione relativa: è un valore tra gli altri, ed entra costantemente nel gioco del bilanciamento con altri valori o principi costituzionali[12].

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 costituzione[13]. 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 esprimenti 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 conflitto[14].

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 "lettu-

[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 precedente[16]; 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 Corte[17].

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 rinviano 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 ispecie, 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 cooperazione[18]. 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.

CERTEZZA DEL DIRITTO E INTEGRAZIONE FRA ORDINAMENTI

di Antonio D'Andrea*

Sommario: 1. La tensione dell'ordinamento democratico verso l'applicazione di norme in linea con il superiore ordine costituzionale. – 2. L'intersecarsi del diritto europeo nel diritto nazionale attraverso il «doppio» rimbalzo interno provocato dalla giurisdizione «convenzionale» e «unionista». – 3. Post scriptum: la sentenza M.A.S. (o "Taricco bis"), la sentenza n. 115/2018 e la chiusura del cerchio.

1. La tensione dell'ordinamento democratico verso l'applicazione di norme in linea con il superiore ordine costituzionale

A me pare riduttivo e tutto sommato poco appagante per il costituzionalista (che, guardandolo dall'alto, si preoccupa in primo luogo di verificare il concreto funzionamento dell'ordinamento) ragionare della "certezza del diritto" essenzialmente come di un necessario corollario che puntella gli elementi qualificativi di un ordinamento democratico, vale a dire: la legittimazione dal basso del potere di governo; il pieno riconoscimento dei diritti e delle libertà individuali; la presenza e l'indipendenza di organi di garanzia, a cominciare dall'apparato giudiziario, cui si demanda la risoluzione delle controversie sorte intorno all'applicazione del diritto.

La "certezza del diritto" naturalmente è anche – ma non solo – assicurare attraverso varie modalità la conoscibilità del quadro normativo e della sua stessa evoluzione, nonché precostituire la portata degli effetti che si determinano nella sfera giuridica di ciascuno in virtù di quel "mosaico" di norme. Né credo si possa concettualmente sovrapporre alla "certezza del diritto", come semplicisticamente si tende a fare da parte della componente meno avveduta della pubblica opinione nutrita da generico sensazionalismo giudiziario esibito pervasivamente dai mezzi di informazione, la c.d. "certezza della pena", da intendersi come definita e "tombale" risposta sanzionatoria dell'ordinamento nei confronti di chi fosse stato riconosciuto colpevole di fatti aventi rilievo penale. In tal caso – per esplicita disposizione costituzionale: le pene «tendono alla rieducazione del condannato», art. 27, terzo comma – l'obiettivo generale da perseguire da parte dello stesso legislatore è ben lungi dal richiedere la "fissità" della sanzione da far scontare al condannato. Occorre,

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Brescia.

al contrario, una evidente elasticità nel commisurare la portata afflittiva della pena da infliggere e certo far scontare, così da favorire, compatibilmente con una serie di elementi che verranno valutati dall'autorità giudiziaria persino durante l'esecuzione della misura detentiva, il "recupero sociale" di soggetti che con il loro comportamento antigiuridico hanno non soltanto nociuto direttamente alle vittime dei loro reati, ma alla stessa pacifica convivenza della comunità della quale essi fanno parte e nella quale andrebbero, se possibile, nuovamente "ricollocati".

Come è noto, nell'ordinamento italiano alla certezza del diritto – se si vuole da intendersi in senso minimalista – tendono innanzitutto regole sostanziali e procedurali di livello costituzionale, le quali spaziano dalla pubblicità delle sedute degli organi legislativi, alle modalità di entrata in vigore della legge, alla fissazione dei termini delle impugnazioni dirette delle leggi statali e regionali, alla decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle norme primarie, sino a stabilire, oltre che i modi, i limiti entro i quali fare valere forme di responsabilità giuridica – in particolare di natura penale ex art. 25 Cost. – nei confronti degli individui. Egualmente non mi sembra sufficiente considerare la certezza del diritto quale risultato obbligato da cogliere nell'ordinamento affinché si determini di volta in volta, caso per caso, il punto di caduta definitivo – si direbbe ultimo – delle norme applicabili, ottenuto impedendo al singolo soggetto per svariate ragioni – quella fondamentale è lo scorrere (o se si vuole l'aver sprecato) del tempo – l'accesso ad un "giudice naturale" cui sottoporre una domanda giudiziale, come pure precludendo allo stesso giudice l'accertamento dei fatti cui ricollegare l'applicazione di una determinata norma vigente e che tale resterà almeno sino alla cessazione della sua efficacia. Ed in effetti la certezza del diritto, come meglio si dirà oltre, non si esaurisce con la "cosa giudicata", che senz'altro rappresenta un aspetto riconducibile alla prima, restando quest'ultima nella nostra tradizione giuridica pur sempre legata alla definizione di una specifica vicenda giudiziaria. Una sentenza passata in giudicato non comporta, come è noto, alcuna oggettivizzazione dell'interpretazione della norma sottostante al corrispondente rapporto giuridico. Ancor meno la certezza del diritto può essere confusa con l'aspirazione, più che altro di ordine sociologico, alla stabilità normativa, da intendersi come tendenziale ed opportuna immodificabilità delle norme, tanto quelle che interessano le relazioni tra soggetti privati, quanto quelle che disciplinano l'organizzazione della struttura statuale, anche di livello costituzionale.

Trovo peraltro egualmente fuorviante affrontare il tema in questione preoccupandosi troppo della teoria e della tecnica dell'interpretazione, alla ricerca, si potrebbe dire, della uniformità interpretativa delle norme, che lascerei, oltre che inevitabilmente al giurista pratico e al giudice cui si assegnano ruoli a ciò preposti (penso alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione), soprattutto agli storici e ai filosofi. Similmente non sopravva-

luterei troppo, ai nostri fini, il tema della qualità della normazione e del suo impatto comunicativo, che lascerei per un verso ai filologi e, per l'altro, agli studiosi della comunicazione, quantunque si tratti in tutti i casi di questioni – in particolare quella dell'interpretazione – indiscutibilmente contigue al tema specifico del "diritto certo". Guardando al complesso e variegato apparato normativo del quale si dota l'ordinamento, mi pare sia utile piuttosto predisporsi a considerare la certezza del diritto come un irrinunciabile traguardo – in realtà un orizzonte irraggiungibile – cui tendere, muovendo però da un presupposto sicuro: l'esistenza di una Comunità politica organizzata e retta secondo regole che essa stessa si è liberamente data e non già guidata autoritativamente secondo la volontà estemporanea di chi si trova a governare senza rispettare i limiti, sia perché deprecabilmente inesistenti, sia perché illegittimamente oltrepassati. Una Comunità che voglia sopravvivere in modo ordinato – si potrebbe dire: virtuosamente tendente verso la certezza del diritto – ha in effetti bisogno della reale capacità di condizionamento delle prescrizioni normative nei confronti di coloro i quali sono "obbligati" a comportarsi "secondo diritto" in forza dell'instaurato vincolo comunitario e della corrispondente capacità impositiva dell'autorità pubblica che si assume essere democratica secondo i richiamati parametri. Credo allora che certezza del diritto e buona sintonia tra governati e governanti nell'accettazione dei precetti posti (e non già imposti, ovvero calati dall'alto dai secondi ai primi) siano destinati ad andare di pari passo. Il che sollecita, sempre a proposito della sperabile affermazione in concreto della certezza del diritto, il coinvolgimento di una vasta gamma di soggetti – una volta si sarebbe detto il popolo – nella implementazione di quel principio. Quei soggetti (o, se si vuole, il soggetto collettivo), sia pure attraverso gli ordinari canali della democrazia rappresentativa, vanno collocati a monte della produzione normativa e in ogni caso ben distinti da quanti sono chiamati ad assolvere, a valle, altri ruoli (quale quello di specificazione ulteriore – esecuzione – dei comandi legislativi), tra i quali spicca la funzione giurisdizionale che consente nel tempo di dare concretezza alle regole vigenti (certo definendo casi specifici e tuttavia sperabilmente mai al di fuori del contesto generale nel quale opera la norma da utilizzare).

Nello Stato democratico evoluto la Comunità politica – buona parte di essa – ha necessità di muoversi in linea con le prescrizioni normative – diciamo che deve attenersi alla legalità quale effetto indotto dalla penetrazione nella società delle regole vigenti – così come deve poter essere attentamente verificata la legittimità dei "comandi" legislativi rispetto al superiore ordine costituzionale. La verifica della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative – che si ottiene in genere *ex post* – apre conseguentemente una porta scorrevole – più o meno aperta, a seconda delle contingenze che interessano i singoli ordinamenti – sulla certezza del diritto, intesa in questo caso in un senso ancora più circostanziato e cioè soffermandosi sulle specifiche

disposizioni e sui rapporti da queste generati. La norma della cui costituzionalità si dubita è incerta per definizione riguardo alla sua capacità di continuare a produrre effetti ed è destinata a restare in questa condizione precaria persino dopo lo stesso favorevole pronunciamento del giudice costituzionale, sebbene, ottenuto ciò, dovrebbe acquisirsi, almeno nel breve-medio periodo, una qualificata stabilità interpretativa. Mi verrebbe da dire che, al di sotto della Costituzione, di "certo" resta ben poco, in specie quando si tratta di fare i conti con norme legislative chiamate a misurarsi, a loro volta, con la complessità del tempo presente, che conosce, per ragioni sulle quali ci si dovrebbe soffermare diffusamente, un notevole grado di affievolimento delle "protezioni costituzionali", almeno quelle più avanzate previste nelle Carte fondamentali del Secondo Dopoguerra.

Se si parte da quelle "protezioni" non ci si può affatto sorprendere del perché – almeno sul terreno della tutela della libertà personale (più che non su quello della considerazione per la sfera patrimoniale del singolo e per i collegati interessi economici, anche dei terzi) – possa restare poco di definitivo a proposito delle conseguenze collegate ad una sentenza passata in giudicato benché essa certamente rappresenti una rilevante forma che assume la c.d. certezza del diritto e ciò, come è noto, può verificarsi secondo procedure conosciute nel nostro ordinamento (e richieste dallo stesso dettato costituzionale, ai sensi dell'art. 24, ultimo comma) ben da prima che si concretizzasse a partire dal 1998 l'accesso diretto alla Corte di Strasburgo, grazie al Protocollo 11 della CEDU, una volta concluso l'*iter* processuale interno. In questi casi non si tratta naturalmente di una distorsione della c.d. certezza del diritto da valutare sfavorevolmente e con preoccupazione, tutt'altro! Il superamento logico, prima ancora che normativo, del giudicato penale, destinato cioè a circoscrivere nel tempo e persino a cancellare gli effetti negativi di una "afflizione" – astrattamente "per sempre" – allorché vengano meno le condizioni che avevano determinato la condanna di un soggetto, fa emergere altre prevalenti esigenze ordinamentali rispetto a quella connaturata alla semplice "certezza del diritto". È peraltro il caso di richiamare le fondamentali differenze che si riscontrano nell'ordinamento fra giudicato penale, civile ed amministrativo e non tanto perché non vengano contemplati casi di "revocazione" di pronunce civili ed amministrative, quanto perché la condanna penale finisce sempre e solo per incidere sulla sfera giuridica di un solo soggetto (il reo), come dimostra chiaramente di considerare il nostro giudice costituzionale con la recente sentenza n. 123/2017. In tale decisione, rispetto alla messa in questione di sentenze definitive al fine di conformarsi alle decisioni provenienti dal giudice europeo di Strasburgo, la Corte in effetti distingue nettamente la tipologia dei diversi processi, rilevando in particolare che nel contenzioso civile l'individuazione di misure ripristinatorie – da lasciare agli Stati membri – riguardano anche terzi, con i propri legittimi interessi da salvaguardare, oltre le posizioni delle parti pro-

cessuali (sia quelle del processo interno, sia quelle del processo di Strasburgo)[1].

Appare dunque evidente come la nostra Corte in quest'ultima recente occasione si discosti da quanto esemplarmente detto con la sentenza n. 210/2013 a proposito del potere del giudice dell'esecuzione penale di incidere sul giudicato, partendo sempre da una sentenza del 2009 della Corte di Strasburgo (Scoppola c. Italia). Il giudice costituzionale aveva difatti chiarito come «l'ordinamento interno [conosca] ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo». Da ultimo è stata la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2544 del 6 luglio 2017, a dichiarare il giudicato penale a carico di Bruno Contrada "insuscettibile di esecuzione", annullando così senza rinvio l'ordinanza della Corte di Appello di Palermo, che aveva rigettato la domanda avanzata da Contrada di interruzione della pena, sul presupposto che fosse sussistente un margine di apprezzamento del giudice nazionale rispetto alle esecuzioni delle decisioni della Corte di Strasburgo che, con sentenza 14 aprile 2015, aveva, a sua volta, condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 – *nulla poena sine lege* – della CEDU. La Corte costituzionale, in verità, già da qualche anno con la sentenza n. 113/2011 aveva riconosciuto l'esigenza di conformarsi in materia penale alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo permettendo «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 violazioni delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente

[1] La diversità fra il processo penale e quello amministrativo in specie è sottolineata dalla Corte, punto 13 del *Considerato in diritto,* laddove ribadisce che la differenza tra processi penali e civili va «*individua[ta] nella tutela dei soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno... differenza che riguarda pure quelli amministrativi, anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un munus pubblico e di controinteressati*». Invero non si può non condividere la posizione della Corte, tenuti presenti una serie di elementi fra cui: la natura dei beni giuridici dedotti nei vari procedimenti, nonché dei beni effettivamente attinti dal *decisum* giudiziale; la struttura del processo; l'efficacia giuridica del giudicato (si pensi all'art. 2909 c.c., ove già si prevede *ex lege* un'efficacia espansiva del giudicato sostanziale); gli strumenti che l'ordinamento già conosce per mitigare l'inflessibilità della *res iudicata* o per meglio adeguarla alle reali necessità emergenti (uno su tutti, in materia processualamministrativa: il giudizio di ottemperanza). Su questi temi si vedano gli interventi di E. D'Alessandro, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile* e H. Simonetti, *Esecuzione delle pronunce CEDU e "riapertura" del procedimento e del processo amministrativo,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 16 novembre 2017.

in tema di equo processo. *Tale interpretazione non può ritenersi contrastante con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione*. In particolare – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata – non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di *compromissioni di particolare pregnanza* – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti *a diritti fondamentali della persona*» (corsivi miei).

Sembra pertanto ulteriormente gravoso assicurare la certezza del diritto quale obiettivo costituzionalmente perseguibile, sia pure alla pari con altre opposte esigenze che in verità sono ancor più chiaramente emerse nel nostro ordinamento – come dimostrato dal "caso Contrada" – a seguito della nota apertura internazionalistica contemplata dai precetti costituzionali (artt. 10, 11, 117, primo comma) che richiedono innanzitutto da parte del legislatore nazionale il rispetto dei vincoli europei contratti e rinnovati dal nostro Paese con i trattati sull'Unione Europea e l'adesione alla CEDU. Oltretutto l'ordinamento europeo nel suo complesso può contare, come è noto, su una sua propria produzione normativa ormai in molti ambiti direttamente applicabile negli Stati dell'Unione, su un assetto organizzativo stabile definito dai Trattati, nonché su un doppio e "pugnace" versante giurisdizionale.

2. L'intersecarsi del diritto europeo nel diritto nazionale attraverso il «doppio» rimbalzo interno provocato dalla giurisdizione «convenzionale» e «unionista»

L'intersezione tra il piano interno e quello europeo è in effetti complicata dalla circostanza che il diritto dell'Unione, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, resta distinto dal diritto "convenzionale", così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nonostante il trattato di Lisbona – in vigore dal 1 dicembre 2009 – abbia, per un verso, stabilito l'adesione alla CEDU della stessa Unione, ma, per l'altro verso, statuito che suddetta adesione non avrebbe modificato «la competenza dell'Unione definita dai Trattati» (art. 6, par. 2 TUE). Se si ha riguardo al parere 2/13 richiesto nel luglio 2013 alla Corte di Lussemburgo dalla Commissione proprio sul progetto di accordo sull'adesione della UE alla CEDU e tuttavia ritenuto il 18 dicembre 2014 "non compatibile" con le disposizioni del diritto dell'Unione, è evidente che i giudici europei "operativi" restano due e ben distinti. Occorre pertanto rassegnarsi oramai a riconoscere sempre contendibile nell'ordinamento nazionale un doppio "spazio giurisdizionale", allorché vengono in discussione diritti che nella dimensione europea non sono ancora del tutto accostabili, poiché impattano, da un lato sul più articolato ordinamento dell'Unione e, dall'altro lato, su quello che scaturisce dalla CEDU. È appena il caso di ricordare la diversa ottica – la base giuridica – dalla quale muovono le due giuri-

sdizioni: la CEDU – resa esecutiva in Italia con la legge n. 248/1955 – mette dichiaratamente e da subito al centro la protezione della sfera personale in aggiunta alla (o in controllo della) tutela nazionale dei diritti fondamentali; i Trattati che nel 1992 danno luogo all'Unione Europea, partendo da risalenti intenti di integrazione dei mercati inizialmente limitata al carbone e all'acciaio e poi sempre più ampliati e sofisticati, approdano solo nel 2009 a riconoscere valore vincolante "anche" ai diritti così come configurati dalla Carta di Nizza, ma sempre "dentro" il complessivo ordinamento "unionista" che sostituisce quello dei singoli Stati membri chiamati a ritrarsi dall'esercizio di poteri sovrani laddove la competenza è stata trasferita all'Unione.

Se si ha riguardo alla tutela dei diritti fondamentali – così come configurata dalla nostra Costituzione, dalla Carta di Nizza incorporata nel Trattato UE e dalla CEDU – credo che occorra riconoscere la difficoltà oggettiva – il che, almeno in linea di massima, non è sembrato un aspetto regressivo delle garanzie riconosciute ai singoli – incontrata dal nostro giudice costituzionale nel continuare a considerarsi non solo custode – come tra poco ricorderò – dei "controlimiti" rispetto alla *primauté* del diritto dell'Unione, ma coordinatore "infungibile" delle operazioni di bilanciamento e integrazione tra diritti interni ed esterni (si veda Corte cost. n. 270/2012 e n. 202/2013). Ed è probabilmente assumendo questo infungibile ruolo di coordinamento che la Corte costituzionale, con la già ricordata sentenza n. 113/2011, nella perdurante assenza del legislatore abbia finito per delineare nel nostro ordinamento, attraverso una pronuncia additiva, un ulteriore e direi inevitabile procedimento di revisione delle sentenze passate in giudicato – come chiarito, in ambito penale – qualora la Corte EDU individui una violazione delle norme convenzionali, in particolare rispetto al "giusto processo", principio peraltro espressamente richiamato nel testo dell'art. 111 Cost. così come riformato nel 1999. È bene comunque non dimenticare la stessa progressiva evoluzione giurisprudenziale del giudice costituzionale italiano, che ha finito per richiedere essa stessa ai giudici comuni – a prescindere dalla sollevazione di questioni di costituzionalità – un notevole sforzo di adeguamento nell'accettazione della permeabilità del nostro ordinamento a quello *double face* europeo: si è, come è noto, passati – sin dalla sentenza n. 170/1984 – dalla richiesta di diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario (sul versante del diritto dell'Unione che non necessita di successiva attuazione) alla richiesta, sul versante CEDU, di favorire comunque un'interpretazione adeguatrice della norma interna alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo senza tuttavia in questo caso riconoscere al giudice italiano il potere di disapplicazione diretta (sentt. n. 348 e 349/2007).

Come è noto, la questione della individuazione dei limiti alla permeabilità del nostro ordinamento con particolare riguardo ad alcune disposizioni del TFUE (art. 352, par. 1 e 2, disposizioni volte a richiedere da parte de-

gli Stati membri misure che combattono la frode ed altre attività illegali che compromettono gli interessi finanziari dell'Unione), così come interpretate dalla sentenza della Corte di Giustizia 8 settembre 2015 in causa C. 105/14 Taricco è oggetto specifico di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo del nostro giudice costituzionale (ord. n. 24/2017) che molto raramente si è avvalso di questo strumento "sollecitatorio". Il giudice europeo aveva reso quella sentenza a sua volta attivato in via pregiudiziale dal Tribunale di Cuneo, richiedendo al giudice nazionale, perentoriamente, di non dare applicazione alle norme del codice penale (artt. 160, ultimo comma e 161, secondo comma, in materia di prescrizione) poiché ciò avrebbe impedito di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode lesivi, per l'appunto, degli interessi finanziari dell'Unione. La Corte di Cassazione e la Corte di Appello di Milano, dovendo definire altri procedimenti penali relativi a fatti "inquadrati" nel modo richiamato dal pronunciamento della Corte di Giustizia, hanno ritenuto incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano quella richiamata interpretazione del giudice europeo, essendo in gioco il principio di legalità in materia penale ex art. 25, secondo comma Cost., che non ammette un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva. I nostri giudici hanno perciò sollevato, come accade in questi casi, la questione di legittimità della legge nazionale (2 agosto 2008 n. 130) che rende esecutive nell'ordinamento italiano le disposizioni del TFUE, così come interpretate dalla Corte di Giustizia.

Da qui prende le mosse l'iniziativa pregiudiziale della nostra Corte costituzionale.

Una volta approfondita nel merito la portata del principio di legalità *in materia penale* nell'ordinamento italiano, la stessa natura – sostanziale e non già procedurale – della prescrizione e senza nascondere l'eventuale responsabilità dello Stato italiano per non avere apprestato un rimedio efficace contro le gravi frodi fiscali in danno dell'Unione Europea (persino non prevedendo termini di prescrizione adeguati allo scopo), la Corte correttamente sollecita con la sua ordinanza il giudice europeo a rimuovere quanto prima, urgentemente «un grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione, incertezza che riguarda processi penali pendenti».

In effetti il chiarimento interpretativo è indotto a verificare se davvero, secondo la Corte di Giustizia, l'applicazione diretta da parte dei giudici nazionali dell'art. 325 TFUE dovrebbe avvenire anche a costo di omettere «di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo». È indubbio – avverte la Corte costituzionale – che se così fosse si consentirebbe «al potere giudiziario di disfarsi in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato». Sempre la Corte scrive a chiare lettere che l'applicazione dell'art. 325 TFUE senza alcun'altra cautela rispettosa della peculiarità ordinamentale

interna «eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto, quantomeno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza». Vedremo a questo punto quel che vorrà sostenere la Corte di giustizia e tuttavia non può che considerarsi significativo come il giudice costituzionale italiano non si sia limitato a paventare un eventuale contrasto del diritto dell'Unione «con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro» – "brandendo" cioè i *controlimiti* – ma abbia voluto nel contempo richiamare la portata della Carta di Nizza (art. 49) in tema di principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, così da suggerire alla stessa Corte di Lussemburgo una lettura della norma europea più temperata rispetto alla precedente. Una lettura che consenta perciò di salvaguardare, secondo un'impostazione privilegiata nella tradizione costituzionale occidentale, la necessaria protezione dell'imputato nel corso del giudizio che lo riguarda a proposito della determinatezza della sua condotta e dei poteri decisori dell'autorità giudiziaria.

Il suggerimento interpretativo alla Corte di Giustizia proveniente dal giudice costituzionale italiano, nel momento stesso in cui si sollecita una "risposta" del competente giudice europeo – in questo caso quello "unionista" e non "convenzionale" – costituisce davvero la prova più evidente che l'integrazione fra gli ordinamenti, almeno quando si tratta di diritti fondamentali classici, è avanzata al punto che possono essere, aldilà dei *controlimiti*, i giudici nazionali ad evitare improprie forzature logico-deduttive della norma europea rispetto agli stessi legittimi obiettivi dell'Unione[2]. Tali obiettivi in-

[2] Si tratta dunque di un'integrazione tanto pronunciata da rendere il dialogo (più o meno polemico) fra Corti un vero e proprio «*conflitto interordinamentale*», come suggerisce A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)* in *Diritto penale contemporaneo*, 2 ottobre 2017, di talché non solo gli «*operatori esterni [si immettono] nei processi produttivi di senso dei principi fondamentali di diritto interno»,* ma «*anche gli operatori nazionali...possono (e devono) giocare, fino in fondo, la loro parte nell'opera essa pure assai impegnativa di qualificazione degli enunciati delle Carte e dei documenti normativi in genere di produzione esterna*» (p. 14). In questa prospettiva R. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei "controlimiti" e scontro fra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2017, p. 210 ss. individua la possibilità di addivenire ad una «*concezione "europeizzata" dei controlimiti, anche se di tipo 'moderato' o 'debole', nel senso che, per un verso, essi verrebbero considerati parte integrante del diritto dell'Unione, ma, dall'altro – come suggerisce la stessa Corte costituzionale – la loro individuazione e la loro gestione verrebbe rimessa alle competenti autorità nazionali. Si eviterebbe, dunque, quell'interversione di ruoli tra controllato e controllore, propria di una visione 'pura' della europeizzazione dei controlimiti, che li vedrebbe affidati esclusivamente alla Corte di giustizia; si preserverebbero invece sia l'identità costituzionale degli Stati membri, sia il primato del diritto dell'Unione*». Fra gli Autori contrari ad una concezione europeizzante dei controlimiti si segnalano in particolare M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, in particolare p. 8 ss. E R. Bin, *Aspettando*

fatti non sono solo quelli finanziari esplicitati dall'art. 325 TFUE, ma anche quelli opposti eppure concorrenziali espressi dalla Carta dei diritti, in questo caso attraverso l'art. 49.

Sarebbe auspicabile che la Corte di Giustizia si sforzasse di fornire un'interpretazione adeguatrice della norma europea in linea con la "novità" introdotta, speriamo non vanamente, con il Trattato di Lisbona che ha inglobato la Carta di Nizza e in qualche misura cambiato la stessa natura di partenza, commerciale ed economica, dell'Unione in qualcosa che la avvicina effettivamente ad un ordinamento meno settoriale e più completo nel quale la persona conserva sempre – se possibile arricchisce – il corredo-base dei propri diritti.

3. Post scriptum: la sentenza M.A.S. (o "Taricco bis"), la sentenza n. 115/2018 e la chiusura del cerchio

Sollecitata dall'ordinanza interlocutoria della Corte costituzionale, la Corte di Giustizia ha accolto l'interpretazione "costituzionalmente orientata" offerta dal giudice italiano, con la sentenza M.A.S.

In questo modo la massima autorità giurisdizionale dell'Unione europea ha avuto l'occasione di riperimetrare la "regola Taricco" precedentemente enunciata, affermando che è dovere del giudice disapplicare il regime prescrizionale nei casi di frode grave agli interessi finanziari dell'Unione, salvo che una simile disapplicazione da parte della magistratura comporti "*una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del fatto*".

Per arrivare a una simile conclusione i giudici di Lussemburgo hanno valorizzato il riferimento – avanzato dalla Corte italiana – all'art. 49 della Carta di Nizza, dove è custodito il principio del *nullum crimen sine lege* che riveste un'assoluta importanza sia negli ordinamenti nazionali, sia nell'ordinamento eurounitario "*nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile*"(par. 51 e 52). Si tratta di un principio che appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (par. 53) e che gode di un valore equivalente al principio riconosciuto dalla CEDU all'art. 7.

Non può sfuggire come sia la stessa Corte di Giustizia a riconoscere un valore recessivo all'art. 325 TFUE – che impone la lotta alle frodi fiscali in materia di IVA ai danni dell'Unione – rispetto al principio di legalità in materia penale, che pare appartenere ad un livello costituzionalmente superiore, dal momento che informa di sé l'ordinamento dell'Unione, ma che in qualche

modo gli pre-esiste, derivando dalle tradizioni costituzionali dei singoli paesi membri, dalla CEDU e, in definitiva, dal patrimonio del costituzionalismo moderno degli Stati di diritto, attenendo direttamente ai diritti fondamentali dell'individuo (par. 46 che richiama il punto 53 della Taricco).

Ottenuto il pronunciamento del giudice dell'Unione, la Corte costituzionale ha quindi potuto dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate[3], sottolineando la non sussistenza di contrasti fra l'ordinamento italiano ed europeo *in subiecta materia*: "*L'inapplicabilità della "regola Taricco", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto".*

La Corte costituzionale non omette però di rivendicare da un lato che solo a se stessa "*spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona",* ribadendo il dovere del giudice comune di sollevare il dubbio di legittimità costituzionale. Dall'altro lato sottolinea che "*fermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A.S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento".* Dunque sono confermati i passaggi esegetico-giudiziari necessari all'eventuale "alzata di scudi" rappresentati dai "controlimiti": anzitutto occorre l'interpretazione del giudice europeo, quindi una prima verifica ad opera del giudice comune e, da ultimo, solo la Corte costituzionale può stabilire se norme di derivazioni europea non possono trovare accoglienza nell'ordinamento italiano.

Questa vicenda giudiziaria ha insomma confermato che la Costituzione precede il diritto europeo e non recede dinanzi ad esso; l'integrazione fra i due piani, viceversa, può avvenire solo e soltanto se non vengono compromessi i principi fondamentali dello Stato costituzionale di diritto e sul punto le due Corti sembrano essere pienamente concordi.

Ecco che allora, nel complesso e continuativo gioco del dialogo fra le Corti e dell'intersecazione fra gli ordinamenti, sembra davvero *doversi concretamente* riconoscere un punto di "certezza": l'esistenza *effettiva* di un nucleo intangibile di valori e principi di ordine costituzionale – il comune patrimonio delle democrazie europee – che non può essere intaccato per sod-

[3] Riconoscendo, dunque, la rilevanza della questione nel giudizio *a quibus,* poiché i giudici comuni hanno dovuto verificare la non applicabilità della "regola Taricco" solo alla luce della sentenza M.A.S. In realtà la Corte in questo passaggio conduce un'argomentazione non così lineare, giacché da un lato afferma che la questione è, sì, rilevante, ma la regola Taricco non avrebbe mai comunque dovuto essere applicata, essendo in contrasto con l'art. 25 Cost.

disfare specifiche e puntuali esigenze, ancorché avvertite a livello europeo, destinato a costituire per la stessa Corte di giustizia il fulcro a partire dal quale diventa, a seconda dei casi, possibile, utile o financo necessario integrare gli ordinamenti nazionali fino a poter giungere alla loro legittima cedevolezza.

IL GIUDICATO PREGIUDICATO? DALLA CERTEZZA ALLA FLESSIBILITÀ

di Giovanni Serges

Sommario: 1. Giurisdizione e sovranità. – 2. Organizzazioni internazionali e sovranazionali, crisi della sovranità e crisi della giurisdizione. -3. Il giudicato espressione della giurisdizione. - 4. Profili problematici del giudicato: a) giudicato e legislatore; b) giudicato e illegittimità costituzionale. -5. L'incremento del ruolo della giustizia internazionale e sovranazionale in conseguenza della maggior penetrazione della CEDU e del Diritto dell'Unione. -6. Il giudicato e le due Corti europee. – 7. Violazioni convenzionali accertate dalla Corte EDU e giudicato interno. – 8. Le reazioni dell'ordinamento italiano al problema del rapporto tra pronunzie della Corte EDU e giudicato: il ruolo della Cassazione. - 9. Il contributo della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 113 del 2011, la flessione dell'intangibilità del giudicato e l'introduzione della "revisione europea". -10. I problemi irrisolti dall'intervento della Corte costituzionale: a) i rapporti tra sentenze della Corte EDU e giudicati interni su norme penali sostanziali; b) il problema dei c.d. "fratelli minori". – 11. La sentenza 210 del 2013: il valore del giudicato e il suo bilanciamento con opposti valori. – 12. Il rapporto tra sentenze della Corte EDU e il giudicato civile e amministrativo. – 13. Giudicato della Corte EDU, giudicato amministrativo e "revocazione": la sentenza 123 del 2017 della Corte costituzionale. -14. Il rapporto tra giudicato interno e decisioni della Corte di giustizia dell'Unione: l'autonomia processuale degli Stati membri ed il suo limite nei principi di effettività ed equivalenza del diritto eurounitario. – 15. Il tortuoso percorso giurisprudenziale della Corte di Giustizia. – 16. Qualche sintetica (e provvisoria) conclusione.

1. Giurisdizione e sovranità

Il binomio sovranità-giurisdizione costituisce certamente un tratto caratteristico dello Stato moderno[1]. L'affermazione della sovranità come potere supremo, originario ed incondizionato di cui è titolare solo lo Stato reca con sé, inevitabilmente, la riconduzione allo Stato anche della intiera giurisdizione e, con essa, della esclusiva statualità delle regole procedurali e dell'esercizio della funzione mediante giudici istituiti solo dallo Stato. L'affermazione

[1] Ricorda al riguardo N. Picardi, *La crisi del monopolio statuale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Bologna, 2011, p. 7 come "la cultura giuridica continentale del XIX e XX secolo abbia considerato la giurisdizione come uno degli attributi essenziali della sovranità ed abbia ricostruito un sistema giurisdizionale nettamente orientato su principi pubblicistici, basato sullo statualismo della giustizia e della sua organizzazione, nonché sul legalismo della procedura".

della giurisdizione come monopolio esclusivo dello Stato[2] scaturisce proprio dall'esigenza di assicurare certezza ed uniformità alla disciplina del processo all'interno dell'ambito territoriale in cui si esercita il potere sovrano, perché in tal modo al giudice, espressione e diretta emanazione dell'autorità sovrana, spetterà in via esclusiva l'attuazione autoritativa della legge al caso concreto. Un'attuazione che vede momenti diversi a seconda dell'oggetto di volta in volta sottoposto all'esame del giudice statale, che si tradurrà nelle varie forme di processo. Nel processo penale si individueranno gli strumenti attraverso cui si imporrà la pretesa punitiva dello Stato nei confronti di comportamenti considerati reati dall'ordinamento; nel processo civile si individueranno gli strumenti per l'attuazione della volontà legislativa ai rapporti controversi tra i vari soggetti dell'ordinamento, e, conseguentemente, sarà la sentenza ad esprimere la volontà della legge nel singolo caso; nel processo amministrativo, infine (un processo che gradatamente si rafforza, almeno nel nostro ordinamento in concomitanza con l'incremento e la diffusione dei compiti dell'amministrazione pubblica) saranno destinati a convivere strumenti di annullamento degli atti del pubblico potere, di controllo dunque della legalità dell'azione amministrativa, con altri nei quali il tratto caratteristico si interseca e, per certi versi, si sovrappone al processo civile traducendosi in un giudizio sul rapporto dedotto in giudizio.

2. Organizzazioni internazionali e sovranazionali, crisi della sovranità e crisi della giurisdizione.

Ma la sovranità dello Stato è oggi messa in crisi, erosa – come usa dirsi – in ragione di una molteplicità di fattori che è difficile non solo riassumere sinteticamente ma anche cogliere fino in fondo nella loro complessità. Da una parte è l'apertura dello Stato verso organizzazioni internazionali e sovranazionali, lo slancio verso il superamento della dimensione ristretta ai soli confini nazionali che implica inevitabilmente una cessione di porzioni di sovranità, una cessione potrebbe dirsi consapevole nel momento in cui essa viene politicamente decisa ma di cui non sempre riescono a cogliersi preventivamente gli esiti ed i successivi sviluppi; dall'altra la spinta determinata dal fenomeno della così detta globalizzazione – un fenomeno, a sua volta, complesso e per molti versi sfuggente ma non per questo meno incisivo – che fatalmente incide sulla dimensione territoriale dello Stato e dunque comporta ricadute sui tratti caratteristici della sovranità[3]. Proprio nell'ambito delle

[2] V., in argomento, G. Verde, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc*., 2003, p. 371

[3] Si vedano sul punto, tra i numerosi studi, G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012 e G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?,* Roma-Bari, 2013.

organizzazioni internazionali e sovranazionali si annida oggi il fenomeno se non di più consistente erosione della sovranità quanto meno di un continuo confronto, di una sovrapposizione di piani che costringe lo Stato nazionale a rapportarsi con un fenomeno che mette in crisi, in primo luogo, la stessa esclusività dello Stato nella produzione del diritto. Ed alla crisi della sovranità statale[4] corrisponde, potrebbe dirsi, inevitabilmente la crisi della giurisdizione che di quella sovranità costituisce l'espressione. La proliferazione di giurisdizioni di vario tipo e genere, in particolar modo di quelle cui è affidata la tutela di carte dei diritti create attraverso trattati internazionali costituisce un fenomeno che impone alla giurisdizione statale di confrontarsi e coordinarsi con un potere che sta al di fuori dello Stato e che, sovente, esige proprio la collaborazione del giudice nazionale per raggiungere in pieno le finalità per le quali è stato creato dalla comune volontà degli Stati. Un potere, dunque, che finisce per insinuarsi nelle pieghe della giurisdizione statale facendo affiorare temi e problemi che al momento della sua creazione era difficile prevedere in tutta la loro concreta portata.

3. Il giudicato espressione della giurisdizione.

A sua volta la crisi della giurisdizione reca con sé la crisi di quell'istituto – il giudicato – che di quella funzione rappresentava un tratto essenziale e qualificante[5].

Più di recente v., anche per i richiami di letteratura, il contributo di A. Morelli, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione, in Consulta Online,* n. 1 del 2018.

[4] Osserva S.M. Carbone, *Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, *Riv. arbitr*., 2015, 429, che "manifestazioni sempre più ricorrenti relative alla crisi della sovranità territoriale dello Stato e dell'assolutezza del suo potere normativo in tale ambito hanno messo in evidenza le inevitabili ripercussioni di tale crisi sull'esercizio della giurisdizione, ed in particolare sul relativo monopolio dello Stato territoriale. Si è, così, in particolare, avvertita la scissione dell'esercizio della giurisdizione e l'incrinarsi dell'esclusività di tale esercizio da parte dello Stato all'interno del quale l'attività giurisdizionale opera e/o è destinata a produrre i suoi effetti" e conseguentemente "si constata la c.d. "delocalizzazione della giurisdizione" ed il definitivo abbandono della giurisdizione intesa come emanazione esclusiva della sovranità dello Stato del foro dal quale trova legittimazione. È, infatti, evidente la sempre più intensa e numerosa presenza di varie forme di giustizia non statale riconducibili al sistema normativo della U.E. o all'ordinamento internazionale, oppure, direttamente o indirettamente, all'autonomia dei privati (anche in virtù dell'attività delle diverse organizzazioni in varie sedi costituite al servizio della composizione conciliativa e della soluzione arbitrale delle controversie relative soprattutto al commercio internazionale)."

[5] La dottrina sul tema del giudicato è amplissima. Ancor oggi, anche per i profili di teoria generale, può farsi riferimento, in particolare, al fondamentale contributo di E.T. Liebman, voce *Giudicato*. *Diritto processuale civile*, in *Enc. del dir*., Vol. XV, 1989, p. 13 ss. e più di recente al lavoro di R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

L'affermazione della *res judicata* è infatti, storicamente, frutto, diretta espressione, della statualità della giurisdizione perché fa seguire alla affermazione della legge operata dal giudice nel caso concreto, la immutabilità di quella decisione. Il carattere imperativo della decisione del giudice statale, espressione, a sua volta, dell'imperatività dell'atto legislativo, richiede che quella decisione assuma il carattere della definitività "faccia stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa" secondo la icastica espressione contenta nel art. 2909 c.c..

La sentenza, insomma, rappresenta la giusta applicazione della legge al caso concreto e in quanto tale necessità della stabilità della decisione. E tuttavia l'esigenza della certezza del bene della vita che si consacra nel giudicato e che, dunque, sta al fondo della stabilità si deve coniugare con il valore della verità cosicchè, tendenzialmente, ogni ordinamento ammette che la stabilità del risultato possa venir meno in casi rigorosamente predeterminati e tassativi. Si tratta, come è noto, dei mezzi di impugnazione straordinari, rimedi con i quali è possibile far valere ora gli errori di fatto, ora le ipotesi di dolo del giudice, ora la grave violazione di norme processuali. Il giudicato assume allora un carattere per così dire relativo, destinato a cedere di fronte all'esigenza che il valore della certezza non comprometta quello del perseguimento della verità e della giustizia.

Ma si tratta pur sempre di una relatività, frutto "della ponderazione e del bilanciamento tra i due valori in una società retta dal diritto"[6] che non mette in discussione la ragione di fondo dell'istituto ossia l'applicazione della legge al caso concreto e l'affermazione della volontà del legislatore contenuta nella sentenza, bensì ne attenua il rigore assoluto consentendo, entro limiti puntualmente delimitati, il cedimento della stabilità della decisione giudiziale.

4. Profili problematici del giudicato: a) giudicato e legislatore; b) giudicato e illegittimità costituzionale.

Quando però si allude alla crisi del giudicato si intende far riferimento ad un fenomeno ben più complesso, all'interno del quale possono anche emergere problemi di insufficienza o inadeguatezza della disciplina processuale relativa ai mezzi di impugnazione straordinari, ma che si sviluppa in una dimensione ben più ampia e articolata.

[6] Così F. Modugno, *Introduzione a "Giudicato e funzione legislativa"*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2815, il quale ricorda che il «problema della stabilità del giudicato si incontra dunque, in generale, ma *non solo*, con le possibilità , positivamente stabilite, della revocazione. L'esigenza, il valore della "verità", della "giustizia" sostanziale, non può indiscriminatamente prevalere sulla pragmatica necessità di *decidere* in tempi ragionevoli su chi ha ragione e chi ha torto, su chi ha diritto a conseguire (o a mantenere) il bene della vita in questione , sul valore insomma della "certezza" (e della rapidità) della decisione. Ma non può (e non deve) neppure accadere l'inverso: il valore della "certezza" non può nullificare il perseguimento della verità e della giustizia (del caso concreto)».

Vi è, in primo luogo, il rischio che la compromissione del giudicato avvenga per linee tutte interne all'ordinamento, provenga in altri termini, dalle stesse decisioni del legislatore. Assumono, in questa prospettiva, un ruolo certamente di grande rilievo sia gli interventi di carattere retroattivo, sia quelli contenuti nelle leggi di c.d. interpretazione autentica, dietro le quali si cela, sovente, proprio la volontà di scardinare i giudicati. Si tratta di un tema particolarmente dibattuto in dottrina e sul quale si è sedimentata una giurisprudenza costituzionale che non sempre ha brillato per coerenza di indirizzo ed adeguatezza delle soluzioni di volta in volta individuate[7]. È pur vero che in taluni casi l'intervento legislativo diretto ad incidere direttamente sulle pronunzie coperte da giudicato è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo[8] ma è altrettanto vero che in altri casi la posizione del giudice delle leggi non è parsa ugualmente chiara nella tutela della irrevocabilità delle sentenze rispetto all'attività legislativa. La resistenza del giudicato, in questo caso, si confronta con la ragionevolezza dell'intervento legislativo, con il bilancia-

[7] Sul punto v. le considerazioni di A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici – Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, p. 119, il quale sottolinea come la prassi abbia "già conosciuto interventi legislativi di interpretazione autentica (anche mediante atti con forza di legge) finalizzati a travolgere la cosa giudicata" e come tali atti siano stati "agevolati da una dottrina alquanto timida nel tutelare le prerogative dell'autorità giudiziaria rispetto al legislatore interprete e da una giurisprudenza costituzionale troppo incerta sul punto. Ma è indubbio che la teoria della interpretazione autentica come atto di conoscenza finisca per rivelarsi un grimaldello formidabile a disposizione di chi, in Parlamento e nel Governo, intendesse azzerare gli esiti di questo o quel procedimento giudiziario".

[8] Questa posizione è ben riassunta, ad es. nella sentenza 209 del 2010 nella quale la Corte così si esprime al punto 5.1 del "considerato in diritto": « Questa Corte ha costantemente affermato che il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche «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» (sentenza n. 525 del 2000; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 374 del 2002, n. 26 del 2003, n. 274 del 2006, n. 234 del 2007, n. 170 del 2008, n. 24 del 2009). Accanto a tale caratteristica, che vale a qualificare una norma come effettivamente interpretativa, questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, «che attengono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento […]; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto […]; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico […]; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (sentenza n. 397 del 1994).». Più di recente, una pronunzia di sicuro rilievo è la sent. n. 12 del 2018 sulla quale si vedano le considerazioni di A. Pugiotto, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua*?, in *Osservatorio AIC,* n. 2 2018, ove l'Autore sottolinea come tale decisione sia "annoverabile tra le rare pronunce con le quali la Corte costituzionale accerta un uso arbitrario della funzione legislativa che esonda nella funzione giurisdizionale".

mento dei principi e dei valori in campo e può scontare, in alcuni casi, una posizione di maggior debolezza anche in considerazione della sua mancata esplicita copertura costituzionale. Non mancano, per la verità, argomenti perché al giudicato possa essere riconosciuta rilevanza costituzionale – come in altra occasione ho avuto modo di sostenere[9] – ma la sua resistenza ad eventuali rischi di erosione ad opera del potere legislativo si manifesta oggi, nella giurisprudenza costituzionale, attraverso il richiamo ora al principio della irretroattività della legge penale, ora in riferimento al valore della certezza ed alla tutela dell'affidamento filtrati dal principio di ragionevolezza, ora quale conseguenza della tutela della sfera di attribuzioni del potere giudiziario[10].

In secondo luogo il tema della problematica sopravvivenza del giudicato affiora con maggior evidenza con riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni di legge in forza delle quali si è formato il giudicato. È noto come l'ordinamento abbia apprestato il rimedio della cessazione degli effetti in riferimento ad una sentenza penale di condanna[11], circoscrivendo così alla sola – per quanto indefettibile – tutela del bene della libertà personale gli effetti dello scontro tra il valore racchiuso nel giudicato ed il piano della legittimità costituzionale. Gli "altri" giudicati rimangono intangibili così confermandosi che l'ordinamento, nel suo complesso, guarda al giudicato come ad un valore che esprimendo, ad una, l'esigenza della certezza e l'imperatività del ruolo della legge realizzata per il tramite della giurisdizione, deve essere preservato nella misura massima possibile. Certo il limite dei "rapporti esauriti" insuscettibili di essere toccati dalla dichiarazione di illegittimità potrebbe essere messo in crisi ove la sentenza costituzionale fosse diretta a colpire con la sanzione dell'annullamento proprio le norme che disciplinano la formazione della cosa giudicata[12], ma si tratta con evidenza di

[9] Sia consentito rinviare a G. Serges, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it*., 2009, p. 2819 ss.

[10] V. G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, p. 232 ss. con specifico riferimento al problema delle leggi emanate "in sostituzione di sentenza" e, in particolare, con quelle che assumono contenuto sostanzialmente provvedimentale. Osserva R. Caponi, *Giudicato civile e identità nazionale (appunto con contrappunto sul caso Taricco), in Questione giustizia*, 2017, 1, p. 106, che "l'intangibilità del giudicato nei confronti della successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata può essere accreditata in modo convincente solo elevando a sua volta la protezione del giudicato al livello di garanzia costituzionale (quale quella della certezza del diritto), poiché difficilmente un istituto privo di copertura costituzionale può frapporsi agli effetti della sentenza della Corte costituzionale".

[11] Il riferimento è, ovviamente, all'art. 30, u.c., della legge n. 87 del 1953.

[12] Osservano, sul punto, G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, II Oggetti, procedimenti, decisioni,* Bologna, 2018, p. 191 che il limite alla retroattività delle sentenze costituzionali è un limite che vale "sempre che non si controverta però proprio sulla illegittimità costituzionale del giudicato, della prescrizione, della decadenza o della preclusione, quando cioè la questione di costituzionalità consista nella stessa definizione dei rapporti esauriti".

un'ipotesi estrema, di una situazione limite che non intacca il principio della valenza circoscritta ai soli effetti della condanna penale incidenti sulla libertà personale.

Questione, ovviamente diversa, che qui può essere richiamata soprattutto per la sua affinità, per così dire, terminologica è quella relativa al c.d. giudicato costituzionale. Ci si riferisce a quel limite che incontra il legislatore nel riprodurre e nel ripristinare una disposizione precedentemente dichiarata incostituzionale. Il richiamo al giudicato come principio processuale reca con sé una qualche ambiguità, perché permane sempre il dubbio che il riferimento al giudicato rischi di tradursi nella applicazione, in qualche modo impropria, di principi dei processi comuni al piano diverso della giustizia costituzionale[13]. Qui come è noto il problema più rilevante è quello della difficoltà che si incontra nell'individuare con sufficiente margine di precisione quali siano gli ambiti entro i quali può muoversi il legislatore per non incorrere nella preclusione derivante da una precedente decisione di incostituzionalità (dalla quale discende la corrispondente illegittimità costituzionale della nuova legge), specie se tiene conto della circostanza che la finalità di aggirare il giudicato può presentarsi in forme indirette e, in qualche modo, subdole[14]. Ma è anche vero che – come la più recente esperienza dimostra – talvolta è da una pronunzia di incostituzionalità che sorge l'esigenza di un nuovo intervento del legislatore, non già nella direzione del ripristino bensì in quella di un nuovo e diverso bilanciamento tra diritti da realizzare mediante disposizioni retroattive[15]. Non è poi da escludersi, peraltro, che proprio un intervento retroattivo del genere poc'anzi indicato, se per un verso può risultare dettato proprio dall'esigenza di sviluppare in positivo le indicazioni provenienti da

[13] Osserva esattamente, sul punto, F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, p. 14, che il riferimento alla nozione di giudicato nel campo della giustizia costituzionale è sempre accompagnato da una certa cautela usando il termine giudicato tra virgolette e ciò in quanto la sua utilizzazione con riferimento alle decisioni della Corte costituzionale "assume implicitamente il significato di un automatico inserimento delle attività di essa all'interno di un terreno comune a quello degli altri processi, mentre al contrario, le virgolette consentono un approccio dubitativo alla questione, ed evitano di risolvere un annoso dibattito per mezzo di una mera scelta terminologica". In direzione sostanzialmente coincidente A. Cerri, *Appunti sul c.d. "giudicato costituzionale"*, in *Giur. it.,* 2009, p. 2831, il quale osserva che «il sintagma "giudicato costituzionale" non trova riscontro in dati testuali, ma il corrispondente concetto viene variamente desunto».

[14] Sottolineano, al riguardo, G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, cit, p. 259,* come "un criterio chiaro per definire la legge autonomamente incostituzionale per motivi di sostanza e la legge contrastante col giudicato non sia stato individuato dalla Corte, che agisce talora più «per impulso» che per criterio"

[15] Sul punto v., di recente, I. Massa Pinto, *Il giudicato costituzionale non comporta un "esproprio" della potestà legislativa: il principio di (non ir) ragionevolezza come tutela del contenuto essenziale dei diritti (e non come ricerca dell'ottima proporzione) nel bilanciamento tra diritti ed esigenza finanziarie (nota alla sent. n. 250 del 2017 della Corte costituzionale)* in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2018.

una precedente pronunzia di incostituzionalità, per altro verso comporti il rischio di confliggere, proprio in ragione del carattere retroattivo, con giudicati comuni a testimonianza di come il terreno del rapporto tra giudicato e legislatore e giudicato e giustizia costituzionale si riveli frequentemente un terreno minato e ad alto rischio.

5. L'incremento del ruolo della giustizia internazionale e sovranazionale in conseguenza della maggior penetrazione della CEDU e del Diritto dell'Unione.

In terzo luogo – e si tratta del profilo che oggi si presenta, potrebbe dirsi, come assorbente – la crisi del giudicato si manifesta soprattutto in relazione alle esigenze che discendono dagli strumenti di tutela della legalità internazionale e sovranazionale. È naturale che il pensiero qui si rivolga in primo luogo ai rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed a quelli con l'Unione europea ed alle relative Corti (Corte EDU e Corte di Giustizia) cui è affidata, rispettivamente, la tutela effettiva e concreta del sistema di protezione dei diritti e l'uniformità dell'interpretazione del diritto prodotto dall'Unione e direttamente applicabile nei singoli ordinamenti aderenti.

Due ordinamenti diversi e due Corti con poteri e funzioni assai diverse ma entrambi destinati a rapportarsi, ad incontrare, i diritti e le corti nazionali in una misura che, verosimilmente, non era completamente prevedibile al momento della loro creazione.

Il ruolo e l'incidenza delle due Corti si è progressivamente rafforzato per una molteplicità di ragioni che possono qui solo ricordarsi in via di estrema sintesi.

Il riconoscimento alla CEDU di una posizione particolare nel nostro sistema delle fonti, frutto congiunto della previsione del rispetto degli obblighi internazionali introdotta dall'art 117, 1° c. e della interpretazione operata dal giudice delle leggi con le storiche "sentenze gemelle" del 2007[16], ha conferito una protezione particolare alla Convenzione quale "norma interposta" tra la Costituzione e la produzione legislativa ordinaria. La Convenzione è "penetrata" dunque nell'ordinamento italiano con una forza fino a quel momento, potrebbe dirsi, inespressa e il ricorso ai principî in essa contenuti ha conosciuto una nuova stagione incrementando, fatalmente, il rapporto tra

[16] Anche su questo punto i contributi di dottrina sono particolarmente estesi. Possono ricordarsi, tra i tanti, M. Cartabia, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici.,* in *Giur. cost*. 2007, F. Sorrentino, *Apologia delle sentenze gemelle (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale*, in *Dir. e soc*., 2/2009, p. 219 ss; G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss; R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 25 ss.; G. Parodi, *Le sentenze della Corte EDU come fonte del diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.dirittocomparati.it, 2012; B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012, p. 155 ss.

giudici nazionali e Corte EDU che del rispetto del catalogo di quei diritti è la prima custode[17].

A sua volta, la Corte di Giustizia dell'Unione ha visto rafforzato ed esteso il proprio ruolo in corrispondenza con l'incremento della produzione normativa dell'Unione e con le correlative esigenze dei giudici nazionali di risolvere, mediante le pronunce interpretative connesse allo strumento del rinvio pregiudiziale, i conflitti con il diritto interno[18].

6. Il giudicato e le due Corti europee.

Si sono così aperti nuovi scenari ed il giudicato nazionale ha dovuto cominciare a fare i conti, gradualmente, sia con le pronunzie della Corte EDU con la quale si individuavano violazioni della Convenzione in riferimento a processi ormai definiti con sentenza irrevocabile[19], sia con le pronunzie

[17] Riassume bene questa evoluzione, con ampi spunti problematici, A Guazzarotti, *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, 2016, p. 15 ss. il quale ricorda, tra l'altro, come la Corte EDU abbia "sempre più fortemente sostenuto "la necessità di una tutela effettiva dei diritti della Convenzione sul piano nazionale e della conseguente esigenza di introdurre negli ordinamenti nazionali rimedi efficaci e tempestivi in favore dei singoli: il che ha implicato ed implica l'instaurarsi di legami sempre più fitti (anche se non necessariamente formalizzati) con i giudici nazionali e i sistemi processuali interni, nella logica per cui i giudici nazionali sono anche giudici della Convenzione, fino a lambire l'obbligo della disapplicazione della legge inconvenzionale"(p. 20)

[18] Sul ruolo delle decisioni interpretative della Corte di Giustizia dell'Unione come idonee a creare un giudicato di tipo normativo si sofferma di recente, con ampli richiami alla dottrina anche straniera, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali – Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, spec. 73 ss. ove sottolinea che "le sentenze pregiudiziali diventano un tutt'uno con la norma UE che interpretano, con la conseguenza che detta norma è direttamente efficace solo se la Corte, chiamata a chiarirne contenuto e portata, le attribuisce un tale carattere. Tali pronunce determinano, cioè, effetti diretti nella misura in cui sono le disposizioni oggetto dell'interpretazione a essere direttamente efficaci".

[19] Per un'analisi della molteplicità di problemi che si profilano nei rapporti tra giudicato e CEDU, svolta anche in prospettiva comparatistica, v. il lavoro di V. Sciarabba, *Il giudicato e la CEDU*, Padova, 2012. In una prospettiva più ampia che inserisce il problema del giudicato nel quadro più ampio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU v. le riflessioni di M. Cartabia, *Corte costituzionale e Corte Europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. Padula (a cura di), *la Corte Europea dei diritti dell'uomo,* cit., spec. p. 230, la quale sottolinea che "lo sviluppo della tutela sovranazionale sembra aver innescato un benefico dinamismo giurisdizionale, che talvolta si è manifestato nella forma di una correzione di orientamenti pregressi della giurisprudenza costituzionale, sfociata in una convergenza interpretativa tra le varie giurisdizioni, a maggior tutela dei diritti individuali; altre volte, si è invece espresso in divergenze giurisprudenziali, alcune delle quali restano tuttora irrisolte. L'apertura dell'ordinamento costituzionale italiano a quello europeo ha avviato un laboratorio interpretativo ricco di scambi vitali per entrambe le Corti".

della Corte di Giustizia che individuavano una diversa interpretazione del diritto dell'Unione rispetto a quella fatta propria da molti giudici in processi anch'essi definiti con decisione passata in giudicato[20]. Si è opportunamente sottolineato che la "tensione e il conflitto tra giudicati nazionali, da un lato, e decisioni delle corti internazionali e delle due corti europee, dall'altro, è piuttosto il frutto della evoluzione dei rapporti reciproci tra ordinamenti nazionali e ordinamenti ultrastatali"[21], una evoluzione, potrebbe aggiungersi, che ha messo completamente a nudo, in fondo, l'assenza di una qualsiasi previsione sul tema dei rapporti tra i giudicati. L'assenza di uno strumento di raccordo tra la stabilità della decisione interna coperta dalla *res judicata* e il sopravvenire di pronunzie che incidono sulla ricostruzione del diritto legislativo che sta alla base di quelle pronunzie, rischia, insomma, di trasformare il riconoscimento ottenuto dalla parte, specie dinanzi ai giudici di Strasburgo, in un'operazione di limitata, se non irrilevante, utilità mettendo così a nudo un profilo patologico nei rapporti tra giudicato e Corti europee[22].

Non è un caso allora che proprio questo tema sia il terreno sul quale si misurano oggi i problemi del giudicato, ossia il terreno del rapporto con la sempre più estesa presenza di giurisdizioni che stanno fuori dal circuito della

[20] Sul punto v. C. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)* in *Corti Europee e giudici nazionali*, Bologna, 2011, p. 70, il quale osserva che "le sentenze della Corte di Giustizia, per l'assenza di oggetti concreti, ossia di diritti soggettivi o veri e propri *Ansprüche* sostanziali quali *res iudicandae*, culminano in riassuntivi principii di diritto comunitario in risposta ai quesiti – anch'essi di puro diritto – del giudice rimettente". Lo stesso Autore sottolinea poi (p. 182) che "mediante le sue sentenze la Corte di Lussemburgo, oggi non fa che portare all'attenzione alcuni bisogni, attualmente originati più che altro dall'assenza di un ruolo processuale per la Commissione […] bisogni precipui di dare costante voce entro il processo, e negli stessi arbitrati volontari, alle prescrizioni comunitarie inderogabili che in passato ancora non vi erano (che potranno far sì che i motivi di revocazione straordinaria e anche di revocazione del p.m. in Italia – artt. 395, nn. 1,2,3 e 6, nn. 1 e 2 c.p.c. – possano dover essere ampliati rispetto allo spartito del 1942, se non si potenzia legislativamente il codice, fors'anche *ope constitutionis*; diversamente si rischierà di dar adito a situazioni inaccettabili, di apparente *Verbrechung* della *res iudicata*, seppur esclusivamente in alcuni eclatanti casi-limite, come fu il tenebroso caso Lucchini)".

[21] Così R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti Europee e giudici nazionali,* cit., p. 261*,* il quale inquadrando le sue riflessioni nella dimensione più ampia dell'evoluzione storica della stessa giurisdizione e nel ruolo che ha assunto il giudicato, sottolinea (p. 260) che "l'idea del giudicato come manifestazione definitiva della volontà della legge statale in riferimento alla fattispecie concreta oggetto della cognizione giudiziale, già entrata in crisi con il sovrapporsi della dimensione costituzionale nazionale, con il controllo di costituzionalità al piano della legge ordinaria, è chiamata attualmente a confrontarsi con i piani della legalità internazionale e sovranazionale, il cui rispetto è affidato parimenti al controllo di Corti giudiziarie".

[22] V., sul punto, E. Malfatti, *L'interpretazione conforme nel "seguito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo,* in Stu*di in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, II, p. 1296.

giurisdizione statale, che potremmo dire accerchiano il monopolio della giurisdizione e che spesso si presentano "fungibili" tra loro. Si tratta insomma di comprendere come si presentino oggi questi rapporti e quali siano le prospettive di future evoluzioni.

Ed, ancora, non è un caso che questo tema, trovandosi al crocevia di questioni che investono una pluralità di piani, da quello della legittimità costituzionale a quello della sovranità e dei rapporti interordinamentali, dalle esigenze di tutela dei diritti ai sistemi processuali, abbia finito per coagulare un interesse straordinario e "trasversale" degli studiosi quale raramente si è prodotto negli ultimi anni nella scienza giuridica. Interventi di costituzionalisti, di internazionalisti, di studiosi del diritto processuale, di penalisti, di amministrativisti hanno caratterizzato quanto meno gli ultimi dieci anni di riflessione intorno a questo tema con una ricchezza di analisi difficile da ridurre ad unità.

Converrà allora soffermarsi sui punti essenziali per chiarire il quadro che oggi si presenta.

È necessario precisare preliminarmente che il problema degli effetti che la pronunzia delle due Corti produce a contatto con il giudicato interno si presenta con caratteri molto diversi in relazione alle decisioni della Corte EDU e della Corte di Giustizia per la semplice ragione che radicalmente diversi risultano non solo i compiti affidati alle due Corti nei rispettivi ordinamenti ma anche, e soprattutto, profondamente diversi sono i presupposti e le condizioni dai quali esse muovono. Non mancano tuttavia, punti di contatto, elementi di convergenza, alcuni dei quali suscettibili di sviluppi tali da rendere comunque proficua una prospettiva di confronto[23].

[23] Osserva V. Manes, *Retroattività, diritto e processo penale*, in C. Padula (a cura di) *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, p. 126, con riguardo alla materia penale, che «l'orizzonte di senso in cui si iscrivono le problematiche delle garanzie intertemporali in materia penale (irretroattività del reato e della pena e applicabilità della legge penale più favorevole) si sta spostando sempre più rapidamente – o forse si è già spostato – dal piano della "certezza del diritto" a quello della "certezza dei diritti", alimentata dall'interesse crescente delle diverse fonti internazionali (art. 7 CEDU, art. 49 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 15 Patto internazionale dei diritti civili e politici) e delle relative "vestali" (Corte EDU e Corte di Giustizia). Una certezza, quest'ultima, irruenta, asistematica, a trazione giudiziale, sul cui altare – come sappiamo bene – è stato sacrificato anche il "monolite" della "cosa giudicata", sgretolato dalla forza corrosiva dei diritti fondamentali: al loro impatto vacilla sempre più quello che era il dogma indefettibile per il pensiero giuridico ottocentesco» [ossia in giudicato: n.d.r.]. E la sua caducità, aggiunge l'Autore, «deve ancora essere compiutamente misurata nei suoi effetti disordinati e disordinanti, e con essa le "nuove frontiere" della fase esecutiva, ormai sottratta alla rassicurante pace dei "rapporti esauriti"».

7. Violazioni convenzionali accertate dalla Corte EDU e giudicato interno

Il ricorso alla Corte EDU può essere proposto da un soggetto privato (persona fisica o giuridica) per reagire ad una violazione di un diritto assicurato dalla Convenzione (e nei suoi protocolli) dopo l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni entro un termine preciso. Così configurato il meccanismo, la collisione con il giudicato sembra in realtà assumere un carattere, per così dire, fisiologico rispetto ad una pronunzia della Corte di Strasburgo la quale, appunto, può essere adita solo in presenza di un giudicato interno[24]. La violazione della Convenzione invocata può naturalmente riguardare sia una norma sostanziale sia una norma processuale rispetto alla quale si sostenga essere avvenuta, nell'ordinamento interno, la violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. È pur vero che si ammette l'ipotesi di un ricorso che prescinda dalla formazione del giudicato interno, ma si tratta di una ipotesi circoscritta alla rara circostanza in cui non vi sia giurisdizione (e, magari, vi siano sentenze proprio sulla carenza di giurisdizione) ovvero si sia formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato che rende impraticabile o inutile la via di un ricorso ad un giudice nazionale. Ma anche in questa circostanza verrebbe comunque a configurarsi una situazione di conflitto tra la eventuale decisione della Corte europea e pronunzie giurisdizionali interne divenute irrevocabili che negano quel diritto eventualmente riconosciuto dai giudici di Strasburgo.

La decisione della Corte EDU accerta la violazione ed assume dunque una efficacia dichiarativa che impone allo Stato parte del giudizio di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti" (art. 46, comma 1, della CEDU).

Si tratta di un obbligo che investe nel suo complesso lo Stato e che dunque coinvolge tutti i poteri pubblici, ivi compreso ovviamente il potere giudiziario.

[24] In questo senso v. le riflessioni di F. Corvaja, *Corte Europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e superamento del giudicato*, in C. Padula (a cura di) *La Corte Europea*, cit., p. 100, il quale osserva che la situazione sarebbe parzialmente diversa dove fosse previsto un rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale alla Corte europea, perché in tal caso la compatibilità di una regola di giudizio con la Convenzione sarebbe verificata *prima* dell'applicazione della regola stessa al caso di specie e dunque *prima* della formazione della cosa giudicata. Ricorda poi che un a forma di rinvio pregiudiziale, ma con effetti non vincolanti, è previsto dall'art. 5 del XVI Protocollo addizionale alla CEDU che risulta però sottoscritto ma non ratificato dall'Italia. Sul tema del XVI protocollo si veda E. Lamarque (a cura di) *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Starsburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015; E. Lamarque, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo ad uso dei giudici italiani*, in C. Padula (a cura di) la Corte Europea, *cit.*, p. 144; ; A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2014.

Dunque la decisione della Corte europea, fatta eccezione per la possibile condanna alle spese processuali ed all'equa riparazione, contiene una condanna dello Stato che da quel momento per poter rispettare la Convenzione deve adottare le conseguenti misure, ma nulla prevede in ordine a siffatte misure ed alle modalità con cui debba rimediarsi alla accertata violazione. È pur vero che una modifica all'art. 46, operata con il protocollo n. 14 (entrato in vigore nel 2010), si è preoccupata di operare un chiarimento in ordine alla concreta esecuzione delle sentenze prevedendo sia la possibilità che il Comitato dei Ministri possa richiedere alla Corte una pronunzia interpretativa in ordine alla effettiva portata della pronunzia, sia la possibilità che sia lo stesso Comitato a inviare una richiesta ultimativa allo Stato perché provveda, ma in realtà nessuna di queste misure è in grado di risolvere la questione relativa alle concrete modalità con le quali la sentenza può trovare effettiva esecuzione.

Da qui un certo attivismo della stessa Corte EDU che, quanto meno a partire dal primo decennio degli anni 2000 ha iniziato a dar corpo ad una giurisprudenza che, sovente, si fa carico sia di indicare le misure specifiche da adottare relative alla questione risolta nel singolo caso, sia le misure di carattere *generale* quando la violazione accertata è frutto di carenze riferibili al sistema processuale o al diritto sostanziale presenti dell'ordinamento interno[25].

Quanto alle prime è proprio la rimozione del giudicato ad essere indicata dalla Corte, tra le altre, quale misura necessaria per assicurare la *restitutio in integrum* del ricorrente vittorioso[26], mentre per le seconde (in forza dell'art. 61, comma 5 del proprio Regolamento di procedura che, in realtà, consolida una prassi già emersa con una certa frequenza) si viene affermando la linea di emanare sentenze "pilota" che hanno lo scopo duplice di accertare una violazione ripetuta e di indicare, al tempo stesso, le misure di carattere generale da adottare, rispetto alle quali – come è stato esattamente osservato - si pone strutturalmente "*un problema di incisione sui giudicati paralleli a quelli che hanno dato vita alla decisione pilota*"[27].

[25] Sul punto v. l'attenta analisi di G. Grasso - F. Giuffrida, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. contemp*., 25 maggio 2015.

[26] V. la sentenza della Corte EDU del 18 maggio 2004, *Somogy c. Italia.*

[27] In questi termini, F. Corvaja, *op. cit.,* p. 103, il quale a proposito della tecnica delle sentenze c.d. pilota ricorda come esse consistano "in pronunce che accertano, in occasione della decisione di un caso concreto, l'esistenza di una violazione seriale dovuta ad un difetto strutturale dell'ordinamento interno, e invitano lo Stato ad adottare le misure generali per porre rimedio alla violazione constatata, misure che possono consistere in riforme legislative o nel superamento di orientamenti giurisprudenziali"

8. Le reazioni dell'ordinamento italiano al problema del rapporto tra pronunzie della Corte EDU e giudicato: il ruolo della Cassazione.

Si tratta ora di vedere come ha reagito l'ordinamento italiano agli impulsi che provengono dalla Corte EDU, tenendo presente, in primo luogo, che un problema di rapporto tra sentenze della Corte e giudice italiano si pone, soprattutto (ma non esclusivamente), nell'ambito del giudizio penale, per via della più sensibile incidenza di alcuni tra i diritti riconosciuti nell'ambito della CEDU sia sul diritto penale sostanziale che, soprattutto, su quello processuale.

È poi di tutta evidenza che la reazione dell'ordinamento al conflitto tra sentenza della Corte europea e giudicato interno è condizionata dai rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano quale si è consolidata nel diritto interno ad opera della più volte ricordata giurisprudenza costituzionale sul tema.

Basta ricordare, al riguardo, che al giudice italiano non è consentita la disapplicazione della disposizione interna che confligge con il diritto convenzionale (e per diritto convenzionale deve intendersi anche la sentenza della Corte di Strasburgo che accerta una violazione ed impone allo Stato di porvi rimedio), che l'eventuale conflitto tra diritto convenzionale e norma interna può dar luogo esclusivamente ad una questione di legittimità costituzionale nella quale la CEDU assume il ruolo di "norma" interposta tra Costituzione ed atto legislativo ed, infine, che la Corte di Strasburgo è un giudice dell'ordinamento convenzionale estraneo alla giurisdizione italiana e dunque estraneo alla possibilità di poter svolgere una sorta di ruolo "cassatorio" nei confronti delle sentenze del giudice nazionale[28].

[28] La tesi di una assimilazione del processo dinanzi alla Corte EDU ad un quarto grado di giudizio si riaffaccia ciclicamente e non manca di un certo fondamento se si guarda alla sostanza delle cose, ossia discorrendone in ragione degli effetti concreti e muovendosi su un piano processualmente atecnico. Di recente, sul punto C. Padula, *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo, cit*., p. 163 il quale ritiene plausibile presentare il giudizio europeo come quarto grado di giudizio in ragione del fatto che se pur dal punto di vista formale si ricorre a Strasburgo non per impugnare la sentenza della Cassazione bensì per accertare la violazione di in diritto "convenzionale", di fatto si contesta dinanzi alla Corte EDU la decisione interna di ultimo grado "al fine di ricavare un diritto al mutamento degli effetti da essa prodotti". In precedenza, nella stessa direzione, v. le riflessioni di E. Malfatti, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011, . Di una sorta di ruolo ambiguo della Corte di Strasburgo, oscillante tra le funzioni di un quarto grado di giudizio e quelle di una seconda Corte costituzionale, parla E. Lamarque, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani, in* C. Padula (a cura di), *op. ult. cit*., p. 142. In senso decisamente contrario alla configurabilità di un quarto grado di giudizio, v. G. Sorrenti, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, cit., p. 11.

Vi è una prima fase del rapporto conflittuale tra giudicato interno e sentenze della Corte EDU nella quale emerge con una certa chiarezza di contorni una spiccata sensibilità del giudice italiano (ed in particolare della Cassazione) nei confronti del giudicato formatosi in contrasto con il diritto convenzionale così come accertato dalla Corte di Strasburgo.

Si tratta di una fase che percorre sostanzialmente il primo decennio degli anni 2000 che risente molto, sia della ancora incerta sistemazione dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, sia, ovviamente, della assenza di alcuna disciplina orientata a regolare il problema delle conseguenze delle decisioni della Corte Europea sul diritto interno. È la Cassazione che, nella già ricordata vicenda *Somogy*, giunge alla conclusione che l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo può comportare la necessità di incidere sulla intangibilità del giudicato[29]. Ed è ancora la Cassazione a sottolineare che dalle sentenze della Corte EDU discendono diritti ed obblighi che producono effetti nell'ordinamento interno ed è, pertanto "consequenziale riconoscere che il diritto alla rinnovazione del giudizio sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo"[30].

Tuttavia, se da una parte la tensione tra la violazione convenzionale accertata e la decisione interna adottata dal giudice di merito è palpabile, i rimedi adottati, con i quali la Suprema corte aveva cercato di assecondare le esigenze di adeguamento al diritto convenzionale forzando, in qualche misura il diritto interno, si erano rivelati insufficienti[31] e forse avevano ancor più posto in evidenza l'assenza di una vera e propria disciplina di coordinamento.

Ed infatti, per un verso uno dei tre strumenti utilizzati (quello del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all'art. 625 bis c.p.p.[32]) si

[29] Così, Cass. Pen. Sez. I, sent. 12 luglio – 3 ottobre 2006, n. 32678, che costituisce il seguito "interno" della decisione *Somogy c. Italia.*

[30] Cass. Pen. Sez. I, 25 gennaio 2007, n. 2800 (caso *Dorigo*). In ordine alla posizione della Cassazione affiorata ripetutamente in questo periodo si vedano le riflessioni di G. Grasso – F. Giuffrida, *op. cit*., p. 8, i quali sottolineano come la Corte si sia «assunta la "responsabilità" – nelle more di un auspicabile intervento legislativo – di garantire una, seppur parziale, conformità agli obblighi discendenti dal sistema giuridico del Consiglio d'Europa. In effetti, l'attenzione della Corte Suprema alla tutela dei diritti umani, e alla loro "giustiziabilità" in via pretoria pur in presenza di un giudicato, è assolutamente pregevole e dimostra una spiccata, moderna, sensibilità nei confronti di istanze che diventano sempre più pressanti e centrali nel nostro ordinamento». Sulle decisioni più rilevanti di questo periodo v. il saggio di M.E. Bartoloni, *L'efficacia interna delle sentenze della Corte EDU per il giudice italiano: in margine alle sentenze Somogy e Dorigo*, in Bin-Brunelli-Pugiotto- Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2006, p. 36.

[31] Sul punto v. le notazioni di G. Sorrenti, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 28 gennaio 2015, p. 7.

[32] V. la sent. della Cass. Pen., Sez VI dell'11 dicembre 2008, n. 45807 (caso *Drassich*) ; sul

era rivelato di modesta portata per via della possibilità di rimediare alle sole violazioni realizzate in sede di giudizio di Cassazione, così come di circoscritto rilievo si era rivelato lo strumento della rimessione in termini ex art. 175, c. 2, c.p.p[33]. per via della sua applicabilità limitata ai vizi del processo in contumacia. Infine, largamente insoddisfacente si era rivelato lo strumento dell'incidente di esecuzione per via del congelamento del giudicato al quale non segue la sua eliminazione bensì la collocazione in una sorta di "limbo processuale" che non realizza l'effetto della *restitutio in integrum* imposto dalla sentenza europea.

9. Il contributo della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 113 del 2011, la flessione dell'intangibilità del giudicato e l'introduzione della "revisione europea".

Le tre osservazioni che precedono sono in realtà tratte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011 la quale costituisce una sorta di storico punto di svolta. Sbocco, in qualche misura prevedibile, della precedente decisione del 2008[34], ove era contenuto un deciso invito al legislatore perché

punto si veda S. Lonati, *Il caso Drassich: continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.,* 2011, p. 271; M. Caianiello, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen*., 2009, p. 1468.

[33] Va, peraltro ricordato, che l'istituto della rimessione in termini fu introdotto con un intervento normativo d'urgenza mediante il decreto-legge 21 febbraio 2005. N. 17 (poi convertito con la legge n. 60 del 2005) emanato proprio allo scopo di adeguare l'ordinamento alla giurisprudenza delle Corte EDU.

[34] La sentenza n. 129 del 2008 si esprimeva , infatti, in termini molto precisi e sottolineava quanto segue: "La questione di legittimità costituzionale nasce dalla assenza – nel sistema processuale penale – di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione, nel testo modificato ad opera dell'art. 16 del Protocollo n. 14 , ratificato con la legge 15 dicembre 2005, n. 280 (Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali emendante il sistema di controlli della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004). Il Comitato dei Ministri e l'Assemblea del Consiglio d'Europa hanno stigmatizzato – con reiterate risoluzioni, risoluzioni interinali e raccomandazioni, proprio in riferimento alla vicenda del condannato nel giudizio a quo – l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie. Da ultimo, il Comitato dei Ministri – facendo seguito a precedenti "moniti" – ha espressamente deplorato «il fatto che, più di sei anni dopo l'accertamento della violazione in questo caso, le autorità italiane non abbiano adottato alcuna misura per cancellare per quanto possibile le conseguenze della violazione (*restitutio in integrum*) e che non siano state attuate soluzioni alternative, quali la concessione della grazia presidenziale»; ed ha constatato, al tempo stesso, che «la riapertura del procedimento in questione resta lo strumento migliore d'assicurare la *restitutio*

fossero adottate le misure più idonee per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi prontamente alla decisioni della Corte EDU nelle quali era stata riscontrata la violazione nell'ambito di un processo dei principi contenuti nell'art. 6 della CEDU, la sentenza del 2011[35] dichiara l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la revisione del processo quando ciò sia necessario per rispettare una sentenza della Corte EDU che abbia accertato una violazione convenzionale.

La Corte – peraltro sottolineando ulteriormente la perdurante inerzia del legislatore nazionale – vede così, proprio nella possibilità di "*rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria*" l'unico, inevitabile strumento per conformarsi alla decisioni della Corte EDU e, potrebbe dirsi, per evitare quella proliferazione delle decisioni del Giudice della legittimità che nel corso degli anni avevano finito per "*piegare le ragioni del diritto ad esigenze di giustizia sostanziale*"[36]. Con una decisione che qualcuno ha perfino definito "additiva di istituto"[37] la Corte ridefinisce i contorni della

in integrum in questo caso» (Risoluzione interinale ResDH (2005) 85. V., anche, la Risoluzione finale CM/ResDH (2007) 83). Allo stesso modo, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella Risoluzione n. 1516 (2006) – adottata il 2 ottobre 2006, in materia di attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – ha deplorato la circostanza che «in Italia, e, in una certa misura, in Turchia, la legge non prevede ancora la riapertura dei processi penali per i quali la Corte abbia constatato violazioni alla CEDU e questi due Stati non hanno adottato altre misure per ripristinare il diritto dei ricorrenti ad un equo processo malgrado le domande pressanti e ripetute del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea (tra numerosi altri casi Dorigo c. Italia e Hulki Gunes c. Turchia)»". Su questa decisione si vedano i commenti di V. Sciarabba, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e… legislatore?*, in *Forum Costituzionale*, 2008; C. Ciuffetti, *Prime osservazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 129 del 2008*, in *Federalismi. it*, 2008; G. Campanelli, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte EDU: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in *Consultaonline*, 2008.

[35] Sulla quale si vedano i commenti di T. Guarnier, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in *Consulta OnLine*, 2011; R. Greco, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in *Consulta OnLine*; G. Canzio, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R. E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*; A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, tutti in *Riv. AIC,* n. 2 del 2011; G. Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 542 ss.; C. Musio, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3321 ss.

[36] In questi termini G. Canzio, *op. cit*., p. 5

[37] La definizione è di M. Gialuz, *Una "sentenza additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea",* in *Cass. Pen*, 2011, p. 3308.

revisione disciplinata dal vigente codice o, forse più correttamente, crea un istituto solo limitatamente riconducibile alla revisione esistente.

Se è vero, infatti, che l'istituto della revisione disciplinato dal codice di p.p. tende a ricomporre la frattura tra verità storica e verità processuale, la "revisione europea" (formula con la quale, in dottrina, è stata poi costantemente identificata) introdotta dalla sentenza costituzionale serve, invece, a rimediare ad un processo per come effettivamente celebrato rispetto a quello che avrebbe dovuto essere celebrato se si fosse tenuto conto dei principi della Convenzione[38].

È la stessa sentenza, d'altra parte, a mettere sull'avviso in ordine alle conseguenze che essa produrrà nell'ordinamento e, in fondo, a prefigurare gli sviluppi di una ulteriore giurisprudenza pretoria destinata ad implementare la figura ed i suoi possibili effetti sul giudicato. La Corte precisa, invero, che spetterà "*ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a disposizione*" ed a sottolineare come i giudici dovranno poi "*procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione*"[39]. Ed al tempo stesso quella sentenza rinnova, di fatto, un invito al legislatore - che in realtà è fino ad oggi rimasto inascoltato - per procedere a quella riformulazione della norma codicistica (l'art. 630 c.p.p.) *per essentialia* che, quanto meno, avrebbe dovuto attribuire una ragionevole "delega al bilanciamento" a favore dei giudici, secondo quanto auspicato in dottrina[40].

[38] In questo senso G.Grasso-F.Giuffrida, *op. cit*., p. 12

[39] Sulle conseguenze che la decisione avrebbe dovuto produrre nell'ordinamento, specie in ordine agli interventi del legislatore v., di recente, M. T. Stile, *La responsabilità dello Stato-giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Napoli, 2016, p. 141 ss.

[40] La posizione richiamata è quella di A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani…ovverosia quando la* certezza del diritto *è obbligata a cedere alla* certezza dei diritti, in *Riv. AIC*, n. 2 del 2011, p. 19, il quale a proposito delle conseguenze determinate dalla decisione della Corte costituzionale sottolinea come essa implichi che "tutto quanto comporta un regresso di tutela conseguito davanti alla Corte europea non può trovare spazio né nella futura disciplina legislativa della materia né nelle misure comminate dai giudici" e, pertanto, "viene naturale pensare ad un intervento del legislatore di necessità articolato, che rifugga da soluzioni trancianti ed eccessivamente semplificanti; e, poiché appare essere di tutta evidenza disagevole prefigurare una disciplina che in modo unico e in estremo dettaglio possa rivelarsi buona per ogni caso, è consigliabile, a mia opinione, far luogo ad una riformulazione *per essentialia* del dettato codicistico (ove ritenuto opportuno, integrativa dello stesso art. 630), che quindi operi una sorta di "delega" al bilanciamento in concreto a favore dei giudici, secondo quanto peraltro assai di frequente si ha nei campi più varî di esperienza. In tal modo si preserverebbe l'equilibrio che, per sistema, deve intrattenersi tra gli organi della produzione e quelli dell'applicazione, grazie ad una calibrata spartizione dei compiti e alla sostanziale, efficace cooperazione che in occasione del loro esercizio può (e deve) aversi in vista del conseguimento dell'obiettivo della migliore tutela dei diritti"

10. I problemi irrisolti dall'intervento della Corte costituzionale: a) i rapporti tra sentenze della Corte EDU e i giudicati interni su norme penali sostanziali; b) il problema dei c.d. "fratelli minori"

D'altra parte quella decisione, pur giungendo ad un risultato che almeno su di un punto segna, direi irrevocabilmente, una frattura sulla assoluta intangibilità del giudicato, lascia al tempo stesso aperti una serie di problemi ulteriori sul rapporto tra giudicato e decisioni della Corte di Strasburgo.

In primo luogo affiora il problema del rapporto tra sentenza della Corte europea e l'accertamento di una violazione che non investa le norme processuali bensì il diritto penale sostanziale, ipotesi rispetto alla quale si giustifica (o si impone), forse, ancor più la riapertura del processo. Certo, in questa ipotesi, il problema può essere risolto in larga misura incidendo con i rimedi attualmente previsti sul piano dell'esecuzione della pena, a condizione, ovviamente che la pena non sia stata già integralmente espiata, ma in alcuni casi si impone inevitabilmente il ricorso alla revisione del processo, affidando così al giudice un potere che per forza di cose deve essere ricostruito caso per caso[41].

In secondo luogo si prospetta il tema degli effetti che una sentenza della Corte EDU, accertativa di una violazione convenzionale, può produrre in capo a quei soggetti che pur non avendo azionato il ricorso alla Corte di Strasburgo si trovano in una situazione sostanziale coincidente, hanno cioè subito una violazione di fatto identica a quella dichiarata nella sentenza della Corte europea.

Si è parlato al riguardo di "*fratelli minori*"[42], la cui posizione deve essere distinta a seconda che si prospetti una violazione di norme processuali ovvero di norme del diritto penale sostanziale, specie quando quest'ultimo tipo

[41] Si soffermano con particolare attenzione su questo punto G. Grasso – F. Giuffrida, *op. cit*., p. 20 ss. i quali rilevano che la questione della possibile incidenza sui giudicati interni ad opera di sentenze di condanna della Corte EDU si pone anche con riferimento al diritto penale sostanziale e, in particolare, discende dalle possibili accertata violazioni dell'art. 7 CEDU il quale, sebbene sembri riferirsi (stando al tenore letterale della rubrica che parla solo di "*nulla poena sine lege*") alla sola irretroattività della legge penale è stato inteso dalla Corte di Strasburgo come una disposizione che racchiude in sé anche principi come quello della determinatezza , accessibilità e prevedibilità della legge penale. Una poliedricità del principio che – si aggiunge – per lungo tempo non è stata intesa dalla Corte europea come necessariamente implicante il principio della *lex mitior* fin quando non è intervenuta la nota sentenza della Corte EDU del 17 settembre 2009 (caso *Scoppola c. Italia*) la quale, invece, riconosce il principio della necessaria retroattività della legge meno severa.

[42] Sul punto si veda, tra gli altri, F. Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. contemp*., 10 aprile 2012; Id., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. Pen. contemp*., I, 2014, p. 258

di violazione ha assunto un carattere, per così dire ciclico, è cioè riferita ad una interpretazione della disciplina sostanziale che si è costantemente e ripetutamente prodotta nella giurisprudenza interna. Nel primo caso, non solo la sentenza costituzionale del 2011 si cura di sottolineare come i suoi effetti possano prodursi solo nei confronti del ricorrente vittorioso in sede europea, ma è, in fondo, la stessa natura della violazione processuale, ad essere, per così dire, modellata sul singolo processo e non estensibile (se non con una inammissibile forzatura analogica) a diverse situazioni processuali.

La questione si pone in termini diversi per le violazioni di natura sostanziale. Qui l'atteggiamento della giurisprudenza immediatamente successivo alla decisione sul caso Scoppola, sembrò orientarsi verso una soluzione decisamente restrittiva[43] che, muovendo dalla duplice circostanza della diversità della vicenda (rispetto a quella del caso Scoppola) e del mancato esperimento di un tempestivo ricorso a Strasburgo, negava la possibilità di un intervento modificativo della pena in sede esecutiva. D'altra parte una posizione simile emergeva anche dalla appendice alla "Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa"[44] adottata proprio nel 2011 a seguito della vicenda Scoppola in cui le rassicuranti affermazioni delle autorità italiane in ordine alla possibilità di ottenere soddisfazione in sede esecutiva si fondavano, in realtà, sull'ambigua affermazione della possibilità di ricorrere ad un simile rimedio dinanzi a situazioni sostanzialmente coincidenti, se non addirittura, di fatto identiche a quelle oggetto della decisione Scoppola. Ambiguità che risiede proprio nella circostanza della difficile (se non impossibile) totale sovrapposizione e coincidenza delle situazioni sostanziali definite in giudi-

[43] Oggetto di aspre critiche in dottrina: cfr. sul punto F. Viganò, *op. cit*., p. 10, il quale, per un verso, osserva che « l'importanza delle sentenze della Corte EDU sta, pertanto, proprio nel loro ruolo di precedenti in grado di orientare la futura attività interpretativa: della Corte medesima ma, soprattutto, dei giudici nazionali, chiamati a interpretare il diritto interno in maniera conforme agli standard convenzionali o, se del caso, a dare diretta applicazione della Convenzione e/o a invalidare le scelte del legislatore nazionale, tramite le procedure appropriate previste in ciascun ordinamento, in ragione del loro contrasto con la Convenzione» e, per altro verso sottolinea come «leggere la sentenza Scoppola come se fosse il frutto di una valutazione sulla complessiva equità della singola vicenda processuale del ricorrente significa, allora, fraintendere completamente il significato di quella sentenza nell'ottica della Corte europea, la cui rilevanza nel case law della Corte risiede proprio nella sua natura di leading case rispetto all'affermazione del principio di diritto secondo cui "*l'article 7 § 1de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'unjugement* définitif *sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu*" (§ 109 della motivazione)»

[44] Resolution CM/ResDH(2011)66. Execution of the judgment of the European Court of Human Rigths Scoppola against Italy, adottata dal Consiglio dei Ministri d'Europa l'8 giugno 2011.

zi diversi. È allora in questa prospettiva che matura la prospettazione della questione di costituzionalità ad opera delle S.S.U.U. della Cassazione[45] le quali, poste di fronte al quesito concernente la possibilità di modifica di un giudicato per applicare la legge più mite, decisero di non risolvere in via interpretativa la questione bensì di prospettare l'incidente di costituzionalità, con la conseguenza che la questione ha poi finito per trovare un chiarimento, non privo peraltro di risvolti problematici, in un ulteriore intervento della Corte costituzionale.

11. La sentenza 210 del 2013: il valore del giudicato e il suo bilanciamento con opposti valori

Mi riferisco alla sentenza 210 del 2013[46] che costituisce, per l'appunto, la ricaduta interna della nota decisione della Corte EDU sul caso *Scoppola*. Qui la Corte sottolinea che mentre la vicenda Scoppola ha poi trovato esecuzione ad opera della Cassazione che, per conformarsi alla Corte EDU, ha utilizzato il rimedio ex art. 625 bis c.p.p.(ricorso straordinario per errore materiale o di fatto), ha in altri termini utilizzato, sia pure con una interpretazione estensiva, uno strumento che incideva direttamente sulla pena, rispetto ad altri soggetti (il ricorrente nel processo *a quo*) il rimedio non era estensibile e l'unica possibilità consentita era quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme interne ritenute in contrasto con la CEDU (in particolare con l'art. 7). La Corte non manca di rilevare che a ciò si è pervenuti in primo luogo in conseguenza dell'inerzia del legislatore che non si è dato carico di rimuovere le disposizioni interne convenzionalmente illegittime (e conseguentemente incostituzionali per violazione dell'art. 117 Cost.) e sottolinea al tempo stesso come al valore della libertà personale (direttamente inciso dalle norme che vengono dichiarate incostituzionali) debba darsi un rilievo preminente dinanzi al quale anche il valore del giudicato diviene recessivo. È vero – si dice - che il "*valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici*", non è estraneo alla stessa Convenzione europea che, proprio nella sentenza Scoppola, lo ha richiamato, ma al tempo stesso non

[45] Cass. Pen. Sez. Unite, Sentenza n. 34472 del 10 settembre 2012

[46] Sulla quale si vedano i commenti di G. Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla* lex mitior *sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir.pen. contemp*., 2013, ; D. A. Ambroselli, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della l*ex mitior*: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte Costituzionale*, in *Dir. fondament*., n. 1 2014; E. Lamarque - F.Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. contemp*., 2014; E. Lamarque, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale*, in *Costituzionalismo.it.,* n. 2 del 2015.

può negarsi che rispetto al "*valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale*"[47].

Insomma se, per un verso, la Corte, forse per la prima volta, riconosce che l'istituto del giudicato può ritenersi espressione di un valore di rango costituzionale, al tempo stesso ne ribadisce – in linea con la decisione del 2011 – la sua, si direbbe, naturale "flessibilità", la sua idoneità a cedere quando entrino in gioco diritti fondamentali, specie se quei diritti sono, al tempo stesso, espressione di valori costituzionali e diretta conseguenza del sistema dei diritti di natura convenzionale che dei primi arricchiscono il contento.

Ma questa flessibilità non è, per così dire, automatica e dipende strettamente dall'adempimento agli obblighi di conformazione che gravano sullo Stato il quale, in primo luogo, dovrebbe provvedere attraverso l'adozione di misure legislative. Se ciò non avviene è chiaro che la questione deve trovare soluzione per altra strada e implica inevitabilmente un ruolo attivo affidato per intero al sistema giurisdizionale.

In altri termini, ed in particolare in riferimento ad una norma penale sostanziale, si apre la possibilità per i soggetti che hanno subìto una condanna con sentenza passata in giudicato sulla base di una disposizione di legge che risulti in contrasto con il diritto convenzionale, così come accertato dalla Corte EDU, di ricorrere nell'ambito dell'esecuzione penale alla eventuale instaurazione di una questione di costituzionalità che consenta di superare gli effetti del giudicato[48].

Tuttavia gli effetti della decisione del 2013 devono essere esattamente individuati per comprendere fino in fondo i limiti (rigorosi) entro i quali si muove in questo caso la flessibilità della cosa giudicata. Ed è una precisazione questa che giunge, in particolare, con la successiva sentenza 57 del 2016 con la quale la Corte dichiara inammissibile una questione concernente la disciplina del rito abbreviato (introdotta con il D.L. n. 82 del 2000, poi convertito

[47] La Corte sottolinea (§ 7.3 del considerato in diritto) «che, in linea di principio, l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla CEDU, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Quest'ultimo, difatti, conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui *sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato* (corsivo nostro). Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo»

[48] Sul punto osserva C. Padula, *La Corte EDU*.., cit., p. 179, come la sentenza 210/13 "avalla l'impostazione della Cassazione, introducendo una deroga all'irrilevanza della questione di costituzionalità sollevata in sede di esecuzione con riferimento ad una norma applicata nel giudizio di cognizione, qualora sia necessario conformarsi ad una sentenza della Corte EDU in materia sostanziale, in fattispecie che non richieda l'apertura del processo"

con la legge n. 144 del 2000) sollevata con riferimento sia al principio di eguaglianza, sia, soprattutto, in relazione alla invocata illegittimità convenzionale e dunque al contrasto con l'art. 117, 1° c., Cost.. Qui la Corte chiarisce che la possibilità di incidere sul titolo esecutivo per modificare la pena quando questa sia stata riconosciuta illegittima convenzionalmente richiede la assoluta identità di situazione con la questione decisa dalla Corte EDU dal momento che "*ogni diversa ipotesi verrebbe ad esorbitare dai limiti propri del processo esecutivo*". In altri termini, dal momento che nell'ambito dell'esecuzione della sentenza *Scoppola* l'imputato aveva chiesto il rito abbreviato nella vigenza del vecchio art. 442 cod. proc. pen., mentre nella vicenda oggetto della sentenza del 2016 l'imputato aveva fatto ricorso alla richiesta del medesimo rito abbreviato nella vigenza della nuova e meno favorevole disciplina, la diversità, sul punto, della fattispecie del giudizio *a quo* rende palese – sottolinea la Corte – "*che la disciplina contestata dal rimettente non pone alcun dubbio di compatibilità con la CEDU, perché non concerne un caso come quello che aveva formato oggetto della sentenza Scoppola*"[49]. Una precisazione, insomma, che per un verso, mette in evidenza la cautela con la quale si possono ritenere superabili i limiti della possibile incidenza sul giudicato nella fase esecutiva e, per altro verso, indica nel preventivo esperimento del ricorso alla Corte EDU la via maestra per ottenere, ove effettivamente sussistente, l'accertamento della contrarietà della norma sostanziale interna ai principi affermati nella Convenzione.

12. Il rapporto tra sentenze della Corte EDU e il giudicato civile o amministrativo

In terzo luogo si prospetta il tema del rapporto tra il giudicato ed i processi diversi da quello penale, ossia il processo civile ed il processo amministrativo, un tema che, come dimostra l'esperienza, assume un profilo meno rilevante, sotto l'aspetto quantitativo, ma che per le peculiarità che presenta merita una sia pur sintetica riflessione.

È evidente che sono i diritti coinvolti nel processo penale ad entrare in più frequente e diretto contatto con il catalogo dei diritti della Convenzione e che il tema della cedevolezza del giudicato penale si è posto con maggiore frequenza rispetto alla sentenze della Corte EDU, intersecandosi, peraltro, in un rapporto se non di mutua implicazione, quanto meno di indiretto condizionamento, con tematiche discendenti da esigenze di diritto costituzionale interno, che spaziano (tanto per fare un esempio) dal problema di condanne definitive successive all'abrogazione di norme incriminatrici, alla legalità della pena, alle sue finalità rieducative.

[49] Così, Corte cost., n. 57/2016 al § 7 del considerato in diritto

Tuttavia l'incidenza delle pronunzie della Corte EDU in processi diversi da quello penale presenta un profilo non secondario, sia perché si intreccia più direttamente con la questione del rapporto fra giudicato e pronunzie della Corte di Giustizia dell'Unione[50] (che proprio sul terreno diverso dal processo penale – come di qui a tra poco si vedrà – ha trovato il suo più consistente sviluppo), sia perché nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha fin qui disegnato i tratti più rilevanti del processo di flessibilizzazione del giudicato è una decisione nella quale entra in gioco proprio il processo civile ad aver vergato l'ultima, sia pur provvisoria, pagina in materia.

Non può negarsi che il giudicato civile, per sua natura, sia meno suscettibile di confliggere con una pronunzia della Corte EDU (così come, in fondo, resiste al sopravvenire di una dichiarazione di illegittimità costituzionale) per una pluralità di ragioni tra le quali spicca certamente quella di una più facile e diretta via di ottenere, in ipotesi, quella *restitutio in integrum* prevista dalla norma convenzionale, per il tramite dello strumento risarcitorio.

Ma forse la ragione più consistente risiede nella circostanza che il processo civile è una contesa intorno a diritti in cui sono presenti almeno due parti, mentre il ricorso alla Corte di Strasburgo è un ricorso individuale in cui si lamenta una violazione da parte dello Stato di un diritto convenzionale con la conseguenza che per potersi, in ipotesi, configurare una sentenza che possa rivestire una qualche incidenza sul giudicato interno, al processo convenzionale dovrebbero poter partecipare le stesse parti sulle quali incide la sentenza coperta dall'efficacia della *res iudicata*.

Si tratta di una ipotesi possibile (il ricorrente può chiedere di coinvolgere nel processo a Strasburgo l'altra parte ma vi deve essere autorizzato dal presidente della Corte EDU) ma, di fatto, non solo rara quanto piuttosto inutile perché questa presenza, ritenuta non processualmente necessaria, rende comunque quel processo "strutturalmente asimmetrico"[51] con la conseguenza che la sentenza emanata, se destinata ad incidere sulle altre posizioni coperte dal giudicato interno, si profila come incidente sul principio supremo di difesa e dunque anch'essa strutturalmente inidonea a poter in qualche misura piegare il giudicato.

D'altra parte, almeno fino ad oggi, un problema di rapporto con il giudicato civile si è posto in maniera assai limitata e forse quasi irrilevante, circoscritta all'ipotesi di un sostanziale aggiramento del giudicato in ragione di

[50] Una accurata analisi delle vicende del giudicato svolta in parallelo tra le due "Corti europee" e prevalentemente nella prospettiva dei giudicati civile e amministrativo si rinviene in U. Corea, *Il giudicato come limite alle sentenze della Corte costituzionale e delle Corti europee*, in *Judicium,* 2017, n. 1 p. 37 ss.

[51] Così F. Corvaja, *op. cit*., p. 130, il quale sottolinea poi come «l'argomento del diritto di difesa della controparte nel processo interno ha probabilmente il peso di un controlimite, essendo difficile pensare che una decisione resa in un procedimento in cui tale parte non ha potuto partecipare possa togliere effetti ad una sentenza ad essa favorevole»

quanto stabilito dalla Corte EDU in tema di equa riparazione (caso *Dangeville* peraltro riferito all'effetto retroattivo di una norma comunitaria più favorevole in tema di protezione della proprietà privata rispetto ad atti di imposizione tributaria IVA).

In ogni caso ove si configurasse un problema di questo genere, in maniera ancora più incisiva che nel processo penale (dove come si è visto la flessibilità del giudicato può essere assicurata in sede di esecuzione della pena) si porrebbe un problema di confronto con i mezzi di impugnazione straordinaria – e, segnatamente, con l'istituto della revocazione – che ovviamente costituiscono una barriera, allo stato, invalicabile a protezione di un giudicato in ipotesi compromesso o comunque inciso da una sentenza della Corte europea[52].

13. Giudicato della Corte EDU, giudicato amministrativo e "revocazione": la sentenza 123 del 2017 della Corte costituzionale

In realtà il problema dell'attuale assetto dell'istituto della revocazione si è posto concretamente in relazione al processo amministrativo rispetto al quale il tema del rapporto tra giudicato e sentenze di Strasburgo si prospetta in termini parzialmente diversi.

La sentenza europea può infatti produrre effetti che possono svilupparsi sia sul piano della riedizione del potere amministrativo, sia su quello dell'esercizio di poteri di autotutela assicurando, così, per questa strada l'adeguamento dell'ordinamento al *dictum* della Corte EDU.

Diverso è il caso di un accertamento, nell'ambito di un processo amministrativo, della violazione, ad opera della Corte EDU del diritto di alcuni ricorrenti "all'accesso ad un Tribunale" (ex art. 6 della CEDU) ed al "rispetto dei propri beni" (art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU) che sta alla base delle sentenze *Mottola* e *Staibano* le quali, a loro volta, costituiscono il presupposto in forza del quale la Corte costituzionale italiana è stata investita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della questione poi risolta con la recente sentenza n. 123 del 2017.

In questo caso l'Adunanza plenaria lamentava proprio l'assenza di una previsione di un caso specifico di revocazione per il processo amministrativo (ma anche, in via indiretta, per il processo civile, dal momento che il codice del processo amministrativo richiama integralmente la disciplina processualcivilistica della revocazione contenuta negli artt. 395 e 396 del c.p.c.)

[52] V. in argomento le osservazioni di C. Padula, *op. cit*., p. 173 il quale osserva che il «superamento del giudicato potrebbe venir meno qualora esso non abbia tutelatogli interessi di un terzo: si pensi ad una sentenza che abbia inciso sulla capacità di agire, sulla capacità elettorale, sui rapporti di un minore con i propri genitori, alle procedure fallimentari, alle procedure di espulsione. Se la Corte EDU accerta che tali giudizi hanno violato la CEDU, pare che l'art. 46 CEDU imponga la riapertura del giudizio civile (e, in mancanza dello strumento idoneo, l'instaurazione della questione di costituzionalità, sulla falsariga della vicenda "Dorigo"»

che consentisse quella riapertura del processo necessaria per operare quella conformazione alle sentenze della Corte EDU imposta dalla Convenzione.

È evidente che, nel prospettare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, 1°c. (ma, in realtà, anche degli artt. 24 e 111 Cost., profilo che la Corte poi riterrà inammissibile per la genericità del riferimento a questi due parametri) il Giudice amministrativo si muoveva in una logica simmetrica a quella che aveva condotto la Corte ad accogliere la questione nel 2011 pervenendo – come si è visto - a quella "addizione" dalla quale è scaturita, nell'ambito del processo penale, l'introduzione della "*revisione europea*". In altri termini, si auspicava che il Giudice delle leggi, così come aveva ritenuto costituzionalmente doverosa l'apertura del mezzo di impugnazione straordinario nell'ambito del processo penale di fronte a violazioni convenzionali dell'equo processo, allo stesso modo avrebbe dovuto ritenere costituzionalmente doverosa la medesima riapertura, mediante la simmetrica introduzione di una forma di "*revocazione europea*" idonea ad incidere su giudicati formati in virtù di una accertata violazione del diritto convenzionale.

Ma la risposta della Corte è qui di segno opposto[53].

La Corte, in primo luogo, muovendosi per questo aspetto in linea di continuità con la decisione 210/13, separa nettamente la posizione dei ricorrenti nel giudizio *a quo* che hanno vittoriosamente adito la Corte di Strasburgo rispetto a quelli che non hanno attivato il rimedio convenzionale ma si trovano nella medesima situazione sostanziale, sottolineando la "*radicale differenza di posizione*" e, di conseguenza, la impossibilità, per i secondi, che si possa concepire una incisione sul giudicato già formato. Gioca, verosimilmente, in questa direzione una attenzione particolare per i soggetti terzi, per i controinteressati, che potrebbero avere un interesse opposto al mantenimento del giudicato, nonché una indubbia attenzione per le garanzie difensive interne al processo dinanzi ai giudici di Strasburgo, al quale solo i ricorrenti in quella sede hanno partecipato.

Ma, se per questa parte la decisione non sorprende più di tanto è, invece, la posizione assunta sulla questione di fondo, ossia sulla doverosità costituzionale di un obbligo di riapertura del processo amministrativo per assicurare la *restitutio in integrum* imposta dai principi della Convenzione, che la soluzione accolta desta più di una perplessità.

Un primo aspetto riguarda la radicale differenziazione tra processo penale ed altri processi (civile e amministrativo) che la Corte sottolinea con un

[53] Sulla decisione in questione si vedano le riflessioni di A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)* in *Consulta online*, 2017, III, p. 460 ss., e di F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi. it*., 13/2017; G.V.A. Petralia, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle Corte europee*, in *Riv. AIC*, n. 4 del 2017.

certo vigore. In realtà se questa osservazione può essere in qualche misura accolta quando le violazioni della CEDU si riferiscono al diritto penale sostanziale, più difficile è riconoscerla in relazione alle violazioni ex art. 6 della Convenzione dal momento che le norme sull'equo processo in alcun modo differenziano i tipi di processo e dunque sono destinate ad essere rispettate integralmente all'interno di qualunque vicenda processuale. Del resto, si è correttamente osservato[54] che la tendenza dei giudici di Strasburgo si muove nel solco di una generale valorizzazione delle norme della Convenzione in tutti i settori del diritto processuale interno degli Stati aderenti.

Un secondo profilo critico risiede nella circostanza che la Corte giunge alla conclusione di ritenere, in qualche misura, variabile l'obbligo di conformazione al giudicato europeo quasi che al singolo Stato fosse rimessa la possibilità di scelta tra equa riparazione e *restitutio in integrum* anche quando quest'ultima misura si riveli l'unica idonea a garantire l'osservanza degli obblighi convenzionali. Si tratta di una lettura forzata delle disposizioni convenzionali, funzionale, verosimilmente, a pervenire al rigetto della questione, un rigetto tanto più inatteso – e, per molti versi, contraddittorio – sol che si consideri che nel corpo della motivazione si sottolinea, a più riprese, ora "l'*importanza della riapertura del processo o del riesame del caso per la effettività del sistema convenzionale, in presenza di violazioni processuali*", ora la circostanza che "*la riapertura del processo o il riesame del caso rappresentano, in linea di principio, il mezzo più appropriato per operare la restitutio in integrum*".

Un terzo aspetto discutibile risiede poi nell'aver portato, in guisa di esempio, il fatto che le sentenze della Corte EDU abbiano indicato l'obbligatorietà della misura della riapertura del processo solo nei confronti di Stati nei cui ordinamenti (quali ad esempio l'ordinamento tedesco) siano state adottate specifiche forme di revisione in relazione all'adempimento degli obblighi convenzionali che richiedevano la *restitutio*. Circostanza, quest'ultima, smentita in punto di fatto da una pluralità di decisioni rivolte anche nei confronti di Stati privi di idonei e specifici strumenti atti a riaprire i giudicati.

Ma forse, il profilo, maggiormente critico risiede nell'ultima parte della decisione, ove si auspica, quale rimedio quello della "*sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi",* dalla quale – si sostiene – dovrebbe derivare un più facile recepimento degli auspici ad apprestare idonee misure legislative, atte a incidere sui giudicati, ripetutamente rivolte dalla Corte EDU. Una sorta di rinvio, per così dire, al "mittente" dei problemi interni, peraltro di difficile (se non di impossibile) accoglimento sol che si tenga conto della enorme difficoltà che incontrerebbe una eventuale modifica della Convenzione.

Nessun segnale in una diversa direzione può, peraltro, cogliersi in due più recenti interventi del Giudice delle leggi.

[54] Sul punto v. R. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU e i processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta on line*, *Studi*, 2017, II, p. 333 ss.

Mi riferisco in primo luogo alla ordinanza n. 19 del 2018 con la quale la Corte risolve nel senso della inammissibilità una questione sostanzialmente coincidente con quella che era stata oggetto della pronunzia del 2017[55].

Qui la inammissibilità è frutto di una rigorosa applicazione del principio secondo cui la "*non manifesta infondatezza*" deve essere motivata puntualmente e non può desumersi dal richiamo anche integrale ad una precedente ordinanza con la quale la questione era stata già sollevata[56], anche se, come si è esattamente osservato[57], la Corte avrebbe forse potuto procedere ad una preventiva riunione dei due giudizi (e deciderli pertanto con la sentenza 213 del 2017) considerato che l'ordinanza di rimessione del giudizio poi concluso con l'ordinanza 19/2018 risaliva al novembre 2016.

Ma è la più recente decisione riferita alle disposizioni del processo civile[58] (in particolare agli artt. 395 e 396 del c.p.c.) ed alla loro invocata incompatibilità con le esigenze che discendono dalle decisioni definitive della Corte EDU a lasciare attualmente poco spazio per una apertura verso la introduzione, in forza di una sentenza costituzionale, della "revocazione civile europea". Qui la Corte, ricordando come nei precedenti interventi fosse stato indicato quale rimedio sia un intervento legislativo, di fatto rimasto inascoltato, sia un sistematico coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale, pone invero l'accento proprio sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare si sofferma sulla circostanza che, nella sede del giudizio convenzionale, sia stata sottolineata la netta differenza tra processi penali e civili e la conseguente imprescindibile necessità per questi ultimi di assicurare e tutelare la posizione dei terzi[59] e sia stata, altresì, posta in evidenza l'affermazione secondo cui "la riapertura dei processi interni, finanche penali, a seguito di sopravvenute sentenze della Corte EDU di accertamento della violazione di diritti convenzionali, non è un diritto assicurato dalla Convenzione"[60]

La questione del giudicato amministrativo (e di quello civile) e del rapporto con le pronunzie di Strasburgo rimane, dunque, sostanzialmente irrisolta

[55] Una coincidenza forse non assoluta considerato che proprio la parte costituita nel giudizio costituzionale aveva sottolineato, quale elemento di differenziazione rispetto alla questione poi risolta con la decisione 123/17, la circostanza che nella vicenda oggetto del processo principale non esistevano controinteressati e non si sarebbe, dunque, concretamente posto alcun problema di violazione dei diritti dei terzi nel caso della revocazione della precedente decisione del giudice amministrativo.

[56] Un richiamo severo quello che la Corte rivolge al Consiglio di Stato ricordando come il carattere autosufficiente dell'ordinanza di rimessione imponga al giudice *a quo* di rendere espliciti i motivi della non manifesta infondatezza non potendoli desumere – secondo consolidata giurisprudenza – da altre ordinanze di rimessione emanate nello stesso o in altri giudizi.

[57] Sul punto v. A. Randazzo, *op. cit*., p. 473

[58] Corte cost., sentenza n. 93 del 2018

[59] La Corte richiama, in particolare, la sentenza della Grande Camera della Corte EDU dell'11 luglio 2017 relativa al caso *Moreira Ferreira* contro *Portogallo*

[60] Così Corte cost., n. 93/2018, punto 5 del "considerato in diritto"

anche se non sembra del tutto improprio cogliere nelle notazioni conclusive della sentenza 93 del 2018 la volontà di lasciare socchiusa la porta verso uno di quei possibili ripensamenti non infrequenti nella giurisprudenza costituzionale al cospetto di soluzioni esasperatamente rigide. Infatti la Corte, per un verso giustifica il rigetto della questione in relazione al parametro interposto dell'art. 117, primo comma, Cost. facendolo discendere dall'assenza di nuove letture ad opera della Corte di Strasburgo delle esigenze di esecuzione contenute nell'art. 46, par.1, della CEDU e, pertanto, lascia la strada aperta ad un diverso atteggiamento ove sul piano dell'interpretazione della Convenzione si presentassero delle novità. Per altro verso non sembra escludere che, almeno limitatamente alla delicata questione coinvolta nel giudizio *a quo* (diritti dei minorenni) l'invocazione di un diverso parametro costituzionale possa condurre ad una diversa soluzione, né tano meno, sembra escludere che una diversa soluzione possa trovarsi non solo (ovviamente) sul piano legislativo ma muovendosi perfino sul piano meramente interpretativo.

14. Il rapporto tra giudicato interno e decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione: l'autonomia processuale degli Stati membri ed il suo limite nei principi di effettività ed equivalenza del diritto eurounitario

La possibile compressione o flessione del giudicato interno si configura in termini forse ancor più problematici, o quanto meno si trova oggi in una posizione di più incerta definizione dei contorni, se si guarda al rapporto con le pronunzie della Corte di Giustizia dell'Unione[61].

Se la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto interno è il tratto caratteristico dei rapporti che si sono instaurati con la limitazione della sovranità, il suo risvolto sul piano del sistema processuale interno è rappresentato certamente dal vincolo che la pronuncia interpretativa, resa a seguito del rinvio pregiudiziale, esercita nei confronti del processo nazionale dal quale quella pronunzia è scaturita. Ma una volta resa quell'interpretazione, essa si salda

[61] Sul punto v. C. Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali*…., cit., 50 ss., e, in particolare, p. 177 ss., ove si sottolinea a proposito del rapporto tra diritto comunitario e processo civile come ci si trovi di fronte ad "una *case–law* ormai cospicua della Corte di Giustizia, in special modo attenta all'operare dell'istituto del giudicato nella sua accezione di *lex specialis* del rapporto sostanziale, innalzato sì ad essenziale strumento per garantire la certezza del diritto (e così per dare attuazione ad uno dei principi fondamentali del diritto comunitario). Ma che del diritto comunitario potrebbe frustrare gli scopi – *rectius*: l'effetto utile – allorchè, a livello decentrato si cristallizzassero erronee applicazioni delle sue norme all'insegna dell'incontrovertibilità del giudicato"; v. anche, per una ricostruzione del problema alla luce dei principi di diritto processuale europeo, P. Biavati, *Diritto processuale civile europeo*, Milano, 2015, *passim*. Per un più recente sguardo d'insieme cfr. Marconi-Matta-Sandulli, *Primazia del diritto dell'Unione e giudicato interno: relazioni e prospettive* de iure condendo, in www.questionegiustizia.it, 2014, p. 6 ss.

con la disposizione interpretata e diviene essa stessa diritto direttamente applicabile, destinato ad influenzare l'applicazione nei confronti di tutti i destinatari, ivi compresi, ovviamente, gli altri giudici.

È però evidente che un problema di incidenza sul giudicato si configura, non tanto all'interno del processo dal quale il rinvio scaturisce, perché in questo caso si tratterebbe di una violazione della norma eurounitaria (per come interpretata dalla CG) palese, quanto piuttosto in altri e successivi processi, magari instaurati dalle stesse parti proprio al fine di ridurre l'incidenza del giudicato ovvero per contestare l'esistenza di un giudicato contrario all'interpretazione resa dalla Corte e, in ultima analisi, per contestare la formazione di un giudicato "comunitariamente ingiusto".

Su questo tema, per tentare di fissare qualche punto fermo, è inevitabile procedere ad un'analisi casistica dal momento gli interventi della CG sono caratterizzati da soluzioni fortemente calibrate sulla specificità di ogni singola vicenda e non sempre rivelano coerenza di orientamento. Va tuttavia, preliminarmente precisato il presupposto dal quale muove la giurisprudenza della Corte e più in particolare l'atteggiamento che essa ha in generale assunto rispetto ai sistemi processuali interni dei singoli Stati.

Si è osservato in dottrina[62] come la CG abbia sostanzialmente oscillato tra due diverse opzioni teoriche, l'una secondo la quale, in una prospettiva integrazionista si tende a concepire il diritto sostanziale eurounitario e il diritto processuale interno degli Stati come parte di un'unica esperienza, in tal modo attribuendosi ai sistemi processuali il ruolo di garanzia anche nei confronti dello stesso diritto di produzione europea; l'altra, di segno più marcatamente internazionalista, in cui il diritto europeo si impone dall'esterno e esige talvolta che i sistemi processuali interni assecondino le esigenze di attuazione del diritto eurounitario. La convivenza di questi due orientamenti sarebbe allora testimoniata dalla ripetuta affermazione, nella giurisprudenza, del principio di *autonomia processuale dei singoli Stati*, espressione di una logica di tipo integrazionista, con le altrettanto ripetute affermazioni circa l'esigenza che i sistemi processuali assicurino il rispetto rigoroso del princi-

[62] Mi riferisco all'ampio saggi di E. Cannizzaro, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 447 ss. il quale osserva, in apertura, che "nel determinare gli effetti del diritto comunitario sui sistemi processali nazionali, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è ispirata variamente a due concezioni difficilmente conciliabili fra loro. Da un lato, essa ha costantemente affermato il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Secondo tale principio, in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni soggettive comunitarie va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale. D'altro lato, in talune pronunce assai conosciute, la Corte ha ritenuto che la salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario implica la necessità di disapplicare istituti processali nazionali suscettibili di interferire con norme comunitarie e ostacolarne l'effettività"

pio di effettività della tutela e quello del trattamento paritario delle situazioni interne rispetto a quelle europee.

I principi di *effettività* e di *equivalenza* costituiscono dunque limiti nei confronti dei sistemi processuali interni e la loro configurazione risponde, con evidenza, alla concezione dei rapporti in chiave internazionalista.

La questione del giudicato oscilla dunque tra questi due poli, ossia quello dell'autonomia processuale dei singoli Stati, che dovrebbe sempre far prevalere le esigenze di certezza e stabilità che stanno dietro la disciplina nazionale della cosa giudicata, e quello dell'effettività che, al contrario, tende a piegare il giudicato per garantire la concreta realizzazione della tutela posta dal diritto dell'Unione.

15. Il tortuoso percorso giurisprudenziale della Corte di Giustizia

Definite così, sia pure in via di estrema sintesi, le coordinate teoriche intorno alle quali si è sviluppata la tematica del rapporto tra diritto dell'Unione e sistemi processuali, va rilevato in primo luogo che la CG ha ripetutamente teso a valorizzare il principio del giudicato sottolineando come esso rivesta "*una fondamentale importanza sia nell'ordinamento dell'Unione che in quello degli Stati, in quanto garantisce la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici e la buona amministrazione delle giustizia*" e precisando che "*il giudice nazionale, di regola, non è obbligato a disapplicare le norme interne che stabiliscono tale principio anche quando ciò consentirebbe di evitare una violazione del diritto comunitario*"[63].

Ma questa impostazione, apparentemente granitica, e mediante la quale la CG ha elevato il giudicato al rango di principio interno allo stesso diritto eurounitario, ha nel tempo subito significative flessioni, o meglio ha finito per convivere, all'interno delle stesse decisioni della Corte, con una sensibile mitigazione del suo tenore in presenza di specifiche condizioni.

Come punto di partenza del percorso giurisprudenziale può considerarsi la sentenza *Köbler* [64]con la quale si riconosceva la responsabilità risarcitoria dello stato membro in relazione ad una decisione resa da un organo giurisdizionale di ultima istanza.

In questa circostanza il giudicato formatosi non veniva formalmente attaccato bensì più semplicemente aggirato dalla stessa CG mediante una sorta di decapitazione dei vincoli da esso discendenti operata direttamente dalla Corte. In altri termini la Corte ribadisce "*l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata*", ma riconosce che proprio in ragione del suo effetto non più contestabile essa produce un danno ingiusto. Così facendo l'elemento essenziale del giudicato viene a restringersi,

[63] Così CG, 16.03.2006, C- 234/04.

[64] CG, 30 settembre 2003, C-244/01, in Foro it., 2004, 4

un restringimento che costituisce "*il primo passo dell'incidenza sui giudicati nazionali delle pronunce della Corte di Giustizia*"[65] .

Nella di poco successiva decisione *Kühne* & *Heitz* la CG[66], muovendo dall'accertato contrasto tra l'interpretazione accolta dal giudice nel processo originario (nel cui ambito non era stato operato alcun rinvio pregiudiziale) e quella successivamente affermatasi in altra decisione della Corte stessa, essa imponeva all'autorità giudiziaria rimettente il riesame, da parte di un'autorità amministrativa, di una decisione passata in giudicato, sia pure dettando una serie di puntuali (e piuttosto singolari) condizioni.

Condizioni queste che trovano verosimilmente spiegazione nella circostanza che la decisione viene di fatto a configurarsi come una sorta di rimedio di carattere eccezionale a favore di una persona che ha puntualmente invocato in giudizio il diritto dell'Unione, non si è visto sollevare il rinvio pregiudiziale, ed infine ha visto precludersi la possibilità di avvalersi della interpretazione corretta, resa in sede di altro rinvio pregiudiziale, per via della decisione passata in giudicato.

In altri termini, l'espediente delle rigorose condizioni poste dalla Corte, si spiega forse con l'esigenza di assicurare che le norme interne sul giudicato non rendano impossibile la tutela di specifiche posizioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione. Ma forse l'aspetto più rilevante di questa decisione risiede nel ruolo che la CG sembra assegnare al meccanismo del rinvio pregiudiziale, quasi a consideralo una sorta di articolazione del sistema processuale interno e a sottolineare (implicitamente) come i problemi del rapporto con il giudicato derivino in larga misura dal corretto funzionamento di questo istituto.

Una evoluzione ulteriore si è poi avuta con la notissima sentenza *Lucchini* [67]che, pur rivelandosi particolarmente drastica sul tema della inopponibilità della cosa giudicata nei confronti del diritto dell'Unione, va però circoscritta nella sua reale portata in ragione della specificità del caso.

La questione concerneva infatti una sentenza italiana con la quale era stato riconosciuto in via definitiva un credito verso lo Stato italiano a favore dell'impresa Lucchini. Tuttavia il titolo degli importi dovuti era stato contemporaneamente riconosciuto dalla Commissione europea come "aiuto di Stato" e, pertanto, oggetto di specifico divieto da parte del diritto europeo.

Da qui l'inopponibilità della cosa giudicata che si collega prevalentemen-

[65] Così R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., p. 329 .

[66] CG., 13 gennaio 2004, C-2ì453/00.

[67] CG., 18 luglio 2007, C-119/05, in *Riv.dir.proc*., 2008, p. 224. Questa decisione è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Tra le tante riflessioni si possono segnalare P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario,* in *Rass. trib*., 2007, p. 1594; C. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processauli interni e in specie del nostro?,* in *Riv. dir. proc*., 2008, p. 228

te all'esigenza di veder garantita la ripartizione delle competenze in seno all'Unione e, in particolare a tutelare la competenza esclusiva della Commissione a pronunziarsi in materia di aiuti di Stato. Una inopponibilità che, in questo caso, scaturisce da un conflitto assoluto tra l'obbligo dello Stato di erogare i contributi, sancito dal giudicato interno, e l'obbligo dello Stato di ottenere la restituzione dei contributi erogati derivante dall'*anteriore* decisione della Commissione europea e che, in qualche modo, colpisce un uso abusivo del giudicato. In questo senso la sentenza della CG costituisce "*un colpo di ramazza con cui si si libera della sporcizia che nemmeno il giudicato riesce a coprire*"[68].

In altri termini, dalla sentenza in questione non sembra potersi ricavare un principio di portata più generale in virtù del quale ogni decisione coperta dal giudicato che si rivelasse per qualche verso contraria al diritto europeo dovrebbe ritenersi in quanto tale suscettibile di veder compromessi i suoi effetti definitivi[69].

Del resto è la stessa CG, qualche tempo dopo, a circoscrivere, per così dire, gli effetti di quella sentenza quando nella altrettanto nota decisione *Olimpiclub*[70] precisa che la sentenza Lucchini "*non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta*", ossia l'ulteriore riconoscimento della centralità del principio del giudicato, quale garanzia fondamentale di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici all'interno del sistema comunitario, bensì essa "*riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune*".

[68] Così, R. Caponi, *op.ult.cit.,* p. 361, il quale, con riferimento al giudicato interno, parla, in questo caso di "abuso del giudicato" nel senso che esso "viene impiegato per mettere in circolazione un precetto che entra in conflitto diretto con i poteri delle istituzioni comunitarie (della Commissione e, indirettamente, della Corte di giustizia)" e di conseguenza "sorge una incompatibilità diretta tra la regola di condotta concreta scaturente dal giudicato (cioè l'obbligo delle Stato italiano di corrispondere il contributo finanziario) e la regola di condotta scaturente dall'anteriore esercizio del potere della Commissione (cioè l'obbligo dello Stato di chiedere la restituzione del contributo già versato".

[69] Sul punto v. le attente notazioni di C. Di Seri, Primauté *del diritto comunitario e principio della* res iudicata *nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it*., 2009, p. 2835, la quale rileva che confrontando la questione risolta con la sentenza *Lucchini* con taluni successivi sviluppi interpretativi, specie ad opera della Cassazione, può ritenersi che "al principio dell'intangibilità del giudicato debba essere data una diversa rilevanza in sede di bilanciamento a seconda che si sia in presenza di norme comunitarie che attribuiscono diritti, la cui necessaria applicazione sia nella disponibilità della parte che li faccia valere – magari in sede di impugnazione di una sentenza che ne abbia dato una non corretta interpretazione – ovvero si sia in presenza di norme comunitarie che impongono obblighi allo Stato, la cui imperatività va in ogni caso salvaguardata"

[70] CG 6.10.2009 - C. 40/08

Con la decisione *Olimpiclub*, peraltro, la Corte invoca non già la disapplicazione dell'art 2909 c.c. sulla cosa giudicata, bensì la contrarietà al diritto dell'Unione del diritto vivente che su di esso si era formato, nel senso che il giudicato (in quel caso il c.d. giudicato tributario esterno), quando si ritiene che dispieghi una efficacia vincolante anche nei confronti di un precedente periodo di imposta, costituisce ostacolo per l'applicazione da parte del giudice nazionale del diritto europeo. In altri termini l'applicazione estensiva, frutto, appunto, del diritto vivente formatosi sull'interpretazione dell'art. 2909 c.c., incide sulla concreta applicazione del diritto dell'Unione e deve pertanto cedere di fronte alle esigenze che discendono dal principio dell'*effettività*[71].

Nella sentenza *Asturcom Telecomunicaciones* [72] è invece l'applicazione del principio di *equivalenza* a condurre alla soluzione secondo cui il giudice nazionale, competente a decidere su di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale passato in giudicato, deve procedere d'ufficio alla valutazione del carattere abusivo di una clausola compromissoria prevista da un contratto con il consumatore (rimasto peraltro contumace nel processo arbitrale), ove tale valutazione sia possibile secondo la disciplina processuale interna (nella specie la disciplina dell'opposizione all'esecuzione).

Ispirata all'applicazione sia del principio di effettività che del principio di equivalenza è poi la più recente sentenza *Pizzarotti* [73] nella quale la Corte, ricordando che, in mancanza di una specifica normativa dell'Unione sul punto, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato devono rispettare il principio di autonomia processuale degli Stati membri e spettano dunque al giudice nazionale, ha ritenuto che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato è possibile procedere a completare il contenuto originario delle sue sentenze mediante il giudizio di ottemperanza con il quale si dà vita al c.d. "giudicato a formazione progressiva". In questa sede il giudice nazionale dovrà privilegiare fra le "molteplici e diverse soluzioni attuative" quelle che garantiscano l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti di lavori pubblici così come interpretate dalla CG.

La Corte, anche in questo caso ribadisce il ruolo che assume il principio di intangibilità del giudicato, sia nell'ordinamento dell'Unione, sia in quello degli Stati membri, sottolineando come risponda a esigenze di stabilità del

[71] Osserva al riguardo Di Seri, *op. cit*., p. 2838, che la Corte pur circoscrivendo la portata delle statuizioni contenute nella sentenza Lucchini alla situazione del tutto peculiare in cui entrino in gioco i principi che disciplinano il riparto interno delle competenze tra Stati membri e l'Unione "è giunta comunque alla conclusione secondo cui il principio della vincolatività del giudicato esterno, non ragionevolmente supportato da esigenze di certezza del diritto, deve cedere dinanzi alla *primauté* del diritto comunitario"

[72] CG 6.10.2009, C-40/08. Vedi le considerazioni di Lo Schiavo, *La corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv., it. dir pubbl. comunitario*, 2010, p. 287 ss.

[73] CG 10.07.2014 C-231/13

diritto e dei rapporti, nonché alla buona amministrazione della giustizia, che le decisioni di ultima istanza "non possano più essere messe in discussione". Precisa poi che il diritto dell'Unione non esige che per tener conto dell'interpretazione di una disposizione rilevante per il singolo caso, offerta dalla CG successivamente alla formazione del giudicato, si ritorni sulla decisione non potendosi giungere a conclusioni diverse neppure in relazione a quanto statuito nella sentenza *Lucchini* frutto di "*una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato*".

Muovendo da un simile ordine di argomentazioni la Corte arriva alla conclusione secondo cui un organo che abbia statuito in ultima istanza senza aver fatto ricorso al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, deve, se le norme procedurali glielo consentono, completare la cosa giudicata contrastante con il diritto dell'Unione ovvero ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione del diritto dell'Unione offerta successivamente dal CG[74].

Una impostazione simile si rinviene, da ultimo, in una delle decisioni più recenti – la sentenza *Klausner Holz* [75] - nella quale la CG pronunziandosi sulla sentenza di un giudice nazionale (nella specie una Corte della Repubblica federale tedesca) ha affermato il dovere del giudice di usare tutti i mezzi offerti dal sistema processuale interno per evitare l'applicazione del giudicato nazionale contrastante con il diritto comunitario. In altri termini, la Corte con questa decisione, nel tentativo di coniugare il rispetto della disciplina interna sul giudicato e il rispetto della *primauté* del diritto dell'Unione, ha indicato quale rimedio, non già quello della secca disapplicazione del giudicato, bensì quello della ricerca di una interpretazione del giudicato che possa risultare non contrastante con il diritto europeo. Una soluzione ambigua che affida al giudice interno il difficile compito di dar concretezza al principio di effettività ricercando una soluzione di compromesso con il diritto nazionale nel cui ambito egli dovrà trarre "tutte le conseguenze" (così recita il dispositivo) nell'impervio percorso di rendere effettiva l'applicazione del diritto dell'Unione senza compromettere il valore del giudicato[76].

Dal percorso giurisprudenziale, così brevemente tratteggiato, si possono individuare alcuni punti essenziali.

In primo luogo la Corte ribadisce sempre che il principio del giudicato, inteso come principio che assicura la certezza del diritto e la buona ammini-

[74] Sulla sentenza *Pizzarotti* v. le riflessioni di Ferraro, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunzia della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit*., 2014, p. 1065; Romano-Conti, I*l ritorno dell'intangibilità del giudicato*, in *Corriere trib*., 2014, p. 3165; M.T.Stile, *Ancora sulla* res iudicata*: giudicato istantaneo o a formazione progressiva ? il caso «Pizzarotti»,* in *Dir. comunit. scambi internaz*., 201, p. 395.

[75] CG, 11.11.2015 C-505/14

[76] Sul punto v. le riflessioni di E. D'Alessandro, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, in *Foro it*., 2016, IV, p. 43 ss.

strazione della giustizia, costituisce un principio fondamentale sia del diritto dell'Unione, sia del diritto degli Stati membri. Un principio, dunque, la cui valenza non sembra in alcun modo messa in discussione e che rispetta la concezione dell'autonomia processuale degli Stati.

In secondo luogo, il problema del contrasto tra il giudicato interno e il diritto dell'Unione, non può mai portare alla disapplicazione della disciplina interna del giudicato (salvo la ricorrenza di condizioni, per così dire, eccezionalissime, quale quella emergente dalla vicenda *Lucchini*), bensì impone agli Stati membri (e, dunque, ai loro organi giurisdizionali) di individuare soluzioni rispettose del diritto interno che tuttavia assicurino il rispetto del principio di effettività e di quello di equivalenza. Il primo di questi principi è da intendere nel senso che gli strumenti processuali per la tutela di un diritto di origine eurounitaria devono essere strutturati, o interpretati, in maniera tale che non sia particolarmente difficile o impossibile la realizzazione, sul piano interno, di quei diritti. Il secondo esige che uno strumento processuale non può tutelare diritti di matrice eurounitaria in forme meno protettive di quelle assicurate per i diritti previsti dall'ordinamento interno.

La logica cui si ispira una simile concezione è, con evidenza, quella di cui si diceva in apertura di queste brevi riflessioni sul percorso compiuto dalla CG, ossia una logica legata alla coesistenza delle due impostazioni, quella di stampo integrazionista, che si traduce nell'insistente richiamo all'autonomia processuale degli Stati, e quella di matrice internazionalistica, che richiede al diritto interno di assecondare le esigenze dell'Unione, "piegando", fin dove possibile, gli ordinamenti interni e, conseguentemente i giudicati che si sono formati, al fine di garantire la prevalenza del diritto dell'Unione e del giudicato contenuto nelle pronunce interpretative della CG.

L'esito di queste operazioni rimane, tuttavia, incerto in assenza sia di una disciplina europea che, soprattutto, di una disciplina interna la quale si dia carico di regolare i rapporti tra giudicati, e rischia comunque di mettere a repentaglio quel valore racchiuso nel giudicato che la stessa CG costantemente richiama.

16. Qualche sintetica (e provvisoria) conclusione

Le sentenze della Corte EDU e le sentenze della CG hanno in comune la caratteristica di dettare e imporre delle regole di condotta, rispettivamente allo Stato responsabile di una violazione della CEDU, la prima, e al giudice *a quo* che ha sollevato la questione pregiudiziale la seconda.

Nel meccanismo che dà vita alle decisioni della Corte di Strasburgo la premessa dell'accertamento della violazione, che si concretizzerà poi nell'obbligo statale di rispettare la CEDU, è costituita dal giudicato (una sentenza definitiva del giudice nazionale) che costituisce il presupposto per l'intervento successivo della Corte EDU. Il possibile scontro tra giudicati è, pertanto,

del tutto fisiologico e, ovviamente, interviene solo successivamente alla formazione della cosa giudicata nell'ordinamento interno.

Nel sistema dell'Unione, invece, l'intervento della Corte di Giustizia si manifesta nel corso di un giudizio su di un rinvio pregiudiziale (un rinvio che, di regola, proviene dal giudice di ultima istanza) che è espressamente previsto per sciogliere i nodi interpretativi sorti intorno al diritto eurounitario e così evitare la formazione di un giudicato contrastante con le regole europee. Conseguentemente il problema del contrasto tra giudicati assume una natura per così dire patologica perché si riferirà a giudicati interni formati anteriormente alla decisione della CG, ovvero all'interno di processi nei quali il giudice ha omesso di sollevare la questione della previa interpretazione dinanzi ai giudici di Lussemburgo.

Vi è poi un altro, potrebbe dirsi scontato, profilo da ricordare, ossia che la Convenzione europea e la Corte di Strasburgo sono chiamati ad assicurare un sistema di diritti, guardano, la prima, ai diritti soggettivi dal punto di vista sostanziale, a la seconda (la Corte) dal punto di vista processuale, quando quei diritti, la cui prima tutela spetta al giudice nazionale, risulta, proprio nella decisione da quest'ultimo assunta, carente.

Nel sistema dell'Unione, la Corte di Lussemburgo assume un ruolo diverso, perché in realtà, più che tutelare i diritti in senso soggettivo, è chiamata a tutelare il diritto dell'Unione nel suo complesso a garantire che quella prevalenza del diritto oggettivo europeo sia effettiva e adeguata e trovi espressione proprio nell'operato dei giudici nazionali chiamati all'applicazione diretta.

È scontato che la sua decisione servirà anche a tutelare i diritti di cui si discute all'interno del processo *a quo*, ma il compito della CG rimane soprattutto quello di assicurare effettività al primato del diritto dell'Unione.

Questa diversità, per molti versi radicale, di prospettiva gioca un ruolo sul piano che qui rileva, si traduce, in altri termini, in un diverso modo con il quale il problema del conflitto tra giudicati può essere risolto?

Vi sono certamente delle sensibili differenze ma non mancano dei punti in comune.

Un punto certamente comune riguarda il rilievo che entrambi i sistemi danno al principio del giudicato ed al valore che questo sottende. C'è sicuramente un filo rosso che lega le due prospettive giurisprudenziali e questo può essere pacificamente rinvenuto nel comune rilievo che si attribuisce al giudicato, sia come espressione della esigenza di certezza del diritto, sia sotto quello della stabilità dei rapporti, sia, infine, sotto quello della buona amministrazione della giustizia.

Ma una volta colto questo punto in comune le due prospettive tendono a divaricarsi.

Nella prospettiva della Corte EDU l'accertamento della violazione si accoppia alla individuazione degli strumenti idonei a far cessare la situazione di

contrasto con il diritto convenzionale e affida agli Stati il compito di operare, ove necessario, la *restitutio in integrum.* Il problema si sposta allora sul piano del diritto costituzionale interno il quale può avere o meno predisposto strumenti adatti a rispettare gli obblighi costituzionali di conformazione al giudicato della Corte Edu. Qui il meccanismo della frizione fra giudicati, almeno nell'ordinamento italiano, ha trovato sofferta soluzione ad opere del giudice ordinario, si è arricchito degli interventi della Corte costituzionale, ma non ha trovato alcuna risposta sul piano legislativo[77].

Eppure la strada è stata segnata proprio dalla Corte nel 2011 quando ha individuato il possibile, limitato, sacrificio del giudicato nel bilanciamento con le esigenze di tutela dei diritti.

Sono i diritti costituzionali a richiedere che la sentenza corrisponda a verità e giustizia e che a questi valori si possa piegare anche il valore costituzionale del giudicato, pur con tutte le cautele, in ipotesi, di un intervento legislativo che ne faccia salvo il nucleo essenziale, il valore tutelato.

Che poi – sia detto per inciso - questo sia da collegarsi all'essenza della funzione giurisdizionale, secondo una prospettiva che molti condividono ma ad alcuni pare superata, ovvero lo si debba agganciare ad una ricostruzione dell'istituto che vede nel risultato pratico per la parte il nucleo centrale della garanzia della cosa giudicata, rileva, a mio avviso, fino ad un certo punto. Ciò che conta, in fondo, è che il giudicato trova radicamento nel sistema costituzionale italiano ed il suo valore va comunque tutelato quale decisiva garanzia di giustizia, sia pure con quel margine di flessibilità che assicuri, entro rigorose condizioni, la prevalenza, in sede di bilanciamento, del diritto alla conformità della sentenza al canone della verità e della giustizia quando verità e giustizia si impongano mediante una decisione ora della Corte sovranazionale convenzionale ora della Corte dell'Unione[78].

Ma, nella perdurante inerzia del legislatore, l'opera della Corte inaugurata nel 2011 sembra aver trovato un momento di arresto quando, disattendendo aspettative più che fondate, ha rigettato la questione relativa alla c.d. "revocazione europea". Non è da escludersi che questa posizione possa cam-

[77] Una accurata rassegna delle proposte di interventi legislativi presentati nel corso della XVI e XVII legislatura si rinviene, di recente, in A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione, Milano*, 2017, p. 319 ss., il quale, sottolinea, come in larga misura le iniziative legislative si siano orientate prevalentemente a incidere sull'istituto della "revisione" del processo senza estendersi ad istituti diversi e comunque senza ipotizzare una disciplina del tutto nuova.

[78] Osserva R. Caponi, *Giudicato civile e identità nazionale*, cit., p. 107 che "la soluzione di una indiscriminata intangibilità del giudicato appare tuttavia troppo rigida. In un ambiente in cui si afferma il bilanciamento delle garanzie costituzionali le une con le altre, la garanzia costituzionale del giudicato deve poter essere bilanciata con il valore costituzionale che chiede di essere realizzato attraverso la sentenza della Corte costituzionale, cosicchè, certamente in ipotesi particolarmente gravi si dischiude la prospettiva di un cedimento del giudicato".

biare in un prossimo futuro, ma è la strana presa di posizione assunta in quel caso a destare più di una perplessità perché in realtà la Corte ha individuato, non già nell'ambito del diritto costituzionale la risposta al conflitto tra giudicati, bensì sul piano convenzionale, prospettando un possibile rimedio che si configura in larga misura illusorio.

Questa prospettiva risolverebbe, peraltro, solo in parte i problemi dal momento che la partecipazione obbligatoria di tutte le parti processuali, interne al processo convenzionale, è in grado, solo limitatamente, di offrire una soluzione alle questioni aperte. Così come a me pare che l'ipotesi di un meccanismo simile al rinvio pregiudiziale[79] anche per il rapporto con la Corte EDU possa ridurre il rischio di conflitti, per via della preventiva soluzione delle questioni interpretative nel processo, ma certo non appare idonea a risolvere il contrasto con gli altri giudicati, ed in particolare quelli penali relativi a soggetti che non erano comunque parte di quello specifico processo.

Il giudicato, insomma, di fronte ad una sentenza della Corte EDU, può essere attaccato solo laddove la Corte italiana ha aperto (con la "revisione europea" sul piano penale, che rimane il più esposto e meritevole di attenzione) il mezzo di impugnazione straordinaria all'incidenza del giudicato convenzionale, può essere attaccato per far prevalere il diritto convenzionale laddove ciò sia possibile sul piano dell'esecuzione e rideterminazione della pena, ma non può essere oggetto ad una riduzione di incidenza mediante la disapplicazione della norma interna e la contestuale prevalenza del giudicato convenzionale.

Il problema di una nuova situazione in cui si ponga un conflitto tra una sentenza della Corte EDU e il giudicato interno può, se mai, dar vita alla instaurazione di una nuova e diversa questione di costituzionalità che consentirà al sistema di giustizia costituzionale di verificare se, ed in quale misura, sia possibile (e doverosa) una dichiarazione di illegittimità costituzionale con la quale trovare un eventuale punto di nuovo equilibrio tra il "valore costituzionale" del giudicato interno e l'opposto valore della tutela di un diritto fondamentale nei termini riconosciuti da una sentenza della Corte EDU.

In termini diversi si pone, a mio avviso, il problema del rapporto con le statuizioni della Corte di Giustizia.

Qui è indubitabile che la stessa CG abbia operato con cautela quando, soprattutto, ha inteso circoscrivere la posizione estrema contenuta nella più volte richiamata sentenza *Lucchini*. È vero, dunque, che la disapplicazione della disciplina interna del giudicato è misura da relegare su di un piano del

[79] Si tratta della previsione contenuta nell'art. 5 del XVI protocollo addizionale alla CEDU, sottoscritto ma non ancora ratificato dallo Stato italiano e, dunque, non ancora in vigore per via del mancato raggiungimento del numero necessario di ratifiche che prevede la possibilità di ottenere un parere *non vincolante* da parte della *Grande Chambre* della Corte EDU.

tutto eccezionale (e difficilmente ripetibile), ma è anche vero che talune affermazioni della Corte potrebbero contenere il rischio che a quella soluzione il giudice sia, in qualche misura, costretto ad arrivare.

Quando si afferma, infatti, che il giudice nazionale dovrà trarre *tutte le possibili conseguenze* da una sentenza della CG che adotta una interpretazione del diritto dell'Unione in contrasto con il giudicato interno, non si rischia di mettere nelle mani del giudice uno strumento che lo conduce, ove altrimenti non sia possibile agire, proprio alla disapplicazione della disciplina interna del giudicato? Proprio in questa zona (ancora) inesplorata mi pare si annidi il rischio maggiore per la tutela del valore del giudicato, specie con riferimento al giudicato civile (ed ai giudicati amministrativo e tributario) che, in ragione delle competenze dell'Unione appaiono certamente i più esposti.

L'assenza di una disciplina di raccordo sia per il giudicato convenzionale, sia per quello della Corte di giustizia si rivela allora come un nervo scoperto e lascia, in fin dei conti, sul giudice nazionale il peso di una dinamica tra sistemi giurisdizionali che può compromettere i meccanismi della tutela multilivello.

IL GIUDICE E IL "DIRITTO SCONFINATO": MOLTEPLICITÀ DELLE FONTI E DELLE GIURISPRUDENZE E CERTEZZE GIUDIZIARIE

di Francesco Rigano

Sommario: 1. Sulle "certezze" del diritto; 2. I confini territoriali del diritto e delle giurisdizioni; 3. Le regole giuridiche prodotte da entità non statuali; 4. La "moltiplicazione" delle giurisizioni e la garanzia dei diritti; 5. Una suggestione finale.

1. Sulle "certezze" del diritto

Conviene dapprima affrontare il concetto di certezza giudiziaria e dunque bisognerebbe subito cimentarsi con la nozione della certezza del diritto. Ma è impresa impossibile, forse vana, esplorare i significati che oggi sarebbe corretto attribuire alla locuzione certezza del diritto[1].

Come hanno ricordato in particolare gli studiosi di teoria generale, con la certezza del diritto si allude a vicende tra loro diverse, che si collocano su piani di esperienza differenti, con protagonisti di volta in volta differenti.

Anzitutto, si vuol fare riferimento all'univocità del significato degli enunciati testuali che esprimono le regole giuridiche e quindi alla certezza delle qualificazioni, con due conseguenze per così dire derivate: da un canto, la effettiva conoscenza del diritto da parte dei consociati e, dall'altro, l'efficace osservanza delle norme da parte dei suoi destinatari, tutti.

Quindi, la stabilità nel tempo sia degli enunciati testuali e cioè della regolamentazione giuridica, sia della loro applicazione in sede giudiziaria. Con importanti corollari: l'accessibilità delle regole e delle sue applicazioni da parte di tutti i destinatari, sì da garantire la effettiva osservanza delle norme e dunque l'efficacia dell'ordinamento.

[1] L. De Onate, *La certezza del* diritto, Milano, 1968; L. Gianformaggio, *Certezza del* diritto, in *Dig. Disc. Priv.*, 1988, 274; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; L. Pegoraro, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee,* in M. Jori e L. Gianformaggio, *(a cura di) Scritti per Umberto Scarpelli,* Milano, 1997, 705 ss.; S. Bertea, *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 131 ss; G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014; G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna 2016; T. Mazzarese (a cura di), *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1/2017.

Infine e ancora, la possibilità di prevedere la direzione dell'intervento degli organi di applicazione e di esecuzione, e in particolare la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, così da garantire la inviolabilità dei diritti dei consociati. La prevedibilità dell'agire degli organi giudiziari sarebbe da realizzare attraverso l'accoglimento di istituti quali, primi fra tutti, la separazione dei poteri, il principio di legalità e l'irretroattività della legge.

Vero è che la nozione di certezza del diritto, che sembra in sé contenere – giusta quanto appena s'è detto – l'idea della certezza giudiziaria, è debitrice dell'ambiente culturale in cui si colloca: è insomma figlia del proprio tempo.

Nella ideologia dello stato liberale ottocentesco il diritto certo è presupposto: la certezza è nella legge scritta dei codici e nella certezza della legge si risolve il paradigma "certezza e giustizia". Coerentemente, nel primo giuspositivismo la certezza è stata intesa, almeno in prevalenza, come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui alla luce della regola generale e astratta. Di qui il vincolo del giudice alla legge attraverso la predisposizione della strumentazione formale (per legge e dunque certa) per la corretta applicazione e cioè la fissazione (con legge) di rigide regole di interpretazione degli enunciati normativi.

Nell'ideologia della democrazia pluralistica, la concezione liberale della certezza è percepita come almeno parzialmente inconciliabile con gli ideali della giustizia sociale: la legge diverrebbe concreta ingerenza nei rapporti privati al punto che, non poco semplificando, si potrebbe giungere ad affermare che ad essere presupposta è la giustizia del diritto attraverso l'incertezza della regola. In tale contesto – avverte Giorgio Pino – la certezza del diritto diviene un "valore bilanciabile".

Con questa prospettiva sarebbe rimarcato il favore per una interpretazione etica e valoriale della regola scritta (e soprattutto della norma costituzionale) a discapito della interpretazione letterale. La certezza si declinerebbe in ragione non soltanto della quantità e della qualità delle regole scritte prodotte dagli organi legislativi, ma anche in ragione della quantità e della qualità degli strumenti ermeneutici di interpretazione o forse meglio, a questo punto giunti, di integrazione del diritto: così il diritto certo sarebbe il diritto che vive nell'interpretazione consolidata dei giudici e la certezza del diritto subirebbe una inedita torsione: da chiarezza e conoscibilità delle regole scritte diviene ragionevolezza e conoscibilità delle motivazioni delle decisioni giudiziarie. Il diritto è (sarebbe) certo se le sentenze sono controllabili.

Da canto rimane la questione di teorica generale delle sentenze come fonti del diritto. Se anche è vero che il legislatore e il giudice si esprimono attraverso enunciati, altrettanto vero è che l'enunciato legislativo è volto a creare un testo "nuovo", mentre l'enunciato giudiziario, quello del giudice,

è una manifestazione di volontà interpretativa e produce diritto nel senso che dà una interpretazione dell'enunciato legislativo[2].

L'indagine sulla nozione della certezza del diritto si ferma al mero annunzio iniziale, con una dichiarazione di resa. Ma anche con due sintetiche considerazioni.

La prima riguarda la condivisione delle convincenti riflessioni articolate da Giorgio Pino in più scritti e anche in questa sede congressuale. Il contenuto predittivo della certezza del diritto va colto nella essenza relativa della nozione stessa di certezza, la quale cambia col mutare delle prospettive dei diversi destinatari. Per il (comune) consociato – che del diritto è il destinatario primario – la chiarezza e la conoscenza della regola giuridica sono condizioni indispensabili di garanzia di autonomia e di libertà "di vita"; per il giudice – che del diritto è il destinatario secondario – la certezza è il risultato professionale della corretta applicazione delle regole decisorie, finalizzato al consolidamento della giurisprudenza. Assai significativa l'esemplificazione sulla diversa incidenza che assume in questi due diversi contesti di destinatari la introduzione di una regola giuridica di efficacia retroattiva: la retroattività non genera problemi se non formali (o professionali) al giudice per la redazione della sua decisione; viceversa provoca o almeno può provocare drammatici sconvolgimenti al cittadino, che può vedere messa in discussione la legalità (la liceità) dei propri passati comportamenti.

La seconda riflessione tocca l'opportunità di recuperare con decisione, seppure in prospettiva garantista, quella idea del giuspositivismo di orientamento normativista che vede la certezza del diritto come impegno degli organi della normazione alla produzione di regole chiare, complete e conoscibili a tutti. In particolare, la certezza giudiziaria esige la determinazione di regole inequivoche soprattutto per quanto riguarda i criteri di riconoscimento delle norme applicabili dal giudice.

Ciò non significa disconoscere la realtà e cioè il ruolo essenziale affidato ai processi di interpretazione e di argomentazione nella individuazione della regola giuridica; bensì, più semplicemente, auspicare la razionalità di siffatti processi, ribadendo che soltanto la preferenza per una interpretazione attenta all'enunciato linguistico è quella che si evince dalla nostra Costituzione – alla stregua del principio di soggezione del giudice alla legge e della funzione di nomofilachia attribuita alla corte di cassazione[3].

Vero è che vi è certezza del diritto quando v'è la certezza della sua applicazione senza necessità del ricorso alla sede giudiziaria.

In un recente articolo pubblicato di recente da un quotidiano economico

[2] L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

[3] A. Vignudelli, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, 2016, 391 ss.; I. De Cesare, *Le parole nella Costituzione*, Tesi di dottorato, Pavia, 2018.

si commenta il dato, di origine ministeriale, relativo al decremento delle controversie giudiziarie in materia giuslavoristica: rispetto al 2012 si registra una diminuzione del 56% per il contenzioso derivante dai contratti di lavoro a tempo determinato e addirittura del 79% per le controversie in tema di contratti di somministrazione. A parere dei giuristi intervistati è la prima volta dagli anni settanta che si assiste alla riduzione del contenzioso giuslavoristico; il minor ricorso alle aule giudiziarie è stato determinato dalle riforme avviate nel 2012 e recepite dal decreto legislativo n. 81 del 2015. Secondo Pietro Ichino non v'è dubbio: l'inversione di tendenza è frutto dell'introduzione di norme chiare che hanno eliminato la discrezionalità del giudice: "per governare i flussi e tutelare efficacemente i lavoratori sono molto meglio i filtri automatici, che evitano proliferazione del contenzioso giudiziale. L'incertezza dell'esito di una causa non giova né agli imprenditori né ai loro dipendenti"[4].

La certezza del diritto è dunque per il cittadino conoscenza del comportamento da adottare senza che sia necessario adire il giudice: la chiarezza dell'enunciato normativo dovrebbe essere tale da rendere prevedibile, e perciò superflua, decisione giudiziaria successiva al comportamento. Per l'attività giudiziaria la certezza richiede la previsione legislativa di criteri inequivoci di individuazione delle norme da applicare nelle controversie.

Si tratta tuttavia di un'aspirazione, ancor più che di una tendenza, dei moderni ordinamenti, soltanto occasionalmente realizzata. La molteplicità oggi senza confini delle fonti e dei giudici finisce con il far da velo alla realizzazione di quell'ideale: ma la tensione verso di esso deve rimanere e anzi giova ad affrontare con spirito critico le situazioni esemplificate nella sintetica rassegna dei paragrafi seguenti.

2. I confini territoriali del diritto e delle giurisdizioni

Il tema dei confini territoriali del diritto e delle giurisdizioni evoca la prospettiva dello statualismo del fenomeno giuridico.

La cultura cresciuta alla scuola del positivismo si nutre dell'idea che sia le fonti del diritto sia le giurisdizioni, per quanto molteplici possano essere, ritrovano la indispensabile unitarietà nella unicità della loro sorgente che è la sovranità statuale[5]. Il luogo fisico e giuridico di esercizio della sovranità, nel costituzionalismo moderno, è quello tracciato dai trattati internazionali che segnano i confini fisici dei territori e che dunque diventano i limiti geografici di operatività delle fonti e dei giudici: questi trattati esauriscono immediatamente i loro effetti, sicché ciò che va rispettato non è di per sé l'accordo, ben-

[4] *Le riforme abbattono il contenzioso*, in *Il Sole24Ore*, 4 novembre 2017.

[5] M. Manetti, *Territorio dello Stato, in Enc. giur.*, 1994; N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma Bari, 2006; G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC* 3/2017.

sì la modalità di riconoscimento del potere, fissata dall'accordo, di esercitare la sovranità al di qua e al di là delle frontiere.

Residuali sono le aree geografiche non soggette alla sovranità di alcuno stato: il mare internazionale, lo spazio cosmico e l'Antartide. Nel diritto internazionale classico, il mare è distinto in un'area sottoposta alla sovranità dello stato costiero (il mare territoriale) e in un'area in cui vige il principio della libertà d'uso per tutti gli stati (l'alto mare); un regime giuridico più articolato è stabilito dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, per la quale, in particolare, i fondi marini internazionali sono patrimonio comune dell'umanità; questa convenzione ha anche istituito una giurisdizione internazionale, il Tribunale internazionale del diritto del mare che siede ad Amburgo. Anche nell'Antartide non solo vige - per tutti gli stati - un regime di libertà bensì pure - per alcuni - una serie di norme che ne disciplinano l'utilizzo, previste dal Trattato di Weshington, stipulato nel 1959 tra una quarantina di Paesi.

Le fonti sono, dunque, quelle poste nei confini dello stato e destinate a regolare la vita sì all'interno dei confini, eppur con effetti che, almeno talvolta, non possono non oltrepassarli.

Se è vero infatti che entro l'ambito di esercizio della sovranità territoriale vige il diritto dello stato è anche vero che questo diritto può essere applicato al di fuori dei confini. V'è, tradizionalmente, una sorta di scambio di fonti sia fra ordinamenti nazionali, sia fra gli ordinamenti nazionali e quello internazionale in ossequio al principio, protetto dal diritto internazionale, di coordinamento tra ordinamenti.

E' questo il caso dell'applicazione extraterritoriale del diritto statale nelle ambasciate, nelle sedi delle organizzazioni internazionali, nelle navi e nelle aeromobili; situazione analoga è quella dei territori militarmente controllati (ad esempio dai militari nelle missioni organizzate dall'ONU) o occupati. Talvolta, poi, alcuni principi giuridici, sorti e maturati nell'ambito dell'ordinamento interno, si impongono come fonti del diritto internazionale: ciò accade se si tratta di principi riconosciuti in una pluralità di ordinamenti statali, sicché la numerosità (degli stati che riconoscono) siffatti principi legittima la fonte a livello internazionale. E' il caso dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili esemplificati in taluni brocardi quali *nemo iudex in re sua*, *ne bis in idem*. Altri esempi di integrazione del diritto internazionale ad opera del diritto nazionale sono nella giurisprudenza delle corti internazionali: sono tratti dalle nozioni vigenti negli ordinamenti nazionali la definizione di omicidio, nella esperienza del Tribunale di Norimberga, come pure la definizione di stupro, da parte del Tribunale dei crimini della ex Jugoslavia.

Un'ulteriore fattispecie è data dalla applicazione del diritto straniero da parte della giurisdizione nazionale. Si tratta in particolare delle situazioni privatistiche transnazionali, regolate dal diritto internazionale privato in virtù dei quali ciascuno stato può, sia attraverso apposite norme strumentali

sia attraverso decisioni giudiziarie, stabilire autonomamente che determinati rapporti tra i propri cittadini e cittadini stranieri siano disciplinati dal diritto interno oppure dal diritto dello stato di appartenenza di questi ultimi[6].

Come è noto, il testo di riferimento del diritto internazionale privato italiano è, oggi, la legge 31 maggio 1995 n. 218, nella quale sono contenute le disposizioni che indicano al giudice come individuare il "diritto applicabile". Non importa ora trattare delle singole ipotesi di rinvio al diritto straniero né che vanno dalla capacità e diritti delle persone fisiche; ai rapporti famigliari, dai diritti reali alle obbligazioni contrattuali - e che in ogni caso privilegiano le fonti internazionali pattizie: infatti, laddove sia applicabile una convenzione internazionale si deve sempre seguire, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione stessa.

Interessa piuttosto, nella prospettiva del nesso fra fonti e giurisdizioni, esemplificare il percorso che dal giudice italiano deve essere seguito, delineando i successivi passaggi del suo decidere. La conclusione merita di essere anticipata: siamo di fronte ad un esercizio del potere di giudicare guidato da inediti spazi di autonomia interpretativa del giudice nel momento del riconoscimento della norma: sia nel procedimento di identificazione del diritto applicabile, sia e soprattutto all'atto della decisione laddove debba essere applicato il diritto straniero. In questo ultimo frangente la situazione è quella del giudice nazionale che deve risolvere la controversia interpretando il diritto dell'ordinamento straniero secondo i criteri propri di quell'ordinamento: è l'inedita posizione del giudice nazionale che – secondo l'efficace immagine condivisa dagli studiosi internazionalisti – decide come se sedesse all'estero.

Dopo avere ricostruito storicamente il fatto di vita sottoposto alla sua cognizione, il giudice deve delibare la sussistenza della propria giurisdizione, nel rispetto dei "titoli" previsti dalla legge: operazione delicata, che richiede un primo intervento interpretativo delle fonti, come pure della volontà delle parti alle quali può esser consentito di accordarsi sulla scelta della giurisdizione.

La successiva individuazione del diritto applicabile si atteggia ad operazione interpretativa ancor più articolata, alla stregua dei criteri fissati dalla legge n. 218.

Preliminarmente, ove sussista una fonte sovranazionale sulla materia controversa, essa deve essere preferita. Quindi, deve essere indagata l'esistenza di norme interne di applicazione necessaria e cioè di regole materiali interne che escludono *ex ante* l'applicazione del diritto straniero come individuato dalle norme di conflitto; si tratta di una sorta di limite preventivo al funzionamento del sistema del diritto internazionale privato, destinato ad operare a favore di regole che siano espressione di una specifica rilevanza dal punto

[6] C. Campiglio, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli statutari ai giorni nostri*, in *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 2013, 593 ss.

di vista economico sociale, la cui individuazione è lasciata all'apprezzamento del giudice (salvi taluni casi di esplicita previsione legislativa, come in particolare per la disciplina della capacità matrimoniale e delle altre condizioni per contrarre il matrimonio). Mancando un criterio generale idoneo a individuare le norme di applicazione necessaria, tale compito è rimesso al giudice; il quale, nell'indagare l'oggetto e lo scopo delle disposizioni, non può che fare riferimento all'ordinamento interno. La giurisprudenza esprime la tendenza a considerare di applicazione necessaria alcune norme relative ai rapporti contrattuali, all'attività bancaria e assicurativa, ai mercati finanziari, al commercio di beni culturali, al diritto del lavoro, all'attuazione di risoluzioni di organi internazionali, al diritto della concorrenza; sono inoltre considerate tali alcune norme inerenti ai rapporti di famiglia, tra cui l'art. 116 cod. civ.

Infine, alla stregua dei criteri di collegamento, si apre la fase dell'accertamento del diritto straniero applicabile alla fattispecie. L'individuazione deve essere operata - come la legge n. 218 prescrive, con ciò superandosi un dubbio del passato - anche d'ufficio attraverso gli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, acquisendo informazioni tramite il ministero della giustizia, o ancora interpellando esperti o istituzioni specializzate; se poi nell'ordinamento dello stato richiamato coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento. Può darsi l'eventualità che una norma di conflitto richiami un ordinamento "plurilegislativo", ossia con più legislazioni civili, con la conseguenza in questa situazione non sarebbe chiaro quale, tra le tante norme straniere applicabili, sia quella da scegliere. La soluzione è data dall'art. 18 della legge 218: "se nell'ordinamento richiamato coesistono più sistemi normativi, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento"; in alternativa "se tali criteri non possono essere individuati, si applica il sistema normativo che meglio si collega al caso in oggetto".

In questa fase entra in gioco il limite dell'ordine pubblico che, diversamente dalle norme di applicazione necessaria, si configura come limite successivo, poiché opera dopo che la legge straniera sia stata richiamata (e cioè individuata): secondo l'art. 16 della legge 218, "la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico". Un ulteriore impegno interpretativo è dunque richiesto al giudice, che deve anzitutto determinare il contenuto della nozione di "ordine pubblico" destinata a fungere da parametro di legittimità. La clausola è, meglio, dovrebbe essere lo strumento che consente ad un ordinamento, di volta in volta, di respingere ovvero di accogliere le esperienze giuridiche, e prima ancora culturali, straniere, grazie alle graduazioni diverse del contenuto che giudiziariamente si attribuisce al limite dell'ordine pubblico a seconda del collegamento con la nostra realtà sociale. Se è vero che, nell'evoluzione della giurisprudenza, l'ordine pubblico deve intendersi quale insieme dei principi e dei diritti fondamentali fissati dal

diritto internazionale e comunitario, dalla Costituzione e dalle leggi statali, oggi, secondo una lettura più recente, avallata anche dalla nostra corte di cassazione, la violazione dell'ordine pubblico si concretizzerebbe soltanto laddove siano lesi i principi che l'ordinamento nazionale ha in comune con la generalità degli ordinamenti statuali. Sicché la dottrina ha sottolineato che si sta assistendo ad un affievolimento o forse meglio ad un mutamento di verso della funzione di tale limite, che avrebbe oggi una finalità non più di chiusura, bensì di apertura verso i diritti e i principi internazionalmente riconosciuti[7]. In tale frangente il ruolo del giudice nel riconoscimento della norma applicabile è dunque decisivo in quanto supplisce con la propria interpretazione alla indeterminatezza del criterio legislativamente fissato: argomentando con motivazioni talora non convincenti, come si dirà, e comunque non sempre prevedibili, a discapito della certezza (giudiziaria).

3. Le regole giuridiche prodotte da entità non statuali.

Talora al giudice nazionale è chiesto di decidere alla stregua di regole giuridiche che sono prodotte da entità non statuali.

È il caso anzitutto del diritto religioso, che può avere applicazione nel nostro ordinamento proprio attraverso quei criteri di collegamento agli ordinamenti stranieri, di matrice anche giurisprudenziale, appena ricordati. Entra qui in gioco, come elemento determinante, il limite dianzi pure menzionato dell'ordine pubblico. Per tradizione storica il problema s'è posto in riferimento all'applicazione delle legislazioni straniere di discriminazione razziale: tema che nell'attuale fase storica di immigrazione multietnica è destinato a proporsi con rinnovata frequenza, ad esempio a fronte del diritto di casta dell'ordinamento indiano e, con episodi di frequente attualità giudiziaria, in riferimento a taluni istituti del diritto famigliare di matrice islamica[8].

Così, ad esempio, per l'istituto del ripudio nel matrimonio, al cui riconoscimento e conseguente applicazione nel nostro ordinamento la giurisprudenza oppone il limite dell'ordine pubblico sotto la veste della necessità di disconoscere l'ingresso di regole discriminatorie della condizione femminile. Si tratta di una soluzione corretta formalmente, e che, tuttavia, nella concretezza finisce con l'aggiungere un torto all'abuso già perpetrato. Infatti, la donna cittadina italiana, coniugata secondo il diritto islamico e poi ripudiata dal coniuge straniero, non potrà far valere nel nostro ordinamento lo scioglimento del ma-

[7] Infine per quanto riguarda il problema del "dopo eccezione di ordine pubblico", ossia dell'incompatibilità di una legge straniera richiamata da una norma di conflitto, il comma 2 dell'art. 16 della legge 218/1995 dice che "in tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento; in mancanza si applica la legge italiana".

[8] C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 43 ss.

trimonio (sempreché non ricorra un presupposto per chiedere il divorzio, ad esempio se il coniuge straniero chiede all'estero lo scioglimento del rapporto oppure si sposa con altra donna).

Così ancora per la *kafalah,* a proposito della quale la giurisprudenza ha elaborato, nel silenzio del legislatore, la tecnica della "sostituzione". Posto che la *kafalah* è l'unico strumento di tutela dei figli nati al di fuori del matrimonio negli ordinamenti musulmani, nella sentenza n. 7472 del 2008, la corte di cassazione si pone il problema della equiparabilità della *kafalah* all'istituto italiano dell'affidamento e conclude positivamente: "tra la *kafalah* islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore": di qui l'applicazione in sede giudiziaria nazionale dell'affidamento "in sostituzione" delle regole della *kafalah*.

Un'altra fattispecie di fonte del diritto non statuale ricorre nelle ipotesi di regole poste autonomamente dagli operatori economici. E' il caso anzitutto del diritto mercantile[9].

La *lex mercatoria* è intesa, pur nell'inevitabile genericità e approssimazione di ogni definizione, come l'insieme di regole, elaborate in seno alla comunità commerciale, che aspira a porsi come ordinamento autonomo e sovranazionale, destinato a disciplinare i rapporti commerciali internazionali su un piano o di parità se non di prevalenza rispetto alle leggi nazionali e alle convenzioni internazionali. La *lex mercatoria* è nata e vorrebbe continuare a essere, come è stato predicato da Levin Goldschmidt "senza tempo, né patria" ed è (e vorrebbe continuare ad essere) "libera da ogni differenza di luogo".

La codificazione extrastatuale dei principi generali del diritto commerciale internazionale, o, più precisamente, del diritto dei contratti commerciali internazionali, conosce attualmente una significativa fortuna applicativa.

Sono espressione di tale fenomeno i cosiddetti Incoterms pubblicati e periodicamente aggiornati dalla camera di commercio internazionale. Si tratta di raccolte di usi della vendita internazionale con trasporto e delle norme uniformi in tema di credito documentario, che regolano per larga parte l'esecuzione e il finanziamento degli scambi internazionali. Come pure i principi sui contratti commerciali internazionali, redatti nel 1994 e aggiornati nel 2004 a cura di un gruppo di giuristi di diverse nazioni per l'Unidroit – istituto delle Nazioni Unite per l'unificazione del diritto. I principi nascono con l'ambizione di offrire agli operatori economici e, ancor più, a chi è chiamato a decidere controversie in materia di contratti com-

[9] F. Galgano, *Lex Mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2016; M. Rescigno, *Lex mercatoria*, in *XXI secolo Norme e idee*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma 2009, 273 ss.

merciali internazionali, un testo strutturato secondo gli schemi classici di una legge. E ancora possono ricordarsi i principles of european contract law (Pecl) elaborati da una commissione di giuristi in seno alla Unione europea.

Ancora da ricordare è, nell'ambito del diritto informatico, la fonte definita *lex electronica*[10]. Le caratteristiche tecniche della rete, per la sua collocazione a-spaziale ed a-temporale, che supera i confini nazionali dei territori statuali, rende difficile l'individuazione del soggetto dotato dell'autorità legittimata a produrre una disciplina giuridica idonea a divenire certa ed effettiva. L'impossibilità di individuare un unico regolatore sovrano rischia di lasciare, nel vuoto normativo, il campo aperto alle istanze individuali (ed egoistiche) di entità economiche organizzate per fini meramente lucrativi. Si tratta allora di trovare le modalità di procurare l'omogeneità della regolamentazione adottata singolarmente da ciascun ente territorialmente sovrano. La strada potrebbe essere di costruire un insieme di regole di derivazione tecnica che costringano in certa misura le iniziative degli operatori: le scelte di natura eminentemente tecnica, implementate attraverso la produzione di regole giuridiche (ad esempio il vincolo all'adozione di una determinata piattaforma), dovrebbero costringere gli operatori ad adeguarsi, così ottenendo auspicabilmente l'uniformità della regolazione della rete: dunque, la tecnologia quale strumento di certezza del diritto. Soluzione suggestiva, ma che, nel momento in cui richiede l'intervento di un soggetto che traduca in norma giuridica le regole tecniche finisce con il tradire la necessità di individuare un soggetto sovrano titolare del potere di dettare regole, forse di grado non intenso ma pur sempre imperative, di comportamento.

Diverso l'orientamento che auspica una regolazione nazionale, la quale si confronti con la circostanza che la rete sfugge ai confini territoriali in cui operano le normative statuali: la via potrebbe essere quella di fissare regole quadro di riferimento, a livello di convenzioni internazionali.

In questa direzione sembra muoversi il legislatore europeo, il quale con la direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno ("la Direttiva sul commercio elettronico"), ha invitato i Paesi membri ad incoraggiare la predisposizione di codici di condotta da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori ed a non ostacolare l'uso, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, anche per vie elettroniche adeguate, di strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal diritto nazionale.

[10] P. Laghi, *Diritto e cyberspazio: riflessioni sulla disciplina del web*, in Cois Rivista all'indirizzo *http://www.coisrivista.it/* , pubblicato il 16 febbraio 2017.

4. La "moltiplicazione" delle giurisdizioni e la garanzia dei diritti

Nella sintetica e nulla più che suggestiva rassegna che precede s'è voluto porre in evidenza le situazioni critiche di applicazione giudiziaria nel territorio nazionale di fonti del diritto non statuali. Prima di fare un cenno conclusivo alla problematica dell'applicazione delle norme convenzionali nell'are europea, sembra opportuno porre alcune osservazioni sulla moltiplicazione delle sedi di esercizio della giurisdizione.

Se oggi spesso le fonti del diritto applicate dai giudici sono fuori dei confini nazionali, va subito aggiunto che anche i diritti fondamentali sono (oramai) sconfinati così come i giudici sono ubiqui[11].

I diritti fondamentali sorgono e sono garantiti al difuori dei confini statuali: come scrive Maria Rosaria Ferrarese, nati "da quel passato in cui non conoscevano altro territorio che quello degli Stati e […] erano configurati come mere pertinenze degli Stati stessi" oggi vivono nella "intrinseca sconfinatezza del loro contenuto e del loro compito" per presidiare una sorta di intangibile essenza degli esseri umani, da proteggere anche in sede giurisdizionale contro ogni attentato di terzi.

A presidio di questo spazio giuridico che supera la dimensione territoriale della sovranità statuale siedono autorità la cui attività del decidere non è limitata ai confini nazionali.

Nella prospettiva del collegamento fra sovranità nazionale e applicazione delle fonti, in chiave di tutela dei diritti, merita almeno di essere menzionato il fenomeno denominato giurisdizione universale, che come peculiarità presenta la non necessarietà, almeno astrattamente, di nesso fra la condotta o l'atto, il soggetto che lo pone in essere e lo stato che intenda intervenire.

Per la maggior parte dei crimini internazionali vale il principio della giurisdizione universale: il che significa che qualsiasi stato può esercitare la propria giurisdizione, in deroga ai normali criteri della territorialità e della nazionalità del reo o della vittima. Fra i crimini assoggettati alla giurisdizione universale figurano le gravi violazioni del diritto e degli usi di guerra, i crimini contro l'umanità, nonché alcuni crimini previsti da apposite convenzioni, come ad esempio la tortura. Per quanto riguarda la giurisdizione civile, la legittimità dell'esercizio extraterritoriale va indagato alla luce dei titoli di giurisdizione utilizzati ed accettati in diritto internazionale. Tra essi il principio di personalità attiva permette allo stato di origine "dell'impresa" di esercitare la giurisdizione extraterritoriale allo scopo di regolare la condotta dei propri nazionali - persone fisiche o giuridiche - anche al di fuori del suo territorio nazionale, così da realizzare una forma certa di tutela giudiziaria dei diritti, ad esem-

[11] M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006.

pio quando siamo minacciati da iniziative imprenditoriali spregiudicate[12].

Certo è, riprendendo il filo dell'esposizione sulla tutela convenzionale dei diritti, che l'adesione a patti e trattati internazionali in materia di diritti umani fa sorgere ulteriori livelli di legalità e legittimità (quella comunitaria, quella convenzionale). In proposito, merita di segnalare che nell'ordinamento italiano, il raccordo fra fonti del diritto interne e fonti del diritto convenzionali esterne è contrassegnato "da un prima e da un dopo", dal passaggio provocato dalla revisione, nel 2001, dell'art. 117 co. 1 Cost., per il quale oggi "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*". Se prima non vi era un obbligo giuridico di dare attuazione agli accordi (fatta salva la responsabilità dello stato sul piano internazionale) oggi i vincoli rinvenienti dall'adesione all'Unione europea e dalla sottoscrizione dei trattati si traducono in parametri di sindacabilità costituzionale.

Da qui la moltiplicazione delle istanze di garanzia, e la necessità di raccordare l'intervento giudiziario non soltanto fra i giudici nazionali (giudice comune e giudice costituzionale) ma soprattutto fra questi e le corti sovranazionali e internazionali: in tale contesto, l'obbligo in capo al giudice di interpretare e applicare la fonte legislativa in modo conforme alla fonte "superiore" (di livello costituzionale, comunitario, internazionale...) finisce col divenire il criterio primario della garanzia giurisdizionale[13].

Con questo approccio, è la stessa matrice delle fonti e delle giurisdizioni ed il loro raccordo con l'idea (positivistica) della sovranità statuale ad essere messa in discussione.

Bisogna subito aggiungere che il ridimensionamento della forza normativa delle fonti interne, cui s'è fatto cenno, non è senza limitazioni, alla stregua della stessa interpretazione elaborata in particolare dalla corte costituzionale italiana.

Nella giurisprudenza costituzionale è ferma la statuizione che i principi fondamentali e i diritti inalienabili rappresentano elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, a far tempo dalla storica sentenza n. 1146 del 1988.

I principi supremi in quanto tali: sono sottratti alla stessa revisione costituzionale (sent 1146/1988), e operano come: *limite* all'ingresso delle norme di

[12] I. Bonafè, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione universale in materia civile*, in *Rivista di diritto int*., 2016, pp. 1106 ss.

[13] A. Ruggeri, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta Online*, 19 aprile 2013; R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015; P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1/2017, 31 ss.

esecuzione dei patti lateranensi e concordato (sentt. 30,31,32/1971; 18/1982); *limite* all'ingresso automatico ex art. 10 Cost. del diritto internazionale generalmente riconosciuto (sentt. 48/1979 e 73/2001; 238/2014); *controlimite* all'ingresso delle norme dell'Unione europea (sentt. 183/1973; 170/1984; 232/1989; 168/1991; 284/2007)[14].

Vero è che la molteplicità, anzi la moltiplicazione delle giurisdizioni richiede forme di dialogo nell'affrontare i casi concreti. Si tratta di un confronto idoneo sì a risolvere il fatto di vita portato alla cognizione dei giudici, e che inoltre si atteggia a elemento significativo anche ai fini della legittimazione (democratica) all'operato della giurisdizione. Con questa prospettiva, rileva in particolare la tecnica della individuazione delle fonti di diritto applicabile: a fronte di inefficienze o comunque di lacune dei criteri normativamente predeterminati intervengono gli istituti di riconoscimento giurisprudenziali. Qualche esempio già è stato illustrato nel campo del diritto internazionale privato; altri casi emergono nel dialogo fra corti nazionali e corti europee, che toccano proprio i profili più nevralgici della attuazione della certezza del diritto.

Così è, ad esempio nella materia penalistica, l'indagine sulla natura sostanziale oppure processuale di un determinato istituto, laddove vi siano divergenze fra il diritto interno e la giurisprudenza europea. Su questo piano si dipana il caso Scoppola, affrontato nella sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 17 settembre 2009. La questione è incentrata sulla regola della successione nel tempo delle leggi e sulla natura processuale della norma che consente la scelta del rito penale abbreviato: mentre il giudice nazionale ritiene di non potere applicare la regola della *lex mitior* in considerazione della ritenuta natura processuale della norma che disciplina il rito, la corte europea qualifica come ascrivibile al diritto penale sostanziale la successione legislativa sul rito laddove essa incida sulla pena in concreto da irrogare: la natura sostanziale della norma penale dovrebbe essere accertata di volta in volta in sede giudiziaria, indipendentemente dalla sua qualificazione formale.

Analogamente nel caso Taricco entra in gioco la qualifica come sostanziale o processuale di una norma di prescrizione penale in rapporto al principio di legalità e alla legittimità degli effetti retroattivi della norma. La qualificazione elaborata dalla corte di giustizia nella sentenza 8 settembre 2015 è oggetto di un vivace contraddittorio con la corte costituzionale italiana che, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 23 del 2017, prefigura il ricorso all'applicazione dei controlimiti[15].

Nel caso Contrada emerge il tema della giurisprudenza come fonte del diritto penale. La fattispecie riguarda una ipotesi di reato di concorso esterno

[14] E' poi intervenuta anche la sent. n. 269 del 2017.

[15] La Corte di giustizia decide con la sentenza 5 dicembre 2017.

in associazione mafiosa in riferimento a fatti risalenti agli anni Ottanta. Il concorso esterno in associazione mafiosa viene pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (quale interpretazione sistematica del combinato disposto degli artt. 110 cod. pen e 416-bis cod. pen) a far tempo dalla sentenza n. 16 del 5 ottobre 1994 resa dalle sezioni unite della corte di cassazione penale. In ossequio a tale giurisprudenza l'imputato è condannato; ma la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza 14 aprile 2015, statuisce la violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti perché l'imputato è stato condannato per reato non "esistente" al momento di compimento del fatto; a tale decisione si adeguano le sezioni unite della corte di cassazione che nel luglio del 2017 prosciolgono definitivamente l'imputato.

Merita di sottolineare che la corte europea accoglie il ricorso del condannato non perché non riconosca la giurisprudenza come fonte del diritto penale, bensì perché dichiara che l'orientamento giurisprudenziale "creativo" del reato ancora non si era delineato all'epoca dei fatti contestati.

Un tema di prescrizione e legittimità della confisca urbanistica dei beni oggetto di lottizzazione abusiva emerge nel caso Varvara. Mentre per il nostro ordinamento la confisca urbanistica è sanzione amministrativa, con la sentenza 29 ottobre 2013 la corte europea dei diritti dell'uomo qualifica tale misura quale sanzione (non amministrativa, bensì) penale in quanto avente natura repressiva, sicché essa non può essere disposta se non v'è una sentenza penale di condanna definitiva. La corte costituzionale, nella sentenza n. 49 del 2015, afferma che la giurisprudenza europea è vincolante soltanto quando "si sia consolidata in una certa direzione […] È perciò la stessa Cedu a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra". Conseguentemente, secondo la sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione del 21 luglio 2015, n. 31617 la confisca non deve essere revocata se vi è stata una sentenza di condanna in primo grado e poi il proscioglimento per prescrizione nel secondo grado di giudizio.

Anche la retroattività della legge interpretativa è stata oggetto di confronto fra il giudice nazionale e la Corte europea, nel caso che ha riguardato la eliminazione di talune agevolazioni nei criteri di computo di anzianità in occasione del trasferimento da un ruolo ad un altro del personale della pubblica amministrazione. La corte costituzionale, con la sentenza n. 311 del 2009, dichiara infondata la questione sollevata per conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea, ritenendo che sussistano i motivi imperativi di interesse generale, che secondo la giurisprudenza europea, possono giustificare interventi legislativi retroattivi.

Una situazione normativa sostanzialmente analoga è portata alla decisione dei giudici di Strasburgo nel caso Agrati. Nella sentenza 7 giugno 2011 la corte contesta la fondatezza degli argomenti portati dal governo italiano, che

almeno in parte riprendevano quelli svolti nella motivazione della sentenza costituzionale n. 311 del 2009, ritenendo che l'obiettivo dell'intervento legislativo sia stato in realtà unicamente quello di tutelare gli interessi finanziari dello stato attraverso la riduzione, proprio grazie all'intervento legislativo, del numero di cause pendenti; perciò conclude statuendo la violazione della norma convenzionale sul giusto processo.

Dalla giurisprudenza delle corti europee emerge il particolare favore per diritti e libertà, che vengono tutelati per così dire "a tutti i costi", anche travolgendo istituti, quale l'intangibilità del giudicato, l'estinzione per prescrizione, che sono a fondamento del principio della certezza del diritto e dunque essi stessi a presidio di diritti e libertà.

5. Una suggestione finale

Una suggestione a chiusura. Da un canto, la certezza del diritto nella prospettiva del cittadino esige regole giuridiche conoscibili, il cui contenuto sia prevedibile nel senso che non imponga necessariamente, a chiarimento della condotta richiesta, l'intervento giudiziario. Dall'altro, la certezza giudiziaria, soprattutto nella prospettiva del giudice, richiede regole giuridiche di riconoscimento univoche, anche a disciplina dei rapporti fra le molteplici sedi di giurisdizione. Per entrambi i versanti è indispensabile che le regole siano poste attraverso l'intervento (non del giudice, bensì) del legislatore, fermo restando che le regole devono essere applicate nel loro contenuto normativo quale esso risulta dall'enunciato testuale e non quale sarebbe rivendicato e voluto dalle altre istanze (del giudice interprete o degli altri attori istituzionali o ancora dei consociati) che si manifestano nell'ordinamento.

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 princìpi 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 Strasburgo[1]. 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

* 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".

e uno dei diritti contenuti nel catalogo convenzionale, *in primis* il diritto di accesso al giudice[2]. Inoltre, come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo dimostra, occorre sottolineare che il giudicato interno è esso stesso oggetto di protezione da parte della Convezione[3].

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 dottrina[4], 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*" sent. Gr. Cam., *Brumărescu c. Romania*, ricorso n. 28342/95, 28 ottobre 1999, parr. 61 ss. 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; 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

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 ricorrente[6]. Il precipitato di questa evoluzione

diritto *internazionale* pretende di imporre, *ab externo*, sugli ordinamenti statali. 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 rinunziato, 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. Guazzarotti, *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 attivati[7].

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 interno[8].

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 princìpi supremi dell'ordine costituzionale e ai diritti inalienabili della persona[10]; *ii)* la sottoposizione delle norme convenzionali al giudizio di legittimità delle leggi innanzi alla Corte costituzionale[11].

A ciò va aggiunto che l'art. 117, comma 1, Cost., nell'interpretazione datane 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 leggi[12]. 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 princìpi 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 giurisdizioni[13]. 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 princìpi 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. Veronesi (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 sviluppato[14], il diritto convenzionale si manifesta come un diritto sostanzialmente giurisprudenziale[15]. 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 violazione[17].

Quanto ai rapporti con la giurisprudenza costituzionale, il giudice delle leggi ha elaborato a partire dalle sentenze gemelle del 2007 alcuni strumenti ermeneutici[18], 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 diritto[19]. In particolare, il principio della massima espansione delle garanzie[20], quello dell'integrazione delle tutele[21], la necessità di tener conto della giurisprudenza della Corte EDU nella sua "sostanza"[22] e l'esigenza che il giudice costituzionale addivenga a una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti[23]

[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 princìpi 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 limita 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 giudice[25], 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*, parr. 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*

terpretativo[26]. 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 convenzionale[27]. 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 CEDU[28].

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 inerte[29].

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 giuridico[30]. 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 partecipanti[31]. 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 *cosmolopitan 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 sentenze[32]. 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 cognizione[33]. 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 princìpi stabiliti nella decisione invocata dal ricorrente, statuendo 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 rilevantissimi effetti che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo produce oggi nel nostro ordinamento. Come sottolineato da attenta dottrina[34], 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 processo[35]. 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 costituzionale[36].

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 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 eranno 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 Strasburgo[37].

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) definitiva[38]. 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 formatisi 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 diritti fondamentali. Tuttavia, a fronte dell'emergere nella giurisprudenza

[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 princìpi 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.

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 costituitesi 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 vittime[40].

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.

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

di Bruno Brancati*

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 dottrina[1] 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 marginalizzato[4]. 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

* Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali (dottorato di ricerca conseguito presso l'Università di Pisa, abilitazione scientifica nazionale, II fascia, settore concorsuale 12/C1 - Diritto costituzionale (23/07/2018 - 23/07/2024).).

[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.

che l'uso del termine "*de-legalisation*" si riferisce principalmente a profili di illegittimità e alla crisi della costituzionalizzazione e della democraticità delle decisioni[5], 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

[5] N. Scicluna, *European Union Constitutionalism*, cit., 5 s.; 123; 125 ss.

e ad un intreccio continui tra due livelli di governo – nazionale e sovranazionale: più appropriato sarebbe dunque parlare di "duplicità", e non di molteplicità. Il ciclo di bilancio, che conduce alla legge di bilancio[6], 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 macroeconomici[7]. 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 sovranazionalizzazione[8]. Si deve osservare, però, che tali strumenti hanno anche stretti legami con l'ordinamento giuridico dell'Unione e hanno avuto un forte

[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.

impatto sugli ordinamenti giuridici nazionali: sussistono, dunque, interrelazioni 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 lavoro[9].

Il *Fiscal Compact* ha ad oggetto le politiche ed i vincoli di bilancio recependo – 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 UE[10]. 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, ma è nondimeno assai rilevante: fornire "visibilità" alle regole sui bilanci, anche per dare un "segnale" ai mercati[11]. La seconda ha sicuramente maggiore pregnanza giu-

[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.

ridica: si tratterebbe di coinvolgere i meccanismi di garanzia nazionali, per cercare di compensare le carenze che affliggono il livello sovranazionale, in particolare per quanto riguarda il coinvolgimento della Corte di Giustizia[12].

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 neoliberista, che sembra "colorare" ideologicamente un testo costituzionale che originariamente, in materia di bilancio, lasciava il legislatore alquanto libero di fare le sue scelte[13]. D'altro canto, la nuova normativa contiene anche alcuni margini di flessibilità[14]. 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. Ciononostan-

[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, ordoliberale e austroliberale, e risulta alquanto incompatibile con un approccio autenticamente keynesiano (vedi O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio*, *keynesisimo 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 MES[16]. 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 scelto[17]. 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 politica[18]. 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 (artt. 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'ESM 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 membri[21].

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 intensamente coinvolte nei processi decisionali innescati dalla crisi[22].

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 affermato[23] 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, importanti

[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).

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. 8[24], 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 Giustizia[25]. Questa potrebbe, forse, svolgere il ruolo attribuitole 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 scolastico[26]. 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 esigenze finanziarie, la

[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 *giustiziacivile.com*, n. 9/2016, Approfondimento 8 settembre 2016.

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 ad oggetto misure adottate dalla BCE. La vicenda relativa al primo si è conclusa. Essa ha riguardato l'OMT, un programma annunciato dalla BCE[27]. Con il suo rinvio, il Tribunale costituzionale tedesco aveva posto le premesse per un conflitto potenzialmente irreparabile[28] con la Corte di Giustizia, ma alla fine la pronuncia di quest'ultima[29] è stata osservata (pur con alcune critiche del Tribunale costituzionale federale tedesco[30]). Il secondo rinvio pregiudiziale, invece, è stato sollevato nell'estate del 2017[31] ed ha ad oggetto il Quantitative Easing (QE), una misura della BCE che ha già avuto importanti implicazioni pratiche[32]. 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 conflittuale[33]. 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.dirittocomparati.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 incostituzionalità[34].

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 anticrisi[35]. 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 decisionale[36]. 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 Portoguese 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-ispano-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 abusi[37].

[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.

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 principialista – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Come ben evidenziava Carrè de Malberg[1], 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.

É 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 Poumarède[2], 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 parlaments* (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 statuale 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.*

Leonardi[3], 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 giudiziale sulla base di principi costituzionali.

È il caso, ovviamente, della materia lavorista e degli approcci giudiziali 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 Tarello[4] 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 statuale, 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 statuale.

- 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 aprono 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 diritto[5].

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 topico 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 principialista.

3. Orientamento neo-pandettista

Uno degli esponenti di questa impostazione del rapporto tra legge e giudici è sicuramente da individuare in Paolo Grossi[6].

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 comunità[7].

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 statuale 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 statuale).

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 Preterossi[8].

In questo senso, si rivelano molto lucide, altresì, le considerazioni di Maria Rosaria Ferrarese[9], 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 Teubner[10] 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 validarli, 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.

Dunque, il rischio, in un modello c.d. neo-pandettistico è che le teorie

[8] G. Preterossi, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Questione 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.

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.

É 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.

É 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 Weber[11], ha avuto bisogno di un diritto che si potesse calcolare in modo simile ad una macchina, oggi la perdita della calcolabilità come dice Irti[12] 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 mercantili[13]»;

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.

É, quindi, un *gioco*, per riprendere Guido Rossi[14], senza regole, teso prevalentemente ai risultati nel breve termine.

4. Orientamento neo-positivista

Alla c.d. neo-pandettistica si contrappone il pensiero positivista (Ferrajoli[15]), 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].

Si critica la giurisdizione degli interessi e si riconduce l'attività dell'interprete ad un'attività finalizzata a valorizzare la dimensione equitativa di

[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.

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 Dworkin[17] e di Zagrebelsky[18].

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 interpretativo[19].

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 diritto[20].

Il rischio è che questa teoria, pur facendo vivere i principi costituzionali

[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 costituzionale, si veda anche G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, pp. 32 ss.

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.

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 diritto[1] si pongono in 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 legittimi[2]. 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*, Tübingenm 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*,

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 recenti[4]. Fuori dalla Corte fu evocata già nel 1953 da Piero Calamandrei[5]. Oggi è denunciata soprattutto dal Consiglio nazionale forense e dal CSM[6], praticamente tabù

28 (1951), 146-152; M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi della legittimità*, Milano, 1979; C. 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*.

invece per la Corte Suprema di Cassazione e il Presidente della Repubblica. 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 emergenziali[8]. Per quanto riguarda invece la "certezza del diritto", principio più generale rispetto a quello della legalità stretta in materia penale[9], 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 Stato[10], per spiegare la preferenza data ad una sentenza interpretativa di accoglimento[11] o per giustificare ragionevoli limiti alla retroattività delle proprie sentenze di incostituzionalità[12]. Il principio generale della certezza del diritto è stato usato più frequentemente per adire la censura delle leggi, regionali[13] e statali[14], più

[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-

raramente per difenderle. Il "problema se la certezza del diritto 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 elettorale[16]. "*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 più[19]. 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 reinventi 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 macchinalmente, 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 leggi[21].

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. 3707[22]. 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 memoria[23]. 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 diritto[29], da Carl Schmitt anche riferiti alla legge e agli atti governativi aventi valore di legge[30]. 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 indeterminatezza 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 rationabilitas" 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 costituzionale[35], 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" austriaca[36]. 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 base[37]. 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 riecheggiava 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 determinato 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 identità[42]. 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 costituzionale[43] – 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 leggi[44]. 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-leattualitanel-diritto.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 dottrinali[45].

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 connaturate 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 ordinamento 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 Assissi")*, 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 costituzionali[48].

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. 525/2000[49], 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 diritto[50] 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 giustifichino 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'anno[54]. 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 2017[55] che ha dichiarato incostituzionale una disposizione della legge federale per la riduzione dei privilegi fiscali del 2003 che conferiva un'efficacia retroattività 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 die 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, precondizione 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 ne 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 italiano 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 ricerca[56]. Nella Conferenza trilaterale delle Corte 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 inderogabile"[57]. 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 legislativo[59]. Per quanto riguarda la giurisprudenza, va subito premesso che non è una specialità italiana, trovandosi anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[60], 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'individualizzazione 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 illegittimi[62].

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 poteri[63] 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 riducibile …), 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. anticipata"[68]. 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 espiare, 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 analoga 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 sopravalutata appare infine la sentenza n. 303 del 1996 (rel. Mirabelli) che significativamente non utilizza la formula dell'automatismo[70]. 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 norme 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 tali[77]. 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 statuale (…). 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 dottrina[79], 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 sproporzionati 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 le 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 eccezione legittima 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 speciale[83]. Un altro esempio, oggetto di separata relazione, è la c.d.

[83] *http://storia.camera.it/documenti/progetti-legge/19530724-24-capalozza-ed-altri-annullamento.*

"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 adeguartice 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 de i 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.

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 *iurisdictio* 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 politiche[2]. 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 tenuta[3].

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 giustizia[4]. 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 legislatore[7].

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 ordinaria[9], 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 sostanziale[10]: 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 naso-gastrico 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)a *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 stesso[15].

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 raglio 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 politico[16]. 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 legislativa[17].

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 legislatore[18]. 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 aproblematicamente 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'esplodere 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 espressamente[19] – 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 giusliberismo[20]. 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 giustizia[21], 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 colmare[22]. 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 sociale[23], 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 tradizionali[24]. 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 scelte[25]: 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 poteri[26]. 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 rami[27]: 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 tecnica[28]: 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 separazione[30], 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 legislatif*, 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.vo 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 Stato[31], 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-naturale[32], 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 politica[34]. 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 coessenziale alla democrazia[36]. 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 Costituzione[37].

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).

[M]a 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 *RivistaAIC*, 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 I 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 scongiurato[39].

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 *iurisdictio*[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 *iurisdictio* 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 novità[42] 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 generalizzatosi 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 valorizzate[43]. 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 medioevo[44]: 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 diritti[46]; 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 costituzionalismo[48], 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 costituzionale[51]. 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 informatori 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 principi[52]: 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 striderebbe 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 insieme[56], 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 diritti[58].

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 rappresentanza[59] – 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.

smo 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 valori[60].

[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 americana[61]. 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 costituzionale[62], 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 limite[63].

Infine, sullo sfondo della problematica si intravede la dialettica tra ogni attività di creazione giudiziaria ed il carattere democratico dell'ordinamento[64], 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 confliggenti[65]. La tensione è percepita anche nell'ordinamento statunitense[66], 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.

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'ordinamento[69]. Non è un caso che il giurista che non intenda discostarsi dalla prospettiva positivistica 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 *iudicial 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 princìpi*, 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'esplicita disposizione di legge[71].

3. Il principio di soggezione "critica" del giudice alla legge

Il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere conseguentemente reinterpretato[72] 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 princìpi*, 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.

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 *indipendenti* dalla legge[73]: 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'anteriorità 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 diritto[74]. 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 diritto[75]. I singoli modelli[76] 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 ridistribuzione 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 garantire[77].

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 giuridici[78] (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.

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 legislativi[80] 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 costituzionale[81]. 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 straniero[82], 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 sordi[83].

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 uguaglianza[84]. 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 previste[85]. 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 apprezzamento[86]. 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 costituzionale[87].

[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. Pugiotto, 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.

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 interessati[88].

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 civili[89]. 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 pubblico[90]. L'innovativo provvedimento giudiziario tuttavia non ha superato il vaglio del giudice di appello[91], 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 2010[92], 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 attribuiscano un trattamento deteriore[93]. 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. 40/2004[94], 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 famiglia[96]. 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 Cedu[97].

[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 nascita[98], 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 ordinamento[99]. 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.

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 Trento[101] 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 curatore[102] – 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 personale[103].

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 veridicità[104]: il riconoscimento viene così annullato. Adita dalla madre, la Corte d'Appello di Milano[105] 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.

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 gestante[106]. 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 madre[107].

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 gestante[108], 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, ovverosia 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 mondo[109].

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 lavorio 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 italiana[112], non migliore sorte ottiene la domanda in appello[113]. I giudici di secondo grado si fanno forti anche del giudizio costituzionale[114], 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 costituzionale[115], che però ancora una volta sfocia in una sentenza di inammissibilità[116]: 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 Paese[117]. 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 materno[118]. 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 legislatore[119].

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 conseguenziale, 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 *RivistaAIC*, 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 tutore[120]. 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 rifermento 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 integrerebbe 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 cure[121]. 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 eccezione[122]. 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 giudice[123].

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 volontà[124]. 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 etico[125], 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 protrarre 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 atteggiano 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 comminino 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 suicida[127].

[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 Milano[128] 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 inviolabile[129], 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 incontrollabile[131]: 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 dottrina[132], 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 esplichi nella fase esecutiva del reato[133]. 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, *Munaò*, 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, *Munaò*, 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 volere[135], 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*, Journees 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 analogica[137] tra il diverso grado di rispondenza al modello sovralegale 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, tracimino 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 valutazione 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 tribunale[138] 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 frappongano 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 amministrativa[140]. 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 soggettivi[142] (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 fonti[143], 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 extraordinamentali.

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 *piramide*, 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 richiami[144] 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 incomunicabili, diviene tecnica familiare nel linguaggio giuridico relativo alla tutela dei diritti inviolabili[145].

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 generalità[146]. 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 vanti[147].

[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'amplissima 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 indebolita[148]: un segno di ciò sembra rinvenirsi nel carattere aperto e "poroso" rispetto alle forme di evoluzione della salvaguardia dei diritti sviluppatesi 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 Diritto dell'Uomo*, in *www.europeanrights.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 etico[150]. 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'ordinamento[151]. 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 procedurali[153], 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 letteratura[154].

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 rilievo[155], 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 anomale[156]. 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 portare 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 predominante[157]. 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, cha ha indubbia legittimazione, non produce, come per reazione chimica, un precipitato definito, ma consente molteplici punti di equilibrio estremamente variabili come frutto della loro composizione[158] (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 contemperamento 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 giurisdizione 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 contemperamento come forma di applicazione tipica dei principi, v. R. Alexy, *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 *equivalga* a mancanza di ogni legittimo ostacolo alla loro massima espansibilità[160]. 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 citata[161], 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,le, *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 satisfattive o incidono sulla validità di atti formatisi 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 contempli 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 europea[163].

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 confacente[164]. 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 giuridica[167] 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 decisionismo[168].

[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.

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 approcciarsi in modo più consapevole alle decisioni della Corte costituzionale e di metterne a fuoco gli schemi valutativi, 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 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 coinvolti nella specifica materia.

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 di

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

un certo diploma di laurea per accedere a un concorso pubblico, il superamento di una certa soglia di età per acquisire la capacità di agire, o di un certo diritto, 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 genitoriale[1]. 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 vieppiù *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 derogatoria[2].

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 generale e astratta, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla 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 valutativa, 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 filtro[4].

Riflettendo in merito al secondo versante, quello concernente la conseguenza giuridica derivante dal verificarsi della fattispecie-presupposto, essa

[3] G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*. I. Storia, principi, interpretazioni, Bologna, 2012, 181.

[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 verificazione.

è "*altrettanto precisamente definita*" nel senso che deve trattarsi di un effetto fisso, non 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 del settore, 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 coessenziali 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, irretrattabile.

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'espediente 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 assicurarla[6], 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.

[I]nsiste sull'elemento della inderogabilità J. Luther, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in questo Volume, 99 per il quale queste proposizioni si risolverebbero in comandi o divieti, appunto, inderogabili, caratterizzate da una fattispecie e una conseguenza giuridica dotate di determinatezza sufficiente a non dare luogo a incertezze, con l'effetto di produrre un "diritto conoscibile, affidabile e calcolabile".

[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.

che attraverso il subentro, disposto dalla Corte, di una nuova regola capace di operare alla stregua di una presunzione relativa[7] - di ricollocare l'attività probatoria al centro del giudizio[8]. 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 legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto».

239 del 2014 e 76 del 2017), o, ancora, alle pronunce relative a taluni (illegittimi) rigori nella 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, Milano, 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 giustinianeo, 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.

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 verificazione 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 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 strutturale[12]. 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 che una disposizione prescriva la nullità di un atto o l'esclusione di un'azione

[10] V. Andrioli, *Presunzioni*, cit., 767.

[11] R. Jhering, *Geist. des romischen Rechts auf den verschiedened 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.

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 presunzione[13]. 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 legge[14]. Non diversamente, potremmo aggiungere, dagli automatismi legislativi, anch'essi, come si è anticipato, poggianti su premesse che non affiorano a livello normativo ma che rimangono implicito presupposto della loro 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 dal legislatore 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", ovverosia, 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 (o "giustificazione legale") 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 probabilistico tra il fatto ignoto e il fatto noto inevitabilmente rileva ai fini

[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.

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 sotteso alle presunzioni: l'*id quod plerumque accidit*[15]. Converrà 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 problematicamente drastica. E non sarà un caso che, proprio per la problematicità

[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.

insita in queste figure giuridiche, lo stesso codice civile ne abbia ristretto i contorni[20], spesso attraverso la previsione di deroghe che impattano notevolmente sulla loro effettiva portata[21].

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 verificazione 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 presuntivo[22].

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 apparisca 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 obbiettive 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 autonomia[23], 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 la sua regola") sull'altare della generalizzazione, in linea teorica contravvenendo infatti al divieto, anch'esso discendente dall'art. 3 Cost., di pareggiare situazioni che siano oggettivamente diverse[24]. 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 distingua 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 disvelano tutte le difficoltà di comprendere fino in fondo la portata del principio di uguaglianza[27].

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.

[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. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 213. Diversa l'impostazione fatta proprio da N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, edizione aggiornata in corso di pubblicazione, per cui se si permettesse sempre di differenziare ogni situazione dell'altra in sede giudiziaria "l'ordine giuridico" si convertirebbe in un dis-ordine, costituito da una miriade di situazioni tutte l'una diverse dall'altra, ciascuna necessariamente bisognosa di una specifica soluzione, la quale sarebbe data non dalla legge in generale, ma dal giudice caso per caso".

[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.

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 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 do-

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 al limite argomentare l'esistenza di una "riserva" di spazi valutativi in capo ai soggetti dell'applicazione normativa[31].

vrebbe lasciare spazio alla autodeterminazione degli individui, soprattutto quando quest'ultima servente 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 (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 *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.

Per una valutazione sulla tendenza della cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo a dare prevalenza al momento giurisprudenziale rispetto a quello legislativo (anche

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 di ciascun caso (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 massimo[32], 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

attraverso lo smantellamento degli automatismi e con ricadute sulla certezza del diritto) G. Pino, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale,* in questo Volume, 121 ss.

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 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., 183; 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 4/2017 sulla Rivista AIC.

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 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'evolutività della personalità del minore*" richiede[36]. La circostanza di avere di fronte soggetti che, in costante evoluzione psichico-fisica, si tro-

[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.

[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. Evidenzia 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 previsto l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre 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.).

vano 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 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'applicazione[37].

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 verificazione 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,

[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.

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 cedevole[38]. Si tratta di due 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 probabili-*

[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 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.

tà"[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 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 volta 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

[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.

[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 minorenne figlio 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.

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.

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 formatasi in argomento[41].

Prima di soffermarsi sulle tecniche decisorie sviluppate dalla Corte per scrutinare automatismi, sembra però importante indugiare per un attimo su un aspetto preliminare, messo a fuoco in due recenti 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 infraseienne (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

[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.

non presenterebbe i tratti tipici dell'automatismo[43]. Essa semmai limita la rigidità dell'automatismo prescritto dal legislatore in materia 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 tradizionale[44]. 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 costituzionale[45].

Ciò premesso, e passando all'esame del tipo di *test* al quale gli automatismi legislativi (o presunti tali) vengono sottoposti, va anzitutto osservato

[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) scrutinata.

[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.

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 legge[46].

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 contraddirla[48]; 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

[46] G. Scaccia, *Gli "strumenti"*, cit., 244.

[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*".

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 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 norma[51]. La disciplina può essere considerata troppo ampia, però, anche quando la lente della Corte si appunti 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

[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*".

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.

caso alle pronunce di illegittimità che stanno pezzo per pezzo iniziando a erodere il già citato art. 275, comma terzo, 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 ben potrebbero corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere[52]. 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 disciplinare[53].

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 valutativa[56]. 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 quat-

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 genitoriale[58]. 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 adottati[59], 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 generale[60]).

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

tordici 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.

[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.

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 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 minore[63]); 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 giovarsi di una immunità non solo

[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, M. 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.

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 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 giudice[65], che come si è detto potrebbe a sua volta commettere errori.

Anche la diversa sorte spettata alle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento alla condizione delle madri detenute si spiega - tra le altre ragioni – anche per i differenti pesi delle esigenze in discussione[66]. 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,

[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.

[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.

comma terzo, 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 laddove sussistano esigenze cautelari[67]; 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 anni[68]. 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 terzo, 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 minore[70].

Questo esempio, tratto da alcune delle più recenti decisioni in argomento, consente di confermare l'impressione che emerge anche da una complessiva

[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 espiare 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. Caredda, *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.

considerazione dei più salienti tracciati della giurisprudenza costituzionale formatasi nel corso degli anni sugli automatismi legislativi; l'impressione cioè che - nonostante l'innegabile presenza di schemi valutativi ricorrenti - sia guardando agli esiti, sia soprattutto guardando ai percorsi motivazioni di volta in volta costruititi, 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 è 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[71].

[71] E che ad esempio lascia incerta la sorte che spetterà all'art. 43 T.U.L.P.S., che inibisce il rilascio della licenza di portare armi nei confronti di chi abbia riportato talune condanne. Il TAR Friuli Venezia Gulia, con ord. n. 190 del 2018, ha sollevato questione di leggittimità costituzionale della norma della parte in cui prescrive tale automatismo in caso di persona condannata per furto, assumendo la lesione dei principi di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza.

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 giurisdizionali[1].

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 legge[2]. 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 *Com-*

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 farlo[3]. 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 giudice[4].

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 giudici[5], 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

mentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 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».

a "degenerazioni di un legislatore-giudice"[7]. La situazione che ne deriva si 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

[7] Espressioni di F. Bilancia, Intervento su *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 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.

dei centri di produzione normativa e la conseguente maggiore complessità del sistema delle fonti; *d)* l'aumento delle autorità giurisdizionali chiamate 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 giurisprudenziali[11], 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 giurisdizionale[12], soprattutto laddove cercano di neutralizzare un determinato orientamento giurisprudenziale, o di rovesciare l'esito di determinati processi, o addirittura di "scardinare" giudicati[13]; le leggi costituzionali approvate dopo l'annullamento da parte della Consulta di disposizioni di legge ordinaria dal contenu-

[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*).

to simile a quello poi inserito nel testo della legge costituzionale[14]; o ancora, le leggi approvate senza tenere conto di precedenti pronunce della Corte costituzionale[15].

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 giudiziaria[16]. 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 evitabile[17]. In questi "settori" la magistratura ha così fatto

[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 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

applicazione diretta (talvolta in anticipo rispetto agli interventi della stessa 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 lavoro[18]. Attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali, ha altresì in molti casi riconosciuto e tutelato i c.d. nuovi diritti della persona[19], 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 giudice[20]. 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 giudice[21], 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 normativa[22]. 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,

vuol dire che il fenomeno è generale e non riducibile a un'esuberanza di un potere a scapito dell'altro».

[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.

o ancora di leggi che non vengono attuate e necessitano di ulteriori norme per darvi applicazione, o che vengono dichiarate incostituzionali)[23]. Siffatti 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 creatività[25], laddove, invece, un quadro nor-

[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 confuso 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*

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 antinomie[26]. 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 giurisprudenza[27]. 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].

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 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 Convegno 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

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. Infatti, 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 esclusiva[29].

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 giudici[30] 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.

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».

[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.

2. L'evoluzione delle relazioni tra giudici comuni e Corte costituzionale: 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 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 Costituzione[33]. 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 esercitate[34]; 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 stesso[35].

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 Corte[36], chiamato a partecipare attivamente, attraverso il

[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 princìpi 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

potere di rimessione della questione di costituzionalità, «all'elaborazione e attivazione [del]l'indirizzo (politico)-costituzionale»[37]. Ne deriva «un'indubitabile 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 legge[39]; dall'altro, inizia a richiedere ai giudici comuni (pur gradualmente e dopo molte resistenze iniziali[40]) 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.

quei limiti e quindi per l'attuazione dei princìpi 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.

[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.

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 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 costituzionali[42].

La Corte costituzionale, peraltro, non si è limitata a sancire l'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, ma, a partire dal 1998[43], 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 questione[44].

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 princi-

[41] Corte costituzionale, sentenza n. 356 del 22 ottobre 1996, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[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.

pio[45], 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 eccessivo[47], 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 accentrato[48];
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 supremazia[49] 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 costituzionale[50]. Il rischio è che il

[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».

[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 sottoutilizzato 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. Cicconetti, *Lezioni di giustizia*

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'è[51]. Laddove questo si verifichi, la conseguenza sarebbe non soltanto una sostituzione dei giudici comuni al giudice costituzionale, ma anche una sostituzione dei giudici comuni al legislatore[52].

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 costituzionale[54]. 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.

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.

[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 *Giurisdizione e giudici nella Costituzione*, Quaderni del Consiglio superiore della magistratura, n. 155, 2009, 39.

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 giovarsi dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato» (oggi art. 267 TFUE)[55]. La giurisprudenza affermatasi 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 disapplicate 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 rapportare 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 europea[57].

[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 enun-

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 eurounitario[58]. 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].

ciato 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» 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).

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 alla Corte di Giustizia[60] (durato fino all'ordinanza n. 103 del 2008 per quanto riguarda i giudizi di costituzionalità in via principale[61], 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,

n. 207 del 2013 per quelli in via incidentale[62]), nonché all'affermazione della necessità per i giudici comuni di risolvere le c.d. questioni "doppiamente pregiudiziali" rivolgendosi preliminarmente al giudice di Lussemburgo[63].

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 1991[64]. Nell'ambito di quel

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 Corte, 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 ricono-

giudizio era emerso appunto il problema delle c.d. questioni "doppiamente pregiudiziali", ossia aventi ad oggetto disposizioni legislative contrastanti – 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 nazionale[66]. 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 eurounitario, che potrebbero eventualmente portare alla disapplicazione della prima e alla conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità nel giudizio nazionale[67].

sciuti – 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.

[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.

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 norma 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 accennato[70].

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

68 Corte costituzionale, ordinanza n. 249 del 12 luglio 2001.

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.

anche condurre alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto sovranazionale da parte dei giudici nazionali[71], il "potenziamento" dello strumento del rinvio pregiudiziale effettuato dai giudici comuni, l'affermazione della prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno (e finanche sul giudicato interno[72]), la vincolatività della pronunce della Corte di

[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 Mediterraneo* 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 Olimpiclub* 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 Olimpiclub 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*

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 interpretativa[73]. 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

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 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 eurounitario 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.

dell'Unione europea[74] (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.

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 2007[75], 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 com-

[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 eurounitario 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.).

[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*.

pito 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, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione 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

[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*.

[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.

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 diritto[78].

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 della produzione della Corte, mentre in passato coprivano fino al 90% della stessa[79].

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 anno[80]. 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 principale[82]. 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,

[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».

[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.

della Costituzione[84], dall'altro, dalla sensibile riduzione nel tempo degli atti di promovimento delle questioni in via incidentale da parte dei giudici[85]. 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 l'obbligo di risolvere le questioni "doppiamente pregiudiziali" rivolgendosi in via preliminare alla Corte di Lussemburgo[86].

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 principale[87], 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 Corte[88].

[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).

[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'"assestamento" 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%

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 Corte[89], 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 significativi 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

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*.

[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 rimeditazione dei caratteri proprii 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 giudizii a quibus o tali da coinvolgere, piuttosto che valutazioni di compatibilità costituzionale delle discipline, apprezzamenti di merito circa le scelte discrezionalmente operate dal legislatore».

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 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 sociali[93]. 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.

[91] V. *supra*, nota 90.

[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*.

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 giudici[94]. 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 inglese[96].

Del resto, già oggi nel nostro ordinamento la pratica di riferirsi e uniformarsi (fatte salve buone ragioni in contrario) ai precedenti giudiziari è diffusamente seguita[97]; pertanto, anche se i precedenti non hanno efficacia

[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.

[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

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 individuale[98]. 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 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

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.

[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».

criteri per rendere più "certe" e prevedibili le decisioni giurisdizionali, soprattutto quelle della Corte di cassazione e della Corte costituzionale[100].

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 costituzionalità, 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 interpetazione 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 controverso[101]. In questo modo potrebbe aversi una rivalorizzazio-

[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*).

[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».

ne sia del giudizio incidentale[102], sia delle sentenze interpretative della Corte costituzionale[103], 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 vivente[104].

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 Costituzione[105]. 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 diritto[106].

Riguardo invece al secondo aspetto, che coinvolge i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea, sarebbe opportuno

[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 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.

che la Corte costituzionale si "riappropriasse" in qualche modo delle decisioni sulle questioni "eurounitarie" (soprattutto laddove queste vadano a toccare norme e principi costituzionali nazionali[107]), provando a rivedere e rimodulare il "riparto di competenza" fra giudice costituzionale e giudici comuni elaborato a partire dalla sentenza n. 170 del 1984.

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.

[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 autocomprensione 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 pronunzia 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*.

CARENZA LEGISLATIVA E DOVEROSITÀ DI INTERVENTO GIUDIZIARIO: PESI E CONTRAPPESI TRA RISOLUZIONE DEL CASO CONCRETO E (IN)CERTEZZA GIURIDICA

di Maria Teresa Stile*

Sommario: 1. Note introduttive – 2. Normativa costituzionalmente necessaria e assenza di disciplina legislativa – 3. Interpretazione costituzionalmente orientata e doverosità d'intervento del giudice comune? Contrasti dottrinali e giurisprudenziali circa l'immediata applicabilità della sentenza n. 278/2013 della Corte costituzionale – 4. Il problematico rapporto tra pronuncia della Corte costituzionale e carenza legislativa: l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte nella pronuncia n. 1946 del 2017 e la successiva interpretazione estensiva della Cassazione nella sentenza n. 6963 del 2018 – 5. Considerazioni conclusive.

1. Note introduttive

Sullo sfondo del presente dibattito "Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto" si profila in maniera esplicita il problema del ruolo che il giudice interno o "comune" assume in un contesto ordinamentale, in cui vengono ormai a confluire norme e regole proprie di una società pluralista e globalizzata, quale quella attuale, stratificata su un sistema multivello.

L'indagine muove dall'osservazione del fenomeno, pervenuto alla ribalta, specialmente negli ultimi tempi, dell'esistenza di vuoti normativi che pongono l'interprete nell'alternativa se colmare la lacuna sul piano ermeneutico o se attendere a tal fine l'intervento del legislatore.

Il risultato è stato quello di risolvere il problema caso per caso, potendo verificarsi talvolta la necessità di attendere l'intervento legislativo e talaltra quella, in base al quadro generale di riferimento, di trovare una soluzione unicamente a livello esegetico.

Ne sia di esempio, tra l'altro, come conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale in tema di anonimato del parto, il caso risolto dalla sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte n. 1946/2017 e da ultimo, l'interpretazione estensiva, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, della normativa nazionale in materia, offerta dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 6963/2018, sul problematico profilo del bilanciamento tra di-

* Ricercatrice di diritto pubblico e docente di diritto pubblico e diritto dell'Unione europea, Università Telematica *PEGASO*

ritto alla riservatezza della famiglia biologica e diritto di accesso alle origini proprie dell'adottato.

2. Normativa costituzionalmente necessaria e assenza di disciplina legislativa

Tra i casi in cui la problematica dei rapporti tra prescrizione costituzionale e disciplina legislativa di attuazione si è posta, grande interesse ha suscitato la questione sviluppatasi intorno all'esigenza, da parte dell'adottato, di conoscere le proprie origini, da sempre considerata, nel nostro ordinamento costituzionale, espressione di un diritto fondamentale e, come tale meritevole di tutela. Ma tale diritto ha anche, da sempre, avuto come antagonista quello della madre biologica all'anonimato.

Come è noto, l'anonimato del parto é un istituto teso a garantire alla donna la possibilità di partorire in condizioni sanitarie adeguate, e dunque non clandestinamente, senza dover accettare contro la sua volontà la costituzione del rapporto di filiazione. Il parto anonimo trova la sua tutela in un ordinamento, quale quello italiano, informato al principio volontaristico che demanda, in ultima analisi, alla libera scelta della donna l'instaurazione dello *status* di madre. Il diritto all'anonimato della madre naturale può successivamente venire a confliggere con il diritto del figlio, adottato da terzi, a conoscere le proprie origini e l'identità dei genitori biologici.

Il legislatore italiano ha, per lungo tempo[1], bilanciato gli interessi in gioco consentendo, in linea di principio, all'adottato ultraventicinquenne di accedere alle informazioni sulla madre naturale e negando tale accesso in presenza dell'avvenuto esercizio del diritto della madre biologica a non essere nominata nella dichiarazione di nascita (art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983). Tale forma di bilanciamento ha, in più occasioni, suscitato critiche sia in dottrina che in giurisprudenza, tutte convergenti nella direzione di prospettabili profili di illegittimità costituzionale[2].

Prescindendo dal ripercorrere i ben noti arresti della Corte costituzionale[3] in materia, quel che preme rimarcare è il diverso orientamento seguito dalla Consulta nella pronuncia n. 278/2013, che, pur non intaccando l'istituto del parto anonimo né le ragioni di tutela della vita e della salute della madre e del figlio che esso mira a soddisfare, incide efficacemente sul profilo

[1] Prima, cioè, della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, che ha riconosciuto al figlio adottivo, che intenda conoscere le proprie origini, la possibilità di chiedere al giudice di interpellare la madre circa la persistenza della sua volontà di rimanere anonima.

[2] Sul tema vanno richiamate le interessanti ed articolate riflessioni illustrate in occasione del "Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014".

[3] *Ex* plurimis, il riferimento è, in particolare, alla pronuncia n. 425/2005, in cui la Consulta aveva rigettato un'identica questione accolta, invece, nella sentenza n. 278/2013.

del bilanciamento. Ciò che è venuto a mutare per effetto della pronuncia costituzionale è, dunque, la contemperazione tra il diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini ed il diritto della madre biologica all'anonimato, introducendo la possibilità di un intervento giudiziale ai fini della verifica della persistente attualità dell'opzione materna per il segreto sulla propria identità.

Tra i motivi di interesse della pronuncia, si segnala, innanzitutto, il deciso *revirement* della Corte costituzionale, la quale è pervenuta ad una decisione di accoglimento dopo che, con la sentenza n. 425 del 2005, aveva rigettato un'identica questione. Tra i due arresti giurisprudenziali si colloca cronologicamente la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012 nella causa *Godelli* c. *Italia*[4] , che, stigmatizzando il difetto di equilibrio e di proporzionalità nella pertinente normativa nazionale, ha indubbiamente costituito un decisivo fattore di ripensamento delle posizioni precedentemente espresse dal giudice costituzionale.

Peraltro, la sentenza del 2013, pur dando ampiamente conto in motivazione della pronuncia di condanna emessa in sede europea, ha ritenuto l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'impugnato art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 sulla base della considerazione di parametri esclusivamente "interni", quali gli artt. 2 e 3 Cost., dichiarando assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento anche all'art. 117, primo comma, Cost., la cui evocazione aveva contribuito a differenziare la questione scrutinata da quella esaminata con esito opposto nel 2005.

In questo contesto sono comprensibili i diversi distinguo valutativi, che hanno assunto non dirado forme di totale contrasto.

Secondo alcuni, la sentenza ha costituito il momento terminale di un contrastato rapporto tra ordinamento interno e sistema convenzionale in materia di parto anonimo, mediante il riconoscimento della necessità di recepire la giurisprudenza di Strasburgo in materia[5].

Secondo altri, la Corte, pur richiamando "opportunamente" la sentenza *Godelli*, "non risolve la questione utilizzando la via, forse più facile, della violazione" dell'art. 117, primo comma, Cost. e "dichiara l'incostituzionalità per violazione degli artt. 2 e 3 Cost.". Dalla decisione europea è giunto l'invito a "riflettere sul profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre", ma le argomentazioni ivi contenute sono state utilizzate "per puntellare una motivazione che la Corte italiana costruisce in modo autonomo. Quasi a voler sottolineare che non è necessario ricorrere a tutele esterne per garantire diritti che possono essere ricostruiti, a tutto tondo, già in forza delle norme costituzionali. La Corte segue la via del dialogo

[4] Corte EDU, 25 settembre 2012, r. 33783/09, *Godelli* c. *Italia*.

[5] S. Favalli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013.

con la Corte di Strasburgo, senza tuttavia lasciare a quest'ultima, e al testo che essa interpreta e applica, il ruolo di garante dei diritti. Ciò si traduce nel mancato ricorso al parametro, pure invocato dal giudice rimettente, dell'art. 117, primo comma, Cost., la cui violazione anzi viene ritenuta assorbita per il fatto che la disposizione censurata si pone già in contrasto con altre norme costituzionali"[6].

Altri ancora hanno tenuto a specificare[7] che la Corte "ha ritenuto opportuno ritornare sui propri passi e, quindi, rivedere la sua posizione, proprio alla luce della decisione della Corte di Strasburgo, pur utilizzando un impianto argomentativo che prescinde sia dalle motivazioni della decisione" europea, "sia – più in generale – da una declaratoria di incostituzionalità della normativa ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.". In tal modo la sentenza si è mossa in una prospettiva "tutta riconducibile ai soli principi costituzionali".

Vi è poi chi ha sostenuto che la CEDU non è stata impiegata "come norma interposta per risolvere la questione in termini di compatibilità-incompatibilità, ma come elemento di una argomentazione più larga, che perviene, attraverso un dispositivo additivo molto ricco, ad un bilanciamento equitativo pienamente convincente per tutti gli interessi coinvolti; la semplice adesione al giudicato europeo avrebbe consentito alla Corte costituzionale di pervenire al medesimo risultato attraverso il solo richiamo all'art. 117. Ma la scelta di argomentare per diritti fondamentali – interpretati anche in ragione del contributo proveniente da Strasburgo – appare decisamente più convincente, arricchendo la Costituzione e il giudizio di costituzionalità"[8].

Va comunque rilevato che la declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* della normativa sul parto anonimo è stata accolta, anche se per ragioni non del tutto coincidenti con apprezzamento dai commentatori : infatti, da un lato, la sentenza è stata salutata come un atto riparatore con cui l'ordinamento italiano si è adeguato agli orientamenti della giurisprudenza europea; dall'altro, è stata interpretata come una manifestazione evidente dell'autonomia di giudizio della Corte costituzionale e della mancanza di subalternità rispetto al Giudice di Strasburgo.

[6] E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2013.

[7] A. Ciervo, *Il diritto all'anonimato della madre biologica ovvero quando Strasburgo anticipa Roma*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*, 2013.

[8] *A. Buratti, Un delicato bilanciamento. La sentenza 278 della Corte costituzionale, in www.dirittocomparati.it, 2013.*

3. Interpretazione costituzionalmente orientata e doverosià d'intervento del giudice comune? Contrasti dottrinali e giurisprudenziali circa l'immediata applicabilità della sentenza n. 278/2013 della Corte costituzionale

La sentenza costituzionale n. 278 del 2013 per come è stata architettata ha fatto sorgere il problema in ordine alla possibilità di operare effettivamente nei rapporti interprivati solo a seguito dell'intervento del legislatore ordinario al quale la Corte sembrerebbe aver rimesso la predisposizione dei concreti meccanismi procedurali volti a contemperare i predetti diritti potenzialmente antagonisti, oppure se sia comunque consentita l'immediata applicazione, magari rimettendo anche al giudice siffatto compito.

Una parte della giurisprudenza di merito[9] ha ritenuto che, anche dopo la sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale, fosse necessario l'intervento del legislatore, non essendo consentito al giudice di interpellare la madre con modalità direttamente individuate dallo stesso, in quanto, con l'espressione "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza", quella sentenza avrebbe istituito un'esplicita riserva di legge al fine di evitare la discrezionalità del giudice.

Secondo quest'orientamento, a tale conclusione deve pervenirsi per evitare il rischio di lesione del diritto al segreto sul proprio parto riconosciuto alla genitrice biologica.

Più precisamente, detto orientamento ha inteso rimarcare che la menzionata statuizione della Corte costituzionale n. 278 del 2013 ha natura di sentenza additiva di accoglimento, ma con contestuale rinvio alla legge per la disciplina di dettaglio.

Secondo altre decisioni[10], la necessità dell'intervento del legislatore discenderebbe dalla circostanza che la Corte costituzionale ha riconosciuto la coesistenza dei due diritti con la precisazione che la tutela del primo (diritto del figlio) non deve pregiudicare il diritto all'anonimato della madre che deve rimanere protetto in modo rigoroso, sicché il punto di equilibrio tra i due diritti non può realizzarsi se non mediante la disciplina del procedimento di interpello che, per la pluralità delle opzioni, può essere ricondotta a unità solo dal detto intervento.

[9] Cfr. Corte di appello di Milano, Sezione delle Persone, dei Minori e della Famiglia, 5/2-10.3.2015; Tribunale per i Minorenni di Salerno, 28.5.2015; Tribunale per i Minorenni di Catania, 18-26.3.2015.

[10] Così, Corte di appello di Milano, Sezione delle Persone, dei Minori e della Famiglia, 5/2-10.3.2015,

Un diverso filone interpretativo[11] muovendo dalla duplice censura della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale, rivolta alla legislazione italiana nella parte in cui prevede una sostanziale irreversibilità della volontà di anonimato della madre per almeno cento anni, sposta il baricentro della discussione dalla natura della sentenza del giudice delle leggi al suo contenuto concreto per trarne la conclusione che, di fronte ad una omissione del legislatore, il giudice deve dare effettiva ed immediata tutela al diritto sancito dalla sentenza della Corte costituzionale in favore dei nati da parto anonimo, sia pur nei rigorosi limiti descritti e previsti nella sentenza di "accoglimento" n. 278 del 2013.

A favore di questo assunto milita la circostanza che il diritto di accesso alle origini è già ampiamente riconosciuto dall'ordinamento (art. 28 della l. n. 184/1983) e che la sentenza della Corte ha solo rimosso, parzialmente, un limite allo stesso nei riguardi della madre che si sia avvalsa della norma sul parto anonimo.

Pertanto, l'operazione da eseguire, da parte del giudice, non differisce da quella svolta nell'ordinaria attività giurisdizionale, consistente nel dettare la regola per il caso concreto, utilizzando, nella specie, come parametro di riferimento la disciplina prevista dall'art. 28 della legge appena citata e quella esistente in materia di processo camerale e di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196 del 2013), rendendo possibile la individuazione dei procedimenti idonei a garantire la riservatezza dell'attività diretta a conoscere la persistenza o meno della volontà della madre a mantenere l'anonimato. A ciò è da aggiungere che, non potendo più essere applicata la norma dichiarata incostituzionale, incombe sul giudice il compito di colmare la lacuna applicando i principi e/o la regola enunciati dalla Corte costituzionale, attraverso il reperimento nell'ordinamento degli strumenti interpretativi che gli consentano di dare attuazione al diritto. Peraltro, in mancanza di iniziativa del legislatore, il giudice non potrebbe sottrarsi dall'applicare il principio scaturente dalla pronuncia per dare concreta attuazione al diritto fondamentale del figlio alla propria identità, sempre salvaguardando il contrapposto diritto all'anonimato della madre.

In questo contesto argomentativo va segnalato il decreto 6-7 maggio 2014 con cui il Tribunale di Firenze[12], dovendo pronunciarsi su un ricorso con il quale veniva richiesto di interpellare la madre biologica dell'istante allo scopo di raccogliere l'eventuale revoca dell'anonimato a suo tempo voluto, e nel caso di revoca che venisse concessa l'autorizzazione ad accedere alle informazioni sulla identità della madre biologica, ha attribuito al giudice

[11] Cfr. Corte di appello di Catania, Sezione delle Persone, dei Minori e della Famiglia, 23.9.2015; Tribunale per i Minorenni di Trieste, 8.5.2015.

[12] L'orientamento del Tribunale di Firenze è stato commentato da V. Carbone, *L'adottato alla ricerca della madre biologica*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 11, 1003.

relatore delega " a disporre con le dovute cautele le necessarie ricerche atte a verificare l'attuale volontà della madre biologica della ricorrente".

La dottrina, non meno della giurisprudenza, si è articolata in vario modo sulla problematica di un'immediata attuazione o meno della sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale.

Alcuni autori[13], muovendo dal presupposto che, a seguito di detta pronuncia, aveva ormai trovato riconoscimento, nel nostro ordinamento, l'esistenza del "diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale" - diritto costituente "un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona" - e che le sue modalità di esercizio richiedevano "un procedimento stabilito dalla legge", che assicurasse "la massima riservatezza, ha sostenuto che ove l'inerzia del legislatore si protraesse senza ragione, ben sarebbe possibile reperire nell'ordinamento tutto l'occorrente per evitare pronunce di rigetto delle istanze degli interessati fondate su una pretesa lacuna legislativa che, in quanto inesistente, attribuirebbe a tali decisioni il significato di un ingiustificato *non liquet*.

In questa impostazione vengono esaltate le capacità dei giudici minorili, di individuare soluzioni fondate su valutazioni che prendano in considerazione gli interessi di tutte le posizioni coinvolte (e cioè, sia della madre di nascita, che della famiglia adottiva e del figlio adottato).

Rimane ferma, pertanto, la necessità che siano predisposte modalità di ricerca che garantiscano riservatezza e rispetto nei confronti delle parti interessate, anche se non può non riconoscersi "che, chiaramente, mai ci sarà un articolato normativo idoneo, per sé solo, ad evitare abusi, o l'uso prepotente ed illegittimo, o anche semplicemente irragionevole, di funzioni pubbliche, ma che sarà la crescita culturale dei magistrati, degli operatori da essi incaricati e formati, e contemporaneamente della società in generale, che potrà davvero scongiurare tutti i paventati pericoli ..."[14]. Altro autore[15], - pur premettendo che, attraverso l'indicazione, come effettuata nella sentenza n. 278/2013, dei principi costituzionali, identificantisi con quelli la cui violazione aveva determinato la dichiarazione d'incostituzionalità, la Corte si era preoccupata di indicare i termini del futuro intervento normativo- ha evidenziato che causa determinante di incertezza, sul piano applicativo, era costituita dal riferimento alla scelta della soluzione costituzionalmente necessaria non contenuta, come monito al legislatore, nella sola argomentazione, ma nella esplicita espressione riportata in un inciso del dispositivo: la massima riservatezza nell'accertare la volontà della madre

[13] Così L. Trovato, *Il desiderio di conoscere le proprie origini. Un diritto irrinunciabile, secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013*, in *Quest. Giust*., 2013, 6, 214.

[14] L. Trovato, *op. cit.*, 228.

[15] Cfr. V. Marcenò, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *N. Giur. Civ.*, *Comm.*, 2014, 4, 279.

naturale deve essere assicurata «attraverso un procedimento, stabilito dalla legge»[16].

Interessante è anche il tentativo di chi[17], cosciente del dubbio interpretativo di cui si discute, ha provato ad immaginare le possibili situazioni all'esame di un tribunale per i minorenni adito ex art. 28, comma 7, spaziando dai casi in cui le informazioni identificative sulla madre biologica siano contenute nel fascicolo giudiziario dell'adozione del figlio, a quelli in cui le informazioni non siano rinvenibili in detto fascicolo, bensì in atti amministrativi, quali il combinato tra la cartella clinica della partoriente ed il certificato di assistenza al parto[18].

In entrambi i casi l'auspicio è nel senso che si dia, per quanto possibile, attuazione al dettato del giudice delle leggi.

[16] Secondo V. Marcenò, *op. cit*., par. 3, "…la divisione delle competenze è chiara: alla Corte spetta il compito, censurate le scelte legislative irragionevoli, di indicare le linee di un buon equilibrio tra i principi costituzionali coinvolti; al legislatore, quello di scegliere, tra più soluzioni costituzionalmente possibili, le misure idonee a garantire quell'equilibrio. La libertà di apprezzamento politico compete al legislatore e l'indicazione, da parte della Corte, delle linee di un buon equilibrio non può (e non deve) tramutarsi in (partecipazione alla) determinazione del punto di equilibrio. Se così fosse, la Corte assumerebbe un ruolo, nel processo legislativo, opposto a quello assegnatole. È vero che l'esistenza di una sfera di discrezionalità del legislatore richiede alla Corte di fare un passo indietro: di astenersi, cioè, dalla pronuncia additiva pura e semplice, dal rendere esplicita la soluzione normativa idonea a colmare la lacuna determinata dalla dichiarazione d'incostituzionalità. Ma, il rispetto di quella discrezionalità non basta a esimere la Corte dal dichiarare incostituzionale la legge esistente, quando (come nel caso in commento) ve ne è motivo. Se le soluzioni normative costituzionalmente possibili sono più d'una e la legge può essere riconosciuta incostituzionale per quel che è, la Corte non può astenersi dal dichiarare tale incostituzionalità ricorrendo a una decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore. In questi casi, il rifiuto di prendere in considerazione la questione d'incostituzionalità (dichiarandola inammissibile) in virtù del lato ricostruttivo della legge (sussistendo una pluralità di soluzioni costituzionalmente possibili), corrisponderebbe a un'iperprotezione della discrezionalità del legislatore e ad un'abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale (rimanendo vigente la legge riconosciuta incostituzionale)…. Coerentemente con la concezione della giustizia costituzionale come ricomposizione interpretativa dell'ordinamento, il giudizio di costituzionalità si sostanzia nella ricerca d'una norma adeguata al caso che deve essere deciso da chi ha posto la domanda di costituzionalità: nel caso delle additive di principio, nella ricerca dell'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema...".

[17] J. Long, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *N. Giur. Civ. Comm.* 2014, 4, 285.

[18] L'Allegato al d.m. Sanità 16.7.2001, n. 349, sulla nuova regolazione del certificato di assistenza al parto, voce «cognome della puerpera» prescrive che in ogni caso «deve essere (...) assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati idonei ad identificare la donna che non consente di essere nominata con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto» e, talvolta, l'attestazione di nascita (secondo una tesi cara agli ufficiali di stato civile, l'attestazione di nascita non potrebbe non contenere la menzione del nome della partoriente, anche nel caso in cui la stessa non intendesse essere nominata: a sostegno si cita quanto espressamente stabilito in una Circolare del Ministero della Giustizia del 22.2.1999).

Altro Autore[19] ha ritenuto che, ferma restando la titolarità del legislatore a intervenire nei casi dubbi, debba optarsi per la tesi secondo cui la norma introdotta dalla Corte sia in linea di principio da sola idonea a porre rimedio al vizio di incostituzionalità accertato, essendo possibile reperire nell'immediatezza almeno un meccanismo procedimentale idoneo al raggiungimento delle finalità indicate nella pronuncia.

Così opinando si finisce col fornire ulteriore avallo all'insegnamento della medesima Corte espresso nella sentenza del 26 giugno 1991, n. 295 (e successivamente ribadito), per cui «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa - com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo - mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto».

Questo insegnamento troverebbe applicazione anche nei casi in cui la Corte, sia con un rinvio espresso contenuto nel dispositivo[20], sia, comunque, in via di interpretazione della sentenza[21], mostra di volere riservare al solo legislatore l'attuazione del principio.

Pertanto, in questa prospettiva, la circostanza che la sentenza n. 278 del 2013 contenga un rinvio al legislatore nel dispositivo stesso non costituisce di per sé ragione ostativa alla immediata applicabilità della norma introdotta dalla Corte, non essendo presenti ragioni sostanziali rinvenibili nella impossibilità per il giudice di reperire nell'ordinamento "la regola del caso concreto".

Nel caso di detta sentenza, infatti, non sussisterebbero le ragioni che rendano necessario il rinvio al legislatore, come accade quando è la stessa Costituzione a prevedere una puntuale riserva di legge in ambiti strettamente tecnici[22] oppure quando le scelte discrezionali da compiere si riferiscono a settori materiali non omogenei, per i quali occorrono interventi normativi diversi ma collegati, sì da evitare violazioni del principio di eguaglianza o dei principi costituzionali specifici che presidiano tali ultimi settori[23].

[19] A. Ambrosi, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica versus interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium iuris*, 2014, 6, 667.

[20] Cfr. Corte cost., sent. 19 maggio 1993, n. 243, e sent. 16 luglio 1999, n. 309.

[21] Cfr. Corte cost., sent. 12 giugno 1991, n. 277, con nota di commento di A. Anzon, *A proposito dei controversi effetti di una additiva di principio "anomala"*, in *G. cost.*, 1994, 458 ss., che ricorda applicazioni giurisprudenziali pure di questa decisione.

[22] Ad es., in materia di trattamenti sanitari obbligatori.

[23] Giova richiamare in proposito la sentenza n. 243 del 1993, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di "combinati disposti","…nella parte in cui non prevedevano]", per i trattamenti di fine rapporto ivi considerati", meccanismi legislativi di computo dell'in-

Nel conflitto di interessi sotteso alla sentenza n. 278 del 2013, invece, il punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e quella della madre biologica è, con evidenza, già stato convincentemente individuato e posto dalla Corte[24], a base del suo *iter* argomentativo.

E' innegabile, tuttavia, che l'assenza di specifica normativa, ripercuotendosi sul piano della certezza del diritto[25], potrà essere causa di difficoltà applicative con possibili squilibri nel trattamento di persone che si trovano nella medesima situazione; difficoltà, queste che in realtà si pongono non di rado nelle decisioni additive e che l'autorità giudiziaria è tenuta a superare con un particolare impegno volto ad applicare il principio nel modo più uniforme possibile, in modo da ridurre al minimo gli inconvenienti.

4. Il problematico rapporto tra pronuncia della Corte costituzionale e carenza legislativa: l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte nella pronuncia n. 1946 del 2017 e la successiva interpretazione estensiva della Cassazione nella sentenza n. 6963 del 2018

In un contesto caratterizzato da una pluralità di opinioni circa il rapporto tra pronuncia della Corte costituzionale e carenza legislativa, è agevole comprendere la rilevanza del principio di diritto, enunciato, su richiesta del procuratore generale, ai sensi dell'art. 363 (quindi "nell'interesse della legge"), dalla Cassazione a sez. un., n. 1946 del 2017[26], in base al quale, in tema di parto anonimo, per effetto della pronuncia della Corte cost. n. 278/13, si è riconosciuto al giudice minorile, su richiesta del figlio che intenda conoscere le proprie origini ed accedere alla propria storia parentale, il potere di interpellare la madre, che ai sensi dell'art. 30 del d.p.r. 396/00, ordinamento dello stato civile, all'epoca della nascita si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata (ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione); tanto, benché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa,così come richiesto dalla stessa Consulta.

dennità integrativa speciale secondo i principi ed i tempi indicati in motivazione…". In quella occasione era compito insostituibile del legislatore, oltre che reperire le risorse finanziarie, equilibrare e compensare vantaggi e svantaggi che emergevano dalle diversificate normative esistenti circa le modalità di calcolo delle indennità.

[24] D'altro canto, già esiste almeno un procedimento attraverso il quale l'interesse del figlio può trovare soddisfazione: ed è lo stesso procedimento (di volontaria giurisdizione) delineato dai commi 5 e 6 dell'art. 28 della l. n. 184 del 1983 (nel corso del quale era sorta la questione di legittimità costituzionale accolta dalla Corte con decisione de qua), opportunamente "riempito" dal giudice con le misure necessarie ad assicurare la riservatezza della madre.

[25] V. G. Vidri, *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *Riv. int. filosofia del dir.*, 2016, n. 4, Giuffrè, 511.

[26] La sentenza è pubblicata in *Foro it*., 2017, II, 477, con nota di richiami di G. Casaburi; e annotazioni di: N. Lipari, *Giudice legislatore*; e G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore.*

Non ha mancato, tuttavia, la pronuncia di fornire indicazioni sul *modus procedendi* del giudice minorile, dovendo lo stesso agire, con modalità procedimentali desunte dal quadro normativo, in particolare dall'art. 28 l. 184/83, dall'art. 93 d.l. 196/03 e dalla sentenza n. 278/2013, "tali da assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché l'iniziale dichiarazione per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello, persistendo il rifiuto della madre di svelare la propria identità".

Neppure ha mancato la stessa pronuncia di rimarcare come la soluzione adottata, favorevole alla immediata applicabilità dell'istituto dell'interpello della madre, pur in assenza della relativa normativa di attuazione, fosse in realtà già individuabile in due precedenti della stessa Corte[27], secondo cui, morta la madre, prima dell'interpello, il figlio ha comunque il diritto di conoscerne le generalità, pur non essendo possibile procedere alla verifica della scelta di conservare il segreto.

Le sezioni unite, dunque, sulla base di una sentenza, che ben può qualificarsi additiva di principio o di meccanismo[28], hanno ritenuto che, pur in assenza dell'intervento del legislatore, è possibile rintracciare nell'ordinamento, il materiale normativo sufficiente a consentire l'esercizio del diritto - considerato dalla Corte costituzionale come diritto di rilievo costituzionale - del figlio adottato a che sia interpellata la madre che aveva a suo tempo optato per il parto anonimo[29].

In particolare, per quanto qui interessa, la Cassazione osserva che "la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della formazione primaria cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, dal ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta … ma … a ricercare, in chiave di effettività, nel momento applicativo, un punto di saldatura tra [il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale], i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti". E rimarca, ancora, come il principio dichiarato nel dispositivo di accoglimento contenga "una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione

[27] Cass. 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro it.*, 2016, I, 3114, e 9 novembre 2016, n. 22838, *ibid.*, 3784 (con note di richiami ai precedenti nella giurisprudenza di merito).

[28] Per tali qualificazioni, accolte espressamente anche nella pronuncia delle sezioni unite n. 1946 del 2017, delle sentenze additive, v. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 400-405. Più in generale, v. G. Amoro, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore, Foro it.*, 2017, II, *cit.*, 494 e ss.

[29] V. in ordine alle implicazioni del principio affermato dalla pronuncia della Cass. n. 1946/17 sul valore della certezza del diritto e della creatività della giurisprudenza, R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, *Foro it.*, 2017, V, 114 e ss.

adeguata alla legalità costituzionale, dando ai soggetti coinvolti la possibilità concreta di esercitare i propri diritti fondamentali".

Prescindendo dai risvolti su valori fondamentali della nostra Costituzione (certezza del diritto, separazione dei poteri, ecc.), il principio che può trarsi dalla sentenza delle sezioni unite è che il richiamo dell'intervento del legislatore, contenuto nel dispositivo di una pronuncia additiva di incostituzionalità, almeno di regola, se vale a mettere in mora il legislatore chiamato a dettare la normativa di completamento della fattispecie, non esclude che, di fronte all'inerzia del legislatore stesso, il giudice comune possa, secondo un canone di interpretazione costituzionalmente orientata, riconoscere una tutela attivabile con effettività nelle more di un sempre possibile successivo intervento del legislatore[30].

Da ultimo, la Corte di cassazione, con sentenza n. 6963 del 2018[31], ha aggiunto un ulteriore tassello alle dinamiche ermeneutiche in materia, e, con un'interpretazione estensiva, ha statuito che possa rientrare, nel diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, anche l'accesso alle informazioni sull'identità dei fratelli biologici, egualmente adottati.

Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte secondo cui: "L'adottato ha il diritto di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo loro interpello mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità, al fine di acquisire il consenso all'accesso alle dette informazioni o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto", rappresenta una decisiva svolta nell'ambito dei contrastati rapporti tra tutela dell'anonimato e di diritto di accesso alle origini, non solo perché amplia la possibilità di ricerca a tutti i membri della famiglia originaria, contrariamente al disposto della normativa nazionale, ma anche perché l'interpretazione offerta è volta a contemperare i contrapposti diritti in gioco, rendendo possibile "l'accesso" esclusivamente mediante l'utilizzo, nella fase istruttoria, dell'interpello, meccanismo giudiziale che assicura la massima riservatezza della famiglia biologica.

La Corte di cassazione, con la pronuncia del marzo 2018, ha fornito, dunque, fondamentali chiarimenti in materia di accesso alle informazioni sulla famiglia d'origine da parte dell'adottato, sulla base dell'imprescindibilità di un puntuale bilanciamento tra posizioni contrapposte meritevoli di tutela.

Invero, secondo l'orientamento della Cassazione, il diritto alla conoscenza della discendenza biologica è espressione essenziale del diritto all'identità personale e la normativa nazionale, nonostante la dichiarazione di parziale

[30] Cfr. G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, *cit.*, 498.

[31] Corte Cass., sent. 20 marzo 2018, n. 6963, in *www.giustizia.it.*

incostituzionalità del Giudice delle leggi, non risulta, in difetto di intervento legislativo, adeguata ai parametri europei. Di qui, il ruolo fondamentale del giudice che, in via sostitutiva, in un'ottica interpretativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata, ha accolto, per la prima volta, nel caso di specie, la domanda dell'adottato ultraventicinquenne, finalizzata all'accesso delle informazioni sulle proprie radici, includendo anche sorelle e fratelli biologici, estendendo l'ambito applicativo della normativa italiana nonostante l'inadeguatezza della stessa alla protezione dei suddetti diritti rispetto alle tutele europee, decisamente orientate a favorire e far prevalere il diritto d'accesso sul diritto alla riservatezza.

5. Considerazioni conclusive

La tematica oggetto del dibattito presenta, dunque, innumerevoli implicazioni e si presta a svariate riflessioni, rimanendo indubbia la circostanza che l'assenza di disciplina legislativa, comportando una tutela del caso singolo "senza che ciò equivalga all'elaborazione di una generale astrazione normativa"[32], incide sensibilmente sul piano della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici.

In mancanza di un supporto normativo, al giudice spetterà comunque ricercare ed individuare la norma da applicare al caso concreto seguendo spesso un percorso accidentato ove è sempre presente il rischio che l'ermeneutica giudiziaria porti con sé una attività creativa di nuovo diritto, sicché, pur risolvendosi in un'operazione necessaria, la stessa non può prescindere dal dato normativo in cui inquadrare il caso oggetto di giudizio, alla stregua di un difficile, se non anacronistico, metodo meramente sillogistico. Il vuoto legislativo comporta inevitabilmente, da parte dei giudici, ampi spazi interpretativi producendo, piuttosto che ricavando, la norma da applicare mediante un'operazione ancorata ai valori di fondo dell'ordinamento, con il pericolo, d'altronde esistente, di assumere soluzioni discordanti oltre che irragionevoli. In assenza di ogni espressa disciplina legislativa, i giudici finiscono con adottare soluzioni che difficilmente si sottraggono alle istanze dettate dal corpo sociale del momento.

L'interpretazione giurisprudenziale, nell'ambito dell'attuale sistema *multilevel* di protezione e tutela dei diritti fondamentali, assume allora spesso carattere creativo al punto da giustificarne la qualificazione di fonte del diritto con tutti i rischi che ne discendono[33].

Di conseguenza, la funzione giurisdizionale dovrà, da un lato, modellare

[32] Cfr. V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, 2015, 199.

[33] Così, condivisibilmente, A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Ed. Scientifica, 2016, 154.

il proprio operato sull'ordinamento giuridico di cui fa parte, segnatamente sui principi costituzionali, posti al vertice del sistema normativo e, dall'altro, cedere di fronte a quegli ordinamenti, ai quali è, secondo diverse modalità, vincolata.

Il possibile sconfinamento della funzione giurisdizionale "interna" in ambiti non propri, o, più in generale, l'eventuale inosservanza di principi e regole di origine esterna, cui detta funzione deve o dovrebbe attenersi nella sua fase attuativa, richiama, allora, l'ulteriore problematica della responsabilità dello Stato[34], che emerge qualora esso, nell'esercizio di siffatta "sovrana" attività contravvenga ai vincoli posti dai sistemi sovranazionali, specie se con provvedimenti definitivi[35]. Ed è indubbio che l'affermazione del principio rappresenti il concreto superamento di preconcette riserve dipendenti dalla difficoltà di configurare azioni risarcitorie nei confronti dello Stato per la condotta dei suoi organi (legislativi, amministrativi, giurisdizionali) e, per ciò stesso un momento decisivo di quel lungo processo che ha profondamente eroso il principio ottocentesco della irresponsabilità dello Stato-sovrano, giungendo al riconoscimento di una responsabilità *tout court*.

[34] Sia consentito il richiamo a M. T. Stile, *La responsabilità dello Stato-Giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Editoriale Scientifica, 2016, 15 ss.

[35] Sull'interessante e problematico profilo del giudicato, si rinvia, in questa raccolta di atti, a G. Serges, *Il Giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2018
presso Vulcanica Srl, Nola (Na)