

**IL GIUDICE E LA LEGGE\*\***

*Sommario: 1. Delimitazioni dell'indagine. 2. Il richiamo al principio di legalità nella sent.n. 49 del 2015. 3. Creatività della giurisprudenza, Stato costituzionale e neocostituzionalismo. 4. Creatività della giurisprudenza e vincoli della funzione giurisdizionale. 5. Sinistri scricchiolii: sintomi di superamento dei vincoli della funzione giurisdizionale.*

**1. Delimitazioni dell'indagine.**

Il titolo dell'incontro autorizza una prima delimitazione del tema, di per sé sconfinato. Induce a trattare del giudice e della legge quale aspetto di una "crisi del principio di legalità" derivante dal rapporto "fra diritto europeo e ordinamenti nazionali", che si assume ricadere sulle categorie di "Stato, costituzione e sovranità". Diventa possibile concentrarsi sul rapporto fra il giudice e la legge per come ci si presenta oggi, e per altro verso escludere fattori di crisi della legalità interna diversi dal rapporto col diritto europeo.

La delimitazione ne consente una ulteriore, fondata su una semplice constatazione. Di crisi della legalità possiamo infatti parlare in termini e con esiti molto diversi, a seconda che ci riferiamo ai primi decenni del costituzionalismo post-totalitario, allorché l'incidenza del diritto europeo sulla triade "Stato-costituzione-sovranità" era ancora scarsa o addirittura nulla, oppure al periodo successivo, precisamente da quando la Corte costituzionale ha individuato certe condizioni di apertura del diritto costituzionale al diritto europeo, differenziandole secondo si tratti (Unione europea) o meno (Convenzione europea dei diritti dell'uomo) di "limitazioni di sovranità" ai sensi dell'art. 11 Cost.

---

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Sapienza".

\*\* Relazione al Convegno dell'Istituto di Studi politici San Pio V su "Stato, costituzione e sovranità nella crisi del principio di legalità: problemi e prospettive tra diritto europeo e ordinamenti nazionali", Roma, Musei Capitolini, 25-26 maggio 2016.

I casi sono due. Ove ritenessimo che l'individuazione di quelle condizioni di apertura abbiano travalicato l'ambito del costituzionalmente disponibile, dovremmo tornare a discutere una giurisprudenza ormai consolidata a costo di estraniarci dall'esperienza giuridica. Un costo, si può constatare, che pare troppo alto agli odierni interpreti della Costituzione, giuristi compresi. L'alternativa consiste nel dover rendere compatibili ordini non solo giuridici ma concettuali che originariamente non erano stati pensati per interagire reciprocamente. Opera problematica, quotidianamente resa dai giudici, interpreti costituzionalmente autorizzati a decidere del caso, che i giuristi, interpreti liberi e non investiti di alcun potere, valutano e tentano di spiegare da una prospettiva non angustiata dal caso.

## **2. Il richiamo al principio di legalità nella sent.n. 49 del 2015.**

Un caso recente consentirà intanto di mostrare come il principio di legalità venga utilizzato in sede di giurisdizione costituzionale allorché sia in gioco il diritto convenzionale, dove, in ragione delle diverse condizioni di apertura fissate a suo tempo, i rapporti della nostra Corte con quella di Strasburgo sono assai più frequenti di quelli che intrattiene con la Corte del Lussemburgo.

Di fronte a una ordinanza di remissione della Corte di Cassazione fondata su un'interpretazione non consolidata della Corte EDU, e tale da determinare un conflitto non facilmente sanabile con il diritto costituzionale, la Corte costituzionale premette che "Il più delle volte, l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana". A parte l'obbligo di dar corso a una decisione della Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui un giudice torni ad occuparsi, tale obbedienza alla Costituzione viene così illustrata:

"Corrisponde 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 autonomia 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" (sent.n. 49 del 2015).

Il richiamo all'esclusiva soggezione del giudice alla legge appare enunciato con grande nettezza, ma la certezza e la stabilità del diritto non sono più garantite dalla sola interpretazione, anche creativa, della legge. Nell'"obbedire anzitutto alla Carta repubblicana" il giudi-

ce è chiamato a “prestare collaborazione” con altri giudici, perché solo così si rende possibile uno “stabile assetto interpretativo dei diritti fondamentali” che riflette “una primaria esigenza di diritto costituzionale”. D'altra parte l'individuazione di un compito del genere in capo al giudice comune, che un guardiano della tradizione continentale già valuterebbe con estremo sospetto, va vista come un tentativo della Corte costituzionale di scongiurare il rischio della formazione di un circuito diretto fra Corte EDU e Corte di Cassazione che in nome della protezione dei diritti porti la seconda a disapplicare la legge confliggente con il diritto convenzionale quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, in luogo di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

Che il rischio sia verosimile, lo dimostrano alcuni fattori di contesto. Il discredito della funzione legislativa che, quale espressione per eccellenza di deliberazione politica sulle grandi scelte collettive, è da tempo in crisi negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Una domanda di diritti caratterizzata assai più da individualismo acquisitivo che da un uso responsabile delle libertà. Una Corte europea che a differenza delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia si confronta con una controparte politica non collocata nel proprio ordinamento ma dispersa fra gli Stati aderenti alla Convenzione, e che così vede corrispondentemente crescere il proprio spazio di manovra. Infine, quello che potremmo chiamare, dal punto di vista che si sta considerando, il tallone d'Achille della nostra Corte costituzionale, giudice delle leggi e solo in seconda battuta garante dei diritti fondamentali.

Non a caso, in *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015, la *Grande Chambre* di Strasburgo ha respinto un'eccezione di mancato esaurimento dei ricorsi interni sollevata dal Governo italiano adducendo l'assenza nell'ordinamento italiano di un ricorso diretto alla Corte costituzionale per la protezione dei diritti, già rilevata in *Brozicek c. Italia* del 29 dicembre 1989, e soprattutto escludendo che l'indirizzo avviato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 possa indurla a rivedere la conclusione che la Corte costituzionale italiana non è giudice dei diritti, ma delle leggi.

L'esempio basta a segnalare il rischio dell'attenuazione del rigore delle regole processuali, e più in generale dei limiti della funzione giurisdizionale stabiliti dai singoli ordinamenti, che, in quanto alimentata dall'accennato discredito della funzione legislativa, può contagiare ogni corte. Una riflessione sul giudice e sulla legge merita di essere collocata in una simile prospettiva, la quale presuppone che, in uno Stato costituzionale, dispute *in abstracto* sulla creatività della giurisprudenza abbiano perduto fondamento. Ma poiché queste continuano a tenere banco nel nostro dibattito e si intrecciano variamente con altre che riguardano la stessa portata dei principi costituzionali, sarà necessario chiarire anzitutto l'affermazione, anche al fine di mostrare come essa non equivalga a una resa all'effettività di un preteso primato della giurisprudenza.

### **3. Creatività della giurisprudenza, Stato costituzionale e neocostituzionalismo.**

In un saggio recente si definisce come “neo-costituzionale” un pensiero secondo cui l'ordinamento democratico contemporaneo è uno Stato costituzionale, nel senso che in esso la dicotomia tra costituzione e legge va oltre il profilo della gerarchia procedurale per acqui-

stare una valenza sostanziale: l'essere la costituzione essenzialmente un diritto per principi anziché un diritto per regole. Questo pensiero, si aggiunge, guarda con favore a un'applicazione del diritto in cui al tradizionale sillogismo giudiziario subentrano i bilanciamenti tra principi, all'importanza crescente del potere giudiziario rispetto al potere politico-rappresentativo e al progressivo riconoscimento in via giurisdizionale di nuovi diritti sulla base di una "lettura morale della Costituzione"<sup>1</sup>.

Riconosciuto "il merito notevole del neo-costituzionalismo nell'aver contribuito all'archiviazione di alcune tarde mitologie legaliste", lo stesso indirizzo viene contestato nella parte in cui differenzia le regole, da interpretarsi alla stregua dei canoni tradizionali, dai principi, da intendersi anzitutto nel loro *ethos*, con un'adesione interiore da parte del giudice. Anche la conformazione della legge ai principi costituzionali, si obietta, è "una funzione obiettiva, che non impegna affatto, o non dovrebbe farlo, le coscienze interiori, la sfera 'interna'", dal momento che "i principi sono il frutto obiettivato in proposizioni dotate di forza giuridica obbligatoria", costituendo "l'esito di processi storici e politici che nulla debbono all'arbitrio della coscienza singola, per quanto illuminata questa possa essere"<sup>2</sup>.

Si adducono in proposito le pagine degli *Scritti su Thomas Hobbes* di Carl Schmitt, che "in dialogo con Hobbes ma ancor più con Spinoza, raccontano con piena consapevolezza questo tema centrale per lo sviluppo del diritto costituzionale moderno-contemporaneo: la nascita della distinzione 'esterno-interno', ovvero l'introduzione nel sistema politico dello Stato moderno della riserva di libertà privata ed interiore di pensiero e di fede"<sup>3</sup>. Se ne desume che "Quando, di fronte alla prima difficoltà incontrata dal titolare di un diritto o di una funzione al confronto col mondo esterno, il linguaggio del 'romanticismo giuridico' attuale si appella alla libertà o alla obiezione di coscienza, fa inconsapevole richiamo ad una vicenda storico-filosofica assai complessa, e ad ambiti concettuali che non dovrebbero essere evocati con leggerezza"<sup>4</sup>. Se, si prosegue, si applica un "principio-valore" perché vi si aderisce, non perché è norma giuridica obbligatoria, perde senso "il compito doloroso (ma realmente costitutivo della dimensione tragica dell'operare in quanto giudici) di dover dare applicazione a norme sulle quali non si è 'internamente' d'accordo: giacché si avrebbe sempre la possibilità di ricorrere a un diverso principio-valore che consente adesione, anche contro la norma". Così, "attraverso la dissoluzione della dicotomia interno-esterno, le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a 'ordinare' e a ricondurre ad unità"<sup>5</sup>.

Per i casi inevitabilmente controversi anche "per ragioni etiche, politiche o di costume, nei quali sia in atto un confronto politico all'interno e all'esterno delle assemblee rappresentative e sia facilmente registrabile una pluralità di visioni nell'opinione pubblica", si auspica una

---

<sup>1</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 919-920.

<sup>2</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori*, cit., 923.

<sup>3</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori*, cit., 923.

<sup>4</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori*, cit., 925.

<sup>5</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori*, cit., 926.

“limitazione del danno” da parte del giudice, con una *judicial modesty* ispirata “al rigoroso e controllato ricorso ai canoni interpretativi”, tenendo conto che “l’interpretazione meramente testuale degli atti normativi sarà certo considerabile ‘primitiva’, ma il tenore letterale del testo resta limite e confine di ogni interpretazione pretesamente ‘conforme’ (a Costituzione, alla CEDU, al diritto europeo...) – questo nuovo *totem* del foro interiore del giudice proiettato, senza prudenza e mediazioni, sulla scena pubblica delle esigenze regolatrici esterne cui le sentenze dovrebbero rispondere”<sup>6</sup>.

Un giurista non uso a frequentare la letteratura costituzionalistica potrebbe concludere che, per i cultori di questa scienza, *tertium non datur* fra una posizione “neocostituzionalista” che affida alla coscienza morale del giudice l’interpretazione dei principi costituzionali, ed una che invita il giudice ad anteporre il tenore letterale del testo ad ogni altro canone: quasi che essi siano rimasti alle dispute di oltre un secolo fa tra l’*école de l’exégèse* e il movimento del ‘diritto libero’. Per fortuna non è così: si pensi solo alle riflessioni sullo Stato costituzionale o sul costituzionalismo contemporaneo che ammettono margini anche non esigui di creatività delle interpretazioni giudiziali, senza per questo seguire la tesi dworkiniana del *moral reading* della costituzione<sup>7</sup>. Aggiungo che la motivazione della sent.n. 1 del 2013 lascia inferire che lo stesso polemico richiamo al carattere “primitivo” dell’interpretazione testuale non esclude affatto il ricorso ad essa, indirizzandosi piuttosto alla pretesa di fermarsi alla lettera del testo anche quando se ne sia dimostrata l’insufficienza nel singolo caso.

Quanto alla critica al “nuovo *totem* del foro interiore del giudice”, la “vicenda storico-filosofica” evocata per ribadire la perdurante attualità della dicotomia tra esterno e interno è “assai complessa” anzitutto per le ragioni che seguono.

La riserva di credere o non credere nel foro interiore di fronte alle guarigioni miracolose praticate dai sovrani inglesi, ipotizzata da Hobbes, consentì a Spinoza di desumere dalla libertà di pensiero, assunta come incoercibile per natura proprio perché interiore, tutti gli altri diritti di libertà e la stessa democrazia, evidentemente da far valere o da progettare nella sfera pubblica. Il “dialogo con Spinoza” di Schmitt consiste invero nel rammarico che “Già dopo pochi anni la pubblicazione del Leviatano lo sguardo del primo ebreo liberale cadde sull’incrinatura appena visibile...Un piccolo movimento di concetti, un’inversione derivante dall’esistenza ebraica, e, con la più semplice consequenzialità, nel giro di pochi anni si è compiuta la svolta decisiva nel destino del Leviatano”<sup>8</sup>. Parole scritte mentre i nazisti stavano per la prima volta incrinando la separazione tra interno ed esterno, grazie a strumenti tecno-

---

<sup>6</sup> N.Zanon, *Pluralismo dei valori*, cit., 927.

<sup>7</sup> Fra gli altri, S.Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, 417 ss.; Id., *Principi del diritto (dir.cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 513 ss.; A.Cerri, *Relazione*, in A.I.C., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale. Milano, 11-12 ottobre 2002*, Cedam, Padova, 2004, 148-149; E.Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive* (2006), in *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di M.Manetti, Mucchi, Modena, 2015, 83 ss.; G.Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 36 ss. Ma v. pure le concordanze sul punto di P.Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 65-66, M.Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, 67 ss., e M.Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad.cost.*, 2016, 7 ss.

<sup>8</sup> C.Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938), in *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986, 106-107.

logici che consentivano l'ingerenza del potere politico in quella libertà di coscienza che Hobbes, Spinoza, Kant, Milton e Mill avevano potuto ritenere incoercibile per natura. Da cui i richiami delle Costituzioni novecentesche alla dignità umana onde marcare un limite ulteriore all'ingerenza politica, fino ad allora non avvertito come necessario. Quella dignità che più di altri principi autorizza a considerare il diritto costituzionale come un diritto naturale secolarizzato o positivizzato, e al contempo spalanca controversie di cui diventa pressoché impossibile sbarazzarsi col richiamo al canone letterale, e che è casomai possibile circoscrivere per gruppi di casi e conseguenti protocolli stipulativi.

Muovendo dalle premesse del costituzionalismo contemporaneo, l'“adesione morale” del giudice a un principio costituzionale non può dunque più configurarsi quale irruzione di una istanza soggettivistica nel placido mare di una oggettiva ragione calcolante e ancorata al testo. Tanto la schmittiana “tirannia dei valori”, quanto il tormento kelseniano sull'interpretazione giudiziale fra *ratio* e *voluntas*<sup>9</sup> sono alle nostre spalle. Non perché noi si sia ‘più moderni’, ché anzi, come vedremo subito, l'interpretazione costituzionale comporta il recupero di antiche categorie. Ma perché quella contrapposizione fa inutilmente violenza a una pratica del giudicare nella quale eventuali richiami a considerazioni morali da un lato non sono mai frutto di opzioni meramente soggettive, e dall'altro consentono il controllo pubblico sulle precomprensioni che hanno guidato il giudice nelle sue scelte.

Il fatto è che l'“ordine asimmetrico” – nel quale la procedura che ordina il materiale probatorio “blocca il movimento di contraria informazione”, il processo “non è il luogo della comunicazione e del dialogo, ma dell'informazione e del calcolo” e “il giudice-funziario non è responsabile nei confronti dei cittadini delle conseguenze delle proprie decisioni” – non è il solo ordine possibile. Esso subentra storicamente a un “ordine isonomico” nel quale, quanto al diritto probatorio, si “ha un'istintiva diffidenza nei confronti della supplenza del giudice nella prova dei fatti ma anche nei confronti del legislatore che pretenda di regolamentare un settore che è manifestazione di una ragione pratica, pubblica, sociale”, il contraddittorio, il tempo ragionevole ed altre garanzie processuali si conformano alla logica della prova argomentativa, “struttura portante di tutto l'edificio” nel quale il giudice è chiamato ad “eliminare abusi ed ineguaglianze nella comunicazione” e si ha un “ordinamento giudiziario basato su giudici professionali”<sup>10</sup>. Nell'ordine isonomico, infine e soprattutto, prevale “una teoria della conoscenza consapevole della debolezza delle facoltà della ragione umana, la quale non è statica ed incorruttibile, ma soggetta a leggi di sviluppo e di decadenza, ed influenzata dalle passioni”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> L'approdo dell'ultimo Kelsen a una configurazione puramente volontaristica delle decisioni giurisdizionali va visto come esito di questo tormento, e dell'espresso rifiuto delle teorie dell'argomentazione: H.Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, 463-464.

<sup>10</sup> A.Giuliani, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc.dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 522 ss.

<sup>11</sup> A.Giuliani, *Prova*, cit., 523. Lo studio storico del principio del libero convincimento del giudice illumina particolarmente questo aspetto: “quando ci si addentra nei labirinti logici e psicologici attraverso i quali si dipana il convincimento giudiziale, si avverte la sensazione di trovarsi di fronte a un enigma che oppone, ai tentativi di decifrazione dell'interprete, l'impenetrabilità di una sfinge. Come avvertiva il Romagnosi, noi entriamo nel dominio inesplorato della filosofia dell'uomo interior. I termini persuasione, convincimento, coscienza, certezza morale, verità, decisione sono intensamente caricati e pertanto mettono facilmente in ombra quelli che li accompagnano: in particolare, il termine conoscenza, che ne costituisce l'immancabile complemento. Il convincimento è il contrassegno della certezza storica che è la meta cui tende la conoscenza del fatto attraverso testimonianze” (G.De

E' vero che, in Italia, la difesa del principio che il giudice debba giudicare *secundum conscientiam* anziché *iuxta alligata ed probata* sopravvisse a lungo come emblema del carattere professionale dell'attività giudiziaria, il che "risultò sovente uno strumento utile per la strategia del potere della magistratura, favorendo le tentazioni di giudici legislatori e giudici amministratori"<sup>12</sup>. Ma la connessione, perfettamente spiegabile sul piano storico-costituzionale, non accredita l'ipotesi reciprocamente opposta di una corrispondenza fra *judicial modesty* e rispetto del canone letterale dell'interpretazione.

William Rehnquist, campione della deferenza verso il testo e feroce critico di *Brown v. Board of Education* (1954), fu *Chief Justice* della Corte Suprema dal 1986 al 2005, quando più che alla *judicial supremacy*, secondo cui alla corte spetta l'ultima parola sul significato delle norme costituzionali, la Corte si ispirò alla *judicial sovereignty*, secondo cui solo alla corte, non più semplice prima tra pari, spetta pronunciarsi su quel significato<sup>13</sup>. Di converso, fu Aharon Barak, aperto sostenitore del "potere discrezionale" del giudice<sup>14</sup>, a scrivere la motivazione della celebre sentenza della Corte Suprema israeliana sulla costruzione del muro, dove le parole "But we are judges....We act according to our best conscience and understanding" segnalano la posizione tragica in cui può trovarsi un giudice, fuori da ogni rivendicazione di primazia, e danno conto della scelta di accordare priorità alla legalità rispetto alla sicurezza (o alla ragion di Stato)<sup>15</sup>.

E' un'altra buona ragione per escludere il fondamento di dispute astratte sulla creatività del potere giudiziario in uno Stato costituzionale. Ad esse si prestano più facilmente i neocostituzionalisti, che tentano di assimilare i principi costituzionali ai valori morali, e sul lato opposto i giuspositivisti, che cercano di ridurli a regole giuridiche, senza considerare che una terza posizione si può sostenere "non per moderazione ma per convinzione": la considerazione dei principi costituzionali quali "norme generiche come i valori ma in grado di orientare la produzione legislativa di regole prima e di permetterne il controllo giudiziale poi"<sup>16</sup>.

Una posizione simile si può sostenere con convinzione, perché il costituzionalismo post-totalitario, se apre strutturalmente un campo di tensione fra democrazia e vincoli costituzionali dal punto di vista della legittimazione del potere, esprimibile nelle rispettive formule

---

Luca, *Profilo storico del libero convincimento del giudice*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*, 1990, 24).

<sup>12</sup> A.Giuliani, *Prova*, cit., 544.

<sup>13</sup> L. D. Kramer, *The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court*, in *Harvard Law Review*, n. 115, 2001, 169.

<sup>14</sup> A.Barak, *La discrezionalità del giudice* (1989), Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>15</sup> "Our task is difficult. We are members of Israeli society. Although we are sometimes in an ivory tower, that tower is in the heart of Jerusalem, which is not infrequently hit by ruthless terror. We are aware of the killing and destruction wrought by the terror against the state and its citizens. As any other Israelis, we too recognize the need to defend the country and its citizens against the wounds inflicted by terror. We are aware that in the short term, this judgment will not make the state's struggle against those rising up against it easier. But we are judges. When we sit in judgment, we are subject to judgment. We act according to our best conscience and understanding. Regarding the state's struggle against the terror that rises up against it, we are convinced that at the end of the day, a struggle according to the law will strengthen her power and her spirit. There is no security without law. Satisfying the provisions of the law is an aspect of national security" (HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, § 86).

<sup>16</sup> M.Barberis, *Stato costituzionale*, cit., 71.

polemiche della tocquevilliana “dittatura della maggioranza” e della bickeliana “difficoltà contro-maggioritaria”, riconduce le questioni di legittimazione alla compresenza fra principi costituzionali che garantiscono i diritti fondamentali dei cittadini nei confronti del potere politico come i loro diritti politici fondamentali che legittimano l’esercizio di quel potere. In termini di dover essere costituzionale, le due sfere si presentano inestricabilmente connesse in vista di un’ottimizzazione *ex parte populi*, al di là e nonostante la tensione strutturale che ne deriva *ex parte principis*<sup>17</sup>.

Ecco perché non si tratta di arrendersi all’effettività di un primato della giurisprudenza, ma di desumere dalle premesse dello Stato costituzionale un equilibrio instabile, perché sempre minacciato da una tensione strutturale fra giudici e legislatori: e abbiamo già ipotizzato che la trasgressione da parte dei giudici delle regole processuali, o in generale dei vincoli posti alla funzione giurisdizionale, costituisca uno dei possibili sintomi di una simile minaccia.

#### 4. Creatività della giurisprudenza e vincoli della funzione giurisdizionale.

Il saggio di Mauro Cappelletti su “Giudici legislatori?” è rimasto famoso come uno dei maggiori contributi della scienza giuridica italiana del secondo dopoguerra a sostegno della tesi della creatività dei giudici<sup>18</sup>, ma si è trascurato l’intento di mostrare perfino dal titolo come la tesi non comportasse necessariamente un’equazione con la funzione legislativa.

In effetti, dopo aver dedicato appena due pagine alla dimostrazione che non vi è anti-tesi fra interpretazione e creatività, Cappelletti osserva che il vero problema consiste nell’accertare il modo, i limiti e l’accettabilità della creazione del diritto da parte delle corti, per distinguere subito fra limiti sostanziali e limiti processuali<sup>19</sup>. Mentre i primi, prosegue, costituiti di volta in volta da precedenti, leggi, opinioni di giurisperiti, pur vincolando effettivamente il giudice, non sono in grado di caratterizzare la natura del processo, o di rappresentare l’elemento discrezionale della giurisdizione nei confronti della legislazione e dell’amministrazione<sup>20</sup>, diversamente deve dirsi per i limiti processuali. Regole quali *ne procedat iudex ex officio*, *nemo iudex in causa propria*, *audiatur et altera pars* configurano quelle “virtù passive” che differenziano il processo giurisdizionale da quelli politici, e che, pur presentando un carattere formale-procedurale, non perdono per questo di importanza<sup>21</sup>.

L’avvertenza di Cappelletti circa l’improprietà di ogni assimilazione, su tale base, dei giudici ai legislatori, fu subito valorizzata da Elia<sup>22</sup>, il quale dal canto suo aggiunse che anche

---

<sup>17</sup> C.Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

<sup>18</sup> M.Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>19</sup> M.Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 10.

<sup>20</sup> M.Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 14.

<sup>21</sup> M.Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 67 ss.

<sup>22</sup> L.Elia, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà*, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Cedam, Padova, 1988, 221.



la spettanza alle corti costituzionali dell'ultima parola incontra il limite della motivazione, ossia "il dovere di fornire una prova di razionalità persuasiva", quale contributo a "quella tradizione di coscienza costituzionale della società e del popolo che è il più sicuro fondamento per la longevità delle costituzioni"<sup>23</sup>. Tuttavia, come dicevo, il dibattito costituzionalistico sulla creatività della giurisprudenza ha troppo spesso trascurato questi aspetti, incentrandosi quasi esclusivamente sui contenuti delle sentenze, sulle tecniche di decisione, e soprattutto sui bilanciamenti<sup>24</sup>.

Oltre agli elementi connotativi delle "virtù passive" e all'obbligo di motivazione, possiamo annoverare fra i tratti distintivi della funzione giurisdizionale il divieto di *non liquet*, che, come gli altri, vincola le corti di *common law* non meno di quelle di *civil law*<sup>25</sup>.

Se vogliamo riferirci specificamente al nostro ordinamento la sentenza, in quanto emessa da un giudice chiamato a definire controversie in condizioni di autonomia e indipendenza da ogni altro potere (art. 104 Cost.) e di esclusiva soggezione alla legge (art. 101 Cost.), oltre che di terzietà rispetto agli interessi delle parti, è l'esito di un procedimento che esibisce determinati vincoli strutturali: non è mai attivabile liberamente dal giudice, ma solo su impulso di altri soggetti in conformità al principio della domanda; vale il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, con limitate eccezioni per il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi; il giudice non può rifiutarsi di definire il giudizio (divieto di *non liquet*); infine, deve indicare le ragioni della sua decisione con apposita motivazione (art. 111, sesto comma, Cost.).

In quanto adottata da un organo provvisto di legittimazione democratica, la legge è l'esito di un procedimento che presenta caratteristiche di segno opposto. Il procedimento legislativo è avviato liberamente dai titolari dell'iniziativa legislativa, secondo valutazioni di opportunità politica rimesse a costoro. I progetti di legge sono di regola emendabili. Il parlamento può non dare ulteriore corso all'esame di un progetto di legge. Le leggi non debbono essere motivate. Sui primi tre punti vi sono rarissime eccezioni (leggi di approvazione del bilancio e di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali). Sul quarto, è vero che gli atti normativi dell'UE sono motivati, che le leggi delle Regioni da noi possono esserlo in base ai relativi statuti e che oltre alle relazioni illustrative dei progetti di legge i disegni di legge governativi debbono recare attestazioni di conformità alle regole della finanza pubblica e ad altri requisiti: ma qui siamo ben lontani dalla motivazione di una sentenza o anche di un provvedimento amministrativo, come conferma l'eccezione disposta per le leggi e gli atti amministrativi generali dalla legge sul procedimento amministrativo del 1990.

D'altra parte, la stessa sottoposizione delle leggi a sindacato giurisdizionale e il giudicato costituzionale che si forma sulle sentenze di accoglimento della relativa questione ci dicono che il "potere dell'ultima parola" è attribuito ai giudici, che dal punto di vista procedu-

---

<sup>23</sup> L.Elia, *Il potere creativo*, cit., 229.

<sup>24</sup> C.Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, III, Jovene, Napoli, 2004, 1665 ss.

<sup>25</sup> A.M.Rabello, *Non Liquet: From Modern Law to Roman Law*, in *Annual Survey of Int'l & Comp. Law*, 2004, n. 10, 1 ss.

rale incontrano vincoli sconosciuti ai legislatori. Il che non è per nulla paradossale né casuale, riflettendo l'esigenza che le situazioni giuridiche soggettive siano garantite da organi resi, oltre che strutturalmente indipendenti, funzionalmente imparziali, grazie ai caratteri tipici del processo. Qui troviamo le condizioni di possibilità dell'equilibrio fra giudici e legislatori in uno Stato costituzionale, che abbiamo visto per il resto suscettibile di tensioni e instabilità.

Ai vincoli di portata generalissima posti alla funzione giurisdizionale che ho cercato di enucleare, altri se ne aggiungono nei singoli ordinamenti. Fra i quali anzitutto, per quanto concerne il tema che ci occupa, l'obbligo per i giudici comuni di sollevare questione di legittimità di una legge davanti alla Corte costituzionale ogni volta che dubitino della relativa conformità a Costituzione. Come pure gli obblighi, per le Corti europee, di attenersi ai limiti di cognizione e alle regole processuali disposte nei rispettivi ordinamenti. Qui si avvertono sinistri scricchiolii.

## **5. Sinistri scricchiolii: sintomi di superamento dei vincoli della funzione giurisdizionale.**

Di recente la Corte EDU ha abbandonato un'interpretazione rigorosa del principio di sussidiarietà, secondo cui l'ammissibilità dei ricorsi davanti alla Corte è subordinata al previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni allo Stato membro. Un Presidente emerito di quella Corte lo ha considerato "probabilmente il più importante dei principi sottostanti alla Convenzione"<sup>26</sup>, e si tratta certamente del principio che più di ogni altro connota il carattere di giudice internazionale della Corte di Strasburgo. Ora, in *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012), *Oliari e altri c. Italia* (21 luglio 2015), la Corte ha giudicato ammissibili ricorsi non preceduti dal previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni muovendo dal presupposto, spesso dimostrato sommariamente, che l'ulteriore esperimento di quei rimedi non avrebbe comunque potuto dare soddisfazione alle pretese dei ricorrenti; e ho già ricordato che in *Parriillo c. Italia* la Corte di Strasburgo è giunta alla stessa conclusione dopo aver escluso che un'eccezione di legittimità sollevata davanti alla Corte costituzionale rientri fra i rimedi esperibili a protezione dei diritti. E' lecito il dubbio che interpretazioni sostanzialistiche del concetto di esaurimento dei ricorsi possano indurre la Corte ad affrancarsi dal rispetto del principio di sussidiarietà.

Quanto ai giudici comuni, è appena necessario segnalare la tendenza a disapplicare leggi nazionali confliggenti col diritto CEDU o col diritto UE al di fuori di quanto riconosciuto, per il diritto UE, dalla Corte costituzionale fin dalla sent.n. 170 del 1984.

In riferimento al diritto convenzionale come interpretato dalla Corte EDU, la tendenza non è stata del tutto interrotta nemmeno dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale. Ricordo le pronunce di giudici amministrativi (Cons. Stato, n. 1220 del 2010; TAR Lazio, n. 11984 del 2010) secondo cui l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 6 del

---

<sup>26</sup> R.Ryssdall, *Opinion: The Coming Age of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Review*, 1996, 24.

Trattato di Lisbona avrebbe reso direttamente applicabili le norme della Convenzione EDU, con un orientamento che è stato drasticamente smentito da Corte cost.n. 80 del 2011.

Va poi segnalata la sentenza della Cassazione III Sez. Pen, n. 2210 del 2016, che ha disapplicato disposizioni penali sulla prescrizione in ottemperanza alla sentenza della Corte del Lussemburgo dell'8 settembre 2015 nel caso *Taricco*, che ha ricavato dall'art. 325 TFUE l'obbligo per il giudice nazionale di procedere in tal senso anche se ne discendano effetti sfavorevoli per l'imputato per il prolungamento del termine di prescrizione<sup>27</sup>. In essa colpisce tanto l'inconferente richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011, che si riferiva al diverso principio della retroattività della legge penale più favorevole, quanto l'omesso richiamo a un costante indirizzo della stessa Corte che annovera le disposizioni penali sulla prescrizione fra le norme di diritto penale sostanziale, con la conseguente inerenza del divieto di retroattività posto dall'art. 25, secondo comma, Cost.<sup>28</sup>.

La questione centrale sollevata da *Taricco* e allo stato pendente davanti alla Corte costituzionale ha a che vedere con la portata dei controlimiti e dunque con l'interpretazione dei principi costituzionali dal punto di vista contenutistico. Tuttavia si è ipotizzato che *Taricco* investa la natura dell'attività giurisdizionale là dove richiede al giudice nazionale di accertare se la normativa sulla prescrizione "impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'UE", così ponendosi in contrasto con l'art. 325 TFUE: la richiesta comporterebbe "scelte giudiziarie sostanzialmente libere, perché non aventi parametri determinati dalla legge"<sup>29</sup>. Si è replicato che parametri quantitativi indeterminati sono già assai frequenti nella legislazione penale italiana e che talvolta dagli stessi fatti di causa emerge "un rilevante numero di frodi commesse serialmente dai medesimi imputati"<sup>30</sup>.

Indipendentemente dal fondamento della replica, è comunque innegabile, e risalente, la tendenza della Corte di giustizia a lasciare al giudice penale apprezzamenti difficilmente compatibili con i vincoli interpretativi cui è astretto in base al diritto costituzionale nazionale. Si pensi a *Pupino*, del 16 giugno 2005, dove la Corte era stata richiesta in sede di rinvio pregiudiziale da un giudice italiano se l'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., che limita la possibilità di chiedere l'incidente probatorio per assumere la testimonianza di minori di sedici anni solo in riferimento a delitti sessuali o a sfondo sessuale, fosse compatibile con la Decisione quadro del Consiglio relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), nella parte in cui prevede che ciascuno Stato membro garantisce alla vittima di essere senti-

---

<sup>27</sup> Peraltro contraddetta da altri giudici, compresa Cass. III Sez. Pen., 30 marzo 2016, che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del TFUE nella parte in cui impone di applicare l'art. 325 TFUE nell'interpretazione fornita in *Taricco* per contrasto con i principi supremi, comprensivi dell'art. 25, secondo comma, Cost.

<sup>28</sup> G.Repetto, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 4.

<sup>29</sup> E.Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 6.

<sup>30</sup> F.Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 33.

ta durante il procedimento e di fornire elementi di prova, riferita nella specie a “minori vittime di maltrattamenti”.

Dopo aver assimilato portata ed effetti di una decisione quadro adottata ai sensi del TUE a quelli di una direttiva UE, la Corte ha puntato sull’obbligo di leale cooperazione sancito dal TUE, caricandolo di una valenza fino ad allora sconosciuta: il giudice del rinvio deve interpretare il diritto nazionale “per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all’art. 34, n. 2, lett. b), TUE” (§ 43). Il ricorso alla formula “per quanto possibile” si spiega con la circostanza, considerata dalla Corte subito dopo, che un’interpretazione della normativa nazionale conforme alla decisione quadro “trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare di quelli di certezza del diritto e di non retroattività”, e “non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”. D’altra parte, la decisione della Corte risulta sottoposta alla condizione che il giudice del rinvio applichi l’istituto dell’incidente probatorio in modo da non rendere iniquo il procedimento penale ai sensi dell’art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La Corte di giustizia conclude nel senso che il giudice del rinvio “è tenuto a prendere in considerazione le norme dell’ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, in quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro”.

*Pupino* presenta almeno due forzature. Per giustificare l’applicabilità diretta di una decisione quadro, testualmente qualificata priva di “efficacia diretta”, la Corte ha finito col riferire ai giudici nazionali l’obbligo di leale cooperazione, fin qui ritenuto tipico delle istituzioni politiche nella misura in cui è a queste che spetta la scelta delle forme e dei mezzi per raggiungere il risultato di una decisione quadro secondo l’art. 34 TUE. Nello stesso tempo, col chiedere al giudice nazionale di considerare le norme nazionali “nel loro complesso”, la Corte lo ha sostanzialmente invitato ad aggirare “il più possibile” il contenuto della disposizione del codice di procedura penale, in quanto incompatibile con la Decisione quadro. Una sentenza così creativa suscitò subito diffuse riserve, soprattutto perché la Corte sembrava voler applicare indiscriminatamente alla materia penale, su cui il principio di certezza del diritto e dei diritti incide in misura del tutto peculiare, il canone teleologico di interpretazione cui è da tempo addestrata in riferimento al primo pilastro, ossia nel diverso ambito dell’integrazione economica<sup>31</sup>.

Infine, al di là dei rapporti con le Corti europee, ci si potrebbe chiedere se il recente indirizzo della Corte costituzionale che esclude l’efficacia retroattiva di singole pronunce (sentt.nn. 1 del 2014 e 10, 70 e 178 del 2015) configuri una violazione di regole non disponibili da parte della Corte. Ciò presuppone che tale esclusione, mantenendo la rilevanza con il giudizio *a quo* solo quale condizione per l’instaurazione del giudizio di costituzionalità, metta a repentaglio il sistema incidentale in quanto costituzionalmente prescritto. Ma è proprio a

---

<sup>31</sup> Fra i molti, E.Spaventa, *Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, 15 ss. Ulteriori riflessioni in C.Pinelli, *Omogeneità costituzionale e identità nazionale nella vicenda del mandato d’arresto europeo*, in *Studi on. Atripaldi*, II, Jovene, Napoli, 2010, 1675 ss.

questo proposito che, non da oggi, si è fatto osservare che per Costituzione il divieto di disporre degli effetti della sentenza della Corte vale solo per il futuro (art. 136), e che la modulazione degli effetti temporali in riferimento a rapporti pendenti cui la Corte ha a più riprese provveduto non incrina pertanto il nucleo costituzionale del sistema incidentale<sup>32</sup>. Il che troverebbe conferma nella nota differenza fra l'art. 1 l.cost.n. 1 del 1948, dove il requisito della rilevanza non compare, e l'art. 23 l.n. 87 del 1953.

Comunque, il problema rimane più che mai aperto, anche per via di una giurisprudenza in piena evoluzione. Valeva la pena di menzionarlo quale sintomo di una tendenza generale delle corti a superare in questa fase limiti e regole poste alle giurisdizioni in via eteronoma, o perlomeno suffragate da applicazioni assai consolidate.

---

<sup>32</sup> Appare significativo il Seminario di Studi organizzato dalla Corte costituzionale il 23 e 24 novembre 1988 (AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989), a cui ha fatto seguito il Seminario dell'8 e 9 novembre 1991 (AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione*, Milano, 1993), in cui il tema fu ripreso con riferimento all'ipotesi in cui la limitazione dell'efficacia retroattiva delle pronunce possa essere funzionale alla salvaguardia dell'equilibrio di bilancio.