

**Capitolo II – Lo Stato di diritto e i suoi nemici**

**Sommario:** 1. Stato di diritto e separazione dei poteri: conoscenti occasionali o singenionimi stretti? – 2. Il primato della legge e la soggezione del giudice. – 3. La giurisprudenza come fonte (formale) del diritto: una conferma della diversità fra legislazione e giurisdizione. – 4. I limiti (o confini) dell'interpretazione giudiziale. – 5. Il vincolo della legge e l'interpretazione conforme a... – 6. Lo Stato di diritto alla deriva e il rischio di una 'giurisdizione'. – 7. La 'rivoluzione clandestina' conseguente al recente fenomeno dell'espansionismo giurisprudenziale.

**1. Stato di diritto e separazione dei poteri: conoscenti occasionali o singenionimi stretti?**

Che cos'è lo «Stato di diritto»<sup>1</sup>, cui si riferisce l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea come a uno dei valori fondamentali comuni a tutti gli Stati membri?

Atteso che gli altri valori ivi enunciati, e su cui si basa l'Unione europea, sono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dei diritti umani, il valore rappresentato dallo Stato di diritto evoca una diversa nozione<sup>2</sup>, che trascende tutti gli altri valori, costituendone in un certo senso il presupposto, il fondamento e

---

<sup>1</sup> Espressione considerata «tra le più fortunate della scienza giuridica contemporanea» (G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, p. 115).

<sup>2</sup> Per tale rilievo, v. A. VON BOGDANDY-M. IOANNIDIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done*, in *51 Common Market Law Review*, pp. 62-63 (2014).

la chiave di lettura<sup>3</sup>, e che allude a un assetto costituzionale, caratterizzato dal principio della separazione (funzionale) dei poteri dello Stato, come già peraltro chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>4</sup>.

Pur trattandosi di nozioni che non condividono la medesima genesi storica (lo «Stato di diritto» si afferma grazie al contributo teorico-filosofico della dottrina giuspubblicistica tedesca della prima metà dell'Ottocento<sup>5</sup>, in antitesi al precedente modello di organizzazione politica, conosciuto come 'Stato di polizia'; il principio della separazione dei poteri, che in forma assai embrionale era racchiuso nella distinzione concettuale fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, operata dal costituzionalismo medievale inglese<sup>6</sup>, rimonta al secolo XIV, in cui l'averroista Marsilio da Padova, nell'opera *Defensor pacis*, scritta nel 1324, contrap-

---

<sup>3</sup> Sul punto, v. L. PECH, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *6 European Constitutional Law Review*, p. 365 (2010).

<sup>4</sup> V. ad es. sent. 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, punto 36 della motivazione; sent. 22 dicembre 2010, proc. C-279/09, punto 58 della motivazione.

<sup>5</sup> La prima compiuta teorizzazione si deve a R. von MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 3 voll., 1832-34; ID., *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, I, 2, Tübingen, 1840, pp. 88 e 329 (sul punto, cfr. *amplius* R. BIN, voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 1149 ss.; ID., *Rule of law e ideologie*, in AA.VV., *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino-V. Villa, Bologna, 2016, p. 37 ss.). Sull'origine del termine 'Rechtsstaat', v. U. SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland*, in *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, p. 229. Per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema, v. L.P. COMOGLIO, *Riflessioni su Rule of law e «precedente» giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 942, nota 20.

<sup>6</sup> Stando all'opera del XIII secolo di H. de BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, infatti, l'assolutismo e il potere autocratico del re conosceva limiti soltanto nella seconda sfera (sul punto, v. C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, ed. a cura di N. Matteucci, Bologna, 1990, pp. 99 e 105; E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, trad. it. a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1983, pp. 149-150).

pone nettamente l'autorità legislativa ad altre funzioni, secondarie, strumentali o esecutive rispetto alla prima<sup>7</sup>) e che registrano sia nei secoli sia nei diversi contesti geografici *iter* evolutivi non comparabili fra loro sul piano ideologico, politico, culturale e semantico, i termini «Stato di diritto» e «separazione dei poteri» risultano, nell'epoca dell'Europa contemporanea, strettamente connessi<sup>8</sup>.

L'interdipendenza fra i due termini emerge chiaramente da una delle più approfondite trattazioni del tema nel contesto dell'attuale dibattito politico-filosofico, in cui si sottolinea che lo Stato di diritto, come versione dello Stato moderno europeo, è una figura giuridico-istituzionale delineata dalla concorrenza e convergenza di due principi: quello della “diffusione del potere”, che «tende a limitare con vincoli espliciti i poteri dello Stato per dilatare l'ambito delle libertà individuali», e quello della “differenziazione del potere”, che «si esprime sia come differenziazione del sistema politico-giuridico rispetto agli altri sottosistemi sociali, in particolare quello etico-religioso e quello economico, sia come criterio di delimitazione, coordinamento e regolazione giuridica di distinte funzioni statali, sommariamente corrispondenti alla posizione di norme (*legis latio*) e all'applicazione di norme (*legis executio*)»<sup>9</sup>.

In altri termini, la partita della tenuta e della qualità di un dato ordinamento giuridico si gioca anche, e oggi soprattutto, sul terreno dei rapporti fra legislazione e giurisdizione o, più in generale, fra il momento della produzione del diritto e quello della sua applicazione.

## 2. Il primato della legge e la soggezione del giudice.

---

<sup>7</sup> I, XIV, 5 e I, XV, 4 (cfr. MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, I, Rizzoli, 2001, pp. 166-167 e 180-181). Per una sintesi dell'evoluzione del pensiero politico e giuridico medievale in materia, v. A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 2; sull'origine storica del principio *de quo*, v. J.L. SEURIN, *Les origines historiques de la séparation des pouvoirs*, in AA.VV., *Études offertes à Jean-Maurie Auby*, Paris, 1992, p. 651 ss.

<sup>8</sup> V. ad es. P. PESCATORE, *La légitimité du juge en régime démocratique*, in *Commentaire*, 2000/2, n. 90, p. 340: «l'idée de l'État de droit (...) constitue le seul moyen de sauvegarder l'idée d'équilibre qui est à la base de la séparation des pouvoirs»; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e di governo*, Torino, 2004, p. 37.

<sup>9</sup> Così, D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, p. 34.

In uno Stato di diritto, si assume (e si dà per acquisito) che gli organi istituzionalmente preposti ad emanare norme generali e astratte (come, ad esempio, le leggi) godono di una supremazia rispetto agli organi competenti a risolvere le controversie sorte nel mondo delle relazioni sociali attraverso l'emanazione di provvedimenti o statuizioni individuali e concrete (come, ad esempio, le sentenze), le quali infatti presuppongono le norme generali e astratte, dovendosi ad esse uniformare conformare adeguare, ovvero dovendo esse comunque essere rispettate applicate adattate al caso.

È alla legge generale e astratta, infatti, che compete il ruolo di delineare i confini tra la sfera dell'autorità (e cioè dei pubblici poteri) e la sfera della libertà (e cioè dei diritti individuali dei cittadini)<sup>10</sup>, venendo così consacrata la definitiva sostituzione del paradigma del governo delle leggi a quello del governo degli uomini<sup>11</sup>.

Ecco perché si parla di principio di legalità come principio costitutivo di qualunque Stato di diritto. Ed ecco perché nella nostra Costituzione è scritto che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° comma, Cost.)<sup>12</sup> e che la magistratura costituisce più un «ordine» che un potere (v. art. 104, 1° comma, Cost.), atteso il suo carattere «derivato, e non originario, in quanto preposto all'applicazione della legge»<sup>13</sup>, laddove la legge è espressione dell'esercizio della sovranità,

---

<sup>10</sup> Cfr. ad es. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, pp. 26-27. Sulla divisione liberale dei poteri quale modello organizzativo al servizio della sicurezza e della libertà dell'individuo, v. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001, pp. 39 e 154.

<sup>11</sup> Su tale *topos* del pensiero politico, fondativo della civiltà democratica, cfr. N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 169 ss.

<sup>12</sup> Sottolinea il pregnante valore di garanzia che assume tale enunciato costituzionale nelle democrazie rappresentative e parzialmente partecipative della stessa post-modernità S. FORTUNATO, *Sull'abuso del diritto e sull'«abuso dell'abuso»*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 341. La considerano «la più importante disposizione costituzionale a tutela dell'indipendenza dei singoli giudici» N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 86.

<sup>13</sup> E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1991, p. 31 (si noti che l'Autore è un magistrato); nel senso che il principio di soggezione dei giudici alla legge implica la dipendenza del giudice (soltanto) dalla

attraverso un sistema rappresentativo, da parte del popolo (v. art. 1, 2° comma, Cost.), in nome del quale vengono, infatti, emanate le sentenze (v. art. 101, 1° comma, Cost.).

La legge o, più correttamente, le norme generali e astratte sono, dunque, un vincolo (l'unico vincolo) per i giudici (che svolgono un'attività connotata tecnicamente e che non trova fondamento in una legittimazione democratica), ma non per il legislatore, che svolge un'attività essenzialmente politica e che quindi è democraticamente investito del potere di innovare o modificare il diritto dallo stesso posto (anzi, come è stato detto<sup>14</sup>, sta proprio in ciò l'oggetto della sua attività).

Ne consegue che la distinzione fra produzione normativa e applicazione o interpretazione giuridica è coesistente e immanente alla nozione di Stato di diritto, tant'è che l'esigenza di prevenire o quantomeno contenere il più possibile il pericolo di un possibile superamento dei limiti segnati dal diritto stabilito *ex ante* (normazione generale e astratta, che ha di regola una vocazione proiettiva) da parte del diritto statuito *ex post* (decisioni relative a rapporti individuali, che hanno di regola una portata retrospettiva), e quindi dell'arbitrio del giudice, è stata avvertita sia in periodi storici caratterizzati da un regime di accentuato pluralismo di fonti normative, come il sistema dello *ius commune*<sup>15</sup>, sia in contesti in cui vige strutturalmente un regime giuridico non legislativo, come nei sistemi di *Common Law*<sup>16</sup>.

Anche una volta superata e liquidata in via definitiva l'immagine mitica o ingenua – risalente al “padre” del principio della divisione dei

---

legge, v. M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, p. 43.

<sup>14</sup> P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino, 2018, p. 233.

<sup>15</sup> Sul punto, v. ad es. U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955, pp. 23-24 e 63-64. Sul concetto (spirituale) di *ius commune*, cfr. per tutti F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 31 ss. e 137 ss.

<sup>16</sup> «Judges are not appointed to change the law. 'Their office is *jus dicere*, and not *jus dare*'»: così (citando Bacone), J. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 2<sup>a</sup> ed., London, 1979, p. 169. Ancor più critica e radicale è l'opinione di Lord DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in *39 Modern Law Review*, p. 16 (1976), secondo cui la creazione giudiziaria condurrebbe a uno Stato totalitario.

poteri<sup>17</sup> – del giudice come figura dotata di una «puissance (...) invisible et nulle» e della funzione giurisdizionale come «en quelque façon, nulle» (perché i giudici non sarebbero che «la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur»<sup>18</sup>), e dato per acquisito che nessuna legge o disposizione di legge consente di pervenire a un unico risultato interpretativo come quello 'esatto'<sup>19</sup>, rimane comunque ferma la differenza fra le due funzioni dello *ius condere* (*legis-latio*) e dello *ius dicere* (*iuris-dictio*).

In definitiva, il principio della differenziazione dei poteri dello Stato (che non può certo essere liquidato come una pura e semplice “superstizione” giuridica<sup>20</sup>, tant'è che alla sua attuazione l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 subordinava financo l'esistenza di una Costituzione) preclude all'ordine giudiziario la possibilità di sostituire o agguagliare il potere legislativo<sup>21</sup>.

### **3. La giurisprudenza come fonte (formale) del diritto: una conferma della diversità fra legislazione e giurisdizione.**

---

<sup>17</sup> Ch.L. de MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, 1748, XI/6. Le citazioni che seguono sono tratte dall'edizione curata da V. Goldschmidt, Paris, 1979, p. 296 ss.

<sup>18</sup> Una versione ancor più radicale della tesi era quella proposta da Robespierre, secondo cui «l'affermazione che la legge è creata dalle Corti (...) deve esser esclusa dal nostro linguaggio. In uno Stato che ha una Costituzione e un potere legislativo la giurisprudenza delle Corti di giustizia consiste solo nella legge stessa» (v. F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, il Mulino, Bologna, 1973, p. 262).

<sup>19</sup> È il “padre” del giuspositivismo normativista a riconoscerlo: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* [1934] trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 2000, p. 121.

<sup>20</sup> C.-M. PIMENTEL, *Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?*, in *Pouvoirs*, 2002/3, n. 102, p. 119 ss.

<sup>21</sup> Sulla distinzione fra produzione e applicazione del diritto, cfr. per tutti L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 638-639; più di recente, v. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, pp. 20-21. Sui possibili significati della locuzione ‘separazione dei poteri’, in relazione all'attività dei giudici, cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria realista dell'interpretazione*, in P. Comanducci-R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, p. 1 ss.; A. VIGNUPELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. e questioni pubbl.*, n. 7/2007, p. 201 ss., spec. p. 231.

Che alcuni sistemi giuridici conoscano sentenze aventi portata normativa generale (o con efficacia *erga omnes*)<sup>22</sup> conferma, e non già smentisce, la (necessità di una) non equivalenza o non equiparazione fra i due momenti (produttivo e applicativo, o interpretativo).

Ad esempio, nel nostro ordinamento giuridico l'efficacia *erga omnes* delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (che certamente assurgono a fonti formali del diritto<sup>23</sup>), trova fondamento nella Costituzione (art. 136 Cost.) e nella legge (art. 30, 3° comma, l. n. 87/1953); in ogni caso, anche l'attività giurisdizionale dei giudici delle leggi è vincolata, oltre che dalla Costituzione, dalle leggi (costituzionali e ordinarie, attuative della Costituzione), e persino una legge costituzionalmente illegittima, finché non venga dichiarata come tale, conserva la sua 'forza di legge' per tutti i destinatari (privati cittadini e organi pubblici, ivi compresa la Corte costituzionale)<sup>24</sup>.

Anche qualora si volesse ravvisare nello Stato moderno europeo il prodotto di una evoluzione ulteriore, scandita dal passaggio dallo Stato di diritto (classico) allo Stato costituzionale dei diritti, non verrebbe meno uno dei suoi corollari, consistente nel vincolo per l'interprete derivante dal testo normativo prodotto dagli organi di democrazia rappresentativa cui è istituzionalmente delegato l'esercizio della sovranità popolare. In quest'ottica, va pure ridimensionato il ruolo del precedente giudiziale, che, nonostante le tendenze a promuoverne il potenziamento

---

<sup>22</sup> Esempio paradigmatico del fenomeno di (legittima) creazione giudiziale del diritto (qualificata 'in senso fortissimo' da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, p. 216 ss.).

<sup>23</sup> Cfr. sul punto A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 123 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 79.

<sup>24</sup> L'osservazione può apparire truistica, ma ha sentito l'esigenza di ribadirla anche la dottrina costituzionalistica italiana (v. ad es. A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in AA.VV., *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, Torino, 2017, p. 107 ss.). D'altronde, diversamente verrebbe meno il sindacato accentrato di costituzionalità (risultando sotto tale profilo insufficiente l'argomento basato sul minor dispendio di attività, addotto da V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 552).

in ogni ambito<sup>25</sup>, quantomeno in un sistema come il nostro non assurge ad atto di produzione normativa, a tacer d'altro in quanto – come è stato sottolineato dalla Corte costituzionale<sup>26</sup> – «al pari della creazione delle norme (...), anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può (...) dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». Anzi, un'eventuale legge che introducesse in Italia la regola dello *stare decisis*, sulla falsariga del modello di *Common Law*, sarebbe costituzionalmente illegittima<sup>27</sup>.

Del resto, nella soggezione alla legge sta il primo fondamento di legittimità e di legittimazione della giurisdizione, che «è sempre un sapere-potere, ed è tanto più legittima quanto maggiore è il sapere e quanto minore è il potere»<sup>28</sup>; e ciò, in perfetta coerenza e continuità con l'origine storica del lemma 'legalità' nella cultura dell'Europa occidentale, che scandisce la nascita di una concezione della sovranità quale «antitesi alla 'giurisprudenzialità' e al metodo – anche 'creativo' – di giuristi e giudici di elaborare regole e principii per via interpretativa»<sup>29</sup>.

#### **4. I limiti (o confini) dell'interpretazione giudiziale.**

Non si può certamente non disconoscere il fenomeno della pluralità delle fonti del diritto (domestiche, europee, internazionali, mercantili, *soft*, *extra ordinem*), della pluralità degli interpreti (dottrina, giurispru-

---

<sup>25</sup> Sul tema ci siamo già soffermati in altra sede (A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 576 ss.).

<sup>26</sup> Sent. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 ss.

<sup>27</sup> In tal senso, R. GUASTINI, *Art. 101*, in *Comm. Cost. Branca-Pizzorusso*, I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, p. 191.

<sup>28</sup> L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, 2013, p. 40.

<sup>29</sup> C. STORTI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in AA.VV., *Le legalità e le crisi di legalità*, a cura di C. Storti, Torino, 2016, p. XIV.

denza, paragiurisprudenza, categorie professionali o associazioni di categoria, *authorities*, singoli cittadini e, in casi eccezionali, legislatore<sup>30</sup>) e della pluralità dei criteri, o canoni, o direttive, o argomenti, di interpretazione del diritto (logico, teleologico, analogico, assiologico, apagogico, storico, sistematico, evolutivo, naturalistico, comparatistico, ecc.<sup>31</sup>).

Ma nella dimensione giuridica ogni attività interpretativa conosce determinati limiti, o confini, oltre i quali l'interpretazione non mantiene più questo nome (tralignando in manipolazione, arbitrio, abuso), sicché anche oggi si può convenire sul fatto che «non è vero che nell'interpretazione vada bene tutto»<sup>32</sup>.

Essendo il diritto un fenomeno essenzialmente comunicativo e linguistico, che quindi presuppone una correlazione (e un'attività di mediazione) fra segni e significati, il novero dei possibili significati (le norme) ascrivibili a un enunciato normativo (la disposizione)<sup>33</sup> non è

---

<sup>30</sup> Si noti che, nei casi in cui ricorra allo strumento dell'interpretazione c.d. autentica, il legislatore può essere tacciato di abuso ai danni del potere giudiziario, qualora si ponga in aperto contrasto con il 'diritto vivente' (v. Corte cost., sent. 10 dicembre 1981, n. 187, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1869 ss.; sul punto, v. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, p. 344 ss.).

<sup>31</sup> Per un (primo) tentativo di (ricco) inventario, v. G. TARELLO, *Gli argomenti retorici dei giuristi nell'interpretazione del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 665 ss.; per indicazioni bibliografiche di tentativi successivi, v. P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, 2004, p. 70, nota 26.

<sup>32</sup> Così, C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, 2016, p. 185; v. anche M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, 2014, p. 211: «a un testo non si può attribuire *qualsiasi* significato» (corsivo dell'A.); M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 123-124: «l'opera di attribuzione di significato [deve] essere compatibile con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere (il cavallo non può diventare albero!)»; D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 209: «È il testo il punto di partenza di qualsiasi impegno interpretativo» [corsivo dell'A.].

<sup>33</sup> Per la distinzione (tracciata dalla filosofia analitica, sulla scia dell'insegnamento di V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.) fra 'disposizione' e 'norma', v. da ultimo C. LUZZATI, *Interpretazione della*

infinito, e la scelta di uno piuttosto che di un altro significato deve essere giustificata ed argomentata<sup>34</sup>.

Sotto tale profilo, ci sembra significativo che in un recente libro divulgativo sul diritto, pensato per non giuristi, si legge: «Attribuire alle norme giuridiche significati antiletterali è un passaggio impegnativo, perché il tenore letterale del testo ha una sua forza indiscutibile (“le parole sono pietre”): per vincerla, e quindi sostenere che il testo della norma è “sbagliato”, occorrono ragioni e argomenti ancora più forti»<sup>35</sup>.

Anche quando, ai fini della soluzione di un caso, manchi una precisa disposizione di legge, e quindi si tratti di fare applicazione di clausole generali, concetti giuridici indeterminati, norme elastiche, *standard* valutativi, formule aperte o principi<sup>36</sup>, l'interprete si deve sempre muovere all'interno di un insieme di nozioni, categorie, direttive, criteri e coordinate proprie del sistema del diritto positivo, «attraverso un accurato lavoro ermeneutico-dogmatico»<sup>37</sup>.

---

*legge, interpretazione del diritto e interpretazione nel diritto*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, I, Padova, 2016, p. 823 ss.

<sup>34</sup> Sulle ragioni sottese a tale (ineludibile) esigenza (il cui soddisfacimento è garantito sul piano costituzionale), cfr. per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 342. Per il legislatore, le cose stanno, invece, diversamente, essendo quantomeno controverso se abbia o meno l'obbligo di motivare le sue scelte (sulla questione, v., anche per riferimenti alle diverse posizioni, M. PICCHI, *La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, I, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, p. 373 ss.).

<sup>35</sup> V. ROPPO, *Il racconto della Legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Baldini+Castoldi, Milano, 2019, p. 198.

<sup>36</sup> Che (*cave!*) sono modelli di integrazione del precetto normativo che l'interprete è delegato o comunque autorizzato ad impiegare dal legislatore, il quale è indotto a far ricorso a questi dispositivi da «ragioni di saggezza, di codardia politica, o di furberia tattica» (così, R. PARDOLESI-G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 118).

<sup>37</sup> Così, stigmatizzando l'abuso delle clausole generali nel tempo presente, C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 779-780. Contro il pericolo che l'abuso di principi e clausole generali possa servire ad eludere la riserva legislativa

## 5. Il vincolo della legge e l'interpretazione conforme a...

Né d'altronde potrebbero giovare a scalfire l'assetto dei rapporti fra legislazione e giurisdizione le più recenti tendenze giurisprudenziali di adeguamento di fonti di rango primario a fonti di rango superiore, quale è, segnatamente, l'interpretazione (costituzionalmente o convenzionalmente) orientata, in quanto anche tali tecniche, elaborate dal neo-costituzionalismo contemporaneo, non possono tradursi in meri espedienti o pretesti per eludere il limite segnato dal vincolo del diritto positivo: l'interprete non è, infatti, legittimato a superare, travalicare, stravolgere la lettera e la portata semantica dei testi normativi domestici per imporre i 'valori' che personalmente (e arbitrariamente) crede di poter derivare da principi costituzionali o sovranazionali<sup>38</sup>, come è stato anche riconosciuto dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del tema<sup>39</sup>, la quale non ha altresì mancato di segnalare la gravità delle relative conseguenze, sia sul piano della forma di governo (l'interprete diventerebbe

---

nell'attuazione di politiche redistributive e di giustizia sociale ammonisce E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 642. Sul rischio che l'interpretazione adeguatrice possa sconfinare in campi riservati al governo o al parlamento, v. G. CASUSCELLI, *La «supremazia» del principio di laicità nei percorsi giurisprudenziali: il giudice ordinario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (statoechiede.it), marzo 2009, p. 13.

<sup>38</sup> Né ci pare rassicurante la proposta di ancorare l'interpretazione a quei «parametri che, nel contingente storico, possano essere da tutti condivisi» (come suggerisce N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 494), posto che, in una società pluralista, multi-etnica e multiculturale come l'attuale, non è agevole individuarli, salvo sostituire a una decisione collettiva (quella espressa dal legislatore) un'altra decisione collettiva (quella espressa dalla c.d. comunità interpretante), che rispetto alla prima presenta un *deficit* democratico, aggravato (e non già 'compensato') da un alto tasso di discrezionalità.

<sup>39</sup> In tal senso, cfr. ad es. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 919 ss.; G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010, p. 88; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16, 2007, § 5.1.

rappresentante del popolo?), sia sul piano della forma di Stato (l'individuazione dei diritti e dei doveri dei cittadini sarebbe demandata a un'aristocrazia di guardiani?)<sup>40</sup>.

In altri termini, qualunque interpretazione conforme a... (alla Costituzione, ad una Convenzione o ad una Carta europea, ad un'altra fonte sovranazionale o internazionale del diritto, ai principi generali) non può sovvertire il testo di una disposizione normativa, in quanto esso – come ci rammenta un 'avvocato' qualificato<sup>41</sup> – «costituisce sempre il punto di partenza e al contempo il limite di ogni interpretazione»: il nostro Stato rimane, infatti, uno Stato di diritto, non giurisdizionale, e risulta, pertanto, del tutto estranea al nostro sistema la figura del 'giudice-legislatore', proscritta dall'art. 101 Cost., sicché dal paradigma decisionale giudiziale esula «tanto un potere di disapplicazione o di *interpretatio abrogans* della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni»<sup>42</sup>, a nulla rilevando sotto tale profilo (la valutazione del)le eventuali conseguenze pratiche della decisione, siano queste economiche, sociali o anche soltanto individuali<sup>43</sup>.

Se è vero, poi, che il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, riservato alla Corte costituzionale dall'art. 134 Cost., sembra negli ultimi tempi registrare un'attenuazione della sua portata, in ragione del fatto che il previo esperimento di un tentativo di interpretazione adeguatrice alla Costituzione è diventato un

---

<sup>40</sup> M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, p. 434. In senso analogo, v. T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una "democrazia giudiziaria"?*, in AA.VV., *Quale futuro per la democrazia?*, a cura di A. Zanotti, Bologna, 2017, p. 109 ss.

<sup>41</sup> Si tratta dell'avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE Verica Trstenjak, nelle conclusioni presentate il 18 febbraio 2009 nella causa C-33/2008, Agrana Zucker GmbH contro Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, § 37 (in <http://curia.europa.eu>).

<sup>42</sup> G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2018, p. 80.

<sup>43</sup> Il giudice «non può sostituirsi al legislatore – con una interpretazione *contra legem* – neppure in presenza di una soluzione assurda, illogica, iniqua» (A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Tratt. dir. priv.*, I, dir. da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 219).

onere (*rectius*, obbligo<sup>44</sup>) per il giudice *a quo*, pena l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale<sup>45</sup>, è anche vero che tale attività presuppone necessariamente il carattere polisemico delle espressioni contenute nella disposizione "sospetta", e cioè una pluralità di interpretazioni astrattamente ipotizzabili, che non prelude punto a una alterazione o manipolazione arbitraria del testo normativo, ma, più semplicemente, ad una scelta fra più significati, tutti *in thesi* ascrivibili al (e quindi compatibili con il) testo normativo<sup>46</sup>. Tant'è che la stessa giurisprudenza (amministrativa) ha avuto cura di precisare che, nell'attività ermeneutica, «l'esclusiva ricerca di un'interpretazione slegata da ogni fondamento oggettivo, ma conforme alla Costituzione, costituisce violazione del principio della separazione dei poteri»<sup>47</sup>.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche un'interpretazione adeguatrice deve cedere il passo all'incidente di costituzionalità ogni qual volta essa risulti incompatibile con l'univoco tenore letterale della disposizione censurata perché difforme dalla Costituzione o da leggi costituzionali<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> V. P. BONETTI, *L'interpretazione della legge conforme a Costituzione di fronte agli obblighi costituzionali e ai doveri dei magistrati*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, Torino, 2019, p. 203 ss.

<sup>45</sup> Anche la Corte costituzionale sembra rimasta non insensibile al fascino della tendenza deflattiva, diventata ormai il "mantra" di ogni giurisprudenza domestica (limitando le citazioni di precedenti a decisioni nomofilattiche, v. ad es. Cass. S.U. 15 giugno 2015, n. 12307, in *Corr. giur.*, 2016, p. 198 ss.; Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss.; Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, p. 929 ss.).

<sup>46</sup> Ci pare che sia questo il senso della nota ed apparentemente anodina affermazione, compiuta dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza 22 ottobre 1996, n. 356 (in *Giur. cost.*, 1996, p. 3096 ss.), secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

<sup>47</sup> Cons. Stato, 14 maggio 2004, n. 3130, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1062. Da ultimo, sia pure con riferimento alla questione della tipicità e nominatività dei poteri esercitati dalla P.A., v. anche Cons. Stato, 11 settembre 2018, n. 5319, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Edilizia e urbanistica", n. 65.

<sup>48</sup> In questo senso, v. ad es. Corte cost., sent. 19 febbraio 2016, n. 36 e sent. 13 aprile 2017, n. 82.

Persino chi ha ritenuto ammissibile un intervento del giudice volto a disapplicare<sup>49</sup> una legge nazionale, perché nulla o caratterizzata da eccesso o abuso di potere legislativo (e non perché in contrasto con un'altra fonte normativa prevalente: europea, internazionale o regionale), l'ha confinato a casi eccezionali, in cui, peraltro, il sindacato sulla legge è formale, procedurale o comunque esterno, e cioè attiene alle precondizioni e modalità di vigenza dell'atto normativo, senza, quindi, estendersi al relativo contenuto, ovvero alle scelte di merito o di politica legislativa<sup>50</sup>.

## **6. Lo Stato di diritto alla deriva e il rischio di una 'giurificazione'.**

Se si ponesse la giurisdizione sullo stesso piano del legislatore, o si sponsorizzasse la figura del giudice-legislatore (o co-legislatore), o una giurisprudenza creativa in grado di svincolarsi dall'ordito normativo e dunque dalla coerenza del principio di legalità<sup>51</sup>, verrebbe compromesso il fondamento liberal-democratico su cui poggia l'intero edificio delle fonti del diritto, e ne uscirebbe, altresì, alterata (anzi, snaturata) la stessa nozione di giurisdizione, cui dovrebbe convenire il diverso nome (volendo utilizzare, significativamente, un neologismo) di 'giurificazione'.

Mette conto segnalare che questo rischio non soltanto veniva, alcuni secoli or sono, deprecato da uno dei massimi teorici dello Stato moderno<sup>52</sup>, ma è stato in tempi recenti additato come fattore tale da far

---

<sup>49</sup> *Cave*: 'disapplicare', che è altro rispetto ad interpretare, anche se del caso in funzione adeguatrice ai precetti costituzionali.

<sup>50</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, p. 103.

<sup>51</sup> Come vorrebbe una certa giurisprudenza (significativamente non edita, neppure a livello di repertori, ma reperita da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., p. 239), che si guarda bene dal riconoscere un eccesso di potere giurisdizionale per invasione nelle attribuzioni del legislatore, sotto il paravento dell'argomento basato sulla difficoltà di distinguere la produzione normativa legislativa dall'attività interpretativa giudiziale.

<sup>52</sup> «Il n'appartient pas au magistrat de juger la loi, mais selon la loi»: J. BODIN, *Les Six Livres de la République VI*, 6, Paris, 1576, rééd. 1986, p. 274.

declassare lo Stato di diritto in ‘Stato di giustizia’<sup>53</sup> o ‘Stato di giurisprudenza’<sup>54</sup>, ovvero – il che è lo stesso – da determinare il dissesto della legalità<sup>55</sup>, ed è stato altresì stigmatizzato da un esponente illuminato della magistratura italiana, il quale ha con coraggio sottolineato che le operazioni giudiziali che comportino il passaggio dallo *ius dicere* allo *ius condere* sono incompatibili con un’attività di interpretazione, in quanto «simili operazioni comportano un travalicamento delle prerogative istituzionali del potere giudiziario: sempre censurabili, ma di modesto impatto, se restano episodiche; preoccupanti, se esprimono una consistente tendenza; perniciose per lo Stato di diritto, se diventano sistema. La ripartizione delle prerogative tra i poteri nello Stato di diritto enterebbe fatalmente in crisi. Non si tratta soltanto di una ridefinizione quantitativa delle rispettive aree d’incidenza, ma di una pericolosa commistione di metodo e di obiettivi tra la decisione politica e la decisione giudiziaria. L’agire politico è improntato ad un programma di scopo: guarda al futuro, si orienta verso determinati obiettivi, cerca i mezzi più idonei per conseguirli e risponde dei risultati ottenuti. L’attività giurisdizionale, invece, è connotata dal programma condizionale: guarda al passato, ed opera secondo lo schema “se... allora”, ma i presupposti, il procedimento per accertarli e le conseguenze da farne derivare, sono determinati dalla legge»<sup>56</sup>.

Del resto, in tempi non sospetti (anni ’70 del secolo scorso) e per bocca di uno studioso esente da ogni sospetto (trattandosi di un giurista che, dopo aver esercitato l’attività di magistrato, ha coltivato la filosofia

---

<sup>53</sup> J. KRYNEN, *L’État de Justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, II, *L’emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012, p. 219 ss.

<sup>54</sup> C.-M. PIMENTEL, *De l’État de droit à l’État de jurisprudence? Le juge de l’habilitation et la séparation des pouvoirs*, in A. Pariente (cur.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, 2007, p. 9 ss.

<sup>55</sup> L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giustizia*, n. 4/2016, § 1; ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., p. 23. Sulla tendenza del potere giudiziario ad espandersi oltre i confini che gli sono propri, v. criticamente anche C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.

<sup>56</sup> Così, si è espresso un Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura (C. GIOSTRA, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell’anno giudiziario di Ancona*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2014, p. 4).

del diritto, concepita anche come impegno etico e politico), è stato sottolineato che «il giudice che si svincoli dalla legge è (...) il portatore di un potere autocratico, (...) un piccolo despota»<sup>57</sup>; ed anche chi fra i giuristi non può certo essere tacciato di professione di fede giuspositivista ha avuto modo di appellare come «libertinaggio interpretativo» quello praticato dalla giurisprudenza c.d. creativa e di segnalare con particolare nitore che, «se i giudici decideranno a caso o ad arbitrio le controversie, il diritto diverrà una burla»<sup>58</sup>.

### **7. La ‘rivoluzione clandestina’ conseguente al recente fenomeno dell’espansionismo giurisprudenziale.**

L’epoca attuale appare caratterizzata da una progressiva «giurisdizionalizzazione del diritto» e da un «espansionismo giurisprudenziale»<sup>59</sup> senza precedenti.

Vero che, in altro periodo storico, qualcuno aveva già evocato il rischio di un “governo dei giudici”<sup>60</sup> e che, in relazione anche ad altre aree geografiche, è stato di recente analizzato, non senza un certo senso di inquietudine, il fenomeno dell’espansione globale del potere giudiziario<sup>61</sup>: ma si tratta, nel primo caso, di titoli meramente provocatori e

---

<sup>57</sup> U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 658.

<sup>58</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, pp. 86, 165 e 469. Il pensiero dell’Autore sul punto è ben ricostruito da C. LUZZATI, *Cercando di dimenticare Savigny*, in AA.VV., *Discorsi su Il diritto come discorso*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2017, p. 188, là dove scrive che, con l’espressione ‘libertinaggio interpretativo’, si intende «lo sfruttamento di determinati ruoli cruciali nel sistema, nonché della fiducia e dell’autorità che questi comportano, per compiere operazioni creative del tutto incontrollabili sul piano del ragionamento, assumendo un atteggiamento autoreferenziale».

<sup>59</sup> Le due espressioni sono state rispettivamente utilizzate da due autorevoli giuristi: uno civilista (N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1129) e l’altro penalista (F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, nuova serie, n. 4, 2013, p. 145).

<sup>60</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921; R. BERGER, *The government by Judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, 1977.

<sup>61</sup> AA.VV., *The Global Expansion of Judicial Power*, a cura di C.N. Tate e T. Vallinder, New York and London, 1995, p. 13 ss.; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*.

riferiti in via esclusiva a sistemi assai diversi e distanti dal nostro (Stati Uniti) e, nel secondo caso, di indagini comparatistiche che presuppongono una nozione che allude a un trasferimento delle decisioni dei conflitti dalla politica e dalla pubblica amministrazione alla sede giurisdizionale ovvero alla diffusione dei metodi giudiziari al di là dell'ambito propriamente giudiziario.

L'attuale tendenza espansionistica del corpo giurisdizionale statale italiano assume, invece, forme, connotazioni e proporzioni inedite rispetto al passato e ad altre esperienze giuridiche nazionali, nonché una carica sovversiva dello Stato di diritto (nell'accezione che si è sopra delineata).

Anzitutto, in un sistema di *Civil Law* (cui l'Italia può certamente essere annoverata) appare quantomeno inconsueto e bizzarro evocare, come fa una sentenza della Suprema Corte<sup>62</sup>, una «funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto»; tant'è vero che in dottrina si è parlato in proposito di una «affermazione eversiva del sistema» e di una «clamorosa ed esplicita sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto»<sup>63</sup>.

Poi, si registrano numerose ipotesi di illegittima creazione del diritto<sup>64</sup> da parte della giurisprudenza italiana, la quale con un atteggiamento

---

*The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004, p. 213.

<sup>62</sup> Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141 ss. Ma per una successiva e opposta presa di posizione sul punto, v. Cass. S.U. 11 luglio 2011, n. 15144, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1392 ss.

<sup>63</sup> G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Roma, 2016, p. 67. V. anche C. CONSOLO, *La Cassazione civile tra lacune legislative e vocazioni ordinamentali*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, cit., p. 103.

<sup>64</sup> Mutuiamo l'espressione utilizzata da L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., pp. 14-15, il quale rileva che non è neppure corretto, ed anzi sarebbe un ossimoro, parlare di "interpretazione creativa". Ritiene, invece, che sia «empiricamente falso affermare che il giudice non crei diritto» A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è ossimoro*, in *Quest. giustizia*, 4/2016, p. 116 (ma a dirlo è un magistrato, con un'affermazione che ha peraltro valenza più 'confessoria' che 'assolutoria').

mento fin troppo disinvolto e senza alcuna erubescenza propone interpretazioni (*rectius*, manipolazioni) *contra legem*, che, storicamente, anche il Movimento giuridico-culturale c.d. del diritto libero (*Freirechtsbewegung*), sviluppatosi in Germania fra Otto e Novecento, aveva avuto difficoltà ad ammettere<sup>65</sup>, e che non sono neppure ridicibili o riconducibili alla nozione, sia pure criticata e criticabile<sup>66</sup>, di *interpretatio abrogans*<sup>67</sup>. Una siffatta operazione intellettuale non è considerata percorribile neppure in quei sistemi che ammettono espressamente la figura del giudice-legislatore, come il Codice civile svizzero, che comunque contempla l'attività creativa del giudice soltanto in funzione integrativa delle lacune dell'ordinamento giuridico (art. 1, comma 2: «Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore»)<sup>68</sup>.

È quella stessa dottrina, sopra richiamata, che ha parlato di spinta eversiva della giurisprudenza, a offrire un ricco campionario di casi di

---

<sup>65</sup> Come attesta la nota polemica fra E. Stampe e Ph. Heck (su cui v. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II, *Il Novecento*, Milano, 2002, p. 129), come ammesso dallo stesso H.U. Kantorowicz (v. R. MAJETTI, *Prefazione del traduttore*, in H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano-Palermo-Napoli, 1908, p. 22) e come ben chiarito da L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 242, secondo cui l'idea sottesa al giusliberismo non era quella di affermare una «libertà sconfinata del giudice per l'applicazione e la creazione del diritto, secondo la propria concezione o addirittura il proprio arbitrio», ma la consapevolezza che «il diritto formale, la legge e la consuetudine (...) non sono tutto il diritto» e che «legge e diritto, diritto e volontà dello Stato [non] siano una cosa sola».

<sup>66</sup> V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 810, nota 60.

<sup>67</sup> O «immutativa», come piaceva chiamarla a uno dei primi esponenti della c.d. Scuola napoletana di diritto civile: E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano* (1884), ora in ID., *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, p. 50 ss.

<sup>68</sup> Cfr. M. COSTANZA, *I poteri creativi del giudice svizzero*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 180 ss.; P. RESCIGNO, *Il giudice come legislatore nel codice civile svizzero*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 156 ss.

giurisprudenza *contra legem* in diverse materie, fra cui anche quella penale<sup>69</sup> (ma sul punto, v. *infra*, cap. IV, §§ 1.1, 1.2 e 1.3).

Preme, poi, segnalare che la progressiva tendenza della giurisprudenza ad emanciparsi dal vincolo del testo legale e ad emanare decisioni non sorrette da un dato normativo preesistente alle decisioni medesime o comunque ancorate a criteri fluidi, mobili, incerti (o, come oggi piace dire con un'espressione di ascendenza baumaniana, 'liquidi'), e quindi suscettibili di dar luogo ad esiti arbitrari e imprevedibili, si pone in contrasto con un'altra garanzia, che assurge a valore costitutivo dello Stato di diritto: la certezza del diritto, intesa come possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche derivanti dalla qualificazione e valutazione da parte degli organi giurisdizionali di atti o fatti, che condiziona (e reagisce sul)la programmazione giuridicamente consapevole, da parte del cittadino, della propria condotta<sup>70</sup>.

È ovvio che il carattere arbitrario e l'imprevedibilità dell'esito dei *dicta* giudiziali frustrano la libertà di autodeterminazione individuale e l'affidamento del cittadino negli organi con competenza decisionale, e quindi minano le basi dello Stato di diritto<sup>71</sup>.

L'enunciato legislativo è, e rimane, un enunciato di carattere lingu-

---

<sup>69</sup> Rinviamo quindi il lettore interessato *amplius* a G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., p. 26 ss.

<sup>70</sup> La certezza del diritto intesa in quest'accezione è sponsorizzata soprattutto da filosofi analitici del diritto: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, p. 421; M. JORI-A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 194; C. FARALLI, *Il «diritto alla certezza» nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova, 2001, p. 623; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, p. 22; ID., *Indici di certezza del diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 12/2012, pp. 309-310, il quale (*ibidem*, nota 1) elenca comunque tutta una serie di significati ascrivibili alla locuzione 'certezza del diritto'.

<sup>71</sup> Sulla stretta connessione fra Stato di diritto e certezza del diritto (intesa come prevedibilità), v. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1975, p. 283; J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 79 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 534 ss. Anche la Corte costituzionale ha qualificato la certezza del diritto come «essenziale per il sistema delle fonti» (sent. 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. cost.*, 2012, p. 85 ss.), ovvero «di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico» (sent. 12 settembre 1995, n. 422, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3255 ss.).

stico, composto da elementi discreti, e quindi veicola un messaggio comunicativo indeclinabilmente destinato a generare nei singoli membri della comunità giuridica attese aspettative affidamenti: sul fatto quantomeno che «le parole della legge – di qualsiasi legge – siano interpretate nel significato letterale e nei significati (a dirla con Dante) ‘inchiusi’ e come custoditi in esso»<sup>72</sup>.

In definitiva, se si guarda attentamente all’attuale modo di atteggiarsi dei rapporti fra legislazione e giurisdizione, può oggi ben parlarsi di degenerazione dello Stato di diritto liberal-democratico, e cioè di quella che un professore tedesco emerito di diritto civile ha efficacemente denominato ‘rivoluzione clandestina’, alludendo con tale locuzione allo slittamento del potere normativo, dal Parlamento alla magistratura<sup>73</sup>, favorito dalle forme e dalle modalità (surrettizie), nonché dalla circostanza che i protagonisti di questa ‘rivoluzione’ negano che lo sia.

---

<sup>72</sup> N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA.VV., *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, il Mulino, Bologna, 2019, p. 18. Sul criterio letterale come metodo necessario e ineludibile, v. anche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 343.

<sup>73</sup> B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, 2016, tradotto recentemente in italiano per i tipi di Mucchi; cfr. anche ID., *Dalla “rivoluzione clandestina” alle inquietanti “modifiche” della Costituzione*, in AA.VV., *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, cit., p. 137 ss.