

## DALL'USO ALTERNATIVO ALL'USO COOPERATIVO DEL DIRITTO NELL'ESPERIENZA DI UN GIUDICE COMUNE\*

di Roberto Giovanni Conti

SOMMARIO: 1. Un tuffo nella memoria di un giudice comune. – 2. Gli anelli intrecciati del giudicare. – 3. Le trasformazioni del ruolo del giudice per effetto della Costituzione. Il congresso ANM di Gardone del 1965. – 4. Il ruolo dell'interpretazione. – 5. Il diritto in una prospettiva di cooperazione fra legge e giudizio. Prime riflessioni. – 6. La coscienza sociale ed il giudice. – 7. Il peso dei principi-valori sull'interpretazione. – 8. Uno sguardo alla giurisprudenza delle Sezioni Unite civili sul ruolo del giudicare. – 9. La *non decisorietà* del giudicare. Dall'uso alternativo al *leale* uso cooperativo del diritto, in attesa di una nuova Gardone. – 10. Cooperazione e disubbidienza: un ossimoro per il giudice? – 11. Conclusioni.

### 1. Un tuffo nella memoria di un giudice comune.

Vorrei provare a suddividere il mio intervento in più parti.

Per un verso si tenterà di affrescare nel modo più fedele possibile, ciò che è stato il giudicare agli inizi degli anni '90, dunque molti anni dopo il convegno del 1972 sull'uso alternativo del diritto.

Un fare memoria che sembra importante per comprendere quanto alcune questioni, nuove e spinose, affrontate da giudice ragazzino abbiano nel tempo fortemente condizionato il modo di intendere il ruolo e la funzione giudiziaria.

Riavvolgendo il film dei primi anni di attività giurisdizionale tornano alla mente alcune cause che ruotavano attorno alla direttiva CEE sulle clausole abusive dei contratti quando ancora non era stata trasposta nell'ordinamento interno e che era stata però invocata dalle parti in ragione degli effetti diretti che la stessa si riteneva dovesse comunque spiegare in favore della tutela dei consumatori rispetto alle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente. In particolare, in una di queste controversie, un consumatore -che in realtà era il presidente di un'associazione di consumatori- aveva chiesto di potere fruire, per un immobile di sua proprietà, dell'energia elettrica somministrata dall'Enel. Sostenendo la natura abusiva di alcune delle clausole che l'ente predisponente non aveva ovviamente modificato si chiedeva al Tribunale la declaratoria di inefficacia delle clausole abusive<sup>1</sup> in base a una direttiva comunitaria non ancora trasposta nell'ordinamento nazionale, ma che a dire dell'attore era dotata di immediata efficacia nei confronti di quel particolare soggetto assimilabile ad un ente pubblico.

---

\* Contributo destinato alla pubblicazione degli Atti del convegno *Dall'uso alternativo del diritto al diritto vivente*, Catania, 17-18 novembre 2023, di prossima pubblicazione sulla rivista *Teoria del diritto e della regolazione sociale*.

<sup>1</sup> V. Trib. Palermo, 7 aprile 1998, *Romano c. ENEL*, in *Foro Italiano*, 1998, I, p. 1624.

Fu quell'esigenza di decidere una controversia che presentava profili di rilevanza comunitaria ad aprire un mondo allora sconosciuto e che allora assumeva i tratti, per la maggior parte degli operatori, di un diritto nuovo che poneva il giudice in un'ottica totalmente diversa rispetto alla legge, perché l'idea stessa che il giudice nazionale potesse non applicare una norma dell'ordinamento statale contrastante con il diritto comunitario poneva – ieri come oggi – il giudice in una prospettiva quasi *eversiva* rispetto a quella che, sul piano interno, riserva in via esclusiva alla Corte costituzionale il compito di eliminare dall'ordinamento le norme di legge contrarie alla Costituzione, non ammettendo un sindacato diffuso di costituzionalità da parte del giudice comune.

Un'esperienza non meno significativa derivò dalle vicende collegate al rimborso delle tasse di concessione governativa che lo Stato aveva preteso nei confronti delle società, in violazione del diritto UE. Il contenzioso che ne era seguito impose di affrontare, nello specifico, il tema dell'importo degli interessi spettanti al creditore, determinato in via normativa in misura inferiore rispetto al saggio degli interessi previsti in favore dei creditori di altre imposte indebitamente corrisposte. Questione che si ritenne di decidere disapplicando la normativa interna in tema di interessi da rimborso per contrasto con il principio di equivalenza di matrice comunitaria<sup>2</sup>.

Accadde così che tale sentenza venne impugnata innanzi alla Corte di appello di Palermo la quale, non condividendo la tesi della disapplicazione, ritenne di sollevare questione di legittimità costituzionale sul presupposto che la disapplicazione fosse stata esclusa dalla giurisprudenza di legittimità. Secondo il giudice di appello occorre, infatti, vagliare la compatibilità costituzionale della normativa interna con gli artt.3 e 53 Cost., laddove la Corte di cassazione in altre omologhe vicende aveva affermato di dover applicare la disciplina speciale in tema di interessi, così implicitamente impedendo la disapplicazione operata in primo grado.

Una scelta, quella del giudice di appello, apertamente orientata a prediligere una prospettiva di controllo accentrato sulla base del paradigma costituzionale, diametralmente opposta a quella espressa dalla decisione di primo grado, invece calibrata sull'immediata operatività dei principi generali del diritto comunitario nell'ordinamento interno ad opera del giudice comune nazionale.

Ecco, non sembra essere priva di significato la circostanza che la questione di costituzionalità venne dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (ord. n. 390/2001), atteso che la disapplicazione per contrasto con il diritto UE non poteva affatto ritenersi esclusa dalla giurisprudenza di legittimità, mai chiamata a pronunciarsi sul tema specifico, limitandosi ad applicare nei precedenti adottati, il quadro normativo di riferimento interno.

Riletta a distanza di anni la vicenda da ultimo ricordata fotografa in maniera nitida una vicenda del passato quanto mai attuale se appunto se ne scorgano i modi di intendere il diritto, le diverse prospettive sottese – senza qui valutarne la correttezza, condivisibilità o plausibilità – nonché le risposte giudiziarie, profondamente divergenti e a tratti incompatibili tra loro, tutte “figlie” del proprio tempo ed incredibilmente anche

---

<sup>2</sup> Trib. Palermo, 2 marzo 1999, in *Foro Italiano*, 1999, I, p. 1007.

del tempo futuro. Prospettive e risposte al contempo dimostrative di quanto il diritto segua naturalmente, ciclicamente ed in modo più o meno consapevole, i mutamenti della società, del corpo sociale, di un quadro normativo in continua evoluzione in virtù del “significato” che ad esso si attribuisce<sup>3</sup>.

E così anche la questione del rilievo della CEDU nel sistema interno che, prima delle sentenze gemelle del 2007 era per lo più oscura, sconosciuta. Basta pensare all’effetto prodotto dalle sentenze del maggio 2000 della Corte edu sulla vicenda delle occupazioni illegittime<sup>4</sup>.

Sentenze nelle quali serpeggiava un concetto, quello della qualità della norma, intesa come inscindibile connubio fra legge e giurisprudenza che la applica, in modo più o meno chiaro, preciso e prevedibile; concetto che appariva nuovo, non rinvenibile nel bagagliaio dell’auto che si era andato attrezzando durante gli anni universitari e che, nondimeno, cominciava ad apparire come poco capiente rispetto alle vicende, ai fatti, che si andavano presentando al mio esame e non per opzione soggettiva o creativa, ma quasi per la necessità di conoscere ed attuare fonti poco esplorate.

Per continuare il viaggio nella personale esperienza giudiziaria di quegli anni, questo cambio di prospettiva nel modo di *fare* il giudice, dopo il 2000 fu ulteriormente avvertito in occasione del trasferimento al settore penale, in occasione di una richiesta di

<sup>3</sup> Non può, infatti, dimenticarsi che l’edificio del diritto UE e della sua incisiva capacità pervasiva negli ordinamenti nazionali fu il frutto della sedimentazione lenta e progressiva del “diritto vivente”, espresso prima dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea e, successivamente, dalle Corti costituzionali dei Paesi membri. Spesso si parla con riguardo alla Corte di Lussemburgo di diritto “pretorio”, a significare che la concretizzazione delle regole di ingaggio fra giudice comunitario, giudice interno e degli effetti delle sentenze della Corte europea stessa si originò “dal basso” attraverso la proposizione di rinvii pregiudiziali da parte dei giudici nazionali che consentirono, appunto, la fissazione di “regole” poi divenute efficaci grazie all’attività cooperativa delle altre Corti nazionali. Ciò si anticipa qui rispetto alle considerazioni che si esporranno nel prosieguo della riflessione, per confermare che le più incisive evoluzioni del diritto prodotte nei sistemi nazionali europei sono state frutto del diritto vivente delle Corti nazionali e sovranazionali.

<sup>4</sup> Nel maggio del 2000, alcune riviste giuridiche diedero notizia di due pronunzie rese dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che avevano “condannato” l’Italia rispetto a due sentenze rese dalla Corte di cassazione che si erano inserite nel solco della disciplina, in parte pretoria, della c.d. occupazione acquisitiva. Procedura correlata alla condotta della p.a. che, dopo avere iniziato una procedura di esproprio non la portava compimento, dando vita ad una fattispecie illecita di natura istantanea per effetto della realizzazione dell’opera pubblica alla quale seguiva l’insorgere del diritto al risarcimento di un danno di natura aquiliana da esercitare nel termine di prescrizione quinquennale. Decisioni che non era ben chiaro, all’epoca, quali effetti avrebbero potuto avere nel sistema interno, benché i primi commentatori avessero evidenziato il carattere sistemico delle violazioni accertate dalla Corte europea, tenuto conto degli effetti che la natura istantanea dell’illecito produceva sui proprietari, per lo più colpiti dalla scure della prescrizione a causa dell’incertezza prodotta da orientamenti giurisprudenziali incerti. Nacque in quel caso la necessità di approfondire, di conoscere, di sapere di più su un sistema di protezione dei diritti fondamentali dell’uomo fra i quali campeggiava anche la proprietà. In questa prospettiva mi piace ricordare una monografia dedicata alla CEDU – R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011; ID., *Espropriazione per pubblica utilità*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, 2005; ID., *L’occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006 –. Insomma, un interscambio fra lavoro e crescita culturale nel quale non è dato scorgere un prima e un dopo ma una sinergia quasi integrale fra giudicare, studiare, conoscere che continua a non essere pienamente appagata, rinnovandosi su altre questioni ed in ragione di altri casi posti sulla mia scrivania.

sequestro preventivo dei beni dei familiari di una persona sequestrata. Fu allora che cominciò a delinearsi la centralità del tema del bilanciamento fra i diritti fondamentali<sup>5</sup>.

Quella nuova prospettiva che andava serpeggiando nel personale modo di intendere il proprio ruolo di giudice fece insorgere alcuni interrogativi sul se quel vincolo sulla disponibilità di somme di denaro sollecitato dalla Procura avrebbe potuto determinare un imminente e concreto pericolo per la vita del sequestrato e sul se, in definitiva, il bilanciamento fra i diversi interessi, già individuato dal legislatore e passato indenne al vaglio di costituzionalità, potesse prestarsi a critiche, salvo poi ragionare, ancora, su quale potesse essere lo strumento per realizzare un bilanciamento in tutto o in parte diverso da quello posto dal legislatore (questione di costituzionalità della norma interna per contrasto con il parametro convenzionale che tutela il diritto alla vita della persona; interpretazione convenzionalmente orientata).

Quel *nuovo* di cui si è detto conduceva, in definitiva, a riflettere sul fatto che in qualunque disposizione normativa vi è, a monte, da parte del legislatore una scelta che si dice tradizionalmente essere una scelta discrezionale. Ma è anche vero che il legislatore legifera con alle spalle la Costituzione e che fa ciò nell'ambito delle sue prerogative, adottando una regolamentazione che bilancia gli interessi contrapposti<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Quando si decide una controversia le operazioni di bilanciamento fra i diversi interessi sono *l'in se* della pratica giudiziaria. Si trattava, allora di capire se il bene della vita del sequestrato, potenzialmente a rischio, dovesse cedere rispetto alla disciplina normativa che, introdotta nell'epoca della stagione dei sequestri di persona, intendeva impedire la libera disponibilità dei patrimoni dei sequestrati al fine di debellare quel fenomeno criminale, impedendo il pagamento del riscatto ai rapitori.

<sup>6</sup> Provai così a ragionare con me stesso: ma se sottopongo a vincolo il patrimonio del sequestrato quali sono i beni in gioco che saranno compressi? Pensai sicuramente al diritto di proprietà inciso dalla misura del sequestro teso a paralizzare la possibilità dei familiari di eventualmente rispondere a una domanda di riscatto. Ma ebbi la piena consapevolezza che vi erano, appunto, anche altri beni coinvolti e, fra questi, l'interesse dello Stato a che il fenomeno dei sequestri di persona destinati a creare un notevole allarme sociale fosse comunque represso fin dalle prime fasi dei rapimenti proprio in funzione preventiva. Comparve però nella mia riflessione un terzo interesse non meno rilevante, quello della persona scomparsa alla propria esistenza in vita. Ora, quell'interesse era stato evidentemente valutato dal legislatore, nel senso che nella scelta tra il rischio che quella persona potesse morire a causa del mancato versamento del riscatto e gli altri suindicati, si era inteso prediligere gli interessi, vuoi di natura *lato sensu* pubblica, vuoi connessi al patrimonio. In gioco, allora, vi era la questione della proporzionalità della misura del sequestro rispetto ai diversi beni in gioco e mi chiesi se al momento in cui mi era stato chiesto il sequestro, tale misura fosse proporzionata per salvaguardare i diversi interessi in gioco e, in definitiva, se il rischio per la vita dell'ostaggio fosse concreto e tale da far ritenere che il mancato pagamento del riscatto potesse dar luogo all'uccisione dello stesso, costituendo, quindi, il sequestro misura sproporzionata in ragione del bene dell'integrità fisica e della vita che, nella prospettiva della convenzione europea, costituisce uno dei diritti cardine, uno dei noccioli, dice l'articolo 2 CEDU. Un ragionare, inusuale, a quell'epoca, nella quale il ruolo del giudice di "applicatore" della legge, sembra ben distante dalla possibilità di incunarsi - egli stesso - nel tema del bilanciamento fra i diritti, avvertito fortemente "estraneo" alle funzioni giudiziarie ed invece esclusivamente riservato al legislatore o, al più, alla Corte costituzionale. Eppure, la giurisprudenza della Corte edu offre alla tutela della vita una protezione di particolare pregnanza, al punto da farne una delle pietre miliari del firmamento dei diritti della persona. Allora ragionai in questo modo: non ho avvisaglie tali da ritenere che questa persona sia in concreto pericolo di vita e pensai alla vicenda - se ricordate - di Paul Getty e di quella mutilazione che i rapitori ebbero l'ardire di compiere per indurre i familiari al pagamento del riscatto. Ritenni allora che, in base alla vicenda concreta, non fossero esistenti avvisaglie

Ora, l'essersi misurato con la nuova categoria, allora non ben conosciuta, della proporzionalità delle misure limitative dei diritti fondamentali – sulla quale fanno perno diverse disposizioni della CEDU – sembra, visto a posteriori, un autentico regalo ricevuto dal lavoro giudiziario, dai casi posti sulla scrivania senza alcuna scelta ed ai quali si era chiamati a fornire una risposta. Una risposta sempre più complessa ed articolata in ragione della crescente conoscenza del quadro composito di fonti normative poste a presidio della persona, di natura interna e, sempre di più, sovranazionale.

Ricordi questi su cui ho insistito unicamente per provare a dimostrare l'esigenza avvertita, come giudice, di approfondire, di conoscere, di farsi un'idea di paradigmi normativi poco conosciuti in relazione ai casi che andavano ponendosi sulla mia scrivania.

Ebbe così iniziò un *new deal* personale che oggi può sembrare fuori moda per quanto le nuove generazioni abbiano ormai elaborato il lutto che derivò nelle Corti nazionali – e soprattutto presso la Corte di cassazione alla quale andava attribuita la paternità dell'occupazione acquisitiva – dalla presa d'atto di un meccanismo di tutela largamente sottovalutato per non dire ignorato, forti della convinzione della prevalenza, incondizionata, del diritto interno – positivo e vivente –.

Ecco così comporsi, per sommi capi, il cerchio della esperienza professionale di un giudice che nel 1999 si occupò di clausole abusive, quando la direttiva CEE 93/13 non era stata ancora trasposta, ma fu considerata di immediata efficacia nei confronti di un'impresa pubblica e che oggi assiste ad un divenire della funzione giurisdizionale che sembra essere ben lungi dal potersi dire concluso.

Cerchio che non si chiude ma si riapre ed amplia quando il dialogo si fa a parti invertite e diventa da dialogo fra le alte Corti a dialogo dal basso attraverso il rinvio

---

concrete nel senso di ritenere che l'ostaggio poteva correre realmente il rischio di morire e quindi autorizzai il sequestro preventivo dei beni – v. Trib. Palermo, 18 gennaio 2007, in *Foro italiano*, Gen. 2008, II, p. 55. Il lettore potrà pensare che, in definitiva, non vi fu nella vicenda ricordata alcun significativo spostamento del livello di protezione dei diritti della persona. E probabilmente è nel vero. Ma lo spostamento radicale fu avvertito nel percorso metodologico che condusse alla decisione. Un percorso, per molti aspetti nuovo rispetto ad un'idea del giudicare, nel quale cominciavano ad assumere un valore crescente, alcuni strumenti non considerati presenti nella cassetta degli attrezzi del giudice di allora - e per buona parte, forse, anche del giudice dell'oggi. V., volendo., R.G. CONTI, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione della legge nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in G. LATTANZI – M. MAUGERI – G. GRASSO (a cura di), *Il giudice europeo ed il diritto nazionale, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, II, pp. 7 ss.

pregiudiziale alla Corte di Cassazione<sup>7</sup>. Nello strumento operativo del rinvio pregiudiziale introdotto dall'art.363 bis c.p.c. culmina forse la rinnovata consapevolezza: la consapevolezza della complessità e della imprescindibilità del dialogo e della cooperazione che "riscrive" l'imperatività e l'inoppugnabilità del giudicato e consuma il passaggio da una fase in cui la sovranità del potere giurisdizionale si esprimeva con la forza del giudicato – pari alla legge – ad una realtà nella quale il giudice non decide solo quando decide, ma decide anche quando non decide, instillando meccanismi di confronto fra giudici che coinvolgono inevitabilmente altri operatori del diritto: il ceto forense, l'accademia e, in definitiva, le parti, la carne di quelle parti. Ciò che sembra dunque proiettare lo stesso organo giurisdizionale in una dimensione che antepone al "giudicare" una funzione cooperante e (solo) apparentemente non decisoria, capace di

---

<sup>7</sup> V. Corte Giust. Trib. Agrigento, 31.3.2023, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) ed il successivo decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione di assegnazione del rinvio alle Sezioni Unite civili del 14 aprile 2023, ib. In quella vicenda, la richiesta di fissazione di un principio di diritto in ordine all'interpretazione del canone processuale fondativo del dialogo (art.363 bis c.p.c.) con riguardo alla giustizia tributaria di merito, proprio in ragione dei dubbi espressi dalla dottrina, ma anche la sollevazione, per la prima volta, del rinvio pregiudiziale su una questione che involgeva l'interpretazione di una disposizione incidente sul riparto delle giurisdizioni "accanto" ad altri strumenti processuali ben consolidati, segnano nel percorso professionale che si è qui inteso tratteggiare per grandi linee -e per quel nulla che vale- un'ulteriore evoluzione del ruolo di giudice. Un ruolo tutto ancora da scoprire e decifrare nel quale compare già, in modo chiaro, la figura del "giudice cooperante" che tende a distaccarsi progressivamente dal giudice "decidente". V. per qualche aspetto, volendo, R. CONTI, *I rapporti tra rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in E. MANZON – G. MELIS (a cura di), *Il diritto tributario nella stagione delle riforme, Dalla legge 130/2022 alla legge 111/2023*, Pisa, 2023, p. 97. Non è possibile qui approfondire il discorso, ma è sufficiente rinviare ad un passo della sentenza delle Sezioni Unite che si è occupata del rinvio pregiudiziale qui indicato, laddove si sottolinea la funzione del rinvio pregiudiziale. Infatti, Cass. S.U. n. 34851/2023 afferma, fra l'altro, che «la finalità acceleratoria risulta estranea alla funzione dell'istituto previsto dall'art. 363 bis cod. proc. civ., la quale consiste invece nel deflazionare il contenzioso inerente ad una determinata materia, favorendo la definizione dei giudizi pendenti e prevenendo l'instaurazione di giudizi futuri mediante la sollecitazione di una pronuncia nomofilattica di questa Corte, avente efficacia vincolante soltanto nell'ambito del giudizio in cui è adottata, ma idonea, per l'autorevolezza della fonte da cui promana e la sua capacità persuasiva, ad orientare le successive decisioni dei giudici di merito e le scelte degli operatori economici e giuridici in ordine alla convenienza dell'instaurazione di ulteriori giudizi. Non a caso, tra le condizioni di ammissibilità del rinvio la norma in esame richiede, oltre alla necessità della questione ai fini della definizione anche parziale del giudizio ed alla mancata risoluzione della stessa da parte della Corte di cassazione, l'esistenza di gravi difficoltà interpretative, che il giudice remittente è tenuto a dimostrare anche mediante la specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili, e l'idoneità della questione a porsi in numerosi giudizi, in tal modo escludendo la possibilità di rimettere al Giudice di legittimità la soluzione di questioni che non richiedano un particolare sforzo ermeneutico o rivestano una portata meramente episodica, in quanto strettamente collegate alla peculiarità della situazione di fatto sottoposta all'esame del giudice di merito. In effetti, relativamente all'istituto in esame, la funzione acceleratoria riveste una portata meramente secondaria ed eventuale rispetto a quella nomofilattico-deflattiva, essendo l'utilità del rinvio apprezzabile non solo e non tanto in relazione al singolo giudizio nell'ambito del quale viene disposto, la cui durata non risulta necessariamente abbreviata, quanto e soprattutto in relazione all'intero contenzioso nel quale si pone il quesito di diritto formulato dal giudice di merito, la cui definizione è destinata sicuramente ad essere agevolata dalla risoluzione immediata della questione».

suscitare decisioni giurisdizionali della Corte “richiesta” destinate ad incidere in modo marcato- come si avrà modo di evidenziare nell’ultimo paragrafo- non soltanto sul caso che ha originato dal rinvio, ma sull’intero sistema di tutela, a sua volta aprendo il sipario sulla “fase discendente” che la decisione adottata dall’altro cooperante è destinata a produrre in via sistemica sul giudice.

## 2. Gli anelli intrecciati del giudicare.

Tutto quanto si è andato qui dicendo prova a rappresentare una personale “verità” relativa al modo del giudicare che si è andato in me alimentando in un contesto caratterizzato da coordinate di verità diverse, tutte agganciate a canoni di terzietà del giudice – rispetto al contratto ed alla volontà negoziale – ed all’eccezionalità del suo intervento *ex officio* sul contratto, teso ad offrire una tutela non necessariamente sollecitata da una parte, alla centralità del controllo di costituzionalità, alla irrilevanza di sentenze provenienti dalla Corte edu, classificate come autorevoli precedenti e per ciò stesso destinate a non spiegare alcuna efficacia “prescrittiva” nel modo tradizionale di intendere il diritto.

In questo *humus* comincia a fare capolino una prospettiva che, archiviata l’esperienza personale, pone il giudice come guardiano di taluni interessi che l’ordinamento (soprattutto comunitario) ritiene meritevoli di particolare tutela in vista del canone dell’eguaglianza sostanziale fra le parti. *Trend* che andrà sempre più approfondendosi rispetto a una pluralità di interessi – pensiamo non solo al diritto del lavoro, pensiamo alla famiglia, ai minori, alla tutela del consumatore – al punto da mettere in crisi il ruolo stesso della giurisdizione, per antonomasia neutro e terzo rispetto agli interessi in gioco nella singola lite.

Gli scenari che cominciarono a disvelarsi in passato possono ancora oggi dirsi non del tutto messi a fuoco, vuoi in ragione dell’esistenza di plurime fonti normative che disciplinano diritti fondamentali a livello costituzionale e sovranazionale, non sempre fra loro coincidenti, vuoi in forza dell’esistenza – *recte*, coesistenza – di plessi giurisdizionali interni e sovranazionali non sempre ordinati gerarchicamente, vuoi ancora del carattere latamente discrezionale dell’uso del rinvio pregiudiziale da parte del giudice non di ultima istanza nazionale.

Interessa dunque qui rappresentare questo ulteriore cambio di prospettiva del *giudicare*, che si apriva alla conoscenza e, se vogliamo, anche alla creazione di rimedi, di risposte a domande di tutela che cominciavano a considerare l’esistenza di una *qualche precettività* dei parametri convenzionali lungamente considerati non immediatamente vincolanti, in quanto (ritenuti) non dotati di quella giuridicità che potesse giustificare una risposta giudiziaria e la relativa tutela. Una rivoluzione copernicana che andava profilando l’esistenza di una Carta (sovranazionale) di diritti fondamentali non più “in competizione” in cooperazione) con la Costituzione al punto che i parametri costituzionali «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (cfr.

Corte cost. n.388 del 1999<sup>8</sup>. Una prospettiva, dunque, circolare, nella quale l'una Carta non solo fonte di arricchimento reciproco rispetto all'altro elemento indispensabile per delineare il significato delle Carte stesse. E questo non soltanto dal punto di vista dell'interpretazione del diritto nazionale e delle sentenze della Corte di Strasburgo, alle quali si era attribuito per lunghi anni il senso di un mero strumento *di carta*.

Comincia, d'altra parte, a prendere corpo, in quel torno di anni, un cambio di prospettiva negli operatori del diritto sulla spinta di una parte dell'Accademia la quale, per lunghi anni era per buona parte convinta dell'idea, poi trasmessa alle generazioni di studenti di quel tempo, che le fonti *altre* rispetto a quella statale costituissero strumenti dotati di marginale rilievo nel bagaglio giuridico di un operatore del diritto ed in ogni caso fossero da maneggiare avendo presente il sistema delle fonti, per lo più inteso in senso piramidale in modo che al vertice dovesse comunque considerarsi la fonte nazionale, ove si fossero presentate delle antinomie rispetto alle fonti *altre*.

Il modo di "fare il giudice" cambiò progressivamente, una volta presa coscienza che nella cassetta degli attrezzi usualmente utilizzati per esercitare il mestiere del giudice andava riposta anche la CEDU, pur con le difficoltà e le cautele necessarie rispetto al "nuovo" che avanzava.

### **3. Le trasformazioni del ruolo del giudice per effetto della Costituzione. Il congresso ANM di Gardone del 1965.**

Dopo i primi tentativi delle Sezioni Unite della Cassazione, all'indomani dell'approvazione della Carta costituzionale, di creare un rapporto diretto fra giudice e Costituzione – Cass. S.U., 1° giugno 1949, n. 1398 – inizialmente bloccato dalla Corte costituzionale – Corte cost. n. 8/1956 e Corte cost. n. 1/1957 – fu, come assai noto, suggerito dallo stesso giudice costituzionale evocando il canone dell'interpretazione orientata – sentt.n.3 e 8 del 1956 – per poi culminare con la presa di posizione della magistratura associata espressa in occasione del Congresso ANM che si tenne a Gardone dal 25 al 28 settembre 1965 a dare una spinta decisiva al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione e, in definitiva, alla piena efficacia della Carta costituzionale.

Non è mai superfluo ricordare, soprattutto alle nuove generazioni, che proprio in quell'occasione venne infatti approvata una mozione finale, votata all'unanimità dalle (allora) tre correnti della magistratura, ove si abbandonò la concezione che pretendeva di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica, indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del paese. Si affermò, invece, che il giudice deve essere consapevole della portata costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione. In quella stessa circostanza venne dunque affermato che spetta al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione

---

<sup>8</sup> Cfr., altresì, Corte cost. n. 267/2019, n. 20/2019, n. 69/2019, n. 84/2021.

politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale.

A partire da allora si è così sempre più invero un "dialogo" fra Corte costituzionale e giudici dai tratti mutevoli e cangianti<sup>9</sup>, costruito per un verso attorno alla dottrina del "diritto vivente", capace di valorizzare enormemente il ruolo dei secondi nell'individuazione del contenuto della norma impugnata e, per altro verso, sull'invito, inizialmente pressante, affinché gli stessi giudici facessero uso dei loro poteri interpretativi e, nella scelta tra diverse possibili letture di una disposizione, applicassero direttamente quella conforme ai principi costituzionali.

Ciò nella convinzione che certi risultati erano meglio conseguibili attraverso l'attività interpretativa del giudice che limita gli effetti al caso deciso, che non attraverso una pronuncia di incostituzionalità con effetti *erga omnes*. Invito – a tentare la strada dell'interpretazione costituzionalmente compatibile – che è poi divenuto autentico "obbligo" a pena della declaratoria di inammissibilità della questione sollevata, al quale ha fatto da contrappeso la riduzione delle sentenze interpretative di rigetto da parte del giudice costituzionale<sup>10</sup>.

È venuto, così, costruendosi un sistema nel quale il *giudiziario* ha acquisito notevoli ambiti operativi, accentrando su di sé il compito di garantire stabilità e continuità del sistema giuridico e condizionando in modo estremamente significativo il ruolo stesso della Corte costituzionale.

---

<sup>9</sup> La tecnica dell'interpretazione conforme cominciò a maturare soprattutto quando la Corte costituzionale si trovò a dovere fronteggiare una serie di questioni di costituzionalità sollevate da numerosi giudici comuni che indussero la Consulta ad operare in posizione difensivistica in modo da agire in funzione deflattiva rispetto al contenzioso instaurato, determinando dunque una serie di questioni di non facile soluzione che ruotano attorno al "limite" dell'interpretazione conforme, rappresentato dal testo della disposizione o dal sistema al cui interno la disposizione stessa si colloca facendo sistema con i disposti costituzionali che rimandano alle altre fonti sovranazionali a tutela dei diritti.

<sup>10</sup> Un particolare profilo della doverosa attività interpretativa dei giudici rimettenti è evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale. V., ad es., Corte cost. n. 335/2009 secondo cui il giudice, nella propria opzione ermeneutica, è tenuto a dare una valutazione costituzionalmente orientata, la quale appunto non può ignorare (ma deve necessariamente prendere in considerazione) la naturale evoluzione nel tempo della coscienza sociale e dei costumi. Affermazione espressa a proposito dell'art. 537, c. 3 c.c. che nella precedente formulazione prevedeva che «I figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongono. Nel caso di opposizione decide il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali». Tale disposizione, «lungi, dunque, dal dirsi anacronistica ... – anche per la sua formulazione "aperta" ... – appare viceversa idonea a consentire il recepimento nel suo ambito dispositivo (di volta in volta, e secondo il sentire dei tempi) delle singole fattispecie, commisurate proprio a quella dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale. Ciò, tanto più in quanto – per colmare la già evidenziata ampia latitudine del riferimento normativo alle «circostanze personali e patrimoniali» – il giudice, nella propria opzione ermeneutica, è tenuto a dare una valutazione costituzionalmente orientata, la quale appunto non può ignorare (ma deve necessariamente prendere in considerazione) la naturale evoluzione nel tempo della coscienza sociale e dei costumi».

Da qui una fase di (iniziale) grande fermento nella giurisdizione comune, investita di un significativo potere di intervento, in alternativa al giudice costituzionale concorrendo, quindi, entrambi i plessi giurisdizionali, attraverso i loro contributi interpretativi, a quelle operazioni di conservazione/trasformazione dell'ordinamento repubblicano volte ad una piena e diffusa attuazione dei diritti fondamentali scolpiti dalla Carta costituzionale.

Si diceva delle grandi trasformazioni anche su questo versante dei rapporti fra giudice comune e Corte costituzionale che autorevoli studiosi hanno già focalizzato in modo accurato, pur dovendosi dare atto che le analisi fin qui svolte descrivono un fenomeno in continuo movimento e, dunque in perenne trasformazione.

A tale fattore di sicura complessità si affianca, poi, la circostanza che il significato dei parametri costituzionali si è sempre di più andato esprimendo in modo plurale, o a volte addirittura dicotomico, al punto che esso si “costruisce” volta a volta in relazione alle vicende che vengono portate innanzi alla Corte delle leggi<sup>11</sup>.

E tanto plurale appare anche rispetto alle medesime vicende, se solo si pensi a quelle nelle quali prima la Corte decide di non decidere per lasciare spazio al legislatore e poi, nell'inerzia parlamentare decide di intervenire senza più rime obbligate<sup>12</sup> e con una logica dai “versi sciolti”<sup>13</sup>.

Plurale al punto che di recente Gustavo Zagrebelsky non ha mancato di sottolineare i *Tempi difficili per la Costituzione* se, appunto, torna a discutersi sull'efficacia normativa e l'applicazione diretta delle norme di principio nella concretezza delle relazioni sociali<sup>14</sup> ed anche le divergenze sul «ruolo della giurisdizione nei rapporti con la legislazione: esorbitanza patologica di potere o inevitabile, e quindi fisiologica, assunzione di ruolo che, nello Stato costituzionale, le corti sono chiamate a svolgere nel momento in cui “dicono il diritto”, un “diritto” qualitativamente assai diverso da quello dello Stato legislativo del passato. Ed è sempre il Presidente emerito della Corte costituzionale ad indicare al vertice della scala delle indecisioni, “il dubbio sulla natura del diritto” discutendosi se il diritto “è solo legge positiva...oppure il diritto è sintesi di legge e qualche cosa che legge... non è»<sup>15</sup>.

Per altro verso, l'ulteriore fattore di arricchimento (o depauperamento del canone della certezza del diritto, a seconda dei punti di vista) risente dei valori – essi stessi nella sostanza di natura costituzionale – che stanno ‘fuori’ dal recinto costituzionale (CEDU, Carta di Nizza, altri Trattati internazionali che contemplano diritti fondamentali) ma che è la stessa Costituzione a richiamare attraverso gli artt.2, 10,11 e 117, come dati essenziali per cogliere il valore e il significato della stessa Carta fondamentale. Valori che è stata la stessa Corte costituzionale a considerare come parametri di riferimento nei giudizi di

<sup>11</sup> V., *Verità e Costituzione*, Intervista di R. Conti ad A. Ruggeri, in *Accademia*, n. 1/2023.

<sup>12</sup> V. CRISAFULLI, *La Costituzione ha vent'anni*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, p. 1707.

<sup>13</sup> D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giurisprudenza costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; ID., [La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva](#), in questa *Rivista*, 3 febbraio 2021.

<sup>14</sup> G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione, Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Roma, 2023, p. 17.

<sup>15</sup> G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione*, cit., p. 18.

costituzionalità dalla stessa esaminati, vuoi in via diretta - per effetto degli artt.11 e 117 primo c. Cost., vuoi sul piano interpretativo delle stesse disposizioni costituzionali.

Si è, in questa prospettiva, più volte evidenziata la tendenza alla “federalizzazione dei diritti” correlata al continuo confronto dialettico di norme e giurisprudenze europee da un canto, norme e giurisprudenze nazionali, arrivando a descrivere la Costituzione come ‘intercostituzione’ al cui interno si confrontano ed alimentano vicendevolmente valori di origine interna e sovranazionale<sup>16</sup>.

Va precisato che nell’ultimo decennio è in corso, peraltro, secondo una parte della dottrina, una tendenza al riaccentramento del ruolo della Corte costituzionale a scapito della funzione del giudice comune, individuandosi in ogni caso delle significative affinità, anche queste oggetto di critica o di consenso dalle alterne fazioni, fra l’attivismo del giudice comune nella protezione dei principi fondamentali scolpiti dalle Carte dei diritti ed il ruolo proattivo di quello costituzionale.

#### 4. Il ruolo dell’interpretazione.

In questo processo di cambiamento è evidente quanto il ruolo dell’interpretazione risulti cruciale.<sup>17</sup>

In effetti, accanto al fenomeno che si muove sul piano dell’interpretazione del diritto per così dire “interna” si è andato - come già accennato - sviluppando, in modo non sempre articolato, il rapporto sempre più stretto fra giudice nazionale - comune e costituzionale - e Corti sovranazionali, ancora una volta per effetto di importanti *grands arrêts* della giurisprudenza costituzionale - sentenza *Granital* (Corte cost. n. 169/1984) e sentenze c.d. gemelle (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) - che sono stati occasionati dal crescente ed incisivo seguito della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte europea dei diritti umani da parte del giudice comune.

Diritto come un farsi continuo che introduce nel procedimento ermeneutico un qualcosa di estraneo alla norma che viene in relazione rispetto al caso<sup>18</sup>.

Quando la Corte costituzionale riconosce che «...[n]ell’attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU...» - Corte cost. n. 109/2017 - essa

---

<sup>16</sup> V., sul punto, A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 19 aprile 2013; ID, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2013, § 5; ID, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’unione alla CEDU e all’entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, del 7.2.2014.

<sup>17</sup> Sul carattere cruciale dell’interpretazione nel mestiere del giudice ci siamo altre volte soffermati cfr. R. CONTI, *Il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale, ed il ruolo del giudice: l’interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, vol.3, pp. 277 ss.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il futuro della Costituzione*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *L’arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti*, Torino, 2022, p. 92.

dimostra, ancora una volta, quanto centrale sia il riferimento al canone ermeneutico nell'attività giudiziale.

Affermazione, quest'ultima, che potrebbe tornare utile per rispondere alle critiche, spesso aspre, mosse contro la deriva che sarebbe rappresentata da un ricorso senza controllo al canone ermeneutico per superare la legge e porre, dunque, il giudice, fuori dal perimetro delle sue attribuzioni. Tema sul quale si tornerà nel prosieguo.

Del resto, anche la Corte costituzionale è tornata a parlare di interpretazione convenzionalmente orientata e lo ha fatto in ambito di misure di prevenzione, personali e patrimoniali, gestendo i "seguiti" prodotti dalla sentenza *de Tommaso c. Italia* della Grande Camera della Corte ed con le sentenze n.24 e 25 del 2019, sulle quali è possibile rinviare a riflessioni già in precedenza esposte<sup>19</sup>.

L'interpretazione, dunque, ritorna a campeggiare nel discorso giuridico, con i toni spesso pugnaci attraverso i quali i sostenitori della necessità di un suo contenimento si confrontano con quelli che vedono, invece, in essa il luogo di naturale composizione dei conflitti tra norme.

Tutto questo induce quasi naturalmente a ricostruire il sistema attraverso un lento, ma ineluttabile passaggio dalla centralità delle fonti alla *centralità dell'interpretazione*, che poi diventa realmente centralità delle interpretazioni, se si guarda alla naturale vocazione del giudice ad essere all'un tempo chiamato a rileggere i dati normativi in chiave costituzionale, convenzionale e del diritto dell'Unione Europea vestendo insieme, fuori da pianificazioni gerarchiche, questi 'tre cappelli' quando maneggia il *caso* posto alla sua attenzione.

Un *interpretare*, un *inventare*, un *cercare per trovare*, un *reperire* (come pure afferma Cass., S.U., 25 gennaio 2017, n.1946), un *ricercare* (Cass., S.U., 12 dicembre 2012, n. 22784), un individuare il significato della legge attraverso la confluenza della giurisprudenza e le *puntualizzazioni giurisprudenziali* – Corte cost. n. 25/2019 – che conduce, dunque, il giudice a trarre linfa dai principi, non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e

---

<sup>19</sup> Proprio le sentenze da ultimo ricordate della Corte costituzionale (nn.24 e 25 del 2019) sembrerebbero attestare – anche se il condizionale è d'obbligo – con espressioni terminologiche inequivoche l'attuale contesto storico, nel quale si parla ormai abitualmente di "confluenza della giurisprudenza" delle tre Corti (per descrivere il fenomeno ricordato al punto 8 del considerato in diritto della sent. n. 25/2019), di "confronto" fra la Corte di Cassazione e la sentenza *de Tommaso* – p. 11 sent. n. 25/2019 –, di rilettura del diritto interno aderente alla CEDU – *ibidem* –, di attività interpretativa idonea a determinare un grado di precisione sufficiente del precetto non penale. Linea che le Sezioni Unite penali avevano già pienamente e convintamente seguito – Cass., S.U., Paternò n. 40076/2017, Cass., S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770 –. Nella medesima prospettiva l'ordinanza n. 117/2019 della Corte costituzionale non ha mancato di confermare l'esigenza di una leale cooperazione fra le giurisdizioni quando, chiamata a valutare la portata del principio *nemo tenetur se detegere* in ambito "coperto" dal diritto UE (abuso di informazioni riservate), ha mostrato di individuare i contenuti di tale "valore" sotto il profilo della Costituzione, della CEDU e della Carta UE, poi sollevando questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia proprio in relazione allo "spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali – obiettivo questo di primaria importanza in materie oggetto di armonizzazione normativa" – cfr. p. 10 del cons. in diritto Corte cost. n. 117/2019.

variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche ben lontane dalla possibile lettura angusta che ancora si predilige rispetto all'art.12 delle preleggi al codice civile<sup>20</sup>, appunto preferendo una visione che valorizza, proprio all'interno del parametro normativo appena ricordato, la rilevanza centrale del canone sistematico.

Una visione quest'ultima che, d'altra parte, costituisce la naturale proiezione di quanto andava dicendo Piero Calamandrei quando ricordava che l'infinita ricchezza del casellario rappresentato dal sistema delle fonti scritte lascia spesso spazio al vuoto ed alla necessità di aggiungere una casella supplementare da parte del giudice attraverso l'interpretazione senza che ciò integri opera di creazione, essendo piuttosto "ricerca, nella legge generale e astratta, di qualche cosa che c'è già per volontà del legislatore, e che si tratta non di creare *ex novo*, ma di scoprire e riconoscere"<sup>21</sup>.

Ora, quando quel qualcosa che si è appena accennato è rappresentato dai valori/principi espressi dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti sovranazionali, si avverte plasticamente che il diritto non sia solo la norma positiva che regola il caso. Occorre che quella norma, per essere applicabile al caso, sia compatibile nel significato attribuitole con i valori fondamentali che presidiano l'ordinamento e che sono anch'essi dotati di percettività o normatività. Si prende coscienza, così, che individuare la portata del dato semantico è operazione non solo interna al significante, derivando dal ruolo assunto dall'interprete, non per sua scelta in una posizione assai particolare, essendo questi servo di "diversi padroni" per evocare la felice maschera di Arlecchino.

È in questa operazione che "si apre un mondo" fra validità ed invalidità; un mondo elastico, riempito dall'interpretazione che diventa plurale per quanto plurali sono le fonti ed i centri decisionali, per quanto la nomofilachia sia complessa tanto se espressa dalla Cassazione quanto se provenga dalle corti di merito e sia influenzata da diritti viventi che si formano fuori dal sistema interno<sup>22</sup> al quale quello stesso sistema è tuttavia "collegato" con fili di acciaio.

E questo, è appena il caso di ricordarlo, malgrado all'interno della stessa giurisdizione si avverta un progressivo sfilacciamento dei rapporti fra merito e legittimità, collegato alla sensazione, che taluni prospettano come dato diffuso, che la seconda tenderebbe a distaccarsi quasi ieraticamente dalla prima in ragione del suo

---

<sup>20</sup> Un quadro, quello appena descritto, che certo sembra difficilmente compatibile con quella giustizia predittiva che si affaccia all'orizzonte, proprio per alimentarsi di valori che trovano volta per volta, caso per caso, dimensione e protezione diversa a seconda dei casi che vengono all'esame del *giudice-persona* e non del *giudice-macchina*. Una giustizia che, dunque, si ha difficoltà estrema a pensare che possa essere dispensata da un algoritmo.

<sup>21</sup> Osserva, infatti, P. SPAZIANI, *Diritto e sentimento: le ragioni di un ritorno al principio di effettività*, in *Giustiziasieme*, 6 maggio 2020, che «La continua evoluzione degli istituti giuridici nel corso del tempo, attraverso l'applicazione giudiziale delle norme scritte, non incide sulle esigenze di uniformità e certezza del diritto, in quanto, per ripetere le parole di Piero Calamandrei, «uniformità del diritto non vuol dire immobilità del diritto, il quale, come tutte le manifestazioni dello spirito umano, si svolge ininterrottamente attraverso un continuo divenire».

<sup>22</sup> Sul punto si rinvia a R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" delle Corti di Cassazione a confronto*, in *Giustiziasieme*, 4 marzo 2021.

ruolo “Alto” mentre la prima non sentirebbe come propria una giustizia lontana dalla carnalità dei fatti, poco accorta nel verificare la sostanza del costruire la giustizia dal basso per renderla veramente giusta.

## 5. Il diritto in una prospettiva di cooperazione fra legge e giudizio. Prime riflessioni.

Si arriva, così, ancora una volta al nocciolo rappresentato dal significato che la legge ha nella sua applicazione pratica. Risultato al quale solo il giudice, nel processo ed in ciò coadiuvato dagli avvocati, può giungere per il tramite dell’interpretazione che alla legge occorre dare per trasformare la disposizione normativa astratta in norma applicabile al caso concreto.

Occorre dunque promuovere ed al tempo stesso salvaguardare un modello di un giudice che viva con consapevolezza, e con il senso – invero alto, molto alto – di responsabilità, sul quale spesso si ritrovano prospettive totalmente divaricate rispetto al ruolo del giudiziario e dell’interpretazione<sup>23</sup>, che gli è dovuto, direi quasi imposto, questo suo essere motore dei diritti e protettore dei diritti; modello che ha consentito alla società del nostro tempo di raggiungere traguardi inimmaginabili che sono storia e patrimonio di diritti e di tutele e non già storia di indebite supplenze. Questo in una prospettiva che, abbandonando analisi spesso approssimative e conclusioni difficilmente verificabili, non vede ed ammette giudici *alti* e *bassi*, ma semplicemente magistrati che cooperano con il legislatore nella tutela dei diritti.

Un mondo pieno di fattualità che trova una precisa e specifica protezione quale valore fondamentale allorché la Corte edu prevede per alcuni diritti fondamentali a carico dello Stato contraente un obbligo “positivo” procedurale di protezione che si esprime nella necessità che quello stesso Stato, in tutte le sue articolazioni, compresa quella espressa dal “giudiziario”, offra piene garanzie di effettività alla protezione dei diritti alla vita privata e familiare<sup>24</sup>.

Una protezione che deve essere correlata al fatto e che, dunque, ancora una volta, conferma quanto quest’ultimo sia parte del diritto, a tutti gli effetti contribuendo a determinare ciò che la norma astratta impone<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> V. per es. E. SCODITTI, *I nodi del costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l’Associazione Nazionale Magistrati*, in *Questionegiustizia*, 27 febbraio 2024, e F. PINELLI, *Incontro di presentazione del nuovo Comitato Direttivo della Scuola Superiore della Magistratura Intervento di saluto del Vice Presidente*, Roma, 11 aprile 2024, consultabile sul sito [www.ssm.it](http://www.ssm.it); F. PINELLI, *Inaugurazione dell’Anno Giudiziario dei Penalisti italiani 2024*, Unione Camere Penali italiane, in questa *Rivista*, 6 marzo 2024.

<sup>24</sup> V. A. FALZEA, *Lectio magistralis* del 2006, in *Annali enc. Dir.*, 2007, pp. 201 ss.

<sup>25</sup> Sia consentito il rinvio a R.G. CONTI, *Gli obblighi positivi di natura convenzionale e il ruolo del giudice, di Strasburgo e nazionale*, in G. LATTANZI – M. MAUGERI – G. GRASSO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, a cura di, Milano, 2023, vol. II.I, pp. 17 ss.; ID., *L’esecuzione delle sentenze della Corte edu in ambito civile e la nuova ipotesi di revocazione “europea”, art. 391- quater c.p.c.*, pp. 285 ss.; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il ruolo del giudice nazionale. L’interpretazione e l’applicazione della CEDU nella giurisprudenza della Corte di cassazione. L’incidenza della Cedu sull’interpretazione della legge nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, pp. 7 ss.; ID., *Diritti e libertà fondamentali*, 159.

Una fattualità che finisce col contaminare lo stesso operato del giudice nazionale di legittimità quando, chiamato a verificare la tenuta di una decisione di merito rispetto al canone convenzionale che contempla in sé un obbligo positivo di protezione, vede il giudice scrutinare così a fondo la decisione del giudice di merito proprio per verificare che essa si sia conformata ai principi espressi dalla Corte ed in ordine alla protezione convenzionale del diritto in gioco<sup>26</sup>.

Un diritto che si disvela sempre meno come arida e vuota procedura, se e quando si riconosce che le sentenze del giudice italiano che abbiano dato luogo ad una violazione della CEDU, accertata dalla Corte di Strasburgo, possono essere caducate attraverso lo strumento della revocazione/revisione, di recente introdotto dalla riforma Cartabia sia in ambito civile – art. 391 *quater* c.p.c. – che in quello penale – art. 628 *bis* c.p.p. –. Serve dunque accostarsi con ragionevolezza all’idea che la regola non è solo astrattezza del comando ma l’applicazione che di essa si fa nel caso<sup>27</sup>.

Come può dunque oggi affermarsi che il diritto sia tutto e solo legge formale se è la legge stessa a porre in discussione il giudicato nazionale che in base alla legge si era formato (quale massima espressione della legalità e sovranità)? Che dire, ancora, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ed alla possibilità di disapplicazione del dato normativo interno contrastante con il diritto UE? Quale senso attribuire, ancora, alla possibilità del giudice nazionale di disapplicare nel caso concreto il diritto interno contrastante con la Carta dei diritti fondamentali UE da parte del giudice comune quando il parametro preso in considerazione (Carta UE) sia sostanzialmente sovrapponibile a quello della Carta costituzionale? Che dire, ancora, della possibilità che la questione della disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto UE alla quale giunge il giudice comune diventi l’occasione per investire la Corte di cassazione, magari a Sezioni Unite, perché essa offra in funzione nomofilattica una risposta chiara sugli effetti delle pronunzie della corte di giustizia in tema di sindacabilità dell’abusività di una clausola contenuta in un contratto concluso con i consumatori non esaminata espressamente in fase monitoria e nemmeno considerata nel successivo giudizio di opposizione senza che il giudice abbia mostrato di prenderla in considerazione (Cass. S.U. n. 9479/2023)?

Ora, pensare che la complessità che si è cercato di descrivere sommariamente fin qui sia giunta all’apice non pare essere proiezione realistica.

La galassia del diritto, a dire il vero, appare sempre più complicata e difficile da determinare in modo statico, se appunto si considerino diversi fattori, uno dei quali è sicuramente rappresentato dalla c.d. doppia pregiudizialità che si è andata consolidando nella giurisprudenza della Corte costituzionale rispetto al contrasto del dato interno con il parametro rappresentato dalla Carta UE dei diritti fondamentali coincidente con il corrispondente parametro costituzionale.

Sono dunque individuabili in modo abbastanza marcato nella dottrina, ma anche negli altri operatori del diritto, due prospettive che guardano a questi fenomeni in modo

---

<sup>26</sup> Cfr. Cass. nn. 15304/2023, 15428/2023, 22022/2023, 22922/2023.

<sup>27</sup> N. LIPARI, *Vivere il diritto. A colloquio con Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario*, Napoli, 2023, p. 62.

dicotomico e risultano espressive, vuoi di un suprematismo giudiziario da arginare, vuoi di una democrazia giudiziaria non eliminabile in un sistema costituzionale dinamico quale sarebbe quello italiano.

Queste prospettive sopra tratteggiate, d'altra parte, si scontrano con un sistema giudiziario fortemente orientato a fronteggiare il tema della durata dei processi, della scarsità delle risorse organizzative, della crisi del "sistema giustizia" prodotta dalla crisi pandemica che, seppur capace di determinare uno scatto in avanti verso forme di efficienza commendevoli, sembra a volte implicitamente muovere dal postulato che le tematiche qui esposte debbano riguardare in via prioritaria le "Alte giurisdizioni" e non il giudice di merito.

Anche il richiamo, contenuto nell'ultima relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale Augusto Barbera, con la sua autorevolezza, al tema qui affrontato merita di essere ricordata.

Dice il Presidente della Corte costituzionale che la recente flessione degli incidenti di costituzionalità sarebbe collegata alla formazione di orientamenti di giurisprudenza, più o meno episodici, che, attraverso una attività interpretativa orientata direttamente ai valori costituzionali (o ritenuti tali), finiscono per risolversi in una più o meno grave disapplicazione di disposizioni legislative, persino da parte di giurisdizioni superiori.

Prosegue, dunque, il Presidente della Corte costituzionale in questi testuali termini: «Si può comprendere (ma non giustificare) che il giudice avverta l'esigenza di approntare una risposta, la più rapida ed efficace possibile, a fronte di assetti normativi reputati in contrasto con la Costituzione, e, più specificamente, di offrire una tutela ai diritti inviolabili che essa riconosce. Si tratta, però, di una risposta incompatibile con la Costituzione stessa. Aggiunge ancora, la relazione "Naturalmente, non intendo negare il ruolo fondamentale che il giudice comune può e deve esercitare, ma piuttosto ricondurlo ai limiti della sua sfera di competenza, allontanando quegli "eccessi valoriali" da cui talvolta non pochi di essi si sentono pervasi».

Ora, pare di scorgere in questa prospettiva una linea di continuità con gli orientamenti dottrinari che inaugurarono il cambio di passo della giurisprudenza costituzionale rispetto al sindacato da svolgere sui parametri della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quando non si era mancato di sottolineare un effetto di traboccamento prodotto dal fascino della Carta dei diritti fondamentali UE sul giudice comune capace di tagliare fuori il sindacato di costituzionalità. Prodromi che condussero alla svolta della sentenza n. 269/2019 poi ridotta/chiarita da alcune pronunzie successive del giudice costituzionale ed ora stabilizzatasi con la recente sentenza n. 15/2024.

Il lettore avrà dunque ben colto la complessità delle prospettive che si fronteggiano sul ruolo del giudiziario e, dunque, sui limiti della sua autonomia decisionale, che sta in bilico fra legislatore, Corte costituzionale e Corti sovranazionali.

Dunque, occorre chiedersi quale sia la reale posta in gioco sulla quale anche questo incontro sicuramente avrà modo di confrontarsi. A chi scrive pare sia quella della ricerca dei confini fra i plessi giurisdizionali che si cerca di individuare sul tema della risoluzione delle antinomie fra le fonti e dunque del rango delle fonti e degli organi

giurisdizionali che ne garantiscono il rispetto e, ancora, del ruolo dell'interpretazione del diritto che appartiene per Costituzione anche al giudice comune.

## 6. La coscienza sociale ed il giudice.

Ad ogni modo, questa contrapposizione fra diverse prospettive che si è cercato sommariamente di tratteggiare credo sia importante per chi opera nel campo del diritto, perché lo pone in continua tensione e verso una perenne ricerca di un esercizio della giurisdizione, da parte del giudice quanto dell'avvocato, che sia al passo con i tempi e che faccia davvero il giudice capace di rispondere alle istanze della società che cambia come diceva Rosario Livatino.

Un giudice che respira l'aria della società e della coscienza sociale<sup>28</sup> nella quale vive, un giudice che, portatore della propria cultura la mette al servizio della giustizia senza che occorra scomodare le infinite discussioni se la sua sia o meno attività "politica".

È dunque la coscienza sociale, alla quale guarda come valore fondamentale l'art.2 Cost., ad imporre una regolamentazione, una disciplina che, ricercata nel sistema, è necessario fare emergere per garantire non soltanto la civile convivenza ed il rispetto dei diritti fondamentali ma anche la tutela rispetto alle naturali cambianti che prendono corpo e *vivono* nella società<sup>29</sup>.

Il giudice, nella prospettiva che qui si predilige, non rende decisioni politiche perché non sono, le sue, decisioni libere nei fini e frutto della propria discrezionalità<sup>30</sup>, muovendosi negli unici parametri che costituiscono la sua garanzia di indipendenza e

---

<sup>28</sup> A. GIUSTI, *Tutela effettiva dei diritti, ordinamento vivente e coscienza sociale nelle sentenze della Corte di cassazione*, 28 febbraio 2018, inedita, in *Radioradicale.it*, all'interno del convegno organizzato presso la Corte di cassazione su "Il diritto vivente". A proposito della differenza fra coscienza sociale e la sua connotazione oggettiva, rispetto all'opinione pubblica v., di recente, A. SPADARO, *I confini della Corte: dal "triangolo delle Bermuda" al "quadrilatero costituzionale"*, in *Consultanoline*, 29 aprile 2024.

<sup>29</sup> Estremamente significativo un passaggio di recente espresso dalle Sezioni Unite civili – Cass., S.U., 18 dicembre 2023, n. 35385 – chiamate a valutare l'incidenza della convivenza prematrimoniale sulla commisurazione dell'assegno divorziale, offrono all'interprete un'immagine comune della evoluzione sociale e del diritto vivente, inestricabilmente destinati ad alimentarsi vicendevolmente. Da un lato si legge in Cass., S.U. n. 35383 che «la convivenza prematrimoniale è ormai un fenomeno di costume sempre più radicato nei comportamenti della nostra società cui si affianca "un accresciuto riconoscimento - nei dati statistici e nella percezione delle persone - dei legami di fatto intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali». A questa continua metamorfosi delle vicende umane, proseguono le Sezioni Unite, «costantemente si ripresenta, soprattutto nella materia del diritto di famiglia, l'esigenza che la giurisprudenza si faccia carico dell'evoluzione del costume sociale nella interpretazione della nozione di "famiglia", concetto caratterizzato da una commistione intrinseca di "fatto e diritto", e nell'interpretazione dei vari modelli familiari». Per tali ragioni, dunque «tra i canoni che orientano l'interpretazione della legge deve annoverarsi anche quello dell'interpretazione storico - evolutiva, "che si aggiunge ai canoni letterale, teleologico e sistematico e, nutrendosi anche del diritto positivo successivo alla disciplina regolatrice della fattispecie, getta sulla stessa una luce retrospettiva capace di disvelarne significati e orientamenti anche differenti da quelli precedentemente individuati».

<sup>30</sup> V., però, tra gli altri, diversamente, A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, 8 marzo 2017, in *Federalismi*, n. 5/2017.

la garanzia del ruolo indipendente svolto, appunto rappresentati dalla Costituzione, dalle Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale e dalla legge e dall'interpretazione che egli ne dà<sup>31</sup>.

Richiamarsi alla Costituzione non è frutto di una scelta discrezionale e libera, ma è un obbligo, una necessità.

Che questa sia un'attività semplice e, come pure a volte si tende ad accreditare, spesso non necessaria rispetto a ciò che entra ed esce quotidianamente nelle aule giudiziarie, intrise di questioni più spicce e meno coinvolgenti è una *communis opinio* che coglie solo in parte il vero, se appunto si considera che si teorizza e discute animatamente, a volte, sull'attività creativa della giurisprudenza su qualche caso, lasciando da parte, non si sa se in buona o in mala fede, la mastodontica attività giurisdizionale che ogni giorno, ogni mese, ogni anno, viene esitata dalla giurisprudenza. Montagne di sentenze e di decisioni che non si sa bene se qualcuno legge e commenta. Chi scrive nutre una personale difficoltà pensando solo ai *numeri* della Cassazione (tra i 40.000 ed i 50.000 annui, sia nel settore civile che in quello penale) moltiplicati per cinque, per dieci, per quindici e per venti anni. Di tutto questo altro pare che non si parli, della qualità delle decisioni, dei rischi che un iper-produttivismo della magistratura produce sulla stessa funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Ma quella riflessione sulla eccessività del peso dei diritti fondamentali nelle controversie *spicce* non coglie il vero, laddove non considera che i diritti delle persone non vengono ad intralciare l'operato del giudice quando non si conoscono nella loro concreta portata, quando non si conosce il ruolo ed i contenuti che essi hanno nell'ambito di quei diritti viventi che non per scelta discrezionale, ma per preciso obbligo (costituzionale) il giudice deve considerare nel suo "cammino".

E non coglie nel vero quando finge di non considerare che tutta questa complessità non è colta dal giudice "del quieto vivere", dal giudice che sfoglia velocemente il fascicolo, che fa la ricerca sulla banca dati di turno senza interrogarsi sul senso della massima e sulla sua collocazione del contesto nel quale essa si iscrive.

Non si vuole dunque affatto negare che questo accada spesso anche per chi fa il giudice di legittimità, ma il punto è che il *respiro* dei diritti della persona lo sente solo il giudice che sa che esistono diversi polmoni che danno aria a quei diritti e quei polmoni sono alimentati continuamente, a volte in modo coerente altre no, dai diritti delle persone.

È lì, appunto, che il giudice indipendente si guadagna il pane, sudando freddo, cogliendo la complessità e rimanendo spesso attanagliato dal dubbio. O, ancora e più spesso di quanto possa accadere, si trova a confrontare i suoi dubbi, a rimanere convinto

---

<sup>31</sup> V., sul punto, E. LUPO, *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, in *Giustizia insieme*, 28 dicembre 2023. V. anche, volendo, R.G. CONTI, *Atto politico vs giustizia "politica". Quale bilanciamento con i diritti fondamentali?* in *Giustiziainsieme*, 2 novembre 2023.

della “verità” della soluzione che ritiene giusta” e poi magari è chiamato redigere la soluzione, diversa da quella che riteneva vera, prevalsa in sede collegiale<sup>32</sup>.

Qui è tutto il bello, il difficile, il complesso del mestiere del giudice. Un giudice, dunque, come ci è già capitato di osservare chiamato, nello stato costituzionale, a “vegliare sulle possibili violazioni di quei principi”, adoperandosi in un’attività di restauro – anche in via interpretativa – della coerenza tra legislazione e Costituzione. Un giudice che – caso per caso – estrae, così, il senso e il significato linguistico della norma attraverso l’evoluzione sociale<sup>33</sup> e giuridica che i diritti fondamentali in gioco seguono.

## 7. Il peso dei principi-valori sull’interpretazione.

Un’attività, come si diceva, attenta al dato normativo-testuale inserito nel panorama complessivo delle fonti applicabili – soprattutto se attuative di diritti fondamentali – che non ha nulla di *creativo* nella misura in cui aggiorna il significato che può essere dato al significante dal mutato contesto sociale attraverso la ricerca, nel sistema, delle disposizioni capaci di dare appagamento a quei valori fondamentali dotati di percettività.

Insomma, un’attività ermeneutica complessa per quanto ovviamente complesso risulta il ruolo dei principi/valori ai quali si è qui fatto riferimento.

Provando a schematizzare al massimo, i principi-valori possono infatti venire in gioco vuoi come punto di riferimento per la corretta interpretazione di una disposizione di legge, vuoi come paradigma integrativo della legge che non prende esplicitamente in considerazione la fattispecie esaminata dal giudice o, infine, come parametro di controllo della legalità costituzionale di una disposizione normativa.

*Nulla quaestio* sull’ultima ipotesi che chiamerà il giudice costituzionale ad eliminare le possibili antinomie fra norma di legge e valore fondamentale.

La valenza interpretativa del principio-valore è dunque un aspetto peculiare della prima ipotesi, dalla quale si differenzia la seconda perché l’esito della lettura della norma di legge conforme al valore non produce l’eliminazione della norma di legge dal sistema, ma ne garantisce la piena validità a patto che la stessa sia costituzionalmente interpretata.

Quella più delicata rimane dunque la terza ipotesi e, dunque, la valenza del principio-valore come direttamente costitutivo-integrativo del parametro, andando ad integrarne la portata precettiva laddove esso non dice e sembra dunque silente.

Quando si colma una lacuna attingendo al sistema sembrerebbe, in prima approssimazione, potersi distinguere l’ipotesi di integrazione diretta del principio che si accosta alla legge ordinaria, ampliandone la portata, da quella in cui la lacuna riscontrata nel quadro normativo viene sanata attraverso la ricerca nell’ordinamento di un’ulteriore

---

<sup>32</sup> R. G. CONTI, *La funzione nomofilattica delle Sezioni Unite civili vista dall’interno (con uno sguardo all’esterno)*, in *Giustiziainsieme*, 11 gennaio 2024.

<sup>33</sup> C.M. BIANCA, *Ex Facto oritur jus*, in *Riv.dir.civ.*, n. 6/1995, p. 796.

disposizione normativa ritenuta inidonea a fornire la *regula iuris* del caso concreto. Ci si dovrebbe forse chiedere quale delle due attività sia più *creativa* ed *inventiva* dell'altra. Lo è quella che fa vivere un principio generale nel caso concreto o, al contrario l'altra – di reperimento di una *regula iuris* non considerata come regolativa della fattispecie prima dell'attività di riempimento della lacuna ed invece "riletta" dall'interprete in modo che essa possa regolare la fattispecie –? È allora realmente possibile distinguere in termini qualitativi o quantitativi l'operazione interpretativa compiuta dal giudice al fine di ammettere o negare l'una o entrambe le ipotesi, classificandole come eversive, sovversive, egemoni?

Interrogativi micidiali, dei quali offre una chiave di lettura una pronunzia delle Sezioni Unite civili, ove si è affermato che «l'interpretazione della legge ... ha ad oggetto non norme fatte e definite, ma enunciati linguistici – quelli che costituiscono le disposizioni legislative – di cui il giudice deve cogliere il significato non solo attraverso il ricorso alle regole semantiche del linguaggio comune e di quello giuridico, ma anche in rapporto a tutte le norme del sistema nel quale le singole disposizioni si collocano e con le quali interferiscono (a partire dalle norme costituzionali e dai principi generali dell'ordinamento giuridico). Tale complessa attività ermeneutica chiama il giudice ad una ponderazione dei valori sottesi alle norme giuridiche da applicare e degli scopi perseguiti dal legislatore: il giudice, nell'interpretazione della legge, deve determinarne il significato ponderando i valori, segnatamente quelli costituzionali, immanenti nell'ordinamento»<sup>34</sup>.

Sono le stesse Sezioni Unite a fugare la prevedibile e scontata obiezione a tale ragionamento, rappresentata dal soggettivismo che simile operazione celerebbe, allorché la sentenza appena ricordata chiarisce che «Nondimeno, l'interpretazione delle disposizioni di legge, cui sono chiamati gli organi della giurisdizione, non può significare libera scelta dei fini e dei valori da perseguire, essendo il giudice tenuto a far prevalere i fini e i valori fatti propri dall'ordinamento giuridico». – v. *infra*, peraltro Cass. S.U. n.8766/2021, cit. alla nota 31 –.

Certo, il confine su ciò va fatto e ciò che non va fatto dall'interprete è labile, difficile da individuare *in vitro*, occorrendo piuttosto un'analisi *in vivo* dei casi. E che la questione sia di estrema complessità si evince dalle diverse opzioni espresse sul tema dalle Sezioni unite<sup>35</sup>, che si sono più volte pronunziate sui limiti dell'attività di

---

<sup>34</sup> Cfr. Cass. S.U. n. 8906/2020.

<sup>35</sup> V., infatti, Cass. S.U. n. 8766/2021, che riassume la complessità alla quale si accennava: «L'ermeneutica corrente, accolta dalla giurisprudenza, richiede la ricerca della *ratio legis*, secondo il coordinamento sistematico delle singole disposizioni, non solo nel caso in cui, nonostante l'impiego del criterio letterale, il significato della norma «rimanga ambiguo», ma altresì quando, sia pure in presenza di una lettera chiara, «l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo» .... In tale visuale, in prima battuta vengono sempre in rilievo i canoni dell'interpretazione letterale e storico-teleologica, sebbene poi il significato finale della disposizione vada ricercato in modo da limitare le antinomie con altre fonti, in forza del criterio dell'interpretazione logico-sistematica, individuandone il significato nello specifico settore normativo (la *ratio legis*) ed in conformità ai principi costituzionali ed ai principi generali dell'ordinamento giuridico (la *ratio iuris*). Si è andata così profilando

interpretazione informata ai canoni costituzionali nel caso di contrasto con il dato testuale.

Il tentativo di sintesi fra le diverse prospettive emerse sembra rinvenirsi nei principi espressi da Cass. S.U., n.24413/2021, leggendone insieme i paragrafi 24,25,26,27 e 28 volti, per un verso, ad individuare il limite dell'attività interpretativa riconducibile al dato testuale in ciò risultando pienamente coerente con i principi più volte espressi dalla Corte costituzionale<sup>36</sup>, senza tuttavia negare, ma anzi imponendo un'ermeneutica su base sistematica e storica della disposizione che non può prescindere, dunque, dal contesto normativo nel quale la disposizione è inserita prima di divenire norma.

Quanto appena detto può essere forse esemplificato con una vicenda che ha visto coinvolta la Corte di cassazione (Cass. ord. n. 230/2023), alle prese con una adozione legittimante disposta dal giudice di merito nei confronti di due bambini, vittime di un femminicidio da parte del loro stesso padre, dunque dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale<sup>37</sup>, autorizzate ad incontrare i nonni della famiglia di origine.

---

un'opzione ermeneutica, nel senso che possa svalutarsi l'interpretazione letterale anche in presenza di un testo univoco, in quanto non sarebbe da privilegiare come assoluto il criterio interpretativo letterale, per la necessità di ricercare, in ogni caso, la coerenza della norma e del sistema, secondo lo spirito o *ratio* di essi. Occorre, peraltro, sottolineare come non sia consentito superare i confini permessi dalla esegesi del testo: come ha affermato la Corte costituzionale circa la c.d. interpretazione adeguatrice, resta il limite che risiede «nell'univoco tenore della disposizione impugnata», il quale «segna il confine» oltre il quale l'interpretazione giudiziale non può andare ... Giova, del pari, richiamare i principi esposti da questa Corte in tema di eccesso di potere giurisdizionale riferito all'attività legislativa (*ex multis*, Cass., sez. un., 10 aprile 2020, n. 7643; Cass., sez. un., 14 gennaio 2020, n. 413; Cass., sez. un., 11 settembre 2019, n. 22711; Cass., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8311; e già Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; 23 dicembre 2014, n. 27341; e v., sui limiti dell'interpretazione sistematica, la recente Cass., sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2142), secondo cui l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale. In definitiva, il fondamentale canone di cui all'art. 12, comma 1, delle preleggi impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, potendo bensì con esso concorrere i criteri della interpretazione teleologica e sistematica, purché, tuttavia, l'interprete non varchi il limite esegetico consentito dall'enunciato formale (art. 101, comma 2, Cost.) e non reputi, addirittura, l'interpretazione – in luogo che mezzo attraverso cui ricomporre un contrasto solo apparente con la Costituzione – strumento sostitutivo della *voluntas legis*».

<sup>36</sup>Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. nn. 347 e 348 del 2007. V., in dottrina, utilmente, C. CARUSO, *Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale*, in *Questionegiustizia*, in *Gli speciali di Questionegiustizia*, La Corte di Strasburgo, Aprile 2019.

<sup>37</sup>I giudici di merito avevano disposto l'adozione, garantendo però la relazione nonna-nipote e così andando apparentemente contro il divieto posto dal testo dell'art.27, comma 3 della legge sull'adozione n.184/1983 del seguente tenore. Con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali. La causa approdava in Cassazione su ricorso della Procura generale della Corte di appello di Roma che riteneva errata la decisione, invocando appunto il dato testuale dell'art. 27 l. adozione. Cass. n. 230/2023, su conforme parere della Procura generale sollevava questione di legittimità costituzionale, ipotizzando il contrasto dell'art. 27 cit. con diversi parametri costituzionali e sovranazionali. La Corte di cassazione escludeva espressamente che il testo della legge autorizzasse la possibilità di salvaguardare la relazione familiare di origine attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, in quanto «la previsione della recisione dei legami con la famiglia di origine ha carattere assoluto. La salvezza dei divieti matrimoniali conferma la scelta del legislatore in ordine all'intangibilità in via interpretativa del divieto (di conservare, nel caso sia corrispondente all'interesse del minore, i legami con la famiglia di origine)».

Orbene, la Corte costituzionale, con la sentenza n.183/2023 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata ritenendo che era ben possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata di quel "testo", rilevando che «l'evoluzione sociale e il dato dell'esperienza maturata con l'applicazione della disciplina, unitamente alle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, oltre che da questa Corte e dal *diritto vivente* – corsivo aggiunto –, hanno indotto il legislatore a rivedere, negli anni, l'assunto in base al quale l'adozione, in quanto auspicata rinascita del minore, debba immancabilmente implicare una radicale cancellazione del passato».

Sicché, prosegue la Consulta, «l'intera trama normativa, nella quale si colloca il citato art. 27, terzo comma, offre già attualmente, per come si è evoluta nel tempo, indici ermeneutici che, orientati dai principi costituzionali, consentono di individuare situazioni nelle quali emerge un preminente interesse del minore a veder preservate relazioni socioaffettive con componenti della famiglia d'origine».

Ecco, dunque, disvelato il compito ed il ruolo del giudice comune, sempre più rivolto a ribaltare gli automatismi legislativi che non consentono una soddisfacente valutazione della singola fattispecie concreta<sup>38</sup>. Sempre più coinvolto nel dialogo con le fonti sovranazionali ed il diritto vivente delle Corti chiamate "per legge" e "per Costituzione" a dare corpo e misura alle Carte dei diritti.

Ora, vedere che tutto questo sia frutto di un esasperato e criticabile protagonismo dei giudici contrasta, inequivocabilmente, con il "valore" che lo stesso legislatore attribuisce ai principi costituzionali e dell'Unione europea che il legislatore della Riforma c.d. Cartabia ha espressamente introdotto fra i contenuti obbligatori delle prove scritte per il superamento del concorso in magistratura – art.4, lett. d) l. n. 17/2022 e art. 5 d.lgs. n. 44/2024 –.

Orbene, se le prove per il superamento del concorso richiedono la conoscenza di quei principi costituzionali e dell'Unione europea – all'interno dei quali convivono quelli di matrice convenzionale che, come si è detto, alimentano e si alimentano vicendevolmente- si comprende bene la piena ed univoca legalità dell'operato del giudice che impronta la sua attività a quei principi – nel significato che il diritto vivente agli stessi attribuisce – che, per legge deve conoscere ed applicare ad un livello talmente approfondito da esserne richiesta la conoscenza al fine di poter superare il concorso in magistratura. Nulla, dunque, di eversivo nel reclamare nel giudice la piena consapevolezza del suo ruolo rispetto ai principi.

## **8. Uno sguardo alla giurisprudenza delle Sezioni Unite civili sul ruolo del giudicare.**

Non è dunque superfluo ricordare, in questa sede, le affermazioni esposte da un'altra pronunzia delle S.U. – sent. n. 24414/2021 –. Parole espresse in occasione della

---

<sup>38</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *Adozioni, I giudici devono valutare l'interesse del minore*, in *La stampa*, 30 settembre 2023. Da ultimo, v. Corte cost. n. 51/2024 che ha dichiarato la previsione dell'automatica rimozione dalla magistratura in caso di condanna del magistrato a una pena detentiva non sospesa.

decisione, anch'essa oggetto di notevoli critiche, sul crocifisso originata da una sanzione disciplinare irrogata dal dirigente scolastico nei confronti del docente che si era rifiutato di fare lezioni con il crocifisso in classe, malgrado la volontà della maggioranza degli allievi fosse orientata a richiederlo.

Né è meno rilevante, per la rappresentazione del giudice alla quale chi scrive sente di appartenere, un'altra pronuncia delle S.U. civili sul tema della trascrizione dell'atto di nascita compiuto all'estero dal genitore d'intenzione relativo a minore venuto al mondo con la tecnica della maternità surrogata.

Cass., S.U. n. 38162/2022, con una decisione di sistema ispirata ad un'ottica di ragionevolezza e di equilibrio, ripercorrendo tutte le più recenti tappe della giurisprudenza interna espressa nello stesso caso, confermandole ed integrandole (Cass., S. U. n.12193/2019, Corte cost. n. 33 del 2021 e n. 79/2022, ord. rimessione della prima sezione civile della Corte di Cassazione n. 1842/2022), ha riportato ad unità e coerenza il dialogo tra le Corti interne e la Corte di Strasburgo sul delicato tema della maternità surrogata<sup>39</sup>.

Le Sezioni Unite descrivono, per un verso, la funzione del giudice rispetto all'interpretazione dei principi e delle clausole generali<sup>40</sup>, mettendo in risalto il travaglio della decisione, il senso della ricerca, dello scavo<sup>41</sup>, la coscienza della "responsabilità" del giudice sempre più condivisa, partecipata, dialogata.

---

<sup>39</sup> Su Cass., S.U. n. 24414/2021 e Cass., S.U. n. 38162/2022, in cui si coglie plasticamente quel ragionevole accomodamento fra i valori in gioco, veicolato dalle Sezioni Unite in omaggio alla teoria della atirannicità dei diritti fondamentali, sia pur nella consapevolezza del "limite" oltre il quale la forza coerenza di diritto non può spingersi, si rinvia a R. CONTI, *La funzione nomofilattica delle Sezioni Unite civili vista dall'interno (con uno sguardo all'esterno)*, in *Giustiziainsieme*, 11 gennaio 2024. Sulla seconda pronuncia richiamata si v. anche M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustiziainsieme*, 6 febbraio 2023.

<sup>40</sup> Cfr. Cass., S.U. n.38162/2022: «*Nell'attesa dell'intervento, sempre possibile ed auspicabile, del legislatore, il giudice, trovandosi a dover decidere una questione relativa allo status del figlio di una coppia omoaffettiva, non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla citata sentenza della Corte costituzionale*».

<sup>41</sup> P. GROSSI, *Prefazione*, in R. G. CONTI (a cura di), *Il mestiere del giudice*, Padova, 2020, XVI: «Il vecchio giudice, condannato ad essere 'bocca della legge' dai riduzionismi strategici degli illuministi (dapprima) e dei giacobini (successivamente), non può che togliersi volentieri di dosso la veste opprimente dell'esegeta, ormai del tutto inadatta, e indossare quella dell'interprete, dell'inventore, intendendo la sua operazione intellettuale irriducibile in deduzioni di semplice natura logica (come in una celebre pagina di Beccaria) e concretizzabile piuttosto in una ricerca, in un reperimento, con le conseguenti decifrazione e registrazione. Quello che mi sentirei, invece, di rifiutare, decisamente perché fonte di più che probabili malintesi, è il sintagma 'creazione giurisprudenziale', .... Infatti, è proprio di 'creazione' e di 'creazionismo' che parlano gli adepti del legalismo statalistico stracciandosi le vesti di fronte a un ruolo, innaturale perché par-legislativo, conferito (almeno secondo loro) ai giudici dalla riflessione ermeneutica. Insisterei, come ho fatto anche di recente, su un ruolo inventivo, marcando bene che si fa esclusivo riferimento alla inventio dei latini consistente appunto in un 'cercare per trovare'».

Uno *scavo* che incontra dei limiti rispetto al compito riservato al legislatore<sup>42</sup>; limiti che, tuttavia, non possono essere indefiniti ed indeterminati se il potere legislativo protrae la condizione di inerzia<sup>43</sup>.

I vuoti che la giurisprudenza, a volte, colma vanno dunque considerati nel *contesto* che si è cercato di delineare a proposito del giudicare *sui generis* delle Sezioni Unite, al contempo metro e misura del buon giudicare, capace di vincere la prospettiva creazionista in nome di canoni riempiti di ascolto, dialogo, di cooperazione, di fiducia reciproca<sup>44</sup>.

## 9. La non decisività del giudicare. Dall'uso alternativo al leale uso cooperativo del diritto, in attesa di una nuova Gardone.

È giunto il momento di (provare a) tirare le fila del ragionamento.

I tasselli fin qui disposti sembrano tutti convergere verso una tendenza sempre più marcata ad un *uso cooperativo del diritto*.

Espressione che costituisce la quasi naturale mutazione genetica dell'uso alternativo del diritto, depurata dal tanto di ideologico e del contesto storico nel quale

<sup>42</sup> Cfr. Cass., S.U. n.38162/2022, cit.: «Anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale, che rappresenta il canale attraverso cui l'ordinamento si confronta con la pluralità degli ordinamenti salvaguardando la propria coerenza interna, o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento, il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto. Soprattutto in presenza di questioni, come quella oggetto del presente giudizio, 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 commessione tra questa e il sistema. Si tratta di temi, infatti, in rapporto ai quali lo stesso diritto di famiglia, nel mentre riflette, come uno specchio, lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari nel contesto sociale, tuttavia non può prescindere dal sistema, affidato anche alle cure del legislatore. Ciò vale soprattutto in una vicenda, come l'attuale, nella quale 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».

<sup>43</sup> Cfr. Cass. S.U. n. 38162/2022: «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».

<sup>44</sup> Più volte in diverse riflessioni ci è capitato di insistere sulla centralità del valore della fiducia nel diritto, evocando le riflessioni alte di T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit.

quest'ultimo maturò. Questo *principium cooperationis* sul quale abbiamo provato a ragionare anche in passato sulla scia delle riflessioni a più riprese esposte da Antonio Ruggeri allontana l'idea della regolazione piramidale dei rapporti fra legge, giudice e giudici, preferendo una prospettiva capace di alimentare ritmicamente i rapporti fra le diverse fonti dei diritti fondamentali. Un principio, questo, pienamente introiettato dalla Costituzione che, aprendosi indiscutibilmente al riconoscimento del diritto dell'Unione europea ed ai diritti fondamentali di matrice internazionale, mostra attraverso il suo magnifico arsenale, costituito dagli artt. 2, 3, 10, 11 e 117, quanto sia la centralità della persona<sup>45</sup> ad escludere l'idea stessa di una 'scala' fra le fonti e fra i valori fondamentali, questi ultimi invece tutti abbisognando del sostegno delle Carte e dei loro interpreti per poter realizzare l'obiettivo di un sempre più elevato livello di protezione di quei valori<sup>46</sup>.

Una logica, dunque, che *intende* radicalmente marginalizzare la prospettiva dello scontro e che, invece, *tende* a favorire lo scambio, il confronto, il riconoscimento del ruolo svolto dall'altro dialogante in una prospettiva che tende all'unità, pur senza celare le diversità di orientamenti e di prospettive che necessariamente caratterizzano il modo di giudicare e di essere dell'un sistema rispetto all'altro. Una prospettiva che, dunque vivifica e rende onore a quel che Massimo Fioravanti ha individuato come tratto distintivo dello Stato costituzionale, appunto la "*pari dignità costituzionale*" di legislazione e giurisdizione<sup>47</sup>.

È dunque la prospettiva (o la legge) della fiducia<sup>48</sup> ad apparire vincente, una prospettiva nella quale le diversità costituiscono comunque nodi che si intrecciano in una rete comune di protezione dei diritti fondamentali, che si tengono l'un l'altro senza

---

<sup>45</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, 28 agosto 2013.

<sup>46</sup> Non ci si può così, mai stancare di ricordare che «la pluralità delle Carte dei diritti gioca naturalmente nel senso di rendere particolarmente oneroso il compito demandato ai giudici, a *tutti* i giudici (costituzionali e non), al fine della loro ottimale salvaguardia, alle condizioni oggettive di contesto: un compito, dunque, assai impegnativo e non di rado sofferto, specie laddove – come si diceva – si tratti di risolvere questioni di biodiritto, al quale tuttavia nessun operatore può sottrarsi». A RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it). Attenzione al giudiziario che è, in definitiva, deferenza piena e totale ai valori fondamentali della persona, rispetto ai quali occorre, ancora una volta, individuare un metodo preciso di lavoro. Non è, ricorda Ruggeri, «facendo luogo ad improponibili rivendicazioni di un impossibile primato dell'una sull'altra Carta e/o dell'una sull'altra Corte che le questioni stesse possono essere a modo affrontate; di contro, è solo muovendo dalla duplice premessa della parità delle Carte, riconosciute perciò idonee a giocare ogni volta la partita nello sforzo da ciascuna di esse prodotto di offrire sul mercato dei diritti la migliore mercanzia, e della necessaria e leale cooperazione degli operatori che si può andare alla ricerca della soluzione più adeguata al caso, che peraltro assai di frequente appare essere non già idonea ad appagare a pieno i diritti e, in genere, gli interessi meritevoli di tutela in campo bensì a far pagare agli stessi il minor costo possibile, specie nella presente congiuntura segnata da plurime e gravi emergenze (da quella economica a quella terroristica, da quella rappresentata dal fenomeno delle migrazioni di massa a quella ambientale, ecc.) che obbligano i diritti e i beni della vita in genere a forte contrazione del loro formidabile potenziale espressivo». A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, cit.

<sup>47</sup> M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Stato alla Costituzione*, in M. FIORAVANTI, (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma, 2009, 32.

<sup>48</sup> T. GRECO, *Le legge della fiducia*, cit..

soluzione di continuità anche quando la rete si ingarbuglia, si attorciglia e sembra non essere capace di svolgere il proprio ruolo e di non poter garantire una pesca feconda nell'oggi, invece proiettandosi ad un domani sempre più solido.

Sono appunto gli interpreti, con la loro paziente opera di tessitura, di cucitura di quella rete a garantire tendenziale armonia, comunanza di obiettivi ed efficacia delle risposte offerte.

Ecco che espressioni come quelle di monopolio interpretativo, primazia, superiorità lasciano naturalmente il passo ad altre prospettive più inverte di fiducia reciproca, per mezzo delle quali ciascun dialogante è titolare di un potere interpretativo che ammette incursioni nei sistemi di riferimento (interni e convenzionali) purché esse siano animate da un'esigenza comune, da uno spirito comune, costruttivo e non distruttivo, dialogante e non sprezzante, culturalmente arricchente e per ciò stesso rivolto a marginalizzare i giudizi di pancia che poco o nulla hanno di culturale.

Ed è ancora la stessa logica cooperativa a dover essere preferita come regola aurea nei rapporti fra legislatore e giudici dovendosi il primo orientare, soprattutto quando in gioco sono materie eticamente sensibili, verso regolamentazioni minimali capaci di individuare la cornice generale al cui interno sussumere la singola vicenda, per poi lasciare al secondo, al decisore di turno il ruolo di *attuatore* concreto del comando, in modo che quest'ultimo sia modulato e modellato nel modo migliore rispetto al caso specifico ed agli interessi, sempre cangianti, che ivi emergono. Un *trend* che sembra evidenziare che la produzione del diritto è sempre più plurale, promanando da centri di imputazione che la democrazia, le sue regole, e in particolare quelle che la Costituzione ha fissato, individuano come "motori propulsori" dei diritti al servizio della società<sup>49</sup>.

Non è poi marginale raccogliere l'invito di Antonio Ruggeri a che questa cooperazione sia sempre *leale*<sup>50</sup>. Si chiede, appunto, il Nostro se una cooperazione possa essere "non leale". E forse a tale interrogativo può risponderci che sì, la cooperazione diventa sleale quando essa stessa tradisce lo spirito che dovrebbe animare chi ha la consapevolezza della centralità del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e della complessità che oggi richiede un esercizio giusto della giurisdizione. E rischia, ancora, di esserlo se questa cooperazione e, a monte, l'idea della nuova Gardone, è soltanto di facciata, non approfondisce i nodi complessi che ancora oggi stentano a trovare collocazione all'interno della giurisdizione. E tra questi i rapporti fra il diritto interno ed il diritto UE. Tema che viene spacciato e declinato dai meno accorti come ormai ben dissodato ed arato e dunque considerato tutto "interno" al sistema di tutela di matrice nazionale che, invece, ancora oggi, è ricco di insidie, di dubbi e notevoli complessità.

Anzi, si preferisce, con abili ma precarie argomentazioni, spacciare tali complessità come tecnicità di basso profilo proprio perché si è consapevoli di quanto la cooperazione richieda sforzi reciproci, conoscenza dei meccanismi di tutela, consapevolezza del poliedrico scenario che appare al giudice quando si accosta al tema

---

<sup>49</sup> Sia ancora consentito un rinvio a quanto espresso nella recensione del libro di G. LUCCIOLI, *Dignità della persona e fine della vita*, Cacucci, Bari, 2022, in *Giustiziainsieme*, 17 settembre 2022.

<sup>50</sup> Da ultimo, A. RUGGERI insiste sul punto in *A riguardo di talune precisazioni fatte dalla Consulta in tema di "doppia pregiudizialità" (a prima lettura di Corte cost.n.100 del 2024)*, in *Consultaonline*, 5 giugno 2024,

delle antinomie fra norme e fra i rimedi che sono sul suo scrittoio per rimuovere tali antinomie. Questione tutta da sviscerare, dipanare, assimilare attraverso lo studio dei casi, l'apporto della scienza giuridica, l'esame delle pronunzie dei protagonisti di un dialogo e di una cooperazione ancora da incanalare su giusti binari<sup>51</sup>.

Se le tessere dei rapporti appena qui succintamente descritti sono di questa portata, si comprende quanto il ruolo della giustizia sia anch'esso in continua evoluzione, riscontrandosi il passaggio progressivo da una rappresentazione della giustizia attraverso i paradigmi di *imperatività* e *decisorietà* ad un'altra più mite e al contempo più complessa.

Una giustizia in cammino, dunque, che dovrebbe sempre più imparare ad essere dialogante proprio attraverso i valori della condivisione e cooperazione senza nascondersi le frizioni, più o meno manifestate e comunque originate dalla centralità della persona umana e dal valore che alla stessa si intende attribuire. Una giustizia, come si diceva nel primo paragrafo, piena di decisorietà *in progress*, arricchita da diversi protagonisti della cultura giuridica e giurisdizionale, in perenne collegamento e capaci, ciascuno, di dare vita ad un tassello che si tiene unito agli altri secondo una regola di equi-ordinazione e non di supremazia o gerarchia dell'uno all'altro o sull'altro.

Una giustizia che guarda, peraltro, all'intervento del giudice sempre più inserito in un sistema, nel quale ogni pronunzia deve essere calibrata guardando all'ufficio nel quale si lavora, ai tempi degli altri procedimenti, all'esigenza di prevedibilità delle decisioni ed al contempo al sistema giudiziario nel suo complesso, costituito di tessere che compongono un unico, complesso quadro.

Una giustizia, dunque, sempre meno monade, nella quale il fine non è rappresentato dal giudice che traghetta una casa verso il suo porto, ma il sistema che quella decisione va a comporre, alimentando il motore di un transatlantico che raccoglie e trasporta quelle decisioni in modo che le stesse, nel loro complesso, siano capaci di migliorare il sistema nel suo complesso, favorire prevedibilità senza mai soffocare ridurre il respiro ai diritti fondamentali.

Una tendenza che va sempre di più verso il dialogo, alla ricerca di una verità, intesa come concetto paradossalmente inverso alla nozione epistemologica corrente, che cammina con l'idea di dubbio, per superare il quale si scende dal piedistallo e si affonda il proprio agire nella carne delle questioni e delle persone.

---

<sup>51</sup> A. CIANCIO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il dialogo «a distanza» con la Corte costituzionale e i possibili rimedi al giudicato amministrativo in contrasto con il diritto europeo (notazioni su tre casi recenti, a partire dalla vicenda «Randstad») e C. DI MARTINO, La tutela dei diritti fondamentali tra Costituzione e Carta di Nizza: i nuovi (controversi) spunti della giurisprudenza costituzionale in tema di «doppia pregiudizialità», entrambe in *Consultaonline*, 29 maggio 2024; C. FAVILLI, *La possibile convivenza tra disapplicazione e questione di legittimità costituzionale dopo la sentenza n. 15 del 2024 del giudice delle leggi*, in *Riv. del contenzioso europeo*, 23 aprile 2024.*

## 10. Cooperazione e disubbidienza: un ossimoro per il giudice?

È dunque questo principio di cooperazione che, come ci è capitato di evidenziare in passato<sup>52</sup>, deve altresì alimentare il tema della *disobbedienza* del giudice di merito alle decisioni della Cassazione e financo della Corte costituzionale e dei giudici sovranazionali.

Oggi il giudice comune può *disobbedire* alla giurisprudenza del giudice di legittimità – addirittura anche se su di essa si è formato il giudicato in sede di rinvio – quando in gioco vi è il diritto dell’Unione europea (cfr. Corte Giust., 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*; Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*; Corte giust., 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*; Corte giust. 24 maggio 2016, causa C-353/15, *Leonmobile srl*). E può anche *disobbedire* alla giurisprudenza della Corte costituzionale che abbia assecondato una lettura della norma interna compatibile con quella della Carta dei diritti fondamentali dal medesimo non condivisa al punto da poterla disapplicare o da rivolgersi con lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (v. Corte cost. n. 63/2019).

È stata, ancora la stessa Corte costituzionale ad invitare i giudici comuni a *disobbedire* alla Corte edu quando l’indirizzo da questa patrocinato non sia “consolidato”, come affermato dalla sentenza n. 49 del 2015, con specifico riferimento al caso che possa altrimenti aversi un conflitto con la Costituzione. Una disubbidienza “funzionale”<sup>53</sup> – orientata a favorire un dialogo in nome della protezione di valori non tenuti in adeguata considerazione dalla Corte europea –. Peraltro, la *disobbedienza* alla giurisprudenza di legittimità da parte del giudice comune, anche fuori dal campo del diritto UE la rammentano gli stessi giudici della Cassazione con l’autorevolezza delle Sezioni Unite civili quando affermano che l’interpretazione da parte del giudice di legittimità mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale sul presupposto, tuttavia, di una efficacia non cogente ma solo persuasiva, trattandosi di attività consustanziale all’esercizio stesso della funzione giurisdizionale. Da ciò consegue che un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia è sempre suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito – Cass.S.U. n.4135/2019 –. Principio pienamente condiviso dalla Corte costituzionale. – Corte cost. n.230/2012 –.

In definitiva, varie forme di *disobbedienza* “buone” – con espressione che rischia di apparire un ossimoro – tutte imposte proprio dall’art.54 Cost. e perciò legali, legittime e dovute, purché realizzate attraverso la motivazione persuasiva dei provvedimenti che impone al giudice comune di dire “perché” la decisione non si è conformata a quella della Cassazione o a quella della Corte costituzionale che, magari, abbia escluso il contrasto fra diritto interno e norme della Carta UE immediatamente precettive, inducendo il giudice comune a disapplicare, andando “contro” la Corte costituzionale.

<sup>52</sup> V., volendo, le conclusioni alle tre interviste a G. SILVESTRI, V. MILITELLO e A. GALLIANI, *Il giudice disobbediente nel terzo millennio*, in *Giustiziainsieme*, 5 giugno 2019.

<sup>53</sup> V., G. MARTINICO, [Corti costituzionali \(o supreme\) e 'disobbedienza funzionale' Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 28 aprile 2015.

Bisogna dunque rifuggire da un sistema che si proietti verso il conformismo e si attesti sulla rassicurante idea della vincolatività dei precedenti delle giurisdizioni apicali come anche da meccanismi che premiano con incarichi direttivi o semidirettivi in magistratura chi più si è uniformato alle decisioni anzidette, senza eventualmente scavare sulle ragioni che hanno condotto il giudice dell'impugnazione a riformare le decisioni da parte del giudice dell'impugnazione. Ragionando diversamente, sarebbe in pericolo quel dinamismo *interpretativo* che va, certo, sapientemente coniugato con le esigenze di prevedibilità, certezza ed eguaglianza ma in ogni caso favorito ed alimentato.

Non si tratta, certo, di caldeggiare un *far west* giudiziario, ma soltanto di salvaguardare il carattere dinamico del diritto giurisprudenziale, impedendo automatismi e meccanicismi che spesso mal si conciliano con l'ontologica diversità dei casi e dei contesti nei quali essi maturano e con il continuo circuito giurisprudenziale alimentato dalle Corti nazionali e sovranazionali.

## 11. Conclusioni.

Rispetto alle riflessioni qui esposte quanto la dottrina dell'uso alternativo del diritto ha dunque influenzato la rappresentazione della giustizia che si è qui proposta?

Vi è, senza dubbio, un filo comune fra la prospettiva alimentata dal convegno del 1972 e quella che qui si è descritta come prospettiva cooperativa del diritto, forse meno gravida di quelle incrostazioni di natura ideologica che sembrano volere indurre il giudice ad una legittimazione di natura politica che, al contrario, per quanto si è qui andato sostenendo, non può appartenere in alcun modo al giudice.

Cosa occorre ancora fare?

Sembra di potere dire che la magistratura nel suo complesso abbia messo a fuoco, ora in modo più maturo e composito, quale sia la posta in gioco. Lo dimostra il recente intervento di apertura del convegno dell'Associazione nazionale magistrati di Palermo del maggio scorso del Presidente Giuseppe Santalucia<sup>54</sup>.

Forse quel convegno rappresenta non (ancora) una nuova Gardone, ma almeno questo sì, una presa di coscienza che il dibattito, interno ed esterno alla magistratura, circa il ruolo del giudiziario nella società debba sempre di più prendere sul serio le dinamiche che hanno caratterizzato il diritto nell'ultimo cinquantennio.

Per questo l'idea che si sia giunti, all'interno della giurisdizione, ad una nuova Gardone è, per quello che si diceva sopra, forse velleitaria e non ancora matura, ancora molto e tanto dovendo fare per realizzare una sensibilizzazione piena, diffusa, non frammentaria, del ruolo della giurisprudenza sovranazionale e delle fonti sovranazionali sul piano interno, proprio alla luce della loro capacità condizionante più o meno manifesta. Questa prospettiva, che poi involge pienamente il costituzionalismo

---

<sup>54</sup> Relazione del Presidente G. Santalucia al Congresso dell'ANM svoltosi a Palermo nei 10/12 maggio 2024, consultabile a <https://www.associazionemagistrati.it/doc/4220/la-relazione-del-presidente-dell'anm-giuseppe-santalucia.htm>.

moderno ed ancora una volta il rapporto fra giudice e legge non può dirsi affatto compiuta, né pare potere rimanere condizionata dall'assetto politico istituzionale di un dato momento storico.

La giurisprudenza non muta in funzione della politica ma segue, semmai, la società in nome della quale amministra la giustizia, i suoi svolgimenti e la sua "coscienza". In questa perenne e mai conclusa stagione non resta dunque che affidarsi al buon senso ed alla responsabilità dei tanti attori della giustizia<sup>55</sup>.

In conclusione, all'accusa di creazionismo e di soggettivismo non può che risponderci richiamando la forza del dialogo<sup>56</sup>, la responsabilità anche etica della magistratura<sup>57</sup> e dei sistemi di controllo dell'operato della magistratura stessa, insieme alla capacità e forza della scienza giuridica che, appunto, per dirla con Lipari, incarna quella comunità interpretativa capace di esprimere le proprie opinioni contro o a favore delle decisioni della magistratura, ad evidenziarsi l'eventuale sovversione o eversione.

Tanto più la scienza giuridica svolgerà al massimo il suo ruolo, tanto più si ridurranno i pericoli di eversione e sovversione spesso spettralmente e strumentalmente evocati.

Il che non elide i problemi che molto saggiamente continuano ad agitarsi nell'Accademia in ordine al limite dell'attività concretizzatrice dei principi e valori fondamentali, del fine e del confine dello strumento ermeneutico e, ancora, del valore che il "testo" ed il contesto possano giocare nell'esercizio dell'attività interpretativa.

Ma questi problemi meritano appunto di essere affrontati senza imbracciare fucili o sciabole e senza deridere o dileggiare, prediligendo forme di dialogo irrorate dal "valore della fiducia" attraverso il quale si può e deve fare un buon servizio alla giustizia, abbandonando logiche di suprematismo e/o di subalternità in favore, appunto, di un approccio laicamente cooperativo.

Occorre dunque attrezzarsi a questo diritto, nel quale il *vero* non è solo nel dato normativo, ma in quello che le fattispecie richiedono dopo l'opera coerenziatrice ed ermeneutica del giudice, filtrata da quella dei difensori ed alimentata incessantemente da chi studia il diritto nelle aule.

---

<sup>55</sup> Per qualche ulteriore riflessione sia consentito il rinvio a R. CONTI, *Ricordare le stragi del '92 per riflettere intorno alla magistratura. Un nuovo alfabeto per la giustizia*, in *Giustiziainsieme*, 19 luglio 1992.

<sup>56</sup> G. CALABRESI, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, p. 76: «Scrivere una bella sentenza non è, dopo tutto, la maniera migliore per solleticare la propria vanità raccogliendo l'approvazione della comunità intellettuale e scientifica: meglio sarebbe scrivere un articolo o un libro. In verità, il più grande successo per un giudice, anche in una situazione non necessariamente drammatica, resta fare ciò che è giusto nell'osservanza dei limiti che sono stati imposti dalla legge...Ora, in questo stato di cose, che cosa tiene legati i giudici al rispetto dei limiti? Che cosa impedisce loro di arrogarsi un potere eccessivo? Che cosa li aiuta a conservare qualcosa della metodicità e cautela dei loro omologhi del passato in un mondo tanto accelerato e proteiforme? Il metodo dialogico è la soluzione moderna affinché il giudice sia inserito in un contesto di costante confronto, conforto, ispirazione, influenza, scambio e limite con altre Corti, altre giurisdizioni, altri Stati, altri interlocutori istituzionali. Il dialogo attenua la ferocia repentina e drastica con cui il giudice assolverebbe il suo ruolo nel contesto giuridico moderno, riacostandolo alla prudenza mite, incessante ma graduale, che apparteneva ai suoi predecessori della *common law* al fine di aggiornare e migliorare il diritto».

<sup>57</sup> Su questo ci siamo soffermati in R. CONTI, *Scelte di vita o di morte*, cit., p. 37.

Piace chiudere ricordando Rosario Livatino e non perché oggi vada di moda ricordare alcune sue espressioni sull'essere credibile del magistrato quanto, in modo meno pomposo e più effettivo, perché nei suoi pochi interventi pubblici emergeva, limpida, la centralità del momento interpretativo rispetto al ruolo del giudice, individuando appunto nel Magistrato il soggetto al quale è attribuito il ruolo di applicare le leggi che quella società si dà, ma anche di *interpretarle*. Interpretazione che il giudice deve svolgere anche quando la legge *si sclerotizza, quando essa esprime comandi incoerenti, non chiari, inintelligibili*.

In quelle parole, scritte quasi quarant'anni addietro, c'è tutta la tensione di un giudice che ha compreso in pieno il suo ruolo, la sua funzione.

È con quella stessa tensione che occorrerà quindi provare a sciogliere i dubbi finali in ordine al ruolo del giudice nella società che cambia<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, Canicattì, 1984: «... D'altronde, va anche rammentato che, a giustificazione di talune decisioni, di taluni indirizzi "sorprendenti" o comunque tali da suscitare perplessità, stanno dei motivi alla cui ricorrenza è del tutto estraneo il magistrato, venendo essi in essere in un momento precedente a quello in cui egli è chiamato a svolgere la sua funzione. Ci si intende riferire: a) in primo luogo a leggi che di per sé sono chiaramente alteratrici di un equilibrio nella posizione delle controparti rispetto all'organo giudiziario: favor del lavoratore, tutela differenziata in sede processuale e spinte assistenzialistiche non sono invenzioni della giurisprudenza, ma precise scelte di politica legislativa. Che tali scelte siano giuste od ingiuste è problema che in questa sede non rileva: ciò che preme è il sottolineare che molto spesso si fa carico ai magistrati di "scelte di campo" alle quali egli si trova vincolato proprio per quell'ossequio alla legge che da lui si pretende; b) in secondo luogo alle difficoltà interpretative del linguaggio oscuro delle norme che il patrio legislatore oggi emana nella materia con notevole fecondità e, soprattutto, dello strumento principe, oggi, nella regolamentazione dei rapporti di lavoro: il contratto collettivo. La magistratura, per restare ancora fedele al dovere costituzionale di fedeltà alla legge, altro non cerca, anche per evitare ondeggiamenti, incertezze ed ulteriori ingiusti rimproveri, che di poter disporre di dettati normativi coerenti, chiari, sicuramente intelligibili, nonché di testi negoziali nei quali la posizione di diritto e di obbligo delle parti non sia offuscata da una trama tormentata di sottili e complicate espressioni verbali, che nascondono premesse politiche tutt'altro che chiare anziché una precisa volontà che sostenga il precetto. Fin quando tutto questo non sarà assicurato dal nostro legislatore e dalle parti sociali in sede di contrattazione, sarà ineliminabile che il giudice di Pordenone ed il giudice di Ragusa, con gli abissi di cultura e dei substrati territoriali, sociali ed economici nei quali si trovano ad operare, cerchino di districarsi nella pericolosa giungla di queste regolamentazioni adoperando dei machete interpretativi tra loro dissimili o addirittura contraddittori».