DIALOGHI SULLA GIURISDIZIONE

a cura di
**Giovanni Bisogni, Salvatore Boccagna,
Gaetano Carlizzi, Giorgio Pino**

18 LA CULTURA GIURIDICA
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



RomaTrE-Press
2026

Roma Tre
Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa collana

1. A cura di G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Leggi razziali. Passato/Presente*, 2015

2. A cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, 2015

3. E. Betti, *Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, 2017

4. A cura di F. Macario, M.N. Miletti, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017

5. P. Farina, *La querela civile di falso – I. Origini e vicende storiche*, 2017
II. Profili teorici e attuativi, 2018

6. A cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, 2018

7. I. Wood, *La trasformazione dell'Occidente romano e l'affermazione della Chiesa nel primo medioevo*, 2019

8. A cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti, *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, 2020

9. A cura di G. Chiodi, I. Birocchi, M. Grondona, *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, 2020

10. A cura di G. Contaldi, *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, 2021

11. A cura di A. Carratta, L. Loschiavo, M.U. Sperandio, *Emilio Betti e il processo civile*, 2022

12. M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze*, 2022

13. G. Rossi, *Commercio e diritto in Inghilterra tra Cinque e Seicento*, 2023

14. A cura di M. Donini, L. Garlati, M. Miletti, R. Orlandi, *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, 2024

15. I. Alessi, *Le relazioni giuridiche tra Normanni e papato in Sicilia. La questione dell'Apostolica Legazia (secc. XI-XII)*, 2025

16. A cura di F. Astone, G. Chiodi, M. Grondona, S. Solimano, *Il codice civile: gli anni della formazione*, 2026

17. A cura di I. Birocchi, G. Chiodi, S. Gentile, *I guardasigilli del fascismo (1922-1945)*, 2026

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

DIALOGHI SULLA GIURISDIZIONE

a cura di
**Giovanni Bisogni, Salvatore Boccagna,
Gaetano Carlizzi, Giorgio Pino**

18 LA CULTURA GIURIDICA
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO

RomaTrE-Press
2026

La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto
Collana diretta da Beatrice Pasciuta

Coordinamento scientifico
Pia Acconci (Univ. Teramo); Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. Roma Tre); Wim Decock (Univ. Leuwen); Carlo Fantappiè (Univ. Roma Tre); Stephanie Hennette-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Univ. St Andrews); Luca Loschiavo (Univ. Teramo); Michele Luminati (Univ. Luzern); Francesco Macario (Univ. Roma Tre); Marta Madero (Univ. Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. Perugia); Sara Menzinger (Univ. Roma Tre); Marco Nicola Miletti (Univ. Foggia); Angela Musumeci (Univ. Teramo); Paolo Napoli (EHESS Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. Palermo); Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. Roma Tre); Isabel Trujillo (Univ. Palermo); Kaius Tuori (Univ. Helsinki).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Questo volume si pubblica con il contributo dell'Istituto Emilio Betti

IsEB
Istituto Emilio Betti
di Teoria e Storia del Diritto

Coordinamento editoriale
Gruppo di lavoro *Roma TrE-Press*

Cura editoriale e impaginazione
teseo editore Roma teseoeditore.it

Elaborazione grafica della copertina
MOSQUITO. mosquitoroma.it
Caratteri grafici utilizzati: Domaine Display Black; Futura-Bold; FuturaStd Book; MinionPro-Regular (copertina e frontespizio). Garamond (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press* ©
Roma, novembre 2026
ISBN 979-12-5977-688-4
http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

FORTE
FONDAZIONE ROMA TRE-EDUCATION

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.

IL PROGETTO ROMA TRE-PRESS

Il progetto della Roma TrE-Press nasce nel 2013 ed inizia la sua attività all'interno del Sistema Bibliotecario di Ateneo.

Vengono avviate le prime Collane e Riviste di Ateneo. Fin dall'inizio il progetto ha scelto la strada dell'open access: opere scientifiche realizzate in formato digitale ed accessibili a chiunque, dovunque, sempre.

Le ragioni sono le stesse che spingono altre università europee: la ricerca accademica è finanziata da risorse pubbliche; occorre che i suoi risultati siano accessibili a tutti, senza onerose intermediazioni; ciò è reso possibile dalle tecnologie digitali; rientra nella "terza missione" delle università diffondere al pubblico più largo i suoi prodotti sia didattici che scientifici; ma è anche un'esigenza di contenimento dei costi dettata dalle crescenti ristrettezze di bilancio.

Nel primo quinquennio (2013/2017) la Roma TrE-Press pubblica quasi 100 volumi. La crescente richiesta dei ricercatori dell'Ateneo e il successo dell'iniziativa (oltre 150.000 downloads) suggeriscono agli organi di Ateneo di affidare, a partire dall'autunno 2018, l'attività di e-press alla Fondazione Roma Tre Education.

Le linee guida della Roma TrE-Press sono:

- La piena autonomia scientifica dei Dipartimenti e dei Centri di Ateneo nella scelta di che cosa pubblicare, con un forte incoraggiamento verso procedure di assicurazione della qualità secondo le migliori prassi recepite dalle comunità scientifiche di riferimento.
- L'apertura verso autori e istituzioni non appartenenti all'Università Roma Tre, secondo logiche di aggregazione e di promozione della ricerca di qualità.
- Il plurilinguismo, non solo come esigenza culturale ma anche come strumento di coesione e collaborazione internazionale.

- La cura – affidata alla responsabilità della Roma TrE-Press – della linea grafica (copertine e impaginazione), secondo la secolare tradizione del libro come prodotto anche estetico ed artistico.
- La promozione del movimento verso una generale politica di open access che coinvolga anche altre istituzioni accademiche italiane e straniere in coerenza con il dettato dell'art. 9 della nostra Costituzione: *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*.

La squadra della Roma Tre-Press è così composta

prof. Vincenzo Zeno-Zencovich (*Delegato di Ateneo per l'e-press*)

prof.ssa Nazarena Patrizi (*Responsabile editoriale*)

prof. Sirio Zolea (*Delegato per i rapporti internazionali*)

dott. Ivan Guiducci (*Webmaster*)

Alessandro Riboldi (*Collaboratore informatico*)

n. 18/2026

Dialoghi sulla giurisdizione

a cura di Giovanni Bisogni, Salvatore Boccagna, Gaetano Carlizzi, Giorgio Pino

Contributi di:
Giovanni Bisogni - Università di Salerno
Salvatore Boccagna - Università di Napoli Federico II
Gaetano Carlizzi - Corte Suprema di Cassazione, Procura Generale Militare
Francesco Dal Canto - Università di Pisa
Tomaso Epidendio - Corte Suprema di Cassazione, Procura Generale
Luigi Ferrajoli - Università Roma Tre
Aurelio Gentili - Università Roma Tre
Alberto Giusti - Corte costituzionale
Massimo Luciani - Corte costituzionale, Linceo
Giorgio Pino - Università Roma Tre
Giuseppe Santalucia - Corte Suprema di Cassazione
Enrico Scoditti - Corte Suprema di Cassazione

Indice

Giovanni Bisogni, Salvatore Boccagna, Gaetano Carlizzi, Giorgio Pino
Dialoghi sulla giurisdizione. Una introduzione 11

IDEALITÀ VS. REALTÀ DELLA GIURISDIZIONE

Gaetano Carlizzi
Idealità/realtà della giurisdizione: contrapposizione radicale o dialettica feconda? 17

Luigi Ferrajoli
La giurisdizione tra dover essere ed essere 35

Tomaso Epidendio
Complessità e crisi della giurisdizione 45

SOGGEZIONE DEL GIUDICE ALLA LEGGE,
CREAZIONISMO GIUDIZIARIO, NOMOFILACHIA

Salvatore Boccagna
Tra 'idealità' ed 'effettività' della giurisdizione. Alcuni interrogativi 65

Aurelio Gentili
Soggezione del giudice alla legge, creazionismo giudiziario, nomofilachia: un confronto dialettico 69

Alberto Giusti
Etica della giurisdizione e interpretazione della legge 89

È POSSIBILE RIMETTERE «OGNI COSA AL SUO POSTO»?

Giorgio Pino
Il 'posto' della giurisdizione: una introduzione 101

Massimo Luciani
Un riordino possibile della scienza giuridica e del diritto? 111

Enrico Scoditti
L'ordine da ricostituire e il futuro da immaginare. A proposito della giurisdizione 119

SI PUÒ (E SE SÌ, COME) «METTERE IN CAUSA L'ASSETTO ORGANIZZATIVO E FUNZIONALE ATTUALE DEL POTERE GIUDIZIARIO»?

Giovanni Bisogni
L'ordinamento giudiziario oggi: quo vadis? 137

Francesco Dal Canto
Idee di giudice e di giurisdizione nelle trasformazioni dell'ordinamento giudiziario 145

Giuseppe Santalucia
Tensioni e incomprensioni intorno al modello costituzionale di giudice 167

Giovanni Bisogni, Salvatore Boccagna,
Gaetano Carlizzi, Giorgio Pino

Dialoghi sulla giurisdizione. Una introduzione

La questione è risalente.

Ne *Il diritto mite*, pubblicato nel 1992, l'autore – Gustavo Zagrebelsky – si chiedeva (retoricamente) se l'avvento di costituzioni lunghe, rigide e programmatiche non dovesse «mettere in causa l'assetto organizzativo e funzionale attuale del potere giudiziario, pensato in tutt'altro ambito ideale, quando la giurisdizione si concepiva positivisticamente come applicazione unilaterale, meccanica, passiva, "tecnica" della legge da parte di funzionari-burocrati»[1].

Ebbene, il caso ha voluto che nel 2024 il testo sia stato ripubblicato e – ciò che è più importante – è stato ripubblicato *immutato* (eccezion fatta per una premessa alla ristampa), segno che quell'interrogativo posto più di trent'anni fa non solo non ha di fatto ricevuto risposta, ma anzi in questo lasso di tempo è divenuto pressoché ineludibile**.**

In effetti, non v'è dubbio che la pressione esercitata su quell'assetto «pensato in tutt'altro ambito ideale», come dice Zagrebelsky, è dipesa non solo dal tipo di costituzionalismo affermatosi nel secondo dopoguerra, ma anche da una domanda sociale di giustizia che nel corso di questi anni si è accresciuta notevolmente, complici anche le fonti sovranazionali, e che è finita con lo scaricarsi sempre di più sulla giurisdizione, innescando un fenomeno che – si badi – sarebbe sbagliato derubricare ad 'anomalia' tutta italiana (dovuta a veri o presunti deficit di modernizzazione del nostro paese), perché rappresenta in realtà un trend comune a tutte le democrazie sviluppate.

Al limite, ciò che può dirsi tutto italiano è l'affanno con cui la giurisdizione riesce a rispondere a questa domanda di giustizia. A tal riguardo può bastare un elementare rilievo empirico. Quasi tutti i magistrati interpellati in vista del ciclo di incontri non hanno mai mancato di sottolineare che il carico di lavoro è talmente elevato che spesso non si ha il tempo di alzare la testa dai fascicoli, che si deve garantire un accettabile livello di 'produttività' – una produttività che, data la mole di lavoro, è *in re ipsa*, ancor prima

[1] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 2024, p. 177.

di essere un *diktat* organizzativo –, e che, di conseguenza, non si ha l'agio mentale per potersi confrontare sull'interrogativo posto da Zagrebelsky, sugli effetti di quella straripante domanda sociale di giustizia: insomma, su cosa sia e cosa debba essere la giurisdizione oggi – se non quando la 'politica' li obblighi a farlo ogniqualvolta parla di riforma costituzionale.

Ecco, il riferimento alla 'politica' permette una precisazione importante, che è bene manifestare con chiarezza: lo scopo di questo ciclo non è stato entrare nel 'cantiere' perennemente aperto delle riforme costituzionali sulla magistratura. Se ci si guarda indietro, tale 'cantiere' sembra essere condizionato più da esigenze contingenti – magari legate all'alternarsi delle maggioranze politiche al governo e proprio per questo quasi sempre circoscritte alla giurisdizione penale –, che da considerazioni sistemiche e da prospettive di lungo periodo.

Lo scopo è stato, invece, tutt'altro: un confronto tra esponenti della magistratura e rappresentanti dell'università per stimolare un dibattito basato proprio su una prospettiva di lungo periodo e volto a chiedersi cosa sia la giurisdizione nella sua attuale effettività e se la concezione che comunemente si ha di essa tenga ancora.

Tale concezione si basa sulla natura dichiarativa della funzione giurisdizionale – l'idea che il giudice sia soggetto «soltanto» alla legge, senza spazio per il volontarismo –, ma da tempo ormai questa concezione è contestata, sottolineando il sempre più rilevante ruolo di codeterminazione del diritto svolto dalla giurisdizione. Si tratta di chiedersi se è possibile ed è desiderabile ridurre questo ruolo in modo da recuperare uno scarto fisiologico fra il modello ideale della giurisdizione e la realtà effettuale di essa; oppure, al contrario, se sia possibile e desiderabile rivedere questo modello allo scopo di elaborare una concezione della giurisdizione capace di dare un senso alla sua componente volontaristica, razionalizzando un'effettività giurisdizionale che allo stato attuale sembra non avere una forma organica e coerente.

Da questo punto di vista – è importante sottolinearlo – siamo del tutto agnostici.

Il nostro obbiettivo – ci è stato chiaro sin dall'inizio – non era inanellare una serie di incontri a tema al fine di istradare verso un esito precostituito, ma creare invece un forum da cui far emergere – per intendersi: discorsivamente, appunto 'dialogicamente' – una soluzione più o meno condivisa, indipendentemente da quale essa sia, e un forum in cui la componente giudiziaria possa far sentire chiaramente la propria voce, evitando che i dialoghi finiscano con il diventare l'ennesimo 'monologo' fra professori universitari – i quali si può dire da sempre si occupano di diritto giurisprudenziale...

Ciò su cui, invece, non siamo per niente agnostici è il presupposto di questo ciclo di incontri. Più chiaramente: ciò di cui siamo convinti è che non si possa fare il contrario ovvero negare l'interrogativo di Zagrebelsky, negare che vi sia attrito fra idealità e realtà della giurisdizione – pensando che sia solo un falso problema, addebitabile o a insipienza tecnico-giuridica o ad un deficit di formazione genericamente culturale e/o di organizzazione materiale della magistratura. Come pure siamo convinti che non si possa fare un qualcosa di più sottile, ma egualmente sterile: ammettere tutto questo, ammettere che esista quell'attrito, ma limitarsi a rilevarlo senza provare a darvi una risposta oppure – il che è lo stesso – praticare una strategia argomentativa volta solo a conseguire un'accomodante coabitazione. E questo perché – parafrasando Costantino Mortati, giurista che di rapporti fra idealità e effettività, fra ciò che è formale e ciò che è materiale certamente si intendeva – questo ciclo di incontri «non è diretto a spiegare il modo del sorgere e del sussistere di un diritto giurisprudenziale, distinto o contrapposto a quello legislativo, diritto che può senz'altro ammettersi sulla base del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e quindi della separabilità del concetto di diritto da quello di legge, e neppure è diretto a rinvenire fonti diverse da quelle legali positive, da giustapporsi dualisticamente a queste, ma di trovare invece il principio che conferisca giuridicità ad esse e le unifichi in un'entità più comprensiva»[2]. Un'«entità» che, lo si ripete, può passare per una riconferma piena e incondizionata del principio di legalità della giurisdizione oppure – come auspicava Zagrebelsky – per una messa in causa dell'assetto organizzativo e funzionale attuale del potere giudiziario.

È attorno a questa dialettica fra idealità e realtà della giurisdizione che si sono articolati i quattro *Dialoghi*, ognuno con taglio diverso. E così il primo, fra Luigi Ferrajoli e Tomaso Epidendio, si è assunto il compito di fungere da introduzione generale al ciclo, con particolare attenzione alla giustizia penale; il secondo, animato da Aurelio Gentili e Alberto Giusti, ha indagato quella dialettica in riferimento alla giustizia civile, che solitamente risulta essere un po' la 'cenerentola' ogniqualvolta ci si interroga sulla condizione storico-spirituale attuale della magistratura; il terzo, che ha visto come protagonisti Massimo Luciani ed Enrico Scoditti, si è concentrato su un profilo funzionale della giurisdizione ove massimamente si sta avvertendo la tensione fra idealità e realtà ovvero l'interpretazione conforme a Costituzione; l'ultimo, in cui si sono confrontati Francesco Dal Canto e Giuseppe Santalucia, si è soffermato, invece, sull'assetto organiz-

[2] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1998, p. 33.

zativo della giurisdizione – forse il più delicato –, cercando di ricostruire in quale direzione si siano sviluppate le numerose modifiche dell'ordinamento giudiziario succedutesi negli ultimi decenni e se sia possibile modificare un'agenda delle riforme che molto sembra essere dettata dalla contingenza.

Certo, data questa impostazione, è comprensibile l'obiezione secondo cui quattro incontri non sono affatto sufficienti. Siamo profondamente grati ai relatori per aver accettato l'invito e per la disponibilità a pubblicare i propri interventi, ma siamo egualmente consapevoli che sotto il profilo personale e tematico si sarebbe potuto fare di più. Dal primo punto di vista non v'è dubbio alcuno che la caratura scientifica e professionale dell'università e della magistratura italiana sia tale da indicare molte altre colleghe e colleghi non meno qualificati nell'affrontare il tema di questo ciclo di incontri. Sotto il profilo tematico, poi, il ciclo è dedicato alla sola giurisdizione ordinaria e, in effetti, quando il progetto fu presentato, giustamente si fece notare l'opportunità di allargarlo quantomeno alla giurisdizione amministrativa… Purtroppo, scegliere non è stato facile perché la disponibilità dell'Istituto Emilio Betti e dell'Istituto Luigi Sturzo – ai cui rappresentanti, Luca Loschiavo e Andrea Bixio, va il nostro più sentito ringraziamento per la sincera convinzione nell'iniziativa e per il supporto materiale offerto, non ultimo l'ospitalità nella collana editoriale dell'Istituto Betti presso Roma-TrE-Press – aveva i suoi limiti naturali.

Ciò detto, non abbiamo affatto la percezione di aver vissuto un'esperienza in sé conclusa, il cui spirito sia da archiviare alla storia e che non possa conoscere ulteriori sviluppi. Anche perché lo sviluppo c'è stato, enorme: la recente riforma costituzionale del Titolo IV. Coerentemente all'agnosticismo poc'anzi professato non ci siamo pronunciati su di essa durante lo svolgimento degli incontri – quando l'iter parlamentare doveva ancora concludersi – e non vogliamo farlo ora che la riforma è stata respinta dall'elettorato, e non vogliamo farlo perché la vicenda, per come è andata a finire, ci sembra confermare la bontà dell'impostazione adottata e la convinzione che essa debba essere ribadita anche per il futuro prossimo. Mai come ora, a valle di una riforma che ha polarizzato tanto l'opinione pubblica quanto gli addetti ai lavori, pare opportuno continuare a praticare quello che si è provato a fare con questo ciclo di incontri e che, peraltro, sta scritto nel suo titolo: il dialogo.

Idealità vs. realtà della giurisdizione

Gaetano Carlizzi*

Idealità/realtà della giurisdizione: contrapposizione radicale o dialettica feconda?

SOMMARIO: 1. Idealità e realtà dell'esperienza umana – 2. Dalla idealità alla realtà della giurisdizione – 3. Dalla realtà alla idealità della giurisdizione

1. *Idealità e realtà dell'esperienza umana*

La coppia concettuale "idealità/realtà" costituisce una delle grandi costanti nella vita dell'uomo. L'individuo *fa* sempre *esperienza* dell'esistente, di fatti reali, ma sullo sfondo di valori astratti, di pretese ideali, che premono per esser soddisfatte. D'altro canto, prima ancora che nell'esperienza, la coppia idealità/realtà si manifesta nell'*azione*, configurandosi come una dialettica costitutiva della stessa sfera umana. Illuminante è la lezione di Gustav Radbruch, che tipizza tale sfera come regno della cultura, ciascuna delle cui regioni si caratterizza per lo sforzo costante di realizzare un valore ben preciso[1]. Tra queste vi è anche la regione del diritto, intesa come "*realtà il cui senso è di stare al servizio del valore del diritto, dell'idea del diritto*"[2], a sua volta identificata con la giustizia, con la pretesa di parità di trattamento dei fatti eguali (e disparità di quelli diseguali) da un certo punto di vista[3].

Sennonché, come lo stesso giusfilosofo e penalista di Lubecca avverte, gli sforzi profusi nel campo della cultura non sono tutti destinati al successo, anzi molti di essi si approssimano soltanto al fine perseguito, senza per questo perdere la propria identità: «la cultura, come la descrive lo storico, non è affatto puro valore, è piuttosto un misto di umanità e barbarie, gusto e mancanza di gusto, verità ed errore; eppure, in tutte queste manifestazioni, si tratti di impedimento o di promozione, di fallimento o di rea-

* Le opinioni espresse nel testo corrispondono al pensiero dell'autore e non riflettono necessariamente la posizione dell'Istituzione di appartenenza.

[1] G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932), ediz. it. a cura di G. Carlizzi-V. Omaggio, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 8.

[2] Ivi, p. 37 (corsivi nell'orig.).

[3] Ivi, p. 39.

lizzazione del valore, essa non è mai priva di riferimento al valore»[4].

Le acute riflessioni di Radbruch possono fungere da introduzione al nostro tema, incentrato sulla coppia concettuale idealità/realtà *della giurisdizione*. In tal senso, gli sforzi giudiziali di applicare correttamente il diritto, per realizzare la giustizia cui questo tende, compongono la realtà della giurisdizione in ogni caso, sia quando hanno successo, sia quando falliscono. La loro funzione costitutiva, dunque, non dipende tanto dal risultato del singolo sforzo, quanto dalla tensione che lo accompagna, così da venir meno nei soli casi estremi e aberranti in cui il giudice compia un'ingiustizia intollerabile o, addirittura, tenda intenzionalmente all'ingiustizia[5].

Tutto sta dunque nel chiarire se il ricorrente divario tra idealità e realtà della giurisdizione costituisce il segno di una contrapposizione, dunque di un contrasto insanabile, oppure solo lo spazio della descritta dialettica, dunque di un movimento negativo ma produttivo, che coinvolge due termini in rapporto di complementarità.

È proprio qui che vengono in soccorso i due densi e stimolanti contributi che si presentano. Prima di illustrarli e commentarli per sommi capi, va evidenziato che le *forme del divario tra idealità e realtà della giurisdizione* possono essere suddivise in *due gruppi*, ciascuno dei quali dipende da *cause* diverse da quelle sottostanti all'altro. Da un lato stanno le forme *fisiologiche*, legate a fattori che riflettono la naturale imperfezione dell'uomo o dei mezzi di cui egli si avvale, tanto da non poter essere mai eliminate del tutto. Dall'altro lato si profilano le forme *patologiche*, legate a fattori che affondano le proprie radici in tendenze proprie di alcuni individui, a loro volta costanti nella storia oppure semplicemente epocali.

Questa distinzione, che dovrebbe guidare ogni seria ricerca sul nostro tema (mentre è spesso annullata nei giudizi che diversi giuristi e profani esprimono sulla realtà della giurisdizione), sta alla base anche dei due contributi indicati, sebbene essi si muovano in direzioni opposte, anche per la diversa formazione dei loro autori. In particolare, il contributo di Luigi Fer-

[4] Ivi, p. 8.

[5] Sulla "Duplice Formula di Radbruch", sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice Formula di Radbruch"*, in «Ann. Univ. Suor Orsola Benincasa (2016-2018)», 2018, pp. 59-61 e nt. 29, nonché a G. Carlizzi, *Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del "giusnatupositivismo ermeneutico"*, in «Mat. st. cult. Giur. », 2, 2022, p. 290, evidenziando che essa fu concepita in origine soprattutto per il legislatore (cfr. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Sudd. Juristenz.», 1946, pp. 105-108), per poi essere esplicitamente estesa al giudice (cfr. G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in «*Die Wandl.*», 1947, pp. 8-16).

rajoli, uno dei filosofi del diritto italiani più penetranti e noti a livello mondiale, muove da un'idealità corrispondente al modello di razionalità giuridica al quale egli lavora da sempre, per poi rivolgersi a una realtà modellata su un numero circoscritto di casi giudiziari ritenuti esemplari, oltre che di conflitti politici. Al contrario, il contributo di Tomaso Epidendio, sostituto procuratore generale in Cassazione di solidissima preparazione giuridica, parte da una realtà intessuta di casistiche che rivelano tutta la complessità della giurisdizione attuale, per poi proporre alcune ipotesi sui relativi fattori e sui rimedi culturali che potrebbero contenerla.

In effetti, se i due movimenti vanno in direzioni opposte e sembrano sfuggire a un'intesa reciproca, nondimeno condividono l'idea che l'imperfezione dell'esercizio della giurisdizione abbia in gran parte carattere patologico, dunque sia un fenomeno che può e deve essere riportato entro livelli tollerabili. Il valore del loro dialogo ideale non va colto, dunque, in un accordo perfetto, che è forse impossibile da raggiungere (come mostra l'attuale dibattito teorico in materia), e sarebbe comunque sospetto dal punto di vista filosofico. Esso risiede, piuttosto, nei ricchi stimoli di riflessione che le divergenze tra i due punti di vista offrono ai tanti studiosi e pratici interessati alle sorti della giurisdizione, funzione indefettibile in ogni ordinamento giuridico.

2. *Dalla idealità alla realtà della giurisdizione*

2.1. Secondo Ferrajoli, l'attuale *crisi della giurisdizione* può essere compresa da due punti di vista complementari. Innanzitutto, da un punto di vista *esterno*, che la considera un prodotto dell'avversione della politica verso la magistratura, in atto da tempo, ma acuitasi negli ultimi anni, segnati dal populismo anche nella sfera del diritto. In questo senso, secondo il filosofo del diritto fiorentino, le giurisdizioni dei vari Paesi democratici del mondo non funzionano correttamente anche perché contrastate da legislatori e governanti sempre più insofferenti ai limiti costituzionali della democrazia (principi, diritti e garanzie fondamentali), dunque sempre più propensi ad agire in forma autocratica. A siffatto stato di cose egli oppone l'ideale della separazione dei poteri, secondo il quale la funzione politica (legislativa e governativa) e quella giudiziaria hanno non solo differenti competenze, ma prima ancora diversi fondamenti di legittimazione. Nel primo caso, si tratta del principio di rappresentanza della volontà popolare, nel secondo, invece, del principio di corretto accertamento della verità giudiziaria e di protezione dei diritti da qualunque potere. Su questa scia, bisogna dunque respingere

ogni tentativo di subordinare l'esercizio della giurisdizione al consenso popolare e difendere al meglio le istituzioni poste a garanzia dell'indipendenza giudiziaria: il Consiglio Superiore della Magistratura quale organo del suo autogoverno e l'Associazione Nazionale Magistrati quale organo preposto alla sua tutela sindacale.

A questo punto di vista esterno, secondo Ferrajoli, se ne aggiunge un altro, *interno* alla sfera della giurisdizione, che lo spinge a considerare la sua crisi anche come un fenomeno endogeno, consistente nel fatto che essa viene sempre più spesso esercitata vanificando le *garanzie* del retto giudizio. Più precisamente, posto che tali garanzie si compendiano nella pretesa che il giudice accerti la *verità* processuale nel rispetto dei *diritti* delle persone, egli individua al riguardo una serie di cause eterogenee. Mentre alcune di queste sono di origine *lato sensu politica* (inflazione delle leggi; deterioramento della qualità del relativo linguaggio; assenza di chiari principi regolativi dei rapporti tra fonti nazionali e sovranazionali), altre sono piuttosto riconducibili alla *scienza giuridica* (atteggiamento verso la realtà della giurisdizione prettamente descrittivo e realistico, anziché critico e positivista, anche per la subalternità della nostra cultura a quella anglosassone; proliferazione di teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica). Entrambi i tipi di cause, nondimeno, sono per Ferrajoli superabili o almeno contenibili, sempre che, in controtendenza allo spirito del tempo, si sia disposti a farsi guidare dal modello garantista di stampo neoilluminista e giuspositivista da lui promosso. Modello, questo, incentrato sul principio di legalità sostanziale (formulazione di leggi poche, chiare e semplici, da intendere negli stretti limiti dei loro possibili significati letterali) e processuale (rifiuto delle varie forme di accordo sull'applicazione della pena, tutte anticognitive).

2.2. Questo ricco affresco sollecita una serie di riflessioni che qui possono essere solo abbozzate. Così, sul versante delle cause *esterne* della crisi della giurisdizione, può convenirsi sul deterioramento dell'armonia che ha regnato per lungo tempo tra politica e magistratura nei vari Paesi occidentali, perlomeno a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale. Parimenti, è sostenibile che questo deterioramento dipenda anche dal fatto che la magistratura, come ogni altra istituzione di garanzia dei diritti, può costituire oggettivamente, dunque al di là delle migliori intenzioni di tutti, un fattore di rallentamento dell'azione politica, oggigiorno alle prese con una realtà di straordinaria complessità. In questo senso, l'una può finire per essere percepita come un ostacolo all'efficacia e alla prontezza dell'altra, come pure alla raccolta di consensi cui la stessa politica aspira, sebbene quest'ul-

tima non debba costituire la ragione determinante. In una visione ideale della politica, infatti, essa dovrebbe individuare e perseguire il bene dei consociati persino contro la loro adesione, legata anche a pulsioni istintive, sicché la sua principale fonte di ispirazione dovrebbe essere, non già il loro consenso effettivo, bensì quello razionale (non è un caso che, sulla scia di Kant, Radbruch subordini a quest'ultimo la stessa obbligatorietà del diritto)[6].

Nondimeno, a mio modesto avviso, attribuire la responsabilità pressoché esclusiva del suddetto deterioramento ad uno soltanto dei soggetti della relazione, in particolare alla politica, rischia non solo di lasciare l'analisi a metà, ma soprattutto di complicare il raggiungimento del nobile fine che lo stesso Ferrajoli persegue, cioè il ripristino dell'armonia tra i due poli. Infatti, come ogni altra relazione compromessa, così anche quella tra politica e magistratura potrà migliorare solo quando ciascuno dei suoi protagonisti non si limiterà a segnalare responsabilità vere o presunte dell'altro, ma sarà altresì disposto a discutere le proprie. E tra le responsabilità vere o presunte della magistratura bisognerà discutere, tra l'altro, l'incidenza dell'"adesione correntizia" sulla carriera del magistrato (non già l'adesione in quanto tale), in quanto fattore di assottigliamento delle barriere tra politica e magistratura, di commistione tra i rispettivi ruoli e, in ultima analisi, di inasprimento dei loro rapporti reciproci (che ciò sia urgente, lo segnala anche Epidendio nel suo bel contributo, là dove, commentando l'ormai sfumata riforma costituzionale sulla "separazione delle carriere", si chiede saggiamente «se, per evitare i paventati rischi di collateralismo politico all'interno delle correnti, non sia il caso di tornare[, per la progressione nella carriera del magistrato,] al tanto vituperato metodo dell'"anzianità temperata"»).

Anche sulle cause *interne* della crisi della giurisdizione Ferrajoli offre spunti di meditazione preziosi e in buona parte condivisibili. Un passaggio, però, merita di essere discusso più a fondo: quello nel quale egli stima "senza precedenti" e – in sostanza – problematico lo sviluppo contemporaneo delle dottrine dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, che finirebbero per legittimare il fenomeno deleterio del "creazionismo giurisdizionale".

Ora, che tale sviluppo presenti i caratteri indicati da Ferrajoli, è affermazione non facile da condividere, anzi che pare contraddetta dalla storia del pensiero giuridico. Anche a voler considerare i passi sull'applicazione del diritto contenuti nel *Digesto giustinianeo* come semplici frammenti di un abbozzo metodologico, si ha l'impressione che, sia sotto la plurisecolare

[6] RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, cit., spec. p. 94.

vigenza del *diritto comune*, basato sull'autorità di quel venerando testo antico, dunque sulla necessità di adattarne il senso ai nuovi bisogni della società medioevale e moderna; sia con l'avvento delle *codificazioni sette-ottocentesche*, inevitabilmente foriere, nella loro stringata fissità, di incertezze e ingiustizie, dunque richiedenti un *corpus* di metodi non solo di comprensione, ma anche di perfezionamento, come testimoniato dalla lezione savignyana; sia con la *costituzionalizzazione* del diritto nel secolo scorso, che ha precluso in linea di principio la possibilità di imporre un'unica prospettiva nella soluzione delle questioni giuridiche, e ha costretto piuttosto a contemperare tutte le visioni in esse coinvolte – si ha l'impressione, dicevo, che l'evoluzione del pensiero giuridico, salvo eccezioni (tra cui la parentesi utopistica, almeno *in parte qua*, dell'Illuminismo), non sia andata nella direzione sottintesa da Ferrajoli. Più precisamente, si ha l'impressione di una febbrile e incessante invenzione e rielaborazione di tecniche di interpretazione (di attribuzione di significati alle fonti del diritto) e di schemi argomentativi (di selezione, perfezionamento, sostituzione e/o armonizzazione di tali significati)[7]. Ciò vale particolarmente, non certo in modo esclusivo, nella fase culminante di questa lunga evoluzione, quella attuale della costituzionalizzazione del diritto. Per le ragioni appena indicate, essa ha comportato l'equivalenza (solo) in linea di principio tra tutti i significati attribuibili alla legge, nonché la necessità di tener conto, per esigenze di giustizia, anche dei loro possibili sviluppi argomentativi (nel penale, però, solo entro i limiti concessi dalla *littera legis*). Di qui, innanzitutto, l'impossibilità di stabilire con esattezza, sulla base di una precisa meta-regola, l'unico risultato corretto, dunque la necessità di individuare il più plausibile con l'ausilio di un ricco apparato metodologico. Apparato, questo, formato non solo da tecniche di interpretazione (di tipo letterale e intenzionale), ma anche da schemi di argomentazione (*a fortiori*, *a contrario*, *a simili*, orientata alla Costituzione o alle fonti sovranazionali, incentrata sui rapporti gerarchici, di specialità, cronologici o di competenza

[7] Per una conferma più precisa e documentata di queste tesi, cfr., volendo, G. Carlizzi, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, in «*Diacronia*», 1, 2022, pp. 15-82. Per una monumentale ricognizione della storia (1500-1990) delle tecniche e degli schemi evocati nel testo, opportunamente articolata per grandi epoche e, all'interno di ciascuna di esse, ripartita a seconda dell'inerenza alla teoria dell'argomentazione, a quella dell'interpretazione o a quella dell'individuazione scientifica del diritto ("*wissenchaftliche Rechtsfindung*"), cfr. J Schröder, *Recht als Wissenschaft*, *Band 1, 1500-1933*, e *Band 2, 1933-1990*, C.H. Beck, München, 2020. L'importanza dell'opera è testimoniata dalla recentissima pubblicazione di un commentario a essa dedicato: M. Auer-R. Seinecke-S. Vogenauer (hrsg.), *Recht als Wissenschaft. Ein Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen. 2026.

tra norme, operante come bilanciamento tra principi fondamentali ecc.)[8]. In secondo luogo e soprattutto, ne risulta che il riconoscimento delle molteplici scelte che il giudice è chiamato a compiere per tali ragioni non può più essere bollato come "anti-legalitario". Esso, piuttosto, impone di farsi carico del fenomeno della discrezionalità giudiziaria, in particolare scandagliando gli strumenti diuturni di cui essa si avvale e sforzandosi di enucleare direttive utili per il loro coordinamento razionale e ragionevole. Questo secondo compito, tuttavia, a differenza del primo, attende ancora di essere svolto compiutamente.

3. *Dalla realtà alla idealità della giurisdizione*

3.1. Opposto è il tragitto compiuto da Epidendio, pur nella convinzione, che lo accomuna a Ferrajoli, della perdurante presenza di una *crisi della giurisdizione*. Come anticipato, egli muove da una ricca panoramica della complessità della sua realtà attuale, individua alcuni possibili rimedi culturali e si sofferma su alcune sue espressioni particolarmente significative. Così, la realtà attuale della giurisdizione è vista come territorio centrato da una "tempesta perfetta", a causa di svariati fattori, alcuni endogeni, altri esogeni alla magistratura: dalla rivoluzione ermeneutica del diritto, alla radicalizzazione e disintermediazione della politica, alla farraginosità e instabilità delle fonti giuridiche (nazionali e sovranazionali). Secondo Epidendio, le risposte date dall'Accademia alle criticità legate a questi fattori sono "del tutto insufficienti", in quanto non tengono conto di un principio metodologico

[8] Di esemplare chiarezza anche su questo punto R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 268 s.: «Taluni rappresentano l'interpretazione come un'attività governata da regole […] di vario genere: regole per l'attribuzione di significato, meta-regole per la selezione tra più significati in competizione, etc. Certo non è impossibile raffigurare ogni operazione interpretativa come atto di esecuzione di una regola. […] Tuttavia, occorre sottolineare che le regole in questione presentano due caratteri salienti: da un lato, sono 'defettibili', ossia soggette a eccezioni implicite non specificate né specificabili […]; dall'altro lato, il loro insieme è pervaso da conflitti, giacché ad ogni regola se ne contrappone almeno un'altra di contenuto incompatibile, e non vi sono meta-regole stabili per la soluzione di tali conflitti». Analogamente, U. NEUMANN, *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars Interpretandi*, 2013, p. 85. Alla stessa conclusione, ma con particolare riguardo alla dipendenza della teoria dell'argomentazione dal peculiare concetto di diritto seguito da chi decide, giunge ID., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2010, pp. 49-51.

fondamentale, che può riformularsi come segue. Come chi vuole realizzare sensatamente certi stati di cose deve ricorrere a modelli ideali, così nel ricorrere a modelli ideali bisogna tener conto della costituzione della realtà su cui essi vogliono fare presa. In particolare, continuare a concepire i problemi in esame nei termini dell'alternativa tra discrezionalità ermeneutica e soggezione alla Costituzione, tra positivismo e anti-positivismo oppure tra creazionismo e anti-creazionismo giudiziario è operazione che, secondo Epidendio, ha fatto il suo tempo e va sostituita da nuovi modi di indagare la realtà attuale della giurisdizione.

A questa parte critica, come detto, egli fa seguire la parte propositiva, nella quale addita tre settori filosofici di ricerca che, a suo avviso, consentono di "fornire risposte più pregnanti e aggiornate" a tale complessità. Innanzitutto, la "teoria degli 'interpretanti' di C.S. Peirce", che induce a studiare le sentenze giudiziarie come "'interpretanti' nella funzione segnica del diritto", ossia come enunciati che mediano tra la disposizione di legge e il suo significato normativo. In secondo luogo, la logica euristica, in particolare la teoria dei problemi di Newell e Simon, con tutto il suo apparato di direttive euristiche (definizione dello "spazio" di un problema, dei metodi per la ricerca delle sue possibili soluzioni ecc.), che consente di "aggiornare e avanzare sulla strada della cd. costituzione del caso giuridico di Joachim Hruschka". Infine, le "teorie della complessità", che consentono di mettere in luce e a profitto, anche per il diritto, la profonda differenza esistente tra complicazione (concetto quantitativo, riflettente l'abbondanza di parti e/o funzioni di un sistema) e complessità (concetto qualitativo, riflettente l'impossibilità di comprendere il funzionamento di un sistema a partire dalla sue parti)[9].

Alla luce di questi suggerimenti, Epidendio riprende in esame la complessità della realtà attuale della giurisdizione, soffermandosi su tre sue forme di manifestazione particolarmente influenti. La prima concerne la nuova funzione assunta di fatto, dopo il Trattato di Lisbona e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ("Carta di Nizza"), dall'istituto della disapplicazione delle leggi nazionali incompatibili col diritto UE. Da operazione prettamente interpretativo-applicativa essa si è trasformata in "larvato giudizio di illegittimità" costituzionale espresso dal giudice comune. In effetti, posto che i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza sono

[9] Qui, secondo Epidendio, «una molteplicità di codici – che obbediscono a differenti criteri operativi e a logiche eterogenee – operano insieme secondo relazioni causali multiple e circolari, esibendo comportamenti creativi, risultati non deducibili dalle premesse secondo meri criteri nomologico-deduttivi».

in genere protetti anche dalla nostra Costituzione, tutte le volte che una legge contrasta con i primi, essa contrasta altresì con i secondi ("doppia pregiudizialità"), con la conseguenza che la sua mera disapplicazione ne comporta la sottrazione al sindacato di costituzionalità riservato alla Consulta.

La seconda forma di manifestazione concerne il ruolo sempre più determinante che il "diritto giurisprudenziale" ha assunto nel nostro ordinamento, che pure difetta di principi sul precedente vincolante come quelli operanti nei sistemi di *common law*. In questo senso, particolarmente problematica si è rivelata la tecnica dell'interpretazione conforme, la quale impone di tener conto non solo dei testi di riferimento (Costituzione, documenti del diritto UE e CEDU), ma anche delle pronunce delle Corti che ne sono interpreti più o meno eminenti (Corte costituzionale, Corte di Giustizia UE, Corte EDU). Queste pronunce, infatti, diversamente da quei testi, non consistono in enunciati singoli, bensì in discorsi giustificativi. Esse, pertanto, possono essere comprese adeguatamente solo attraverso un'ermeneutica nuova e apposita, allo stato mancante, che tenga conto, tra l'altro, dell'orientamento tipicamente casistico che le decisioni della Corte EDU presentano rispetto a quelle della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE.

La terza e ultima forma di manifestazione della complessità della realtà attuale della giurisdizione, secondo Epidendio, riflette l'adozione della "teoria ermeneutica" nell'interpretazione della legge e la diffusione della logica del bilanciamento. Concentrandosi sulla teoria ermeneutica, egli ritiene che il suo principale merito sia consistito nella scoperta della "sovradeterminazione" della fattispecie legale rispetto al testo di legge, in ragione della quale l'interprete, nel ricostruire la prima, terrebbe necessariamente conto di "elementi extra-normativi ed extra-testuali". Tutto ciò con la conseguenza ultima, apertamente sostenuta dal nostro autore, che non si porrebbe più un problema di creatività giudiziaria nei termini tradizionali. Ciò anche perché, riprendendo una tripartizione proposta da Umberto Eco, tra l'*intentio auctoris* e l'*intentio lectoris*, esisterebbe "una ricostruibile *intentio operis* che, a seconda dei 'contesti', consente sempre di individuare quali significati sono attribuibili agli enunciati e quali no: in ciò consiste un'aggiornata e più consapevole comprensione del significato profondo del principio di sottomissione del giudice alla legge previsto dall'art. 101 della Costituzione".

3.2. Tutte queste idee, che nella loro multidimensionalità colgono con grande efficacia la complessità della realtà attuale della giurisdizione, nella

loro profondità spingono a interrogarsi sulle cause e sulle soluzioni individuate per la sua riduzione. Con la modestia e l'onestà intellettuale dovute in ogni analisi critica, mi pare che le considerazioni di Epidendio siano particolarmente plausibili quando attengono alla sfera tecnico-giuridica. In effetti, se le riflessioni sulla disapplicazione, sull'interpretazione conforme e sul vincolo (relativo) del precedente sono davvero illuminanti, più discutibili risultano quelle sui rimedi alla complessità suddetta e, soprattutto, sull'ermeneutica giuridica, in particolare in rapporto al tema della creatività giudiziaria.

Sorvolo sui *rimedi alla complessità*, che, per limiti di spazio, si traducono in stimoli alla lettura di opere importanti e in effetti poco note nella cerchia dei giuristi, finendo però per sottovalutare che la riduzione della complessità in esame non dipende tanto dalla messa a punto di *singoli* concetti teorici e strumenti metodologici. Essa richiede, invece, una rivoluzione *complessiva*, che passa per il perfezionamento del modello di formazione giuridica, ancora incentrato sui saperi tecnico-dogmatici, mediante l'inclusione di saperi *lato sensu* culturali (storia, filosofia, epistemologia, metodologia, criminologia, antropologia e così via). Ciò al fine di affinare quell'attitudine critica e quella sensibilità empatica parimenti necessarie per diventare un ottimo giurista, in particolare un ottimo magistrato.

Maggiore attenzione va rivolta alla trattazione della "*teoria ermeneutica del diritto*" proposta da Epidendio, la quale mi pare affetta da una genericità di fondo ricorrente nella letteratura italiana, sebbene meno intensa di quella media. A quest'ultimo riguardo, diversamente da altri studiosi, egli non caratterizza la teoria in esame come mera tendenza, condivisa da una molteplicità eterogenea di autori, ad abbracciare forme più o meno radicali di creazionismo o di psicologismo giudiziario[10]. Piuttosto, pur rinunciando, come i critici radicali, a confrontarsi direttamente con le fonti sorgive del-

[10] Così L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, 2024, p. 86-88, spec. p. 86 (che parla di "creazionismo ermeneutico" più o meno forte a seconda dell'autore considerato e cita solo giuristi italiani di formazione e interessi alquanto diversi, ma non giuristi tedeschi) e, rispettivamente, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 21-23, spec. p. 21 e nt. 5 (che qualifica la teoria ermeneutica dell'interpretazione come "la più nota, e oggidì la più fortunata, congettura psicologica sul processo interpretativo", citando, oltre a Josef Esser, che ha indubbiamente contribuito all'ermeneutica, ma solo nel momento culminante, e Robert Alexy, che è estraneo a essa, essendo di estrazione analitica, giuristi italiani di varia provenienza: da Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, Gustavo Zagrebelsky, Rodolfo Sacco ed Emilio Betti).

l'ermeneutica giuridica contemporanea[11], egli la identifica richiamando i suoi due *topoi* più noti. Mi riferisco al rifiuto dell'idea che la decisione si esaurisca in un'operazione sussuntiva del fatto nella norma e alla correlativa convinzione che essa scaturisca da un procedimento circolare, anzi spiraliforme, di continua determinazione reciproca dell'uno con l'altra.

Sennonché, anche questa caratterizzazione, sebbene più centrata delle precedenti, non convince su due piani. Sul piano storico, le due tesi su cui poggia colgono solo in parte l'originalità innanzitutto giusfilosofica del movimento in esame. In effetti, secondo l'ermeneutica giuridica, la dialettica norma-fatto, lungi dall'esaurirsi nel momento decisorio, pervade l'intera esperienza giuridica e comporta, così, una serie di corollari che vanno ben oltre quelle due tesi[12]. Correlativamente a ciò, sul piano teorico, non è corretto far discendere dall'ermeneutica giuridica il superamento della polemica tra positivismo e anti-positivismo, come pure del problema della creatività giudiziaria.

In effetti, la tesi del primo superamento può essere sostenuta solo muovendo da accezioni iperboliche di "positivismo" e "anti-positivismo", secondo le quali il primo esaurirebbe il diritto nella legge positiva, anzi nell'unico significato a questa ascrivibile, mentre il secondo identificherebbe il diritto con l'interpretazione giurisprudenziale. Sennonché, non solo la prima accezione sovrappone altresì il positivismo come teoria del diritto

[11] Da tempo disponibili grazie alle numerose traduzioni dal tedesco di queste fonti, di cui è stata infine offerta una silloge in *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. Carlizzi-V. Omaggio, Pisa, ETS, 2016 (poi pubblicata anche in tedesco: S. Meder-V. Omaggio-G. Carlizzi-C. Sorge (hrsg.), *Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert. Eine Anthologie von Grundlagentexten der deutschen Rechtswissenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2018).

[12] È proprio perciò che, nel tentare una ricostruzione della genesi e dell'evoluzione del movimento in esame, nel quadro di una più ampia storia dell'ermeneutica giuridica dal diritto romano al XX secolo, ho proposto per la prima volta di denominarlo "*ermeneutica giuridica nomofattuale*" e l'ho definito sulla base di tredici tesi caratteristiche: Carlizzi, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, cit., pp. 64-82. Per un autorevole confronto con questa proposta storico-teorica, cfr. M. Donini, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, pp. 669-672. Per una stimolante intervista a un filosofo di formazione ermeneutica nella quale emergono bene le peculiarità dell'ermeneutica giuridica in rapporto a quella filosofica, cfr. F. Pedrini, *Colloquio sull'Ermeneutica II. L'ermeneutica giuridica tra diritto e giustizia. Intervista al Prof. Gaetano Chiurazzi (Torino, luglio 2025)*, in «Lo Stato», 24, 2025, pp. 191-239.

col cognitivismo come teoria dell'interpretazione[13]. Non solo la seconda accezione riduce altresì l'anti-positivismo alla sua variante meno tradizionale (il realismo, anziché il giusnaturalismo) e trascura la possibilità di concezioni meramente non-positivistiche del diritto[14]. Ma, soprattutto, una volta riconosciuto che le espressioni "positivismo" e "anti-positivismo" (in particolare: "giusnaturalismo"), singolarmente considerate, denotano atteggiamenti le cui grandi linee sono costanti nella storia, ma i cui aspetti di dettaglio sono condizionati dalla storia, e che l'ermeneutica giuridica vuole essere un'originale filosofia del diritto, anziché una mera teoria dell'interpretazione, si può convenire che anch'essa, lungi dal rendere superflua la polarità in esame, ne è riccamente alimentata. Esemplari in tal senso sono i tentativi di combinare i due punti di vista in una sintesi che li elevi conservandoli (Radbruch)[15] oppure di teorizzare una positività di natura procedimentale (Zaccaria)[16]. Insomma, contrariamente a quanto ritiene Epidendio, la dialettica tra positivismo e anti-positivismo, nella sua perennità, costituisce un termine di confronto al quale nessuna filosofia del diritto può veramente rinunciare. Riflettere su di essa non è una vana esercitazione accademica, bensì pone di fronte alle grandi forze che si scontrano e si combinano, in proporzioni variabili, in ogni esperienza giuridica: la volontà e la forza, da un lato, la giustizia (naturale, divina e/o razionale) e l'effettività, dall'altro lato[17].

---

[13] Sul punto, cfr. E. Diciotti-A. Sardo-V. Velluzzi, *L'interpretazione giuridica. Teoria e tecnica*, Roma, 2025, pp. 197-231; G. Pino, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, pp. 71-76.

[14] Tale possibilità trova un autorevole riscontro nella concezione di R. Alexy, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in «Ars Interpretandi», 2010, pp. 17-36.

[15] Sul punto sia consentito il rinvio a Carlizzi, *Continuità o discontinuità nel pensiero di Radbruch?*, cit., spec. pp. 282-286.

[16] G. Zaccaria, *Sul concetto di positività del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, p. 330: «la positività giuridica non costituisce e non può più esser concepita come l'espressione pressoché esclusiva di un'autorità che pone, quanto piuttosto come l'esito di un procedimento e di una prassi articolata di soggetti, che continuamente si fanno». Al riguardo, cfr. *Introduzione*, D. Canale-E. Pariotti-B. Pastore, in Id.-Ead.-Id. (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, p. 10. Un chiaro schema delle molteplici forme di positività in prospettiva ermeneutica è offerto da Vincenzo Omaggio in V. Omaggio-G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, p. 54.

[17] In termini analoghi, ma in riferimento al proprio sistema giusfilosofico (incentrato sulla

D'altro canto, neppure convince pienamente la seconda tesi di Epidendio, secondo cui l'ermeneutica giuridica, pur contribuendo al riconoscimento della creatività giudiziaria con la messa in luce del necessario ricorso a elementi "extra-normativi ed extra-testuali" nella decisione giuridica, avrebbe fornito i mezzi per superare il problema da essa posto. Tale tesi si compone di due parti, che vanno criticate separatamente, anche perché relativamente indipendenti l'una dall'altra. Innanzitutto, se la suddetta messa in luce è intesa da Epidendio, come pare, nel senso che per l'ermeneutica giuridica il significato normativo applicabile non è *compiutamente* predato (fin qui sono d'accordo pressocché *tutte* le teorie contemporanee dell'interpretazione), bensì è codeterminato dai fatti da decidere in base a esso (qui si manifesta, invece, un assunto tipico dell'ermeneutica giuridica), allora essa non costituisce un contributo al riconoscimento del fenomeno della creatività giudiziaria. La codeterminazione suddetta, in effetti, pur provenendo dalla sfera fattuale, dunque da un elemento esterno a quello normativo, si compie nondimeno nel suo seno, dunque entro i suoi limiti di resistenza, con la conseguenza che non implica di per sé alcuna creazione giudiziaria. Sul punto tengo a insistere, in quanto quest'ultima impressione – suscitata dalla *vulgata* ermeneutico-giuridica che ha preso il sopravvento in Italia per la modesta attenzione riservata al complesso dei suoi testi fondativi – si è diffusa da tempo nell'ambiente penalistico, dove l'ermeneutica giuridica, fatte le debite eccezioni[18], è classificata, appunto, tra le teorie che attenterebbero al fondamentale principio di legalità ("*nullum crimen sine lege*"). Le cose non stanno esattamente così. L'ermeneutica giuridica sa bene che il fenomeno della creatività giudiziaria esiste ed è illegittimo in ambito penale, ma non lo collega certo al ruolo codeterminativo che il fatto svolge rispetto al diritto.

L'osservazione ci introduce alla seconda parte della tesi di Epidendio,

triade giustizia-utilità-certezza), RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, cit., p. 85 s.: "Alla luce di quanto detto, sembrerebbe che i tre aspetti dell'idea del diritto – giustizia, utilità e certezza giuridica – dominano insieme il diritto da ogni lato, nonostante il fatto che possano entrare in forte contraddizione tra loro. Diverse epoche tenderanno, tuttavia, a porre l'accento decisivo sull'uno o sull'altro principio".

[18] Tra le quali si segnalano, in ordine di tempo: G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, pp. 33-64; O. DI GIOVINE, *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano*, in «Ars Interpretandi», 2, 2020, pp. 67-91; R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in «Sistema penale», 28 giugno 2022, pp. 1-29.

la quale assume che l'ermeneutica giuridica avrebbe anche fornito i mezzi per risolvere il problema della creatività giudiziaria, in particolare in ambito penale. Sennonché, il principale mezzo evocato al riguardo da Epidendio, oltre ad apparire un po' vago e ottimistico ["*intentio operis*, che, a seconda dei 'contesti' (in diritto diremmo 'sistema'), consente di individuare quali significati sono attribuibili agli enunciati e quali no"], è tratto da un autore, Umberto Eco, estraneo all'ermeneutica giuridica e, soprattutto, disinteressato alle sue dinamiche[19]. La vera e propria creatività giudiziaria, dunque, resta un problema aperto, da concepire diversamente. Al riguardo, come anticipato, nel *diritto penale contemporaneo*, dominato dal principio di legalità, essa va considerata un fenomeno *patologico*, che si manifesta essenzialmente in due forme, una soltanto delle quali è stata adeguatamente trattata in letteratura[20].

La *prima forma* di manifestazione della *creatività giudiziaria* consiste nel *superamento* del *significato letterale* del *testo* di *legge*. Al riguardo, l'ermeneutica giuridica esprime in effetti un'opinione diversa da quella tradizionale: opinione che, anziché favorire il fenomeno della creatività giudiziaria (illegittimo in ambito penale), si limita a fissare diversamente il confine che la separa dalla vera e propria interpretazione (legittima). Per cogliere la differenza tra i due punti di vista, è utile muovere da quello *tradizionale*, ben esemplificato dalla nota sentenza Corte cost. 98/2021, la quale lo ha stabilito facendo leva sul criterio del significato letterale "ordinario", per definizione accessibile al cittadino comune[21]. La presa di posizione è stata

[19] Sui rischi implicati dalla costruzione di ermeneutiche giuridiche dimentiche o ignare della distanza da colmare nell'applicazione giuridica (quella tra la generalità della norma e la singolarità del caso; non certo, ad esempio, quella gadameriana tra l'appartenenza al passato del testo da interpretare e l'appartenenza al presente del suo interprete), cfr., volendo, Carlizzi, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, cit., p. 28 s.

[20] In tema, cfr. la sintetica ma minuziosa ricostruzione di E. Diciotti, *Le attività creative dei giudici*, Modena, 2022, nonché, volendo, il dibattito che ne è scaturito tra G. Carlizzi, *Interpretazione e mera creazione giuridica tra norme espresse e norme inespresse. Riflessioni a partire da un* pamphlet *di Enrico Diciotti sulle attività creative dei giudici*, in «Lo Stato», 22, 2024, pp. 419-449, ed E. Diciotti, *Assunti e implicazioni di una teoria sulle attività creative dei giudici. In risposta ad alcune critiche di Gaetano Carlizzi*, ivi, 24, 2025, pp. 45-69. V. anche la sezione *Norme inespresse. Un dibattito*, in «Analisi e diritto», 1, 2020, pp. 7-131 (con contributi di M. Barberis, D. Canale, E. Diciotti, G. Pino e R. Guastini).

[21] Particolarmente pregnanti sono i seguenti passaggi della pronuncia (tutti contenuti nel suo § 2.4 – corsivi aggiunti): «nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva

successivamente condivisa da alcune sentenze della Corte di cassazione, in particolare della VI Sezione[22]. Sennonché, dal punto di vista *ermeneutico-giuridico*, il confine in esame non può essere propriamente questo. Il significato normativo, infatti, è espresso da una disposizione formulata per il perseguimento di certi fini del suo autore, che in uno Stato democratico rappresenta la volontà popolare, con la conseguenza che quel significato non può non essere determinato anche da questi fini[23]. Si faccia attenzione: l'ermeneutica non sostiene che ogni intenzione legislativa costituisce di per sé un significato normativo. Sostiene, piuttosto, che l'intenzione legislativa con-

interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il *linguaggio comune* non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»; «La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un *significato* ulteriore e distinto da quello *che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura*»; «Il divieto di analogia in malam partem impone, più in particolare, di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima 'famiglia' dell'imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'*ordinario significato* di questa espressione, come una ipotesi di 'convivenza'».

[22] Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 25 novembre 2024, n. 42941, Rv. 287262: «deve ritenersi che un ampliamento del significato delle due locuzioni impiegate dal legislatore ('apparecchio telefonico' e 'altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni') al fine di ricomprendervi anche la sola scheda *SIM* si risolve non in un'interpretazione estensiva di tali locuzioni, bensì in una non consentita operazione di estensione analogica della fattispecie incriminatrice e, dunque, nella violazione dei principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie nonché, conseguentemente, della correlata garanzia 'soggettiva', riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze della propria condotta (cfr. Corte cost., sent. n. 98 del 2021)».

[23] Sul punto, in particolare sul concetto radbruchiano di "trasformazione teleologica [*teleologische Umformung*]" dei concetti di fattispecie, cfr., volendo, Carlizzi, *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, cit., p. 70 e nt. 177. In una prospettiva analoga, attenta ai profili teleologici, non già considerati in modo autonomo, bensì in quanto influenti sul contenuto letterale del testo di legge, dunque compatibilmente con i suoi limiti di resistenza, cfr., nella dottrina penalistica attuale, Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., spec. pp. 3 s., 24-26.

tribuisce alla determinazione del significato letterale (non soltanto alla selezione di quello preferibile tra i vari sempre possibili), ancora una volta entro i suoi limiti di resistenza. Limiti, questi, che dipendono dalle regole d'uso alquanto elastiche dei relativi termini legali e rendono inammissibili i soli significati totalmente eccentrici. Più di tanto l'ermeneutica giuridica, in quanto movimento giusfilosofico, non può dire: essa non dispone di formule risolutive, ma può solo offrire una guida critica utile a tal fine. Nessuna filosofia offre una risposta già pronta – educa solo a trovare quella complessivamente migliore.

La *seconda forma* di manifestazione della *creatività giudiziaria* consiste nel *superamento* della *portata empirica* del suddetto significato letterale. Essa necessita di una spiegazione, data la segnalata carenza di attenzione nei suoi confronti da parte della letteratura sulla decisione giuridica. Quest'ultima, infatti, non si basa soltanto sull'*interpretazione* di un testo normativo, che è un'operazione *intellettiva* e consiste nell'individuazione e nella selezione del suo *significato* più corretto. Essa richiede anche l'*applicazione* di tale significato al fatto da decidere, che è un'operazione *empirica* e consiste nella verifica che i fatti di questo tipo, considerati, appunto, secondo l'esperienza, realizzino le caratteristiche intellegibili che compongono lo stesso significato. Pertanto, quando il giudice, che pure potrebbe aver individuato il significato più corretto di una disposizione incriminatrice, lo applica a un fatto che non realizza le caratteristiche indicate, egli avrà compiuto, sì, un'interpretazione *legittima* della legge, ma anche un'applicazione *illegittima* del suo significato, così incorrendo nella forma di creatività in esame. Si pensi al caso in cui, dopo aver correttamente interpretato l'art. 624 c.p. nel senso che «chiunque priva stabilmente altri della possibilità di utilizzare quando vuole un bene su cui vanta un diritto reale o di cui è in possesso… sottrae», il giudice ritenga che «chiunque sale a bordo di un'auto altrui parcheggiata, la mette in moto, si allontana di 100 m da una vittima atletica e si imbatte improvvisamente in un ingorgo priva stabilmente…». Questa sarebbe un'applicazione creativa, dunque illegittima, in quanto è evidente, secondo l'esperienza, che la vittima, per le sue condizioni fisiche, per la distanza che la separa dall'agente che ha preso la sua auto e per le condizioni del traffico nel quale questi si imbatte, è in grado di raggiungerlo pressoché immediatamente, dunque di evitare la privazione stabile in cui si è ravvisata la sottrazione costitutiva della fattispecie di furto[24]. Problemi siffatti, di tipo applicativo, si pongono di continuo nella prassi, a mio avviso molto più

[24] Per una più ampia analisi del caso, cfr., volendo, Carlizzi, *Interpretazione e mera creazione giuridica*, cit., pp. 446-449.

spesso di quelli interpretativi, e richiedono un'indagine apposita che tenga conto della profonda, segnalata diversità delle logiche delle due operazioni.

Luigi Ferrajoli

La giurisdizione tra dover essere ed essere

SOMMARIO: 1. Due aspetti della crisi in atto della giurisdizione – 2. L'incomprensione nel ceto politico dell'indipendenza della giurisdizione, in forza dell'idea della democrazia come onnipotenza della maggioranza – 3. La crisi delle garanzie del corretto processo, prima tra tutte il principio di legalità, e le responsabilità della cultura giuridica

1. *Due aspetti della crisi in atto della giurisdizione*

"Idealità" e "realtà" – i due termini che figurano nel titolo del nostro incontro, "idealità *versus* realtà della giurisdizione" – alludono, chiaramente, l'uno al modello teorico e normativo della giurisdizione disegnato dalla nostra Costituzione, l'altro alla sua odierna perversione nella realtà effettuale.

Dico subito che questa distanza tra modello e realtà è un tratto fisiologico di qualunque fenomeno normativo. Non vivremo mai in un mondo deonticamente, né tanto meno giuridicamente perfetto. Ci saranno sempre fenomeni illeciti o invalidi o comunque irregolari, essendo la violabilità un connotato intrinseco della normatività. Quel titolo ci invita evidentemente a discutere del carattere patologico assunto da questa divaricazione, virtualmente fisiologica. Sotto questo aspetto patologico, la divaricazione tra modello normativo o ideale e realtà della giurisdizione non è un fenomeno soltanto italiano. Essa è un fenomeno che affligge i sistemi politici in tutto l'occidente e si connette a una crisi globale delle democrazie costituzionali e dello stato di diritto. Precisamente, essa segnala una profonda crisi regressiva della giurisdizione di segno antigarantista, cioè la lesione, soprattutto nella realtà della giurisdizione penale, dei lineamenti garantisti del diritto e del processo.

Distinguerò due aspetti di questa crisi, cioè della distanza tra idealità e realtà, tra dover essere ed essere della giurisdizione. Il primo aspetto riguarda la giurisdizione vista dall'esterno, nella sua collocazione entro il sistema politico, e consiste nelle aggressioni alla sua indipendenza realizzate o anche solo perseguite dai governi. Il secondo aspetto della crisi riguarda la giurisdizione vista dall'interno, e consiste nel dissesto delle garanzie penali e processuali, sulle quali si fonda il corretto processo, al quale ha contribuito la regressione della cultura giuridica penalistica.

2. *L'incomprensione nel ceto politico dell'indipendenza della giurisdizione, in forza dell'idea della democrazia come onnipotenza della maggioranza*

Il primo aspetto della crisi è il prodotto di una concezione semplificata, elementare e primitiva della democrazia, che ne comporta una perversione autocratica, certamente in contrasto con la sua configurazione da parte della nostra carta costituzionale. Secondo questa concezione la democrazia consisterebbe essenzialmente nel potere della maggioranza parlamentare e perciò del suo capo. In accordo con la demagogia populista, tale potere, identificato e legittimato quale espressione o peggio incarnazione della volontà popolare, non ammetterebbe né limiti, né vincoli, né controlli. Una perversione analoga, del resto, ha investito in questi anni il concetto di libertà, identificato essenzialmente con l'assenza di limiti, vincoli e controlli alla libertà del mercato.

Il trionfo dei populismi in gran parte del mondo occidentale si sta manifestando perciò nello sviluppo di due assolutismi – l'assolutismo dei poteri della politica e l'assolutismo dei poteri del mercato – legittimati dalla loro connotazione con due parole di cui le destre si sono impossessate, stravolgendole e sottraendole al lessico progressista: *democrazia* e *libertà*. E' con queste nobili parole che vengono chiamate e rivendicate, rispettivamente, le autocrazie politiche elettive e i poteri selvaggi dell'economia globale, le une e gli altri intolleranti di limiti costituzionali e di controlli giurisdizionali perché accreditate, le une come espressioni della volontà popolare e gli altri come attuazioni della libertà economica. Tali limiti e controlli, cioè i diritti fondamentali e la separazioni dei poteri, le garanzie delle libertà e dei diritti sociali, sono tutti principi totalmente estranei alle concezioni sovraniste e assolutiste della politica e dell'economia che contrassegnano il nuovo autoritarismo di entrambe le destre, liberiste e populiste, non a caso alleate. I due assolutismi, infatti. non tollerano limiti o controlli e identificano, trattano, discriminano e opprimono come nemici chiunque li rivendichi o semplicemente li invochi. È poi evidente che dei due assolutismi, per l'asimmetria tra il carattere globale dell'economia e il carattere locale della politica, è l'assolutismo economico quello realmente sovrano, mentre quello politico è al primo oggettivamente, oltre che culturalmente subordinato.

Un aspetto allarmante di questo primo aspetto della crisi è che l'aggressione ai diritti fondamentali e alla giurisdizione è un fenomeno globale. È infatti sempre più diffusa, essendo funzionale all'alleanza tra i due assolutismi, la concezione semplificata della democrazia come onnipotenza delle maggioranze, ovviamente incompatibile sia con la separazione dei poteri e

l'indipendenza della giurisdizione, che con i limiti e i vincoli rappresentati dai diritti fondamentali. Questa incompatibilità si manifesta nell'insofferenza della politica per il controllo svolto dalla giurisdizione sulla illegalità nell'esercizio dei poteri, sia pubblici che privati, percepito dalle attuali ideologie populiste e liberiste come un'indebita lesione della democrazia rappresentativa e del libero mercato. È un'insofferenza per la giurisdizione che accomuna tutte le involuzioni autoritarie in atto: la riforma giudiziaria voluta dalla destra israeliana nel gennaio 2023 e consistente nella neutralizzazione della Corte suprema e nella sostanziale subordinazione della giurisdizione al potere politico; la recente riforma giudiziaria in Messico, che ha integrato il potere giudiziario nel potere politico rendendo tutti i giudici elettivi e tutte le autorità di garanzia di nomina governativa; gli attacchi alla Corte penale internazionale per l'emissione di un mandato d'arresto nei confronti di Netanyahu; il disprezzo espresso da Trump per la condanna, peraltro sospesa, per ben 34 capi di imputazione, da lui chiamata "una farsa"; la pretesa avanzata dal multi-miliardario Elon Musk che i giudici italiani che non hanno convalidato le deportazioni dei migranti in Albania "se ne debbano andar via"; lo stupore espresso dalla nostra presidentessa del consiglio Giorgia Meloni per la "non collaborazione" di tali giudici con il governo; in breve, l'irritazione stupefatta dei potenti per non poter fare, indisturbati, tutto ciò che vogliono.

La stessa subcultura è del resto alla base della riforma costituzionale dell'ordinamento giudiziario promossa in Italia dall'attuale governo: la previsione di due consigli superiori, l'uno per i giudici e l'altro per i pubblici ministeri, che aumenterebbe i poteri già enormi dei magistrati della pubblica accusa, i quali saranno governati non più da una maggioranza di giudici ma solo da loro colleghi e saranno collocati fuori dell'area della giurisdizione, e perciò nell'area della polizia e del potere esecutivo; il sorteggio introdotto nella designazione dei membri dei due Consigli, che umilia la magistratura, la configura come una corporazione indifferenziata e nega, con l'elettività dei suoi membri, il carattere rappresentativo del Consiglio voluto dall'attuale art. 104, 4° comma della Costituzione onde farne l'organo di autogoverno della magistratura; l'introduzione infine di una giurisdizione speciale, qual è l'Alta corte disciplinare, in contrasto con il divieto di giudici speciali previsto dal secondo comma dell'art. 102 della Costituzione. Si tratta, in breve, di un attacco alla magistratura, diretto a farla regredire all'istituzione burocratica, gravitante nell'orbita del potere politico, che essa fu in epoca pre-costituzionale, e forse di un primo passo verso una più esplicita dislocazione del pubblico ministero nell'area di governo.

Insomma, anche nei paesi di più consolidata tradizione democratica, la

democrazia si sta trasformando nel guscio vuoto delle elezioni. Tutti i principi che la sostanziano – la pace, la partecipazione popolare alla vita politica e alla formazione delle decisioni pubbliche, l'uguaglianza delle persone, il valore e la tutela del lavoro, la garanzia dei diritti sociali alla salute, all'istruzione e alla sussistenza – sono indeboliti o variamente violati. Le violazioni del diritto e dei diritti e la loro impunità sono poi sistematiche nelle relazioni internazionali, avvelenate dalla logica del nemico e dall'indifferenza per la crescita delle disuguaglianze e della miseria. I principi costituzionali enunciati dalle costituzioni delle nostre democrazie nazionali e dalle tante carte dei diritti umani che affollano il diritto internazionale sembrano scomparsi dall'orizzonte della politica: della politica interna e, più ancora, della politica estera.

Ebbene, tutto questo rende più necessarie che mai la difesa del ruolo di garanzia dello stato di diritto svolto da una giurisdizione indipendente e il rifiuto dell'idea elementare che la sola fonte di legittimazione democratica di tutti i pubblici poteri sia quella elettorale. Contro questa degenerazione delle democrazie costituzionali in autocrazie elettive sono opportuni due ordini fondamentali di considerazioni.

Il primo ordine di considerazioni riguarda le diverse, anzi opposte fonti di legittimazione delle funzioni politiche di governo e delle funzioni giurisdizionali di garanzia incluse quelle della pubblica accusa. La separazione dei poteri non si fonda soltanto sulla necessità rivendicata da Montesquieu che ogni potere incontri limiti nell'esistenza di altri poteri, ma anche sulle opposte fonti di legittimazione del potere politico e del potere giudiziario. Mentre la legittimità delle funzioni politiche si basa sulla rappresentanza della volontà popolare e perciò sul consenso degli elettori, la legittimità del potere giudiziario si basa sul corretto accertamento della verità giudiziaria e sulla garanzia dei diritti contro le loro lesioni da parte di qualunque potere. È soprattutto su queste opposte fonti di legittimazione che si basano la separazione dei poteri e l'indipendenza della giurisdizione. Nessun consenso popolare, nessun condizionamento politico rende vero ciò che, in un giusto processo, risulta falso o falso ciò che risulta vero. Un giudice deve perciò essere in grado, grazie alla sua indipendenza, di assolvere in mancanza di prove quando tutti – opinione pubblica, forze di governo, partiti e organi di stampa – chiedono la condanna, e di condannare, sulla base delle prove acquisite, quando tutti chiedono l'assoluzione. Più in generale deve essere in grado di tutelare i diritti delle persone: se tali diritti, secondo una bella espressione di Ronald Dworkin, sono virtualmente contro le maggioranze, anche la funzione giudiziaria che ha il compito di garantirli deve essere virtualmente contro le maggioranze. È questo il senso del classico principio

formulato dall'articolo 16 della Dichiarazione francese dei diritti del 1789: non c'è costituzione dove non siano assicurate la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri. Sono due condizioni, tra loro connesse: dove non c'è separazione dei poteri né indipendenza della giurisdizione, non c'è limitazione del potere politico né garanzia dei diritti dei cittadini; se riconosciamo che i diritti fondamentali sono diritti di tutti e di ciascuno, virtualmente contro i poteri di maggioranza, allora la loro garanzia non può non essere affidata che a contro-poteri, che dai poteri di maggioranza siano separati e indipendenti. Quelle due condizioni definiscono il costituzionalismo, e sono entrambe negate dall'idea elementare e semplificata oggi dominante della democrazia come onnipotenza delle maggioranze.

Dunque un salto all'indietro, proprio nel momento in cui sull'umanità incombono catastrofi e sfide globali che richiederebbero un aumento della complessità istituzionale e del ruolo di garanzia di giurisdizioni indipendenti. Prima della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e della separazione dei poteri – avvenuta nel secondo dopoguerra con l'introduzione della rigidità costituzionale – questi principi elementari erano sostanzialmente ignorati dalla nostra tradizione politica che concepiva la giurisdizione come una funzione burocratica e gerarchizzata e la magistratura come un corpo tendenzialmente integrato nel sistema politico. In Italia, in particolare, la loro affermazione è stata determinata da due fattori. Il primo è stato l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura che oggi si vuole deformare e che la Costituzione ha voluto quale organo di autogoverno, garante dell'indipendenza dell'ordine giudiziario grazie alla sua composizione, formata per due terzi da magistrati ordinari eletti da tutti i magistrati e per un terzo da giuristi eletti dal Parlamento in seduta comune. Il secondo fattore è stato lo sviluppo di un associazionismo democratico dei magistrati, non a caso anch'esso oggi attaccato dalle forze di governo, al quale si devono l'affermazione e la difesa di due principi, entrambi essenziali alla legittimazione democratica della giurisdizione: l'uguaglianza dei magistrati grazie all'abolizione delle carriere e la loro indipendenza non solo da poteri esterni all'ordine giudiziario, ma anche da poteri ad esso interni. I due fattori si implicano l'un l'altro: è stata l'indipendenza interna ed esterna dei magistrati che ha favorito l'associazionismo dei giudici, il quale a sua volta ha reso possibili le tante battaglie di progresso a sostegno della democratizzazione dell'ordine giudiziario, dell'uguaglianza e dell'indipendenza dei magistrati e dell'affermazione, nella loro cultura, del loro ruolo di garanti dei diritti fondamentali delle persone.

C'è poi un secondo ordine di considerazioni, ancor più importante, che è necessario opporre, sul piano della filosofia politica, alla concezione sem-

plificata della democrazia quale autocrazia elettiva. Secondo una tesi diffusa, ma gravemente fuorviante, i diritti fondamentali e la separazione dei poteri sarebbero limiti necessari non solo ai pubblici poteri, ma anche alla democrazia. È una tesi che può essere sostenuta solo da chi identifica la democrazia con la sua sola *dimensione politica* o *formale*, cioè con le *forme* – il *chi* e il *come* delle decisioni – e non anche con la sua *dimensione costituzionale* o *garantista* o *sostanziale*, cioè con la *sostanza* – il *che cosa* – delle decisioni medesime: ciò che a nessuna maggioranza è consentito decidere, a garanzia dei diritti di libertà, e ciò che a qualunque maggioranza non è consentito non decidere, cioè la soddisfazione dei diritti sociali alla salute, all'istruzione e alla sussistenza.

Contro questa concezione va affermata la natura democratica, certamente non minore di quella espressa dal principio di maggioranza su cui si basa la democrazia politica, dei principi di uguaglianza e dignità delle persone, dei diritti fondamentali e delle loro garanzie. Per due ragioni. La prima è il carattere universale di tali principi, i quali, al pari della loro garanzia giurisdizionale, garantiscono *tutti* e non solo le maggioranze, e perciò alludono al popolo – al favoleggiato *demos* – in maniera certamente più pregnante di quanto faccia il principio di maggioranza. La seconda circostanza è il carattere sostanziale delle garanzie dei diritti fondamentali e della separazione dei poteri, che non riguardano la *forma* rappresentativa delle decisioni – il loro *chi* e il loro *come* – bensì la loro *sostanza* – il che *cosa* – cioè i loro contenuti, quali sono appunto la vita e le libertà fondamentali, che non vanno violati, e la salute, l'istruzione e la sussistenza, che vanno assicurati. In breve, se le forme della democrazia politica riguardano i mezzi, la sostanza delle democrazia costituzionale riguarda i fini, cioè la tutela e la soddisfazione di quei bisogni e di quegli interessi vitali delle persone che sono espressi dai diritti di libertà e dai diritti sociali.

3. *La crisi delle garanzie del corretto processo, prima tra tutte il principio di legalità, e le responsabilità della cultura giuridica*

Dunque il primo aspetto della crisi della giurisdizione – quello espresso dalla soppressione o dalla limitazione, realizzate o perseguite, della sua indipendenza – è il prodotto di una crisi della democrazia costituzionale, cioè di una concezione elementare della democrazia che non tollera limiti all'onnipotenza delle maggioranze uscite dalle elezioni, e concepisce perciò l'indipendenza della giurisdizione come un limite alla democrazia, anziché come la condizione della garanzia dei diritti che della democrazia forma la

dimensione costituzionale e sostanziale.

C'è poi un secondo aspetto della crisi, che si manifesta anch'esso in una distanza tra idealità e realtà della giurisdizione, riguardata però dall'interno del suo concreto funzionamento. Esso consiste nel dissesto delle garanzie penali e processuali sulle quali si fonda il corretto processo. È un dissesto che è il prodotto del venir meno, o quanto meno dell'indebolimento delle due fonti di legittimazione della giurisdizione che ho più sopra indicato: l'accertamento della verità processuale e la garanzia dei diritti delle persone.

Il presupposto di entrambe queste fonti di legittimazione è chiaramente il principio di stretta legalità, in forza del quale le leggi prevedono in maniera quanto più possibile chiara, univoca e tassativa l'oggetto del giudizio, facendo della giurisdizione l'applicazione della legge alla quale soltanto, come dice l'art. 101 della nostra Costituzione, i giudici sono soggetti. Ebbene, in Italia si è prodotto un dissesto della legalità e perciò della capacità regolativa della legislazione: per l'inflazione delle leggi, che si contano ormai in decine di migliaia, al punto che in materia penale la Corte costituzionale italiana ha dovuto archiviare come irrealistico, con la sentenza n. 364 del 1988, il classico principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis*; per il dissesto del linguaggio delle leggi e della loro capacità normativa, provocato dalla crescente vaghezza, oscurità, tortuosità e talora contraddittorietà dei testi legislativi, dai loro intricati labirinti normativi e dagli innumerevoli rinvii, talora scoordinati, nei quali gli interpreti si smarriscono; infine per la complicazione del sistema delle fonti, non più solo statali ma sovrastatali, sviluppatosi senza l'affermazione di una struttura gerarchica unitaria e pacificamente condivisa. Si capisce come una simile crisi della legalità ordinaria si risolva in una crisi dello stato di diritto. Solo una legalità espressa da leggi chiare ed univoche è infatti in grado di garantire il principio della soggezione dei giudici alla legge. Una legalità dissestata crea inevitabilmente indebiti spazi di discrezionalità giudiziaria, poliziesca e amministrativa.

Naturalmente la responsabilità maggiore di questa crisi è della politica e della legislazione. La politica ha infatti un solo modo per subordinare amministratori e giudici alla legge: far bene il suo mestiere, cioè produrre leggi chiare e precise. Che è l'esatto contrario di ciò che almeno in Italia fa la legislazione, caratterizzata dalla deriva inflazionistica e dalla crescente indeterminatezza del linguaggio legale.

Una responsabilità, tuttavia, pesa anche sulla cultura giuridica, ed è su questa responsabilità che intendo soffermarmi. In questi anni – fatte salve, ovviamente, autorevoli eccezioni – gran parte della cultura giuridica ha assistito alla crisi della legalità, cioè del suo oggetto di studio, con un atteggiamento prevalentemente descrittivo, quale fu raccomandato all'inizio del

secolo scorso dal metodo tecnico-giuridico promosso, nel diritto pubblico da Vittorio Emanuele Orlando e da Santi Romano e nel diritto penale da Arturo Rocco e da Vincenzo Manzini. Il dissesto della legalità è stato così avallato dalla scienza giuridica, il cui ruolo sembra oggi consistere nella semplice analisi tecnica del diritto vigente e nella rinuncia al punto di vista critico e progettuale esterno della giustizia e, talora, anche a quello interno espresso dai principi costituzionali.

Si pone qui una questione teorica e metodologica di fondo, ben espressa dal dilemma – idealità vs. realtà – formulato nel titolo del nostro incontro: se la cultura giuridica debba criticare la realtà del diritto e della giurisdizione e difenderne l'idealità, cioè i loro classici principi di legittimazione o se, al contrario, debba accettare la realtà e adattare ad essa quei principi, magari inventarne di nuovi, come è per esempio il ruolo creativo della giurisdizione, che si accordino con la realtà.

La prima risposta a questa crisi della giurisdizione e, con essa, dello stato di diritto è quella offerta dalla cultura giuridica garantista, oggi, purtroppo, minoritaria. Penso infatti che una scienza giuridica civile e progressista debba più che mai, di fronte alla crisi in atto, prendere sul serio i principi di civiltà giuridica, oltre tutto in gran parte costituzionalizzati, e perciò assumere, nei confronti del diritto, un approccio non solo descrittivo, come è tornato ad essere quello della dottrina odierna, ma anche critico e progettuale: critico nei confronti dei profili di ingiustizia, di invalidità costituzionale e di ineffettività del diritto vigente; progettuale delle riforme in grado di correggere o superare questi diversi profili di illegittimità.

A mio parere, il presupposto politico e istituzionale di questo approccio garantista è il positivismo giuridico, che forma la condizione anche del costituzionalismo, il quale altro non è che la positivizzazione del dover essere costituzionale del diritto positivo medesimo, cioè dei principi costituzionali cui questo deve uniformarsi a pena d'invalidità. Penso infatti che proprio il bistrattato positivismo giuridico continui a fondare i diversi punti di vista critici sul diritto positivo, grazie alle diverse divaricazioni deontiche da esso generate tra il suo *dover essere* e il suo *essere* effettivo, ovvero tra la sua idealità e la sua realtà: in primo luogo la divaricazione, assiologica ed esterna al diritto positivo, tra *giustizia* e *validità* giuridica, cioè tra il *dover essere* del diritto dal punto di vista della giustizia o della morale e il suo *essere* nelle norme di diritto positivo; in secondo luogo la divaricazione, giuridica e interna allo stesso diritto positivo, tra *validità* e *vigenza*, cioè tra il *dover essere* costituzionale del diritto disegnato dai principi stipulati nelle costituzioni e il suo *essere* legislativo; infine la divaricazione, fattuale ed esterna al diritto positivo, tra *vigenza* ed *effettività*, cioè tra il *dover essere* normativo del diritto e la realtà, con

esso largamente in contrasto, del suo *essere* effettivo.

La prima divaricazione è stata determinata dalla nascita dello Stato moderno e dall'affermazione gius-positivista del principio di legalità, che aprono quello che chiamerò lo *spazio Beccaria*, cioè lo spazio della teoria del garantismo o, se si preferisce, della filosofia politica della giustizia e della democrazia. La seconda divaricazione è stata determinata da quella seconda rivoluzione che è stata l'introduzione della rigidità delle costituzioni e perciò dei principi in essa contenuti, elaborati dalla filosofia politica. La terza divaricazione è infine legata alla normatività del diritto, ed è diventata abissale nel diritto internazionale, totalmente privo delle garanzie dei suoi principi fondamentali, cioè della pace e dei diritti umani stabiliti in quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla carta dell'Onu e dalle tante carte sovranazionali dei diritti.

Ormai da molti anni il positivismo giuridico non è più la concezione del diritto prevalente nella cultura giuridica, ed è per questo, a mio parere, che si è indebolito l'approccio critico e progettuale al diritto positivo che è proprio del garantismo. Prevalgono concezioni dell'esperienza giuridica che del positivismo giuridico rifiutano i principali tratti distintivi: la separazione tra diritto e morale, la critica del diritto positivo sia dall'esterno che dall'interno e il carattere non creativo ma cognitivo della giurisdizione, che a sua volta è alla base della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei pubblici poteri.

È da queste concezioni che proviene la seconda risposta, oggi prevalente, alla crisi in atto. La politica, non volendo rinunciare a quell'enorme risorsa della demagogia e del populismo penale che è la creazione della paura fronteggiata con continui inasprimenti punitivi, lascia dissolversi la legalità penale, magari introducendo o rafforzando rimedi peggiori del male come sono i patteggiamenti. La scienza giuridica a sua volta, anziché criticare il dissesto della legalità e progettarne una rifondazione razionale – proponendo per esempio le riserve di codice e di leggi organiche nei vari settori del diritto positivo e la cancellazione di quelle alternative al giusto processo che sono i vari tipi di patteggiamenti – si limita, in prevalenza, a descriverlo, avallando le misure antigarantiste e riducendosi sostanzialmente a tecnologia del diritto al servizio della pratica operativa. Ha così sviluppato, a sostegno del libero spazio aperto dalla crisi della legalità all'arbitrio giudiziario, concezioni creazioniste della giurisdizione di stampo premoderno, riproponendosi come tecnica e sapienza giuridica finalizzata alla sistemazione razionale del diritto vivente prodotto dalla giurisdizione. Di qui uno sviluppo senza precedenti delle dottrine dell'interpretazione e dell'argomentazione, che sostanzialmente identificano il diritto con la giurisprudenza,

valorizzano il ruolo normativo dei precedenti giudiziari, legittimano il creazionismo giurisdizionale e fondano, sulla crisi della legalità accettata come un fenomeno naturale e comunque irreversibile, il ruolo di razionalizzazione del caos normativo che fu proprio della scienza giuridica pre-moderna.

È un'involuzione, a me pare, alla quale ha potentemente contribuito la nostra subalternità alla cultura giuridica anglosassone, rimasta sostanzialmente estranea alle due grandi rivoluzioni che nell'Europa continentale hanno segnato la modernità giuridica: l'integrale positivizzazione del diritto e le codificazioni e, per altro verso, la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e, in particolare, dei diritti sociali e del lavoro ad opera delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra. Nell'esperienza storica e nella cultura giuridica americana non esistono le distanze o divaricazioni deontiche più sopra illustrate: il diritto è in larga parte giurisprudenziale ed esiste perciò, grazie al prevalere di orientamenti per un verso giusnaturalisti e per altro verso realisti, una tendenziale identificazione tra giustizia e legalità e tra legalità ed effettività. Questa identificazione, unitamente alla legittimazione della realtà esistente – come se la realtà oggetto delle nostre discipline fosse un fenomeno naturale e non un fenomeno interamente artificiale –, tende oggi a prevalere anche nella cultura europea e in quella latino-americana. È così che la realtà, per tornare al titolo di questo nostro primo "dialogo sulla giurisdizione", sta prevalendo sull'idealità.

A mio parere, al contrario, la distanza patologica tra l'idealità e la realtà della giurisdizione, tra il suo modello garantista, fondato sulle fonti di legittimazione rappresentate dalla verità processuale e dalla garanzia dei diritti, e la pratica giudiziaria, non è inevitabile. È dovuta anche al venir meno, nella cultura giuridica, dei tre punti di vista critici sopra illustrati e al prevalere di un approccio realistico e descrittivo, che ignora l'artificialità del diritto, quale frutto di scelte politiche, e la normatività dei suoi principi costituzionali. Rifondare il ruolo critico e progettuale della cultura giuridica, alla luce dei principi del garantismo, è la condizione di una rifondazione razionale e democratica del diritto e, con esso, della democrazia.

Tomaso Epidendio

Complessità e crisi della giurisdizione

SOMMARIO: 1. Introduzione: la crisi della giurisdizione – 2. Idealità contro realtà della giurisdizione – 3. Nuove prospettive di ricerca di idealità per la realtà della giurisdizione – 4. Doppia pregiudizialità, disapplicazione e questione di legittimità costituzionale – 5. Diritto giurisprudenziale ed ermeneutica del diritto – 6. Le trasformazioni dell'idea di democrazia – 7. Riforme e crisi della politica e della magistratura – 8. Conclusione

1. *Introduzione: la crisi della giurisdizione*

Il titolo di questo incontro evoca un confronto (forse uno scontro) tra "idealità" e "realtà" della giurisdizione, che io intendo come confronto tra le aspirazioni ricostruttive di una teoria (o di una proposta culturale) e l'esperienza dell'oggetto cui dovrebbe applicarsi (in questo caso la giurisdizione).

Per confrontare idealità e realtà credo che, metodologicamente, occorra sempre partire dalla realtà, cioè (per me) dall'esperienza. Ma qual è la "realtà" della giurisdizione oggi? Qual è l'esperienza attuale della giurisdizione?

Ciò che si sperimenta oggi nella giurisdizione è l'esperienza di una crisi profonda e ineludibile: la crisi tra Politica e Magistratura.

Per contingenze storiche e per connotati strutturali del fenomeno, si tratta di una crisi inedita ed epocale (tale, cioè, da esprimere lo *zeitgeist* nei nostri giorni): sarebbe un grave e imperdonabile errore paragonarla o ridurla ad una delle ricorrenti tensioni tra poteri dello Stato, che puntualmente si sono verificate anche nel recente passato. Quella che ci troviamo di fronte è una crisi di legittimazione, nel senso di crisi che impone una ridefinizione della legittimazione dei poteri, della magistratura e della politica.

La magistratura è oggi al centro di una "tempesta perfetta", per la straordinaria convergenza di concomitanti fattori destabilizzanti di diversa natura:

culturali (la rivoluzione ermeneutica del diritto, recepita dagli ambienti togati in modo semplificato e tale da mettere in crisi il principio dell'art. 101, comma 2, Cost. di sottoposizione del giudice alla legge);

storici (dall'epoca della cd. "post-politica", edonistica e disimpegnata caratterizzantesi per una politica debole e pressoché assente, si è passati all'epoca della "iperpolitica", caratterizzata da un rinnovato impegno e da

una nuova modalità di interazione tra pubblico e privato, modellata sulla fluidità del mondo *on-line*, dunque una politica forte, radicalizzata e disintermediata);

giuridici (la qualità della legislazione, complicata e instabile; l'irruzione, alluvionale e spesso disinvolta, di fonti sovranazionali sempre più incuranti delle strutture costituzionali degli Stati; l'affermarsi, anche in Paesi come il nostro a diritto legislativo scritto e con riserva di legge formale, del diritto giurisprudenziale).

Tra tutti questi fattori vi sono due punti che presentano delle peculiarità – di rilievo tale da determinare l'assoluta novità di questa crisi – spesso non adeguatamente evidenziati e considerati.

Il primo punto è rappresentato dalla trasformazione dell'istituto della disapplicazione delle norme nazionali per contrasto con il diritto UE in una forma larvata di dichiarazione di illegittimità della legge da parte del giudice comune, avvenuta dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza (dei diritti fondamentali dell'UE), in evidente frizione con il nostro sistema costituzionale di giudizio accentrato di incostituzionalità e con le attribuzioni della Corte costituzionale, che ha determinato tentativi di aggiustamento da parte del giudice delle leggi a partire dalla sentenza n. 269 del 2017 per arrivare alle più recenti sentenze n. 15 e n. 181 del 2024 e, infine, n. 7 del 2025; tutto ciò ha finito per mettere in una inestricabile tensione i rapporti tra giurisdizione comune, Corte costituzionale e legislatore (Governo e Parlamento), quale disegnata nell'art. 134 Cost. (punto di delicato equilibrio che era stato faticosamente raggiunto dal costituente e che, aveva retto per decenni).

Il secondo punto è rappresentato dalle peculiarità di costituzione di un "diritto giurisprudenziale italiano" in cui: il grado di "sovradeterminazione" della "norma" rispetto alla "disposizione" (cioè del significato rispetto all'enunciato normativo) ha raggiunto livelli mai toccati in precedenza (non riducibili alla mera discrezionalità interpretativa); la consapevolezza della differenza e delle specificità differenziali tra "interpretazione della legge" e "interpretazione dei precedenti" è pressoché nulla (specie nella pratica giudiziaria); la conseguente crisi della nomofilachia dimostrata dall'accentuata instabilità della giurisprudenza (addirittura delle Sezioni Unite della Corte di cassazione), dovuta anche all'assenza di una consolidata tradizione di teoria del precedente (neppure del "precedente autorevole") e da *habitus* interpretativi delle Supreme Corti sempre più monologanti e costrette addirittura – in una recente decisione (Sezioni Unite penali Rizzi del 2023 - dep. 2024 sul limite della prova liberatoria ai fini della cd. confisca allargata *ex* art. 240-*bis* c.p.) – a trattare i mutamenti di orientamento ("diritto giuri-

sprudenziale" appunto) in modo analogo alla successione di leggi nel tempo, ciò in base a una interpretazione convenzionalmente orientata delle disposizioni (fondata sul concetto di prevedibilità).

2. *Idealità contro realtà della giurisdizione*

Da quanto appena detto appare evidente che il nodo cruciale (nel rapporto tra realtà e idealità della giurisdizione) è rappresentato dalla concezione dell'interpretazione/argomentazione giurisprudenziale e dai rapporti che si instaurano con il principio di sottoposizione del giudice alla sola legge, come fondamento di legittimazione del giudice autonomo e indipendente e, quindi, al cuore di quella che dovrebbe essere una moderna teoria della separazione dei poteri in uno Stato democratico.

Devo dire con assoluta franchezza che, fino ad ora, le risposte dell'Accademia (l'"idealità" che essa propone, sia in termini normativi ("dover essere"), sia in termini descrittivi ("essere") mi paiono del tutto insufficienti pur nella polarità oppositiva tra coloro che sembrano sciogliere tutto in un problema di semplice e tradizionale "discrezionalità giudiziaria" e coloro che riducono il problema della sottoposizione del giudice alla legge alla ben diversa sottoposizione del giudice alla Costituzione.

Rispetto alle esigenze (teoriche e pratiche) della realtà della giurisdizione avverto, infatti, una certa distanza con le idealità proposte. Del resto, parlare di idealità contro realtà – come si fa già nel titolo che è stato assegnato a questo incontro – significa parlare di una distanza.

Ben inteso può trattarsi di una distanza addirittura cercata, dove l'idealità esprima un'aspirazione non descrittiva ma normativa, un preteso "dover essere" rispetto al quale, se i fatti non si accordano, "tanto peggio per i fatti" (secondo la famosa risposta attribuita ad Hegel rispetto alla scoperta dell'asteroide Cerere che smentiva la sua teoria).

Però, a mio avviso, l'idealità ha essa stessa un suo dovere: quello di dare risposte effettive ai punti di crisi che essa stessa individua, deve avere, cioè, un valore euristico delle soluzioni ai problemi che essa stessa si pone; perché, se ciò manca, la distanza tra idealità e realtà diventa davvero un difetto di "theoria", nel senso etimologico di "visione".

Recentemente sono stati pubblicati due libri molto interessanti e molto autorevoli che mi sembrano in modo diverso emblematici di questa distanza: uno è il libro del prof. Ferrajoli su "Giustizia e politica", l'altro del prof. Giuseppe Zaccaria sul cd. "Post-diritto". Sono due libri che propongono idealità molto diverse, contrapposte per non dire polemiche le une

con le altre, eppure agli occhi di un pratico quale io sono – costretto a dibattersi quotidianamente da ben oltre trent'anni nella realtà della giurisdizione – li trovo molto vicini non tanto nella loro distanza dalla realtà della giurisdizione, quando nella mancanza di valore euristico (nella pratica quotidiana della giurisdizione) delle proposte culturali che contengono rispetto ai problemi che individuano.

Si tratta di idealità contrapposte ancora permeate della polemica tra "positivisti" e "anti-positivisti", un dibattito che loro stessi – mi pare – finiscono per ritenere antiquato, ma che poi fatalmente li attrae nell'elaborazione delle stesse loro proposte.

Nella prospettiva della realtà della giurisdizione, la polemica tra "positivisti" e "anti-positivisti" – come il dibattito sulla "creatività" della giurisprudenza (qualunque cosa si voglia intendere con tale espressione) – appaiono agli occhi di un operatore pratico inevitabilmente datati (non riflettendo adeguatamente le novità che si sono prima evidenziate), sterili (non essendo produttivi di soluzioni utilizzabili nella pratica) e distanti dall'effettivo interpretare e argomentare dei giudici (quale si sperimenta quotidianamente nelle aule di giustizia).

3. *Nuove prospettive di ricerca di idealità per la realtà della giurisdizione*

Tre sono i settori di ricerca filosofica che non mi sembrano sufficientemente esplorati e che, invece, potrebbero rivelarsi adeguati a fornire risposte più pregnanti e aggiornate ai problemi della realtà della giurisdizione.

Il primo potrebbe essere rappresentato da un nuovo approfondimento (nell'ottica del pensiero giuridico moderno) del pensiero di Charles Sander Pierce, non tanto nella valorizzazione dell'abduzione, quanto nella sua teoria degli "interpretanti". In particolare, si tratterebbe di sviluppare l'idea che la relazione tra il segno (potremo dire la "disposizione", cioè l'enunciato normativo) e il suo oggetto (potremo dire la "norma", cioè il suo significato) sia sempre mediata da un "interpretante" (potremo dire un enunciato interpretativo). Poiché la teoria degli "interpretanti" riveste un ruolo determinante nel fondare una semiosi che sia ad un tempo illimitata, ma anche non arbitraria (cioè, non libera da qualsiasi vincolo, quale potrebbe essere appunto il vincolo costituzionale dell'art. 101 Cost.), sarebbe interessante studiare le "sentenze giudiziarie" come "interpretanti" nella funzione segnica del diritto.

Un altro settore potrebbe essere rappresentato dalla logica euristica (e, in particolare, la teoria dei problemi di Newell-Simon) fondata analitica-

mente su: la definizione dello spazio del problema; l'individuazione degli operatori euristici; la determinazione dei vincoli dettati dal problema; la definizione delle euristiche (cioè, dei metodi di ricerca delle soluzioni; negative e selettive ovvero positive e generative). Un simile approccio mi sembra fruttuoso per aggiornare e avanzare sulla strada della cd. costituzione del caso giuridico di Joachima Hruschka e mi pare che finirà inevitabilmente per imporsi, allorché il ruolo dell'"intelligenza artificiale" diventerà sempre più ingombrante anche nel mondo del diritto, come è facile prevedersi.

Infine – e in connessione con il punto che precede, nel suo riferimento all'evoluzione (o involuzione algoritmica) del diritto – un ulteriore settore di interesse dovrebbe essere costituito dalle teorie della complessità – non a caso usate intensamente per l'analisi della cd. "intelligenza artificiale". Tuttavia, a questo riguardo, la suggestione più stimolante per il diritto mi sembra rappresentata dall'idea che il diritto attuale non sia meramente "complicato", ma "complesso".

Occorre, cioè, tematizzare la distinzione tra mera "complicazione" e "complessità", ciò in quanto il diritto attuale non è più semplicemente complicato, ma complesso. Bisogna, dunque, partire dalla generale distinzione complicazione/complessità per poi applicarla al diritto.

Ad esempio, un orologio è complicato, ma non è complesso: si può smontare, se ne possono isolare le parti, scoprirne le funzioni e da queste risalire al funzionamento generale del sistema.

Nel diritto l'iperproduzione normativa o la scarsa tecnica legislativa sono fattori di complicazione del diritto, non di complessità: una produzione legislativa alluvionale e farraginosa può sempre essere analizzata, possono identificarsi le successioni di discipline, possono risolversi le antinomie attraverso i principi di gerarchia delle fonti, di successione cronologica, di specialità/assorbimento: l'operazione può essere difficile, lunga, faticosa, ma in linea di principio si può sempre identificare la "norma" da applicare; l'esito dell'analisi è, almeno in astratto, sempre "prevedibile" o addirittura "calcolabile"[1]. Le difficoltà riguardano solamente la dimensione quantitativa

[1] "Calcolabilità" e "prevedibilità" sono anch'essi due concetti distinti: il primo attiene alla possibilità di raggiungere il risultato attraverso l'applicazione di regole meccaniche e univoche (dunque, attraverso una procedura algoritimica); il secondo invece presuppone soltanto la convergenza sulla conclusione attraverso la spendita di ragioni condivise e accettate da tutti o dalla comunità di riferimento. Il fatto che il diritto sia incalcolabile attiene all'impossibilità di sostituire decisori umani con decisori artificiali; ma se la calcolabilità implica prevedibilità, l'incalcolabilità non significa che non si possa assicurare una diversa forma di prevedibilità, connessa all'idea che l'esercizio della "ragione discorsiva" (altri di-

della complicazione che, per essere adeguatamente affrontata e risolta, può richiedere nuove risorse (ad esempio quelle della digitalizzazione o addirittura dell'"Intelligenza artificiale"), ma il criterio risolutivo è sempre quello nomologico-deduttivo della sussunzione dei casi sotto leggi.

Insomma, vale ancora l'antico brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. La metafora per descrivere il diritto "complicato" resta sempre quella tranquillizzante della "piramide".

Si ha "complessità", invece, nei sistemi il cui funzionamento non è interamente deducibile dall'individuazione e dalla conoscenza delle sue parti: come si usa dire, "il tutto è maggiore della parte". In questi sistemi i risultati non si possono interamente prevedere in base alla sola conoscenza delle premesse, perché le singole parti operano in parallelo (senza una rigida gerarchia preventiva) e secondo meccanismi ricorsivi, per i quali risultati provvisori vengono reinviati al sistema che li elabora nuovamente condizionandone l'evoluzione. Una molteplicità di codici – che obbediscono a differenti criteri operativi e a logiche eterogenee – operano insieme secondo relazioni causali multiple e circolari, esibendo comportamenti creativi, risultati non deducibili dalle premesse secondo meri criteri nomologico-deduttivi.

Un esempio ormai noto e diffuso di sistemi complessi sono gli algoritmi di Intelligenza artificiale nelle forme del deep learning e della cd. IA generativa. Proprio la loro relativa imprevedibilità e la creatività delle soluzioni ottenute dal loro utilizzo sono alla base dei timori sociali manifestati verso questa nuova forma di tecnologia.

Nel diritto moderno sono emersi diversi esempi di "complessità" non riducibile alla mera "complicazione".

Ne cito tre che ritengo i più gravidi di conseguenze: la coabitazione di fonti nazionali e sovranazionali e la concorrenza, in assenza di una precisa gerarchia, di differenti rimedi per risolvere antinomie tra le medesime; il cd "diritto giurisprudenziale", in assenza di un qualche sistema del precedente vincolante; l'adozione della cd. "teoria ermeneutica" nell'interpretazione della legge e la logica dei cd. giudizi di "bilanciamento".

In questi casi, la metafora per descrivere il diritto "complesso" non è più quella rassicurante e solida della piramide, ma diventa quella più inquietante sfuggente del "labirinto", in cui perdersi non solo è possibile, ma in qualche misura inevitabile, o della "rete", in cui si può rimanere impigliati senza riuscire a districarsi[2].

---

rebbe "dialettica") produca risultati non arbitrari che, quindi, si possono conoscere in anticipo attraverso la condivisione di un comune codice argomentativo.

[2] Più filosoficamente impostato sarebbe il riferimento alla metafora del "rizoma", esposta

Con il "diritto complesso" ci troviamo davvero di fronte a quello che Natalino Irti ha chiamato "un diritto incalcolabile", che è tale non solo di fatto, o per soggettive incapacità dei giudicanti, ma in linea di principio, per come esso è strutturato.

Vediamo ora più da vicino perché gli esempi di diritto complesso prima accennati (coabitazione di fonti nazionali e sovranazionali, diritto giurisprudenziale e teoria ermeneutica del diritto) esibiscano in modo paradigmatico i caratteri della complessità, con tutte le conseguenze che essa porta con sé.

4. *Doppia pregiudizialità, disapplicazione e questione di legittimità costituzionale*

In questi anni il rapporto tra diritto dell'Unione europea e il diritto nazionale ha subito profonde trasformazioni, ma soprattutto si è profondamente trasformato il tradizionale istituto della "disapplicazione" (*recte* "non applicazione" o "inapplicazione") delle norme nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione europea.

In origine, infatti, la cd. "disapplicazione" di norme nazionali per contrasto con il diritto dell'Unione europea costituiva in sostanza un'operazione squisitamente interpretativo-applicativa – perciò, tipicamente rientrante nelle attribuzioni del giudice comune – in forza della quale, una volta ritenuto che il caso rientrasse nell'ambito di competenza dell'Unione, si applicava la norma europea in vece della norma nazionale contrastante, che pure restava valida e applicabile al di fuori dell'ambito dell'Unione. Questa situazione poteva costituire al più un elemento di complicazione giuridica, ampliando il novero delle disposizioni da esaminare con l'eventuale onere supplementare di interlocuzione con la Corte di Giustizia, in conseguenza del monopolio interpretativo che questa ha sulle norme UE quando queste non siano "chiare".

Dopo il Trattato di Lisbona e dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, questo istituto si è trasformato in qualcosa di completamente diverso che nel nostro ordinamento, in base alle nostre previsioni costituzionali, non è di competenza del giudice comune, ma della Corte costituzionale: si vuol dire che, in certi casi, la cd. "disapplicazione" si è trasformata in un larvato giudizio di illegittimità della

in G. Deleuze-F. Guattari, *Millepiani. Capitalismo e schizofrenia*, Napoli, 2017, per indicare reti che stabiliscono connessioni tra catene semiotiche, organizzazioni di potere e circostanze sociali, senza un ordine o una coerenza apparente.

legge nazionale da parte del giudice comune.

Infatti, quando il contrasto, seppure rilevato in ambito di rilevanza UE, è con disposizioni come quelle della Carta di Nizza – che codificano diritti fondamentali della persona – è addirittura impensabile che la norma interna possa avere una residua applicazione fuori da questo ambito, perché ciò significherebbe affermare che, fuori dall'ambito di rilevanza UE, la legge possa violare i diritti della persona.

L'operazione compiuta dal giudice comune non è più dunque quella di scegliere – in base a criteri di competenza, tra diverse disposizioni, che restano ugualmente valide e vigenti nell'ordinamento – quella applicabile al caso.

Piuttosto la disapplicazione consegue al rilievo del contrasto della legge nazionale con valori fondamentali della persona (codificati dalla Carta di Nizza) che, in quanto tutelati anche dalla nostra Carta costituzionale, determinano una situazione di cd. "doppia pregiudizialità" (rispetto alla Carta UE e alla Costituzione nazionale).

Ecco allora che "disapplicare" in queste ipotesi significa per il giudice comune rilevare l'illegittimità della legge, senza però poterla rimuovere dall'ordinamento con una pronuncia – nel nostro ordinamento riservata alla sola Corte costituzionale – valida *erga omnes* e che abbia effetti vincolanti per il futuro. Formalmente la legge disapplicata, perché contraria a diritti fondamentali della persona, resta vigente nel nostro ordinamento e potrebbe non essere disapplicata da altro giudice sulla base di una diversa valutazione sull'esistenza del contrasto.

Proprio questo rilievo deve ritenersi alla base della recente giurisprudenza costituzionale sulla cd. "doppia pregiudizialità" che, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017 per arrivare alle sentenze n. 15 e n. 181 del 2024 e n. 7 del 2025 (solo per citare quelle che ritengo più significative in questa sede di necessaria sintesi), ha finito per ammettere che, in casi di doppia pregiudiziale, il giudice comune possa (anche) sollevare questione di legittimità costituzionale di una legge nazionale per contrasto con norme dell'Unione europea.

Tuttavia, il concorso dei rimedi (disapplicazione e questione di legittimità costituzionale) sembra affidare al giudice comune un margine di discrezionalità nel ricorrere all'uno o all'altro che lo espone (o forse lo "sovraespone") al sospetto che nella scelta sia orientato da personali valutazioni assiologiche (dunque, *lato sensu* politiche) e non meramente tecnico-interpretative. Inoltre, questo concorso di rimedi consegna l'ordinamento, nel caso ci si orienti verso la disapplicazione, a una situazione di irrisolta incertezza sulla legittimità della legge.

Proprio il rischio di questa irrisolta incertezza sulla illegittimità della legge aveva significativamente orientato i nostri Padri costituenti a preferire il controllo accentrato di costituzionalità (rispetto a quello diffuso), attribuendolo a un organo particolare (qual è la Corte costituzionale) in cui, pur nella struttura giurisdizionale del giudizio, fosse istituzionalmente presente una componente politica, rappresentata nella particolare selezione dei giudici componenti. In questo modo si assicurava a un tempo il principio di sottoposizione del giudice alla legge e quello di controllo di legittimità dell'operato del legislatore.

Tuttavia, se con la disapplicazione di norme nazionali in contrasto con diritti fondamentali stabiliti dalla Carta di Nizza e dalla Costituzione si consente al giudice comune di formulare larvati giudizi di illegittimità della legge, ecco allora che si traccia una linea di frattura tra principio di sottoposizione del giudice alla legge e controllo accentrato di costituzionalità, aprendo un inedito fronte di contrasto tra giurisdizione comune e politica. E se la scelta di adire la Corte costituzionale o disapplicare direttamente la disposizione di legge non è rigidamente predeterminata inevitabilmente sorgono anche accese polemiche sull'uso della disapplicazione, puntualmente verificatesi in recenti casi di clamore pubblico.

Ecco allora come si vede all'opera la complessità giuridica: incertezza del ruolo di ciascuno con conseguenti accuse di politicizzazione, nei confronti della magistratura, e di insofferenza al controllo di legittimità delle leggi, nei confronti della politica.

5. *Diritto giurisprudenziale ed ermeneutica del diritto*

Le fattispecie normative astratte non potranno mai esaurire la ricchezza esorbitante della vita. Per questo, anche nei Paesi a diritto legislativo scritto come il nostro, sotto la pressione dei casi sempre "nuovi" sottoposti al giudice, il "diritto giurisprudenziale" avrà sempre un suo spazio, in questa distanza incolmabile tra fatti concreti e descrizioni legali astratte.

Oltre e al di là di ogni disquisizione teorica sulla giurisprudenza come "fonte" di diritto, costituisce acquisizione pratica difficilmente confutabile, sol che si frequenti qualsiasi aula giudiziaria, che con sempre maggiore frequenza la mera conoscenza del testo di legge non è più in alcun modo sufficiente a individuare tutti gli elementi rilevanti per la produzione di effetti giuridici, ma bisogna quasi inevitabilmente attingere alla giurisprudenza e ai precedenti, al "diritto giurisprudenziale" appunto.

Un diritto, cioè, che si forma nella "sovradeterminazione" della fatti-

specie rispetto al testo di legge che la prevede: ciò vuol dire che gli elementi costitutivi di un effetto giuridico vengono ricavati anche da elementi extra-normativi ed extra-testuali, tratti o dal caso da decidere o da circostanze di sfondo, che finiscono per aggiungersi o specificare quelli legali.

La "teoria ermeneutica del diritto", in fondo, non ha fatto altro che descrivere questo processo della decisione giudiziaria quale si realizza effettivamente nella pratica.

Il procedimento logico che porta alla decisione, infatti, non è mai riducibile a una mera operazione sussuntiva del fatto concreto nella fattispecie astratta legislativa (in base al cd. "sillogismo giudiziale"), ma si caratterizza invece per quel particolare "andirivieni dello sguardo" in forza del quale il caso concreto guida verso l'individuazione delle disposizioni rilevanti ma, a loro volta, le disposizioni guidano la selezione degli aspetti fattuali che importano per la decisione medesima[3], secondo un percorso circolare (o a spirale per approssimazioni successive).

Ben si comprende, però, come questo rappresenti un fattore di complessità del diritto per i meccanismi non deterministici, ma ricorsivi e circolari che lo caratterizzano. Si tratta di quel minimo di imprevedibilità che connota il diritto sostenendone l'inevitabile dinamismo e che, in ultima analisi, garantisce l'insostituibilità del decisore umano con un decisore artificiale.

Fino a qui nulla di nuovo o di particolarmente allarmante: in realtà si tratta solo di individuare i limiti operativi – che pur sussistono – nell'ambito di questa meccanica circolare e, a questo compito, tradizionalmente ha sempre sopperito la Corte di cassazione nella sua funzione nomofilattica.

Fare la guerra all'ermeneutica del diritto nella misura in cui essa è descrittiva di una struttura immanente al ragionamento giuridico significa fare la guerra ai fatti ed è per questo che la polemica tra positivisti e anti-positivisti[4] rischia di essere tutto sommato sterile nella misura in cui radicalizza la tesi antagonista per criticarla: nessuno, credo, sostiene ormai che il diritto è solo la legge positiva, oppure che il diritto è solo interpretazione (giurisprudenziale).

Entrambe le tesi estreme non possono essere seguite.

Immaginare che un testo esprima un unico significato che andrebbe

[3] Per una efficace rappresentazione v. G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010, p. 52.

[4] Emblematico a questo proposito il confronto tra due recenti libri: G. Zaccaria, *Postdiritto*, Bologna, 2022 e L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, 2024.

solo scoperto dall'interprete è tesi ormai inaccettabile alla luce delle acquisizioni della linguistica moderna.

D'altro canto, la stessa corrente ermeneutica è ben consapevole del fatto che "interpretare" un testo è cosa differente dall'"usarlo" per affermare la propria volontà e i valori in cui si crede.

Come efficacemente ha detto Umberto Eco[5], tra l'*intentio auctoris* (che nel diritto vuol dire l'impossibile ricostruzione della volontà di un legislatore storico, che in realtà spesso si accorda su compromessi testuali proprio in forza della pluralità delle interpretazioni possibili) e l'*intentio lectoris* (che nel diritto vuol dire affermare esclusivamente la volontà del giudice-interprete consegnandogli, alla Derrida, la possibilità di decostruirlo come desidera) esiste sempre una ricostruibile *intentio operis* che, a seconda dei "contesti" (in diritto diremmo "sistema"?), consente di individuare quali significati sono attribuibili agli enunciati e quali no: in ciò consiste una aggiornata e più consapevole comprensione del significato profondo del principio di sottomissione del giudice alla legge previsto dall'art. 101 della Costituzione[6].

Le cose iniziano a complicarsi però con l'avvento delle cd. "interpretazioni orientate o conformi" (a Costituzione, al diritto dell'Unione europea o alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), in cui gli oggetti dell'interpretazione non sono più costituiti da enunciati legislativi (la "legge"), ma da "sentenze" (della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione europea o della Corte europea dei diritti dell'uomo).

"Interpretare la legge" non è infatti la stessa cosa che "interpretare una sentenza".

La sentenza non offre descrizioni di fattispecie (in ultima analisi, cioè,

[5] U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, 2004, Milano, p. 127, dove ricorre il celebre esempio tratto dal "Codice Rocco": «c'è nel Codice Rocco un comma che s'intitola 'Turbata libertà degli incanti' e posso leggere questo titolo come un *incipit* poetico, fra rondismo ed ermetismo, sui fremiti di un'adolescenza delusa. Ciò non toglie che le convenzioni linguistiche mi dicano che in quel testo 'incanti' vuol dire aste e l'articolo si riferisce alla turbativa d'asta. Ecco la differenza tra uso e interpretazione».

[6] In questa direzione mi sembra si muova efficacemente Mario Barcellona dove ricostruisce la posizione di quanti si sentono "obbligati verso la legge", un obbligo che si esprime nel dovere di assicurare «la "continuità" con il "senso" proprio della legge e dei suoi sviluppi evolutivi, di tal che le opzioni "politiche" che ad esse si accreditano, sono solo quelle compatibili con ragionamenti sulle virtualità regolative delle norme e sulla direzione verso cui le orienta l'evoluzione delle loro relazioni sistemiche» (M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modena, 2022, pp.67 e 68).

descrizioni di una "classe" cui ricondurre singoli oggetti, i "fatti"), ma "discorsi giustificativi" di un risultato in cui si esprime la decisione, compendiata nel dispositivo[7].

Ciò introduce nuovi e più ampi margini di discrezionalità nella selezione di cosa nel discorso giustificativo assume rilevanza per le decisioni future e, quindi, nuove possibilità di scegliere ciò che convalidi decisioni prese sulla base dei valori che il singolo interprete privilegia, secondo sue personali valutazioni assiologiche (dunque politiche). Tutto ciò produce inevitabilmente un accresciuto tasso di politicizzazione nell'interpretazione della legge, consentito proprio dal rilievo che assumono le sentenze della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali.

Tuttavia, nel caso delle sentenze della Corte costituzionale (anche quelle "manipolative") o delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea, il discorso giustificativo si risolve sempre nell'attribuzione di un preciso significato ad enunciati normativi (le "disposizioni" secondo la terminologia crisafulliana e noi diciamo in modo più semplice e approssimativo le "leggi") e, dunque, queste operazioni risultano sempre inscrivibili (nel modo sopra precisato) al principio di sottoposizione del giudice-interprete alla legge.

Le cose cambiano radicalmente con l'"interpretazione convenzionalmente orientata" perché la giurisprudenza della Corte EDU è ontologicamente e strutturalmente casistica, cioè accertativa di violazioni convenzionali nel singolo caso e, perciò, il singolo fatto concreto gioca sempre un ruolo determinante: per questo la Corte EDU non massima mai le sue sentenze[8].

È pur vero che nelle sentenze "pilota" (formali o sostanziali) si verifica un effetto estensivo, in quanto la violazione derivi dal "diritto vivente" dello Stato (cioè da consolidati orientamenti interpretativi della legge di quello

[7] Peirce parla in questo caso di «interpretante», cioè di un enunciato interpretativo dell'oggetto, che a sua volta deve essere interpretato, innescando un processo di «semiosi illimitata» che gira intorno all'oggetto medesimo (nel nostro caso la legge) in una specie di moto a spirale che vi si avvicina asintoticamente (C. S. Peirce, *Collected Papers of Charles Sander Peirce*, vol. VIII, paragrafo 332, opera b del 1908, Cambridge, 1931-1958): la semiosi è dunque illimitata, ma non arbitraria e, avvicinandosi progressivamente all'oggetto, in realtà diviene sempre più precisa.

[8] Un discorso più ampio e diversificato andrebbe fatto in relazione alle possibilità di chiedere alla Corte EDU pareri consultivi ai sensi del Protocollo addizionale n. 16 alla CEDU: basti però in questa sede accennare al fatto che il parere può essere richiesto solo nel contesto di una causa pendente dinanzi all'autorità nazionale.

Stato) e quindi produca violazioni seriali determinate da quel "diritto vivente" che deve essere corretto o in via interpretativa (interpretazione convenzionalmente orientata) oppure, se il testo della legge non consente l'attribuzione di significati compatibili con la Convenzione, attraverso l'incidente di legittimità costituzionale.

Tuttavia, l'inesauribile ricchezza di differenze che sussistono da caso a caso – e i conseguenti margini di discrezionalità nell'opera di estrazione del principio dal fatto concreto, che viene da esso necessariamente mediato – determina quel fenomeno che è stato indicato con la suggestiva espressione di "*cherry picking*", cioè di scelta dall'albero della Corte EDU della ciliegia (la sentenza) che più ci piace in base al valore che il singolo giudice nazionale interprete vuole privilegiare.

Qui davvero ci troviamo di fronte a un "diritto giurisprudenziale" più tipicamente di cd. *common law*, che finisce per attribuire al giudice nazionale un ruolo che esso ha certamente nella maggior parte dei sistemi anglosassoni, ma che non gli viene riconosciuto nel nostro ordinamento, che rimane un sistema a diritto legislativo scritto con prescrizioni costituzionali di riserva di legge.

Ciò è sicuramente anche conseguenza di una sorta di egemonia della cultura e del lessico giuridico anglosassone che ha preso piede nella Corte EDU sin dall'inizio del suo operare, ma che ora ci porta verso momenti di tensione con il nostro principio di legalità che finiscono per sovraesporre il giudice comune di fronte alla polemica e all'agone politico, in un ordinamento in cui i criteri selettivi della magistratura e la regolazione costituzionale del suo operare non erano nati per questo.

6. *Le trasformazioni dell'idea di democrazia*

La crisi dei rapporti tra politica e magistratura che caratterizza l'attuale realtà della giurisdizione è stata certamente innescata dalla complessità del diritto moderno, ma non se ne darebbe una rappresentazione fedele se non si considerasse il fatto che essa è stata aggravata da un'altra grande trasformazione in atto: quella dell'idea stessa di "democrazia costituzionale" in cui essa si inserisce.

Come noto, l'idea di democrazia costituzionale è quella per la quale la sovranità popolare (che incarna il principio democratico) ha essa stessa dei limiti che deve rispettare. L'idea si afferma soprattutto quale reazione alle degenerazioni totalitaristiche del Novecento, che avevano dimostrato come il consenso popolare ottenuto tramite elezioni e la volontà della maggio-

ranza non avesse storicamente garantito da questo rischio degenerativo.

Non stupisce quindi che, proprio all'uscita da uno di questi grandi totalitarismi, l'idea di democrazia costituzionale sia stata accolta all'art. 1 della nostra Carta fondamentale che, nell'affermare che la sovranità appartiene al popolo, si affretta a precisare che essa deve essere esercitata non solo nelle "forme", ma anche nei "limiti" stabiliti dalla stessa Carta.

Molto si deve in questo alla riflessione di Costantino Mortati cui, non a caso, deve essere ricondotta anche una delle più importanti riflessioni su quel concetto di "costituzione materiale".

Per Mortati, infatti, i principi fondamentali della Costituzione non sono soltanto un canone di interpretazione, ma costituiscono un canone di osservanza «affidato all'azione delle forze politiche»[9] che trova sviluppo in una visione larga dei limiti materiali della revisione costituzionale – nel senso di riportare il divieto di revisione della "forma repubblicana" ai principi che la informano (quali stabiliti in particolare dagli artt. 2 e 3 della Costituzione) – così da confidare nell'osservanza di tali principi da parte delle forze politiche come condizione irrinunciabile della coerenza complessiva e della tenuta dell'edificio costituzionale[10].

Oggi invece si stanno recuperando – invero a livello globale – istanze che accentuano la legittimazione popolare ottenuta attraverso libere elezioni come fonte di una libertà di governo insofferente ad ogni limite.

Paradossalmente e pur non riflettendone la complessità di pensiero, le attuali affermazioni secondo le quali chi vince le elezioni è libero di governare come gli aggrada, sembra germinare dalle tesi di Joseph Alois Schumpeter[11], secondo cui la democrazia si riduce sostanzialmente a una tecnica istituzionale che condiziona il perseguimento dei "valori" al ricevimento del consenso e riesce a conservare il metodo pacifico di risoluzione dei contrasti solo se accresce l'efficienza sociale delle tecniche di governo, di tal che la sostanza della democrazia finisce per risolversi nel decidere chi debba essere il "leader" che – con i dispositivi del marketing elettorale (oggi aggravato dai mezzi della cd. democrazia "digitale") – riesce a ottenere la delega assoluta e sostitutiva a decidere, con i corollari della conseguente svalutazione del principio di rappresentanza, di quello proporzionale, del

[9] C. Mortati, *Concetto e limiti del procedimento di revisione costituzionale* (1952), in Id., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, 3 ss.

[10] Così P. Ridola, *Costantino Mortati, la "costituzione in senso materiale", la Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2023, pp. 1 e ss.

[11] J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1972.

rispetto delle minoranze e del consenso informato sui programmi.

Anche Schumpeter postula un ingrediente valoriale che valga come "costituzione materiale" delle democrazie elettorali, ma sembra individuarlo nel regime proprietario come bene insurrogabile.

Il richiamo alla "costituzione materiale" – vista la distanza delle interpretazioni e degli esiti applicativi del concetto – non mi appare risolutivo, specie nella situazione attuale in cui il disaccordo sui valori fondanti della nozione – un disaccordo che nella pratica politica e mediatica, mi sembra, non abbia neppure il livello teorico di contrapposizione tra i pensatori che ho sopra evocato – si svolge tutto su un livello pratico e contingente ancor più evanescente.

Quello che resta è invece la constatazione che ai profili tensivi tra politica e magistratura – determinati dalla rilevata complessità del diritto moderno – si aggiungono quelli tra maggioranza e minoranze politiche parlamentari e quelli sui poteri che devono essere legittimamente riconosciuti alla maggioranza di Governo nella nostra democrazia costituzionale liberale.

7. *Riforme e crisi della politica e della magistratura*

Nella situazione di forte tensione istituzionale e di profonda trasformazione che si sono sopra accennate, era inevitabile che si inaugurasse una stagione caratterizzata da fermenti riformatori.

Sul punto – sempre nella prospettiva del rapporto tra idealità e realtà della giuridizione – possono farsi alcune brevi considerazioni.

In primo luogo, deve osservarsi che le riforme costituzionali proposte non sembrano affrontare la struttura profonda della crisi, ma si appuntano su alcune strutture superficiali ordinamentali di carattere fortemente simbolico (la separazione delle carriere con duplicazione degli organi di autogoverno, la sottrazione delle competenze disciplinari agli organi di autogoverno e l'utilizzo del metodo del "sorteggio" per sceglierne i componenti), con la conseguenza che, rimasta intatta la struttura profonda della crisi tra politica e magistratura, essa si ripresenterà inevitabilmente. Dunque, bisognerebbe acquisire consapevolezza che le ragioni della crisi sono dovute alla complessità giuridica e che questa, a sua volta, è dovuta a fattori principalmente esogeni rispetto alla magistratura, rimessi alla responsabilità della politica, cui compete la materia dei Trattati, delle Convenzioni, delle cessioni di sovranità e della loro gestione.

In secondo luogo, deve rilevarsi che la giurisdizione (e, quindi, la magi-

stratura che la esercita) si trova sovraesposta rispetto alla politica anche e soprattutto in conseguenza degli evidenziati fattori esogeni, sui quali la stessa politica non sembra avere intenzione di intervenire.

In terzo luogo, bisognerebbe riconoscere che i temi ordinamentali di per sé appartengono alla discrezionalità politica se limitati agli aspetti burocratico-formali delle "carriere" e che la "separazione" ordinamentale tra giudice e pubblico ministero è un'opzione non necessaria (come sembra invece sostenere la politica), ma certo possibile in considerazione delle modifiche alla struttura del processo penale introdotte dalle varie riforme che si sono succedute nel tempo e che hanno mutato il quadro che il legislatore costituente aveva presente nel 1948. Bisognerebbe perciò discutere non tanto sul "se" separare, ma sul "perché" e sul "come".

Infatti, se la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri è dovuta solo all'esigenza di evitare la commistione di funzioni e l'incidenza che il rapporto di colleganza può avere sulla terzietà del giudice, allora bisognerebbe chiedersi (non tanto come magistrati, ma come semplici cittadini) se in presenza di cause di incompatibilità (che impediscono di giudicare a chi in quella causa abbia svolto le funzioni di pubblico ministero in fasi precedenti), in presenza di percentuali irrisorie di passaggi di funzioni e di elevatissime percentuali di difformità delle decisioni rispetto alle richieste dei pubblici ministeri, siano giustificati i costi economici e di appesantimento burocratico dovuti alla duplicazione degli organi di autogoverno e di creazione di un terzo organo (l'Alta Corte disciplinare) e del relativo personale con le relative strutture.

Si tratta di valutazioni di opportunità che, non pertengono alla magistratura in quanto tale, ma al giudizio dei cittadini in termini di responsabilità politica e di eventuale voto referendario sulla riforma costituzionale.

Tuttavia, proprio l'evidente sproporzione tra questi costi e gli obiettivi di cui sopra, porta a chiedersi e chiedere se la rottura addirittura costituzionale del tradizionale principio di unità della magistratura, non sottenda anche alla futura differenziazione delle prerogative e delle garanzie di autonomia e indipendenza del pubblico ministero rispetto al giudice.

Il punto davvero decisivo da discutere, pertanto, sembra essere quello del ruolo processuale del pubblico ministero in questo nuovo assetto e in quali termini esso si ponga con il principio di obbligatorietà dell'azione penale – a mio avviso già intaccato nella sua tradizionale impostazione dalla cd. Riforma Cartabia, senza peraltro suscitare grandi commozioni, neppure nella magistratura – perché da questo dipende l'essenza della democrazia come "isonomia", cioè uguaglianza di tutti davanti alla legge, e questo potrebbe far parte, seguendo l'impostazione di Mortati, di quella "costituzione

materiale" che costituisce limite alla sovranità popolare e su cui il "contributo di competenza" spetta certamente anche alla magistratura come tale.

Quanto al giudizio disciplinare e al metodo del sorteggio, bisognerebbe riconoscere che si tratta di reazioni della politica volte a porre rimedio alle degenerazioni del correntismo attestate da quanto emerso con il cd. "scandalo Palamara", rispetto alle quali il "cambio di passo", o la "svolta", rispetto a quanto avvenuto, si può discutere in che termini vi sia stato, ma quello che è certo è che non è stato "percepito", percezione decisiva nelle moderne crisi reputazionali.

Tuttavia, se è così, bisogna chiedersi se il "sorteggio" – con tutto quello che comporta in termini di perdita di rappresentatività della magistratura negli organi di autogoverno e in quello che li giudica disciplinarmente (ciò che attiene strettamente all'autonomia e indipendenza, come ben sapevano i nostri Padri costituenti) – sia davvero la soluzione, tenuto anche presente che questo non garantisce affatto che i sorteggiati non facciano parte delle "correnti".

Non pare dunque che sia tanto importante discutere di possibili forme di temperamento del "sorteggio", quanto e piuttosto se, per evitare i paventati rischi di collateralismo politico all'interno delle correnti, non sia il caso di tornare al tanto vituperato metodo dell'"anzianità temperata" che, in fondo (come riconosciuto anche da autorevoli studiosi), aveva garantito da una eccessiva discrezionalità delle scelte consiliari, dalla temperie di annullamenti delle relative delibere da parte dei giudici amministrativi e aveva limitato il più pericoloso demone che può attraversare la magistratura, il "carrierismo". Un "carrierismo" ormai imperante che è strettamente connesso alle riforme ordinamentali che lo hanno incoraggiato – nonché al tema della gerarchizzazione degli uffici e della personalizzazione delle funzioni – a tutto detrimento di quel principio cardine (garanzia non solo per la magistratura, ma per chiunque) secondo cui i magistrati non si distinguono tra loro per grado, ma solo per funzioni e che tutti (magistrati e politici) dovremmo forse rileggere e meditare profondamente nell'art. 107 della Costituzione.

8. *Conclusione*

Ulrich Beck, qualche tempo fa, ci aveva detto che viviamo nella società del rischio, oggi direi che ci troviamo nella società dell'imprevedibilità che, nel diritto, significa ormai e non più soltanto l'imprevedibilità della singola decisione, ma "imprevedibilità di sistema": non sappiamo più quando sol-

levare una questione di legittimità costituzionale o disapplicare direttamente la norma nazionale in contrasto o sollevare questione pregiudiziale interpretativa, non sappiamo più neppure più con certezza quando una questione sia rilevante e quando la Corte costituzionale ritenga di poter intervenire pur in assenza di rime obbligate, o di effettuare cd. "doppie pronunce" in cui sostanzialmente si dà un termine al legislatore prima di dichiarare l'illegittimità. A queste imprevedibilità si aggiungono le incertezze del quadro istituzionale e di legittimazione, sottese alla crisi dell'idea stessa di democrazia che stiamo attraverso e alla quale abbia prima brevemente accennato.

Ora l'imprevedibilità è l'unico lusso che il diritto non può permettersi in quanto diritto basato sull'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, vale a dire un diritto – idealmente e realmente – "isonomo" (cioè, democratico). Il diritto non può rinunciare a un minimo di universalità applicativa, se non vuole arrivare alla "decisione" caso per caso, che è appunto una "decisione" (*de-caedere*, taglio del conflitto con una scelta sovrana e arbitraria), e non più giudizio (*ius-dicere*, affermare in modo imparziale qual è il diritto nel caso sottoposto a esame).

Questa la sfida (ideale) che ci attende per evitare questa degenerazione (reale) del diritto, una sfida per la quale siamo invero attrezzati, basta volerlo fare!

Soggezione del giudice alla legge, creazionismo giudiziario, nomofilachia

Salvatore Boccagna

Tra 'idealità' ed 'effettività' della giurisdizione. Alcuni interrogativi

I *Dialoghi sulla giurisdizione* intendono promuovere una riflessione, nella forma, appunto, del dialogo tra esponenti del mondo accademico e della magistratura, su quello che di recente Giovanni Verde ha definito il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge.

Ciò a partire dalla constatazione di una sempre più accentuata divaricazione tra quella che nel titolo del nostro primo incontro abbiamo chiamato l'«idealità» della giurisdizione e la sua «effettività». L'idealità è rappresentata dal modello costituzionale della giurisdizione come attività essenzialmente dichiarativa, volta all'accertamento di una concreta volontà di legge che esiste prima e indipendentemente dal processo: una volontà che nasce, secondo la nota rappresentazione di Calamandrei, spontaneamente al verificarsi in concreto della fattispecie prevista dalla norma e che il giudice deve pertanto limitarsi ad accertare. Si tratta di un modello, che probabilmente già all'origine esprimeva un'idea della giurisdizione priva di puntuale riscontro nella realtà, ma intorno al quale è costruito tutto lo statuto costituzionale del giudice, quale pubblico funzionario titolare di un potere «neutro», scelto per concorso e al quale sono assicurate determinate garanzie di autonomia e indipendenza.

A fronte di questo modello, dicevo, sta un'effettività caratterizzata da una sempre più acuta e ormai strutturale crisi della legalità, a sua volta determinata da vari fattori, dall'inflazione incontrollata della legislazione, all'oscurità e contraddittorietà del linguaggio legislativo, alla complicazione del sistema delle fonti; crisi a cui fa riscontro l'apertura di spazi sempre più ampi all'interpretazione discrezionale del diritto esistente, se non anche all'affermazione di un vero e proprio diritto giurisprudenziale.

Di qui la domanda, che abbiamo esplicitato nel titolo del terzo incontro, ma che aleggia in realtà sull'intero ciclo e che dunque poniamo anche ai relatori di oggi, se sia possibile (e desiderabile) «rimettere ogni cosa al suo posto», secondo l'espressione di Massimo Luciani – che è protagonista, ap-

punto, del terzo incontro insieme ad Enrico Scoditti – o non occorra invece costruire nuovi modelli.

Entrambe le prospettive dischiudono interrogativi di non poco momento. Rimettere ogni cosa al suo posto, ma fino a che punto, in un tempo nel quale l'irrompere sulla scena dei sistemi di intelligenza artificiale, e la fallace illusione di poter sostituire il giudice con la macchina, sembrano rinverdire concezioni vetero-illuministiche della giurisdizione, promettendo – o forse minacciando – di realizzare in forma perversa e distopica l'idea montesquieuiana dei giudici come *êtres inanimés*?

Costruire nuovi modelli, ma – ancora una volta – fino a che punto? Quali sono i limiti dell'interpretazione giudiziale del diritto? Qual è il confine, oltrepassando il quale il giudice, per parafrasare il titolo di un noto scritto di Mauro Cappelletti, cessa di essere giudice per farsi legislatore?

Un ultimo punto. Questa tensione tra idealità ed effettività della giurisdizione, che è echeggiata anche dal titolo dell'incontro odierno – soggezione del giudice alla legge *versus* creazionismo giudiziario –, non può non investire anche la Corte di Cassazione e la funzione ad essa affidata di garantire l'«esatta osservanza» e l'«uniforme applicazione» della legge. Ciò, direi, in una duplice direzione. La prima attiene al problematico rapporto tra la funzione di garanzia oggettiva e quella di garanzia soggettiva, tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, che sono i due poli della strutturale ambiguità, per richiamare l'espressione di Michele Taruffo, della Corte di Cassazione, ambiguità che caratterizza la stessa dimensione costituzionale dell'istituto quale emerge dall'art. 111 Cost. Il fragile equilibrio tra queste due funzioni non ha retto al progressivo aumento del numero dei ricorsi, che ha reso sempre più difficile per la Corte l'assolvimento della sua funzione regolatrice, sicché, potrebbe dirsi, la funzione di garanzia soggettiva ha finito per fagocitare quella di garanzia oggettiva. Abbiamo così assistito ad una lunga stagione di riforme, a far data quanto meno dal d.lgs. n. 40 del 2006, tese a restituire centralità alla funzione di garanzia oggettiva, mediante una serie di interventi che non è qui il caso neanche di richiamare, dall'introduzione e successiva abrogazione del quesito di diritto, alla rivitalizzazione dell'istituto del ricorso nell'interesse della legge, alla modifica dell'art. 374 c.p.c. sul vincolo delle sezioni semplici al *dictum* delle sezioni unite, al «filtro», alla riscrittura dell'art. 360, n. 5, c.p.c. sul vizio di motivazione. Riforme, che hanno profondamente trasformato la fisionomia del giudizio di legittimità e delle quali non è semplice, allo stato, tracciare un bilancio.

La seconda direzione potrebbe sintetizzarsi nell'interrogativo: quale nomofilachia? Vale a dire cosa significa, oggi, nomofilachia? In un contesto caratterizzato dalla crisi, o forse dal tramonto, della legalità, qual è il ruolo

della Suprema Corte? Garantire il rispetto del diritto vigente o concorrere alla creazione del diritto vivente? E – *last but not least* – in che modo concorre alla produzione del diritto vivente un giudice che le riforme degli ultimi anni (e qui il riferimento è soprattutto alla riscrittura dell'art. 360, n. 5, c.p.c. e ai rigorosi limiti imposti dalle sezioni unite al sindacato della S.C. sulla motivazione in fatto delle sentenze dei giudici di merito) hanno totalmente distaccato dal fatto? Come ha osservato Bruno Sassani, posto che il giudizio di legittimità significa giudizio sul rispetto della legge nel caso concreto, è illusorio pensare che la Corte possa svolgere la sua funzione di custode dell'esatta osservanza della legge, prescindendo da un sindacato sulla correttezza della ricostruzione del fatto operata – e rappresentata – dal giudice di merito. Ed invero, una volta reciso il collegamento col fatto, la Suprema Corte rischia fatalmente di essere sospinta (come non di rado è avvenuto in anni recenti) verso «lo spurio concetto di nomofilachia», intesa quale attività rivolta alla «creazione di nuova norma astratta (seppure ad un livello di minore astrazione rispetto alla disposizione legislativa), in flebile collegamento con i fatti e con le scelte. Ovvero in collegamento con mere supposizioni di fatti, in assenza del controllo di congruità della loro ricostruzione».

Sono questi alcuni degli interrogativi che costituiscono oggetto di questo terzo incontro, che vede confrontarsi uno dei più eminenti ed acuti civilisti italiani, che sul tema della dichiarazione giudiziale del diritto ha lungamente riflettuto, e una delle menti più brillanti della Corte di cassazione, autorevole componente delle sezioni unite ed estensore di molte importanti decisioni, tra le quali mi piace ricordare quella pronunciata alcuni anni orsono nella dolorosa vicenda di Eluana Englaro, che mi pare abbia molto a che fare col tema di oggi, poiché testimonia, con il nitore del caso estremo, quella faticosa ricerca della *regula iuris* da applicare al caso concreto, in cui si compendia, di là dell'inevitabile tensione tra idealità ed effettività, l'essenza – starei per dire immutabile – della giurisdizione.

Aurelio Gentili

Soggezione del giudice alla legge, creazionismo giudiziario, nomofilachia: un confronto dialettico

SOMMARIO: 0. Premessa: utilità di fare un quadro delle posizioni ed un loro confronto dialettico – 1. Conservatori e rivoluzionari – 2. Un confronto dialettico tra le loro tesi sulla soggezione del giudice alla legge e sulla creatività della giurisprudenza – 3. Un intermezzo critico su una questione metodologica: esiste la soluzione giusta secondo diritto? – 4. A che serve la nomofilachia – 5. Conclusioni

0. *Premessa: utilità di fare un quadro delle posizioni ed un loro confronto dialettico*

La soggezione del giudice alla legge, la giurisprudenza creativa, la nomofilachia sono argomenti davvero stimolanti. Tanto stimolanti che hanno stimolato i commentatori a dire in tema tutto, il contrario di tutto, e anche qualche altra cosa[1]. A fronte di tante opinioni, allo stato l'incertezza impera.

Perciò mi pare di dover, a costo di brutali semplificazioni, fare anzitutto un po' di ordine tra le posizioni che si confrontano. Questo sarà un primo discorso, descrittivo.

A seguire mi proverò a confrontarle dialetticamente, per vedere se dalla contrapposizione degli argomenti esca una conclusione, alla luce della quale qualcosa razionalmente tiene e il contrario no. Questo sarà un secondo discorso, prescrittivo.

1. *Conservatori e rivoluzionari*

Partiamo da un quadro delle posizioni correnti.

Si trovano oggi in letteratura tesi molto disparate sulla giurisdizione. Dire di tutte sarebbe troppo lungo. E forse, in base al principio che non è necessario mangiare tutta la torta per sapere di che sa, inutile.

Per orientarsi però, almeno uno schema bisogna darlo. Assumo allora

[1] Un'ampia rassegna delle tesi del '900 sui rapporti fra il giudice e la legge in C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Milano, 2012.

che tre macro-orientamenti, con interne varianti, si contendano il campo. E posto che il dibattito ha origine nell'illuminismo, con la tesi di Montesquieu e di Beccaria della unicità e razionalità della legge positiva, di cui il giudice sarebbe mera bocca[2], penso di poter distinguere rispetto a questa posizione di partenza i tre orientamenti. Distinguerli, cioè, in relazione alla reazione di ciascuno ai mutamenti sopravvenuti che hanno messo in crisi la tesi illuministica: gli uni reagiscono infatti a difesa della tradizione giuspositivistica, gli altri per il suo sovvertimento, altri ancora per una mediazione.

Da questo punto di vista possiamo distinguere i *conservatori*, che nonostante i mutamenti sopravvenuti di massima conservano la tesi classica della piena soggezione del giudice alla legge e della funzione meramente applicativa della giurisprudenza, dai *rivoluzionari*, che a fronte dei mutamenti considerano tale concezione superata e anche inopportuna, e perciò aprono ad una diversa funzione della giurisdizione, e dai *riformisti*, che cercano di conservare la razionalità del diritto scritto anche nella nuova fenomenologia, assorbendone i mutamenti[3].

1.1. I conservatori

È pacifica in letteratura l'idea che l'ideale dell'illuminismo di un diritto unico, razionale, certo – questi i valori – di cui la soggezione del giudice alla legge, l'interpretazione dichiarativa, la nomofilachia sono gli strumenti, sia stato realizzato dal giuspositivismo attraverso le codificazioni[4].

I codici anzitutto reagivano politicamente alla pluralità *scoordinata* delle fonti: la consuetudine, la decretazione regia, le normative degli ordini e ceti, l'uso del diritto romano[5]. Reagivano poi teoricamente alla pluralità culturale

[2] Il sottofondo del problema della giurisprudenza creativa, di cui la soggezione del giudice alla legge è l'impedimento, è la teoria – recepita storicamente dal positivismo giuridico ma forse ad esso non concettualmente necessaria – della separazione dei poteri (così, di recente, G. Pino, *Sul problema della creazione giudiziale del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2023, p. 181 ss., p. 184).

[3] Per una rassegna nello stesso senso delle tendenze della civilistica italiana contemporanea rinvio a A. Gentili, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIX. 2019, p. 39 ss.

[4] M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1993, p. 34 ss.

[5] Su questa vicenda storica v. J.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, p. 387 ss.; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, p. 11 ss.

di letture propria del diritto naturale (la volontà di Dio, o la natura delle cose, o la retta ragione). E reagivano tecnicamente alla pluralità disordinata dei metodi interpretativi (gli argomenti grammaticali e logici, l'*argumentum ex auctoritate*, l'argomento teleologico, la tradizione sapienziale, o considerazioni politiche di scopo)[6]. Inauguravano così un metodo in cui applicare il diritto (positivo) significa constatare nel testo legale la norma per derivarne deduttivamente la regola del caso.

Su queste basi l'opera del giudice si caratterizza come attività *cognitiva*, che preso atto della lettera della disposizione, e per quanto occorrer possa della sua *ratio*, vi sussume il caso concreto collegandovi gli effetti disposti dalla regola legale. La decisione dipende interamente dalle premesse, e queste – e quindi anche la premessa normativa – si constatano. Non vi è dunque nella giurisprudenza altra novità che la derivazione da premesse date di una norma individuale e concreta.

Questa idea comune di quale metodo sia tipico del positivismo è fondata ma non è del tutto esatta.

È vera per la prima fase del positivismo giuridico: l'idolatria francese per il testo della legge codificata (chi non ricorda la risposta di Jean Joseph Bugnet: «Non so cosa sia il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone»?), l'idolatria germanica per la potenza del concetto (chi non ricorda l'ammi-

---

Una dettagliata ricostruzione della marcia degli Stati europei verso la codificazione è in R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1929, pp. 93-118.

[6] Ad essere precisi, il primo codice della modernità, il *Code Napoleon*, non conteneva alcuna disposizione sull'interpretazione della legge. Ed anche i suoi commentatori non davano nei loro scritti molto spazio all'argomento (cfr. ad es. C.E. Delvincourt, *Corso di codice civile*, I, Napoli, 1828, p. 26 s.). Ciò perché in tesi assumevano che «L'interpretazione del magistrato o del giureconsulto (...) non ha che un'autorità di ragione e di logica» (così V. Marcadé, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, I, Napoli, 1871, pp. 175-176), e in pratica rinviavano alle regole razionali ermeneutiche elaborate da Domat e da Pothier. Quel codice conteneva però disposizioni sull'interpretazione dei contratti, ma a lungo ritenute non norme ma consigli all'interprete.
Si deve al Codice austriaco del 1811 la prima disposizione (§ 6) sull'interpretazione della legge, il cui testo sarà poi riprodotto praticamente invariato nel codice italiano del 1865.
Nell'ambiente non codificato del diritto germanico l'opinione non era molto diversa: la tesi di F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1886, che quello riveniente dalla tradizione romana e rielaborato come diritto attuale della Germania fosse 'diritto scientifico' conduceva naturalmente a concludere che la sua interpretazione non fosse che «una operazione intellettuale, ossia, per quanto semplice esso spesso ci sembri, un lavoro scientifico, inizio e fondamento della scienza del diritto» (p. 215).

razione di von Savigny per la capacità dei romani di 'calcolare con i concetti'?), avallano l'idea che per il primo positivismo il diritto è la legge, la legge è la volontà del legislatore che ha nel suo concetto[7], o dogma, un unico senso, che vincola il giudice, che deve solo dichiararlo e applicarlo sussumendo il fatto nella fattispecie e collegandovi l'effetto previsto.

Non lo è per il positivismo maturo[8]. Già nella tarda pandettistica si erano levate voci critiche verso il metodo tradizionale della meccanica sussunzione nella disposizione[9]. E contro il *mainstream* del formalismo interpretativo si erano sviluppate tendenze intese alla libera ricerca del diritto[10]. In Italia già nel 1912 almeno un autore parlava di poteri creativi della giurisprudenza[11], osservando che interpretare non significa constatare ma 'esplicare, adattare, completare'. E questa idea alla metà del secolo era ormai sufficientemente diffusa da far parlare apertamente taluni autori dell'interpretazione del diritto come creazione[12].

Già nella prima metà del Novecento, dunque, la tesi della meccanica applicazione della legge se mai ha predominato recede. Non senza generare

[7] La giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*) ha predominato soprattutto in Germania, in ragione della mancanza di un codice con le sue regole verbalizzate in un preciso testo, e dell'uso moderno del diritto romano; ma non era estranea all'ambiente italiano: cfr. G.P. Chironi, L. Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, Torino, 1904, che in tema di interpretazione della legge parlano di «necessità di indagare il vero concetto» (p. 55).

[8] Già R. De Ruggiero, cit., p. 145, nel 1929 ricordava che «Vi sono scrittori che vanno molto più oltre [*scilicet*: rispetto alla dichiarazione del senso della disposizione] e vorrebbero svincolare il giudice da ogni legame ai testi di legge, quando questi siano antiquati o comunque si appalesino inidonei al regolamento dei rapporti nuovi».

[9] Cfr. as es. J. Kohler, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *Grünhutz Zeitschrif. f. d. priv. und öff. Recht*, XIII, 1886, p. 1 ss.

[10] F. Gény, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; E. Erlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903; H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906.

[11] G. Pacchioni, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 40 ss.

[12] Sempre in riferimento alla dottrina italiana va ricordata la netta presa di posizione di T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, p. 756 ss., secondo cui «L'interpretazione è e non è il dato interpretato; ne è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica, sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo» (p. 763); «Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione di cui è continuo creatore l'interprete» (p. 765).

preoccupazioni, però. Perché con la tesi classica dell'interpretazione come constatazione della volontà del legislatore va scomparendo anche l'oggettività del diritto, esposto ad interpretazioni disparate, e con essa la sua certezza[13], sulla quale si instaura un dibattito intenso. Preoccupazioni diffuse, cui però i positivisti reagiscono in modi diversi. Da un lato perentorie affermazioni del valore della certezza e oggettività della legge si riscontrano in pensatori positivisti come Bobbio, ma accanto al riconoscimento di una certa discrezionalità del giudice nell'interpretazione[14]. Dall'altro pensatori egualmente positivisti come Kelsen parlano senza mezzi termini di "illusione della certezza del diritto"[15] e di equivalenza di tutte le letture che il giudice può fare della norma.

Non è dunque sempre vera per l'indirizzo giuspositivista l'equazione positivismo=giudice soggetto alla legge, con interpretazione dichiarativa, e possibilità della nomofilachia. Beninteso, è viva tuttora presso molti l'idea classica[16], e non manca oggi chi ancora oppone ai pro e contro degli argomenti interpretativi l'oggettività di quello che ritiene l'unico punto possibile

[13] La letteratura in tema è abbondantissima. Limitandosi ai contributi più rilevanti, a partire dalla codificazione vigente, si possono ricordare F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968; F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 81 ss.; N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss.; M. Longo, *Certezza del diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, II, Torino, 1979, p. 124 ss.; M. Corsale, *Certezza del diritto*, I) *Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI. Roma, 1988; A. Pizzorusso, *Certezza del diritto*, II) *Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, VI. Roma, 1988; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. discip. priv.*, *Sez. Civ.*, II, Torino, 1988, p. 274 ss.; P. Comanducci, *Aarnio and the Problem of Legal Certainty*, in *Rechtstheorie*, 1995, p. 27 ss.; S. Bertea, *La certezza del diritto nel dibattito giuridico teorico contemporaneo*, in *Mat. per una storia della cultura giur.*, 2001, p. 131 ss; G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; R. Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, in *Ratio juris*, 2014, p. 441 ss.; N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 297 ss.; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss.; G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2018, p. 517 ss.; H.B. Avila, *Teoria della certezza del diritto*, Torino, 2023.

[14] Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., p. 146 ss.

[15] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1952, p. 99.

[16] F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, p. 115 s.: «La legge va dunque interpretata alla lettera, senza possibilità per l'interprete di attribuirle liberamente un senso; e questo criterio di interpretazione letterale riflette chiaramente il più volte ricordato principio della statualità del diritto, impone al giudice di attenersi strettamente al diritto posto con la legge dello Stato, impedendogli di erigersi egli stesso, in sede di libera interpretazione della legge, a creatore del diritto».

di riferimento: la dogmatica[17]. Ma posizioni come questa divengono sempre più recessive. Oggi i conservatori, o almeno quelli più illuminati, non difendono, come per lo più si dice dai detrattori (i rivoluzionari) gli *strumenti* tipici della posizione conservatrice (stretta soggezione del giudice al dettato legale, interpretazione dichiarativa, perpetua validità dei dogmi) quanto i suoi *valori*: unicità (il diritto applicabile al caso è solo uno), razionalità (il diritto è un sistema coerente), esclusività (la morale o è resa positiva o è estranea alla normativa) del diritto[18].

1.2. Proprio quei valori, oltre che i loro strumenti, sono da almeno quattro decenni attaccati da quelli che ho definito i rivoluzionari

La base dell'attacco è una serie di dati di fatto incontestabili: la moltiplicazione delle fonti, locali, statali, europee, internazionali[19]; il pluralismo dei valori positivizzati, che fa intersecare diritto ed economia, Stato e mercato, Stato liberale e Stato sociale, dettato legale e coscienza sociale; l'introduzione nell'ordinamento dei principi e delle clausole generali, che in quanto privi – si dice – di precisa fattispecie e di determinato effetto, richiedono una determinazione *ex post* del loro contenuto; la crisi delle regole fabbricate dalla legislazione, incapace sia di efficacia del linguaggio sia di coerenza del sistema; la necessaria supplenza della magistratura[20].

Così in effetti è. Ma l'argomento 'così è, così dev'essere' è squalificato: non si deriva *deve* da *è*. Che i valori di unicità, razionalità, oggettività, certezza del diritto su cui si fondavano i sistemi giuridici della modernità siano divenuti difficili da difendere nel quadro delle modificazioni strutturali intervenute non dimostra ancora che non valga più la pena di difenderli.

Quell'argomento però non è rimasto solo a giustificare il sovvertimento

[17] C. Castronovo, *Dogmatica del diritto*, Milano, 2024, p. 171.

[18] Un brillante esempio in M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

[19] Che la riarticolazione del coacervo delle fonti del diritto, oggi concorrenti in modo non ordinato a priori, sia tra le cause del mutamento di opinione sulla funzione della giurisprudenza è ormai opinione comune. Per una conferma Pino, *Sul problema della creazione giudiziale del diritto*, cit., p. 183.

[20] Posizioni esemplari in questo ordine di idee P. Grossi, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in Id., *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017; N. Lipari, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2018, p. 5 ss.; Id., *Costituzione e diritto civile*, ivi, 2018, p. 1255 ss.
Un'analisi critica invece in A. Cosentino, *Crisi della legge o crisi del giudice? Considerazioni a margine di un recente scritto di Tomaso Epidendio*, in *Giustizia insieme*, 2022.

del vecchio paradigma. La rivoluzione si è creata le sue giustificazioni teoriche[21]. E ha trovato legittimazione in concezioni del diritto alternative alla dogmatica tradizionale. Tale quella dell'approccio dell'ermeneutica giuridica gadameriana[22]: nella crisi della norma astratta e generale ciò che deve guidare il giudice è la specificità del caso concreto. Tale la proposta giuseconomica[23]: se il diritto stesso è strumento del benessere generale, il suo senso non può che essere quello che massimizza l'utilità. Tale l'istanza del neocostituzionalismo principialista: i principi positivi sono recezione di valori morali oggettivi che il giudice deve far trionfare nel caso controverso non sussumendo ma ponderando. Tali le posizioni (che Ferrajoli[24] denomina neo-pandettismo) alla Paolo Grossi o alla Nicolò Lipari: il giudice è "organo della coscienza sociale", il vero diritto ha una formazione spontanea, "dal basso" delle prassi consolidate, e la soluzione del caso dipende da valori condivisi[25].

Di qui varie conseguenze. Il venir meno dell'identificazione del diritto

---

[21] In difesa della creatività, tra molti, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, spec. p. 10 ss.; S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir.proc. civ.*, 2002, p. 1 ss.; e, con approccio moderato, A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

[22] G. Gadamer, *Verità e metodo*, Milano, 1994, spec. p. 312 ss.; come sviluppo nel campo del diritto dell'approccio ermeneutico inaugurato da Gadamer v. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983. Nella letteratura italiana G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1995; F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2008; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2009.

[23] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, 2014; S. Shavell, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2007; *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, a cura di D. Fabbri, G. Fiorentini, L.A. Franzoni, Roma, 1997; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I e II, Bologna, 1999.

[24] Una analoga rassegna degli indirizzi che oggi vogliono giustificare lo sganciamento del giudice dalla soggezione alla legge e la giurisprudenza creativa è in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, spec. § 2.

[25] N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2016: «La legge va intesa non in una sua astratta fissità, ma in chiave di effettività, cioè alla stregua di quei parametri valutativi (generalmente condivisi, almeno entro un ragionevole ambito di tempo, in sede giurisdizionale o applicativa) che consentano di individuarne un plausibile significato in un determinato contesto storico e sociale. È proprio questo il senso del riferimento al diritto vivente».

con la legge. La penetrazione nel diritto attraverso i principi dei valori. La funzione della coscienza sociale come criterio di decisione di ultima istanza. La superiorità dei valori, dei principi e della coscienza sociale sul dettato legale. E allora, in conseguenza, il venir meno della soggezione del giudice alla legge, la soggezione del giudice ai valori e alla coscienza sociale anche contro il dettato legale, la necessità che il giudice interpreti il diritto (e non la legge) in relazione alle specificità del caso e ai valori condivisi della coscienza sociale, perché è solo nel concreto e in attuazione di quelli che può esistere il giusto diritto.

2. *Un confronto dialettico tra le loro tesi sulla soggezione del giudice alla legge e sulla creatività della giurisprudenza*

Dovrei dire a questo punto dei riformisti. Ma poiché è tra essi che mi colloco ne renderò meglio il pensiero (in realtà c'è un ventaglio di tendenze intermedie tra conservazione e rivoluzione) avviando dopo questo *excursus* descrittivo un discorso prescrittivo svolto attraverso il confronto dialettico degli argomenti degli uni e degli altri.

2.1. Iniziamo allora dalla soggezione del giudice alla legge

Qui, confrontati gli argomenti degli uni e degli altri, la critica dei rivoluzionari vince: il giudice a ben vedere non è soggetto alla legge, e *non può* esserlo.

Ma non vince in base ai suoi argomenti, di tipo assiologico, sul peso dei valori, sul ruolo della coscienza sociale, sulla necessità di un diritto giusto. Questi argomenti incappano in altrettante confutazioni. In breve: i valori proprio perché plurimi e discordi (diritti inviolabili del singolo o solidarietà? mercato o Stato sociale? primato della vita o dell'autodeterminazione? tutela degli stili di vita delle maggioranze o delle minoranze? E via dicendo) non sono oggettivi (questo sarebbe cognitivismo etico). E sono normativi solo nella misura e nel modo in cui la legge li abbia tradotti in norme di principio. La coscienza sociale semplicemente non esiste in una società pluralista in cui se mai esistono tante coscienze sociali quanti sono gli orientamenti che si confrontano sui grandi temi del vivere civile. Il diritto giusto è questione etica, probabilmente insolubile in comunità in cui coesistono etiche disparate (laica e religiosa, liberale e sociale, tradizionale e *woke*), e allora non questione giuridica e quindi non da risolvere (per dire) con una sentenza a Sezioni Unite.

Se su questo punto la tesi dei rivoluzionari vince è in base ad un altro

argomento. Un argomento pragmatico che nasce dalla struttura stessa del sistema. Al di là di tutti i pro e contro politici e tecnici è dirimente una considerazione irrefutabile: checché prescriva l'art. 101 Cost. il giudice non può essere soggetto alla legge, o anche al diritto, per l'invincibile ragione che è lui che stabilisce qual è la legge (o il diritto). La legge è solo un testo che reca disposizioni[26]. Le norme che ne sono il significato non sono l'oggetto dato *a priori* dell'interpretazione ma il suo risultato, ricavabile solo attraverso gli argomenti scelti ed usati dall'interprete. È l'interprete che stabilisce cosa dice la legge[27]. E quindi il giudice interprete non è più legato dalla legge di quanto lo sia (il paragone non sembri irriverente) un cane ad un guinzaglio di cui ha il capo in bocca.

Più precisamente e servendosi dell'ingiustamente vituperato sillogismo giudiziario: è vero che il giudice una volta assunte le premesse fattuali e normative è totalmente legato alla logica conclusione. Non può dire 'posto che il furto è punito con la reclusione e posto che Tizio ha commesso un furto, ne segue che se ne va a casa libero'. Per dirlo dovrebbe introdurre un'altra premessa che attui la *deafeasibility* delle prime premesse (per esempio la prescrizione del reato, o un'esimente)[28]. Qui però è la logica, non la legge, che lo vincola. Ma tutto dipende dalle premesse. E le premesse – quale o quali disposizioni siano da ritenere applicabili alla specie; il senso della o delle disposizioni ritenute applicabili; l'acquisizione agli atti dei fatti; la decisione sulla loro rilevanza; la loro qualificazione in termini giuridici – è il giudice che le stabilisce. Poiché dunque è lui che fissa le premesse (l'accertamento del fatto, il senso della normativa regolatrice) non è legato da queste[29].

---

[26] La distinzione tra disposizione e norma – che nella letteratura italiana risale a V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964 – è ormai generalmente accettata: cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 15 ss.; G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, p. 263 ss.

[27] Per la ragione che anche negli *easy cases* occorre un ricorso all'argomentazione per derivare la regola del caso. A maggior ragione negli *hard cases* l'esito interpretativo è fortemente inciso dal percorso argomentativo. Sul punto sia consentito rinviare ad A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 3 ss.

[28] Sulla *deafeasibility* H.L.A. Hart, *L'ascrizione di responsabilità e di diritti*, in Id. *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 5 ss.

[29] L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit.: «Se chiamiamo *diritto vigente* l'insieme degli enunciati normativi e *diritto vivente* l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che l'intero diritto vivente è frutto della

L'esito può essere rovinoso come ottimo. Non più soggetto alla legge il giudice potrà assoggettarsi alla politica, come alla giustizia, oppure all'economia, o alla morale, o invece alla sociologia, o alla religione, o semplicemente al capriccio ed all'ideologia personale.

Si può assorbire l'inconfutabile fallimento della soggezione alla legge evitandone le conseguenze nefaste?

Per verificarlo bisogna passare a considerare i limiti dell'interpretazione.

2.2. Veniamo all'interpretazione: dichiarativa o creativa?

2.2.1. – I conservatori affermano che l'interpretazione creativa è un ossimoro. Ma questa tesi, giusta o sbagliata che sia, ha senso solo per la creazione giurisprudenziale della norma generale ed astratta (creazione in senso forte). La creazione della norma individuale e concreta, la regola del caso, è infatti intrinseca alla funzione interpretativa (creazione in senso debole). Non si può interpretare senza creare, o quantomeno costruire concettualmente con quella misura di innovazione che va dall'astratto al concreto[30]. E stante la distinzione della norma dalla disposizione, non si può interpretare senza scegliere una soluzione tra le varie che si propongono, sia a causa delle plurime interpretazioni che per la minore o maggiore sua vaghezza semantica sono per lo più evincibili dalla disposizione, sia a causa dei suoi rapporti logici con altre norme ricavabili da altre disposizioni che concorrono nella regolazione della fattispecie, sia, se del caso, a causa dell'ulteriore concorso di principi, che postulano una interpretazione conforme alla fonte che li statuisce. Questo seppellisce definitivamente la tesi dell'interpretazione meramente dichiarativa. Ogni interpretazione ha almeno un momento creativo nella costruzione della norma individuale concreta.

Ma il vero problema della creatività si pone circa la legittimità della creazione giudiziale anche di norme astratte e generali. Ciò può avvenire in vari modi: può darsi che il giudice interpreti andando oltre le possibilità semantiche del testo di una certa disposizione, oppure che interpreti escogitando oltre le interpretazioni correnti il senso da dare ad un principio positivo applicato al caso, oppure ancora che interpreti introducendo nella premessa normativa globale da cui poi deriverà la regola del caso un contenuto (di carattere morale, sociologico, economico, religioso) non riconducibile ad

giurisdizione».

[30] Da ultimo sul punto Pino, *Sul problema della creazione giudiziale del diritto*, cit., *passim*.

alcuna norma o principio positivi[31]. In tutti questi casi egli crea allora una norma (generale ed astratta) senza disposizione.

I giudici possono avere molti motivi per creare norme: inadeguatezza della disposizione regolatrice, interpretazione evolutiva, lacune tecniche, lacune assiologiche, e altri. Ma i motivi non sempre sono giustificazioni. Finché vige il positivismo e con esso la separazione dei poteri creare la norma generale ed astratta da cui trarre la regola del caso che al giudice sembra appropriata è legittimo solo a due condizioni: a) che si utilizzi solo quanto almeno logicamente implicito in materiale ricavato da disposizioni positive, siano norme o principi[32]; b) che da esso si estraggano contenuti semanticamente possibili attraverso tecniche interpretative corrette. Insomma, si può creare solo se la creazione *sequitur*: deriva da legge secondo canoni razionali.

Il vincolo al dettato legale non è stretto: il 'diritto' non comprende solo il dettato legale, ma anche ciò che vi è implicito. Il vincolo alla derivazione logica è stretto: si può 'creare' (*rectius*: costruire concettualmente) solo finché si resta in una derivazione razionale. Come ho detto: finché la costruzione *sequitur*.

Perciò se la creatività si intende in senso forte (attribuzione di senso a prescindere dalle possibilità semantiche del testo della disposizione) i conservatori hanno ragione: questa semplicemente non è interpretazione. Per creare un senso prescrittivo *ex nihilo* occorre essere forniti di formale potere legislativo. Se la creatività si intende in senso debole hanno ragione i rivoluzionari: interpretare, con i suoi spazi valutativi, è quello che gli stessi conservatori hanno sempre fatto, pur declamando di constatare.

2.2.2. – L'appoggio che alla tesi della creatività forte sembra provenire da un positivista come Kelsen è inconsistente: Kelsen sostiene che qualunque interpretazione della norma è legittima purché ricorrano i requisiti for-

[31] Un'ampia informazione sui comportamenti della giurisprudenza in M. Antonioli, A. Maniaci, *Dal principio di legalità allo stato giurisdizionale. Analisi critica dell'interpretazione giudiziaria*, Torino, 2020 (e per una rassegna di casi p. 147 ss.).

[32] Questo ammette, come scrive Ferrajoli, che stante un principio positivo di cui manca però la disposizione attuativa, il legislatore sia *obbligato* a crearla: L. Ferrajoli, Principia juris. *Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 694 ss. Ma non ammette supplenza legislativa del giudice.
Un esempio di rigetto di domanda volta alla tutela di un 'diritto' non garantito da una norma positiva (qui il diritto al tempo libero) e quindi di rifiuto del giudice a sostituirsi al legislatore in Cass., 27 aprile 2011, n. 9422, in *De Jure*.

mali (essenzialmente la competenza ad interpretare); il contenuto invece non conta e ogni interpretazione è equipollente. Ma non si avvede che anche solo per stabilire i requisiti formali (quell'organo è competente ad interpretare?) bisogna guardare al contenuto della norma (qui la norma sulla competenza): è il contenuto che stabilisce la competenza così come stabilisce la fattispecie e l'effetto. E allora perché il contenuto conterebbe per i requisiti formali e non per i requisiti contenutistici? Kelsen si contraddice[33].

I rivoluzionari però hanno ragione là dove il contenuto è incerto ma semanticamente possibile perché il testo è polisemico. Come scrive richiamando implicitamente Hart un nostro alto magistrato (la letteratura di indirizzo rivoluzionario è in gran parte di magistrati): «È quando ci si trova nella zona di penombra (...) ove a causa della vaghezza o ambiguità del testo normativo diverse sono le soluzioni astrattamente possibili, che la teoria dichiarativa dell'attività giurisdizionale entra in crisi. In tali casi la discrezionalità – che significa facoltà di optare tra due o più possibili linee di azione ciascuna legittima – si rivela necessaria per stabilire quale sia la regola di diritto»[34].

---

[33] Una critica vicina a questa in L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, che alla indebita identificazione della norma come atto e come senso che governerebbe la creazione della norma subordinata oppone giustamente che «solo le norme formali sulla produzione determinano il 'procedimento di creazione' della norma prodotta, mentre le norme sostanziali vincolano (e non già 'determinano') 'il contenuto della norma da crearsi' al loro rispetto o anche alla loro applicazione sostanziale» (p. 93 s.). il che scardina l'asserto kelseniano sulla irrilevanza del contenuto e mostra che la 'creazione' è tutt'altro che arbitraria.

[34] A. Lamorgese, *L'*interpretazione creativa *del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2016; v. anche R. Garofoli, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in Federalismi.it, 2019; A. Giusti, *Giurisdizione e interpretazione in cassazione*, in *Questione giustizia*, 2016; E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, ivi, 2018.
Per un approccio più tradizionale, nella letteratura proveniente dalla magistratura, E. Lupo, *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, in *Giustizia insieme*, 2023.
È notorio che l'origine di questa tesi sia in H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 146 ss., e nella sua idea di 'trama aperta' delle norme. Hart asserisce che se almeno i casi estremi sono chiari i casi intermedi (la zona di penombra) impongono al giudice interprete una scelta, per cui ha ampia discrezionalità. Per l'esercizio di questa discrezionalità Hart non fornisce però un criterio.
Ma se la discrezionalità è *ad libitum*: a) la condotta non è più regolata dalla legge *ex ante* ma *ex post*, con totale caduta del carattere normativo delle norme; b) il destinatario della norma

2.2.3. – Questa assunzione propria in generale delle tesi rivoluzionarie è impeccabile: dove c'è polisemia bisogna optare. Tranne per un punto, dirimente. Bisogna optare, certo. Ma non basta dire *che*, occorre dire anche *come* bisogna optare: in base a quale criterio?

Perché se non c'è un criterio e *anything goes* non è più diritto. Se diritto è dire se taluno può o deve fare cosa, non è diritto che sia equipollente che possa o non possa, debba o non debba, e tutto dipenda solo dall'opzione fatta. Rispetto ad un diritto così tanto vale tirare i dadi. Il diritto è necessariamente obbligatorio, ma per essere obbligatorio deve essere uno. Chiunque riconoscerebbe che prescrivere due comportamenti diversi per lo stesso caso li invalida entrambi, perché ciascuno incappa in una antinomia con l'altro, insolubile. E allora, alla stessa stregua, anche statuire ermeneuticamente che due diverse interpretazioni sarebbero possibili per lo stesso caso, e imporne una senza dire in base a quale argomento razionale si deve scegliere quella e non l'altra, invalida la decisione, perché senza la motivazione dirimente non si vede perché debba essere quella la decisione.

Il limite delle tesi rivoluzionarie è che disattendendo lo strumento (l'interpretazione dichiarativa) travolgono il valore irrinunciabile: il diritto uno. È vero che spesso ci sono più interpretazioni *semanticamente* possibili. Ma – questo il punto – non sono affatto tutte *giuridicamente* legittime. Finché non è dato un criterio giustificato di opzione, sono tutte illegittime, perché tutte stroncate dall'antinomia fra loro, insolubile.

E non varrebbe dire: ma è così perché c'è la pluralità delle fonti, la pluralità dei principi, la pluralità dei valori. C'è, è vero, ma non è una pluralità scoordinata, come nell'*ancien régime*. È – o meglio vuole essere – coordinata. Forse non è noto *ex ante* come, ma almeno *ex post* deve risultare che la regola evincibile dall'insieme è *sic et non aliter*. Non per niente si chiama ancora 'ordinamento' giuridico e non caos giuridico. Che sia un *ordo ordinans* e non *ordinatus* non cambia il punto.

---

non ha alcun criterio che gli dica cosa può o deve o non può o non deve fare, con totale fallimento del diritto come tecnica di regolazione sociale; c) poiché ogni soluzione vale un'altra, e la norma di riconoscimento legittima tutte, nessuna soluzione 'vale' perché superando tutte le prove stabilite dalla norma di riconoscimento ed essendo quindi tutte norme dell'ordinamento (che sono i criteri di validità secondo H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 121) ma incompatibili, si distruggono per antinomia insolubile l'una con l'altra; d) decisivo diventa perciò l'*argumentum ex auctoritate*: 'il giudice ha deciso così' (ma avrebbe potuto decidere diversamente). Con quale caduta di autorità, è facile capire.

2.2.4. – Consapevoli di questo, per ordinare, per trovare il criterio dell'opzione, le tesi rivoluzionarie introducono nella costruzione della regolamentazione del caso un fattore ulteriore, che legittima nel contesto della giustificazione quanto il giudice secondo il suo sentimento giuridico ha presentito nel contesto della scoperta.

Questo approccio, secondo il sentimento giuridico, che così diviene decisivo, rinnega qualsiasi forma di giustizia procedurale, cara a chi invece disconosce ogni oggettività dei valori. Ma tant'è. Dovendo comunque motivare, i giudici per la giustificazione propongono, secondo le loro preferenze e con crescente estraneità al diritto scritto:

– i principi positivizzati; ma in ogni questione risultano coinvolti più principi, in tendenziale opposizione; e allora ci vuole una logica per dire tra principi opposti (diritti individuali inviolabili o solidarietà? libertà economica o sostenibilità? libertà di stampa o rispetto della persona?) quale principio prevalga e in che limiti; evidente l'errore metodologico: i principi sono *fattori*, non *criteri* di soluzione; che un principio prevalga è l'*esito*, non il *fondamento* di un ragionamento;

– i valori condivisi; ma quali? Quelli del credente o del laico? Del conservatore o del progressista? Del liberale o del socialista? Non ci sono valori universalmente condivisi. E se la politica si decide a maggioranza, la giustizia no;

– la coscienza sociale; ma esiste? O in una società pluralista ne esistono tante quante sono le componenti della società? E poi: se valesse la coscienza sociale il diritto non sarebbe stato inventato. Se ci chiediamo come si risolva il caso *secondo diritto*, è secondo diritto che dobbiamo risolverlo, non secondo altro dal diritto.

Ne segue che le proposte dei rivoluzionari sul criterio per la 'risposta giusta' non funzionano. Le concezioni rivoluzionarie non sembrano capaci di assicurare il risultato. Ma a ben vedere neppure se ne preoccupano. Rivelano infatti tre tratti della loro concezione. Il primo è che non c'è un'unica risposta giusta. Il secondo è che la risposta è giusta secondo giustizia e non secondo diritto. Il terzo è che non è dunque il diritto ma altro a dare la risposta giusta (sia la giustizia, o la coscienza sociale, o i valori, o l'economia, o la sociologia, o altro ancora).

Ma resta vero che nemmeno la proposta dei conservatori per la risposta giusta funziona. Le concezioni conservatrici perseguivano il diritto unico, oggettivo, certo, obbligatorio, ma – bisogna riconoscerlo – assicuravano solo fittiziamente quel risultato. Si fondavano su una dogmatica che ad esaminarla bene non aveva tenuta neanche ai tempi del suo fulgore (per dire: il negozio giuridico è un atto di volontà? Bastava leggere il codice del 1865

e poi del 1942 per fare incetta di casi in cui c'è il negozio ma non c'è la volontà!) e oggi appare del tutto mistificatrice: basata su una acritica fede nei dogmi invece che sulla ragione.

2.2.5. – Conclusione del confronto dialettico: né giurisprudenza dichiarativa né giurisprudenza creativa. Se mai giurisprudenza costruttiva.

Ma per costruire ci vuole un progetto, che conformi la costruzione e non la faccia crollare. Cosa fornisce il progetto?

3. *Un intermezzo critico su una questione metodologica: esiste la soluzione giusta secondo diritto?*

Il confronto dialettico sugli argomenti dei conservatori e dei rivoluzionari a questo punto sembra far emergere una triste verità: falsa e surrettizia la risposta dei conservatori sull'unica risposta giusta (le norme non si constatano), gratuita e arbitraria quella dei rivoluzionari sulle molte risposte giuste (le interpretazioni non sono equipollenti), nel diritto non c'è nessuna risposta davvero giusta.

È singolare a questo punto notare che una delle più strutturate proposte di tipo rivoluzionario è completamente in controtendenza. Chi[35] punta sulla presenza ed il ruolo determinante dei principi, la loro supremazia sulle regole, e la rilevanza preminente dei diritti che ne discendono, se presi sul serio, afferma in modo reciso che – sia pure a prezzo di uno sforzo interpretativo erculeo – è proprio questo il contesto in cui si può finalmente pervenire all'unica decisione giusta.

Ciò rivela quale sia il nodo centrale. O c'è una risposta *giusta* e *secondo diritto* – come pensano i conservatori che però non sanno fondarla – o non c'è – come senza dirlo esplicitamente pensano (tranne Dworkin) i rivoluzionari, per i quali ci sono più risposte giuste secondo diritto e si opta secondo (l'opinione dell'interprete della) giustizia.

Qui si insinuano le proposte dei riformisti. Essi ritengono di constatare che nessuno neghi la necessità di una risposta che sia al contempo giusta e secondo diritto; ma che non se ne veda la via, essendo come detto ingannevole quella dei conservatori, e variabile quella dei rivoluzionari.

---

[35] Il riferimento è ovviamente a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; ID., *L'impero del diritto*, Milano, 1989; su questa posizione v. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno?*, Torino, 1998; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982.

Ma per i riformisti la via per una risposta giusta secondo diritto esiste e si scorge facilmente. Il diritto non è fatto solo dell'insieme di tutte le norme, principi e regole, che lo compongono, ma anche e principalmente della razionalità che li intride. È la razionalità che dà il progetto[36]. Rispetto al senso di ogni disposizione, o complesso di disposizioni (se del caso inclusive di principi) possiamo sì formulare plurime congetture di risposta sul caso (ma – si badi – sempre e solo entro il limite delle possibilità semantiche del testo), ma dobbiamo considerare le confutazioni che da quello stesso insieme nascono. E le confutazioni fanno cadere congetture interpretative *prima facie* plausibili, selezionando tra le possibili regole del caso quella che non incappa in obiezioni[37]. Insomma, dall'insieme di tutte le norme e principi scaturiscono sì spesso più risposte semanticamente possibili, ma non logicamente equivalenti[38], perché la razionalità del sistema approda invariabilmente all'esito che una è maggiormente giustificata[39]: su-

[36] Sulla razionalità della decisione giudiziaria M. Taruffo, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di M. Bessone, Torino, 1997, p. 139 ss.

[37] Un punto molto importante agli effetti del ragionamento pratico è evitare di considerare come valide obiezioni contro una interpretazione in sé impeccabile del discorso normativo argomenti di fatto (come quando, per dire, si argomenta che per il patto fiduciario immobiliare non si richiede lo scritto perché la fiducia intercorre tra persone che per il loro rapporto sono restie a far carte: cfr. Cass., S.U., 6 marzo 2020, n. 6459).
Come scrive Ferrajoli, Principia juris. *Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, cit., p. 11 «Le tesi giuridiche della dogmatica non sono confutabili fattualmente, essendo indipendenti da ciò che di fatto accade».
Un altro aspetto molto importante è lo stile della motivazione (su cui P. Chiassoni, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in Id., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*, Roma, 2011, p. 177 ss.): solo sentenze in cui sia riconoscibile il percorso logico-argomentativo soddisfano il criterio di razionalità della decisione.

[38] *Contra*, notoriamente, H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1952, p. 121.
La tesi kelseniana ha per fondamento l'inapplicabilità della logica alle norme, assunto ovviamente qui non condiviso, per ragioni che non possono essere analizzate in questa sede. Sul punto B. Pastore, *Su Ferrajoli e il "creazionismo giudiziario" di Kelsen*, in L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. De Lucia e L. Passerini Glazel, Torino, 2020, p. 231 ss.

[39] Importanti esempi di teorie della risposta più giustificata sono le dottrine di N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, secondo il quale (in estrema sintesi) è giusta la risposta che ha dalla sua quanto agli aspetti normativi il massimo di

pera obiezioni in cui le altre incappano[40].

Se è così, non c'è l'unica risposta giusta ma c'è sempre una risposta *più* giusta. Ma non secondo giustizia: la logica che seleziona la risposta migliore è interna al diritto. È secondo diritto perché è secondo la sua logica. La risposta più giusta è tale secondo giustezza non secondo giustizia. E può darsi che la giustizia non sia d'accordo (difficile, però, in ordinamenti intrisi di principi e di valori), ma allora non si sforza l'interpretazione: si cambia il diritto.

Ciò risponde meglio alla domanda del precedente paragrafo: l'interpretazione per i riformisti non deve essere né dichiarativa né creativa ma, semplicemente, selettiva: attribuire il senso tutto considerato più giustificato, fino a che non restino obiezioni. È proprio qui l'obbligatorietà del diritto: chi vi è assoggettato e ne chiede l'intervento ne è vincolato, anche quando la decisione non gli giovi, purché presa razionalmente, perché contro la sua risposta non ha obiezioni valide in quel sistema di diritto che possa sollevare.

Per definizione, contro la risposta più giusta non ci sono obiezioni.

---

coerenza normativa e quanto agli aspetti fattuali il massimo di coerenza narrativa (non condivido invece l'idea che in caso di equipollenza sia preferibile la soluzione orientata alle conseguenze, per l'evidente ragione che ciò postula un criterio per stabilire quali conseguenze siano da preferire, criterio arbitrario e che comunque i nostri ordinamenti non forniscono); ovvero di R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, secondo cui (anche qui in estrema sintesi) la risposta migliore è quella che raggiunge il più alto grado di giustificazione esterna (cioè delle premesse) a patto che concorra una valida giustificazione interna (cioè della derivazione della conclusione dalle premesse).

[40] Fornisco un esempio: si è dibattuto in giurisprudenza e in dottrina se nei patti da cui nascono obbligazioni solidali ma le parti abbiano inserito clausole che vietano in caso di transazione tra alcuni contraenti agli altri di profittarne se non con il consenso dei transigenti, sia interpretazione giusta quella secondo l'autonomia privata – che vuole la preclusione imposta dalla clausola – o quella secondo la solidarietà – che vuole la nullità della clausola. Ha trionfato la tesi che gli altri contraenti possano comunque aderire, a dispetto della clausola, sulla base dell'argomento (non della solidarietà, ma) che la facoltà di profittare della transazione deve essere intesa come un diritto potestativo cui gli altri soggiacciono, altrimenti l'art. 1304 c.c. che prevede appunto la possibilità degli altri contraenti solidali di profittare della transazione, non avrebbe portata dispositiva, essendo ovvio che con il consenso di tutti l'adesione è sempre possibile (cfr. Cass., S.U., 30 dicembre 2011, n. 30174).

4. *A che serve la nomofilachia*

Questo spiega la nomofilachia[41].

In un ordinamento dove il precedente non è formalmente vincolante l'efficacia della funzione nomofilattica non sta nel dogma (come in tesi pretendevano le posizioni che qui ho chiamato conservatrici) non sta nell'autorità (come nei fatti risulta per chi segue le tesi che qui ho chiamato rivoluzionarie) ma nell'autorevolezza della soluzione che compone il contrasto. Autorevolezza che deriva dal fatto che la soluzione adottata non è scalfita logicamente dalle argomentazioni che contro di essa si vorrebbero sollevare (o – come dice il nostro codice del rito – dal fatto che 'l'esame dei motivi non offre elementi per mutare l'orientamento giurisprudenziale').

Insomma: il compito della nomofilachia a ben vedere è proprio, in conformità all'idea che subito sopra è stata qui avanzata, di confrontare dialetticamente le congetture interpretative fatte proprie dalle corti, e di pervenire, attraverso gli argomenti che confutano le altre, alla soluzione meglio giustificata. Che si imporrà per la sua forza logica, se non è né un'apodissi basata su un dogma fallace né una mera scelta discrezionale che avrebbe potuto anche essere diversa, ma è l'esito di un procedimento razionale in cui, tutto considerato, alla luce del materiale normativo pertinente, solo la soluzione adottata non patisce smentite.

Nuovi giudici sebbene non costretti si conformeranno se non possono trovare dentro il diritto e la sua razionalità obiezioni contro un indirizzo che le ha composte in una soluzione che ha piena tenuta. Né potranno trovarle fuori del diritto se non a patto di riconoscere che non stanno facendo giurisdizione ma legislazione.

5. *Conclusioni*

Immagino l'obiezione: per chiedere ad un giudice di fare questo occorre che egli sia il dworkiniano ercole dell'interpretazione!

Non è affatto così. Per decidere un caso è sufficiente considerare le

[41] In tema G. Miccolis, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di "particolare importanza"*, in *Questione giustizia*, 2024; C. Consolo, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1567 ss.; B. Capponi, *La Corte di cassazione e la "nomofilachia" (a proposito dell'art. 363 cpc)*, in *Judicium*, 2020, p. 1 ss.; E. Scoditti, *La nomofilachia naturale della corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla "deriva della Cassazione"*, in *Foro it.*, 2019, V, p. 415 ss.; G. Scarselli, *La nomofilachia e i suoi pericoli*, in *Giustizia insieme*, 2023.

sole regole e principi pertinenti, non l'intero ordinamento: *business as usual*.

Immagino l'ulteriore obiezione: ma in questo modo potrebbe trionfare il diritto ma non la giustizia!

È proprio quello che auspico. Il diritto ingiusto si cambia, non si sforza. E poi siamo sinceri: è davvero capace quel giudice che in un ordinamento come il nostro, zeppo di principi di giustizia della Costituzione, delle Carte dei diritti, dei Trattati europei, non riesce a trovare una soluzione logicamente più giustificata che non sia anche assiologicamente giusta?

Concludo quindi dicendo la mia: il diritto è un discorso prescrittivo, per il diritto non ha senso la Verità, ma sebbene non abbiano verità le proposizioni normative, siano premesse o conclusioni del discorso giuridico, hanno – o non hanno – una tenuta razionale. Che può essere maggiore o minore, e dipende dagli argomenti che le giustificano.

A giustificarle giuridicamente, cioè nell'ambito dell'ordinamento in cui quelle proposizioni vogliono valere, sono atti solo gli argomenti che appartengono a quello stesso ordinamento, dato dall'intero di tutte le disposizioni che ne fanno parte, e da tutti gli ulteriori argomenti che se ne possono logicamente derivare.

Ma a condizione che la loro derivazione *sequitur*.

Alberto Giusti

Etica della giurisdizione e interpretazione della legge

1. L'attività interpretativa costituisce il *proprium*, accanto alla ricostruzione del fatto, dell'esercizio della giurisdizione. La legge, infatti, non si applica da sé. La norma non sgorga automaticamente, e con un significato predato, dal testo della disposizione, ma ha bisogno della mediazione concretizzatrice del giudice.

Per concorde constatazione, l'attività interpretativa da parte del giudice si è fatta, oggi, più complessa che in passato.

La maggiore complessità dell'interpretazione non dipende né da una forma di protagonismo dei giudici, né da una modificazione, nella prassi, dell'assetto dei poteri dello Stato, con uno spostamento a vantaggio della giurisdizione.

Tale complessità è dovuta, oggettivamente, alla natura poliedrica del sistema delle fonti. Il diritto è divenuto plurale e non si identifica più nella sola legge dello Stato.

Plurime sono le fonti del diritto, con, al centro, ora, la Costituzione, carica di programmi e di attese, di riconoscimenti e di garanzie di diritti fondamentali. La Costituzione, infatti, con i suoi principi cardine, non delinea soltanto fini da raggiungere attraverso il processo politico, ma si rivolge alla Repubblica nel suo complesso ed esige che anche il circuito della giurisdizione concorra a garantire effettività e penetrazione, nel contesto di vita, dei diritti fondamentali. Il giudice deve cercare la soluzione interpretativa che, tra tutte quelle plausibili, risulti conforme alla Costituzione e adeguata alle esigenze del caso.

Va poi considerata l'interazione dell'ordinamento interno con il diritto dell'Unione europea e della Cedu. L'interpretazione è destinata ad esplicarsi in un sistema multilivello di fonti e di diritti fondamentali. Nella comunità delle Corti – è la giurisprudenza costituzionale a ricordarcelo (sentenza n. 210 del 2024) – il dialogo che si svolge tra le stesse, improntato al principio della leale collaborazione, concorre a promuovere la piena attuazione del principio del primato del diritto europeo e assicura il buon funzionamento delle interdipendenze tra i diversi sistemi giuridici, nazionali ed eurounitario.

Infine, un fattore di complessità è rappresentato dall'evoluzione della società, che alimenta nuove pretese e nuovi bisogni.

Si pensi al diritto all'identità personale, al diritto della coppia ad avere figli anche mediante fecondazione eterologa, al diritto di trasmettere al figlio anche il cognome materno.

L'intervento legislativo risulta spesso in ritardo rispetto alle richieste di normazione provenienti dalla società. Talvolta il legislatore, nell'esercizio della sua funzione, può decidere di modificare le vecchie disposizioni normative per renderle più rispondenti alle nuove esigenze. Non sempre, tuttavia, questo avviene.

Primo interlocutore delle nuove pretese e dei nuovi bisogni diventa, allora, il giudice.

2. Si è fatta più articolata anche la posizione della Corte di cassazione, alla quale resta affidato il compito fondamentale di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale.

La Corte di cassazione non è più quel vertice supremo, in un certo senso orgoglioso ma isolato, immaginato dall'Ordinamento giudiziario del 1941, quando il diritto si identificava per lo più con i codici.

La Corte di cassazione è, oggi, una delle Corti, una Corte tra le Corti.

3. Gli interrogativi recentemente affrontati dalla Corte di cassazione rivelano che per l'elaborazione del principio di diritto si rende spesso indispensabile un'opera ricostruttiva su diversi piani. Il giudice di legittimità, sollecitato dal caso accertato nei gradi di merito, cerca la bussola della sua navigazione nella normatività della Costituzione e si avvale dell'innesto, nel sistema, delle disposizioni europee e della Cedu.

Ci si imbatte, così, nel caso del bambino abbandonato dalla sua famiglia, nel cui prevalente interesse si profila la necessità di preservare (e mantenere dunque aperte) alcune relazioni di tipo socio-affettivo con componenti della famiglia biologica con i quali il minore stesso ha avuto positive relazioni personali.

Ci si interroga sul se la causa di non punibilità di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen. sia applicabile analogicamente anche a chi abbia commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Si pone la questione se, in tema di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore derivante da una condizione di *handicap*, ai fini della legittimità del recesso sussista l'obbligo a carico del datore di lavoro di svolgere una previa verifica della possibilità di adattamenti organizzativi

ragionevoli nei luoghi di lavoro.

Bussa alle porte del giudice di legittimità il figlio di due madri che reclama la presenza della doppia figura genitoriale, essendo privo, per un accidente cui non ha concorso, della figura paterna.

La Corte di cassazione affronta la situazione giuridica soggettiva del richiedente protezione internazionale che proviene da un Paese di origine sicuro il quale, sulla scorta della disciplina europea, mette in dubbio la qualificazione data al Paese di provenienza, con effetti sulla procedura da riservare alla sua domanda di asilo.

Alla Corte viene chiesto di dirimere il conflitto in ambito scolastico tra il diritto degli studenti di vedere affisso nelle loro aule il simbolo del crocifisso nel quale credono e la libertà del docente di esprimere resistenza rispetto alla affissione.

Si pone la questione se sia consentita l'attribuzione della pensione di reversibilità in favore del *partner* superstite, in caso di decesso, verificatosi prima dell'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016, dell'altro componente della coppia omosessuale, in fattispecie di avvenuta formalizzazione del vincolo all'estero.

4. Mi sembrerebbe di poter escludere che questa maggiore complessità sia rivelatrice di un conflitto tra procedure democratiche di determinazione della scelta legislativa e attività giurisdizionale di definizione della controversia giuridica. Non si appalesa, in altri termini, un'esigenza di ricostituire, o restaurare, un ordine che sarebbe stato perduto o smarrito.

Il richiamo all'etica costituzionale della giurisdizione allontana, a mio sommesso avviso, i motivi di preoccupazione talora affiorati, rendendo non realistico l'auspicio di un ritorno a un modello di giudice come bocca della legge.

L'etica della giurisdizione è fatta di consapevolezza del ruolo del giudice, ma anche di senso del limite, di rispetto dell'equilibrio tra poteri, con i suoi pesi e contrappesi, e di apertura al dialogo.

5. Il giudice del merito, al pari della Corte di cassazione, è ben lontano dal sentirsi un interprete totalmente libero e svincolato dal perimetro dell'enunciato formale.

Egli è, piuttosto, l'ermeneuta di un orizzonte di senso. L'interpretazione, infatti, anche nei casi complessi, è perfezionamento dell'opera di produzione normativa. Il giudice opera a partire da un dato normativo preesistente e la sua attività, nonostante lo spazio di 'creatività' reso indispensabile dalla concretizzazione delle regole astratte, è comunque pre-indirizzata dal

testo normativo entro determinati binari. Si tratta, dunque, di una 'creatività' (o, meglio, di una discrezionalità conformativa) destinata, nei casi complessi, a esplicarsi, con intenti ricostruttivi e adattativi, non in via alternativa rispetto a quanto prefigurato dal legislatore, essendo strutturalmente vincolata dal compito istituzionalmente riservato all'interprete di applicare e realizzare, nel singolo caso concreto, un dettato normativo formulato da altri.

L'attribuzione, alle parole del legislatore, di un significato estraneo alla normatività linguistica significherebbe alterare il sistema e deludere l'aspettativa dei destinatari. Il testo non può ridursi a mero pretesto per approdare a un esito ermeneutico totalmente svincolato dalla semantica linguistica dello *ius positum*.

6. D'altra parte, la stessa legge, a sua volta, non è sola.

Essa rappresenta il momento iniziale del processo di produzione del diritto che vede la partecipazione di altri soggetti.

Alla legittimazione dell'atto legislativo fondata sulla posizione politica dell'organo parlamentare si affianca, poi, il criterio della necessaria compatibilità dello stesso con i principi costituzionali.

Il testo, per quanto interpretabile, rappresenta comunque il limite estremo di ammissibilità delle varianti di significato possibili all'interno della pratica del diritto: varianti, beninteso, che non sono illimitate, poiché non tutto si può far dire ad un testo, ma solo quello che le sue proposizioni linguistiche, con le relative connessioni sintattiche, sono in grado di reggere.

Ciò vale anche per l'interpretazione costituzionalmente orientata, che, per quanto 'doverosa' e prioritaria per il giudice, appartiene pur sempre alle tecniche esegetiche, trovando, pertanto, il proprio limite nell'univoco tenore letterale della disposizione, oltre il quale l'interpretazione assumerebbe un'inammissibile dimensione 'creativa'.

È un limite, quello della insuperabilità dei confini dell'enunciato normativo, che è connaturato alla stessa interpretazione conforme alla Costituzione. Il giudice comune deve sempre confrontarsi con il testo: se lo abbandonasse, finirebbe con il sostituirsi alla legge, alla quale, invece, deve rimanere soggetto. Il dovere di sperimentare la praticabilità di un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta l'ermeneusi orientata ai principi e ai valori della Carta fondamentale si riveli del tutto eccentrica, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si inserisce. Il diritto vivente *contra legem*, per tale intendendosi l'approdo ermeneutico (apparentemente) conforme a Costituzione, ma ottenuto al caro prezzo del superamento del-

l'univoco tenore letterale della disposizione, solleva in pari tempo la Corte costituzionale dall'osservanza dell'auto-vincolo dell'assumere come oggetto del giudizio di legittimità costituzionale la disposizione nel senso ricostruito dalla giurisprudenza consolidata.

Nella sentenza n. 77 del 2007, la Corte costituzionale ha preso le distanze da una pronuncia pubblicata poco prima dalle Sezioni unite (la n. 4109 del 22 febbraio 2007, in tema di *translatio iudicii* nel processo civile a seguito di pronuncia declinatoria della giurisdizione), la quale era pervenuta in via interpretativa allo stesso risultato che, secondo la Corte costituzionale, sarebbe stato conseguibile solo con una dichiarazione di illegittimità costituzionale, contestualmente resa dal giudice delle leggi.

In quell'occasione, la Corte costituzionale confutò espressamente la conclusione, alla quale erano pervenute le Sezioni unite, secondo cui, essendo la questione oggetto dell'incidente di costituzionalità risolvibile *de iure condito*, non sarebbe stato necessario sollecitare sul punto l'intervento del giudice delle leggi. Diversamente da quanto affermato dalle Sezioni unite «a premessa indispensabile» del loro argomentare, la Corte escluse che mancasse nell'ordinamento «un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale». «È sufficiente rilevare in proposito» – scrisse la Corte costituzionale – che «l'espressa previsione della *translatio* con esplicito ed esclusivo riferimento alla competenza […] non a caso resa possibile da una articolata disciplina (artt. 42-50) totalmente assente per la giurisdizione – non altro può significare se non divieto di applicare alla giurisdizione quanto previsto, esplicitamente ed esclusivamente, per la competenza; il che avrebbe reso superfluo, nell'asciutta essenzialità delle norme codicistiche, l'espresso divieto di applicare alla giurisdizione le molte norme esplicitamente dedicate (sia nelle rubriche che nel testo) alla sola competenza». E aggiunse che «l'esistenza nel codice di procedura civile di una norma che disciplina in generale l'istituto della riassunzione della causa (art. 125 disp. att.) non risolve affatto il problema sollevato dal giudice *a quo*», perché la possibilità «di riassumere il processo non implica di per sé che la domanda proposta in riassunzione conservi gli effetti prodotti da quella originaria».

Anche recentemente la Corte costituzionale non si è ritratta di fronte a un incidente di costituzionalità promosso per censurare un'interpretazione del giudice di legittimità conforme a Costituzione ma inconciliabile, se non incompatibile, con il tenore letterale della disposizione impugnata.

Mi riferisco alla sentenza n. 5 del 2024, sulla illegittimità costituzionale dell'art. 291, primo comma, cod. civ. nella parte in cui, per l'adozione di maggiorenni, non consente al giudice di ridurre l'intervallo minimo di età

di diciotto anni fra adottante e adottando nei casi di esiguo scostamento e sempre che sussistano motivi meritevoli.

La questione era stata sollevata da un giudice di merito che aveva escluso la praticabilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, contrariamente a quanto ritenuto dalla prima sezione civile della Corte di cassazione con la sentenza n. 7667 del 2020.

La Corte costituzionale dà atto che il giudice *a quo* ha correttamente escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, così sottoponendo allo scrutinio di legittimità costituzionale il proprio dubbio. Poiché l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente sostenga che il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione, la Corte ha ritenuto che proprio la formula perentoria del primo comma dell'art. 291 cod. civ., nella parte in cui legittima l'adozione dei maggiorenni ai richiedenti che superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che essi intendono adottare, integra, all'evidenza, detto limite all'onere di interpretazione conforme.

Il rapporto tra il giudice e la legge mette in campo, dunque, anche un problema di attribuzioni e di corretta delimitazione tra il circuito democratico della rappresentanza e la giurisdizione. *Ogni cosa al suo posto*, verrebbe da dire, richiamando il titolo della celebre opera di Massimo Luciani sull'ordine costituzionale dei poteri.

Soltanto la Corte costituzionale – non la Corte di cassazione, né il giudice comune in genere – ha la legittimazione istituzionale per sovrapporsi alla volontà della maggioranza espressa dalla legge e cristallizzata nel suo testo.

La discrezionalità del giudice, inoltre, opera con un raggio assai più ridotto di quello, autenticamente creativo, del legislatore. Essa è espressione di *ratio*, non di *voluntas*. Come tale, deve rispondere all'esigenza di oggettivarsi in un percorso motivazionale basato sulla coerenza argomentativa, sul dialogo con i precedenti, sulla ricerca della migliore plausibilità nel confronto con i paradigmi interpretativi e applicativi preminenti, anche alla luce dell'elaborazione della dottrina.

Viceversa, il legislatore agisce con più ampia libertà di apprezzamento. Rispettate le procedure parlamentari e costituzionali e la traccia valoriale segnata dalla Carta, il Parlamento, essendo espressione della sovranità popolare, è il solo abilitato a mediare, selezionare e ponderare interessi contrapposti, trasformando in legge le posizioni sul bene comune, così come individuate in un dato momento storico e in rapporto a una data maggioranza, nel rispetto, naturalmente, del nucleo essenziale dei diritti fonda-

mentali che vengono in rilievo, e senza esprimere volontà unilaterali e arbitrarie del tutto separate dalle dinamiche di opinione e dalla diversificazione dei bisogni che percorrono la società civile.

7. L'etica costituzionale della giurisdizione si compendia nella soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). Fondamento dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice, il vincolo che impone la compatibilità con essa dello stesso 'diritto vivente' esprime l'idea della primazia del Parlamento nella configurazione del diritto; una primazia, a sua volta, non priva di controlimiti.

Da un lato, infatti, la legge obbliga il giudice solo in quanto essa sia conforme alla Costituzione.

Una interpretazione incompatibile con il testo della legge non è consentita perché sostituirebbe inammissibilmente la volontà del giudice a quella del legislatore democraticamente legittimato.

Nondimeno, là dove il testo si oppone a qualunque opportunità di fornire un'interpretazione conforme, al giudice comune è data la via della prospettazione della questione di legittimità costituzionale.

Di più, la Corte costituzionale, investita dal giudice *a quo*, ha il potere di rimediare alle omissioni del legislatore, tutte le volte che la Costituzione lasci individuare la soluzione del caso.

La soggezione delineata nell'art. 101, secondo comma, Cost. viene meno, inoltre, nel caso di contrasto della legge con il diritto dell'Unione europea dotato di efficacia diretta, che non solo legittima, ma obbliga il giudice a non applicare la legge nazionale.

8. La soggezione del giudice alla legge implica anche che, in forza del divieto di *non liquet*, il giudice non può essere tenuto all'impossibile, perché la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore.

9. Soprattutto nei casi eticamente controversi, dove si pone l'esigenza di bilanciare opposti interessi nel rispetto assoluto di valori costituzionali come la dignità umana, soggezione del giudice alla legge implica che spetta al circuito della rappresentanza democratica assicurare la razionalità politica e giuridica di cui ogni collettività ha bisogno.

Il sistema dei diritti fondamentali non può pienamente e integralmente inverarsi prescindendo, del tutto, dalle scelte del Parlamento, per sola virtù della interpretazione evolutiva della giurisprudenza.

La regolamentazione legislativa appare strumento indispensabile per

dare una forza più compiuta alla tutela dei diritti fondamentali.

Molti diritti, infatti, possono interferire, sovrapporsi e confliggere, e si rende necessario graduarli e bilanciarli.

Il bilanciamento in concreto di matrice giurisprudenziale, essendo esercizio di *ratio* e non di *voluntas*, non può che innestarsi sulle scelte di fondo compiute dal legislatore.

A loro volta, i diritti sociali, come la salute, l'istruzione e l'assistenza sociale, richiedono interventi pubblici volti a finanziare i relativi servizi e il compito di rimuovere gli ostacoli di carattere economico e sociale e le intollerabili diseguaglianze spetta agli organi titolari del potere di indirizzo politico.

10. La Corte di cassazione è ben consapevole dell'esistenza di questo limite.

Lo dimostra la sentenza delle sezioni unite 38162 del 2022, in una vicenda nella quale la Corte era stata chiamata a decidere sulla configurabilità di una genitorialità d'intenzione nei confronti del bambino nato da maternità surrogata praticata all'estero nell'ambito di una coppia omosessuale: vicenda a proposito della quale la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33 del 2021, ha riscontrato una situazione di insufficiente tutela del preminente interesse del minore e ha invitato il legislatore a disciplinare l'adozione del bambino nato da maternità surrogata in modo più aderente alle peculiarità della situazione. Le sezioni unite hanno ritenuto che in presenza di questioni controverse ed eticamente sensibili, che finiscono con l'investire il significato della genitorialità, al giudice è richiesto un atteggiamento di attenzione particolare nei confronti della complessità dell'esperienza e della connessione tra questa e il sistema. Ciò vale soprattutto allorché si profila un ambito di discrezionalità del legislatore che la Corte costituzionale ha inteso preservare, indicando un percorso di collaborazione istituzionale nel quadro di un bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori. Una pluralità di ragioni – hanno affermato le sezioni unite – giustifica tale approccio metodologico: il rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore; la presa d'atto che talora la ricerca dell'effettività richiede un camminare in direzione di una meta non ancora completamente a portata di mano, perché la gradualità concorre a far assorbire il cambiamento e le novità nel sistema, con

la giurisprudenza che accompagna ed asseconda l'evoluzione che si realizza nel costume e nella coscienza sociale; la coerenza degli orientamenti giurisprudenziali, giacché le nuove frontiere dell'interpretazione che aspirino a offrire stabilità e certezza non conseguono a bruschi cambiamenti di rotta, ma sono il frutto di un progredire nel dialogo con i precedenti, con le altre Corti e con la cultura giuridica. Non c'è spazio, in altri termini, né per una penetrazione diretta – attraverso la ricerca di un bilanciamento diverso da quello già operato dal Giudice delle leggi – di quell'ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo, né per una messa in discussione del punto di equilibrio da essa indicato.

11. Etica costituzionale della giurisdizione significa, inoltre, tenere in considerazione che i limiti e l'ambito di discrezionalità del giudice-interprete possono essere maggiori o minori nei diversi settori dell'ordinamento.

In campo penale, la giurisprudenza può intervenire entro i limiti del tipo legale. L'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata non può diventare lo strumento per letture *praeter legem* in senso sfavorevole al reo.

12. Etica della giurisdizione significa anche consapevolezza del ruolo, ossia responsabilità di ciascun giudice nel momento in cui interpreta e applica la legge al caso concreto.

Proprio perché l'interpretazione non è un mero atto ricognitivo, il giudice deve rifuggire dall'autoreferenzialità: deve non sentirsi solo. Deve concepire la propria attività come parte di un'opera collettiva di tessitura del diritto da parte della giurisprudenza. L'interpretazione della legge affidata alla giurisprudenza è un concorrere a un'opera collettiva.

La coerenza giurisprudenziale nell'interpretazione delle norme costituisce obiettivo di ogni giudice perché rafforza la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario: rientra nel dovere di garantire attuazione al principio di uguaglianza, dettato dall'art. 3 della Costituzione, assicurando la parità di trattamento tra casi simili.

Vi è anche una funzione economica della prevedibilità delle decisioni dei giudici: questa consente – ai cittadini, ma anche alle imprese – di fare una valutazione sui rischi connessi a una iniziativa economica. La coerenza e la prevedibilità determinano progresso economico e prosperità, non per un gruppo selezionato, ma per tutti.

13. La missione della nomofilachia viene da lontano e si proietta nel futuro.

Nell'assicurare certezza, calcolabilità e prevedibilità, la nomofilachia si

apre in ascolto al nuovo. Si esprime non con l'immobilismo, ma con il diritto vivente. Mette in conto un passato che continua a costituire un orientamento per l'oggi, ma considera anche come possibile l'obsolescenza di un dato approdo giurisprudenziale.

La Corte di cassazione, in questi anni, ha saputo dimostrare una forte consapevolezza del suo ruolo istituzionale, con uno sforzo, anche organizzativo, dell'intera istituzione. L'etica della giurisdizione incrocia l'etica dell'organizzazione per governare le fragilità.

La città del diritto non è la città di Cartesio, costruita da un solo architetto, ma semmai quella di Leibniz, il quale aveva ben chiare le molte intersezioni prospettiche di quella città. Solo accettando il concorso di tutti alla difficile costruzione, chi vive l'esperienza giuridica nella delicatezza della decisione dei casi più complessi può contribuire a realizzare il valore fondamentale della giustizia.

Il nostro Stato costituzionale di diritto è caratterizzato dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra diversi poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi. Questo modello costituisce ancora saldo ancoraggio del vivere insieme come consorzio civile con comunanza di valori e principi fondamentali, i quali danno corpo al patto fondativo della società, nel pluralismo e nella democrazia.

La Corte di cassazione, al pari di ogni giudice, è pronta a continuare a fare la sua parte, operando all'interno di un quadro costituito dai valori costituzionali. Essi non sono affidati soltanto al ritmo sussuntivo della fattispecie. Vivono un rapporto con la storia che è insieme necessario e insufficiente perché la storia non li esaurisce.

C'è un vissuto alle nostre spalle che ci ha reso preparati a disporci in ascolto delle sfide della complessità.

È possibile rimettere «ogni cosa al suo posto»?

Giorgio Pino

Il 'posto' della giurisdizione: una introduzione

È noto che, nella teoria 'classica' della separazione dei poteri, di derivazione montesquieviana, la giurisdizione occupa un posto particolare, problematico, al punto da costituirne un vero e proprio *punctum dolens*.

Per un verso, infatti, in quella teoria la giurisdizione occupa una posizione in qualche modo asimmetrica rispetto agli altri poteri: la sua funzione è applicare le leggi ai casi concreti, e pertanto si trova ad occupare una posizione subordinata quantomeno rispetto alla legislazione – che è la sede in cui le leggi vengono prodotte. E peraltro, mentre la teoria classica della separazione dei poteri non preclude reciproche sovrapposizioni e interferenze tra le modalità di esercizio del potere legislativo e di quello esecutivo (il Parlamento esprime la fiducia al Governo, il Governo ha una limitata potestà legislativa), quella stessa teoria insula nettamente l'esercizio della giurisdizione rispetto agli altri poteri: il legislatore non può decidere casi concreti, e il giudice non può esercitare funzioni legislative.

Per altro verso però – e qui viene alla luce il *punctum dolens* – è noto che la giurisdizione non è e non può essere 'mera', neutra, meccanica applicazione della legge[1], come era stato notoriamente (e ingenuamente) auspicato dallo stesso stesso Montesquieu. Ciò che viene applicato in giudizio, infatti, non è 'la legge' in quanto tale, ma piuttosto il significato che il giudice estrae dal testo della legge, a seguito di attività interpretativa. E questa attività interpretativa può spesso essere alquanto complessa, se non spericolata, in tutti quei casi in cui la formulazione della legge da applicare al caso non sia chiara, o sia lacunosa, o (pur se chiara nella sua formulazione) sembri generare esiti assurdi, o debba essere raccordata e incastrata con altre disposizioni di legge in un tessuto normativo di cui non sempre si scorge un ordito coerente. In questi casi, la partecipazione della giurisdizione alla for-

[1] Per una perspicua ricostruzione di questo problema, v. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 1-21. Per Montesquieu, «i giudizi devono [...] limitarsi a riprodurre il testo della legge», e «i giudici della nazione sono solo […] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore»: cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier Flammarion, Paris, 1979, vol. I, pp. 296 e 301.

mazione del diritto legislativo diventa evidente e persino inevitabile[2].

Non solo. Nel contesto di quello che ormai chiamiamo abitualmente 'Stato costituzionale', si fa fatica a continuare a rappresentare il rapporto tra legislazione e giurisdizione nei termini di una semplice subordinazione della seconda alla prima[3]. Nonostante la perentoria statuizione contenuta nell'art. 101 cost. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge"), nello Stato costituzionale la soggezione del giudice alla legge non è priva di ovvie qualificazioni. Intanto, il giudice è soggetto alla legge nella misura in cui quest'ultima sia coerente, o almeno compatibile, con la Costituzione – in caso contrario, ovviamente, il giudice dovrà sospendere l'applicazione della legge e sollevare questione di legittimità costituzionale.

Inoltre, almeno secondo una possibile concezione dei rapporti tra giudice, legge e Costituzione, il giudice dovrebbe sempre tentare di interpretare la legge in modo da renderla compatibile con la Costituzione, beninteso nella misura in cui l'elasticità del linguaggio della legge lo consenta; e anche in questo caso, in definitiva, il giudice risulta soggetto alla legge solo nella misura in cui la legge è conforme a Costituzione.

E infine, nel contesto di un ordinamento 'multilivello', integrato in vari segmenti di normatività sovranazionale e internazionale (e anche questo, a ben vedere, è un tratto genetico e non casuale dello Stato costituzionale)[4],

[2] Il quadro descritto nel testo si complica esponenzialmente se dal piano ordinamentale (il dato – contingente? – dell'aumento della complessità e dello scadimento della qualità della legislazione negli ordinamenti giuridici contemporanei) si passa al piano della teoria dell'interpretazione. In particolare, se si adotta una teoria *scettica* in materia interpretativa (lo scetticismo interpretativo, in qualcuna delle sue declinazioni), la conclusione è che il diritto è *sempre* creato dai giudici, in modo più o meno intenso, e che dunque la teoria della separazione dei poteri è o una illusione ideologica o, nel migliore dei casi, un vincolo molto debole alla creazione giudiziaria del diritto. Per parte mia, nonostante io ritenga che l'interpretazione giuridica non possa essere rappresentata come una attività intellettualmente meccanica e politicamente neutra, credo comunque che vi siano buone ragioni *teoriche* per rifiutare lo scetticismo interpretativo – e cioè che, a prescindere dalle sue implicazioni politiche, lo scetticismo interpretativo non sia una buona ricostruzione dell'attività che chiamiamo 'interpretazione giuridica'; v. G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, cap. III.

[3] La complessità del rapporto tra giudice, legge e Costituzione nel contesto dello Stato costituzionale contemporaneo è stata esplorata con la consueta finezza da M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1/2016, pp. 7-20.

[4] Per qualche spunto sull'idea che l'apertura alla dimensione internazionale e sovranazio-

la soggezione del giudice alla legge può risultare condizionata dalle esigenze, talvolta anche stringenti (primazia del diritto eurounitario, diretta applicabilità dei Regolamenti europei, adattamento automatico al diritto internazionale…), derivanti dal raccordo tra questi diversi livelli ordinamentali e sfere di normatività.

In definitiva, dunque, lo Stato costituzionale sostituisce all'idea della soggezione del giudice alla legge la diversa logica della comune soggezione alla Costituzione tanto della legislazione quanto della giurisdizione. E questa comune soggezione si risolve in rapporti a geometrie variabili, in cui talvolta prevale la cooperazione, mentre talvolta prevale la 'concorrenza' tra giudice e legislatore verso l'obiettivo della 'maggiore' o 'migliore' attuazione/applicazione della Costituzione. (Peraltro, un analogo rapporto intrecciato di cooperazione e di concorrenza, o perfino di conflitto, si può osservare anche tra giudici ordinari e Corte costituzionale: è noto infatti come la Corte di Cassazione abbia costantemente rifiutato l'idea che il giudice ordinario sia obbligato a seguire una interpretazione costituzionalmente conforme indicata dalla Corte costituzionale, sul presupposto evidentemente che il giudice ordinario rimane comunque libero di individuare in prima persona una interpretazione della legge che egli reputi *maggiormente* conforme alla Costituzione)[5].

Poco sopra, in apertura di uno dei capoversi che precedono, ho inserito nel testo una qualificazione («almeno secondo una possibile concezione dei rapporti tra giudice, legge e Costituzione») che potrebbe sembrare oziosa. Non è forse ovvio che, nello Stato costituzionale, il giudice debba sempre interpretare la legge in conformità alla Costituzione?

In realtà, quella qualificazione intende evidenziare che i modi di configurare i rapporti tra legge e Costituzione, così come i possibili atteggiamenti

---

nale sia un tratto caratterizzante del costituzionalismo contemporaneo, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 26-27.

[5] Si veda ad es. Corte di Cassazione, SS.UU. penali, 17 maggio 2004, n. 23016: «Le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes*, a differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo 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 […] purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto». Su queste vicende, si veda anche E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 116-127.

degli interpreti di fronte alla legge e alla Costituzione, non sono né neutri né necessari, ma dipendono da scelte culturali, opzioni teoriche, e orientamenti di politica del diritto. Può capitare, a volte, che in una certa cultura giuridica tutto ciò sia oggetto di una convergenza talmente ampia da risultare praticamente 'invisibile' – lo sfondo di certezza su cui operano le attività applicative e interpretative routinarie svolte dagli operatori del diritto e oggetto di elaborazione teorica da parte della scienza giuridica. Ma tale convergenza, se e quando c'è, è pur sempre un dato contingente, e soprattutto difficilmente può presentarsi in maniera completa: in altri termini, non è affatto detto che, riguardo ai modi di configurare i rapporti tra legge e Costituzione, non emergano tra i giuristi fasce più o meno ampie di disaccordo e controversia. (D'altronde, è più probabile che un acceso disaccordo tra giuristi si verifichi proprio in queste zone 'apicali' dell'ordinamento giuridico, anziché a proposito dell'inquadramento dogmatico della rapina impropria o della servitù di stillicidio).

Ora, in linea di massima i modi di configurare i rapporti tra giudice, legge e Costituzione possono essere ricondotti a due opzioni principali[6].

Per un verso, si potrebbe attribuire al giudice[7] un ruolo principalmente 'difensivo' della Costituzione, rispetto alle decisioni delle maggioranze politiche cristallizzatesi nella legge. Il giudice, in questa prospettiva, dovrebbe interpretare e applicare la legge per come essa è, per così dire – cioè, attenendosi strettamente al dato letterale, ed eventualmente giovandosi di ragionevoli congetture sulla volontà politica che ha sostenuto l'approvazione di quella legge. Tutto ciò, ovviamente, varrà solo fino a quando non si ponga il dubbio se il contenuto normativo della legge sia in contrasto con la Costituzione: in tal caso, infatti, il ruolo del giudice consisterà nel rimettere alla Corte costituzionale il compito di risolvere il dubbio sulla incostituzionalità della legge. Questo modo di configurare i rapporti tra giudice, legge e Costituzione è palesemente ispirato all'ideale 'classico' della separazione dei poteri, al valore della certezza del diritto, al rispetto della democrazia.

Per altro verso, si potrebbe riconoscere al giudice un ruolo più attivo e propulsivo riguardo alla penetrazione della Costituzione all'interno dell'ordinamento giuridico. In questo quadro, l'adeguamento dell'ordinamento giuridico ai principi costituzionali sarebbe rimesso non solo al legislatore,

[6] G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, Mucchi, Modena.

[7] Preciso che, come emerge anche dal tenore dell'argomentazione svolta nel testo, mi sto qui riferendo al solo giudice *ordinario*, non anche al giudice costituzionale.

con provvedimenti legislativi di ampio respiro e ispirati dalla maggioranza politica democraticamente eletta, ma anche al giudice, con le 'armi' dell'interpretazione e più in generale del ragionamento giuridico a partire dalla decisione di casi specifici. Più precisamente, secondo questa prospettiva, il giudice è chiamato ad una continua e intensa opera di (re)interpretazione delle leggi e degli istituti giuridici alla luce dei principi costituzionali rilevanti, e anche ad applicare direttamente principi costituzionali per decidere casi non regolati dalla legge[8]. Nelle versioni più oltranziste di questo modo di vedere, si riconosce che in quest'opera il giudice non dovrebbe sentirsi eccessivamente limitato nemmeno dalla formulazione testuale della legge, sempre che egli riesca a ricostruire una norma, o una soluzione, costituzionalmente adeguata rispetto alle esigenze emergenti dal caso da decidere.

Quelle sopra ricostruite sono due posizioni estreme, idealtipiche, e nella realtà è possibile che giudici e giuristi adottino versioni ibride dell'una e dell'altra. Di fatto, comunque, lo scambio tra Massimo Luciani e Enrico Scoditti ospitato in questa sezione del volume è una buona esemplificazione di questi due modi di vedere. Luciani difende una concezione maggiormente 'difensiva' del ruolo del giudice, e ciò lo porta ad auspicare una decisa (auto)limitazione del perimetro delle attività interpretative dei giudici, e a guardare con sospetto l'interpretazione conforme a Costituzione (che per Luciani ha determinato un inaridimento del canale del controllo incidentale di costituzionalità)[9], così come l'applicazione diretta di principi costituzionali a casi non regolati dalla legge. Scoditti, di contro, presuppone una concezione ispirata alla più ampia penetrazione dei principi costituzionali nell'ordinamento, non solo tramite le attività interpretative e applicative del giudice, inclusa l'applicazione diretta di principi costituzionali, ma anche attraverso la rimodulazione delle categorie dogmatiche impiegate dalla

[8] Per una efficace ricostruzione delle operazioni che possono essere impiegate a questo scopo v. R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 185-206.

[9] È da precisare comunque che Luciani non contesta *in radice* la legittimità dell'interpretazione conforme a Costituzione, salvo però denunciarne i possibili abusi associati soprattutto al rischio che la lettera della legge venga facilmente obliterata nella ricerca della soluzione migliore dal punto di vista costituzionale, o addirittura dal punto di vista dei valori dell'interprete. Cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391-476; Id., *Ogni cosa a suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 154-157.

scienza giuridica[10].

Proprio il caso dell'applicazione diretta della Costituzione, discusso dai due illustri Autori anche in altra sede[11], è un esempio molto chiaro di questa divergenza (ma si potrebbe citare, a questo riguardo, anche il diverso atteggiamento da essi espresso rispetto all'uso delle clausole generali nel ragionamento giuridico)[12]. Per Luciani, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni rende questi ultimi dei soggetti dotati di potere creativo di diritto al di fuori del circuito della legittimazione democratica, peraltro con il rischio aggiuntivo che la sottolineatura della funzione creativa della giurisdizione incentivi la tentazione di attrarre il potere giudiziario nell'orbita della politica. (A questo si potrebbe obiettare, peraltro, che è lo stesso art. 12, co. 2, delle preleggi a prevedere che in caso di lacuna il giudice decida il caso facendo riferimento ai principi generali del diritto, quantomeno in materie non coperte da riserva di legge.) Per Scoditti, in caso di lacuna il giudice comune *deve* risolvere il caso applicando direttamente principi costituzionali – i principi indicati dalla Corte costituzionale con sentenza additiva di principio, in caso di 'omissione per commissione', o i principi individuati autonomamente, nel caso di 'omissione secca'.

Come è evidente, questo discorso ci porta dritti alla questione fondamentale che sta dietro a questo confronto, e cioè il nodo del sostrato politico della giurisdizione. Tanto Luciani quanto Scoditti sembrano condividere l'esigenza che alla giurisdizione non sia attribuita una coloritura politica[13], e ciò viene presentato (specialmente da Luciani) come un argomento diretto a preservare la dignità della giurisdizione, e in ultima analisi l'autonomia di essa rispetto alla politica 'politicante'. In tal senso, Luciani come

[10] Su queste questioni si veda anche E. Scoditti, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, in «Questione Giustizia online», 2024.

[11] Luciani, *Ogni cosa a suo posto*, cit., pp. 152-154; Scoditti, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, cit.

[12] Si vedano rispettivamente M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in «Questione Giustizia», 1, 2020, pp. 67-72; E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e* stare decisis, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 167 ss.

[13] A dire il vero, in altra occasione è parso che Scoditti riconoscesse più apertamente la dimensione politica dell'interpretazione giudiziale: cfr. Scoditti, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, cit.

detto insiste verso forme di *self-restraint* interpretativo da parte dei giudici, mentre Scoditti sottolinea che l'applicazione del diritto ha una dimensione in qualche modo oggettiva, «indipendente dall'etico-politico», e questo anche quando vi è in ballo l'applicazione e il bilanciamento di principi costituzionali – secondo Scoditti anche in questi casi, in definitiva, il giudice altro non farebbe che applicare una regola, la 'regola della proporzionalità'.

Ora, personalmente (come 'cittadino', mi verrebbe da dire) condivido la preoccupazione, espressa soprattutto da Luciani[14], che parlare con troppa leggerezza della dimensione politica dell'attività giurisdizionale, e segnatamente della dimensione politica di quanto ruota intorno all'interpretazione giuridica, possa finire con l'offrire il fianco alla greve esortazione 'allora fatevi eleggere', rivolta ai giudici in un dibattito politico di infimo livello. E ancora peggio, che tutto ciò possa portare ad auspicare che la selezione dei giudici avvenga tramite canali elettivi, e che vi sia una supervisione politica sull'attività giudiziaria, o quantomeno su alcuni aspetti di essa.

Tuttavia, come studioso di teoria del diritto, non vedo altra alternativa al negare la dimensione politica dell'interpretazione giuridica (e dunque anche della giurisdizione), che riesumare una qualche concezione 'meccanica', 'cognitivistica', 'formalistica' dell'interpretazione giuridica come attività puramente tecnica, oggettiva e avalutativa. Ed è ormai del tutto evidente come una concezione di questo tipo sia del tutto insostenibile. Bastano poche osservazioni rapsodiche per dimostrare ciò, e per far emergere per converso l'inevitabilità della dimensione politica dell'attività interpretativa[15].

Nel corso dell'attività interpretativa, l'interprete si trova a dover prendere numerose decisioni: sui significati che si possono estrarre dal testo, sul valore stesso del testo come possibile oggetto di interpretazione giuridica (non sempre è chiaro se un certo testo sia una fonte del diritto, o che forza abbia in quanto fonte del diritto), sulle tecniche da impiegare nel processo interpretativo e (corrispondentemente) sugli argomenti spendibili al fine di rendere questo processo intersoggettivamente comunicabile (condivisibile, convincente, cogente...). Ebbene, sia la scelta degli argomenti interpretativi da utilizzare (e del modo in cui utilizzarli), sia il peso specifico da attribuire agli argomenti interpretativi disponibili, sia eventualmente il

[14] Ma una posizione analoga è espressa anche da L. Ferrajoli, *Giustizia e politica*, Laterza, Roma-Bari, 2024.

[15] In ciò che segue riprendo sinteticamente quanto ho già argomentato in G. Pino, *Il paradosso del giudice (im)politico*, in «Questione giustizia», 1-2/2024, pp. 206-214.

modo in cui gerarchizzare i vari argomenti interpretativi (in che ordine usarli, come risolvere possibili conflitti tra argomenti che puntano in direzioni diverse…), sia il tipo di testi di cui l'interprete si può servire nell'attività interpretativa, dipendono da assunzioni che possono essere genericamente compendiate nella nozione di "argomentazione di secondo livello", o "meta-argomenti interpretativi": un insieme di considerazioni o di "direttive", spesso piuttosto fluide, su come svolgere il processo interpretativo ampiamente inteso. Così, ad esempio, un meta-argomento interpretativo potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di far ricorso in primo luogo al significato letterale "ordinario", in secondo luogo ad un significato tecnico-giuridico, in caso di ulteriore dubbio scrutare la *ratio legis* e l'intenzione del legislatore, ecc.; oppure, potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di cercare sempre il significato maggiormente compatibile con i principi costituzionali, anche se ciò richiede di forzare la lettera della legge o di andare contro le apparenti intenzioni del legislatore; oppure, potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di interpretare sempre in maniera estensiva le disposizioni che attribuiscono diritti fondamentali, e di interpretare sempre in maniera restrittiva le disposizioni che introducono limitazioni ai diritti fondamentali; e così via.

Ebbene, la scelta di un certo meta-argomento interpretativo è raramente, e comunque in minima parte, chiaramente dettata dal diritto positivo stesso; piuttosto, la scelta di un certo meta-argomento interpretativo deriva da idee sul ruolo dell'interprete nei processi di interpretazione e applicazione del diritto, e possibilmente, ancora più in generale, idee sul ruolo della legge e del diritto nella società: ad esempio, l'idea che il giudice debba essere un fedele custode della volontà del legislatore, o della certezza del diritto, oppure che debba assicurare l'aggiornamento del diritto alla luce dell'evoluzione della realtà e dei valori sociali, o che debba promuovere l'integrazione dell'ordinamento nazionale in ordinamenti sovranazionali e assicurare che il diritto interno sia adeguato alle punte più avanzate della cultura giuridica a livello globale, ecc.

E considerazioni di questo genere sono chiaramente, in ultima analisi, considerazioni di carattere etico-politico. I dibattiti e i dissensi in materia di interpretazione non sono "disaccordi di credenze", cioè contrasti sulla verità di proposizioni, su "come stanno le cose", in merito alle quali i soggetti coinvolti si scambiano prove e argomenti razionali (ad esempio, sulla "vera" intenzione del legislatore, o sulla "vera" *ratio legis*, ecc.); piuttosto, sono "disaccordi di atteggiamento", cioè contrasti che si situano sul piano degli scopi, dei desideri, delle preferenze. Così ricostruita la natura delle considerazioni più generali sul ruolo dell'interprete, che portano all'ado-

zione di una serie di meta-argomenti interpretativi, sembra appropriato ricondurre tali considerazioni alla nozione di "ideologia giuridica": intendendo qui "ideologia" in senso neutrale, come un «sistema di credenze e di valori, che viene utilizzato […] per fondare la legittimità del potere»[16] (in questo caso, il potere dell'interprete).

I lineamenti generali delle ideologie giuridiche più diffuse sono facilmente identificabili. In linea di massima, la distinzione fondamentale passa tra le ideologie giuridiche che concepiscono il giurista come un "conservatore" o "guardiano" del diritto, se non addirittura della legge (ideologie "formaliste", o "statiche"); e le ideologie giuridiche che attribuiscono al giurista il ruolo di "innovatore" del diritto (ideologie "sostanzialiste", o "dinamiche")[17].

La conseguenza di tutto ciò è che l'interpretazione giuridica non consiste in una adiafora presa d'atto, da parte dell'interprete, di come stanno le cose (ad es., di quale 'realmente' è la *ratio legis*, o la *voluntas legislatoris*, o il principio rilevante e prevalente in una data circostanza); non è una attività puramente descrittiva, o dichiarativa. Piuttosto, l'interpretazione giuridica richiede l'adozione da parte dell'interprete di molteplici scelte, ispirate ad una certa ideologia giuridica. Nell'esercizio di queste scelte, l'interprete concorre – lo voglia o no, piaccia o no – alla conformazione del diritto oggettivo. Il diritto oggettivo è il prodotto di una osmosi continua e complessa tra lo strato "legislativo" (i testi, le fonti formali) e lo strato "interpretativo" (i significati, le sistematizzazioni, ecc.). Ci sono molti modi in cui l'interprete (e specialmente quell'interprete dotato di particolare autorità quale è il giudice) può concorrere alla formazione e conformazione dell'ordinamento – modi più "interventisti" ("dinamici"), e modi più "passivi" ("statici"). Ma il punto è che *in qualunque caso* ciò è frutto di una scelta politica: anche un ipotetico giudice che cercasse di replicare il modello della "bocca della legge", ammesso che ciò sia possibile, lo farebbe sulla base di una ideologia giuridica e dunque, al fondo, sulla base di una scelta politica.

---

[16] N. Bobbio, *L'ideologia in Pareto e in Marx* (1968), in Id., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 114. Per la distinzione tra 'disaccordi di credenze' e 'disaccordi di atteggiamento', in un ambito affine a quello discusso nel testo, v. G. Carrió, *"I giudici creano diritto" (esame di una polemica giuridica)* (1961), in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1976, pp. 397-406.

[17] Per ulteriori approfondimenti su questo punto, rinvio a Pino, *L'interpretazione nel diritto*, cit., cap. 9.

L'interpretazione giuridica è, inevitabilmente, esercizio di potere[18]. Ed è un potere che è soggetto a controlli tanto endoprocessuali quanto extra-processuali – precisazione, questa, che esclude l'automatica conseguenza che il potere che si esercita nella giurisdizione non possa che essere soggetto a legittimazione elettorale o a controllo politico. Il modo in cui il giudice, e più in generale il giurista, esercita questo potere è frutto di una presa di posizione valoriale, di tipo sostanzialmente etico-politico. Una simile presa di posizione talvolta può essere poco visibile, talvolta può perfino essere inconsapevole. Ma, quantomeno nella prospettiva della comprensione teorica di ciò che accade nell'esercizio della giurisdizione, e direi anche nella prospettiva del controllo razionale sulle scelte interpretative e applicative dei giudici, non c'è nulla da guadagnare nel negarla.

[18] Ho provato a sviluppare questo punto in G. Pino, *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici, vol. V. Potere e costituzione*, a cura di M. Cartabia e M. Ruotolo, Giuffré, Milano, pp. 960-985; v. anche B. Celano, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi, Modena, 2017.

Massimo Luciani

*Un riordino possibile della scienza giuridica e del diritto?**

1. Vorrei subito entrare nella problematica che è sottoposta alla nostra attenzione partendo da una premessa: che il *titulum legis* è un ausilio interpretativo piuttosto consolidato a livello giurisprudenziale. E vorrei adoperare questo ausilio interpretativo in rapporto al titolo di questo incontro. Se ci si chiede se sia possibile "rimettere le cose al loro posto", evidentemente vuol dire che gli organizzatori pensano che, almeno in parte, le 'cose' *non* siano al loro 'posto' e che valga la pena rimettercele.

Orbene, da dove prendere le mosse per ragionare su questo? Non dal mio *Ogni cosa al suo posto*, direi. Certo, il titolo dell'incontro evoca quel mio scritto, ma non è questo il punto. Certo, non posso negare ch'esso abbia avuto una buona accoglienza, nel senso che ha sollecitato interesse e attenzione (molte sono le occasioni nelle quali sono stato invitato a discuterne in giro per l'Italia e non solo). Certo, si tratta di un'accoglienza che per me è stata di grande soddisfazione, ma non in ragione di un improbabile sentimento di gratificazione personale, bensì del piacere intellettuale di aver evidentemente toccato temi che molti ritengono realmente al centro della nostra esperienza giuridica. Tuttavia, la nostra discussione, oggi, non è sulle tesi che ho sostenuto, ma sui problemi che le hanno sollecitate.

Per cercare d'intendere quali siano questi problemi muoverei allora da un altro *titulum*, che è quello del ciclo di incontri in cui quello odierno è inserito: "Dialoghi sulla giurisdizione". Mettendo insieme il titolo del ciclo e il titolo di questo incontro, mi sembra si possa dire che ciò che viene ritenuto "fuori posto" è qualcosa che riguarda la giurisdizione. Sarebbe tuttavia errato dimenticare che "qualcosa" non va anche al di là del campo della giurisdizione, poché è l'intero assetto dei poteri, per come è disciplinato in Costituzione, a essere oggi in discussione, registrandosi un generale appannamento del disegno costituzionale della divisione/separazione dei poteri (i due lemmi, come è noto, significano due cose diverse).

Se, nonostante la premessa che ho fatto, mi è consentito ritornare per un attimo su *Ogni cosa al suo posto*, confesso che a spingermi a scriverlo è

* Il testo riproduce, con alcuni aggiustamenti, l'intervento orale. Il tono colloquiale e la speditezza dell'argomentazione si spiegano così.

stato proprio il sentimento dell'urgenza di una presa di posizione su una deriva generale del sistema costituzionale dei poteri, peraltro prendendo le mosse dalla giurisdizione e dalla scienza giuridica, della quale m'è parso di dover registrare una crisi, le cui ragioni stanno un po' nei fattori che allora illustravo e ancor di più (più in profondità, cioè) in quelli che ora sono oggetto di un inventario nel – diciamo così – *prequel* che sto portando a compimento, nel quale mi occupo delle generali condizioni culturali, politico-sociali ed economiche nelle quali la scienza giuridica degli ultimi decenni s'è trovata a operare.

2. Fatte queste premesse e precisato che la questione non è di certo solo quella della giurisdizione, è comunque di questa che, nel nostro confronto di oggi, dobbiamo esclusivamente occuparci.

Ora, dico subito che la posizione sulla giurisdizione di Enrico Scoditti e la mia non sono in tutto frontalmente contrapposte. Questo per due ragioni.

La prima è che entrambi siamo animati da una sincera sollecitudine per la giurisdizione: entrambi vorremmo che le fossero assegnati i compiti che le spettano, che le fosse riconosciuto il prestigio che le spetta, che la circondasse la legittimazione che le spetta, che le fosse assicurata la dignità che le spetta. Ci si potrebbe dunque stupire del fatto che, nonostante questo comune coinvolgimento per le sorti della giurisdizione, noi si arrivi ad approdi per più profili diversi, ma lo stupore viene meno se sol si considera che, mentre per me l'unico modo in cui la giurisdizione può evitare una *démarche* autolesionistica è il rigetto del 'creazionismo', per Enrico non vale la medesima conclusione.

La seconda ragione di temperamento delle differenze sta in ciò che, in contributi scritti di fatto in contemporanea, abbiamo sostenuto sostanzialmente la stessa idea: quella della necessità di una indipendenza interiore (o interna) del magistrato (anzi, personalmente, direi del giurista in generale). Entrambi, infatti, siamo consapevoli del peso della precomprensione, ma entrambi riteniamo che alla precomprensione si possa se non proprio sfuggire – ognuno è figlio del proprio tempo, è *homme situé*, e su questo non c'è nulla da fare –, ma almeno porre rimedio. È ben possibile oggettivizzare la propria posizione nei confronti del dato normativo e delle questioni che vengono di volta in volta trattate e più in generale – mi si perdonerà se ribadisco qualcosa su cui insisto sempre fino alla noia – gli intellettuali, e in particolare i giuristi, devono sempre osservare un dovere di verità, che impone loro di dirla, questa verità, anche quando l'avvertono come scomoda, anche quando la soluzione di un caso non è in armonia con la costellazione

dei valori nei quali si riconoscono. Non posso non ripetere, a questo proposito, che a mio parere i veri amici della giurisdizione sono coloro che la mettono in guardia nei confronti delle tentazioni creazioniste, cedendo alle quali essa mette a rischio la propria legittimazione. Qui, ovviamente, considerati i confini del nostro confronto, non posso soffermarmi sulle premesse sulle quali questa affermazione si sorregge (la radice dei problemi sta, a mio avviso, in una certa concezione della distinzione tra disposizione e norma, che, introdotta in Italia soprattutto dalle riflessioni di Vezio Crisafulli, m'era inizialmente parsa solidissima e poi, *re melius perpensa*, mi ha sollecitato moltissimi dubbi).

3. In che senso, però, le cose – almeno a mio parere – sono andate 'fuori posto'?

Per intenderlo (e per rispettare lo spirito di un dialogo come quello in cui oggi siamo impegnati), vorrei provare a confrontarmi con un importante saggio che Enrico Scoditti mi aveva a suo tempo cortesemente inviato in anteprima e che è stato pubblicato nel 2024 sul sito di "Questione giustizia"[1]. Si tratta di *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, scritto che per intelligenza e profondità di argomenti ben si presta a essere assunto a punto di partenza.

Devo premettere che quando (molto volentieri) ho aderito a questa iniziativa non immaginavo affatto che sarei stato qui nelle vesti (non nella qualità, si badi, poiché è ovvio che, comunque, parlo a titolo del tutto personale) di giudice costituzionale. E devo dunque ricordare che l'essere giudice costituzionale ha i suoi inconvenienti, poiché la libertà di espressione di cui si gode, inevitabilmente, si comprime. Nondimeno, in questa sede siamo chiamati a parlare di questioni di tale portata teorica che la compressione pesa assai poco, trattandosi di temi che non hanno immediatezza di connessione con le funzioni costituzionali giusdicenti.

Lo scritto di Scoditti è molto importante proprio perché mette i piedi nel piatto della triangolazione tra giudice comune – questo sintagma, che ai profani evoca un'implicita svalutazione, è ormai entrato nell'uso tecnico –, legislatore e Corte costituzionale. Una triangolazione, appunto, perché non si sta parlando solo del rapporto giudice-legislatore implicato dall'atto interpretativo della legge, ma anche del rapporto giudice comune-giudice costituzionale implicato dalla scelta di promuovere o meno la questione di costituzionalità.

[1] <https://www.questionegiustizia.it/articolo/applicazione-diretta-cost>.

Orbene, con sprezzo del ridicolo pronuncio un sintagma dal quale ci si dovrebbe sempre astenere: avevo ragione. Già molti anni addietro, infatti, avevo previsto che l'assolutizzazione dell'onere di interpretazione conforme a Costituzione avrebbe determinato una tendenza all'inaridimento del canale incidentale di accesso alla giurisdizione costituzionale. La sua estremizzazione da parte di un certo filone della giurisprudenza costituzionale, rintracciabile soprattutto in un famoso precedente del 1996 (prima v'erano state altre statuizioni analoghe, ma mai così perentorie e nette), ha cagionato conseguenze di notevole portata. Tutte le statistiche lo dimostrano e tutte le più recenti conferenze di fine anno dei Presidenti della Corte costituzionale lo mettono in evidenza. Certo, un significativo mutamento degli indirizzi giurisprudenziali della Corte ha favorito la possibilità di un'inversione di tendenza, ma il processo di riassorbimento del problema posto dal precedente indirizzo è faticoso e lento, come è logico che sia. Del resto, anche quell'indirizzo ebbe bisogno di tempo per produrre gli effetti che oggi registriamo.

Vedremo se un'inversione di tendenza ci sarà effettivamente, tuttavia mi preme comunque rilevare che ormai non è soltanto l'estremizzazione dell'onere di interpretazione conforme a spiegare la minore portata del canale di accesso incidentale alla Corte. Non si tratta soltanto della lettura di quell'onere come si trattasse di una sorta di autorizzazione in bianco a sciogliersi dai condizionamenti del testo della fonte da applicare, ma anche – e soprattutto – del generale atteggiamento della pratica e della teoria quanto all'interpretazione giuridica come attività di creazione. Se si vuole – come Scoditti afferma in quello scritto –, dell'idea di una necessaria, indispensabile o inevitabile natura creativa di alcune attività del giudice nell'esercizio delle sue funzioni.

Il principale nodo problematico sarebbe quello dell'omissione legislativa. In tal caso, per Scoditti, la via del promovimento della questione di costituzionalità sarebbe sostanzialmente preclusa e il giudice comune dovrebbe provvedere da sé attraverso un'operazione di bilanciamento che lo stesso Scoditti riconosce essere intrisa di politicità. Già qui, però, s'attiva un campanello d'allarme: quanto più si accentua la politicità dell'attività giurisdizionale, tantomeno si è in grado di resistere alle sue sfigurazioni, ai tentativi di comprometterne l'indipendenza e l'autonomia, fino all'ipotesi di mutare il sistema di reclutamento, passando da quello professionale a quello elettivo (scelta, questa, sulla cui opportunità, ovviamente, non mi pronuncio, ma che evoco solo per mostrare quale può essere il precipitato della posizione che sto descrivendo).

Ora, questo primo campanello di allarme diventa un 'campanone'

quando Enrico giunge alla conclusione che il diritto maturatosi in queste condizioni specifiche – cioè il diritto vivente che viene seguito nel praticare il rapporto tra giurisdizione comune e giurisdizione costituzionale – avrebbe una caratteristica di inquietante particolarità. "Un diritto vivente", scrive Scoditti, "che per ipotesi si sviluppi nella carenza della manifestazione legislativa e per opera della diretta applicazione dei principi, non è suscettibile di sindacato di costituzionalità da parte del giudice delle leggi, appunto perché non è una legge"[2]. Ciò in quanto l'art. 134 Cost. permetterebbe alla Corte costituzionale di sindacare solo la legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi valore di legge dello Stato e delle Regioni, mentre a tale sindacato si sottrarrebbe un diritto di origine giurisprudenziale.

Qui vedo davvero moltissimi problemi.

La cancellazione del sindacato di costituzionalità è prospettata in base a una grave alterazione del rapporto tra fonti del diritto e garanzia del primato della Costituzione: la conclusione di Scoditti ci dice che, se non la *forza* (cioè la posizione gerarchica), almeno il *valore* (cioè il trattamento giuridico) del diritto di scaturigine giurisprudenziale sarebbe diverso e privilegiato rispetto a quello non solo delle leggi ordinarie, ma addirittura delle leggi costituzionali e di revisione della Costituzione. Queste, infatti, soggiacciono al sindacato della Corte costituzionale pel profilo dell'osservanza o meno dei princìpi costituzionali supremi, mentre l'ostacolo determinato dalla diversa *qualitas* del diritto giurisprudenziale lo sottrarrebbe al controllo del rispetto di questi stessi princìpi. Si mette così in discussione l'idea stessa della supremazia della Costituzione e si determina una conclusione così inaccettabile che è più che logico dubitare (e molto) della fondatezza della sua principale premessa.

Questa premessa, poi, contiene la tesi – pur solo implicita nello scritto di Scoditti – che, quando il giudice si trova di fronte a questioni non risolte dal legislatore (quando, cioè, c'è omissione legislativa), egli sia chiamato a compiere un'attività di bilanciamento che deve salvaguardare all'un tempo il nucleo duro – il minimo essenziale – dei diritti ovvero dei princìpi – e il principio di proporzionalità. L'esempio fatto da Scoditti – ma in tanti altri suoi scritti ve ne sono di analoghi – è quello del diritto del minore a conoscere le proprie origini (sent. Corte cost., n. 278 del 2013), al quale occorreva assicurare la tutela minima ed essenziale.

Sorgono spontanei due interrogativi.

Il primo riguarda il tema dell'essenza e dell'importazione *sic et simpliciter* del modello tedesco del *Wesengehalt*, di cui all'art. 19 del *Grundgesetz*.

[2] Scoditti, *Diretta applicazione*, cit. nt. 1, p. 8.

In Germania v'è un dato di diritto positivo che in Italia difetta e che ha una sua spiegazione. Spiegazione che si chiama sostanzialmente Radbruch: il *Grundgesetz* (è un po' un paradosso continuare a chiamarlo così anche dopo la riunificazione, ma tant'è) doveva rimediare all'orrore del totalitarismo e doveva prevenirne il ritorno, sicché il richiamo alla "essenzialità" aveva esattamente questa funzione. Inoltre, il noto *dictum* di Niklas Luhmann "das Wesen des Wesens ist unbekannt" (l'essenza dell'essenza è sconosciuta), che certamente intendeva essere provocatorio, invita a precisare i meccanismi di accertamento dell'essenza. Venendo all'esempio fatto da Scoditti: il riconoscimento del diritto del minore a conoscere le proprie origini concerne l'essenza del diritto all'identità personale o concerne un diritto a sé stante? E quando la Corte, nella ricordata sentenza n. 278 del 2013, ha trovato un punto di mediazione tra le varie esigenze – quella del figlio ad avere conoscenza della propria origine e quello della madre a non essere nominata – si è posta il problema della salvaguardia dell'essenza di un qualche diritto o si è limitata a chiedersi se erano stati rispettati il principio di non eccessività (*Übermassverbot*) e quello di proporzionalità (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*)? Non è questione semplice e la sua difficoltà deriva proprio dal fatto che nel nostro ordinamento costituzionale non vi è un esplicito richiamo di diritto positivo alla "essenza" e che le modalità di accertamento di tale "essenza" devono essere specificate. Anche quando, in tempi più recenti, la Corte costituzionale ha parlato di un nucleo incomprimibile di alcuni diritti (si pensi, in particolare, a quello alla salute) l'ha fatto avendo in mente la loro "essenza" o ha fatto riferimento a un'obbligazione di coerenza delle scelte legislative (che devono apprestare le risorse necessarie una volta che hanno riconosciuto un diritto)? Insomma: nella nostra esperienza costituzionale non è semplice distinguere nettamente l'attività di identificazione del *Wesen* dall'attività di applicazione dei principi di proporzionalità e di non eccessività.

Il secondo interrogativo concerne un'altra premessa del ragionamento qui discusso, cioè quella della necessaria supplenza giudiziale. In forza di tale premessa, a fronte dell'eventuale inerzia della politica sarebbe da riconoscere una sorta di innominata legittimazione dei giudici comuni a fornire le risposte reclamate dai singoli casi della vita. Lo scritto di Scoditti, in effetti, così si chiude: "La rappresentanza democratica può non sempre essere al passo della complessità crescente delle società contemporanee"[3]. Il quesito è allora il seguente: che legittimazione ha il giudice ad affermare che la rappresentanza democratica non è al passo con le esigenze delle società

[3] Scoditti, *Diretta applicazione*, cit. nt. 1, p. 9.

contemporanea? Può forse caricarsi di compiti che sono più propriamente di competenza del sociologo o del filosofo morale? Le esigenze rispetto alle quali la legislazione non è al passo non dovrebbero essere soddisfatte, semmai, restando ancorati ai paradigmi costituzionali (per quanto interpretati nella chiave di una necessaria attualizzazione)?

Torna qui, una volta di più, la questione del 'creazionismo', sulla quale chiudo richiamando qualcosa che, per quanto scritto nel '600, ne delinea una volta per tutte i contorni. Mi riferisco al *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* di Thomas Hobbes[4], dialogo paradossalmente poco conosciuto dai giuristi italiani, nonostante la sua importanza fondamentale per la scienza giuridica.

Il *Dialogue*, come si sa, vede protagonisti due soggetti: il "Philosopher" (Hobbes medesimo o qualcuno che la pensa come lui) e lo "Student of the Common Laws of England" (Sir Edward Coke o qualcuno che si avvicina alla sua personalità culturale e politica). Lo "Student" vede nei "grave and learned men"[5] che amministrano la giustizia ponendosi di fronte al singolo caso della vita coloro che si caricano della funzione di nomopoiesi. Il "Philosopher", invece, osserva che questa conclusione è singolare, poiché questi "grave and learned men" sono tali in quanto sono stati per decenni piegati sui libri, hanno studiato le Pandette, gli statuti delle comunità locali, i rescritti del re, insomma qualcosa che era evidentemente "diritto" prima di qualsivoglia atto di creazione del giudice. "Or else", questa la folgorante conclusione, "it was not law what they studied"[6]. Detto in forma meno elegante: cosa mai hanno studiato questi signori, se sono poi loro a dirmi qual è il diritto? O non hanno studiato diritto oppure, se l'hanno studiato, hanno sbagliato mestiere e prima ancora facoltà universitaria, poiché avrebbero dovuto iscriversi alla facoltà di filosofia, per prepararsi a diventare filosofi morali.

Questo limpido e stringente ragionamento è ancora pienamente attuale e – fra l'altro – mostra anche la profondità del legame tra il giuspositivismo e il costituzionalismo. Per la verità v'è chi nega che si possa essere giuspositivisti e costituzionalisti allo stesso tempo, ma non solo penso che questo sia perfettamente possibile, ma penso anche che neppure saprei quale altro costituzionalismo possa avere fondamenti saldi se non quello giuspositivi-

[4] T. Hobbes, *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), con uno studio introduttivo di T. Ascarelli, Milano, Giuffrè, 1960.

[5] Hobbes, *A dialogue*, cit. nt. 4, p. 74.

[6] Hobbes, *A dialogue*, cit. nt. 4, p. 82.

sta. Non, però, il giuspositivismo delle macchiette, del giudice passiva bocca della legge o leibniziano *automa*, ma – semmai – il giuspositivismo dei nostri giorni, che s'è bagnato nel Giordano dell'ermeneutica e ha contezza della complessità del rapporto tra soggetto e oggetto. Un giuspositivismo che non ceda alle sirene del decostruzionismo *à la française*, che tanta fortuna ha avuto implicitamente o esplicitamente tra i giuristi, ma affermi con forza che il compito proprio del giurista è costruire, apparecchiando le condizioni per lo svolgimento dei rapporti giuridici in un regime di certezza.

E ha ragione Aljs Vignudelli quando dice che, se ragioniamo in una logica diversa, se ammettiamo il creazionismo giudiziario, tutto ciò che facciamo è proporre un "Grande Inganno"[7], che pratichiamo fra di noi e spacciamo agli altri. Così disattendendo, però, l'obbligazione di verità della quale parlavo e tradendo la funzione sistemica che ci è assegnata.

[7] A. Vignudelli, *Come un* post scriptum. *"Interpretazione e Costituzione" tra Prequel e Sequel*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2014, XIV, p. 1017.

Enrico Scoditti

L'ordine da ricostituire e il futuro da immaginare. A proposito della giurisdizione[*]

SOMMARIO: 1. La grande trasformazione – 2. Fenomenologia del principio costituzionale – 3. La dogmatica giuridica dopo i principi costituzionali – 4. Ricostituire un ordine – 5. La giurisdizione è applicazione, indipendente dall'etico-politico, di regole e non di principi – 6. Politica e magistratura alla ricerca di un futuro – 7. Il nuovo secolo e l'incombente democrazia illiberale

1. *La grande trasformazione*

Vorrei aprire questa nostra conversazione, che prende le mosse dal volume di Massimo Luciani *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri* (Giuffrè, Milano, 2023), richiamando una pagina di un grande classico del Novecento:

> Per il pensiero moderno non vi è morale possibile; a partire dal XIX secolo, infatti, il pensiero è già 'uscito' di sé entro il suo essere proprio, esso non è più teoria; non appena pensa, esso ferisce o riconcilia, avvicina o allontana, rompe, dissocia, allaccia o riallaccia; non può fare a meno di liberare e di asservire. Prima ancora di prescrivere, di abbozzare il futuro, di dire ciò che occorre fare, prima ancora di esortare o soltanto di dare l'allarme, il pensiero, al livello della sua esistenza, fin dalla sua forma più aurorale, è in sé stesso un'azione, un atto rischioso[1].

In questa pagina di Michel Foucault è riassunto il senso della modernità europea dopo l'Illuminismo. Dopo il secolo dei Lumi, il Moderno è stato realizzazione pratica della ragione, inveramento pratico dell'ideale. La storia contemporanea, ha detto Augusto Del Noce, può essere interpretata solo

[*] Il testo costituisce uno sviluppo del nostro *Trasformazioni della costituzione materiale e magistratura: un manifesto*, in «Questione giustizia online», 10 febbraio 2025, a cui si fa necessario rinvio: <www.questionegiustizia.it/articolo/trasformazioni-della-costituzione-materiale-e-magistratura-un-manifesto>.

[1] M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Rizzoli, Milano, 1978, p. 353 (ed. or.: *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Parigi, 1966).

in termini filosofici perché essa è attuazione di un pensiero. Non a caso, per Del Noce è Giovanni Gentile il pensatore chiave del Novecento europeo. Prima dell'esito ermeneutico tardo-novecentesco, il sapere, in quanto saldato alla politica (Gramsci) o al potere (Foucault), è stato azione trasformatrice. L'intellettuale novecentesco, ha scritto Zygmunt Bauman, è stato un legislatore, prima della torsione postmoderna a mero interprete del presente.

Funzione legislativa del sapere non è espressione casuale, perché il grande costruttore dell'ordine sociale nel Novecento europeo è stato proprio il diritto. Il costituzionalismo democratico dello Stato sociale di diritto è stato il pensiero attuoso di cui parla Foucault, un'azione trasformatrice nel segno dell'universalismo. L'art. 3 cpv. della Costituzione italiana è il vero paradigma del secolo: la trasformazione della società è il compito della Repubblica, secondo un'onda lunga che risale al 1789 e che mira alla ricomposizione di astratto e concreto auspicata dal giovane Marx. Questo costituzionalismo sociale si iscrive dentro il modello di costituzione che l'Europa continentale ha ereditato dal 1789 e che Maurizio Fioravanti ha definito «costituzione-indirizzo». La costituzione è un indirizzo fondamentale che pervade l'intera articolazione istituzionale. Non poteva che essere così. Dopo il cataclisma bellico bisognava ricostituire la società e il modello vincente è stato quello dello Stato sociale. La Costituzione è stato il grande strumento di edificazione di un nuovo ordine sociale e l'art. 3 cpv. la leva di questa trasformazione, un diritto performativo in grado di mutare l'assetto sociale. Ciò che avviene nella scienza giuridica e nella magistratura negli anni sessanta e settanta del secolo scorso non possiamo non collocarlo dentro questo quadro storico-politico. Il sapere giuridico e la magistratura non potevano non essere solidali all'indirizzo fondamentale che pervadeva l'intero tessuto istituzionale e che promanava dalla Costituzione. Avvengono, in particolare, due cambiamenti.

La Costituzione penetra all'interno della scienza giuridica e relativizza il primato della vecchia dogmatica concettualistica: gli istituti del diritto civile devono essere riletti attraverso il programma di società che la Costituzione prefigura (il superamento degli ostacoli di ordine economico-sociale che limitano di fatto l'eguaglianza dei cittadini); il bene giuridico protetto dalla norma penale deve essere ancorato al valore costituzionale. La sublimazione tecnica del sapere giuridico diventa recessiva al cospetto della cogenza del valore costituzionale. Il secondo cambiamento è che la costituzione si incunea fra il giudice e la legge e l'interpretazione non è più l'asettica ripetizione dell'enunciato linguistico, ma è esplicitamente governata dai valori dell'interprete, i quali sono tuttavia sottoposti a un processo di universalizzazione mediante il riferimento al programma costituzionale.

Si consuma in questo modo un mutamento della scienza giuridica, che, per riprendere la distinzione di Max Weber, passa dal dominio della razionalità formale, la quale è elaborazione del mezzo indifferente ai fini e ai valori, alla permeabilità alla razionalità materiale, che è adesione a postulati di valore. Due punti vanno messi in chiaro: 1) il giurista non è più sotto il riparo delle dottrine generali, si avvia una dinamica di secolarizzazione, ma egli non è in un mare aperto, perché ha il salvagente della Costituzione, la quale costituisce un riparo perché risponde a un programma preciso, quello disegnato dall'art. 3 cpv.; 2) il superamento del primato delle dottrine generali non è una perdita, ma è un guadagno, perché risponde alla funzione progressiva dell'art. 3 cpv., il quale è progetto di edificazione di un complessivo ordine sociale, progetto alla cui realizzazione sono chiamati a partecipare anche la scienza giuridica e la magistratura.

2. *Fenomenologia del principio costituzionale*

Cosa accade da una certa epoca in poi è ciò che evoca l'interrogativo della nostra conversazione: «è possibile rimettere 'ogni cosa al suo posto'?».

Potremmo trovare delle date, ad esempio la crisi petrolifera del 1973, ma ciò che in definitiva va posto in primo piano è l'esaurimento del cd. 'trentennio glorioso' apertosi nel 1945, nel corso del quale la società era stata sottoposta al processo di trasformazione dettato dall'indirizzo fondamentale racchiuso nell'art. 3 cpv. Dopo il trentennio glorioso è il rapporto fra Stato ed economia che cambia. Non si chiude soltanto la stagione delle politiche espansive di tipo keynesiano, ma si entra in un'epoca che è segnata da qualcosa di più vasto dello stesso rapporto fra politica ed economia. Al monismo del conflitto capitale/lavoro, soggiacente il cd. compromesso socialdemocratico, succede la stagione del pluralismo, a tutti i livelli: sociale (moltiplicazione di soggettività sociali) e antropologico (moltiplicazione dei punti di vista etico-politici). Il pluralismo è il fatto incontroverso da cui ogni analisi deve muovere, ci ha insegnato il Rawls di *Liberalismo politico*.

È su questo sfondo di proliferazione del pluralismo a tutti i livelli che fanno la loro apparizione nelle giurisprudenze costituzionali dell'Europa continentale la categoria dei *principi costituzionali* e quella di *bilanciamento*. Si deve a uno scritto di Ronald Dworkin del 1967 la prima teorizzazione delle nozioni di *principio* e *bilanciamento*, ma è a partire dalla giurisprudenza costituzionale, soprattutto degli anni ottanta, che il bilanciamento fra principi diventa per così dire egemone nel costituzionalismo.

La teoria e la prassi costituzionale sono ora nel senso della formulazione

dei diritti fondamentali mediante principi. Cos'è un principio? Aristotele apre il quinto libro della *Metafisica* con la seguente definizione di principio: «il primo termine a partire dal quale una cosa o è o è generata o è conosciuta»[2]. Il principio è fondativo, è un punto di avvio (*ex principiis derivationes*), fonda ciò che ne consegue, ma, come gli assiomi indecidibili del teorema di Gödel, non trova giustificazione all'interno della catena formale che fonda. Il principio fonda, ma non si auto-fonda. La scelta del principio non è dettata dal medesimo principio, come il diritto che da esso consegue, ma da tutto ciò che è a monte di quella scelta e del principio stesso. La selezione del principio, fra i tanti, non è giuridica, ma etico-politica, tant'è che nessuno dubita che la scelta del principio prevalente nell'ambito di un bilanciamento spetti al legislatore. La formulazione del diritto fondamentale mediante principi si differenzia così dalla nozione di limite naturale del diritto fondamentale, strumento della giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 1 del 1956. Il limite naturale è una nozione integralmente giuridica, perché resta sul piano del contenuto del diritto, così come definito dalla norma. Applicare un principio significa, invece, isolarlo all'interno di una mappa di principi mediante una decisione che è politica.

La scelta di un principio piuttosto che un altro è espressione del pluralismo etico-politico e spetta alla politica. Compito delle corti è il controllo di correttezza giuridica del bilanciamento. La regola di correttezza del bilanciamento è quella della compressione proporzionata del principio soccombente nel bilanciamento (la proporzionalità è definita «requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale» dalla Corte costituzionale – così, da ultimo, Corte cost., n. 203/2024). Il principio soccombente deve essere compresso nel limite strettamente necessario per il perseguimento del principio prevalente e in modo da non lederne comunque l'essenza inviolabile[3]. Si tratta dei due criteri ben illustrati nel primo paragrafo dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Lo spazio della politica è nella scelta, su basi etico-politiche, del principio; lo spazio del diritto è nel rispetto della regola di proporzionalità, che fa divieto, per così dire, al principio prevalente nel bilanciamento di abusare della propria posizione dominante. Le corti applicano, o dovrebbero applicare, questa regola e non

[2] Aristotele, *Metafisica*, Bompiani, Milano, 2017, p. 191.

[3] Il contenuto essenziale del principio, corrispondente al minimo non comprimibile, corrisponde al 'bene' pensando al quale la norma costituzionale è stata posta: «man mano ci si allontani da quel centro, la protezione si indebolisce e subisce i compromessi che derivano dalla necessità di proteggere altre situazioni» (R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 43).

un principio che abbiano previamente selezionato, perché la selezione, in quanto etico-politica, spetta alla politica. Il diritto è, in questo senso, ancora una questione di regole e non di principi. Questo è un punto decisivo, su cui tornerò più avanti.

L'irruzione dei principi sulla scena costituzionale ha rappresentato un mutamento di costituzione materiale. Essa ha comportato una riclassificazione profonda nel rapporto fra diritto e politica. Nella stagione dell'edificazione dello Stato sociale vi era una organicità di diritto e politica, ma qui la politica era l'indirizzo fondamentale in senso costituzionale, era il farsi costituzione della politica mediante il fine politico fondamentale, secondo il grande modello della costituzione materiale di Costantino Mortati, e quel fine, senza dubbio, era consegnato dall'art. 3 cpv. Ora la politica è all'esterno dell'universo dei principi, e tuttavia agisce attraverso di essi nella scelta di un principio piuttosto che un altro. La dialettica fra sistema politico e corti si gioca tutta qui, nella capacità delle corti di applicare regole e non principi. Questo vale sia per la giustizia comune che per quella costituzionale, e per la giustizia comune viene in rilievo quando è in questione l'interpretazione conforme a costituzione, e comunque in tutte le occasioni in cui l'ermeneutica della legge metta in gioco i principi costituzionali.

Nel caso dell'interpretazione conforme, in particolare, il giudice comune non deve salvaguardare un principio che abbia selezionato come meritevole di essere perseguito, non deve fare insomma una scelta etico-politica che è riservata al legislatore. L'intervento chirurgico dell'interprete, nei limiti delle potenzialità semantiche dell'enunciato linguistico, non è di sostituzione, al principio scelto come prevalente dal legislatore, di un principio che egli avverta come meritevole di essere perseguito, facendo così passare nell'interpretazione una propria scelta politica. L'interprete applica una regola, quella della compressione proporzionata del principio soccombente, e così facendo lascia ferma la prevalenza del principio scelto dal legislatore, ma modella il precetto normativo in modo che il principio soccombente sia compresso nella misura strettamente necessaria o comunque in modo che ne sia salvaguardato il nucleo inviolabile.

3. *La dogmatica giuridica dopo i principi costituzionali*

La domanda su quale giudice nell'epoca del pluralismo comporta, in realtà, un'altra domanda, che forse viene anche prima, ed è quella su quale sapere giuridico. I principi impattano con la scienza giuridica dopo che questa era stata attraversata dall'onda del programma costituzionale. La cintura

di protezione della dogmatica non c'è più, ma anche il programma costituzionale non ha più quell'univocità di direzione che fu in grado di produrre, ad esempio, la giurisprudenza lavoristica, all'insegna dell'art. 3 cpv., al seguito dell'introduzione dello Statuto dei lavoratori. Con la regola di proporzionalità del bilanciamento, la vera *grundnorm* del sistema diventa il primo comma dell'art. 3, l'eguaglianza formale: proporzionalità significa eguale considerazione di tutti i principi nel bilanciamento e lo stesso perseguimento dell'eguaglianza sostanziale (art. 3 cpv.) non può arrivare a pregiudicare, oltre la misura della proporzionalità, un principio costituzionale. Si tratta del limite che la struttura pluralistica dell'essere pone all'azione trasformatrice della realtà e, in definitiva, della chiave autentica del concetto di democrazia liberale[4]. L'eguaglianza sostanziale, in quanto «compito della Repubblica», è la Politica della Costituzione, ma su essa agisce il vincolo del pluralismo etico-politico dei principi che l'eguaglianza formale preserva.

Dunque, non abbiamo più il vecchio concettualismo giuridico, ma non abbiamo più neanche le «magnifiche sorti e progressive» del programma costituzionale. La partita ormai si gioca in un rapporto diretto fra le norme ordinarie e i principi, con un ruolo secondario delle categorie giuridiche, le quali, si dice, non sono più un *prius*, ma sono un *posterius* rispetto ai principi che l'interprete ha previamente selezionato[5]. Il punto è che, però, la selezione del principio, abbiamo visto, non è giuridica, ma etico-politica. Esemplari, per i civilisti, sono la tematica del 'contratto giusto' e il confine sempre più incerto tra fattispecie legali e clausole generali. Mediante la concretizzazione della clausola generale il giudice pone la regola del caso concreto, si tratta di una vera e propria norma individuale. Senza un chiaro regolamento dei confini fra fattispecie legale e clausola generale, quest'ultima tende a sovrapporsi alla fattispecie legale in aree a questa assegnate dal legislatore.

La costituzionalizzazione del sapere giuridico aveva corrisposto all'ingresso esplicito e consapevole di una politica, e cioè la Politica (con la 'P' maiuscola) della Costituzione, l'indirizzo fondamentale: c'era un punto archimedico, che non erano più le dottrine generali, ma il programma costituzionale. L'ingresso oggi dei principi costituzionali, senza mediazioni, nel

[4] Il moderno precetto dell'eguaglianza formale converge qui con il pensiero conservatore (Augusto Del Noce, Eric Voegelin, Leo Strauss), che guarda al primato dell'essere sull'azione, il che ricompone il conflitto che Isaiah Berlin ravvisa fra la razionalizzazione illuministica e il pluralismo del reale opposto dal Romanticismo (I. Berlin, *Le radici del Romanticismo*, Adelphi, Milano, 2001, pp. 183 ss.).

[5] Esemplare in questa direzione è N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

sapere giuridico ha invece il sapore dell'intrusione surrettizia dell'etico-politico nella scienza. La secolarizzazione del sapere giuridico, che la costituzione ha prodotto, è andata oltre il limite della demitizzazione: alla demitizzazione della falsa apparenza, quella della neutralità dell'interprete asettico rispetto ai valori, subentra la ricostituzione di una nuova mitologia, quella del garante dei principi che celano, in realtà, scelte etico-politiche. L'ordinamento giuridico, se corrisponde all'etico-politico celato in forme giuridiche, cessa di essere ordinamento e diventa trasvalutazione della forza in diritto. Ce lo avevano già insegnato Galvano Della Volpe e Umberto Cerroni. C'è un esito dissolutivo delle dinamiche di secolarizzazione, come hanno dimostrato personalità assai diverse quali Augusto Del Noce e Pier Paolo Pasolini. Questo esito dissolutivo si previene fissando limiti e soglie da non oltrepassare.

La capacità di porre un limite oggi per la scienza giuridica è affidata alla possibilità di restituire un significato alla dogmatica nell'ambiente pluralistico dei principi. La dogmatica ha un rapporto stretto con il diritto perché, grazie alla sua neutralità assiologica ed impermeabilità alle mutevoli opzioni etico-politiche, consente al diritto di realizzare la sua funzione propria, che è quella della prevedibilità e certezza, a partire dall'invenzione romana della forma e dell'astrazione. Il nostro problema è oggi quello di una restituzione di senso al diritto razionale-formale, proprio come lo concepiva Max Weber, sapendo però che quel diritto non può più essere concepito secondo la pura logica della razionalità formale, cioè la logica dei mezzi indifferente ai fini e ai postulati materiali, una volta che l'etico-politico è entrato nel diritto attraverso la porta dei principi. Bisogna concepire una dogmatica che sia attraversata dai principi, allestendo però il corredo di mediazioni necessarie affinché sia preservata la funzione di certezza cui le categorie giuridiche sono preposte. Dobbiamo insomma ricostituire un ordine, ma incorporando la complessità che è esplosa nell'esperienza giuridica.

La dogmatica giuridica non è più weberianamente circoscrivibile alla razionalità formale, ma si basa sia su quest'ultima che sulla razionalità materiale, perché le categorie giuridiche, in quanto proiezione delle norme, sono in un'ultima istanza determinate dal bilanciamento fra principi costituzionali che soggiace a quelle norme. Ne consegue la rilevanza dei principi in sede di interpretazione degli istituti giuridici, ma con due limiti. I principi intervengono in sede ermeneutica fino al limite del rispetto delle esigenze dogmatiche dei singoli elementi costitutivi della fattispecie normativa, perché la logica interna delle categorie giuridiche resta di tipo funzional-strumentale e, a causa di ciò, assiologicamente neutrale. La relativa autonomia della tecnica giuridica, in grado di vivere entro certi limiti di vita propria ri-

spetto ai principi che l'hanno generata, è da porre in relazione alla prestazione costitutiva del diritto, che è quella della prevedibilità e certezza[6]. Il secondo limite è che i principi rilevanti in sede ermeneutica sono esclusivamente quelli risultanti dal bilanciamento legislativo. L'interprete non seleziona previamente, nella materia oggetto della disciplina normativa, i principi che reputa rilevanti, per poi conformare attraverso di essi l'istituto giuridico, consentendo così l'ingresso surrettizio nell'interpretazione dei suoi valori etico-politici. L'integrazione principialista della dogmatica presuppone che l'etico-politico che vi penetri resti solo quello del legislatore.

4. *Ricostituire un ordine*

I grandi passaggi della teoria giuridica del Novecento sono stati, in realtà, tentativi di ricostituzione di un ordine a fronte dell'emersione di una complessità. Due sono stati i grandi momenti: nella prima metà del secolo, in Europa, il confronto Kelsen-Schmitt; nella seconda metà, fuori dell'Europa continentale, la discussione fra Herbert L.A. Hart e Ronald Dworkin. Ciò che accomuna questi due grandi confronti è il tentativo di ricostituzione di un ordine.

Al conflitto schmittiano fra valori Hans Kelsen risponde con la formalizzazione radicale della ragione giuridica: la risposta allo scontro politeistico fra valori risiede nella risoluzione in termini puramente logico-trascendentali della norma fondamentale e nella costruzione, come è noto, di una dottrina pura del diritto. Anche la teoria giuridica di Dworkin è programmaticamente valutativa, in un senso naturalmente assai diverso dal primato schmittiano della politica: la base del diritto risiede per Dworkin non in una fonte, ma nei contenuti di giustizia che derivano dalla migliore interpretazione che i giudici offrono della prassi giuridica di una comunità, e la teoria –

[6] Per una esemplificazione dell'indicazione di metodo della rilevanza ermeneutica dei principi, entro il limite del rispetto delle esigenze dogmatiche degli elementi costitutivi della fattispecie normativa, rinvio a E. Scoditti, *Danno da cose in custodia*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 281 ss., ove si dimostra anche come l'integrale appropriazione della fattispecie da parte di criteri materiali di valore determini l'obliterazione di elementi normativi. Non è inutile aggiungere che, come ha dimostrato la storiografia, fu l'elevata sublimazione tecnica della civilistica italiana che permise l'impermeabilità dell'elaborazione del Codice civile all'influsso dell'ideologia fascista, a dimostrazione di quanto la neutralità assiologica della tecnica preservi il diritto dai condizionamenti della politica.

moralmente orientata – contribuisce allo sforzo di rendere migliore il diritto. La risposta di Hart è stata quella del positivismo cd. inclusivo: la fonte non è una mera procedura, ma include i contenuti di giustizia che Dworkin punta ad elaborare attraverso le migliori prassi giudiziali. Alla base per Hart c'è una regola, socialmente condivisa, che permette di identificare i principi secondo il loro contenuto. Questo significa che la teoria non è valutativa, ma descrittiva della fonte che incorpora i criteri di giustizia.

Non possiamo minimamente entrare qui nella sequenza di risposte ed obiezioni che ha caratterizzato il confronto fra Dworkin e il positivismo inclusivo, ma da questi grandi confronti novecenteschi ricaviamo come la costruzione di un ordine sia affidata a regole e che il diritto è, in definitiva, un fenomeno regolativo. Torniamo allora al canone della proporzionalità. Il diritto non risiede nella selezione del principio, questa è affidata all'etico-politico. Il diritto è un fenomeno oggettivo, che si concretizza volta a volta, in relazione alle circostanze, in regole di compressione proporzionata del principio soccombente. Si tratta di regole giuridiche e non di criteri ermeneutici, diversamente da quanto sostiene Luigi Mengoni[7]. Qui seguo Roberto Bin, che, nel suo *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*[8], così si esprimeva: «il giudice costituzionale non applica direttamente il principio costituzionale che esprime il 'diritto', ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normativa e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici (…). La produzione di queste regole (…) costituisce un tipico esempio di 'produzione di norme per mezzo di norme'», secondo una categoria coniata da Riccardo Guastini[9].

5. *La giurisdizione è applicazione, indipendente dall'etico-politico, di regole e non di principi*

La 'produzione di norme a mezzo di norme', di cui si è appena detto, comporta due conseguenze. La prima è che il giudice, costituzionale o co-

[7] L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 125.

[8] Giuffrè, Milano, 1992, p. 41.

[9] Per una declinazione pluralistica di norma fondamentale, quale molteplicità illimitata di regole di bilanciamento proporzionato dei principi in relazione alle innumerevoli circostanze concrete, rinvio a E. Scoditti, *Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità*, in «Rivista di filosofia del diritto», n. 2/2013, pp. 411 ss.

mune, deve assumere un dovere di indipendenza dalle proprie visioni etico-politiche ('da se stesso') nell'atto di identificare la regola della compressione proporzionata del principio soccombente, e in generale nell'interpretazione del diritto. Stiamo parlando di un ideale normativo, e non di un dato di fatto, e dunque di un impegno e non di una realtà. Va perciò abbandonata la concezione dell'interpretazione guidata dai valori dell'interprete, sia pure universalizzati dall'adesione al programma costituzionale. La costituzione è ormai il terreno del pluralismo dei principi, e assumerne uno implica fare una scelta etico-politica. La stessa permanenza della distinzione fra disposizione e norma nell'interpretazione della legge ordinaria è affidata alla capacità dell'interprete di assunzione di un dovere di astrazione dalle proprie opzioni etico-politiche. Sullo sfondo c'è il grande tema se sia ancora attuale la filosofia ermeneutica che, a partire da *Verità e metodo* di Gadamer, ha dominato l'ultimo quarto del secolo scorso. Nell'epistemologia contemporanea, a partire dalla fine del secolo scorso, è in corso una svolta normativo-razionalista (primo fra tutti, Robert B. Brandom) a cui, a mio avviso, si deve guardare con favore. Come non pensare poi, in questo quadro, alla centralità del metodo che Emilio Betti oppose al circolo ermeneutico e all'ontologismo gadameriano?

La seconda conseguenza è che la giurisdizione comune non è tecnicamente definibile come 'garanzia dei diritti fondamentali'. Essa è applicazione del diritto oggettivo. Il diritto è un fenomeno oggettivo, ho precisato sopra. Non possiamo definire la giurisdizione comune come garanzia dei diritti fondamentali in senso tecnico, per due ragioni. La prima è che i diritti fondamentali non vivono mai da soli, ma, in quanto formulati come principi, cadono sempre nel bilanciamento che il diritto oggettivo realizza mediante la norma ordinaria. La seconda ragione è che ciò mediante cui si risolve una controversia è una regola e non un principio. Seguire un principio comporta promuovere un'opzione etico-politica, mentre per attribuire il torto e la ragione è necessario affidarsi a una regola. È una regola sia la norma del codice civile, che la compressione proporzionata del principio soccombente nel bilanciamento, da questo punto di vista non c'è nessuna differenza.

Anche quando, nelle evenienze eccezionali e residuali di inerzia legislativa, il giudice comune è chiamato, per il divieto del *non liquet*, a fissare, in via di supplenza rispetto al legislatore, la regola del caso concreto, provvedendo lui – in luogo del potere politico – a selezionare il principio prevalente, sulla base di una scelta inevitabilmente etico-politica, è un bilanciamento di principi costituzionali all'interno di una regola che viene stabilito, all'insegna del fondamentale precetto della proporzionalità, e non

la diretta applicazione di un principio[10]. Le corti non sono un'agenzia di promozione di diritti fondamentali, non sono, cioè, una amministrazione funzionalizzata a uno specifico fine pubblico (la *deputatio ad finem* di cui parlava Massimo Severo Giannini), ma sono preposte all'applicazione del diritto in modo oggettivo, all'infuori di un fine specifico. Per la funzione di promozione dei diritti fondamentali è prevista un'agenzia amministrativa dell'Unione europea e poi c'è una Corte a Strasburgo, la quale ha come mission la protezione («parcellizzata», disse Corte cost., n. 264/2012) dei diritti umani, nel limite del margine nazionale di apprezzamento, una Corte dunque che non applica il diritto oggettivo, ma è finalisticamente orientata alla garanzia dei diritti umani.

Del resto, questo è quanto ricaviamo dalla vera *grundnorm* sulla giurisdizione: «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24, comma 1, Cost.). La Costituzione equipara diritti soggettivi e interessi legittimi, perché sia i primi che i secondi, trovando rispettivamente tutela innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo (nella prospettiva di un autentico pluralismo delle giurisdizioni perché fondato su quella equiparazione), non sono altro che i diritti fondamentali, ma per come risultanti dalla ponderazione fra principi che la norma ordinaria stabilisce, prevedendo una fattispecie (un fatto e il relativo effetto giuridico), nel caso dei diritti soggettivi, o attribuendo il potere all'autorità amministrativa, in quello degli interessi legittimi[11]. In questo senso, la definizione

[10] Se il giudice rileva che, mediante la lacuna legislativa, si consuma la lesione del contenuto essenziale di un principio costituzionale, o la sua compressione non proporzionata, deve sollevare l'incidente di costituzionalità, perché non di mera inerzia legislativa si tratta, ma dell'inadempimento a un obbligo giuridico di legiferare, e dunque di un'omissione, che spetta al giudice costituzionale accertare. Non è invece incostituzionale, sotto il profilo del diritto ad agire in giudizio, la mera inerzia legislativa, perché la controversia può comunque essere risolta mediante la diretta applicazione della costituzione. Fare di ogni inerzia legislativa una illegittimità costituzionale condurrebbe, peraltro, al 'suprematismo giudiziario' di un tribunale costituzionale esecutore in ultima istanza del programma costituzionale rimasto inattuato (cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, e Id., *Positivismo giudiziario. Appunti a partire dalle c.d. omissioni legislative*, in «Quaderni costituzionali», rispettivamente n. 2/2019, pp. 251 ss., e n. 1/2024, pp. 127 ss.), sul presupposto che la costituzione non sia altro che un progetto completo di società cui prestare attuazione (prospettiva su cui mi sono criticamente intrattenuto in *Trasformazioni della costituzione materiale*, cit.).

[11] L'evoluzione del tradizionale sindacato per eccesso di potere in quello di ragionevolezza, improntato al criterio della proporzionalità, permette al giudice amministrativo di accertare

da adoperare – con riferimento alla giurisdizione ordinaria – è 'garanzia dei diritti soggettivi', quale contenuto che i diritti fondamentali acquistano nel diritto oggettivo all'esito del bilanciamento fra principi. Ciò che trova tutela in una controversia è sempre un diritto soggettivo, e mai un diritto fondamentale, anche quando l'inerzia legislativa impone la risoluzione della lite direttamente attraverso la costituzione.

6. *Politica e magistratura alla ricerca di un futuro*

Dire il diritto è così applicazione, indipendente dall'etico-politico, e non funzionalizzata a fini specifici, di regole e non di principi. Di questo, la prima a doverne acquistare piena consapevolezza dovrebbe essere proprio la magistratura, ridefinendo la propria funzione in modo adeguato alla nuova stagione del pluralismo dei principi costituzionali, prima che altre narrazioni si facciano avanti, le quali reputino che quella ridefinizione passi attraverso il ridimensionamento dell'autonomia e indipendenza della giurisdizione.

Qualcosa in questa direzione, negli ambienti della politica, si sta già manifestando. Emerge un certo gergo della politica, sia in reazioni scomposte a provvedimenti giudiziari che in teorizzazioni di un «cronico sviamento della funzione giudiziaria», la cui tesi di fondo è quella di un'anomala interferenza del giudiziario nella sovranità popolare. La polemica fra democrazia e costituzionalismo ha da sempre accompagnato la relazione fra questi due termini, e non siamo noi, alla luce di quanto detto sopra, a non prendere atto della necessità di un adeguamento dell'esercizio della funzione giudiziaria all'ambiente pluralistico del costituzionalismo per principi. C'è, però, qualcosa di nuovo e di diverso in questo gergo della politica, ed è il tentativo di riconquistare una legittimazione perduta mediante la riduzione dei margini di azione di quella che nei decenni recenti, unitamente alle piattaforme digitali e al linguaggio dei *social network*, è diventata l'alternativa alla presa della politica sulla sfera pubblica: la magistratura.

I partiti non hanno più la legittimazione che conferiva loro l'art. 49

un fondo non comprimibile nell'interesse legittimo, quando la norma attributiva del potere amministrativo derivi da un bilanciamento relativo a un diritto fondamentale: il nucleo di intangibilità si manifesta, però, non sul piano della norma (si tratterebbe altrimenti di un diritto soggettivo), ma del fatto, nel quale risiede il vincolo per l'autorità amministrativa (E. Scoditti, *Per una teoria costituzionale dell'interesse legittimo*, in «Il Foro italiano», 2022, V, cc. 162 ss.).

della nostra Costituzione, ha scritto molto bene di recente Giuliano Amato[12]. Il senso del partito politico, per la Costituzione, è nel consentire ai cittadini di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». La legittimazione dei partiti non è istituzionale, non deriva dall'elezione negli organi rappresentativi, ma è sociale, discende dalla capacità di rendere il processo di elaborazione della decisione politica un'esperienza di popolo. Partecipare alla determinazione della politica nazionale significa forgiare scelte sul bene comune mediante la continua interazione fra popolo e attori della politica. Questo sono stati i partiti di massa nel corso del trentennio glorioso. Da una certa epoca in poi, è accaduto che, al livello della politica, vi è stata la sclerotizzazione istituzionale dei partiti, mentre, al livello della società, si è assistito all'avvio di processi di frantumazione sociale che hanno condotto all'isolamento dell'individuo nelle piattaforme e all'identificazione del potere pubblico, con cui interloquire, nella magistratura. Il risultato, sul piano sociale è stata la perdita del nesso fra popolo e visione generale e l'esaltazione del *particulare*. Al declino della partecipazione di popolo alla politica attraverso i partiti sono conseguiti l'imponente astensionismo elettorale e la volatilità degli elettori, che ormai connota le tornate elettorali.

Mentre le piattaforme vanno cavalcate, la magistratura va messa in un angolo. La politica pensa così di riconquistare la legittimazione sociale perduta, ma non è dalla solitudine di colui che naviga sui *social* che può ripartire la politica come elaborazione dialogica e collettiva del bene comune, e non è sulla base delle piattaforme che può essere ricostruito il 'noi' che fonda un'identità collettiva[13]. Quanto all'altro versante, depotenziare le corti ha il solo effetto di sfigurare il volto liberale della democrazia, ma il problema, che è alle origini dello spostamento del cittadino dai circuiti della politica alle aule di giustizia, si ripresenta tale e quale. La politica deve assumersi le sue responsabilità e rifondare la propria legittimazione sociale ricostituendo il senso della partecipazione politica. I partiti devono tornare ad essere ciò che sono nella Costituzione: lo strumento per permettere ai cittadini di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

[12] G. Amato, *Senza i partiti. Costituzione e partecipazione, oggi*, in G. Amato, A. Barbera, E. Cheli, A. Manzella, *Non solo sulla Carta. Quattro lezioni necessarie sulla Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2025, pp. 37 ss.

[13] Sulla funzione, invece, che possono avere nella ricostituzione di un legame sociale i corpi intermedi e gli enti del cd. terzo settore, nel quadro di una possibile complementarità con i partiti politici, v. *Comunità intermedie, occasione per la politica*, a cura di F. Bassanini, T. Treu, G. Vittadini, Il Mulino, Bologna, 2024.

La magistratura, per sua parte, deve difendere la propria autonomia e indipendenza, vero pilastro del costituzionalismo europeo-continentale, ma in modo costruttivo, ricollocando la funzione giudiziaria all'altezza della nuova epoca[14]. In questo modo non solo si scioglie il nodo del corto circuito fra atomizzazione sociale e giudiziario emerso nei decenni recenti, ma si è in grado di porre l'argine più efficace ai tentativi di delegittimazione istituzionale del potere giudiziario, perché in grado di far cadere gli alibi ad ogni tentativo di limitazione del potere delle corti. Resistere comporta sapersi ripensare. Sotto questo aspetto, non c'è da restaurare un ordine perduto e da rimettere le cose al loro posto, per riprendere la domanda da cui siamo partiti. C'è sicuramente da ricostituire un ordine, ma immaginando un futuro, sia per la politica che per la magistratura.

7. *Il nuovo secolo e l'incombente democrazia illiberale*

Mi avvio alla conclusione. Noi dobbiamo assumere in pieno la responsabilità oggi di cosa è stato il Novecento giuridico. In realtà, la pagina di Michel Foucault con cui ho esordito ci dice che la responsabilità va assunta in relazione all'intero Novecento. Rispetto alle «ontologie attivistiche» e al «risoluto attualismo» del secolo scorso, Peter Sloterdijk invita «a un'inversione del radicalismo, a volgersi verso ciò che è aereo, senza radici, atmosferico», reagendo alla «metafisica della gravità» con «un'ermeneutica dell'esistenza antigravitazionale o sgravata»[15]. Nella seconda metà del secolo il diritto del Continente europeo è entrato in una dinamica di secolarizzazione grazie alla compenetrazione di diritto ordinario e costituzione. Quella

[14] La specificazione 'europeo-continentale' del costituzionalismo – nel testo – non è casuale: l'autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario da ogni altro potere, nell'Europa continentale, rappresenta l'eterogenesi dei fini del funzionario di derivazione napoleonica, una volta che la nomina per concorso, da mera collocazione in un apparato amministrativo, sia divenuta, grazie al governo autonomo affidato al Consiglio superiore della magistratura, garanzia, per l'appunto, di autonomia e indipendenza. La scelta del Costituente italiano, dopo l'esperienza del totalitarismo fascista, fu quella di prevedere una magistratura indipendente dal potere politico, e nomina per concorso e governo autonomo ne furono gli strumenti. Nel costituzionalismo americano, dove la magistratura ha invece una genesi politico-costituzionale, l'autonomia del potere giudiziario è piuttosto l'esito del sistema di pesi e contrappesi che caratterizza quell'ordinamento.

[15] P. Sloterdijk, *Che cosa è successo nel XX secolo?*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, pp. 76 ss.

dinamica ha significato progresso civile e sociale, ma dobbiamo oggi governare gli esiti di quella secolarizzazione, restaurando (questa volta è termine pertinente) limiti e sfere di sacertà. Va superato il modello di giurisdizione funzionalizzata, generato dalla costituzione-indirizzo fondamentale, ed espressione, più in generale, dell'epoca di pensiero attuoso descritta dalla pagina foucaultiana da cui siamo partiti. Quel modello non è più compatibile con la fase del costituzionalismo per principi.

È questa un'esigenza che diventa ancora più forte se ci guardiamo intorno e ci accorgiamo che parlare di democrazia illiberale oggi non è più un tabù. È in discussione in settori dell'Occidente lo Stato di diritto, la soggezione della maggioranza che si forma nella procedura democratica ai vincoli dell'ordinamento costituzionale. Proprio quando viene messa in discussione la sottoposizione del potere politico alla legge, è necessario che il primato del diritto debba essere fatto valere come tale, sgravato (direbbe Sloterdijk) dei condizionamenti dell'etico-politico. Alla politica che non tollera limiti bisogna contrapporre la forza del giuridico *ut sic*, liberato di ogni radice etico-politica. A chi vuole sottrarsi alle regole bisogna contrapporre regole e non principi, perché contrapporre principi rischia di farci compartecipi inconsapevoli della riduzione del diritto a scontro fra visioni etico-politiche, che è l'obiettivo finale dei fautori della democrazia illiberale. Non più diritto, ma solo politica. Diventiamo anche noi, senza saperlo e mossi dalle migliori intenzioni, attori di quello scontro dominato dalla forza, ultima manifestazione e, allo stesso tempo, deriva radicale del primato novecentesco dell'azione trasformatrice, la quale, sganciata dai vincoli liberali che il dare voce a tutti impone, diventa ultra-democrazia e, in ultima analisi, tirannia della maggioranza. Alla riduzione del diritto a contrapposte visioni etico-politiche, che il neo-dispotismo democratico persegue, per riprendere un'espressione cara a Tocqueville, bisogna avere la capacità di opporre il diritto, il quale, oggettivandosi e acquistando neutralità (aerea e senza radici, direbbe ancora Sloterdijk), è diventato regola sia per il cittadino che per il potere. Ben lungi da quello attuoso novecentesco, il pensiero critico nel nuovo secolo potrebbe essere quello antigravitazionale della neutralità e della trascendenza.

Si può (e se sì, come) «mettere in causa l'assetto organizzativo e funzionale attuale del potere giudiziario»?

Giovanni Bisogni

L'ordinamento giudiziario oggi: quo vadis?

L'ultimo incontro è un po' differente dai tre che lo hanno preceduto.

Il filo rosso che ha tenuto insieme il ciclo è espresso dal titolo del primo incontro: idealità vs. realtà della giurisdizione. Da un lato, l'idealità rappresentata dal cognitivismo della funzione giurisdizionale – l'idea che il giudice sia soggetto 'soltanto' alla legge, senza spazio per il volontarismo. Dall'altro lato, la realtà effettuale del giudicare, ove sembra che il volontarismo abbia invece molto spazio e magari richieda una sua messa in forma

I tre precedenti incontri si sono interrogati su questa dialettica – se l'idealità debba andare incontro alla realtà modificandosi; oppure il contrario, è la realtà che debba essere corretta in modo da ricondurla all'idealità – da un punto di vista funzionale, ove il termine 'funzione' essenzialmente sta per 'interpretazione' intesa in maniera abbastanza larga includendo anche quanto condiziona direttamente l'attribuzione di significato a testi normativi: ordinamento delle fonti nazionali e sovranazionali; qualità del linguaggio legislativo; metodi interpretativi; ruolo del precedente giudiziario; nomofilachia…

Il presente incontro ruota intorno alla medesima dialettica, ma dal punto di vista organizzativo – dell'ordinamento giudiziario –, a partire dalla medesima citazione utilizzata per l'introduzione al ciclo, che così si chiude in maniera circolare.

Come noto, il testo dal quale quella citazione è tratta fu pubblicato agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso: pertanto, secondo il suo autore, la giurisdizione, già dopo più di quarant'anni di vigenza della Costituzione repubblicana e ancor prima di tutti quei fenomeni che nei precedenti incontri sono stati indicati come causa di espansione del ruolo del giudiziario, necessitava di una profonda revisione, che riguardasse non solo la funzione, ma anche l'organizzazione. Ora, negli anni trascorsi dalla sua pubblicazione fino ad oggi molto è accaduto circa l'ordinamento giudiziario con una messe di riforme piuttosto significativa per quantità e qualità; e tuttavia, il medesimo autore ha recentemente ripubblicato il testo continuando a chiedersi – di nuovo – se sia il caso di «mettere in causa l'assetto organizzativo

e funzionale attuale del potere giudiziario»[16]. La domanda da porsi, allora, è la seguente: perché mai, nonostante una storia dell'organizzazione giudiziaria così intensa e travagliata quale quella dipanatasi nell'ultimo ventennio, l'interrogativo si pone ancora? Detto altrimenti: in quale direzione questa storia si è sviluppata? Qual è il modello di giudice presupposto da quella messe di riforme?

Ad uno sguardo spassionato due paiono essere i principi attorno ai quali esse hanno orbitato.

Il primo potrebbe essere etichettato come 'efficientismo': introdurre mezzi idonei a rendere la giustizia un servizio al cittadino che sia di qualità, ma che sia soprattutto celere. Tra idealità e realtà della giurisdizione non v'è dubbio che questo principio affondi le proprie radici nella seconda delle due: la reazione rispetto ad una realtà che è qualificata in termini negativi – è notorio quanto la Corte di Strasburgo abbia più volte condannato l'Italia per la lentezza dei procedimenti giudiziari –; e una reazione che tanto più si ritiene efficace, tanto più si pensa sia 'inoffensiva' e possa essere, quindi, accettata di buon grado dalla magistratura, quanto più si presenti 'a costituzione invariata', 'timida' sul piano ideale – appunto, meramente 'efficientista'.

Il problema, però, è proprio questo: la pretesa di valere nei termini di una razionalità strategica indifferente all'idealità, applicabile a qualsiasi modello di giudice si sposi. Ed invero, al cospetto di una concezione di ruolo del magistrato tuttora dominante a livello sociologico e valida anche dal punto di vista giuridico – compendiata da quel «soltanto» di cui all'art. 101, comma 2, Cost. – l'efficientismo può apparire come un vincolo *diverso* dalla razionalità epistemica richiesta per l'esercizio della funzione giudiziaria: una razionalità, appunto, strategica e che non solo può essere percepita dai suoi destinatari come un corpo estraneo[17], ma che non è detto affatto possa

[16] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 2024, p. 177.

[17] Ciò che forse può contribuire a spiegare perché le valutazioni di professionalità di fatto non siano decollate, essendo particolarmente basso il tasso di esiti non positivi: cfr. F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino 2024, p. 187. Un potente strumento di 'efficientizzazione' della giustizia potrà derivare dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale, con effetti potenzialmente impattanti sull'ordinamento giudiziario; allo stato attuale, tuttavia, la situazione, sia a livello di normativa primaria nazionale che operativo, è ancora interlocutoria e, pertanto, il CSM ha adottato recentemente una delibera improntata alla prudenza (cfr. delibera della VII Commissione del 8.10.2025).

sempre andare di pari passo con la prima[18]. Inoltre, l'efficientismo può condurre ad un effetto controproducente, proprio a causa della sua debole idealità. E in effetti, in un'organizzazione giudiziaria quale la nostra ispirata ai sistemi cd. burocratici[19] e in una tradizione giuridico-culturale risalente all'età del diritto comune ed «ereditata dal giurista continentale odierno», tesa «a racchiudere l'intera estensione della propria attività intellettuale entro i limiti formali della legge e considera la totalità del proprio operare completamente coperta dalla volta autoritaria e protettiva del sistema normativo»[20], il giudice in tanto può essere efficiente, in quanto sia messo in condizioni di esserlo da un legislatore capace di – e intenzionato a – costruire e preservare quella «volta». Se volontà e attitudine a essere un buon architetto del diritto mancano, richiedere al giudice di essere efficiente può porlo, anche involontariamente, dinanzi ad un *aut-aut*: o rendere giustizia, ma in maniera sbrigativa e qualitativamente discutibile, o curare la qualità della decisione, ma a discapito di uno standard quantitativo all'altezza dell'efficienza richiesta – e in entrambe le eventualità con il rischio aggiuntivo di supplire ad un ruolo avvertito come non suo, quasi 'politico'[21].

Il secondo principio cui si ispira altra parte delle riforme dell'ordinamento giudiziario succedutesi in questi anni potrebbe essere denominato, invece, come 'rigorismo'.

Anch'esso affonda le proprie radici nella realtà e anche in tal caso questa realtà è giudicata in termini negativi. Tuttavia, non in un punto di efficienza, ma lamentando una evidente inappropriatezza del ruolo che il magistrato di fatto svolge – si badi: si è detto 'magistrato' e non solo 'giudice' perché la questione riguarda anche il pubblico ministero e, più generale, il rigorismo si interessa quasi sempre della giurisdizione penale.

---

[18] Cfr. N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna 2024, p. 166, che giustamente segnalano quanto il giudizio sulla professionalità del magistrato possa risolversi impropriamente in un giudizio disciplinare e, dunque, possa essere avvertito dal magistrato come una minaccia alla propria indipendenza.

[19] Sulla distinzione fra sistemi cd. burocratici e sistemi cd. professionali vd. almeno C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 38 ss.

[20] A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. 120.

[21] Come noto, un campo nel quale queste tensioni si scaricano è rappresentato dalla motivazione della sentenza, sulla quale vd. da ultimo L. Nazzicone, *La motivazione della sentenza. Stile e tecniche*, Giuffrè, Milano 2024.

Le cause sono molteplici. Ormai da anni la magistratura eserciterebbe quello che Alessandro Pizzorno aveva definito il cd. «controllo delle virtù»: la verifica sulla moralità del personale politico. In passato essa era effettuata dai partiti politici gli uni nei confronti degli altri e dall'opposizione nei confronti della maggioranza, ma ormai la prima, potendo controllare poco l'attività dell'esecutivo, ha preferito ripiegare su un *horse trading* che le ha fatto perdere interesse nel pungolare la seconda sotto il profilo morale. Di qui una sorta di vuoto nell'esercizio del «controllo di virtù», che è stato colmato dal potere giudiziario *in via di fatto e non per un disegno precostituito*; ed esso è stato esacerbato dalla progressiva consapevolezza per la quale la magistratura requirente, anche solo per carenza di risorse strumentali, non è sempre in condizioni di esercitare l'azione penale quando ne ricorrono i presupposti di legge, ma è costretta a condurre delle scelte[22].

A ciò si aggiunga che la caduta della tensione ideologica successiva al crollo del Muro di Berlino, unitamente ai vincoli di bilancio derivanti dall'adesione all'Unione Europea, hanno di fatto appannato quella che Maurizio Fioravanti chiamava la «grande politica»: «una politica (…) che si colloca più in alto, oltre il piano ordinario dello svolgersi dell'indirizzo politico di maggioranza, su un piano che è quello dei principi costituzionali, che unisce le forze politiche, chiamate in questo senso ad un impegno di carattere solidale»[23]. Ad essa è subentrata una politica che o preferisce legiferare per principi scaricando sui giudici la responsabilità, in parte anche politica, di dettagliarli o che, all'opposto, si limita all''amministrazione' (da intendersi in senso lato): una gestione dell'esistente, magari efficace, ma priva di slanci e poco progettuale, fatta di interventi puntuali e circoscritti che, in quanto tali, quando investono la giurisdizione, esigono, secondo la modellistica di Mirjan Damaška, un «processo come attuazione di scelte politiche» (e non «come risoluzione di conflitti»[24]). Frequentemente, poi, questi interventi vengono dispiegati usando il diritto penale che, quando non è altro che un esercizio di diritto penale cd. simbolico, sembra riecheggiare quel modo di governare che Hans Kelsen riteneva più frequente in

[22] A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, pp. 62 ss.

[23] M. Fioravanti, *La costituzione democratica come autonomo "tipo" storico*, in Id., *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano 2018, p. 185.

[24] M. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), trad. it. a cura di M. Taruffo, Il Mulino, Bologna 1991.

antico regime e che denominava «amministrazione indiretta»[25]: non facendo direttamente, ma facendo fare agli attori sociali dietro minaccia di sanzione penale, la cui applicazione giudiziale si vuole sia possibilmente pronta ed efficace.

Dinanzi a tale stato di cose la reazione espressa da una parte delle riforme che in questi anni si sono dispiegate in tema di ordinamento giudiziario è raffigurabile nei termini di uno specchio rovesciato rispetto all'efficientismo: un forte bisogno di idealità. Ma una idealità – è questo il punto da sottolineare – non nel senso della 'messa in causa' di cui Zagrebelsky discorre. Tutt'altro: di essa non c'è bisogno perché, a ben vedere, *già esisterebbe un modello ideale di giurisdizione che farebbe al caso* e rispetto al quale ciò che è successo da quarant'anni a questa parte rappresenta una deviazione. Si tratterebbe di ribadire con forza e in maniera quasi letteralistica quanto sancito dall'art. 101, comma 2, Cost. ovvero che il giudice è soggetto sempre e soltanto ed unicamente alla legge: un funzionario dello Stato e non un dispensatore di giustizia, vincolato strettamente alle regole e non lanciato in ardite ricostruzioni principialiste, prudente nel risolvere le antinomie fra il diritto nazionale e quello eurounitario e alieno da qualsiasi suggestione volto a farne un ingegnere sociale e/o politico – nelle parole di Piero Calamandrei, «uno strumento di precisione adatto ad applicare qualunque legge, come un fonografo pronto a riprodurre qualunque voce impressa sul disco di cera»[26].

Non, quindi, una fuga in avanti verso idealità ignote e disfunzionali rispetto a quella realtà, ma una sorta di «torniamo allo Statuto» applicato alla giurisdizione. Un ritorno, però, per il quale, stante l'evoluzione del ruolo del giudice in più di settant'anni di applicazione della Costituzione[27], possono esprimersi le stesse perplessità che Gaetano Arangio Ruiz manifestò nei confronti dell'appello di Sonnino: «*Torna* in un luogo chi vi è stato; *torna* ad un uso chi l'ha un tempo seguito; noi, riguardo alla forma di governo, nello Statuto non siamo stati mai, le norme che esso prescrive pel potere

[25] H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, p. 110.

[26] P. Calamandrei, *La giurisdizione costituzionale dell'equità*, in «Archivio giuridico», 1921, LXXXV, pp. 224-277, anche in Id., *Opere giuridiche. III. Diritto e processo costituzionale*, Morano, Napoli 1968, p. 17.

[27] Sul punto cfr. almeno A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna 2012, in particolare il cap. VIII, nonché E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2018, in particolare capp. II e III.

esecutivo non abbiamo mai seguite»[28].

Se tutto questo è vero e se lo raffrontiamo a quanto è stato detto nei precedenti *Dialoghi*, non si può fare a meno di notare un certo strabismo. Sul piano funzionale, un po' tutti i partecipanti hanno preso atto che l'effettività giurisdizionale è largamente asincrona rispetto alla sua idealità e, dunque, qualcosa andrebbe fatto per recuperare un fisiologico scarto tra l'una e l'altra[29]. Sul piano organizzativo, invece, sembra che tutto questo non valga: nella migliore delle ipotesi, si persegue l'efficienza, ma richiesta ai giudici e non al legislatore; nella peggiore, l'organizzazione giudiziaria è interessata solo nella misura in cui riguarda il processo penale e i suoi attori, ed è interessata solo per ribadire una idealità *altmodisch*.

Personalmente chi scrive è convinto che a quest'esito si sia giunti per la carenza di ciò che fa parte del titolo di questo ciclo di seminari: il dialogo. È questa carenza a spiegare perché l'interrogativo sollevato da Zagrebelsky sia ancora attuale; e forse è proprio a partire dal profilo organizzativo che occorre rimediare a questa carenza perché, se è vero che «la disciplina dell'ordinamento giudiziario è (…) lo "specchio" del ruolo che si intende riconoscere all'attività giurisdizionale in un dato periodo»[30], sembra di avere a che fare con uno specchio deformato, che restituisce un ruolo in cui in parte non ci si riconosce e che in parte non c'è – e forse è persino impossibile che ci sia.

Quando si parla di organizzazione in riferimento alla magistratura, di solito si mette mano alla pistola. Discostarsi dall'assetto attuale, basato sull'accesso per concorso, non potrebbe che condurre a procedure proprie di tradizioni decisamente diverse dalle nostre o frutto di innovazioni di dubbia democraticità – le elezioni[31] – oppure a forme surrettizie di nomina attraverso le quali chiamare il magistrato a rispondere per quel che fa, comprimendone l'indipendenza. Sovente ci si dimentica che un aspetto che attiene

[28] G. Arangio Ruiz, *Governo parlamentare o governo costituzionale?*, in «Il Filangieri», 1899, 24, n. 8, p. 484.

[29] Lo auspica anche Giuseppe Santalucia nel *Dialogo* che qui si introduce: pp. 175-177.

[30] Come afferma Francesco Dal Canto nella sua relazione al *Dialogo* qui introdotto: p. 146.

[31] Dal primo punto di vista ci si riferisce alla risalente pratica della *judicial election* in alcuni Stati degli USA, i cui dettagli possono variare anche di molto da Stato a Stato; relativamente al secondo il riferimento è alla riforma del 2024 del sistema giudiziario messicano, che ha introdotto le elezioni quale criterio generale per la composizione degli organi giudicanti e che ha suscitato molte critiche, interne ed esterne al paese, in punto di indipendenza giudiziaria.

all'organizzazione giudiziaria è la formazione pre-ruolo del magistrato, attività che è tanto più importante se si pensa che quella giudiziaria è una funzione razionalistica e non volontaristica e, dunque, richiede per sua natura una elevata competenza epistemica. Generalmente negli anni l'attenzione alla formazione pre-ruolo (non solo del magistrato) è notevolmente cresciuta, tanto che si può dire che non ci sia operatore del diritto che, al principio della propria carriera, non debba adempiere a degli obblighi formativi[32]. E tuttavia, è notorio quanto attualmente questi percorsi siano diversi da professione a professione – ognuna delle quali li gestisce quasi sempre in proprio sia per contenuti che per personale docente –, evidenziando purtroppo anche in questo settore una mancanza di dialogo che invece, a condizione sia seriamente avviato[33], potrebbe contribuire non poco ad una cultura comune a tutti gli attori della giurisdizione, potrebbe stemperarne i conflitti interni e rimediare allo strabismo cui si accennava in precedenza[34].

Recentemente siamo stati chiamati alle urne per un referendum costi-

[32] A tal punto la formazione in ambito giuridico è divenuta importante che l'ultima versione (dicembre 2025) della *Rule of Law Checklist* della cd. Commissione di Venezia (<https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/cdl-ad-2025-002-e>) ha introdotto una nuova ed apposita sezione intitolata *Legal and civic education*, sottolineando che «the realisation of the Rule of Law falls mainly to legal professionals, whose competence and integrity is decisive for promoting the Rule of Law» e aggiungendo che «legal education for legal professionals should be complemented by civic education fostering respect for human rights, democracy and the Rule of Law among the general public» (p. 5).

[33] Cosa che non avvenne affatto con l'istituzione – avvenuta nel 1997 – delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, il cui fine non fu tanto quello di realizzare un percorso professionalizzante comune, ma «evidentemente quello di contenere il numero dei candidati [al concorso in magistratura] entro cifre ragionevoli» (Dal Canto, *Lezioni*, cit. nt. 2, p. 166) – ristrettezza di vedute che ne ha causato, poi, la crisi quando questo scopo è stato accantonato, una volta compreso che l'obbligo del diploma di specializzazione aveva prodotto, tra le altre cose, un consistente quanto prevedibile innalzamento dell'età media dei vincitori di concorso.

[34] Il che non ha nulla di rivoluzionario se si pensa che da molto tempo e da figure provenienti sia dal mondo accademico che da quello giudiziario si sottolinea la bontà del modello tedesco, caratterizzato proprio dall'unitarietà della formazione pre-ruolo degli operatori giuridici (cfr. M. Cappelletti, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano 1957; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 165; E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Esi, Napoli 1999, pp. 129-131).

tuzionale uno dei cui obiettivi era la separazione delle carriere. Visto l'esito, non sarebbe forse giunto il momento opportuno per andare in senso opposto ovvero unire e non separare?

Francesco Dal Canto

Idee di giudice e di giurisdizione nelle trasformazioni dell'ordinamento giudiziario

SOMMARIO: 1. Premessa: l'assetto organizzativo del potere giudiziario riflette l'idea di giudice e di giurisdizione – 2. L'ordinamento giudiziario italiano nella fase 'espansiva' – 3. L'ordinamento giudiziario italiano nella fase 'regressiva': a) lo spartiacque rappresentato dalla legge Castelli del 2005 e le successive leggi Mastella del 2006-2007 – 4. Segue: b) il ruolo del C.S.M. dopo il 2007, a protezione del modello italiano di ordinamento giudiziario – 5. Segue: c) la legge n. 71/2022 sull'ordinamento giudiziario, un compromesso difficile per 'voltare pagina' in un periodo di crisi – 6. La legge di revisione costituzionale Meloni-Nordio del titolo IV della Costituzione: a) il testo – 7. Segue: b) la falsa 'etichetta' della separazione delle carriere – 8. Segue: c) la vera posta in gioco – 9. Segue: d) una riforma costituzionale per quale giudice? – 10. In conclusione

1. *Premessa: l'assetto organizzativo del potere giudiziario riflette l'idea di giudice e di giurisdizione*

Il titolo di questo intervento, suggestivamente propostomi dagli organizzatori del seminario odierno, prende spunto da una frase di Gustavo Zagrebelsky contenuta nel suo celebrato saggio del 1992, *Il diritto mite*, di recente ripubblicato in una nuova edizione corredata da un'ampia ed esplicativa *Introduzione*[1].

Nella frase in questione l'Autore svolge la tesi secondo cui le trasformazioni fatte registrare nel corso degli anni dallo 'statuto' della funzione giudiziaria avevano reso necessario interrogarsi circa l'attualità e l'adeguatezza dell'organizzazione del potere giudiziario. Infatti, alla progressiva dilatazione del ruolo del giudice e al suo graduale allontanamento dal modello classico del giudice '*bouche de la loi*' doveva corrispondere l'affermazione di modelli di ordinamento giudiziario diversi da quelli tradizionali, allora ancora operanti, e più corrispondenti a un diritto che, come ricorda Zagrebelsky, «non è più solo volontà dello Stato». E ciò, prosegue l'Autore, allo scopo di «ridurre la distanza che separa le straordinarie profondità e creatività della funzione giurisdizionale odierna e l'organizzazione a essa pre-

[1] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992 e 2024 (nuova edizione).

posta»[2].

Si tratta di un ragionamento certamente condivisibile. La disciplina dell'ordinamento giudiziario è infatti lo 'specchio' del ruolo che si intende riconoscere all'attività giurisdizionale in un dato periodo[3]; e nell'esperienza italiana le trasformazioni del ruolo del magistrato e della funzione giudiziaria sono sempre state tendenzialmente associate ai mutamenti di tale disciplina, pur con qualche battuta d'arresto, o qualche ritardo. Assetto ordinamentale e assetto funzionale del potere giudiziario hanno sempre proceduto su binari tendenzialmente paralleli. E negli ultimi decenni, soprattutto a partire dagli anni Sessanta, si è registrato il progressivo allontanamento dal modello del giudice meccanico applicatore della regola legislativa attraverso il sillogismo giudiziario e, conseguentemente, l'affermazione di assetti di ordinamento giudiziario progressivamente più rispettosi delle garanzie di autonomia e indipendenza del magistrato.

Va detto, peraltro, che tale tendenza 'espansiva' ha subito una netta inversione a partire da circa vent'anni, con il ciclo di riforme realizzate tra il 2005 e il 2007, a partire dalle quali il *trend* si è chiaramente ribaltato.

Nelle pagine che seguono intendo ripercorrere schematicamente le tappe compiute dall'ordinamento giudiziario italiano dall'avvento della Repubblica ai nostri giorni, mettendo a fuoco soprattutto gli ultimi vent'anni, compresa la prospettiva che si è aperta oggi in vista dell'eventuale approvazione della riforma costituzionale Meloni-Nordio sulla c.d. separazione delle carriere[4]. Alla luce di tale riforma vorrei soppesare, in ultima analisi, la frase di Zagrebelsky dalla quale ho preso avvio, pronunciata nella fase finale della tendenza espansiva dell'ordinamento giudiziario, poco prima che si verificasse la richiamata inversione di tendenza.

[2] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 2024, p. 178.

[3] R. Romboli, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in «Foro italiano», V, 2006, 49.

[4] Com'è noto, il referendum popolare svoltosi nei giorni 22 e 23 marzo 2026 ha bocciato la legge costituzionale recante: «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare» approvata in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei componenti, sia dalla Camera che dal Senato e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 253 del 30/10/2025.

2. *L'ordinamento giudiziario italiano nella fase 'espansiva'*

All'indomani della Liberazione, dopo una prima fase di allontanamento dal servizio dei magistrati che avevano partecipato attivamente al fascismo[5], viene adottato il r.d.l. n. 511/1946 – la notissima «legge sulle guarentigie della magistratura», di iniziativa del Ministro della giustizia Palmiro Togliatti – con il quale furono eliminate le disposizioni più repressive dell'ordinamento Grandi del 1941 e ripristinate le garanzie allora abolite.

Un approfondito riesame dei problemi riguardanti il potere giudiziario fu poi svolto dall'Assemblea costituente, i cui lavori sfociarono nella stesura del Titolo IV della Parte II della Costituzione, che, malgrado alcune imprecisioni e ambiguità, esprime con chiarezza l'obiettivo di voltare pagina rispetto al modello di ordinamento giudiziario, burocratico e gerachizzato, edificato nel corso del precedente regime.

Peraltro, com'è ben noto, il modello italiano di ordinamento giudiziario, in conformità ai nuovi principi costituzionali, non venne edificato subito all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione ma attraverso un lungo cammino caratterizzato da una serie di interventi successivi di varia natura, affermandosi nel tempo come un modello del tutto inedito e assai apprezzato anche all'estero, tanto da parlarsi di 'modello italiano' di ordinamento giudiziario.

In particolare, detta trasformazione è stata favorita da puntuali interventi legislativi[6] e da pronunce della Corte costituzionale[7], la cui entrata in funzione, nel 1956, ha determinato, più in generale, una vera e propria 'rivo-

[5] I magistrati sottoposti in questa fase a procedimento di allontanamento furono circa quattrocento, anche se poche furono le condanne finali; cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2006, p. 250 e A. Galante Garrone, *La magistratura tra fascismo e Resistenza*, in Id., *I giudici dalla Resistenza allo Stato democratico*, Savigliano, 1986, pp. 29 ss.

[6] Innanzi tutto, la legge istitutiva del C.S.M. (legge n. 195/1958) e le modifiche intervenute successivamente riguardanti tale organo – con riferimento soprattutto al sistema di elezione della componente togata (cfr. leggi nn. 1198/1967 e 695/1975) – che, pur con taluni elementi di criticità, divenne progressivamente più aperto, pluralista e democratico. Inoltre, le riforme riguardanti la c.d. 'carriera' aperta dei magistrati, caratterizzata, nella sostanza, dal principio dell'avanzamento sulla base del criterio dell'«anzianità senza demerito» e dell'ottenimento della «qualifica a prescindere dalle funzioni» (legge Breganze n. 570/1966 e Breganzone n. 831/1973), in applicazione del principio per cui i magistrati si distinguono soltanto per funzione (art. 107 Cost.).

[7] Cfr. G. Ferri, *Ordinamento giudiziario e Costituzione*, in G. Ferri, A. Tedoldi, *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Napoli, 2016, pp. 10 ss.

luzione copernicana' per il sistema giudiziario[8], con un duplice effetto: da un lato, essa ha sancito una parziale emancipazione del singolo giudice dal ruolo di guida esercitato della Corte di cassazione, indebolendo la struttura piramidale del potere giudiziario; dall'altro, la stessa ha prodotto una crepa profonda nel 'dogma' dell'apoliticità della magistratura, dato che al giudice veniva ora chiesto in modo esplicito di confrontarsi direttamente con la Costituzione e con i suoi principi «ad alta densità politica»[9].

Un notevolissimo apporto in direzione della progressiva conformazione dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali è stato poi dato, com'è noto, anche dal C.S.M., nell'ambito della sua attività para-normativa, attraverso un'attenta opera di interpretazione adeguatrice delle norme di legge vigenti[10].

Può dunque dirsi, con un qualche margine di approssimazione, che gli anni Ottanta e Novanta hanno rappresentato la fase di massima espansione delle garanzie riconosciute dalla Costituzione al potere giudiziario, in cui si è arrivati più vicino alla realizzazione del 'modello italiano di ordinamento giudiziario', com'era stato immaginato, anche prima dell'avvento dell'ordinamento repubblicano, dai suoi principali precursori – Mortara e Calamandrei su tutti – e come poi era stato tratteggiato nella Carta del '48.

3. *L'ordinamento giudiziario italiano nella fase 'regressiva': a) lo spartiacque rappresentato dalla legge Castelli del 2005 e le successive leggi Mastella del 2006-2007*

Come anticipato, la fase 'espansiva' dell'ordinamento giudiziario ha esaurito la sua spinta da circa una ventina d'anni. Il saggio *Il diritto mite* – da cui abbiamo preso le mosse – era stato pubblicato da oltre un decennio.

Invertita la rotta, è iniziato un lento percorso a ritroso. E se vogliamo individuare un evento spartiacque, questo è rappresentato dall'approvazione dalla legge n. 150/2005 (detta Castelli, dal nome del Ministro della

[8] S. Senese, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in «Democrazia del diritto», 4, 1986, p. 40.

[9] Così A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in *Magistratura e democrazie italiana: problemi e prospettiv*e, a cura di S. Sicardi, Napoli, 2010, p. 36.

[10] A tale proposito, possono ricordarsi le circolari degli Anni Settanta che introdussero il sistema tabellare in attuazione del principio di precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.), o quelle che, a partire dagli Anni Ottanta, promossero la progressiva diffusione della titolarità dell'azione penale all'interno degli uffici requirenti, con il conseguente affievolimento dell'assetto gerarchico delle procure.

giustizia) e dei decreti delegati alla stessa collegati.

La legge Castelli nasce in una stagione di marcata contrapposizione tra magistratura e potere politico, in un clima caratterizzato da un'aperta ostilità nei confronti dei magistrati. La legge viene approvata all'esito di un lungo e tormentato *iter* legislativo durato circa tre anni e caratterizzato anche da un pesante rinvio alle Camere dell'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, in relazione a quattro rilievi di «palese incostituzionalità»[11].

La cifra che più caratterizza la legge del 2005 è quella di essere indirizzata, nel suo complesso, all'obiettivo della sostanziale restaurazione di modelli culturali del passato, antitetici rispetto a quello che si era progressivamente e faticosamente realizzato nei decenni precedenti. È evidente, nella riforma, l'intento di riposizionare il potere giudiziario nell'ambito della forma di governo a vantaggio del potere politico, in ragione della sua diretta derivazione dalla sovranità popolare. Così come è evidente l'obiettivo di ridimensionare gli spazi della 'discrezionalità giudiziaria' e favorire il ritorno ad un modello di potere giudiziario, e di magistrato, più 'invisibile e nullo' – secondo la celebre espressione di Montesquieu – cauto applicatore del comando stabilito nella legge.

Sono molti i temi rispetto ai quali la riforma del 2005 realizza un 'ritorno all'antico'. Per fare soltanto degli esempi, la disciplina dell'accesso alla magistratura viene modificata nel senso che, ai fini dell'ammissione al concorso, non è più sufficiente la sola laurea in giurisprudenza ma è necessario il previo conseguimento di un titolo ulteriore; la progressione lavorativa del magistrato torna ad essere una vera e propria 'carriera', articolata in una pluralità di 'gradini' cui si accede mediante concorso. Ancora, le procure della Repubblica tornano ad essere organizzate gerarchicamente, con il Procuratore della repubblica 'titolare esclusivo' dell'azione penale, e viene introdotta una più rigida distinzione tra carriera giudicante e carriera requirente, prevedendosi che il passaggio da una funzione all'altra fosse possibile soltanto nei primi tre anni della carriera, previo concorso ed esclusivamente per uffici con sede in un distretto diverso. Il sistema della responsabilità disciplinare viene ridisegnato in modo rigido attraverso una analitica tipizzazione delle fattispecie di illecito, alcune delle quali palesemente tese a restringere il 'margine di manovra' del giudice nell'ambito della

[11] Il fuoco del rinvio è rivolto a quei vizi che appaiono al Capo dello Stato maggiormente idonei a incidere sull'equilibrio tra i poteri definito nella Costituzione, mettendo in gioco, appunto, il rapporto tra politica e magistratura, e dunque più indicativi della 'scarsa sensibilità istituzionale' del Parlamento. Cfr. M. LUCIANI, *Il rinvio presidenziale*, in *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in «Foro italiano», V, 2006, 7.

sua attività interpretativa.

Di lì a poco il Governo di centro-destra cade e la prospettiva muta ancora.

All'indomani delle elezioni politiche della primavera del 2006, la nuova maggioranza di centro-sinistra traduce infatti in provvedimenti legislativi l'intenzione, già manifestata in sede di campagna elettorale, di tornare in tempi brevi alla fase antecedente a quella della legge Castelli. Su iniziativa del nuovo Ministro della giustizia, Clemente Mastella, l'obiettivo viene colto dapprima con la legge n. 269/2006, recante «sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario», e poi con la legge n. 111/2007, promulgata il 30 luglio, ultimo giorno utile per evitare che le norme sospese potessero riacquistare efficacia. Ma la riforma Mastella, pur temperando in modo rilevante le asperità più evidenti dell'impianto precedente sotto il profilo della conformità ai principi costituzionali, non si pone in 'netta discontinuità' con il progetto culturale sotteso allo stesso, a differenza di quanto era stato auspicato da parte della dottrina[12].

Venendo al merito delle scelte compiute, una novità di rilievo è rappresentata dall'introduzione di un sistema di 'carriera' meno piramidale e suddiviso in sette fasce di anzianità, a cadenza quadriennale, alle quali si accede previa valutazione di professionalità. Tale disciplina, come da più parti notato, ha il grande merito di aver esplicitamente introdotto nell'ordinamento giudiziario italiano la 'cultura della valutazione'[13]. In particolare, viene reciso il vincolo, posto dalla legge n. 150/2005, tra progressione e formazione/professionalità, due dimensioni che ora vengono collocate su binari distinti.

Con riguardo all'organizzazione delle procure, la riforma introduce modifiche piuttosto limitate[14], mentre più incisive sono le novità attinenti al

[12] Cfr. A. Pizzorusso, *Considerazioni generali*, in *La legge di riforma*, cit. nt. 11, p. 6, che avrebbe ritenuto necessaria una legge di «abrogazione secca», per dare «un chiaro segno di discontinuità nei confronti di questo tentativo di restaurazione di un passato che rifiutava alla magistratura un'adeguata condizione di indipendenza».

[13] Cfr. A. Patrono, *Formazione dei magistrati e valutazione di professionalità*, in Ferri, Tedoldi, *L'ordinamento*, cit. nt. 7, pp. 159 ss.

[14] In particolare, tre le variazioni apportate alla disciplina del 2005-2006: a) il provvedimento con il quale il pubblico ministero viene incaricato di un determinato affare non viene più qualificato come «delega» bensì come «assegnazione»; b) il Procuratore della Repubblica rimane il titolare esclusivo dell'azione penale, tuttavia viene cancellato l'inciso ai sensi del quale tale azione è esercitata «sotto la sua responsabilità»; c) infine, in caso di revoca dell'assegnazione viene prevista la facoltà del magistrato di presentare osservazioni

tema della separazione delle carriere, in ordine al quale vengono un poco ridotti gli ostacoli previsti per il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa.

Con riferimento poi alla responsabilità disciplinare, la maggior parte delle fattispecie di illecito che avevano destato perplessità, perché potenzialmente impattanti sul ruolo del giudice, viene modificata o abrogata. In particolare, viene soppresso il riferimento all'art. 12 delle Preleggi, in precedenza richiamato come clausola di esenzione dalla responsabilità per l'attività interpretativa, mentre la previsione concernente il divieto di partecipazione a partiti e centri politici viene sostituita con quella, più morbida, in forza della quale costituisce illecito «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici».

4. *Segue: b) il ruolo del C.S.M. dopo il 2007, a protezione del modello italiano di ordinamento giudiziario*

All'indomani del ciclo di riforme degli anni 2005-2007 si è registrata un'imponente attività para-normativa del C.S.M., che ha segnato in modo rilevante la prassi applicativa. L'attivismo dell'organo di governo autonomo della magistratura ha senz'altro contribuito a sottoporre l'intera riforma a una lettura costituzionalmente orientata.

I settori presi in considerazione sono diversi. In tema di valutazioni di professionalità[15], innanzi tutto, il C.S.M. è intervenuto con una disciplina minuziosa, declinando i parametri indicati dalla legge con più specifici e puntuali indicatori. In particolare, con delibera del 28 luglio 2015 viene adottato un nuovo T.U. sulla dirigenza giudiziaria, con il quale, modificando il precedente testo del 2010, l'organo di governo autonomo della magistratura opera il complessivo riordino della disciplina secondaria, con il fine ultimo di esaltare la meritocrazia, rendendo anche in questo caso più oggettivi e trasparenti i criteri seguiti e conseguentemente più prevedibili e comprensibili le scelte compiute[16].

Ma è sulla disciplina degli uffici di Procura che si sono registrati gli in-

scritte.

[15] Cfr. circolare del C.S.M. n. 20691/2007 e successive modificazioni.

[16] Cfr. G. Campanelli, *Nuovo testo unico sulla dirigenza giudiziaria: possibili effetti sui limiti del sindacato giurisdizionale*, in «Questione giustizia», 9 aprile 2016: < https://www.questionegiustizia.it/articolo/nuovo-testo-unico-sulla-dirigenza-giudiziaria_possibili-effetti-sui-limiti-del-sindacato-giurisdizionale_09-04-2016.php>.

terventi più incisivi del C.S.M., tesi, nel loro complesso, ad attenuare la gerarchizzazione introdotta dalle precedenti riforme e ad assicurare, per quanto possibile, l'autonomia del singolo pubblico ministero.

Ciò che in questa sede interessa soprattutto sottolineare è l'approccio dichiaratamente 'conservativo' seguito dall'organo di governo autonomo della magistratura nei confronti della riforma del 2005-2007, che si realizza per mezzo di un'interpretazione tesa a ridimensionare gli elementi di più netta rottura con l'immediato passato.

5. *Segue: c) la legge n. 71/2022 sull'ordinamento giudiziario, un compromesso difficile per 'voltare pagina' in un periodo di crisi*

L'approvazione della legge Cartabia sull'ordinamento giudiziario, dopo una lunga serie di tentativi di riforma non andati a segno, è stata favorita da due circostanze contingenti.

In primo luogo, il noto scandalo che ha coinvolto il C.S.M., e con esso tutto il sistema giustizia, a partire dalla primavera del 2019 (c.d. caso Palamara), quando le cronache hanno dato conto dello svolgimento di riunioni tra alcuni esponenti politici e alcuni componenti dell'organo di governo della magistratura volte a condizionare le nomine dei dirigenti degli uffici giudiziari, soprattutto requirenti. Tale preoccupante commistione tra giustizia e politica ha suscitato, tra gli altri, l'intervento durissimo del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, che in una riunione straordinaria del C.S.M., svoltasi il 21 giugno 2019, ha evidenziato l'emersione di «un quadro sconcertante e inaccettabile», esortando la magistratura italiana a «recuperare la credibilità e la fiducia dei cittadini», gravemente messa in dubbio dai citati fatti di cronaca.

In secondo luogo, l'approvazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.), approvato in via definitiva dal Consiglio Europeo il 13 luglio 2021, con il quale l'Unione Europea ha finanziato linee di intervento a favore (anche) dell'Italia per far fronte alla crisi economica apertasi nel lungo periodo della pandemia da Covid-19; tale Piano ha posto i temi dell'ordinamento giudiziario tra i punti qualificanti sui quali intervenire urgentemente con riforme, allo scopo, soprattutto, di rendere più efficiente il sistema giustizia.

Il cammino della riforma Cartabia, inoltre, è stato contrassegnato da un contesto politico mutevole e complesso. Essa, infatti, ha preso origine dal disegno di legge A.C. n. 2681, il cosiddetto progetto Bonafede, dal nome dell'allora ministro della Giustizia, elaborato nel 2019 dal Governo

Conte I, sostenuto da una maggioranza a trazione Lega-Cinque Stelle; tale progetto è stato poi presentato alla Camera dei deputati, variamente modificato, il 28 settembre 2020 dal Governo Conte II, sostenuto questa volta da una maggioranza PD-Cinque Stelle. Infine, esso è stato ereditato e modificato dal Governo Draghi, caratterizzato da un allargamento della coalizione a quasi tutto l'arco parlamentare, sotto la nuova guida della ministra Marta Cartabia.

In particolare, la ministra Cartabia ha dato incarico, nella primavera del 2021, a una Commissione di studio presieduta dal Prof. Massimo Luciani[17], che il 31 maggio 2021 ha trasmesso alla Ministra la sua relazione conclusiva contenente la proposta di una serie di modifiche al progetto Bonafede; dopodiché, all'esito di un travagliato confronto tra le numerose forze politiche della maggioranza, il Governo ha presentato al Parlamento un maxi-emendamento allo stesso disegno di legge Bonafede.

Il disegno di legge è stato dunque approvato in via definitiva dal Parlamento nel giugno del 2022, per quanto alcune delle disposizioni in esso originariamente contenute, sulla Scuola superiore della magistratura e sul concorso per l'accesso alla magistratura, siano state anticipate con decreto-legge n. 144/2022.

La legge Cartabia n. 71/2022 rappresenta, in epoca repubblicana, la riforma più ampia portata a termine in materia di ordinamento giudiziario in Italia dopo quella del 2005-2007[18]. Essa si compone di norme immediatamente precettive e di altre di delega, successivamente attuate con i decreti legislativi nn. 44 e 45/2024.

Con riguardo alle norme di delega, le novità principali hanno riguardato gli incarichi direttivi e semidirettivi, le valutazioni di professionalità e il collocamento fuori ruolo. Le norme immediatamente precettive hanno inciso sulla limitazione del passaggio tra funzioni giudicanti e requirenti e viceversa, sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, sulla par-

[17] Cfr. Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario, nominata con decreto del Ministro della Giustizia del 26 marzo 2021, i cui lavori sono consultabili su <www.giustizia.it>.

[18] Per un primo inquadramento della riforma, cfr. G. Campanelli, S. Panizza, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2022, tra novità e questioni ancora aperte*, in «Osservatorio costituzionale», 1, 2023, pp. 129 ss. e F. Biondi, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, in «federalismi.it.», 8 marzo 2023: < https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=666&content=Ordinamento%2Bgiudiziario%3A%2Bnovit%C3%A0%2C%2Battese%2Be%2Bprospettive&content_auth=%3Cb%3EFrancesca%2BBiondi%3C%2Fb%3E>.

tecipazione dei magistrati alle attività politiche e, soprattutto, sulla composizione e sul funzionamento del C.S.M., con particolare riguardo alla riforma della legge elettorale per l'individuazione dei suoi componenti togati.

Non è possibile soffermarsi in questa sede sul merito delle scelte compiute, peraltro ben note, in quanto tuttora operanti. Può soltanto osservarsi che, anche in questa occasione, si è proceduto per singoli 'aggiustamenti', senza realizzare un riassetto complessivo dell'ordinamento giudiziario; del resto, le peculiari contingenze politico-istituzionali che avevano visto nascere la riforma non avrebbero consentito grandi stravolgimenti. Semplicemente, si è intervenuti allo scopo di razionalizzare il quadro complessivo, con modifiche puntuali su singoli istituti, tendenti, nel loro insieme, a rendere più trasparente ed efficiente il sistema giustizia[19].

6. *La legge di revisione costituzionale Meloni-Nordio del titolo IV della Costituzione: a) il testo*

Mentre la riforma Cartabia sta muovendo i primi passi di assestamento, grazie anche ad alcuni importanti interventi attuativi del C.S.M.[20], si sta aprendo la nuova prospettiva della riforma della c.d. separazione delle carriere.

Il testo è ben noto e, in questa sede, prima di passare ad alcune considerazioni di merito, ritengo sufficiente limitarmi a un sintetico riepilogo delle principali novità da esso previste. La legge si compone di otto articoli: uno di essi modifica l'art. 87 Cost., dedicato alle attribuzioni del Presidente della Repubblica, mentre gli altri, tutti relativi al Titolo IV e alcuni dei quali di mero coordinamento, introducono novelle agli artt. 102, 104, 105, 106, 107 e 110 Cost.

Nel nuovo art. 102 Cost. si prevede che le norme sull'ordinamento giudiziario dovranno disciplinare le distinte carriere dei magistrati giudicanti e di quelli requirenti, rimanendo dunque nella discrezionalità del legislatore ordinario – salvo la previsione dei due distinti Consigli – la scelta di come realizzare in concreto tale obiettivo.

[19] Cfr. *Riforma dell'ordinamento giudiziario ed efficienza del sistema giustizia*, a cura di F. Biondi, F. Dal Canto, Torino, 2025, pp. 1 ss.

[20] Si veda la nuova Circolare sull'organizzazione degli uffici di procura, approvata con delibera del 3 luglio 2024, e la nuova Circolare sulle valutazioni di professionalità, approvata con delibera del 13 novembre 2024.

La novella dell'art. 104 Cost. è principalmente dedicata allo sdoppiamento del Consiglio superiore della magistratura in un Consiglio superiore della magistratura giudicante e in un Consiglio superiore della magistratura requirente, entrambi presieduti dal Capo dello Stato. Gli altri componenti di diritto saranno il primo presidente della Corte di cassazione, che andrà a far parte del Consiglio della magistratura giudicante, e il Procuratore generale della Corte di cassazione, che invece sarà associato al Consiglio della magistratura requirente. Con riguardo agli altri consiglieri, rimane inalterato il rapporto tra togati e laici (i primi il doppio dei secondi), ma si prevede, a differenza di oggi, che entrambe le componenti siano sorteggiate: nel caso dei componenti laici, il sorteggio si svolgerà, tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio della professione, da un elenco di candidati eletti dal Parlamento in seduta comune. Nel caso invece dei togati, essi saranno direttamente sorteggiati tra magistrati giudicanti e magistrati requirenti, nel numero e secondo le procedure che verranno successivamente definite dalla legge.

All'art. 105 Cost., dedicato alle attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura, si confermano, per i due nuovi organi, le competenze tradizionali, con tre differenze: vengono aggiunte le valutazioni di professionalità, viene sostituita la parola «promozioni» con la formula «conferimento di funzioni nei riguardi dei magistrati» e, infine, viene sottratta ad entrambi gli organi la giurisdizione disciplinare.

A quest'ultimo proposito, il nuovo art. 105 istituisce l'Alta Corte disciplinare, composta di quindici giudici, di cui tre nominati dal Presidente della Repubblica tra professori ordinari di Università in materie giuridiche e avvocati con almeno venti anni di esercizio della professione, tre estratti a sorte da un elenco di soggetti, in possesso dei medesimi requisiti, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, dovrà compilare mediante elezione; e infine nove magistrati, di cui sei giudicanti e tre requirenti, sorteggiati tra gli appartenenti alle rispettive categorie che abbiano almeno venti anni di esercizio delle funzioni giudiziarie e che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità. All'Alta Corte sarà attribuita la giurisdizione disciplinare sia in primo che in secondo e ultimo grado, essendo la stessa competente anche a conoscere delle impugnazioni delle sue stesse decisioni.

Quanto alla revisione dell'art. 106 Cost., l'attuale comma 3 viene modificato con riguardo alla chiamata per meriti insigni all'ufficio di consigliere di Cassazione, per la quale si prevede che i soggetti prescelti, designati dal Consiglio della magistratura giudicante, possano essere non soltanto, come oggi, professori ordinari di Università in materie giuridiche e avvocati con

almeno quindici anni di esercizio della professione, ma anche magistrati appartenenti alla magistratura requirente, sempre con un'esperienza di almeno un quindicennio.

7. *Segue: b) la falsa 'etichetta' della separazione delle carriere*

Vengo ora ad alcuni considerazioni sparse a commento della riforma e prendo avvio dall'argomento più dibattuto, quello della c.d. separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e requirenti.

A tale proposito, sovente viene sostenuta l'idea che la separazione delle carriere rappresenti la risposta a una richiesta già contemplata nella Carta costituzionale. È ricorrente, infatti, l'affermazione secondo la quale i principi del 'giusto processo' – com'è noto, espressamente richiamati dall'art. 111 Cost. soltanto all'indomani della riforma costituzionale del 1999 – e in particolare le garanzie processuali della parità delle parti e della terzietà del giudice richiedono, per la loro piena realizzazione, di essere rafforzate con la previsione della netta separazione di *status* tra giudici e pubblici ministeri. La riforma viene così presentata come il tassello essenziale per completare il percorso avviato con il nuovo codice di procedura penale, nel 1988, cui ha fatto seguito, circa dieci anni dopo, la riscrittura dell'art. 111 Cost.

Ma si tratta di un'affermazione poco persuasiva.

Innanzi tutto, l'art. 111 Cost., anche nel testo oggi vigente, non prende alcuna posizione sulla questione della separazione delle carriere. Lo ha sottolineato in più occasioni la Corte costituzionale, quando, ritenendo ammissibili richieste di *referendum* abrogativo orientate a tale obiettivo, ha sottolineato che la Carta «non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato nel corso della sua carriera dalle une alle altre funzioni»[21].

Oggi, naturalmente, siamo dinanzi a una riforma costituzionale e, dunque, a maggior ragione, la scelta della separazione rientra nella piena discrezionalità del Parlamento. Tuttavia, è utile chiarire che si tratta di una scelta di opportunità, rispetto alla quale l'art. 111 Cost. appare richiamato senza ragione.

[21] Cfr. le sentt. nn. 37/2000 e 58/2022.

Nel merito, ritengo che la prospettiva della separazione delle carriere – che, come meglio dirò, in realtà viene riguardata dalla riforma soltanto incidentalmente – meriterebbe di essere valutata senza pregiudizi, soppesando costi e benefici, tenendo conto della storia e del contesto nella quale essa si andrebbe a inserire.

Per inciso, personalmente ritengo che molti degli argomenti che vengono utilizzati per sostenere l'opportunità di tale soluzione non siano del tutto convincenti.

In particolare, nessuno dubita che i caratteri di terzietà del giudice e di parità delle parti – affermatisi ben prima della riforma costituzionale del 1999 – siano fondamentali; tuttavia, essi chiedono di essere assicurati nel corso del processo, mediante la fissazione di opportune regole, appunto, processuali e, rispetto ad essi, i profili di natura organizzativa riguardanti le modalità con le quali si svolgono le carriere dei magistrati – e si formano gli organi di governo della magistratura – non hanno alcuna rilevanza diretta. A ciò può aggiungersi, da una prospettiva più sostanziale, che la tesi ricorrente secondo cui il rapporto di 'colleganza' tra giudici e pubblici ministeri colloca i primi in una posizione di 'sudditanza culturale' nei confronti delle prospettazioni dei secondi, oltre a essere offensiva nei confronti dell'onestà intellettuale dell'intera categoria dei giudici, appare smentita sul piano dei fatti, come dimostra il dato incontrovertibile per cui circa la metà dei giudizi penali di primo grado risulta definito con un provvedimento di assoluzione o di non luogo a procedere.

Parità delle parti, poi, non significa uguaglianza delle parti. Lo ha chiarito molto bene ancora la Corte costituzionale, quando, con la sent. n. 34/2020, ha sottolineato l'«asimmetria strutturale» tra i due principali antagonisti del processo penale, l'avvocato e il pubblico ministero, che sono tra loro due «realtà irriducibili»: il primo è un libero professionista, il cui mandato è quello di assicurare al meglio gli interessi dell'assistito, a prescindere dal dato sostanziale della sua colpevolezza o innocenza, mentre l'altro è un soggetto pubblico, che agisce nell'esercizio di un potere ed è chiamato a garantire l'interesse generale alla ricerca della verità nel processo.

D'altro canto, allontanare lo *status* del pubblico ministero da quello del giudice, più di quanto non sia oggi ai sensi del diritto vigente[22], può com-

[22] Ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 160/2006, come modificato dall'art. 12 della legge n. 71/2022, i passaggi da una funzione all'altra possono essere richiesti per non più di una volta nell'arco dell'intera carriera, con gli stessi limiti previsti dalla normativa previgente, se realizzati entro nove anni dal conferimento delle funzioni per i magistrati di prima no-

portare un duplice rischio.

Innanzi tutto, com'è stato detto, che la magistratura requirente si allontani progressivamente dalla sua fondamentale dimensione pubblica, a garanzia dell'interesse generale, e si trasformi in un'istituzione – che, per inciso, la riforma rende assai più forte e autoreferenziale – volta esclusivamente al raggiungimento del risultato[23]; prospettiva che potrebbe risultare assai deleteria proprio per quei diritti fondamentali del cittadino al cospetto del sistema giustizia che invece si vorrebbero con la riforma più efficacemente proteggere.

Inoltre, il rischio che la magistratura requirente possa un domani scivolare sotto il controllo del potere esecutivo. Potrebbe essere questo, come alcuni ritengono, un timore sbandierato pretestuosamente, perché in effetti nel testo Meloni-Nordio ci si premura di sottolineare che la magistratura requirente, al pari di quella giudicante, rimane autonoma e indipendente da ogni altro potere. E tuttavia, guardando alla storia italiana e alle (numerose) esperienze straniere nelle quali la magistratura requirente è sganciata da quella giudicante, si tratta di un timore più che giustificato[24].

---

mina; oltre il termine temporale suddetto, è consentito per una sola volta il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti, quando l'interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali, nonché il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro; in quest'ultimo caso, il magistrato non può in alcun modo essere destinato, neppure come sostituto, a funzioni giudicanti di natura penale o miste anche in occasione di successivi trasferimenti. In ogni caso, il passaggio può essere disposto solo previa partecipazione a un corso di qualificazione professionale e subordinatamente a un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni espresso dal Csm previo parere del consiglio giudiziario.

[23] Cfr. G. Silvestri, *Separazione delle carriere: nella riforma il rischio di un'ipertrofia dell'accusa e di una eterogenesi dei fini,* in «Sistema penale», 6 marzo 2025, < https://www.sistemapenale.it/it/documenti/silvestri-separazione-delle-carriere-nella-riforma-il-rischio-di-unipetrofia-dellaccusa-e-di-una-eterogenesi-dei-fini>.

[24] La comparazione con altri ordinamenti – di questi tempi sovente sbandierata dai fautori della separazione come argomento a favore – deve essere utilizzata con grande accortezza, tenendo conto delle diverse tradizioni e dell'assetto complessivo dell'ordinamento giudiziario; è tuttavia un dato di fatto che nella maggior parte dei paesi europei dove, seppur con diverse gradazioni, tale separazione è stata introdotta – come in Germania, Spagna, Austria, Belgio – il pubblico ministero dipende, più o meno direttamente, dal potere esecutivo. Cfr. Commissione di Venezia, *Report on european standars as regards the indipendence of the judicial system. Parte II: the prosecution service,* 17-18 dicembre 2010. E anche in Portogallo,

A tale proposito, segnalo una potenziale e pericolosa sinergia che, all'indomani della riforma costituzionale, potrebbe realizzarsi tra separazione delle carriere e introduzione per legge dei criteri di priorità, come previsto dalla legge n. 71/2022. Mi riferisco, in particolare, alla previsione ai sensi della quale il Parlamento è chiamato a definire con legge i criteri generali sulla cui base ciascuna procura della Repubblica sarà tenuta a definire, nell'ambito dei rispettivi progetti organizzativi, i criteri per selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre[25]. E ciò, anche tenendo conto della «specifica realtà criminale territoriale».

Va da sé che, non appena la suddetta previsione sarà effettivamente attuata, tale prerogativa metterà ulteriormente in luce il ruolo 'forte' della magistratura requirente, chiamata a compiere, di fatto, scelte mirate di 'politica criminale'; con il rischio, appunto non peregrino, che ciò possa nel prossimo futuro diventare l'occasione per reclamare un perfezionamento della riforma attraverso l'introduzione di un raccordo formale tra procuratore della Repubblica e istituzioni politico-rappresentative.

Ciò detto – e come premesso – la separazione delle carriere rappresenta poco più che una 'etichetta' appiccicata alla riforma per veicolare un messaggio (più) comprensibile, e forse più digeribile, e fuorviare l'attenzione dalla vera posta in gioco; ovvero il Consiglio superiore della Magistratura e, con esso, l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario. La separazione delle carriere non soltanto non compare nel titolo della legge ma, nello stesso articolato, essa viene soltanto evocata, per poi rinviare al legislatore ordinario la maggior parte delle scelte più rilevanti, a partire da quella di prevedere o meno due concorsi distinti per giudici e p.m. Com'è stato detto, la riforma si presenta in effetti come una «scatola vuota»[26].

---

dove la separazione delle carriere convive formalmente con uno statuto d'indipendenza del pubblico ministero, in realtà il Procurador Geral da República (PGR) è nominato dal Presidente della Repubblica su proposta del Governo e non mancano critiche in merito all'effettiva autonomia dell'organo requirente; cfr. B. Capparelli, *La separazione delle carriere in Portogallo* e P. Lona, *Hierarchy and Autonomy in the Portuguese Public Prosecution Service*, risp. 5 settembre e 24 ottobre 2025, entrambi in <www.ordinamentogiudiario.info>.

[25] Cfr. art. 13, comma 1, lett. b) della legge n. 71/2022, che ha modificato l'art. 1, commi 6 e 7, del d. lgs. n. 106/2006.

[26] R. Romboli, *La riforma costituzionale della magistratura: la maschera della separazione delle carriere ed il volto della eliminazione del modello Csm voluto dal Costituente*, 15 luglio 2025, in <www.ordinamentogiudiziario.info>. Può aggiungersi, a tale proposito, che l'art. 8, comma 1, del progetto Meloni-Nordio, recante «disposizioni finali», nell'affidare al Parlamento il compito di adottare, entro un anno, una legge ordinaria tesa a modificare, non soltanto le

8. *Segue: c) la vera posta in gioco*

Il verso bersaglio della riforma è dunque il Consiglio superiore della magistratura, diviso in due organi separati, uno per la magistratura giudicante e l'altro per quella requirente, e alleggerito della competenza disciplinare, attribuita alla nuova Alta Corte disciplinare.

A tale proposito, una delle scelte che più ha fatto discutere è quella concernente la previsione di introdurre il sorteggio dei componenti dei due Consigli, sia quelli togati sia quelli laici[27].

In particolare, l'idea di sorteggiare i togati – non mi dedico qui al sorteggio dei laici, che per certi versi ha risvolti ancora più paradossali – appare funzionale al perseguimento di un obiettivo piuttosto chiaro, ovvero quello di allontanare il Csm dal modello culturale e costituzionale originario. Viene, infatti, ridimensionata la stessa idea di 'autogoverno', che non può non comportare la possibilità che i magistrati siano in grado di scegliere autonomamente i colleghi più adatti a svolgere quella peculiare funzione, in coerenza con un modello che risale alle intuizioni di Lodovico Mortara, elaborate nel suo celebre volume *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, edito nel 1890.

Viene ridimensionato, in particolare, il ruolo del Csm quale organo di partecipazione e di indirizzo, secondo le due definizioni utilizzate da Alessandro Pizzorusso[28], il quale osserva che la sottrazione all'Esecutivo di molteplici funzioni di amministrazione della giurisdizione, in passato esercitate dal ministro della Giustizia, aveva comportato che il Consiglio superiore era divenuto titolare di funzioni di «indirizzo politico e amministrativo corrispondenti a quelle che il governo e la pubblica amministrazione esercitano nelle altre materie»[29].

---

modalità di formazione dei nuovi Consigli superiori e la normativa sulla giustizia disciplinare, ma genericamente le leggi «sull'ordinamento giudiziario», apre a un futuro e potenzialmente indefinito intervento di riscrittura di tutta l'organizzazione della giustizia.

[27] Non prendo in questa sede in considerazione gli innumerevoli problemi di funzionamento che lo sdoppiamento del Csm potrebbe comportare, per i quali si veda R. Romboli, *Il ruolo del Csm nell'ambito del sistema di garanzie e quale espressione del principio di separazione dei poteri: un dialogo con gli scritti di Gaetano Silvestri*, in «Questione giustizia», 24 ottobre 2024: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ruolo-csm-silvestri>.

[28] A. Pizzorusso, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, scritto del 1984 ora in Id., *L'ordinamento giudiziario*, vol. II, Napoli, 2019, pp. 519 ss.

[29] Cfr. ora, in argomento, F. Biondi, *Il Consiglio superiore della magistratura. Organo dell'autonomia o luogo di potere?* Bologna, 2024, p. 11, la quale ricorda che, nel giorno dell'insedia-

Inoltre, la scelta del sorteggio dei togati depotenzia la magistratura nel suo insieme, non soltanto perché viene ritenuta di fatto incapace di scegliere i componenti più adeguati a rappresentarla all'interno del Consiglio superiore, ma soprattutto perché essa viene nella sostanza considerata come corporazione 'indistinta', un insieme monolitico di pubblici funzionari, oscurando il pluralismo interno che la contraddistingue.

E ancora, risulta svalutata l'idea che il Csm – ovviamente al netto delle patologie, da più parti giustamente denunciate, dovute alle c.d. degenerazioni del correntismo[30] – debba tendere a presentarsi quale specchio di quello stesso pluralismo ideale esistente all'interno del corpo dei magistrati, sul presupposto che le decisioni apportate da tale organo, essendo il frutto dell'applicazione di indirizzi, non possono che costituire il risultato di 'bilanciamenti' tra visioni e sensibilità diverse in materia di amministrazione della giustizia. E la struttura pluralistica del Consiglio costituisce la principale garanzia d'indipendenza interna dei magistrati.

Risulta infine svalutata la stessa autorevolezza delle decisioni del Csm, che è tanto maggiore quanto più i suoi componenti risultano individuati secondo criteri idonei a garantire il ragionevole equilibrio tra le diverse provenienze culturali e, conseguentemente, quanto più è possibile valutare la loro coerenza con tali differenti idealità e visioni.

9. *Segue: d) una riforma costituzionale per quale giudice?*

Allargando la prospettiva, per quanto qui più interessa, la riforma Meloni-Nordio si pone in perfetta coerenza con un modo diverso di pensare la funzione giurisdizionale.

Il sorteggio dei togati, infatti, presuppone l'adesione a una certa idea di giudice, coerente con il processo di rilettura dell'art. 101, comma 2, Cost., in corso negli ultimi tempi, teso a ridefinire le coordinate dei rapporti tra

---

mento del Csm, avvenuto a Palazzo del Quirinale il 18 luglio 1959, l'allora ministro della Giustizia, Guido Gonella, osservò: «Con ciò si effettua il trapasso dei poteri che la Costituzione attribuisce al Consiglio superiore e che il Governo e il ministro della Giustizia hanno finora esercitati». Tra ministro e Csm si realizzò, in altre parole, un vero e proprio 'passaggio delle consegne', nel senso che buona parte delle attribuzioni fino ad allora esercitate dal potere politico, di amministrazione ma anche di indirizzo, venivano trasferite al nuovo organo.

[30] Cfr. M. Volpi, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», n. 2/2020, pp. 1 ss.

poteri politici e poteri di garanzia e gli spazi del potere giudiziario.

Il punto merita una breve digressione. Nelle democrazie moderne il rapporto tra potere giudiziario e poteri politici ha sempre dato luogo a difficoltà d'inquadramento e a innumerevoli tensioni. Da oltre due secoli il pendolo oscilla tra due estremi: qualificare il giudiziario quale «ramo meno pericoloso del sistema»[31] e denunciare il pericolo del «governo dei giudici»[32]. Delicata, e talora inaccettabile, è stata ciclicamente percepita l'idea di un'istituzione così «potente» – tanto più all'indomani dell'avvento delle costituzioni rigide e ancorché contenuta nell'«armatura ferrea» dei principi e delle regole processuali[33] – e tuttavia sganciata dal circuito della legittimazione politico-elettorale.

In altri termini, in alcuni periodi sono risultate meno appaganti le giustificazioni tradizionali offerte per spiegare l'apparente contraddizione di un potere democratico non direttamente inserito nel tradizionale circuito democratico: meno soddisfacente, in particolare, è stato talora avvertito l'assunto per cui la democrazia costituzionale non coincide *sic et simpliciter* con la sovranità popolare, ma contempera questo principio con le garanzie costituzionali poste a tutela del cittadino, nella convinzione che «il principio democratico, pur costituendo sotto tutti gli aspetti una condizione necessaria, non è affatto una condizione sufficiente per lo sviluppo di un sistema di diritti democratico»[34].

---

[31] L. Hamilton, *The Federalist*, n. 78, 1788, del quale si riporta il seguente brano: «Il Giudiziario, invece, non può influire né sulla spada né sulla borsa, non può dirigere né la forza né la ricchezza della società e non può addivenire ad alcuna decisione veramente risolutiva. Si può, a ragione, dire che esso non ha forza né volontà, ma soltanto giudizio e dovrà ricorrere all'aiuto del governo perfino per dare esecuzione ai propri giudizi. Questa semplice impostazione della questione suggerisce parecchie conseguenze di non trascurabile rilievo. Essa prova infatti, in modo incontestabile, che il potere giudiziario è, senza paragone alcuno, il più debole dei tre poteri dello Stato; che esso non potrà mai attaccare con qualche successo uno degli altri due; che è invece necessario prendere ogni possibile precauzione affinché esso sia messo in grado di difendersi contro i loro possibili attacchi».

[32] Secondo la celeberrima formula, riferita sempre all'esperienza USA, di E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, saggio del 1921, pubblicato in lingua italiana per i tipi della Giuffré a cura di R. D'Orazio e F. Mengale, Milano, 1996.

[33] Come ricorda Di Giovine, *Potere giudiziario*, cit. nt. 9, pp. 31 ss.

[34] Cfr. G. Marramao, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, 2003, p. 228. Come ha sottolineato N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2008, p. 251, «non è il consenso popolare a porsi come misura di legittimazione delle modalità attraverso le quali si esercita la funzione giurisdi-

Senza indugiare oltre su queste considerazioni, che meriterebbero ben altro approfondimento, mi pare che si possa affermare che, mentre gli ultimi decenni sono stati tendenzialmente caratterizzati, almeno nell'area occidentale, da una diffusa consapevolezza del ruolo essenziale dei poteri di garanzia, negli ultimi anni si percepisce un sensibile cambiamento. Ci troviamo, in altre parole, in un tornante della storia nel quale alcuni punti fermi che ritenevamo relativamente consolidati e condivisi appaiono rimessi in discussione.

Questo cambiamento è ben evidente in alcuni paesi dell'Europa centro-orientale[35], ma è presente, in misure diverse, anche in altre esperienze. E l'Italia non sfugge a questa nuova tendenza.

Vengo quindi all'art. 101, comma 2, Cost. Fino a poco tempo fa poteva ritenersi generalmente condivisa l'idea che il principio della soggezione del giudice (soltanto) alla legge non dovesse tradursi nella sua mera subordinazione ad essa, secondo l'immagine tradizionale del potere 'nullo' e del giudice 'essere inanimato', mera 'bocca della legge'. Sembrava consolidata la consapevolezza che tale principio andasse necessariamente ricalibrato alla luce di una serie di fenomeni più o meno recenti, quali la rigidità della Costituzione, il pluralismo delle fonti del diritto, il processo d'integrazione europea, la complessità delle società moderne e la conseguente crescita delle domande di giustizia, l'oscurità e il disordine delle leggi e infine l'inerzia e/o l'incompletezza delle risposte del legislatore, ecc. Da tali considerazioni conseguiva, pur con diverse sottolineature e cautele, come il potere giudiziario non potesse che essere «creativo»[36], che si potesse parlare ragionevolmente di una «discrezionalità giudiziaria»[37] e che il diritto non appartenesse «ad uno soltanto», ovvero al legislatore, ma fosse «oggetto della cura di tanti»[38]. Sembrava un dato di fatto che l'attività giudiziaria fosse cor-

zionale…».

[35] È noto che alcuni ordinamenti giudiziari dell'Europa dell'est – in particolare l'Ungheria, a partire dalla riforma costituzionale del 2012, e la Polonia, con le riforme legislative del 2015 – hanno subito un'involuzione in senso autoritario riguardante le garanzie d'indipendenza riconosciute alla magistratura. In argomento, per tutti, cfr. M. Volpi, *Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica?* in «DPCE online», 4, 2020, spec. pp. 4860 ss.

[36] M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, che osserva come il dato della natura creativa dell'attività interpretativa sia, in fondo, una verità «banale».

[37] A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, pp. 1 ss.

[38] Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit. nt. 2, pp. 1 ss. Per inciso, sul piano della storia della magistratura italiana, questa consapevolezza è stata pienamente acquisita almeno a partire

redata di «un'insopprimibile dimensione politica», a causa delle inevitabili scelte valutative che intervengono in ogni decisione giurisdizionale[39].

È difficile non vedere che, oggi, tutto questo è, almeno in parte, (ri)messo in discussione.

Non penso tanto alle ricorrenti censure rivolte ad alcuni puntuali sconfinamenti del potere giudiziario nel campo di quello legislativo, ad alcuni eccessi di protagonismo, che meritano di essere condannati e scoraggiati, ancorché essi siano non di rado originati dalla debolezza e/o dall'assenza del legislatore, sempre meno capace di trovare soluzioni condivise volte a mediare e ricomporre i conflitti sociali. Penso, soprattutto, alla 'marea' che sta lentamente montando, nella classe politica, nella società civile e in parte anche in dottrina, tesa, appunto, a ridefinire i rapporti tra poteri politici e poteri di garanzia.

Di recente, si è autorevolmente sostenuta l'urgenza di «restaurare l'ordine costituzionale dei poteri» e la certezza del diritto, valori che sarebbero insidiati dalla progressiva espansione del fenomeno del «creazionismo giudiziario», sempre più emancipato dal diritto positivo; e si è denunciato il rischio che la giurisdizione possa costituirsi come «meccanismo sostitutivo dei processi normativi gestiti dalle istituzioni rappresentative»[40]. Si è altresì rilevato che il protagonismo della giurisdizione si fonda su presupposti meritevoli di parziale ripensamento, quali, tra gli altri, la legittimazione del giudice a fare diretta applicazione della Costituzione, il suo obbligo di interpretare la legge in modo ad essa conforme (che non può prestarsi a «spericolate letture dei testi legislativi») e il principio del *non liquet* (che non può legittimare il giudice 'all'impossibile' …)[41].

Senza dubbio si tratta di rilievi degni della massima attenzione, rispetto ai quali la difficoltà sta nell'individuare il giusto equilibrio tra concorrenti esigenze, tutte di peso costituzionale. È evidente, infatti, guardando all'altro

dalla metà degli Anni Sessanta e, volendo indicare un momento di svolta, esso può essere individuato nel noto Congresso dell'A.N.M. di Gardone, nel 1965, dedicato significativamente a *Indirizzo politico e magistratura*.

[39] L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, pp. 107 ss. In argomento cfr. anche C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, pp. 1 ss. e, più di recente, G. Bisogni, *Della geometria giuridica ovvero del posto dei giudici nello "Stato costituzionale del presente"*, in *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, a cura di M. Gregorio e B. Sordi, Milano, 2024, pp. 189 ss.

[40] Cfr. M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 179.

[41] Cfr. ancora Luciani, *Ogni cosa*, cit. nt. 40, pp. 152 e 158 s.

piatto della bilancia, che il giudice si trova fisiologicamente in una posizione d'"avanguardia', destinato a raccogliere per primo le domande emergenti nella vita sociale – il pensiero corre soprattutto alle ipotesi di richiesta di riconoscimento di 'nuovi diritti' – e, dunque, ridimensionare questo suo ruolo, ovvero irrobustire i limiti alla concretizzazione per via giudiziaria dei diritti, non potrà che riflettersi sul livello di complessiva protezione degli stessi.

Mi fermo qua, limitandomi a richiamare il problema. Passando invece al piano dell'opinione pubblica, e alla posizione (di una parte) della classe politica rispetto a tale fenomeno, è utile ricordare, a titolo di esempio, l'acceso dibattito originato dalle recenti pronunce di giudici italiani che hanno negato la convalida di alcuni provvedimenti di trattenimento di migranti, ritenendo la normativa statale contrastante con il diritto dell'Unione europea, e segnatamente con l'interpretazione dello stesso datane dalla Corte di Giustizia U.E.[42]. A tale proposito, in occasione di un Convegno organizzato dalla Corte dei conti nel novembre 2024[43], il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, on. Alfredo Mantovano, richiamando il fenomeno del c.d. costituzionalismo multilivello, ha dapprima denunciato come esso «svilisca» la sovranità popolare e la democrazia rappresentativa, generando incertezze e indebolendo il funzionamento dei sistemi democratici, per poi concludere: «un cittadino può chiedersi che senso abbia votare per scegliere i propri rappresentanti al Parlamento, se poi le leggi del Parlamento sono disapplicate da qualche giudice di merito…». E ancora, egli si è domandato, retoricamente: «nell'epoca del costituzionalismo multilivello, qualcuno può dire con serenità che la norma dell'art. 101 Cost. – i giudici sono soggetti soltanto alla legge – goda di buona salute?».

Una domanda semplice, apparentemente ingenua, che tuttavia, come detto, mette in discussione equilibri fondamentali che si ritenevano ormai piuttosto radicati.

[42] Cfr., tra i tanti, A. Natale, F. Filice, *Nota ai provvedimenti di rigetto delle richieste di convalida dei trattenimenti disposti dalla Questura di Roma ai sensi del Protocollo Italia-Albania, emessi dal Tribunale di Roma, sezione specializzata nella protezione internazionale, il 18 ottobre 2024*, in «Questione giustizia», 22 ottobre 2024: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/albania-centri>.

[43] *Giustizia al servizio del paese. Principio di legalità*, Firenze, 20-22 novembre 2024.

10. *In conclusione*

Come detto, il progetto di revisione costituzionale Meloni-Nordio, comunemente associato alla tematica della 'separazione delle carriere' tra giudici e pubblici ministeri, mirava ad obiettivi assai più vasti e di sistema. Si trattava, in realtà, di una riforma funzionale al complessivo ridimensionamento del governo autonomo della magistratura e, attraverso di esso, al tendenziale indebolimento del potere giudiziario.

Com'è stato detto, un'operazione assai pericolosa[44].

Tornando, allora, alla frase di Zagrebelsky dalla quale sono partito, non può non notarsi come la richiesta di modificare l'assetto organizzativo del potere giudiziario, per renderlo più in linea con la nuova idea di giudice, risuoni oggi, a distanza di oltre trent'anni, un po' amara e vagamente paradossale.

Come ho cercato di mostrare, da ormai qualche anno viviamo una fase regressiva. Le riforme dell'ordinamento giudiziario non vengono più proposte allo scopo di adeguare l'assetto organizzativo alle trasformazioni già intervenute di quello funzionale, ovvero al fine di conformarsi alla 'nuova' idea di giudice; esse, al contrario, sono sovente utilizzate come strumento per favorire il ritorno alle logiche e agli assetti del passato, il ritorno ad una 'vecchia' idea di giudice e di giurisdizione.

E la riforma costituzionale del Titolo IV si è inserita perfettamente in questa logica reazionaria.

[44] Romboli, *La riforma costituzionale*, cit. nt. 26, p. 4.

Giuseppe Santalucia

Tensioni e incomprensioni intorno al modello costituzionale di giudice

SOMMARIO: 1. Premessa: l'insofferenza per il potere giudiziario – 2. Cenno alle ragioni storico-politiche – 3. La costituzionalizzazione del modello di magistrato tra passato e presente – 4. L'attualità del modello e le condizioni di adattamento al presente – 5. Le diverse, opposte, visioni della politica – 6. Cenni alla riforma costituzionale del ministro Nordio

1. *Premessa: l'insofferenza per il potere giudiziario*

Grazie per l'invito alla interessante conversazione e anticipo che condivido le riflessioni del prof. Dal Canto.

Mi limiterò dunque a qualche notazione di mero completamento, osservando che il problema della conflittualità tra politica e giustizia, con i toni accesi che conosciamo, non è soltanto italiano.

Le parole che il Presidente degli Stati uniti di America, D. Trump, ha usato ogni qualvolta un giudice è intervenuto per impedire l'efficacia di un suo provvedimento (ordine esecutivo) non sono espressioni di una estemporanea, e quindi contingente, eccentricità, ma sono figlie di una cultura politica che si sta irrobustendo anche in parte dell'Europa. Mi riferisco a quanto è accaduto in Ungheria e Polonia, e in democrazie che, pur situate in altra area geografica, penso ad Israele prima del fatidico 7 ottobre del 2023, sentiamo vicine al nostro mondo.

Per non parlare delle riforme che hanno interessato il Messico.

Ecco, il dato comune in tutte queste esperienze riformatrici, realizzate o anche solo tentate, è l'insofferenza per il giudiziario, tratto costitutivo dei tempi che viviamo, anche se non va dimenticato che una certa tensione nelle relazioni tra i poteri, esecutivo e legislativo da un lato, giudiziario dall'altro, vi è sempre stata.

Lo ricordava il prof. Dal Canto: la Costituzione del 1948 istituì il Consiglio superiore della magistratura come perno del meccanismo di inveramento di autonomia e indipendenza, ma occorsero ben dieci anni perché fosse varata la legge di attuazione, dieci anni di tormentate discussioni anche tra i magistrati perché dentro la loro associazione si registravano significative sacche di resistenza verso il nuovo assetto.

Oggi la questione assume una dimensione ancora più grande: non si tratta di una fisiologica dialettica, che a volte può anche ricorrere a toni aspri, tra poteri dello Stato, ma si assiste ad un mutamento di cultura politica.

Si predica che chi riceve il mandato dagli elettori ha una posizione di predominio, di preminenza su ogni altra articolazione funzionale e sugli altri poteri statuali, e quindi sul giudiziario, disconoscendo quell'insegnamento secondo cui proprio con l'avvento della Costituzione il potere sovrano è stato frammentato in più centri, che si relazionano in posizioni di pari concorrenza e nella costante ricerca di un armonico equilibrio.

E ciò viene affermato col candore di chi ha ormai assunto un altro punto di vista rispetto alla prevalente dottrina e può quindi rivendicare la sua verità con estrema convinzione.

Si torna al quesito di tanti anni fa, quello che Maranini aveva posto al centro della sua relazione introduttiva al congresso di Gardone del 1965 dell'Associazione nazionale magistrati: magistrati o funzionari?

Si fa sempre più strada una cultura che pensavamo avesse fatto il suo tempo e che non concepisce un magistrato che esercita, per fare giustizia, una piena libertà interpretativa.

Non intendo, sia chiaro, accreditare l'idea di un giudice facitore della norma: il creazionismo giudiziario non ha alcuna cittadinanza in alcuna pronuncia dei nostri giudici. Altro, ovviamente, sono gli errori interpretativi, che restano tali e non possono essere spacciati come esempio di una pratica che pretenda di disconoscere la disposizione di legge per ergersi a fattore nomopoietico.

In tutte le pronunce della Corte di cassazione, in specie delle sezioni civili perché in quella materia il tema è più avvertito, si ribadisce il richiamo al dovere del rispetto del testo normativo.

La testualità nel momento interpretativo è fondamentale ed agisce come limite invalicabile.

Ma il vincolo del testo non riduce l'interpretazione ad una operazione meramente meccanicistica. Lo si sa bene e, ciò nonostante, ritorna con forza l'idea dell'applicazione della legge come altro ed esclusivo impegno rispetto alla interpretazione.

2. *Cenno alle ragioni storico-politiche*

Non escludo che le radici di questa trasformazione possano rinvenirsi nel passaggio dall'idea di democrazia costruita sul pilastro del principio di

solidarietà, proprio dello Stato sociale di diritto, all'idea di democrazia liberista, che non può riconoscere al diritto, e in special modo all'interpretazione giudiziale, il ruolo di fattore di espansione dei diritti e di correzione delle diseguaglianze.

Non sono più gli anni dell'arricchimento del catalogo dei diritti: all'indomani del congresso di Gardone si ebbero le grandi riforme, dallo Statuto dei lavoratori, alla legge sul divorzio, alla riscrittura del diritto di famiglia, alla legge sull'aborto. E con la consultazione referendaria sulla legge sul divorzio fu il popolo a delineare, esprimendosi contro le indicazioni delle forze politiche centriste che da anni governavano, la fisionomia di una società che credeva nelle promesse costituzionali e nel rafforzamento delle libertà individuali.

Oggi prevale una idea diversa di democrazia, non più sostenuta, almeno non più nella stessa misura e con la stessa forza, dal principio solidaristico.

Ha guadagnato terreno il principio liberistico di esaltazione dell'individuo competitivo, che non crede nell'intervento pubblico, che vuole esprimere la sua forza vitale e che non accetta che un giudice possa intervenire per rimediare, con una interpretazione conformata al principio di uguaglianza sostanziale, alle ingiustizie derivanti dall'uguaglianza meramente formale.

Sta qui quel che distingue, nella percezione del giudiziario e del suo ruolo, l'allora dall'oggi.

Tende a divenire maggioritaria una concezione di democrazia che si era palesata sin dagli anni '80 del secolo scorso, quando alcuni settori della politica inaugurarono inedite posture aggressive nei confronti della magistratura.

Ciò non significa che prima il giudiziario godesse di maggiore e diffusa considerazione.

Ricordo che l'on. Giorgio Almirante il 23 luglio 1971 presentò, unitamente ad altri deputati del Movimento sociale italiano, un disegno di legge costituzionale per la riforma del titolo IV della Seconda parte della Costituzione, specificamente per l'introduzione del sorteggio ai fini della nomina di una quota di magistrati all'interno del Consiglio superiore della magistratura.

E ricordo ancora che poco più di un anno prima, due deputati, sempre del Movimento sociale italiano, gli onorevoli Manco e Romeo, avevano presentato, il 23 gennaio 1970, una proposta di legge per vietare agli appartenenti all'ordine giudiziario l'iscrizione non solo ai partiti politici ma anche alle associazioni di categoria, mirando inequivocamente allo scioglimento dell'Associazione magistrati, sulla falsariga di quanto già aveva disposto una

delle leggi cd. fascistissime del 1926.

Il dato di novità è che temi allora cari ad una cultura politica di minoranza si stanno oggi affermando.

Il disegno governativo di legge costituzionale per la riforma dell'assetto della magistratura e del Consiglio superiore, al di là di quel che si legge nella Relazione illustrativa, ne è conferma.

Ad esso sono stati abbinati disegni di iniziativa parlamentare che, in modo assai più franco, dicono chiaramente nelle loro Relazioni illustrative quali sono le ragioni di fondo della riforma che propongono.

In quelle Relazioni si denuncia una incontrollata e incontrollabile espansione del giudiziario, e in particolare del ruolo e dei poteri del pubblico ministero tale da mettere in crisi il fondamento democratico del nostro vivere civile.

Si tratta di un manifesto politico che accredita una peculiare concezione del giudice, non più attore all'interno di una democrazia innervata da una entusiasmante progettualità costituzionale della promozione di diritti e interprete costituzionalmente orientato del principio di eguaglianza sostanziale.

Il sovvertimento delle fondamenta culturali dell'impianto delineato dalla mozione conclusiva, unitariamente adottata, del Congresso di Gardone, di cui prima ho detto, è palese.

Quel modello di giudice non è riconosciuto dalle forze dell'attuale maggioranza, è addirittura avversato.

Con la consapevolezza della rilevanza del fenomeno, del pericolo di un ritorno a stagioni che si riteneva, evidentemente con una qualche ingenuità, consegnate definitivamente al passato, l'Associazione nazionale magistrati ha dedicato il suo Congresso nel 2024, il 36° della sua storia, proprio ai temi della interpretazione giudiziale in relazione a quelli della imparzialità, reale e percepita.

Lo ha fatto anche su pressione dell'attualità, di una serie di episodi di accesa, sconcertante contestazione per provvedimenti giudiziari sgraditi al Potere, al di là e prescindendo del tutto dai contenuti, dal merito delle decisioni assunte, per il solo fatto che non si erano posti in linea con le attese del Governo.

Destinatari di queste aggressioni condotte a mezzo stampa non sono più, come negli anni passati, i pubblici ministeri o i giudici penali, ma i giudici civili, e questo dà la misura del deterioramento progressivo.

I giudici dell'immigrazione sono divenuti il bersaglio di accuse tanto gratuite quanto offensive.

Diviene un bersaglio, additato come soggetto che non cura gli interessi

della nazione e che «rema contro», ostacolando i programmi governativi di contrasto al fenomeno della immigrazione illegale, il giudice che non convalida il trattenimento di un migrante, che fa prevalere, come è corretto che sia, il diritto unionale sulle disposizioni nazionali, che si rivolge alla Corte di giustizia rimettendo una questione pregiudiziale per saggiare quale sia l'effettiva portata del diritto dell'Unione al fine di apprezzare la compatibilità ad esso della normativa interna.

In gioco allora non sono più i pubblici ministeri, l'azione penale, la sua obbligatorietà e presunta discrezionalità che sconfinerebbe nei fatti nell'arbitrio, come gli anni '90 del secolo scorso e i successivi ci avevano abituato.

Quel che viene in rilievo, e i ripetuti attacchi mediatici ne sono inequivoca attestazione, è il tentativo di riscrivere i rapporti tra giustizia e politica, ridefinire i confini tra potere politico e giudiziario.

Con questa affermazione non intendo certo negare che in qualche occasione, poche o molte ora non importa, ci siano stati eccessi e cattive letture della relazione di soggezione alla legge da parte della magistratura.

Occorre però essere avvertiti dei rischi a cui si va incontro.

Per ora i magistrati, nella stragrande maggioranza, se non nella totalità, sanno resistere alle forti pressioni psicologiche a cui vengono esposti ove un loro provvedimento non piaccia a chi può orientare il dibattito pubblico e giornalistico.

Questa capacità di resistenza deriva da decenni e decenni di palestra culturale a cui anche l'associazionismo giudiziario, tanto vituperato, ha dato il suo contributo, e che ha fatto prevalere un modello ideale di magistrato a spiccata vocazione professionale e non ripiegato in una dimensione impiegatizia, più facilmente esposta allo strutturarsi di tattiche di convenienza egoistica, esse sì di nocumento per una giustizia di qualità, volendo sintetizzare in una accattivante formula l'attesa di una risposta ai bisogni di tutela all'altezza delle promesse costituzionale.

3. *La costituzionalizzazione del modello di magistrato tra passato e presente*

Nei ragionamenti che oggi si conducono sul sistema giudiziario non è adeguatamente considerata, dai critici dell'esistente, l'estraneità del modello gerarchico alla cultura della magistratura nel suo complesso.

La storia della magistratura italiana, dall'avvento della Costituzione repubblicana, è di progressivo affrancamento da vetusti sistemi organizzativi verso una compiuta indipendenza interna. Di qui la conquista di una libertà nell'interpretazione che si traduce non in arbitrio – se non in casi da con-

segnare alla casistica delle patologie – ma nella costruzione delle necessarie premesse per una migliore attuazione del diritto.

In questa direzione ha pesato in modo rilevante, e l'ho prima detto, il rapporto con la Costituzione, vista come atto normativo sovraordinato alla legge e non solo ed esclusivamente documento politico bisognoso della mediazione legislativa per far vivere nella dimensione giuridica l'affermazione di diritti e libertà, e quindi renderne possibile l'immediata giustiziabilità.

L'innovativo posizionamento culturale ha prevalso sulle tendenze, che erano anche dell'alta magistratura consegnataci dal ventennio fascista – e, prima ancora, dallo Stato liberale di stampo ottocentesco secondo una linea di culturale continuità che non va dimenticata –, a considerare la Costituzione essenzialmente e in modo pressoché esclusivo come documento politico, maneggiabile soltanto dal legislatore che, perciò, conservava l'originario primato, seppure rinnovato nel suo fondamento.

All'idea che spettasse soltanto al legislatore l'attuazione della Costituzione, con una insindacabile, se non sul piano della responsabilità politica, scelta dei tempi e dei modi oltre che della intensità con cui dare concretezza normativa ai principi, è subentrato il postulato del rapporto diretto con la Carta da parte dei giudici.

La domanda che ora si impone è se l'invocato, da più parti, riequilibrio tra i poteri debba avvenire su questo terreno, della libertà interpretativa e del rapporto diretto con la Costituzione.

La magistratura ha mostrato di avere piena consapevolezza della importanza del tema e ha svolto al suo interno, proprio in occasione del già menzionato 36° Congresso, un'approfondita riflessione avendo ben presente la necessità di verificare se, in un complessivo mutato contesto sociale e politico, le affermazioni di un tempo, le vecchie e gloriose parole d'ordine, cifra di una crescita culturale che qualifica positivamente la giustizia italiana, possano conservare valore.

Non si può disconoscere che il mondo intorno a noi è cambiato e non è ozioso chiedersi se questo mondo abbia bisogno ancora di una giustizia informata a quei principi o se, invece, richieda una giurisdizione diversa, mi verrebbe da dire meno antagonista, per un miglior governo della complessità crescente, di fenomeni che sembrano sovrastare le capacità ordinanti della politica.

Negli anni del secondo dopoguerra, all'indomani dell'inizio del cd. disgelo costituzionale, la cifra della crescita democratica si sostanziava nell'affrancamento da alcune incrostazioni non solo fasciste, anche prerepubblicane, di una magistratura alta segnata da una spiccata vicinanza al potere.

Ricordo, per una suggestiva semplificazione, che, secondo lo Statuto liberale, i magistrati, quelli delle giurisdizioni superiori, potevano sedere, senza scandalo alcuno, in Senato, non essere collocati fuori ruolo e proseguire, contestualmente al mandato parlamentare, l'esercizio dell'attività giudiziaria.

Il potere aveva una struttura unitaria che non faceva avvertire tensioni.

Le rifrazioni sul piano della funzione giudiziaria, della interpretazione della legge, si apprezzavano nel riconoscimento della fisiologia di interventi volti a colmare le lacune normative, ideologicamente negate in nome della presunzione di completezza del sistema, senza che ciò determinasse alcuna frizione, perché quella magistratura era culturalmente omogenea al potere e rimediava con interpretazioni integratrici in linea con gli intendimenti della politica.

Una società monoclasse non poteva sperimentare nella vita delle istituzioni situazioni conflittuali.

Con il mutamento della società, con la sua frammentazione, con l'emergere delle divisioni culturali e di interessi il problema di una giurisdizione incline a dar risposta alle domande di tutela pur a fronte della mancanza di previsioni di legge ha preso via via sempre maggior consistenza.

La magistratura si rinnovava, i suoi storici legami con il ceto dominante si allentavano, i magistrati dei ranghi inferiori insidiavano, forti della nuova struttura ordinamentale, l'ordine gerarchico, trovando forza e consapevolezza in quel laboratorio di idee, di confronto di idee, rappresentato dall'associazionismo giudiziario.

La progressiva demolizione dell'ordine gerarchico originò proprio dalla Costituzione, in specie dalla previsione per la quale i magistrati si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni, non dunque per gradi e gerarchie (art. 107, comma terzo).

Fu superato, grazie al legislatore che prese sul serio le direttive costituzionali, il sistema dei concorsi, che era il meccanismo con il quale la magistratura di legittimità sostanzialmente effettuava la cooptazione dai ranghi inferiori dei prescelti.

Liberati dalla gabbia della carriera, i magistrati, specie quelli più giovani, non contaminati da una storia di collateralismo politico silenzioso e nascosto, ma non perciò meno pericoloso, potettero guardare alla Costituzione come al testo supremo in cui rinvenire, con i plurimi strumenti dell'interpretazione, le risposte alle domande di giustizia a cui la legge non aveva curato di dare espressa soluzione.

Le lacune del sistema si atteggiarono, a differenza del passato, a momento di crisi per un concorrente ordine di fattori: sia per le diverse sensibilità con

cui la magistratura cominciava a distinguersi al suo interno e che si rifrangevano nella lettura delle norme-principio – fisiologicamente aperte – del testo costituzionale, sia per la genesi e natura della Costituzione, formatasi come sintesi di concorrenti e contrapposte visioni ideali della società ad opera delle forze politiche che l'avevano scritta e che necessariamente rimandano ad una attenta opera di bilanciamento di valori nel momento in cui se ne vuol trarre interpretativamente materia normativa a contenuto regolativo.

Il rimedio alle lacune divenne allora tutt'altro che scontato, e non per necessità allineato al sentire della maggioranza e della maggioranza politica.

Anzi, la leva dell'uguaglianza sostanziale fu azionata da una magistratura che si fece interprete della Costituzione per spostare in favore dei meno avvantaggiati il baricentro di un assetto di interessi costruito a beneficio delle classi dominanti.

Molti allora i dubbi, alcuni gravidi di inquietudine.

Si tradiva per tale via il principio, pur esso costituzionale, della soggezione dei giudici alla legge, soltanto alla legge?

Si era di fronte ad una erosione degli spazi della politica, ad una tracimazione dai confini dell'area dell'interpretazione applicativa della legge?

Si innescava un pericoloso disordine istituzionale solo in apparenza votato ad una rafforzata tutela dei più deboli, alla lunga invece esposti alle conseguenze, esse sì di nocumento, di una politica indebolita nella capacità di una gestione programmata, forte di una visione complessiva e di medio-lungo periodo delle questioni sociali, che è il modo migliore, se non l'unico, di attuazione delle promesse costituzionali?

4. *L'attualità del modello e le condizioni di adattamento al presente*

Questi interrogativi ritornano di attualità ma in un contesto sociopolitico assai diverso.

L'ho già accennato.

Non sono gli anni del *boom* economico, della espansione dei diritti sostenuta dalla capacità di produrre ricchezza e quindi di dare risposta alle pretese di soddisfacimento di vecchi e nuovi bisogni in favore di strati sempre più estesi di società.

Sono piuttosto gli anni della crescita economica stentata, del ritrarsi dello Stato sociale, della perdita di smalto del principio solidaristico compresso dagli ideali di un neoliberismo che vuole meno Stato e che non sa, e non vuole, affidarsi alle potenzialità di un mercato concorrenziale ma regolato.

Quale magistratura per questa società?

Il modello costituzionale di magistrato è in irreversibile crisi?

Si può provare a riaggiustare l'edificio, a rimettere le cose al loro posto, per parafrasare il titolo di un brillante recente volume del prof. M. Luciani, con le parole d'ordine di un ritorno alla legge?

Di una rinnovata e rigorosa considerazione del principio di soggezione alla legge?

In un certo senso la strada ora indicata merita di essere percorsa.

Ma, si badi, non è una strada che possa condurci indietro nel tempo e nella storia, vagheggiando nei magistrati l'ubbidienza burocratica ai voleri della politica di cui il legislatore è espressione.

La soggezione, lo evidenziava P. Borrè, è qualificata dall'avverbio «soltanto» che serve a convogliare nella legge e in nessun altro polo, neanche nel legislatore, la relazione di dipendenza.

Il fatto, poi, che la legge non abbia più la centralità di un tempo, per effetto dell'entrata in scena della Costituzione e del diritto unionale e, in generale, convenzionale, deve condurre al ripensamento degli ambiti concettuali del termine «legge» utilizzato dall'art. 101 Cost. e non già a pretendere che l'interpretazione giudiziale si sclerotizzi in una soggezione che ignori irragionevolmente le relazioni di gerarchia e di distribuzione di materia per settori di competenza in cui la legge è coinvolta.

Ma proprio la complessità dell'ordinamento, che vive nel combinarsi di più livelli di legalità, regionale, nazionale, sovranazionale, deve indurre ad una maggior cautela interpretativa, ad una maggiore attenzione al valore della stabilità e quindi della prevedibilità delle decisioni.

Nella stessa direzione orienta la consapevolezza del mutato contesto sociale. Se all'ottimismo con cui le passate generazioni potevano guardare al futuro, immaginando una linea retta di sempre maggiore benessere e progresso, si è sostituito un disincanto diffuso che frena gli entusiasmi e costella di incertezze e paure la vita sociale, il bisogno di una maggiore sicurezza diviene il dato qualificante della contemporaneità e pretende riconoscimento e risposte in ogni settore di esercizio di pubbliche funzioni, quindi anche nel momento giudiziario.

La giurisdizione deve di conseguenza riaggiornare il suo armamentario concettuale non per autolimitarsi negli spazi di libertà interpretativa, in tal modo assecondando pretese antistoriche di allineamento collaborativo ai piani della politica, ma per un'assunzione di responsabilità in un uso sempre più accorto e ponderato degli strumenti che le sono propri, mostrando di saper coniugare in un prudente equilibrio stabilità ed innovazione.

È così che può realizzarsi un riaccreditamento sociale di una funzione

oggi nella temperie delle polemiche, spesso strumentali e dissennate: mediante l'adattamento dell'elaborazione culturale sottesa all'affermazione del modello costituzionale di giurisdizione, la cui validità non è certo meno intensa, al cambiamento di contesto, per essere così capace di fronteggiare l'accresciuto grado di incertezza, figlio della complessità, e cofattore della sedimentazione di un diffuso senso di insicurezza sociale.

Lo ha scritto il prof. M. Luciani: la prevedibilità del diritto è un bisogno del tempo presente quale moderna declinazione del diritto alla sicurezza.

Di qui un forte richiamo all'importanza del rispetto, tutt'altro che formalistico, al testo della legge, l'esigenza di un responsabile ricorso alle interpretazioni conformi, anche per non marginalizzare il ruolo prezioso del sindacato incidentale della Corte costituzionale, una rinnovata attenzione al profilo della imparzialità e della sua immagine, non già per comprimere le libertà di espressione dei magistrati ma per l'opportunità di riflettere su un profilo di sempre maggior rilievo in una società mediatizzata.

Nell'ordine e in sintesi.

a. Non si può rinunciare a maneggiare interpretativamente la normazione per principi, anche perché è sempre maggiore grazie all'accresciuta importanza del diritto convenzionale. Ma la stessa legge, che pure potrebbe giovarsi di tecniche regolative di più marcata capacità prescrittiva, soffre oggi delle tensioni politiche, dell'assenza di convergenze robuste sugli obiettivi e sugli strumenti di azione.

La conseguenza è che, rispetto al passato in cui poteva indicare con maggiore chiarezza e univocità ai destinatari, specie intermedi, la direzione in cui muoversi, prevenendo criticità e incertezze nel momento interpretativo, la legge oggi è spesso frutto di mediazioni incompiute, che volutamente non risolvono ambiguità per assecondare la formazione di maggioranze politiche tra visioni contrapposte o comunque non collimanti. Scarica in tal modo sul momento interpretativo il compito di definire scelte non percorse sino in fondo, ma ciò deve condurre non già ad un esercizio più disinvolto della libertà interpretativa, quanto ad un uso democraticamente responsabile della discrezionalità, cercando, quando dal testo non emerga con sufficiente nettezza una soluzione prevalente, di giustificare adeguatamente, col sapiente ricorso alle risorse dell'argomentazione, la soluzione sistematicamente rinvenuta.

Anche per tale via si realizza ed invera la soggezione alla legge.

b. Se la stabilità dell'ordinamento è il bisogno prevalente, un impiego più contenuto dello strumento dell'interpretazione conforme in favore di un più ampio intervento della Corte costituzionale può essere un atteggiamento da valutare favorevolmente. Non si tratta di rimettere in discussione

approdi culturali favoriti e incoraggiati dalla stessa giurisprudenza costituzionale, ma di saper sfruttare, quando utile, l'efficacia normativa delle sentenze di incostituzionalità, che previene oscillazioni interpretative e sempre possibili disorientamenti.

c. Il giudice deve essere imparziale, l'apparenza di imparzialità è pur essa importante ma è comunque ancillare e perderebbe all'evidenza ogni valore e funzione se dovesse sostituire e non completare una reale ed effettiva imparzialità.

Ciò detto, dell'apparenza di imparzialità, nei limiti concettuali ed etici che ho appena precisato, la magistratura associata si è fatta carico nel dibattito congressuale di poco più di un anno addietro.

Ha mostrato di comprendere, quale implicazione della rivendicata e non comprimibile libertà interpretativa, che proprio il non voler ridurre la giurisdizione nell'alveo di un mero funzionariato pubblico impone maggiore attenzione anche nei comportamenti e nelle scelte che il magistrato tiene e compie quale privato cittadino. Cautela ed attenzione che non mascherano una limitazione delle ordinarie libertà individuali ma che sono la proiezione della rivendicata ampia discrezionalità del lavoro giudiziario.

Una riflessione, questa, di primario rilievo in tempi in cui si intensificano e moltiplicano le occasioni di presenza pubblica per effetto dell'uso dei *social media*, luoghi virtuali in cui il linguaggio comunicativo si semplifica, si struttura per messaggi sincopati, si impoverisce nell'affermazione di posizioni e punti di vista intorno a cui ci si schiera e che non si adattano, con argomenti e ragioni, alla specificità dei singoli.

5. *Le diverse, opposte, visioni della politica*

La politica, però, ha altri obiettivi e si affida a strategie diverse, che ignorano, quando non contrastano, il fine di preservare conquiste democratiche che a me paiono irrinunciabili.

La divaricazione culturale si fa irreversibile dagli anni '90 del secolo scorso. Con la stagione di Mani Pulite esplodono i conflitti, la politica entra in crisi e prende piede l'idea che il suo primato, che nessuno contesta se correttamente inteso, debba esplicarsi come pretesa di impunità, pretesa di affrancarsi dal controllo di legalità, di cui si disconosce la legittimità nella misura in cui si apprezza una significativa differenza dall'unico controllo possibile, quello delle illegalità già emerse, che ne fa una sostanziale e sostanziosa occasione di abuso di poteri e funzioni.

L'intervento giudiziale diviene esso stesso politico, ma in senso dete-

riore e quindi assume le vesti dell'invadenza politicizzata quando lambisce e viola i confini che il potere elettoralmente legittimato pretende di disegnare.

All'orizzonte si intravede, fortunatamente non come destino obbligato e ineludibile, la degenerazione delle democrazie rappresentative in democrazie illiberali.

Una serie di riforme della giustizia si fa da allora strada, in una linea di continuità culturale che prescinde dal colore delle maggioranze politiche che si succedono negli anni.

Obiettivo principale è il Consiglio superiore della magistratura, in specie il suo sistema elettorale, e si va, dopo decenni di rimaneggiamenti continui, dall'introduzione del sorteggio per la formazione di macro-collegi territoriali degli anni '90 del secolo scorso alla introduzione di meccanismi di maggioritario puro e abolizione delle liste per effetto della legge del 2002.

Riforme tutte dirette a disarticolare l'associazionismo giudiziario, a fiaccare il nerbo culturale che per tanti lunghi decenni ha sostenuto una cultura e una pratica di effettiva indipendenza dei magistrati, per il dichiarato fine di sconfiggere il cd. correntismo, fenomeno che invece proprio quelle riforme hanno potenziato, come il recente scandalo del cd. caso Palamara dimostra.

Si percepisce l'essenzialità del Consiglio superiore in un sistema che favorisce la diffusione della cultura dell'indipendenza e si cerca di ridimensionarne ruolo e collocazione.

Quindi si agisce sul versante della carriera, termine di cui i magistrati avevano imparato a diffidare e che si ripropone in tempi di frustrazione professionale crescente, quando le inefficienze dell'organizzazione giudiziaria rendono assai più difficoltoso l'esercizio della giurisdizione e producono stanchezza e disillusione anche tra i magistrati, prima ancora che tra i cittadini.

La riforma ordinamentale del 2005-2006 (voluta dal ministro Castelli e in qualche modo immediatamente dopo temperata dal successivo ministro Mastella) ripropone in versione aggiornata l'idea dei gradi con la costruzione di una piramide di incarichi e funzioni che evoca la progressione di un *cursus honorum*.

Non si riesce a reintrodurre il sistema della professione per concorsi per titoli ed esami, ma si utilizzano in senso distorto le valutazioni di professionalità, appesantite nell'ansia di renderle efficienti ma invero inceppate per l'idea di farne occasioni di surrettizia promozione invece che impiegarle come indispensabile strumento per intercettare le reali cadute di professionalità che meritano anzitutto di essere prevenute.

Quindi, e qui la recente riforma del 2021-2022 – cd. riforma Cartabia – ha dato il suo contributo, si agisce rafforzando quanto più possibile moduli organizzativi di ispirazione gerarchica.

Ai problemi di organizzazione si risponde potenziando il ruolo e i poteri dei dirigenti degli uffici giudiziari (che il legislatore in più di un'occasione non si fa scrupolo ad appellare «capi»), specie in tempi di attuazione degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza che impongono il raggiungimento di obiettivi di produttività giudiziaria assai difficilmente coniugabili con una accettabile qualità della risposta di giustizia.

Il confine tra organizzazione e giurisdizione si fa labile, il dirigente non soltanto coordina ma tende sempre più al comando.

E il legislatore di ordinamento giudiziario asseconda questa tendenza e addirittura introduce una nuova fattispecie disciplinare per la grave e reiterata violazione delle direttive del dirigente, direttive non meglio definite per ambito di intervento e contenuti possibili, in violazione non proprio surrettizia del principio di tassatività dell'illecito.

Da circa un trentennio, quindi, le riforme di ordinamento giudiziario si muovono nel senso di una rivisitazione del concetto di carriera e per la riproposizione di modelli gerarchici.

Con l'insistente appello alla valorizzazione del merito, asseritamente disperso da un sistema governato dalle correnti che tutti vuol promuovere per logiche di mera clientela, è da tempo che si lavora per la riedizione di un vecchio armamentario concettuale.

Ai nuovi problemi si replica con idee vecchie, facendo sorgere il dubbio che ai riformatori di ieri e di oggi stia a cuore non tanto il miglioramento del servizio giudiziario quanto la possibilità di controllo, anche indiretto e mediato, sui magistrati.

6. *Cenni alla riforma costituzionale del ministro Nordio*

La riforma costituzionale del ministro Nordio, ora sottoposta al referendum popolare di cui all'art. 138 Cost., non è che un tassello, certo il più importante, del disegno di restaurazione di un ordine spazzato via dalla rivoluzione innescata dalla Costituzione.

La cd. separazione delle carriere è il modo per depotenziare, dividendolo, il Consiglio superiore, dalla cui ceneri trarranno vita due nuovi organismi, ciascuno preposto alle diverse magistrature, giudicante e requirente.

Nessuno dei due nuovi Consigli, indeboliti dalla individuazione per sorteggio secco della componente togata, potrà essere autorevole interlocutore

del Ministro della giustizia sui temi della organizzazione giudiziaria, con il rischio che possano registrarsi interferenze del potere amministrativo nell'esercizio della funzione giudiziaria.

La carriera, poi, entra nel testo costituzionale, che ne fa sorprendentemente espressa menzione.

Il messaggio culturale è chiaro.

I magistrati devono tornare ad essere funzionari, devono vivere interamente ed esclusivamente la loro dimensione burocratica, perché in tal modo – e qui vi è il non detto di una riforma altrimenti insensata – sono corpo malleabile e naturalmente incline a non opporsi al potere.

Il sorteggio della componente togata dei Consigli superiori si spiega proprio su questa premessa: un corpo di funzionari non ha ragione di dividersi per gruppi associativi, di distinguersi per sensibilità diverse, per diversi modi di intendere il mestiere e quindi per differenti modelli culturali di magistrato. La natura burocratica del lavoro unifica negli interessi, meri interessi di corporazione, non v'è alcuna ragione di una differenziazione nella rappresentanza, anzi: il Consiglio superiore non è e non deve essere un organo a caratura rappresentativa.

Il sorteggio priva di fondamento ogni velleità rappresentativa e, al contempo, elimina ogni significato di partecipazione democratica di tutti i magistrati al cd. governo autonomo della magistratura.

I due Consigli superiori si occuperanno delle carriere: per la gestione delle carriere sono nati e dalle carriere, dalla loro amministrazione, saranno assorbiti. La carriera diviene il centro della vita del magistrato e il tema dell'esistenza dei Consigli superiori.

La carriera servirà a premiare i migliori e a punire i meno bravi, i meno laboriosi; dove non giungerà con l'efficacia dovuta la censura sul piano delle valutazioni di professionalità e di mancata promozione, ci penserà l'Alta Corte disciplinare, organo giurisdizionale speciale, costruito *ad hoc* per la responsabilità disciplinare soltanto dei magistrati ordinari.

Nell'Alta Corte, sorprendentemente composta da giudici e pubblici ministeri, in spregio alla divisione delle magistrature ossessivamente perseguita dalla stessa riforma costituzionale, siederanno componenti estratti a sorte, appunto i magistrati, componenti scelti per sorteggio cd. temperato, previa formazione per elezione di un elenco di sorteggiabili, la quota di nomina parlamentare, e componenti nominati dal Presidente della Repubblica.

La sottrazione ai Consigli superiori della materia disciplinare non si spiega con la volontà di contrastare i presunti e indimostrati guasti di una giustizia domestica, una volta che il sorteggio gioverà a scegliere i magistrati sia dei Consigli superiori che dell'Alta Corte.

Quale allora il senso?

Probabilmente quello di inasprire la leva disciplinare, che resterà nelle mani del Ministro della giustizia, senza che sia dato comprendere che fine potrà fare la attuale contitolarità di azione in capo al procuratore generale della Corte di cassazione.

Certo, non potrà conservarla nei confronti dei giudici, perché è impensabile che il vertice della magistratura requirente potrà agire contro i giudici, se si muove dalla premessa della nozione di terzietà a cui i riformatori si appellano di continuo.

E sarà epilogo alquanto eccentrico se conserverà il potere di azione nei confronti dei magistrati requirenti, chiamandoli a giudizio dinnanzi ad un organo giurisdizionale in cui siederanno alcuni componenti, gli estratti a sorte tra i pubblici ministeri, che saranno a lui sotto ordinati in quella organizzazione gerarchica che con ogni probabilità sarà il futuro della magistratura requirente, quale necessitata forma di compensazione della irragionevole definizione di un corpo separato, dotato di un proprio Consiglio superiore, a maggioranza qualificata di pubblici ministeri.

L'Alta Corte, quale giudice speciale *ad hoc*, sarà giocoforza più incline alla repressione, anche perché ignaro delle peculiarità del contesto organizzativo, dei suoi problemi, del suo atteggiarsi concreto, in cui la gran parte degli illeciti, quelli funzionali, sono asseritamente consumati.

In nome del merito e della responsabilità, ingredienti della carriera, si rafforzerà la spinta ad una strutturazione gerarchizzata dell'assetto della magistratura, per mettere in riga i magistrati, per concentrare tutta la loro attenzione e tutte le loro energie sulle preoccupazioni di carriera, sui voti ottenuti e sperati in occasione delle valutazioni di professionalità e delle procedure per il conferimento degli incarichi direttivi.

Con la piena attuazione di questo disegno, che risponde a culture istituzionali sorpassate dalla storia, le istanze di giustizia saranno messe da canto, il magistrato impiegatizzato penserà a se stesso, tratterà con egoistica sapienza i casi posti al suo esame, farà prevalere una logica produttivistica volta a definire le pratiche e non a cogliere – anche a costo di rallentare i ritmi dell'impiegato modello – la complessità che conforma la vicende di vita, il dolore e la sofferenza che spesso le attraversa quando il conflitto si struttura e interpella un giudice.

I magistrati saranno finalmente ricondotti nel loro recinto, epilogo di una storia di democrazia incompiuta.

Il volume raccoglie gli interventi di un ciclo di incontri tra esponenti della magistratura e del mondo accademico sul tema della natura e del ruolo attuale della giurisdizione. Il focus è stato l'attrito tra il modello ideale della giurisdizione (fondato sulla sua natura puramente dichiarativa e sulla soggezione del giudice alla legge) e la realtà effettiva delle stessa, caratterizzata da un ruolo sempre più rilevante di co-determinazione del diritto, a causa di fenomeni risalenti nel tempo – il costituzionalismo contemporaneo e l'avvento dell'interpretazione conforme a Costituzione – e più recenti – la penetrazione del diritto euro-unitario, unitamente ad una crescita esponenziale della domanda sociale di giustizia. Scopo del ciclo di incontri è stato chiedersi se sia possibile e desiderabile ridurre questo ruolo di co-determinazione in modo da recuperare uno scarto fisiologico fra il modello ideale e l'effettività della giurisdizione; oppure, al contrario, se sia possibile e desiderabile rivedere questo modello allo scopo di razionalizzare la sua componente volontaristica, che allo stato attuale sembra non avere una forma organica e coerente. Il ciclo si è articolato in un'introduzione generale, che ha visto la partecipazione di L. Ferrajoli e T.E. Epidendio; un incontro sulla giustizia civile tenuto da A. Gentili e A. Giusti; una riflessione sull'interpretazione conforme a Costituzione tra M. Luciani e E. Scoditti; infine, un'analisi sull'assetto organizzativo e l'ordinamento giudiziario da parte di F. Dal Canto e G. Santalucia.

Giovanni Bisogni è Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli studi di Salerno, ove è vicecoordinatore del Dottorato in Scienze Giuridiche. I suoi interessi scientifici vertono sul costituzionalismo novecentesco (*Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, ESI, 2005), sulla storia delle ideologie giuridiche (*Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico,* Mimesis, 2012) e sul ruolo delle giurisdizioni costituzionali nelle democrazie contemporanee (*La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo,* Giappichelli, 2017).

Salvatore Boccagna è Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli studi di Napoli "Federico II". È autore di vari studi in tema di giurisdizione ordinaria e arbitrale, con particolare attenzione al sistema dei rimedi. Ha curato il *Codice di procedura civile sistematico* (Giappichelli, 2025). È caporedattore della *Rivista di diritto processuale*.

Gaetano Carlizzi è Giudice del Tribunale Militare di Napoli e docente di Teoria dell'argomentazione giuridica nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. Ha pubblicato diversi lavori sui temi della giurisdizione, in particolare in materia di interpretazione (*Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2010, con V. Omaggio) e di prova (*Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo, 2018; *La valutazione della prova scientifica,* Giuffrè Francis Lefebvre, 2019).

Giorgio Pino è Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli studi Roma Tre, dove è stato anche titolare della Jean Monnet Chair AGORA. I suoi interessi di ricerca comprendono il costituzionalismo contemporaneo, la teoria dei diritti fondamentali, la teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, la libertà di espressione. Tra le sue pubblicazioni più recenti: *Jueces, legalidad e interpretación* (Palestra, 2024), *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato* (Giappichelli, 2021), *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione* (Mucchi, 2019).

Roma Tre

IsEB
Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto
nella storia e nella società