

CAPITOLO I

LA CERTEZZA DEL DIRITTO TRA « POSITIVISMO GIURIDICO » E « GIUSNATURALISMO »

di GUIDO VIDIRI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Certezza del diritto e « nichilismo giuridico ». — 3. Certezza del diritto e clausole generali. — 4. (In)certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali. — 5. Minacce di fatto e correnti teoriche contro la certezza del diritto. — 6. Certezza del diritto ed Unione Europea. — 7. Certezza del diritto e « giudice sovrano ». — 8. Certezza del diritto tra positivismo e giusnaturalismo. — 9. Giusnaturalismo « utopico » e « realtà fattuale ». — 10. Crisi del processo e “terzietà” ed “imparzialità” del giudice. — 11. Conclusioni.

1. Premessa.

L'allegoria e gli effetti del buono e cattivo governo sono l'oggetto di un ciclo di affreschi, conservato nel Palazzo Pubblico di Siena, di Ambrogio Lorenzetti che — avendo l'intento di ispirare i nove governanti della città toscana — raffigura quattro scene disposte nella parte superiore di tre pareti di una stanza rettangolare (detta Sala del Consiglio dei nove o della pace) del suddetto edificio. Nel rappresentare gli effetti del buon governo in città ed in campagna (città prospere e campagne ben coltivate, benessere, gioia, allegria), il pittore senese pone in posizione elevata la Sapienza divina, verso la quale la Giustizia volge il suo sguardo essendo delegata a svolgere la difficile funzione del giudicare.

Nel fotografare gli effetti del cattivo governo (tirannia, carestie, assassini, guerra) l'artista invece pone ben più in basso, sotto il tiranno, la Giustizia, che non appare più in trono, ma soggiogata, con l'aria mesta e con i patti della bilancia gettati a terra, così dimostrando il suo intento volto a rimarcare che, solo se l'amministrazione della cosa pubblica avviene su principi di giustizia sociale, la collettività dei cittadini ne trae indubbi e costanti benefici.

Il riferimento al ciclo di affreschi di uno dei più conosciuti pittori della scuola senese non deve affatto sembrare inconferente con le questioni giuridiche da trattare.

Da un lato, infatti, anche la c.d. arte civile, attraverso la forza evocativa delle immagini può infrangere le solide barriere del tempo

suscitando riflessioni su tematiche che, per vedere coinvolto l'uomo come individuo e come componente della comunità, non possono risultare indifferenti alla sensibilità dei giuristi che operano quotidianamente su problematiche aventi spesso ricadute sul versante socio-economico.

Per di più l'allegoria del buon e cattivo governo attesta in maniera vivisa e plastica che le leggi ed i poteri dei governanti per lungo tempo hanno avuto un ambito applicativo territoriale ben definito e spesso limitato alle sole comunità locali (1), mentre nell'attuale momento storico l'ambito di operatività degli ordinamenti si spinge al di là degli stessi confini statali (2), divenendo — per tale ragione — di enorme e ben più accentuata complessità, non essendosi tuttora definita in maniera esaustiva una gerarchia tra le diverse fonti normative, causa di certo non secondaria della violazione del principio della certezza del diritto (3).

Stante la propria incapacità di percorrere strade impervie del pensare, chi scrive — volendo affrontare tematiche di difficile approccio ermeneutico — intende porsi nella scia dell'insegnamento crociano, secondo cui la

(1) Nella metà del secolo XVI — e cioè più di due secoli dopo gli affreschi del Lorenzetti — altra allegoria delle doti dei chiamati a governare una città, quella di Firenze, è raffigurata in un affresco del Vasari nella Sala dei Cinquecento in Palazzo Vecchio. In tale affresco si vede il duca Cosimo dei Medici impegnato a studiare le fortificazioni della città di Siena che intende conquistare, e nella cornice sono invece visibili delle tartarughe con la vela sul carapace, che vogliono significare la capacità del duca di ponderare le sue decisioni (prudenza rappresentata dalla tartaruga) e la velocità nel metterle in atto (velocità rappresentata dalle vele); binomio questo tra lentezza nel meditare e velocità e potenza nell'agire, che fu uno dei segreti del suo governo e che volle tramandare al suo primogenito Francesco, lasciandogli scritto "Festina lente", ovvero affrettati lentamente.

(2) N. IRTI, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Editoria Laterza, Bari 2001, 96, dopo avere evidenziato come sussista un intimo e stretto vincolo tra il diritto ed il territorio, che viene assunto tra gli elementi costitutivi dello Stato e dopo avere criticato il vago ed umanitario cosmopolitismo, afferma poi che esso "nega sovranità e indipendenza degli Stati, non giova né alla cooperazione né alle pacifiche intese"; ed aggiunge infine testualmente che "Il tramonto della sovranità statale farebbe — si perdoni l'ineleganza delle parole — saltare il coperchio; esploderebbero tutte le passioni dei luoghi, e le potenze terrestri si troverebbero, l'uno contro l'altra, in hobbessiana naturalità".

(3) Sulla disarticolazione delle fonti normative per il non ancora definito rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale cfr. nella sua interezza lo scritto di S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma 2009, secondo il quale in sintesi: « La sovranità statale si diluisce. I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche » sicchè « gli ordinamenti giuridici nazionali debbono affrontare problemi che vanno oltre la loro capacità di risolverli da soli » dal momento che « ad essi si sovrappongono altri ordinamenti giuridici su più livelli ».

In una distinta ottica rivolta alla costruzione di un diritto europeo unificante cfr. da ultimo tra gli altri R. COSIO, in *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE*, in AA.VV. *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea* (a cura di R. Cosio, F. Curcuruto e R. Foglia, Milano 2016, 36-39), che, nel sottolineare il rilievo che l'interpretazione conforme assume per la "costruzione della casa europea", rileva che l'applicazione di metodi di interpretazione riconosciuti dal diritto nazionale, in determinate circostanze « consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico in modo tale da evitare un conflitto con una altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra »; e non manca poi di ricordare che « il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi » al fine di ottenere il risultato definito dalle direttive europee.

scienza giuridica è una scienza pratica e non una scienza pura, come la teologia e la filosofia (4).

In tale ottica deve valutarsi se e come le norme sovranazionali incidano sugli ordinamenti dei singoli Stati della Comunità Europea e se ed in che misura creino incertezze e ostacoli al “buon governo” di detta Comunità, indispensabile unitamente a leggi chiare ed efficaci per una Unione, che voglia essere solidale nella sue componenti e non invece fonte di disuguaglianze, di conflittualità tra popoli e di pericoli di guerre (5).

2. Certezza del diritto e « nichilismo giuridico ».

È opinione di molti che l'attuale periodo storico sia caratterizzato da una totale « eclissi del diritto » per una diffusa perdita di valori e per il venir meno di quelli che per la scienza giuridica sono stati i tradizionali, comuni e rassicuranti punti di riferimento (6); il che ha indotto parte della

(4) Tra le numerose opere di Benedetto Croce pubblicate dalla casa Editrice Laterza cfr. al riguardo *Filosofia della pratica*. Economia ed etica, Bari 1909, cui *adde* per una recente ristampa del pensiero del filosofo sui rapporti tra diritto ed economia: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, nella collana *Civiltà del diritto*, diretta da F. Mercadante, Milano 2016.

Per una diversa, rispetto al Croce, visione sull'accostamento del diritto all'economia vedi però F. LOPEZ DE ONATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano 1955, 84 ss. per il quale la tesi del Croce della riduzione del diritto all'economia come quella del Gentile della riduzione del diritto all'etica hanno ambedue il torto di non considerare l'attività giuridica nella sua autonomia a seguito di una valutazione astratta del solo processo che genera la norma ed indipendentemente quindi dalla stessa, laddove norma giuridica e processo giuridico sono due realtà inscindibili o meglio costituiscono una realtà profondamente unitaria. Ragione questa che porta l'Autore ad osservare con il Capograssi che il diritto è « garanzia della vita e della realtà, e che come l'imperativo morale salva l'agente, così l'imperativo giuridico salva l'azione » (G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma 1939, 163-165).

Ritiene che la filosofia pratica consista nella discussione di problemi pratici che emergono ad ogni generazione in modo nuovo ed in diverse circostanze: M. KRIELE, *Diritto e ragione pratica*, in *Pensiero giuridico e politico* (nuova serie) a cura di Vincenzo Omaggio, Saggi 14, nella collana diretta da Francesco M. De Sanctis, Editoriale scientifica, Napoli 2006, 30-33, che, dopo avere definito la differenza tra illuminismo etico e giuridico sottolinea come solo le leggi restino obbligatorie fino alla loro abrogazione (sempre che eccezionalmente la loro validità non venga limitata nel tempo) per osservare poi, con riferimento ai seguaci della letteratura etica, che se anche fosse possibile ottenere un consenso universale, questo potrebbe essere messo in discussione in qualsiasi momento ed il problema potrebbe essere riaffrontato in modo radicalmente nuovo.

Di recente M. ANIS, *Le parole della Costituzione*, in *Lezioni Magistrali*, collana diretta da Lucio d'Alessandro e Vincenzo Omaggio, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 37, ricordando quanto diceva Salvatore Pugliatti (*La giurisprudenza come scienza pratica*, 1950 ora in *Grammatica e diritto* Milano 1978), ha scritto che « il diritto è una scienza pratica che serve a risolvere casi concreti, dubbi che non hanno a che fare con la metafisica, bensì con l'inferno dei nostri rapporti quotidiani ».

(5) Al riguardo va ricordato — come puntualmente ha fatto V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della « regola giuridica » nell'epoca della post-modernità*, Milano 2014, 435-436 — che l'Europa è stata concepita dai suoi fondatori nel senso più alto, non soltanto cioè come comunità di mercato, quanto piuttosto nella sua intima essenza come comunità di vita e di azione dei popoli europei secondo il motto di uno dei suoi ideatori e vero ispiratore dell'Europa comunitaria, Jean Monet, per il quale l'Europa non doveva servire a « coalizzare Stati, ma bensì ad unire uomini ».

(6) Per un approfondito esame di quello che può ben definirsi il tramonto della « sacralità del diritto » e per una attenta e esaustiva riflessione di quelle che ne sono le cause: cfr. N. IRTI, soprattutto

dottrina a patrocinare una inversione di tendenza attraverso progetti, però mai attuati, capaci di restituire una maggiore credibilità al sistema giustizia (7).

È evidente che una approdo dottrinario al nichilismo giuridico porta a negare la natura valoriale anche di quei settori dell'ordinamento che hanno rilevanti ricadute sul versante socio economico del paese, finendo così per contraddire radicalmente anche l'assunto di quanti hanno affermato che il diritto del lavoro è di per sé un « diritto valoriale », che quindi non « può essere nichilista ».

Al riguardo molti studiosi hanno anche precisato come un presupposto necessario, seppur non sufficiente, per assicurare la doverosa dignità e credibilità alla giustizia, sia il principio della certezza del diritto, la cui violazione, oltre a determinare effetti negativi in termini di investimenti e di occupazione della manodopera (8), finisce poi sul versante giuridico per non assicurare approdi giurisprudenziali affidabili in termini di rispetto del disposto dell'art. 3 Cost. (9).

nella trilogia: *L'età delle decodificazione* (Milano 1999), *Nichilismo giuridico* (Bari 2005) ed *Il salvagente della forma* (Bari 2007).

(7) Per l'assunto che un libro sul nichilismo giuridico sia « ancora da scrivere » e che oggi la *ratio legis* è « tutta intramondana, tutta storica e terrena perché non rinvia al comando degli Dei, ad un criterio che stia prima e fuori dalla posizione di norme » cfr.: N. IRTI, *Un libro ancora da scrivere*. in Prefazione a *Nichilismo giuridico* cit., V-VIII, che precisa al riguardo che il « positivo » è un diritto posto, che non imita né rispecchia un diritto sovrastante ma che è ripiegato in sé e da sé non può uscire dal momento che « le norme sono prodotte » ed, al pari di ogni merce anche « offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite ».

Per una visione meno pessimistica dell'attuale ordinamento cfr. invece: M BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006, che deduce tra l'altro che il diritto moderno non ha davanti a sé « il baratro del nulla » perché al nulla gli uomini hanno opposto un codice artificiale « che racchiude un progetto e che da questo progetto prende nome, trae identità » e perché ancora alla « costruzione geometrica della forma » non corrisponde — come invece, si vorrebbe sostenere — la « decostruzione dei contenuti. Corrisponde invece una precisa identità materiale, che si dà in un ordine formale, che rende imperativa l'antropologia dell'*homo equalis* » (così p. 293).

(8) Per l'assunto che l'economia del capitalismo moderno ha bisogno di « un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina » vedi: M. WEBER, *Storia Economica-Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1995, 298, cui adde N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari 1995, 22, che parla, con riferimento ai sistemi incentrati sulla produzione di massa, della necessità di « una matematica delle azioni ». Di converso l'incertezza del diritto — causa non secondaria delle negative ricadute sul versante socio-economico dei « cattivi governi » — oltre ad essere incentivata da « risposte giudiziarie tardive », dai « contenuti aleatori », è anche accresciuta da leggi mal scritte e dai contenuti oscuri. Sul versante macroeconomico è causa, invece, di operazioni finanziarie e borsistiche — giuridicamente disinvolve — del *management* di grandi società volte all'ottenimento di immediati e consistenti utili con danni spesso irreparabili sia per i risparmiatori e la collettività dei cittadini che per le stesse imprese.

(9) Sul punto non va sottaciuto che la non rara discordanza tra i *dicta* dei giudici di legittimità, — riscontrabile talvolta anche in riferimento ai passaggi motivazionali di supporto della decisione — viene a depotenziare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, la cui *ratio essendi* va individuata nella salvaguardia del principio dell'art. 3 Costituzione, in quanto l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una effettiva garanzia di parità di trattamento tra tutti i cittadini di fronte alla legge o, meglio, in una non irragionevole disparità in casi simili; garanzia questa che non può essere disattesa in un processo che « voglia essere giusto ». (cfr. in tali sensi G. VIDIRI, *Le nullità*

È stato da più parti denunciato sul punto come all'origine di un diritto incerto vi siano una tecnica legislativa approssimativa e lacunosa ed una giurisprudenza non di rado « anarchica » e « creativa » ed anche ideologicamente condizionata. Più specificamente per quanto attiene alla materia giuslavoristica — oggetto privilegiato del presente scritto — è stato anche osservato come resti da comprendere « il senso ed il limite della funzione creatrice del giudice al cospetto di un sistema giuridico, orientato per definizione alla tutela di una delle parti del rapporto di lavoro ma in un orizzonte di mediazione e di compromesso, di mutevole misura, con i valori dell'impresa »; un sistema quindi già di per sé materiato da opzioni variabili, ma anche caratterizzato da frequenti « deleghe » implicite al momento giudiziario (10).

In una analoga ottica è stato poi rilevato che il tema della mediazione giudiziale, nell'applicazione del diritto del lavoro, è infido e scivoloso dal momento che esso rischia di essere trattato su un piano « alto » teorico-filosofico, relativo ai rapporti tra interpretazione e diritto, o invece in chiave « politico-ideologica ». Considerazione questa che, estensibile a tutti i settori ordinamentali aventi ad oggetto diritti a copertura costituzionale, porta a rimarcare come la permeabilità in sede interpretativa delle norme da opzioni ideologiche e/o politiche del giudice possa portare ad indebite invasioni di campo e finire così per alterare il corretto equilibrio tra i poteri dello Stato (11).

Su un piano più generale — ed a seguito di una ricostruzione storica e comparatistica sulla giustizia politica nei vari Paesi — è stato infine evidenziato come — al fine di attenuare i pericoli di condizionamenti nella interpretazione delle norme — i giudici siano, una volta avvenuta la loro nomina, nella maggior parte delle forme di governo moderati, largamente difesi contro le pressioni politiche e le corrispondenti tentazioni, e come di ciò si prendano poi cura « i testi costituzionali, le condizioni di impiego, lo spirito di corpo della categoria e una vigile opinione pubblica » (12). Garanzie queste ultime di cui il livello di efficacia è di certo molto più alto,

processuali ed il giusto processo, in AA.VV., *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura G. Ianniruberto e U. Morcavallo, II ed., Milano 2010, 311).

(10) Così testualmente R. DE LUCA TAMAJO, il cui pensiero è riportato in virgolettato da M. MAGNANI, *Il giudice e la legge*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, I, 777.

(11) Cfr. al riguardo M. MAGNANI, *op. loc. cit.*, la quale reclama che il ricorso all'interpretazione costituzionalmente orientata non debba avallare un soggettivismo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore « magari servente al mero contrasto con un dettato normativo sgradito, ma del tutto inequivoco ».

(12) In questi precisi termini O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*, con introduzione e traduzione di Roberto Racinaro, Edizione liberolibri, 2002, 4-5, che nel suo saggio mostra con significativi riferimenti storici come la giustizia politica possa prendere piede ovunque.

rispetto ai sistemi totalitari, negli Stati di diritto, ma questo non significa che anche in tali Stati non vi sia alcun problema di giustizia politica (13).

3. Certezza del diritto e clausole generali.

Con considerazioni riferite alla materia giuslavoristica — ma in buona misura esportabili ben oltre tale settore ordinamentale — è stato da più parti evidenziato come appaia di difficile e rilevante approccio, dato lo spessore dei valori in gioco in tale materia, il problema della “neutralità” dell’attività interpretativa. Problematica questa che coinvolge ancora una volta il principio della certezza del diritto e delle ricadute su tale principio scaturenti dalle c.d. clausole generali, suscettibili di divenire terreno privilegiato per personali scelte assiologiche del giudice con il pericolo di metterne in dubbio la sua “imparzialità” e “terzietà” (14).

L’interesse della dottrina sulle clausole generali, già nel passato oggetto di autorevoli ed approfonditi studi (15), si è negli ultimi anni ravvivato (16). Il che a ben vedere è in buona misura correlato all’acuirsi di una conflittualità sociale destinata a trovare unicamente in sede giudiziaria una composizione, spesso precaria, in ragione del succedersi alluvionale, specialmente negli ultimi anni, di norme e disposizioni caratterizzate da una tecnica legislativa disinvolta e da una difficile individuazione del loro ambito applicativo. Causa non secondaria di un accrescimento esponenziale del contenzioso e di *dicta* giurisprudenziali privi di affidabilità e di congrua tenuta temporale con effetti disincentivanti — è

(13) Così ancora O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica* cit., 7, secondo cui « un regime totalitario ha molteplici vie per potere contrastare idee politiche non autorizzate e per realizzare i suoi propri principi; un governo che operi in uno Stato di diritto ha molte più difficoltà di far questo ».

(14) Sulla sottoposizione alla legge del giudice e sul pericolo che una perdurante sovrapposizione del potere giudiziario sul quello legislativo possa portare — in maniera silenziosa e poco avvertibile — ad una violazione del principio di una equilibrata suddivisione dei poteri dello Stato cfr. *amplius* G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e “imparzialità” del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1547 ss., che precisa anche come si possa incidere negativamente su tale principio anche attraverso un errato, anomalo e strumentale uso delle regole ermeneutiche, in qualche misura agevolato dalle difficoltà — a fronte di norme poco chiare — di individuare il confine tra una *interpretazione delimitativa* (in senso estensivo o restrittivo) delle norme ed invece una *interpretazione abrogativa* delle stesse.

(15) Tra i molti studi in argomento, risalenti nel tempo, cfr. tra tutti L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi* 1987, 709 ss., ed ancora la nota monografia di F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione sull’uso delle clausole generali*, Napoli 1983, cui va riconosciuto il merito di avere per primo esaminato i problemi che in sede di legittimità sorgono con riferimento alla interpretazione ed applicazione delle clausole in esame.

(16) Tra i numerosi e più recenti contributi cfr. per tutti M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2011, 345 ss.; V. VELUZZI, *Le clausole generali*, Milano 2010, cui *adde* Id., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. it.* 2011, 1720-1722.

bene ribadirlo ancora una volta — degli investimenti e delle iniziative imprenditoriali.

Nella impossibilità di affrontare negli spazi di un saggio temi considerati tra i più impegnativi e controversi della cultura giuridica contemporanea, si presenta ben più agevole in questa sede limitarsi a cercare di individuare le caratteristiche semantiche salienti delle clausole generali e valutare le conseguenze da queste derivanti sul piano interpretativo ed applicativo.

Va a tali fini evidenziato come uno sguardo d'insieme alla letteratura scientifica ed alla giurisprudenza mostra che il sintagma « clausola generale » risulta ambiguo per esprimere una molteplicità di significati che tendono a sovrapporsi, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso i giuristi ed i giudici (17), tanto da qualificarsi per una « elevata vaghezza », non risultando ben chiaro il significato delle due parole che lo compongono ed apparendo altrettanto indefinite le nozioni assunte come parzialmente o completamente sinonime (18).

Ragioni queste che fanno comprendere come la tematica in esame sia destinata a rimanere un cantiere sempre aperto anche perché, oggi più di ieri, è strettamente connessa al rapporto tra giudice e legge, meritevole di una più aggiornata riflessione per riguardare il ruolo e la funzione di chi nell'epoca attuale è chiamato istituzionalmente a confrontarsi con un numero sempre più elevato di disposizioni, la cui applicazione, in ragione del loro contenuto « vago » ed « indeterminato », può in concreto subire condizionamenti ad opera di circuiti culturali e *mass-mediatici*, sempre più invasivi e talvolta anche aggressivi (19).

(17) Cfr. in questi termini cfr. V. VELUZZI, *Le clausole generali* cit., 1-3, secondo cui è abitudine dei giudici ritenere perfettamente o, solo in certa misura, sinonime le nozioni di « clausole generali », « standards valutativi » (o più semplicemente « standards »), « concetto indeterminato », « norma elastica », « concetto valvola », ed altre ancora.

(18) Con riferimento alla clausola generale — espressione da tempo consolidata in Germania e solo in un momento successivo penetrata nella lingua inglese — F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione* cit., 8, parla di « disposizione di legge elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa ». Invece E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1975, 315, adopera l'espressione « norme che presentano una eccedenza del contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema », ritenendo comunque che il legislatore deleghi al giudice una scelta di valore. Per tali ed altri riferimenti dottrinari e per un esame del labile confine tra clausole generali e norme generali cfr.: S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013, sub Capitolo III (*Clausole e generali e discrezionalità del giudice*), 81-96. Per la difficoltà dei giudici di summare le singole fattispecie nell'ambito applicativo delle clausole generali vedi: N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 9, secondo cui dette clausole « hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo ».

(19) Appare profetico — perché ancora oggi di viva attualità nel prevedere i pericoli di società panottiche e di Paesi governati da un solo partito — il libro *1984* di Giorgio Orwell, che scrive di un Grande Fratello, figura carismatica, non vista da alcuno, che spia tutti gli abitanti di "Oceania" con "teleschermi", presenti dovunque, in ogni abitazione ed in ogni punto delle città, che si assicura in tal modo il controllo di tutti i cittadini, ed anche della loro vita privata, e che inoltre delega al Ministero

Tutto ciò può indurre, come non di rado accade, il giudice ad assegnarsi impropri « compiti salvifici » e/o a supplire l'inerzia colpevole (e talvolta anche voluta) del legislatore attraverso la produzione di « raffinati e creativi *dicta* », poi reclamizzati come meramente attuativi della « universalità del diritto naturale mentre sottendono in realtà proprie e radicate opzioni culturali e, talvolta, anche perduranti pregiudizi » (20).

4. (In)certeza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali.

Gli effetti negativi dell'attuale ordinamento sono dovuti in buona misura alla moltiplicazione delle fonti normative e ad una difficile compatibilità tra norme interne e norme di diritto europeo. Per la diversa disponibilità dei Paesi a rinunciare a parti della propria sovranità detti effetti si avvertono, in diversa misura ma in maniera accentuata, soprattutto in materie coinvolgenti preminenti interessi economici e sociali, come avviene nella regolamentazione dei rapporti di lavoro e nella disciplina delle relazioni industriali.

Deve al riguardo evidenziarsi che il tasso di incertezza correlato ad un sistema giuridico complesso — quale quello europeo incentrato su normative a più livelli — viene ad accrescersi quando il diritto interno si caratterizza per una legislazione, non solo priva di progettualità, perché volta unicamente ad acquisire consenso, ma anche indecifrabile nei valori di supporto, perché articolata in una pluralità di interventi settoriali, spesso sovrapponibili (se non in palese contraddizione) tra loro.

Motivi questi che, seppure in parte, spiegano le difficoltà dei giudici di legittimità di garantire la nomofilachia cui sono istituzionalmente deputati.

E ciò è agevolmente comprensibile attraverso l'esame di alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali — formati sui nodi più rilevanti di quello che può definirsi il « nuovo diritto del lavoro » (21) — che mostrano come

della Verità (*Minitrue*), la propaganda a favore di un partito unico al fine di un revisionismo storico, deputato a modificare e falsificare il contenuto dei libri, delle notizie e dei giornali del passato, il tutto in funzione di un sostegno al governo in carica.

(20) Per un esame delle specifiche ricadute delle norme di difficile lettura nella materia giuslavoristica cfr. *amplius*: G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 632 e ss.

(21) Sulle ragioni per le quali si parla di un « nuovo diritto del lavoro » a seguito delle radicali innovazioni introdotte dalla legge Fornero e dal Jobs Act, che hanno disegnato un diverso assetto delle relazioni industriali in ragione di un drastico ridimensionamento del ruolo delle organizzazioni sindacali e di una riduzione delle tutele dei lavoratori cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei*

allo stato si assista ad una « disperata ricerca della nomofilachia » in una materia che, per le finalità indicate, richiede in tempi ragionevoli risposte giudiziarie certe, rassicuranti ed affidabili anche sul versante della loro resistenza nel tempo.

A tale riguardo è sufficiente rimarcare, a mero titolo esemplificativo che: il principio secondo cui la tutela reale *ex art. 18 stat. lav.* (come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge n. 92) trova applicazione solo nel caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento stesso (22), è stato tempestivamente smentito dagli stessi giudici di legittimità, essendosi di contro affermato che l'insussistenza del fatto contestato disciplinarmente al dipendente comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità (23); che altro contrasto si rinviene tra il principio secondo cui al pubblico impiego privatizzato va applicato l'art. 18 stat. lav. nel testo antecedente alla riforma apportata dalla legge n. 92 del 2012 (24) e quello opposto ricavabile da una precedente statuizione delle Sezioni Unite che, sempre in tema di pubblico impiego privatizzato, ha escluso in ogni caso la possibilità, alla stregua dell'art. 97 Cost., della reintegra nel posto di lavoro (25).

Né sotto altro versante può sottacersi che non è certo azzardato avanzare il sospetto che — nella declinazione dei difficili rapporti tra il

licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto, in AA.VV., *Il licenziamento collettivo in Italia cit.*, 76 ss. e spec. 108-109.

(22) Cfr. al riguardo Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, in *Mass. giur. lav.* 2014, 874, con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: La Cassazione mette le cose a posto*; e più di recente in *Riv. it. dir. lav.* 2015, 32, con nota di R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, anche per la precisazione secondo cui ogni valutazione che attenga al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

(23) Così Cass. 13 ottobre 2015 n. 29540, che ritiene conseguentemente applicabile la reintegra senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2016, I, 369, con nota di R. GALARDI, *La Cassazione e l'art. 18 stat. lav. dal fatto materiale al fatto disciplinare*.

(24) Cfr. Cass. 9 giugno 2016 n. 11868, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2016, 674, con nota critica di E. GIORGI, *Art. 18 Stat. lav. e impiego pubblico contrattualizzato: brevi riflessioni su un revirement giurisprudenziale*, e più di recente di G. VIDIRI, *L'art. 18 stat. lav ed il pubblico impiego privatizzato ovvero la disperata ricerca della nomofilachia*, in *Mass. giur. lav.* 2016, 576 ss.

(25) Cfr. di recente Cass., S.U., 15 marzo 2016 n. 5072 (in *Giur. it.* 2016, 1177, con nota di P. TOSI, *Il danno nel rapporto a termine del dipendente pubblico*) che, dopo avere in motivazione ribadito ripetutamente che non può operarsi la trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato in caso di abuso da parte della pubblica amministrazione del contratto a termine, ha poi affermato che nella fattispecie del lavoro pubblico privatizzato è esclusa in radice dalla legge ordinaria "l'ipotesi di licenziamento con la tutela reale" « in ottemperanza di un precetto costituzionale sull'agire della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) in stretta connessione con il principio di uguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) ».

Ha ritenuto invece che al pubblico impiego privatizzato sia applicabile la reintegra nel posto di lavoro: Cass. 26 novembre 2015 n. 24157, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2016, 353, con nota severamente critica di A. PILATI, *Secondo la Corte di Cassazione il nuovo articolo 18 stat. lav. si applica anche al licenziamento del dirigente pubblico*.

diritto sovranazionale e quello interno — negli anni recenti si stia affermando una nuova “forma popolare ed accattivante di giusnaturalismo giudiziario”, che si concretizza in una « giurisprudenza ballerina », diretta cioè a privilegiare alcune volte il diritto interno senza darne adeguata ed esaustiva motivazione a fronte di ripetuti e chiare decisioni contrarie della Corte di Giustizia (come ad esempio in tema di somministrazione di lavoro) (26), ed altre invece a privilegiare il diritto sovranazionale su quello interno sulla base di un non conferente richiamo al principio di non discriminazione (come ad esempio in tema di convenzioni con enti pubblici per l’ammissione di disabili) (27).

Né maggiori sicurezze si rinvergono in termini di stabilità nell’attuale assetto delle relazioni sindacali (28).

(26) Per la giurisprudenza applicativa dell’art. 32 della legge 4 novembre 2013 n. 183 e della estensione dell’indennità risarcitoria da tale norma prevista per il contratto a termine anche alla somministrazione di lavoro cfr. tra le altre: Cass. 23 aprile 2015 n. 8286 ed in precedenza Cass. 29 maggio 2013 n. 13404 (in *Foro it.* 2013, I, 2127 con nota di A. PERRINO, *Rapporto di lavoro, lavoro interinale, contratto di fornitura, illegittimo*), che inspiegabilmente si pongono in violazione del principio in *claris non fit interpretatio* con quanto statuito da CGUE dell’11 aprile 2012 C-190/12 (*Della Rocca c. Poste Italiane s.p.a.*), e da CGUE del 3 luglio 2014 nella cause riunite C-362/13, C-363/14, C-407/13 (*Flamingo ed altri c. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.*).

Dette decisioni hanno archiviato disinvoltamente ogni incertezza sulla non estensibilità della disciplina del contratto a termine alla somministrazione di lavoro in quanto negozio trilatero, disapplicando platealmente in tal modo i principi ripetuti dalla Corte di Giustizia e “ribaditi in maniera chiara nei dispositivi delle citate sentenze”. Ed a tanto si è giunti sull’erroneo presupposto che la direttiva 1999/70 e l’accordo quadro allegato a tale direttiva vanno interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro tra lavoratore interinale ed agenzia di lavoro, né tanto meno al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e l’impresa utilizzatrice perché l’esclusione che compare “nel preambolo dell’accordo”, riguardante il rapporto interinale (e non l’uno o l’altro dei rapporti di lavoro), è riportata nella clausola 3, punto 1, di quest’ultimo secondo la quale soltanto il rapporto concluso « direttamente con il datore di lavoro rientra nell’ambito di tale accordo quadro ».

Per una radicale critica delle sentenze della Corte di Cassazione cfr.: G. VIDIRI, *Il contratto a termine: l’eterna ricerca della flessibilità in entrata ed il Jobs Act*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 806 ss., che auspica la devoluzione alla Corte di Lussemburgo, ad iniziativa di qualche giudice di merito “coraggioso” che, pur in presenza di una giurisprudenza di legittimà autoreferenziale supportata a sua volta da una dottrina anche essa autoreferenziale, intenda sollecitare una decisione dei giudici europei sulla compatibilità dell’*iter* interpretativo seguito dai giudici di legittimità con i chiari e ripetuti principi della Corte di Giustizia.

(27) Cfr. di recente Cass. 9 settembre 2016 n. 17857, che ponendosi in contrario avviso ad una giurisprudenza in via di consolidamento a seguito di Cass. 31 maggio 2010 n. 13285 (in *Mass. giur. lav.* 2010, 648, con nota di M. DI FRANCESCO, *Ammissibilità del termine acausale per convenzione nell’assunzione del disabile*) citata in motivazione, e successivamente anche di Cass. 22 luglio 2013 n. 17785 (in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2014, 60, con nota di P. COSMAI, *L’avviamento del lavoro dei disabili anche psichici*) introduce a livello giurisprudenziale un “enigma avvolto nel mistero” per non avere fornito alcuna motivazione del come possa configurarsi la violazione del divieto di discriminazione pure nei casi di applicazione di una stessa regolamentazione sia per i lavoratori destinatari di una normativa generale che per quelli che invece, in ragione della condizioni in cui versano e della tutela dei loro diritti, usufruiscono — come avviene per i lavoratori diversamente abili — di una speciale e differenziata normativa pienamente rispettosa delle loro particolari esigenze.

(28) Sull’attuale assetto delle relazioni sindacali — con specifico riferimento alla contrattazione a doppio livello ed alle complesse problematiche ad essa connesse — cfr. per tutti: V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di illegittimità costituzionale*,

Ed infatti in una ottica politico-istituzionale non può farsi a meno di rilevare che l'azione sindacale è stata sempre oscillante tra condotte destinate ad incentivare una accesa conflittualità tra le parti sociali e condotte viceversa di concertazione sociale con le forze governative ed imprenditoriali, anche attraverso la sperimentazione di forme di « neo-contrattualismo » o di « neo-corporativismo ». Strumenti questi ultimi di decisioni congiunte e di negoziazione trilaterale tra governo, sindacato ed associazioni imprenditoriali, che fanno ancora oggi sorgere seri dubbi sul versante costituzionale per la consequenziale trasformazione del Parlamento da legislatore a mero organo di ratifica di decisioni previste altrove (29).

Per concludere in argomento non può poi trascurarsi di considerare che la precarietà del diritto sindacale per la mancanza di affidabili approdi dottrinari e giurisprudenziali è in parte addebitabile a quella dottrina giuslavoristica che, nonostante la sua autorevolezza ha, con colpevole disimpegno, contribuito a rendere l'art. 39 Cost. eternamente programmatico, con la consequenziale negazione della portata *erga omnes* della contrattazione collettiva e del perpetuarsi di problematiche di difficile soluzione sull'ambito di applicabilità di detta contrattazione.

Ed a questo quadro di accentuata instabilità hanno infine contribuito in misura non certo marginale le diverse organizzazioni sindacali per non avere raggiunto un comune accordo sulla misurazione della loro rappresentatività. Il che ha finito per determinare l'intervento del giudice delle leggi, che con una decisione, autocertificata come "additiva", ha in concreto disegnato un nuovo criterio di rappresentatività sindacale, modificando di fatto l'art. 19 lettera b) della legge 20 maggio 1970 n. 300, e ponendosi così in motivato contrasto con altra precedente pronunzia (30).

in *Gior. dir. lav. rel. ind.* 2012, 479 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionali dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.* 2011, 19 ss.; G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2011, I, 109 ss.

(29) Sulla mediazione delle forze governative tra contrapposte organizzazioni sindacali e sugli effetti limitativi delle funzioni parlamentari a seguito di politiche neo-contrattualistiche vedi tra tutti i risalenti, ma sempre attuali, contributi di M. ROCCELLA, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in *Riv. giur. lav.* 1993, 263 ss. e di A. CESSARI, *Pluralismo, neo-corporativismo e neo-contrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav.* 1983, I, 186 ss.

(30) La sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale nel dichiarare costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3 e 39 Cost., l'art. 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 — nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda — si pone in totale discontinuità con la decisione della stessa Corte n. 244 del 1996, che invece aveva reputato non fondata la questione di costituzionalità relativa alla suddetta disposizione statutaria, limitando il riconoscimento delle

5. Minacce di fatto e correnti teoriche contro la certezza del diritto.

Nel periodo più drammatico della seconda guerra mondiale, quando la crisi del diritto assumeva proporzioni paurose e sembrava segnare la fine della civiltà occidentale, un libro sulla certezza del diritto di un giovane studioso, Flavio Lopez de Onate, ebbe un successo immediato ed una risonanza vastissima, destando « stupore ed ammirazione, oltre che per l'acuta diagnosi del problema centrale dell'esperienza giuridica » anche perché era una « coraggiosa ed appassionata testimonianza di un'alta coscienza morale e civile » (31).

In questa lucida testimonianza — di cui si avverte oggi chiara e forte l'eco in un Occidente in crisi di valori — si osservava che « l'esigenza della certezza della norma e, attraverso di essa, della certezza del diritto, è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza civile ordinata » (32). Si evidenziava poi che contro il principio della certezza militano le c.d. « minacce di fatto », cioè quegli ostacoli fattuali, che in prevalenza sono manifestazioni di un processo inconscio.

Detti ostacoli derivano non soltanto dalla mancanza delle norma (*ubi lex nulla praescribitur*) e dalla ambiguità o oscurità di essa (*ubi ambigua et obscura*), ma anche dalla mutazione continua delle leggi, che finisce per elidere « la fiducia nella volontà dello stato quale volontà permanente e costante », perché « la frenesia moderna che si estrinseca nella continua

rappresentanze sindacali aziendali solo alle organizzazioni firmatarie dei contratti applicabili nell'unità produttiva, sul presupposto che la *ratio* della norma statutaria andava individuata nella valorizzazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali sulla base della "effettività" della loro azione « desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva ».

Per un esame approfondito ed esaustivo ed in molti passaggi critico della sentenza n. 231 del 2013 cfr. per tutti A. MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo art. 19 stat. lav.: connessioni e sconessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte Costituzionale 25 luglio 2015 n. 231*, in *Adapt Labour Studies, e-Book series n. 13*, 1-47.

Ritiene la summenzionata decisione di non agevole decifrabilità: G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto* cit., 2014, 637-638, che rileva anche come la sentenza sia destinata a non agevolare quel raffreddamento della conflittualità nelle relazioni sindacali, necessario per addivenire a riforme strutturali del diritto del lavoro, e come non spieghi compiutamente il rilievo, ai fini decisori, riconosciuto alle trattative senza, infatti, nulla dire né sullo stato ed andamento delle stesse né sull'osservanza, nella fase prenegoziale, dei principi generali di correttezza e di buona fede. da parte delle organizzazioni sindacali.

(31) In *Avvertenza* (che leggesi in *La certezza del diritto* di F. Lopez de Onate, nella collana *Civiltà del diritto*, curata da Francesco Mercadante, 19, Milano 1968), Guido Astuti ricorda che Giuseppe Capograssi, nel parlare del libro scritto nel 1942 dal filosofo italiano in un momento tragico del Paese, ebbe a scrivere che « rimarrà come una delle più patetiche e sicure interpretazioni della crisi, e se la crisi, *quod absit*, dovesse continuare ad andare sino in fondo, rimarrà come un grido, uno degli ultimi gridi, uno degli ultimi inni, alla libertà, al diritto, alla legge, all'individuo, che siano risuonati in questo Occidente che è in pericolo mortale di calare a poco a poco nella notte della massa dell'orda ».

(32) In tali termini F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* cit., 47.

legiferazione non tiene conto del fondamento e della natura della legislazione che sta appunto in questa stabilità della volontà » (33).

Si rimarcava infine che le minacce di fatto sono comunque meno gravi, nei confronti dei valori dello spirito, della negazione teorica di tali valori, precisandosi al riguardo che mentre dietro gli ostacoli di fatto al principio della certezza del diritto c'è una consapevolezza oscura, di contro nelle correnti di pensiero che apportano una minaccia anche teorica alla certezza del diritto si rinviene invece una dichiarazione programmatica. Esse infatti si propongono proprio di scalzare questa certezza, che considerano non come un « valore » ma come un « disvalore », nell'esperienza giuridica e nel mondo sociale.

Più specificamente sul punto si affermava che la ragione fondante delle correnti che vedono nel giudice il « creatore della legge » va ravvisata nell'evolversi veloce ed incessante della realtà a fronte di una legge di per sé statica per cui la sua applicazione intesa in senso tassativo finisce per risolversi in decisioni contrastanti con una esigenza naturale di giustizia. Si obiettava però in contrario come la figura del giudice « creatore del diritto » fosse stata considerata in dottrina sul piano della logica e della tecnica ordinamentale “in insolubile contraddizione con un concetto fondamentale del sistema di mezzi di impugnativa, il quale specialmente coll'istituto della revisione mira ad impedire al giudice di sottrarsi, nel giudicare, all'autorità della legge” (34); ed a conforto di tale assunto si aggiungeva anche come la nostra Cassazione fosse stata istituita “per mantenere la esatta osservanza della legge”, impedendosi così al giudice di negarne l'autorità sia attraverso la sua violazione o la sua falsa applicazione (35).

La breve epitome sulla certezza del diritto del già citato studioso e le altre sue significative pagine sulle difficili problematiche della filosofia del diritto (36) sollecitano qualche riflessione sui pericoli che incontra la

(33) Così F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* cit., 71, secondo cui lo Stato come *machine à faire lois* non si contenta di mutare le leggi, di sostituire le leggi vecchie con le leggi nuove, aggiunge invece di continuo leggi nuove a legge vecchie, che sussistono insieme.

(34) Cfr. in tali termini F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* cit., 83-84.

(35) Cfr. ancora *amplius*: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* cit., 81 ss., che aggiunge: come la scuola del diritto libero miri preterintenzionalmente a infrangere la certezza del diritto ed ad annichilire di fatto il sentimento della legalità, ricordando al riguardo che Chioyenda, a proposito del famoso scritto *Gesetz und Richteramt* del Bulow « aveva espresso il timore che proseguendo sulla via in esso tracciata si arrivasse a contrapporre il giudice alla legge » (vedi 81); e come detta scuola vada anche contro « reali conquiste della legalità nella storia e perciò deve essere considerata pernicioso oltre che fallace » (vedi p. 84).

(36) Cfr. per le difficili tematiche di definizione della filosofia del diritto nonché del suo rapporto con la dottrina generale dello stato, con la sociologia, con la scienza del diritto comparato, ed ancora con la politica come scienza e con la storia del diritto cfr.: F. LOPEZ DE ONATE, *Compendio di filosofia del diritto* cit., spec., 47-64.

libertà in un ordinamento in cui la legge è oscura, dovendo un “uomo”, che intenda vivere da “uomo libero” avvertire e comprendere il significato e la rilevanza della legalità, che non può esistere senza la certezza del diritto. Ragione questa per la quale è necessaria una continua vigilanza affinché “l’essere” dell’uomo non degradi o in una grigia “esistenza senza dignità” o in una dolorosa “vita da schiavo” (37).

6. Certezza del diritto ed Unione Europea.

L’interpretazione conforme è quel tipo di interpretazione che, mettendo a confronto disposizioni appartenenti a testi giuridici diversi — tra loro in rapporti gerarchici/preminenziali — è rivolta a prevenire ogni antinomia e/o incongruenza assiologica tra le tra le suddette disposizioni (38).

Ne consegue che va qualificata interpretazione conforme al diritto europeo quel procedimento ermeneutico (letterale o teleologico) attraverso il quale l’interprete di una norma del diritto interno rende “conforme” il risultato di detto procedimento alle norme sovranazionali (39).

L’interprete, quindi, chiamato a rendere attuativo tra gli Stati dell’Unione europea il principio di leale collaborazione sancito dall’art. 4,

(37) Cfr. per una significativa, e nello stesso tempo, esaustiva sintesi delle negative ricadute scaturenti dalla mancanza di legalità cfr.: P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità*, nella collana Anticorpi n. 39, Laterza, 2013, 10-11, che — dopo avere ricordato che per il Croce un presupposto del sistema liberale è la *legalità* considerata come « primo grado della vita pratica, condizione della vita morale e della libertà » — nel ribadire il valore fondante della legalità, quale presidio di tutte le libertà, afferma poi che « la legalità è condizione della libertà, perché solo la libertà assicura, nel modo meno imperfetto possibile, quella *certezza del diritto* senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica »; e riafferma infine che la certezza del diritto è « certezza dei limiti entro i quali si estende la libertà di ciascuno ed al di là dei quali comincia la libertà dell’altro ».

(38) Nonostante che l’interpretazione conforme sia uno dei pilastri su cui poggia la costruzione dell’ordinamento europeo, tuttavia rimane tuttora discussa la natura del rapporto tra le differenti norme oggetto dell’interpretazione conforme.

Un indirizzo dottrinario ritiene infatti che il rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento UE sia di natura gerarchica (a sostegno di tale indirizzo cfr.: A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e Costituzione dell’Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in www.forumcostituzionale.it, 27 giugno 2013, 8-9, secondo cui i principi ed i diritti fondamentali elaborati nell’ambito dell’Unione sono espressione di una impostazione gerarchica del diritto, in quanto si collocano al vertice della piramide delle fonti, con conseguente obbligo per tutte le altre fonti di conformarsi ad essi). Altro opposto indirizzo reputa invece che le norme internazionali non si affermano in base alla loro supremazia ma in virtù della loro « primazia » in quanto vengono a collocarsi rispetto alle norme nazionali, le une accanto alle altre (cfr. da ultimo in questi sensi S. CASSESE, *Dentro la Corte, Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, 2015, 310, che richiama al riguardo la sentenza della Corte Costituzionale italiana, n. 388 del 1999, per la quale le varie formule dei vari cataloghi di diritti « si integrano a vicenda, completandosi reciprocamente nella interpretazione »).

(39) Sulla diverse tesi dottrinarie volte a definire la nozione di interpretazione conforme cfr. da ultimo, per un esame esaustivo, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, voce *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano 2016, 391 ss.

par. 3, del TUE, è tenuto ad operare, nei meandri di un ordinamento complesso, al fine di pervenire — previa una corretta utilizzazione dello spazio valutativo delle norme interne riconosciuto al giudice nazionale — alla formazione di quello che è stato definito diritto eurounitario (40).

Compito questo che per giungere ai risultati sperati, e cioè ad approdi giurisprudenziali affidabili e resistenti nel tempo, diventa se non impossibile, ben più arduo rispetto al passato. Ed invero una moltiplicazione delle fonti normative ed una crescente conflittualità sul versante politico e socio-economico, costituiscono di fatto un concreto ostacolo alla uniformità nella interpretazione della norma ed alla sua tenuta nel tempo in sede giudiziaria, con il pericolo di decisioni prese caso per caso, e quindi imprevedibili e sostanzialmente arbitrarie.

In un siffatto assetto il passaggio dall'epoca della codificazione al formarsi di micro sistemi normativi autonomi e l'aggiungersi di nuove fonti normative di diritto europeo di diverso livello ed efficacia (41) hanno finito, se non per vanificare del tutto il principio della certezza del diritto, di certo per ridurne notevolmente la portata applicativa, anche per la mancanza di una Costituzione dai valori unificanti per tutti i popoli della Comunità europea (42).

Non può al riguardo trascurarsi di considerare che, come è stato autorevolmente osservato, proprio la struttura multilivello degli attuali ordinamenti è uno dei fattori che porta ad accrescere gli spazi della discrezionalità decisionale e quindi del potere del giudice perché — scomparendo la figura, inconcepibile nel vecchio stato di diritto, del *diritto legislativo illegittimo* per contrasto con le norme costituzionali —

(40) Sottolinea A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE* cit., 2 nt. 5, che l'aggettivo eurounitario tende progressivamente ad affermarsi tanto da essere ormai rinvenibile anche nel titolo di taluni articoli scientifici (A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e Costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.; R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in www.federalismi.it, 10/2010).

(41) Sui danni in termini di credibilità dello Stato per la perdita della centralità del codice civile a seguito del formarsi di ordinamenti settoriali dovuti all'emergere di categorie influenti, capaci di ottenere specifici statuti e tavole di diritto con conseguente marginalità del codice cfr. il già citato libro di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cui *adde* dello stesso Autore, *Nichilismo giuridico* cit., 135-136, che ha osservato come il giurista « abbia dinanzi a sé la discorde molteplicità delle norme, la cura giuridica delle differenze, la casualità delle decisioni politiche. Un denso impasto, *irriducibile ad unità di scopo* », e che dunque il suo lavoro « necessariamente vagante e frammentario: aperto con l'*esegesi* delle singole norme, si concluderà, nel più felice e fortunato dei casi, con la scoperta di angusti nuclei di significati ».

(42) V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo* cit., 436 ricorda come A. Trabucchi, autore del primo codice di diritto comunitario (Giuffrè 1962), ritenesse che l'Europa come comunità di vita, fatta di relazioni tra popoli uniti, non avrebbe potuto non avere anche un diritto suo proprio, perché l'idea stessa di Europa era inconcepibile senza una reale unificazione giuridica, senza una salda unità del diritto dei popoli europei, e soprattutto senza una uniforme normativa dei rapporti interprivati.

è ora cambiato il rapporto tra giudice e legge. I giudici infatti « benché sottoposti alla legge sono dotati del potere di controllarne la costituzionalità: i giudici ordinari hanno il potere di eccepire ed il giudice costituzionale del potere di dichiarare l'invalidità costituzionale delle leggi » perché « solo attraverso l'argomentazione argomentativa è possibile di volta in volta adeguare ai principi costituzionali i testi delle leggi ordinarie argomentando come valide le sole interpretazione dei secondi compatibili con i primi » (43).

Ed ancora non può sottacersi che un ulteriore impedimento al raggiungimento di un diritto che voglia essere di una ragionevole stabilità — pur in presenza di una vorticoso e veloce accelerazione dei processi sociali in un mondo globalizzato — è dato anche dai c.d. controlimiti, vere e proprie barriere sollevate da ciascuno Stato per evitare l'ingresso di principi ritenuti estranei ai valori fondanti della propria Costituzione o al proprio assetto ordinamentale (44).

Le Corti Costituzionali finiscono infatti spesso per essere in tensione con la politica e con il legislatore sovranazionale, con il risultato che il loro operare varia a seconda della loro volontà e della loro forza nel salvaguardare quei margini di sovranità statale ritenuti irrinunciabili. Il che porta immancabilmente a zone di oscurità ed ambiguità nell'ambito del diritto dell'Unione europea e ad una maggiore difficoltà nella formazione di un "diritto vivente" e di una "nomofilachia europea".

Per di più al raggiungimento di un diritto condiviso sono in qualche misura di ostacolo anche le modalità di elezione dei giudici delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, perché la loro nomina da parte dei singoli Stati dell'Unione non sembra configurare il migliore sistema per garantirne la "terzietà" e "imparzialità" nell'esercizio delle loro funzioni e,

(43) Così L. FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa. Contro il creazionismo giurisprudenziale*, che indica tra i fattori capaci di ampliare il potere della giurisdizione — sino all'annullamento delle separazione dei poteri dello Stato — anche: l'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere che si manifesta nel dissesto della produzione legislativa sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo; lo sviluppo nel Novecento dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e di poi la loro crisi, che con l'espansione degli apparati burocratici, con l'aumento dell'illegalità dei pubblici poteri e della corruzione hanno portato alla crescita del ruolo della giurisdizione per effetto del moltiplicarsi delle domande di giustizia rivolte alla magistratura; ed infine la tendenza del potere giudiziario, connaturata del resto a qualsiasi potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo ed a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale non solo in diritto civile ma anche in diritto penale con la "introduzione" di nuove figure di reato" (cfr. *amplius op. cit.*, par. 2, nel presente volume).

(44) Per le difficoltà che la formazione di un ordinato diritto sovranazionale incontra a seguito delle decisioni delle Corti costituzionali cfr. più ampiamente S. CASSESE, *Dentro la Corte* cit., 315-319, che rileva anche come le due Corti, quella italiana e quella tedesca, si siano mosse in due direzioni opposte « quella italiana nella direzione di trarre dai vincoli comunitari limiti alla sovranità interna ed all'esercizio di poteri pubblici; quella tedesca nella direzione di trarre dalla Costituzione tedesca limiti ai poteri degli organi comunitari » (così p. 318).

quindi, per privilegiare in sede decisionale i diritti di una intera comunità di popoli e non quelli dei singoli Paesi di appartenenza (45).

Per concludere, motivo *last but not least* di difficoltà nel raggiungimento di un diritto europeo, unificato ed unificante, è la diversità, tra gli Stati dell'Unione, del linguaggio, genuino e veritiero compendio del sentire, delle tradizioni e dei valori riscontrabile nelle Costituzioni di ciascuno di essi (46).

7. Certezza del diritto e « giudice sovrano ».

Nella lucida introduzione alla riedizione di un saggio di un celebre studioso di Scienze politiche, è stato scritto, nel riassumerne il contenuto: che « le sentenze dei tribunali possono passare in giudicato. Quelle della storia no »; che « le sentenze che vengono fuori dalla giustizia politica hanno a che fare piuttosto con la politica — cioè con la storia — anziché con la giustizia »; che, comunque, « anche chi vince non può superare certi limiti: deve procurarsi sempre, attraverso la legalità, una legittimazione »; che « alla fine: meglio il diritto che niente » (47).

Ed in questa ottica riepilogativa è stato anche affermato che « *la giustizia politica* è la forma che la politica assume nei momenti di passaggio, di transizione », quando cioè « il vecchio ordine — con le sue regole, le sue tradizioni, le sue fedè, i suoi valori, i suoi costumi intellettuali — va in pezzi. E quello nuovo non c'è ancora » (48).

(45) La composizione della Corte di Giustizia è regolata dagli artt. 19 TUE e 251-254 TFUE, che nel prescrivere la nomina di un giudice per ogni Stato membro e di nove avvocati generali, dispongono che questi siano nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione di un apposito Comitato (previsto dall'art. 255 del TFUE), deputato a dare i pareri sull'adeguatezza dei candidati, introducendo con tale normativa una procedura, in cui di certo non sono estranee nella scelta dei singoli Paesi ragioni di natura politica.

(46) Crede che le parole siano importanti e che vadano prese sul serio « soprattutto le parole della legge più alta »: M. ANIS, *Le parole della Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 11; ed ancora sul rilievo che assume il linguaggio scritto nelle leggi cfr.: N. IRTI, *I "cancelli delle parole"*, in *Lezioni magistrali*, collana diretta da Lucio d'Alessandro e da Aldo Sandulli, Editoriale scientifica, n. 71, Napoli 2015, 36-37, secondo cui « la mediazione delle leggi ordinarie è altresì, o forse soprattutto, *mediazione del linguaggio tecnico*, poiché esse abbandonano parole solenni e vaghe, auspici e premesse (ai quali si può dar luogo nelle dichiarazioni di principio) e scendono alla terminologia propria del diritto »; A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano 1987, 125, per il quale « le parole sono un pò come il portone attraverso il quale tutta l'esperienza del diritto penetra nella coscienza degli uomini ».

Più in generale sul linguaggio e sulla sua riconducibilità alla « persona umana » vedi infine: M. HEIDEGGER, che dopo avere affermato che « il linguaggio è la casa dell'essere » aggiunge che. « nella sua dimora abita l'uomo » (cfr. in tali sensi: Lettera sull'« umanesimo », a cura di F. Volpi, ora pubblicata nella Piccola Biblioteca n. 351 di Adelphi, 2011, 31).

(47) Cfr. in tali sensi *Introduzione* di R. RACINARO a O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica* cit., XXIX.

(48) A quanto riportato nel testo è stato aggiunto da R. RACINARO, in *Introduzione*, loc. cit., che, quando vi è crisi, il diritto può affermarsi, provvisoriamente, nella forma per lui più contradd-

Ed ancora più in generale non si è mancato di osservare che si parla « di giustizia politica quando procedure giudiziarie vengono utilizzate per fini politici » e che « lo scopo politico può essere rivoluzionario o conservatore, può servire un interesse pressante di chi detiene il potere, ovvero nascere dalla pura e semplice arroganza di chi ne ha la pienezza ». Al riguardo è stato anche aggiunto che « emerge poi presto la contraddizione interna tra il mezzo giuridico e il fine politico che con esso viene perseguito » (49).

Con un approfondito esame — a livello storico e comparativistico — della giustizia politica è stato rilevato infine che « uno dei principi basilari delle civiltà occidentali è la *rule of law*, cardine degli stati democratici, di una economia sana e delle libertà individuali », il cui rispetto « può garantire il principio di legalità, dal quale dipendono la stabilità, la sicurezza e la capacità del popolo di governarsi » (50). Su tale premessa, si è poi evidenziato che « è triste constatare che la supremazia della legge viene sempre più spesso confusa, se non sovvertita, da quella dei giudici »; e che « è precisamente questa la direzione in cui si muove l'attivismo giudiziario » (51).

Quanto sinora detto impone una riflessione sull'evidenziato interventismo giudiziario che, riscontrabile non solo negli Stati dell'Occidente, può farsi risalire in buona misura alla crisi generalizzata dei partiti che, nati per assolvere alla funzione di rappresentanza dei cittadini, per rendere ad essi possibile una efficace partecipazione alla vita pubblica, si

dittoria, nella forma, appunto, della *giustizia politica*, la quale, comunque, non può rappresentare una forma politica stabile ma tutt'al più una forma del tutto transitoria, tanto più relativamente accettabile quanto più la sua durata è limitata nel tempo, valendo per essa « ciò che vale per le forme tiranniche di governo, per le dittature: che sono tanto più *relativamente* sopportabili quanto più siano fin dall'inizio destinate al proprio superamento ».

(49) In questi precisi termini cfr. O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica* cit., 3, il quale aggiunge anche che un agire politico è finalizzato a confermare dei rapporti di forza o a configurarli in maniera nuova, « mentre l'ordinamento giudiziario esiste allo scopo di prendere decisioni, nel caso di conflitti — sia tra individui e gruppi, sia tra questi e lo Stato — sulla base di regole comunitarie ».

(50) In tali sensi cfr. ROBERT H. BORK, *Il giudice sovrano*, Ed. liberilibri, Macerata 2007, 211.

(51) Cfr. *amplius* ancora: ROBERT H. BORK, *op. cit.*, 211-212, il quale — nel fare riferimento alla minoranza della *New Class*, all'epoca dominante — evidenzia che « l'attivismo in ambito costituzionale può essere usato a servizio di ogni risultato desiderato, mentre un'onesta interpretazione del testo costituzionale non può servire a tale scopo »; e che in questi termini l'attivismo impone per il presente e per l'immediato futuro anche « gli obiettivi di una minoranza dominante nel processo democratico ».

Sul punto cfr. anche S. SILEONI (*Prefazione* al testo già citato — ritenuto dissacrante nei confronti del giudice delle leggi — di R. H. BORK), che, nel prendere a prestito parole altrui (G. PECORELLA, *La difesa negata*, in E. Bruti Liberati, A. Cerretti, a cura di A. Gasanti, *Il governo dei giudici. La Magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano 1996, 139) scrive con riferimento all'interventismo giudiziario in Italia, come si rischi che il giudice diventi « l'amministratore di una complessa realtà sociale, distribuisc[a] i premi e le punizioni, d[ia] sicurezza alla collettività, conferm[i] l'ordine esistente, o, viceversa, propon[ga] un nuovo ordine economico o politico » (XXIII della *Prefazione*).

sono poi trasformati in « forme » vuote, ostili al pensiero, — e pertanto incapaci di misurarsi con l'idea stessa di “bene comune” — e nel contempo « punitive e autoreferenziali fino al limite del nichilismo » (52).

Ed ancora maggiormente critico è risultato il giudizio dato sui partiti intorno agli anni 40 del secolo scorso, da chi a seguito di una meditata ed articolata riflessione, aveva già allora denunciato l'influenza negativa dei partiti sulla intera collettività affermando tra l'altro: che “il fine di un partito è vago e irrilevante”; che la sua stessa esistenza è tangibile, evidente e non esige nessuno sforzo per essere riconosciuta e “ per questa ragione è inevitabile che il partito diventi fine a sè stesso” (53); che un uomo che aderisce ad un partito lo fa perché ha scorto probabilmente nell'azione e nella propaganda di questo partito cose che gli sono sembrate buone e giuste, anche se egli non ha mai studiato la posizione del partito rispetto a tutti i problemi della vita pubblica (54).

L'indicato e chiaro giudizio sulle colpe ed i limiti della “forma partito”, scritto — è bene ricordarlo ancora una volta — in poche pagine nell'epoca dei tumulti del “secolo breve”, deve ritenersi di piena attualità in presenza di una crisi, che seppure non si caratterizza per guerre e totalitarismi, è però contrassegnata da una accesa conflittualità a livello socio-economico, riassumibile in sillogismo che è stato declinato in questi termini: la democrazia contemporanea è fondata sui partiti politici, i partiti politici stanno morendo, dunque la democrazia sta morendo.

Come si è già osservato, la risposta a questo sillogismo assume ora — dopo più di settanta anni da quando è stata data — una portata straordinariamente anticipatrice (55).

Ed infatti il venir meno nell'Occidente delle ideologie — che per lungo tempo hanno costituito la ragione fondante dei valori di riferimento

(52) Cfr. *amplius* M. REVELLI, in *Premessa* al libro di SIMONE WEIL, *Senza partito*, con *Postfazione* di A. Simoncini, nella Collana *Libri Vita*, Feltrinelli 2013, 9 ss, secondo cui « il moderno partito è contemporaneamente particolare e totalitario: obbliga a pensare per contrapposizione e pretende il controllo assoluto sul pensiero dei propri aderenti. Opera per scissione verso l'esterno ed esercita una pressione uniformante verso l'interno. Chiede, in nome della “disciplina” — che è la condizione di esistenza del mezzo diventato fine — la rinuncia alla ricerca individuale. Pretende una delega totale a un sé vuoto (perché preoccupato solo del proprio continuare a esistere e non del fine che sarebbe chiamato a perseguire) » (così 12).

(53) In questi termini cfr. SIMONE WEIL, *Senza partito* cit., 25, per la quale « già in questo fatto c'è idolatria, poiché solo Dio è legittimamente un fine in sé ».

(54) Così ancora SIMONE WEIL, *Senza partito* cit., 35, la quale aggiunge che l'uomo entrando nel partito accetta posizioni che ignora e quando poco a poco conoscerà quelle posizioni, le ammetterà senza esaminarle.

(55) Cfr. al riguardo più ampiamente A. SIMONCINI, *Postfazione* al libro di SIMONE WEIL, *Senza partito* cit., 71, sulla capacità profetica delle pagine scritte (negli anni quaranta all'inizio della parabola ascendente dei partiti e delle democrazie post-totalitarie) dalla stessa WEIL su un futuro non certo felice che avrebbe incontrato una democrazia per la presenza di partiti costituiti ufficialmente per uccidere nelle anime il senso della verità e della giustizia.

dei partiti politici creando sovente una conflittualità tra gli stessi — ha col tempo finito per snaturare i partiti trasformandoli progressivamente in organismi che, al di là della qualità del personale che li compone, si caratterizzano sovente per essere rivolti unicamente all’acquisizione di maggiore consenso ed all’accrescimento del loro potere.

Il perseguimento del bene comune risulta così ostacolato, da un lato, da disposizioni normative mal scritte e di difficile interpretazione, che con l’incertezza creano nei cittadini anche insicurezza e sfiducia; e dall’altro da forze politiche che in tempi di crisi e di conflittualità sociale, delegano sempre più spesso ai giudici un ruolo di supplenza che si concretizza in quelle che, seppure in termini approssimativi, possono definirsi “leggi a contenuto giurisprudenziale”, che accrescono il potere dei giudici e con esso il moltiplicarsi degli interventi giudiziari (56).

Il tutto in un quadro ordinamentale caratterizzato dal moltiplicarsi di fonti normative statali e sovranazionali, tre le quali non si è ancora pervenuti ad individuarne i reciproci rapporti, se cioè questi debbano essere regolati sul rigido principio di gerarchia o su quello di solidale collaborazione.

E proprio a seguito del descritto nuovo e complesso assetto normativo anche il ruolo del giudice si è di fatto sostanzialmente modificato perché, e non solo in Occidente, gli spazi di istituzionale competenza dal potere legislativo e di quello esecutivo sono stati gradatamente — e spesso anche inavvertitamente — “occupati” dal potere giudiziario, con una alterazione dell’equilibrio tra detti poteri per la mancanza tra questi degli opportuni contrappesi, che sono garanzia di democrazia e di libertà soprattutto nell’eventualità di quella che è stata definita “tirannia della maggioranza” (57).

(56) Per il ruolo spesso determinante della giurisprudenza nel completare, se non sostanzialmente riscrivere, il contenuto e l’ambito applicativo delle leggi cfr.: G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (Considerazioni « minime » di un giudice del lavoro)*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 505 e ss., e più di recente ID., *Art. 2 del d. lgs n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto a formazione giurisprudenziale?*, in *Arg. dir. lav.* 2015, I, 1216 ss.

(57) Sulla tirannia della maggioranza ed i suoi antidoti è sempre di vivissima attualità il pensiero di ALEXIS DE TOCQUEVILLE, filosofo e giurista, che dopo avere rilevato in America che la possibilità di rieleggere il Presidente della Unione faceva sì che spesso questi non governasse più nell’interesse dello Stato ma in quello della propria elezione — e che a tali fini si prosternasse davanti alla maggioranza e spesso ne assecondate i capricci — rimarcava poi di essere stato sorpreso nello scorgere fino a qual punto negli Stati Uniti il merito fosse diffuso fra i governati e come fosse invece scarso fra i governanti. E nello spiegare tale fenomeno il TOCQUEVILLE individuava le cause di quanto osservato nell’assetto sociale dell’epoca, in cui era riscontrabile una generale carenza di cultura non elevabile oltre un certo livello, dal momento che coloro che pur potevano, per le loro condizioni economiche, dedicarsi, agli studi superiori, si indirizzavano invece ad una disciplina specializzata e lucrativa perché in America « si studia una scienza come si impara un mestiere; si studiano solo quelle branche di cui è riconosciuta l’utilità immediata » (cfr. in questi termini cfr. *Tocqueville, Vita,*

8. Certezza del diritto tra positivismo e giusnaturalismo.

Le considerazioni sinora svolte corrono il rischio di risultare approssimative se, ad ogni altra riflessione, non si premette che il perseguire il principio della certezza del diritto configura l'elemento più qualificante di differenziazione tra il positivismo giuridico ed il giusnaturalismo.

In un *incipit* di un saggio sul positivismo si è rilevato che si suole pensare alla storia del pensiero giuridico occidentale come al teatro di un contrasto millenario tra due "dottrine" ["teorie", "movimenti"]: "il giusnaturalismo" e "il positivismo giuridico". E si è anche precisato come tra le dottrine giusnaturalistiche elaborate dall'antichità ai giorni nostri si registrino differenze anche notevoli di metodo, contenuto e orientamento, mentre la loro identità appare pacifica sulla base della esistenza di un diritto reperibile nella natura del cosmo e/o nella natura umana (*lex naturalis, ius naturale*), come tale vincolante per tutti gli uomini.

Di contro è stato osservato che invece l'identità del positivismo è sempre rimasta accentuatamente problematica (58), tanto da far dire, in senso demolitorio dell'istituto, che la locuzione positivismo giuridico è « così logorata dall'uso da non servire più né in sede di teoria, né come canone di interpretazione storica » né infine come « appellazione polemica », per cui non occorrono più definizioni esplicative e « non bastano più definizioni convenzionali », sicché è necessario procedere alla sua espunzione (59).

Uno dei padri della scienza del diritto del secolo scorso ha però rammentato che il concreto realismo su cui poggia il positivismo giuridico non ha nulla di rivoluzionario nella misura in cui rappresenta la continuazione fedele di una tradizione che risale al medioevo, ed ha al riguardo evidenziato che la concezione giuspositivistica della giurisprudenza differisce da quella antipositivistica perché mentre la prima appare dipen-

pensiero, opere scelte, Il Sole 24 Ore, nella collana *I grandi Filosofi* n. 20, Milano 2006, 107-108 e, più ampiamente, sui difetti e pericoli della democrazia americana e sulla tirannia della maggioranza ed i suoi antidoti, pagg 106-115 ed ancora 475-509).

(58) Cfr. in tali sensi: P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, in Collana diretta da Aljs Vignudelli, Modena 2013, 31 ss. che nel suo saggio intende fare chiarezza sulla identità del positivismo, attraverso una articolata indagine che mette in luce le perplessità che lo circondano addebitabile a due indirizzi: da una parte il positivismo ideologico volto ad elevare il positivismo a forma unica ed esclusiva di diritto in termini sia conoscitivi che pratici e per l'effetto in posizioni "statolatriche e "legolatriche"; dall'altra parte il positivismo epistemologico volto ad applicare alle investigazioni sul diritto le varianti filosofiche dell'empirismo logico (neopositivismo logico) e della c.d. filosofia del linguaggio.

(59) Cfr. in tali sensi G. TARELLO in *Positivismo giuridico*, così come citato da P. CHIASSONI, *op. cit.*, 8.

Sugli aspetti fondamentali dell'istituto in esame vedi tra gli altri: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, *Recta Ratio*, Testi e Studi di Filosofia del diritto, collana diretta da F. D'Agostino e F. Viola, Torino 1996, 245-250.

dente da una gnoseologia di tipo realistico, la seconda appare di contro dipendente da una gnoseologia di tipo idealistico (60).

E sempre con un approccio empirico al tema scrutinato si è osservato, da uno dei massimi pensatori del novecento, come il giusnaturalismo tenda al « giusto », ed invece il positivismo « all'utile » e, conseguentemente, si è rimarcato come l'attività giuridica si riveli una attività pratica, che non è per sé né morale né immorale ma giudicabile, se presa per sé, « amorale » o « aetica » sicché la sua identità — come già è stato ricordato in questa sede — può accostarsi alla economia, anche essa né morale né immorale « ma condizione prima di ogni attività morale od immorale » (61).

Di recente in uno scritto, dal titolo *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, si è patrocinato — in una radicale ed orgogliosa opposizione al positivismo giuridico — un ritorno ad un diritto dove hanno un ruolo non esiguo legislatore e legge accanto però « a consuetudini, riflessioni dottrinarie, sentenze di giudici e di prassi nel segno di un arricchente pluralismo giuridico ». Con tali parole si è così voluto attestare una incondizionata condivisione della dottrina giusnaturalistica (62).

Detta condivisione — anche per effetto della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e dei suoi richiami alle norme della CEDU, utilizzate quale parametro di riferimento per verificare il rispetto dei diritti fondamentali (63) — ha sinora incrementato la perdurante e costante diffidenza verso il positivismo giuridico, a cui si è addebitato di predicare il dovere assoluto o incondizionato di ubbidire alla legge e di identificare la giustizia con la volontà del più forte, dato che la legge è per definizione l'espressione del soggetto (o del gruppo) più potente della società (64).

Non è mancato però chi, in un'epoca di generali incertezze, si dichiara propenso invece a privilegiare, su ogni altra scelta, un più rassicurante positivismo giuridico che trova conforto — è bene ribadirlo ancora una

(60) Cfr. più estensivamente sul punto N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., 220 ss., secondo cui il positivismo giuridico pone un limite insormontabile alla attività interpretativa perché l'interpretazione è generalmente *testuale* ed in certe circostanze (quando occorre integrare la legge) può essere *extratestuale*, ma non può invece mai essere *antitestuale*, cioè andare contro la volontà che il legislatore ha espresso nella legge (p. 222).

(61) Al riguardo cfr. *amplius* B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto* cit., 39-42.

(62) In questi termini vedi in maniera più articolata P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.* 2014, 921 ss., anche per le critiche sulle riflessioni filosofiche di F. Lopez de Onate sulla certezza del diritto.

(63) Sulla tutela dei diritti fondamentali nel settore giuslavoristico cfr. da ultimo: M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova 2016.

(64) Cfr. più ampiamente, per le critiche mosse con riferimento alla versione estremistica dell'ideologia giuspositivistica, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., 236-240.

volta — nell'assunto di matrice crociana che riconosce al diritto la natura di filosofia della pratica non incline, diversamente dalle scienze pure, alle speculazioni teoriche delle accademie.

Il diritto viene così realisticamente apprezzato in quanto rivolto a valutare e regolare il presente ed a assicurare nel contempo una ordinata e serena convivenza, garantendo ai cittadini tutti la libertà del loro agire anche nel futuro, tramite la qualifica dei comportamenti possibili e leciti. Per di più, proprio nei momenti di crisi globali e di generale caduta dei valori, il positivismo si lascia preferire per garantire una maggiore sicurezza anche nell'agire economico, necessaria nei paesi a capitalismo avanzato in ragione di una stretta connessione tra normativismo e decisionismo, che proprio del positivismo costituisce l'essenza qualificante (65).

In un mondo globalizzato, investito da cambiamenti sempre più veloci, il diritto non può considerarsi del tutto statico, e quindi indifferente all'evolversi del contesto socio-economico, e quindi il giudice deve ora fronteggiare un diritto mobile perseguendo l'affermazione di principi dotati di una non effimera resistenza temporale.

Finalità questa che va però perseguita attraverso un positivismo moderato (66), che salvaguardi il diritto da opzioni ermeneutiche che non ne vanifichino la portata e gli effetti e che non compromettano l'intero assetto normativo. A tale riguardo si è rilevato che — non potendosi sopprimere l'incertezza — bisogna fissare sino a quale soglia essa possa salire e che detta soglia è mobile « dipendendo dalle circostanze esterne, dalle conseguenze, dagli eventi » (67).

(65) Per quanto attiene all'aspetto decisionista del positivismo scientifico e per l'assunto che esso è legato e condizionato dal momento storico e dalla specifica natura dello Stato, per cui è destinato a cadere con lo stesso vedi: C. SCHMITT, *Il positivismo giuridico del XIX secolo come unione del pensiero fondato sulla decisione e pensiero fondato sulla legge (di decisionismo e normativismo)*, in *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera (volume che raccoglie una serie di testi tratti da opere dell'illustre scienziato della politologia europea), Bologna 2013, 272 ss.

(66) Dichiara di respingere il positivismo ideologico — in quanto l'ideologia non descrive la realtà ma cerca di influire sulla stessa, dando luogo ad una realtà contraria ai valori comunemente condivisi — per accettarne invece la versione debole o moderata: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., 245-250.

Ritiene che persino il giuspositivismo "esclusivo" non esonera il pratico del diritto dal ragionamento morale, anche se lo espelle dal campo della determinazione della "natura del diritto": M. LA TORRE, *Il positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Ann. VI, Milano 2013, 734., che precisa pure che il giurista, il pratico del diritto, difficilmente troverà ora una dottrina per la quale risulti sollevato dalla fatica di interrogarsi sulle ragioni, sul senso, sui fini ed il fondamento dei materiali normativi che maneggia e delle disposizioni che applica.

(67) Per condivisibili considerazioni sulla responsabilità sociale del giurista e sul limite invalicabile della incertezza cfr.: G. ALPA, *La certezza del diritto nella età dell'incertezza*, nella *Collana Lezioni magistrali* cit., Editoriale scientifica 2006, 74-77, secondo il quale il giurista deve fronteggiare un diritto "mobile", nel quale rimangono fisse le direttrici rivolte a tutelare i diritti fondamentali e a preservare i capisaldi dello Stato di diritto.

E la necessità di non superare detta soglia e di impedire che attraverso libere interpretazioni del dato normativo possa il giudice farsi il « creatore della legge » è bene espressa da chi ha scritto che « la sentenza del giudice non è resa in base a considerazioni di opportunità contingente attinenti al caso singolo, ma in ossequio alla rigida ed inesorabile necessità di far valere la legge com'è stata posta dal legislatore » (68). Ed analoga necessità è condivisa anche da chi ritiene che « *il pensare* (e decidere) *per fattispecie* è, in sua indole, sobrio, oggettivo ed impersonale », e riposa « sul raffronto tra fatto concreto e schema normativo »; e che — non ignorando che « la scelta del legislatore fu guidata da un qualche criterio (ideologico, religioso, economico o altro che sia) » e che « le norme costituzionali appartenendo anch'esse al diritto positivo, debbono orientare l'interpretazione, e soccorrere nei casi incerti e lacunosi » — evidenzia poi che allorquando una controversia possa essere decisa con apposite norme (art. 12, disp. prel., 1362 ss. c.c.), le quali segnano criteri o canoni dell'intendere, cioè *dettano un metodo e ne rendono controllabili i risultati applicativi*, allora « la logica della fattispecie trova piena e ferma applicazione, » ed il diritto diviene così calcolabile (69).

9. Giusnaturalismo « utopico » e « realtà fattuale ».

In questi ultimi anni una delle tesi critiche più incisive nei confronti

(68) Così testualmente P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità* cit., 14, il quale aggiunge anche che « giustizia vuol dire conformità alla legge; il giudice non ha altro modo di essere giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge: *dura lex sed lex* »; e che pertanto « tutte le valutazioni di opportunità, la diagnosi dei vari coefficienti sociali di cui il diritto è la risultante, è spostata dal giudice al legislatore », con l'effetto che quel complesso di forze in perpetuo travaglio, che costituiscono la vita politica di un popolo sbocca e fa leva sugli organi legislativi, non su quelli giudiziari.

(69) Cfr. al riguardo più ampiamente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 3 e ss. e spec. 11-15, che tra l'altro alle critiche avanzate nei riguardi della concezione metodologica dell'interpretare, cui si addebita di non avere la pretesa di realizzare principi assoluti, replica che « al di fuori di un diritto in cerca di valori » — patrocinato invece dai sostenitori della concezione « esistenziale » o « esistenzialistica » dell'interpretare — si è in presenza di un diritto « leale » verso le qualsiasi scelte costituzionali o legislative, e dunque calcolabile nel suo « preciso funzionamento », mentre « *il pensare* (e decidere) *per valori* » è un altezzoso soggettivismo concreto perché « il giurista dei « valori » innalza a valore ciò che fa valere con l'energia della propria volontà, o d'una volontà comune a sé e ad altri » (così p. 14).

Contro l'ampia galassia degli antipositivisti, volti a accreditare, pur sulla base di diversi approcci teorici, il creazionismo giurisprudenziale con il conseguenziale abbandono della subordinazione del giudice alla legge si è opportunamente evidenziato da L. FERRAJOLI (*Argomentazione interpretativa* cit., par. 4, nel presente volume), che con il positivismo giuridico e con il principio di legalità è nata la politica moderna, quale produzione, ma anche quale progettazione e trasformazione del diritto; che con la democratizzazione degli organi della produzione giuridica il principio di legalità è diventato il fondamento della politica democratica; che, infine, con la positivizzazione dei diritti fondamentali realizzata dalla legalità costituzionale, la stessa politica si è sottomessa al diritto, cioè ai limiti e ai vincoli di contenuto da essa stessa creati e stipulati nel momento costituente.

del giusnaturalismo si è avanzata da chi ha segnalato, con ferma risolutezza, il *contenuto normativo* dei c.d. principi di diritto, « che non stanno fuori, ma dentro le leggi positive »; e « che non sono trascendenti, attingibili per intuizioni in qualche sopramondo, ma immanenti nel mutevole divenire delle leggi » (70).

Ed in detta direzione si è pure evidenziato come la ricerca di “valori” al di fuori dei “principi” — che sono essi stessi norme positive di grado superiore — sia favorita « da un anelito alla trascendenza, quale intimo bisogno di trovare un punto fermo ed assoluto, che scampi dal selvaggio scorrere del tempo e consoli per uscire dal nulla e rientrare nel nulla » (71).

L'autorevole indirizzo sopra sintetizzato, nella parte in cui rimarca che la legge — in che si risolvono le fonti di diritto (regionali, nazionali, europee, internazionali) — nel tracciare con i suoi contenuti e significati — rappresentativi dei confini invalicabili entro cui si muove la decisione del giudicante — offre la chiave di lettura per individuare le ricadute del giusnaturalismo non soltanto sul versante della certezza del diritto ma anche su quello dell'amministrazione della giustizia (72).

Come già ricordato, il positivismo viene criticato da più parti per sostenere una interpretazione statica delle leggi, rimanendo così ingabbiato nel loro ambito contenutistico

Il giusnaturalismo dando invece rilievo, nella lettura delle norme, a valori spesso irreali e non di rado privi di razionalità — perché oscillanti sovente tra misticismo e romanticismo, ideologia e metafisica — porta nella realtà fattuale ad un affievolimento del principio della certezza del diritto con il pericolo di dannose ricadute sui beni primari della persona, come emerge soprattutto nel diritto penale e nella applicazione del suo apparato sanzionatorio.

(70) Cfr. in questi termini testuali N. IRTI, *I “cancelli delle parole”* cit., 17-18, per il quale « assai spesso, troppo spesso, i principi sono innalzati al rango di “valori” (non si sa da chi e come percepiti), quasi che essi non abbiano in sé suprema dignità fra le norme e capacità di orientare le scelte del giurista. Ma così si rende cattivo servizio ai principi, i quali sradicati dal terreno normativo, vengono esposti alla volontà di colui che pone i valori o che assume di raggiungerli per le vie misteriose della rivelazione. La fedeltà ai principi è lealtà verso l'ordinamento, in cui storia e scelta individuale ci hanno collocato ».

(71) Sul punto vedi più ampiamente N. IRTI, *I “Cancelli delle parole”* cit., 18-20, che, forse tenendo conto del diffuso desiderio di uscire dalle secche del nichilismo giuridico, qualifica — con una indubbia ed invidiabile efficacia espressiva — l'anelito alla trascendenza una brama che determina « un *moto ascensionale*, che dalle leggi positive sale alle costituzionali, e da esse a dichiarazioni di universali diritti, e poi a principi sempre più ampi, ed ancora ai valori; e talvolta qui non si acquieta e riposa, poiché i valori rimandano a colui che li pone e assicura (Dio, la natura, o altre entità metafisiche). E così, attraverso passaggi intermedi che si allontanano a grado a grado dal divenire storico, si giunge alla professione di fede, alla scelta weberiana del proprio Dio: che sono atti di ciascuno di noi, indicibili incontrovertibili inconfutabili ».

(72) In tali termini sempre N. IRTI, *I “cancelli delle parole”* cit., 16, il quale ribadisce anche che i principi stanno nella legge, « inclusi nel testo linguistico e da esso o enunciati o ricavabili ».

È indubbio infatti che una pena certa, anche sul versante della sua entità, è l'effetto consequenziale di una fattispecie che indichi in maniera chiara gli elementi (oggettivi e soggettivi) della condotta da sanzionare, rendendo così agevole il compito del giudice nella interpretazione del dato normativo.

In presenza, infatti, di norme oscure, lacunose, dal contenuto e dall'ambito applicativo indecifrabile, viene di fatto delegato al giudice il compito di riempire i vuoti contenutistici delle suddette norme con i correlativi effetti attinenti alla stessa punibilità delle fattispecie. Dal che la possibilità di pervenire ad approdi giurisprudenziali inaffidabili per effetto di condizionamenti ideologici o culturali alimentati, talvolta, da un "diligante ed accattivante" giusnaturalismo e, tal'altra, da valori che la politica non ha voluto o non ha saputo attualizzare (73).

(73) Per l'assunto che il primato della giurisprudenza si riflette non solo sull'opzione di valore riguardo ai diritti e sull'arresto o l'accelerazione di alcuni indirizzi di governo, ma anche sulla deresponsabilizzazione degli altri poteri, in particolar modo di quello legislativo cfr.: S. SILEONI, *Prefazione* cit., XXV ss.

Più in generale non può sottacersi che proprio la problematica riguardante la certezza della pena indica la necessità di una rivalutazione di un *positivismo razionale* — quale quello imperante tra i pensatori dell'illuminismo della fine del diciottesimo secolo — a fronte di quello "superbo" di qualche giusnaturalista che, interessato a rivendicare le proprie capacità di "puro" scienziato e di "puro" filosofo, richiama ossessivamente e/o alternativamente i "valori" della Carta di Nizza o quelli evidenziati dai *dicta* della CEDU, di cui talvolta si autocertifica autentico e veritiero interprete.

Ed a sostegno dell'opinione che proprio nel settore nel quale il diritto alle libertà può maggiormente essere leso, appaiono necessari apparati di tutela del cittadino, non vanificabili attraverso norme dal contenuto indecifrabile che lasciano di fatto al giudice il potere di sussumere o meno la fattispecie scrutinata nel dato normativo, con la conseguenza che la sorte del cittadino e l'applicabilità della pena finiscano per dipendere non dalla volontà del "singolo governante" ma da quella variabile e differenziata dei "molti giudici" chiamati a decidere.

E della certezza del diritto sul versante della pena rimangono oggi di vivissima attualità le parole di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (che ora si possono leggere in *Universale Economica Feltrinelli/Classici*, con prefazione di S. Rodotà, Milano 2014) il quale: per quanto attiene alla "oscurità delle leggi" ebbe a scrivere: "Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicare da se stesso quale sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico" (cfr. *amplius* 43-44); e per quanto riguarda invece la "proporzione fra i delitti e le pene" ebbe poi ad osservare che: "Se una pena uguale è destinata a due diritti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio" (cfr. *amplius* 44-46).

Sugli effetti negativi prodotti sulla nomofilachia da norme di ardua interpretazione per quanto attiene la individuazione degli elementi qualificanti le singole fattispecie delittuose cfr. da ultimo in dottrina: M. A. BARTOLUCCI, "I conti della serva": *Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione v.s. induzione indebita*, in *Le società* 2016, 1029 ss., il quale, a seguito di un *excursus* interpretativo di circa una ventina di decisioni della Corte di legittimità, evidenzia come — dopo la novella apportata dal legislatore in tema di concussione con il noto spaccettamento della fattispecie tra "costrizione" (art. 317 c.p., concussione) ed "induzione" (art. 319 c.p., corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio) e dopo ancora la c.d. sentenza *Maldera* (Cass., S.U., 14 marzo 2014 n. 12228) — sia stata marcatamente mancata la funzione di nomofilachia della Cassazione con immediate ed intuitive conseguenze sul piano (tra gli altri) dei principi di eguaglianza e prevedibilità della decisione giudiziaria.

Al riguardo va rimarcato che, specie a fronte di clausole generali — reputate terreno di elezione in cui si misurano i “pregiudizi”, gli “atteggiamenti psicologici” e persino, come si è detto, le “opzioni politiche” dell’interprete — il giudice deve rifuggire da “visioni mistiche” della giustizia e da “decisioni creative”, essendo vincolato ad operare pure nel processo come novello custode della Repubblica (74). Deve pertanto agire — nell’esercizio d’ufficio dei suoi poteri istruttori e nell’esame delle prove acquisite — nel rigoroso rispetto delle garanzie processuali e di quei principi fondamentali di civiltà giuridica insiti nell’ordinamento, che ostano alla « scoperta » o alla « voluta costruzione » per via giudiziaria di fattispecie di illeciti dai contorni ambigui e di incerta identificazione,

Ed in siffatta direzione è doveroso ricordare come anche sulla interpretazione ed applicazione del disposto dell’art. 416 *bis* c.p. si sia assistito — e si potrà anche nel futuro assistere — a trattamenti differenziati in violazione dei principi di uguaglianza e della certezza del diritto con decisioni “imprevedibili. (cfr. al riguardo tra i molti — per le ricadute negative che possono derivare da possibili letture alternative dell’art. 416-*bis* c.p. — lo scritto di G. SILVESTRI, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, nota a Cass. 24 aprile 2012 n. 15727, *Dell’Utri*, in *Foro it.* 2013, II, 385, nella parte in cui l’Autore sottolinea come la individuazione del fatto tipico e degli elementi (soggettivi ed oggettivi) costitutivi del reato di associazione mafiosa abbia richiesto l’intervento per ben tre volte delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro it.* 1995, II, 422; Cass. 30 ottobre 2002, *Carnevale*, *ivi*, 2003, 453; Cass. 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Giust. pen.* 2006, 257).

Ed è altrettanto doveroso rimarcare come la problematica della capacità espansiva del concorso esterno di cui all’art. 416 c.p. e della determinazione della fattispecie delittuosa sia stata ancora da ultimo rimessa alle Sezioni Unite Penali della Cassazione da parte della Prima Sezione con sentenza 5 ottobre 2016 n. 42043.

In dottrina sulle criticità degli effetti scaturenti anche a livello politico-istituzionale dall’applicazione art. 416-*bis* c.p. vedi tra i molti gli scritti sempre attuali di G. FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, in *Foro it.* 2012, II, 565-569 nonché *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *La legislazione penale*, 2012, fasc. 3/4, 695 ss.; ed in precedenza di A. MACCHIA, “Concorso esterno”. *Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.* 2003, 22, 39.

E negative ricadute possono verificarsi — oltre che sul versante temporale anche in termini di uguaglianza di trattamento tra imputati e di prevedibilità degli effetti limitativi della libertà — da norme che abbisognano per oscurità o incompletezza contenutistica di letture integrative da parte del giudice come emerge chiaramente dalla sentenza della CEDU del 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/13 (*Contrada c. Italia*), che ha statuito che il Contrada non avrebbe dovuto essere condannato perché “il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso è il risultato di una evoluzione della giurisprudenza italiana posteriore all’epoca in cui avrebbe commesso i fatti”. Decisione questa che attesta — è bene ribadirlo — contro ogni ragionevole dubbio che la giurisprudenza italiana ha per anni disapplicato un principio cardine di civiltà giuridica, secondo il quale la fonte del diritto penale è pre-data (dal legislatore) ed il giudice non gli si può sostituire (così testualmente M. A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 1030, nt. 5, che ricorda come nella manualistica tale posizione sia stata nettamente ribadita da G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2015, 83), sicché la giurisprudenza dovrebbe “limitarsi” ad “applicare” ciò che il legislatore ha “stabilito” (c.d. *funzione cognitivo-descrittiva*) (in tali puntuali termini anche per quanto attiene al virgolettato ed al corsivo vedi sempre M. A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 83).

(74) È stato evidenziato da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, ora in appendice a F. LOPEZ, *La certezza del diritto* cit., 175, che « la scienza giuridica deve mirare soltanto a sapere quale è il diritto e non a crearlo » perché « solo quando il giurista abbia la coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova davanti a sé, l’opera sua è benefica per il diritto ». Sulla giurisprudenza « creativa » e sul pericolo di negative ricadute anche nello stesso assetto ordinamentale di uno Stato di diritto cfr.: G. VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1205 ss.

essendo obbligato — sempre ma soprattutto in presenza di decisioni capaci di incidere sui beni primari della « persona » — a fare puntuale e meditata applicazione della regola secondo cui la colpevolezza deve essere provata ben oltre ogni ragionevole sospetto (75).

Assunto quest'ultimo scaturente dalla riflessione: da un lato, che il rispetto del principio della certezza del diritto è presupposto indispensabile per allontanare, a garanzia di tutti indistintamente, lo spettro di una giustizia “precaria”, “strabica” e, non di rado, anche “persecutoria”; e dall'altro, che proprio sul versante processuale, più che su quello del diritto sostanziale, si avverte la portata e la rilevanza del suddetto principio, per essere il processo la sede naturale in cui si misura la « terzietà » ed “imparzialità” del giudice e per avere le norme di rito, nella generalità dei casi, un ambito applicativo più esteso delle norme di diritto sostanziale, per essere di queste ultime sovente destinatari non l'intera cittadinanza ma singole categorie o specifiche collettività.

Al di là delle considerazioni sinora svolte sul piano fattuale, è doveroso denunciare come ad assecondare la devoluzione ai giudici e, sovente, ai pubblici ministeri, di compiti impropri — con effetti di certo non positivi in termini di accrescimento della credibilità del servizio giustizia — contribuiscano in qualche misura anche le frequenti concessioni da parte del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM), di autorizzazioni a rivestire incarichi, che sollevano riserve, in ragione della loro natura e della rilevanza ed incisività dei poteri che vengono attribuiti ad appartenenti all'ordine giudiziario per finalità del tutto estranee alla loro istituzionale competenza (76).

Ne a tal fine può sottacersi che l'associazionismo dei magistrati — sorto per consentire una libera dialettica tra le sue diverse componenti al fine del miglioramento del servizio giustizia e della tutela della indipen-

(75) Per quanto attiene ai processi con ricadute non certo trascurabili nell'opinione pubblica e più specificatamente con riferimento al reato di concorso esterno in associazione mafiosa vedi di recente: G. FIANDACA, *Brevi note sulla portata della Corte EDU (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.* 2016, II, 741-744, che, annotando Cass., Sez. I penale, sentenza 11 ottobre 2016-18 ottobre 2016 n. 44193, scrive che tale decisione appare “più presunta che reale” per avere affermato la distinguibilità tra il « caso Contrada » e il « caso Dell'Utri » con “argomentazioni per vero non sempre lineari”, cui *adde* ancora in relazione al « caso Dell'Utri », la *Requisitoria* del P.G. presso la Corte di Cassazione, dottor Iacoviello (disponibile su www.penalecontemporaneo.it) che pone al bando del “processo giusto” quel processo in cui l'imputazione debba essere ricercata nella pagine del processo stesso o si sia in presenza di « cripto-imputazioni », « imputazioni implicite » ovvero « imputazioni vaghe ».

(76) È d'uopo tra l'altro il riferimento alle ancora numerose autorizzazioni a svolgere da parte di magistrati incarichi extra-giudiziari; ed a quelle — non sempre sufficientemente ponderate — a far parte di organismi territoriali (ad esempio: consigli comunali) ovvero di Autorità o di Organismi di garanzia, deputati a svolgere rilevanti compiti di natura politica e/o amministrativa, in un contesto ordinamentale che consente loro di rientrare, allorquando lo desiderino, nell'ordine giudiziario.

denza del giudice — si sia nel tempo progressivamente disarticolato in una molteplicità di correnti che — ponendosi in concorrenza, talvolta particolarmente accesa, nell’acquisizione di sempre maggiori iscritti — finiscono ora per fornire, senza forse che se ne avverta in pieno il pericolo, l’occasione per indebite ed occulte invasioni di campo da parte della politica, soprattutto in sede di nomina degli incarichi apicali e direttivi (77).

10. Crisi del processo e “terzietà” ed “imparzialità” del giudice.

In un suo libro un noto costituzionalista — nell’esaminare i segni rivelatori di una rete di privilegi ed ingiustizie, in buona parte sommersa, che copre l’intero Paese — rivolgendo la sua attenzione sui “giudici ingiudicabili” ha osservato: che nella magistratura si riscontra “il vizio di ogni sistema autoreferenziale, dove l’autonomia degenera in separatezza, la separatezza in arbitrio, l’arbitrio in impunità generalizzata”; ha rimarcato poi che “questo vizio abita anche nella cittadella giudiziaria, sia pure in nome del principio costituzionale che sancisce l’autogoverno della magistratura”; ed ha, infine, scritto in continuità “Difatti, chi giudica i giudici? I giudici medesimi, attraverso il CSM” (78).

Tuttora il criticato assetto istituzionale della magistratura non sembra affatto mutato né tanto meno migliorato a seguito della legge 27 febbraio 2015 n. 18 (“Disciplina della responsabilità civile del magistrato”), perché detta legge — in ragione delle riserve che fa sorgere sul versante della legittimità costituzionale e sulle difficoltà in sede interpretativa — non sembra destinata ad incidere con apprezzabili effetti su quella da più parti considerata una “giustizia domestica” (79).

(77) Per la comprensione dei contrasti riscontrabili sull’associazionismo della magistratura, sulla “giustizia” e sul suo ruolo appare utile il confronto serrato e polemico che si è avuto di recente fra due illustri magistrati, Gherardo Colombo e Piercamillo Davigo, che hanno svolto da protagonisti le funzioni di pubblico ministero e che hanno anche contribuito, in misura non trascurabile, a ridisegnare il rapporto tra politica e giustizia. Ed infatti una completa e riflessiva lettura del dialogo tra loro, riportato in *La tua giustizia non è la mia* (Longanesi, 2016), fa emergere una radicale divergenza sul ruolo del giudice, scaturente da due differenti forme di “giusnaturalismo utopico” — ciascuna delle quali con riferimento a “soggettivi e propri” principi valoriali — che però hanno trovato ragioni unificanti nello svolgimento delle loro funzioni di pubblici ministeri, come è apparso chiaramente, in tempi non lontani, dalla piena condivisione — da parte di tutti i componenti del pool di “Mani Pulite” — della utilizzazione degli strumenti processuali dagli stessi ritenuti necessari per l’accertamento della “verità materiale”.

(78) Così M. AINIS, *Privilegium. L’Italia divorata dalle lobby*, Milano 2012, 37-38, secondo cui la giurisprudenza domestica spara sempre a salve, e questo vale pure per la responsabilità civile delle toghe.

(79) Per puntuali riflessioni critiche sulla nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati cfr. per tutti: G. AMOROSO, *Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell’eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria*, in *Giust. civ.* 2015, 455 ss.

Né per altra via merita alcuna critica la denuncia di autoreferenzialità rivolta all'ordine giudiziario.

Non può infatti negarsi che — in presenza di una conclamata crisi della giustizia non soltanto per i tempi lunghi del processo ma anche per una giurisprudenza spesso fonte di numerose incertezze — la magistratura, nelle sue componenti associative, nel valutare al suo interno e senza alcun accento autocritico le ragioni di tale crisi, si è limitata a rivendicare aumenti di organico ed una migliore organizzazione degli uffici. Non ha però avanzato, con unità di intenti e a seguito di adeguata riflessione, alcuna proposta per quelle, da tutti ritenute, vere riforme strutturali (separazione delle carriere, custodia cautelare, intercettazioni telefoniche ecc.), né ha sollecitato in alcun modo interventi legislativi volti a risolvere le numerose criticità del servizio giustizia

Risponde quindi ad una esigenza sempre più avvertita una riforma che, in attuazione dei principi fondanti dell'art. 111 Cost., ridisegni nell'ambito di un processo, che si voglia "giusto", le posizioni di quanti in esso intervengono, e che ricerchi, soprattutto per quanto attiene al penale, un nuovo equilibrio, in senso paritario, del rapporto tra pubblico ministero e avvocato, al centro del quale deve collocarsi il giudice, organo di giustizia, "terzo" ed "imparziale".

Al riguardo deve osservarsi che il principio della "ragionevole durata del processo" può di fatto indurre, anche a livello normativo, a restringere, da un lato, lo spazio del diritto di difesa delle parti ed a limitare in tal modo l'ambito operativo del contraddittorio; e, dall'altro, a rafforzare nel contempo i poteri officiosi della pubblica accusa (80).

(80) È opportuno osservare che la esigenza di accelerare i tempi del processo e di far fronte ad un arretrato insostenibile ha costituito spesso la ragione fondante di riforme riguardanti il processo (o la fuga dallo stesso) come è avvenuto con la legge 10 novembre 2014 n. 162, che ha, nel dettare « misure urgenti di degiurisdizionalizzazione », sollevato giuste riserve (cfr. al riguardo C. PUNZI, *La c.d. « degiurisdizionalizzazione » della giustizia civile, in Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, a cura di C. Punzi, Torino 2015, 19, secondo cui « la definizione dell'arretrato in materia di processo civile e, in generale, la soluzione dell'ingorgo esistente nei nostri tribunali è una nobile intenzione dei *conditores legum* cui corrisponde, tuttavia, solo una pallida speranza di tutti coloro che operano nel processo civile e attendono il soddisfacimento dei loro diritti »).

Orbene, il pur lodevole intento della sollecita definizione del contenzioso della Corte di Cassazione e di efficienza degli uffici giudiziari posto a fondamento della legge 25 ottobre 2016 n. 197, non pone neanche la suddetta legge al riparo da severe critiche non solo per quanto attiene al raggiungimento degli scopi voluti, ma anche e soprattutto per i dubbi che fa sorgere a livello costituzionale. Essa infatti con i rinnovati artt. 375, 376 e 377 c.p.c., ridisegna frettolosamente l'organizzazione della Cassazione in termini rigidamente verticistici introducendo un *iter* procedurale per la scelta del rito, disordinatamente articolato, che creerà incertezze, inconvenienti e lungaggini anche a livello applicativo in ragione dei numerosi passaggi prescritti, per tale scelta. In particolare la recente novella introduce nel giudizio di legittimità un rito, quale quello camerale "a trattazione esclusivamente scritta e non partecipata", che si conclude con ordinanza in camera di consiglio e che è destinato a divenire — nella chiara sul punto volontà del legislatore — il più praticato nel giudizio

Il che porta con sé l'esigenza di una normativa volta alla c.d. separazione delle carriere che — da sempre reclamata dalla maggioranza della classe forense e costantemente osteggiata dalla magistratura — dovrebbe poi articolarsi nella introduzione di un diverso sviluppo professionale del pubblico ministero rispetto a quello del giudice; nella conseguente differenziazione dei concorsi di ingresso e delle carriere; ed infine nella formazione di due distinti Consigli Superiori della Magistratura o nello sdoppiamento dell'attuale Consiglio in due organismi paralleli, l'uno chiamato a governare l'insieme dei giudici, e l'altro invece dei pubblici ministeri (81).

di legittimità. La pubblica udienza finisce infatti per essere relegata per quanto attiene alle Sezioni semplici, a quelle cause per le quali la trattazione pubblica sia "resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto" sulla quale le Sezioni devono pronunciarsi; e per quanto attiene invece alle Sezioni Unite, alle cause che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle Sezioni semplici o una questione di diritto di massima di particolare importanza (art. 374 c.p.c.).

E tutto questo in un nuovo contesto ordinamentale in cui: non rimane compiutamente determinato il soggetto investito del potere di valutazione delle condizioni per la fissazione della pubblica udienza attraverso il riconoscimento, come detto, della « particolare rilevanza della questione di diritto »; ed in cui per di più la valutazione dell'oggetto di ogni ricorso e la consequenziale scelta del rito vengono devolute ad una nuova e specifica forma di decreto (c.d. decreto presidenziale) non motivato e non assoggettato ad alcuno strumento revisionale e che, per essere espressione di un potere discrezionale, se non arbitrario — capace anche di condizionare in qualche misura la decisione dei componenti di ciascuna delle Sezioni chiamate a decidere il giudizio — fa sorgere dubbi sulla legittimità delle nuove norme di rito alla stregua degli art. 24 e 111, comma 2, Cost.

Ed è lecito nutrire riserve anche con riferimento al decreto presidenziale con il quale viene ordinata, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 377 c.p.c., la integrazione del contraddittorio o la notificazione dell'impugnazione a norma dell'art. 332 c.p.c. (ovvero che la notifica sia rinnovata), perché pur non potendosi escludere in materia il sorgere di questioni di diritto non sempre di facile risoluzione e, quindi, la possibilità di errori con ricadute sulla trattazione e sulla stessa decisione della controversia. — il legislatore anche in detti casi non ha inteso prescrivere né la motivazione del decreto né forma alcuna di una sua revisione.

(81) Tra i primi commenti severamente critici della recente legge cfr. per tutti: B. SASSANI, *Da Corte a Ufficio Smistamento: ascesa e declino della "Suprema"*, in www.judicium.it, accesso 9-11-16, nonché C. GRAZIOSI, *La Cassazione "incamerata": brevi note pratiche*, www.judicium.it accesso 9 novembre 2016; e da ultimo cfr. C. PUNZI, *La nuova stagione della Corte di Cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1 e ss., cui si rinvia anche per la dimostrazione puntuale ed incontrovertibile che, per le modifiche radicali, introdotte dalla recente novella nel procedimento di cassazione, non sussistevano le condizioni di « straordinaria necessità ed urgenza » che costituiscono, alla stregua dell'art. 77, co. 2, della Costituzione, presupposto di legittimità della decretazione d'urgenza (così p. 5).

Considerazione quest'ultima che legittima il giudizio dei molti che ritengono che la recente riforma del giudizio di cassazione trovi le sue origini in una perseguita e preordinata opzione di politica giudiziaria che ha trovato finalmente la sua realizzazione attraverso la presa di distanze dalla proposta elaborata dalla Commissione presieduta da Romano Vaccarella uno dei più noti studiosi di diritto processuale; nella successiva relazione che ha accompagnato il disegno di legge n. 2953 presentato alla Camera dei deputati del Ministero di Giustizia l'11 marzo 2015 (a seguito del progetto presieduto da altra Commissione ministeriale questa volta guidata dal Presidente Giuseppe Maria Berruti) che ha definito — con linguaggio irrispettoso e non certo istituzionale — « farragine legislativa » i risultati della Commissione Vaccarella; ed infine in una piena ed orgogliosamente rivendicata — da parte della magistratura di legittimità — condivisione del suddetto disegno di legge. Condivisione questa non certo encomiabile per essersi ora, rispetto al passato, notevolmente ridotti — nell'ambito di una globale riorganizzazione della Corte di Cassazione in termini, come detto,

A conforto di tale innovazione va posta la ragione che una parità nel processo tra accusa e difesa con una più equilibrata regolamentazione anche dell'apparato sanzionatorio tra giudici e pubblici ministeri — è un logico corollario della diversità delle funzioni dalle due distinte figure di magistrati e dell'esigenza che l'Avvocatura sia chiamata a svolgere un ruolo più incisivo nel processo. A tale fine non può trascurarsi di considerare la rilevanza dei poteri riconosciuti — soprattutto in sede di indagini preliminari — ai titolari della pubblica accusa (82), né può negarsi che costoro godano di maggiori guarentigie rispetto ai giudici (83), con una consequenziale loro minore esposizione alla responsabilità per i danni scaturenti dal loro operato (84).

Ma se la giustizia abbisogna quindi, come da tutti ritenuto, di riforme strutturali va però nello stesso tempo chiarito come dette riforme, seppure necessarie, non sono da sole sufficienti se si voglia pervenire ad un "processo giusto", e rendere così non meramente evocativa o programmatica, ma attuativa la disposizione dell'art. 111, secondo comma, Cost. che, oltre a richiedere che ogni processo si svolga nel contraddittorio tra le parti in "condizioni di parità" prescrive anche che esso si svolga davanti ad un "giudice terzo e imparziale".

Per concludere sul punto, il servizio giustizia per risultare credibile non può prescindere da una nuova regolamentazione volta a rendere

rigidamente verticistici — gli apparati garantistici del diritto di difesa e di quello ad un libero contraddittorio tra le parti.

Per una critica invece alla separazione delle carriere — come prevista dalla proposta di riforma della giustizia di cui al disegno di legge costituzionale dell'allora guardasigilli Alfano, approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 marzo 2011, cfr.: E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, Milano 2012, 390-394.

(82) È innegabile che nell'opinione pubblica la equiparazione delle funzioni tra le due figure di magistrati, viene giudicata negativamente perché si ritiene che lo svolgimento della professione porti non di rado a creare un rapporto di conoscenza e di sentita colleganza e, talvolta, anche di assidua frequentazione tra giudici e pubblici ministeri, con il pericolo che possa in concreto alterarsi la "necessaria ed assoluta parità" della parti processuali davanti al "giudice terzo".

(83) A tale riguardo è sufficiente ricordare come solo per i giudici l'ordinamento processuale preveda gli istituti dell'astensione (art. 36 c.p.p. e 51 c.p.c.) e della ricusazione (art. 37 c.p.p. e 52 c.p.c.), pur avendo i titolari della pubblica accusa poteri di incidere con effetti immediati e diretti sulla "dignità" e sul "decoro" della persona dell'imputato, con ricadute talvolta devastanti nella sua vita.

Per una protesta contro un fenomeno che ritiene tutto italiano — quello cioè di magistrati che spesso hanno trasformato gli strumenti di indagine in armi puntate contro i cittadini, usandole poi per battaglie politiche — vedi: P. TONY, *Io non posso tacere*, a cura di C. Cerasa, Ed. Einaudi, Torino 2015, che raccoglie le confessioni di un magistrato che, per lunghi anni, ha svolto le funzioni di pubblico ministero.

(84) Cfr. sul punto M. AINIS, *Privilegium* cit., 37, che scrive: "A leggere il Rapporto Cepej 2008 (redatto dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia), con 111 procedimenti avviati nei confronti dei magistrati, noi italiani siamo fra i più intransigenti d'Europa. Sennonché l'intransigenza si dimezza rapportando questo numero al totale dei giudici in servizio, vola rasoterra tenendo conto delle sanzioni inflitte (quattro volte in meno del Regno Unito), s'inabissa rispetto ai pubblici ministeri, che hanno il potere di sbatterti in galera: (con la percentuale dello 0,3 %).

“giusto” il processo (85), previo affidamento della sua direzione ad un giudice che — scevro da pregiudizi e da pur legittime opzioni culturali — abbia della giustizia una « coscienza laica », e abbia altresì la consapevolezza che il più cogente e nobile dei suoi doveri, e forse allo stato il più difficile da onorare compiutamente, è quello di rimanere sempre “terzo” ed “imparziale” nei momenti decisionali, affrancandosi da ogni tipo di condizionamento (86).

Come è stato osservato, il « giusto processo » presuppone la generalizzata condivisione di una cultura della giurisdizione, che veda nel giudice una figura volta ad accertare « diritti » e non « verità »; che non inseguia ideologie astratte ma che agisca nel rigoroso rispetto del suo ruolo istituzionale; che non operi come « intellettuale collettivo », ma sempre e soltanto come « intellettuale solitario »; che non ambisca ad una visibilità da acquisire con decisioni supportate da una giurisprudenza autoreferenziale e da una scienza giuridica altrettanto autoreferenziale; che dia anche nel suo agire quotidiano concreta testimonianza della sua “terzietà” ed “imparzialità”; e che — è bene ribadirlo ripetutamente — riesca nel momento decisionale a liberarsi dalle proprie opzioni politiche e da ogni genere di pregiudizio perché dove si radica “ il pregiudizio” non alberga mai “la giustizia” (87).

(85) Sulla stretta connessione tra crisi di valori nella società e crisi del processo vedi il saggio di S. SATTÀ, *La tutela del diritto nel processo* (pubblicato ora unitamente ad altri scritti dell'Autore) — in *Il mistero del diritto nel processo*, Adelphi, Milano 1994, il quale, dopo avere affermato che la crisi del processo « è la crisi delle persone che operano nel processo, più precisamente di quella persona per la quale il processo è sostanzialmente tale, perché da essa si attende la tutela del diritto, vale a dire il giudice », ebbe poi ad aggiungere — sul presupposto che il processo debba reggersi su valori assoluti e perduranti — che « la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, nella politica, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi » (*op. cit.*, 64 e 79).

(86) Per la sottolineatura che verrebbe a crearsi nell'assetto costituzionale dello Stato un pericoloso squilibrio se un corpo di funzionari, eretto ad ordine indipendente ed incontrollabile da qualsiasi altro potere, non fosse ad un tempo vincolato dall'obbligo assoluto e cogente della più rigorosa imparzialità nell'espletamento della sua funzione giudiziaria vedi: G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità « materiale » o « oggettiva » nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 10, secondo cui una garanzia di imparzialità può darla soltanto la legge (intrinseca ed estrinseca) del processo perché in sua mancanza si aprirebbe la strada a qualsiasi pericoloso abuso, finendosi così per violare anche principi analoghi a quelli proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la l. 4 agosto 1955 n. 848 e non solo da essa.

(87) Sul giusto processo e sulla imparzialità del giudice vedi *amplius*: G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e “imparzialità” del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1547 ss.; Id., *Creatività del giudice e processo del lavoro*, *ivi*, 2011, 1205 ss.; e più di recente: ID, *Nuovo rito sui licenziamenti: « giusto processo » ed « imparzialità » del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, I, 17 ss.

Riassume in termini succinti il ruolo cui è chiamato ad assolvere il giudice T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano 2003, 287, che, dopo avere premesso che il tema della politicità del giudice va ricondotto entro giusti limiti — entro i quali ritroviamo le ideologie dei giudici, i magistrati conservatori ed i magistrati progressisti, quelli che fanno politica dichiarando di non farla e quelli che dichiarano il loro credo politico; aspetti tutti di una contrapposizione dialettica che vale a rendere il magistrato partecipe della società in cui vive — aggiunge poi testualmente che

11. Conclusioni.

È indubbia la sussistenza di un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia, tempi del processo, e certezza del diritto non potendosi negare che la interdipendenza — o meglio la circolarità di effetti — tra resistenza nel tempo dei principi giurisprudenziali e la risoluzione del contenzioso, comporti un più agevole perseguimento della « ragionevole durata del processo » (88).

Può, dunque, per consequenzialità logica, affermarsi che normative non chiare, sul versante contenutistico ed applicativo, possono di fatto determinare un *vulnus* al principio della certezza del diritto per effetto della formazione di indirizzi giurisprudenziali in qualche misura condizionati da personali scelte culturali di coloro che sono chiamati a decidere.

Quanto ora detto induce ad una ultima riflessione, nella speranza che essa possa fungere da chiara epitome di quanto scritto in precedenza.

In tempi in cui i partiti vengono visti non come organi rappresentativi dei valori dei propri iscritti ma come centri di poteri deputati a esercitare una pressione collettiva sul pensiero di ognuno che di essi fa parte piuttosto che a privilegiare gli interessi della collettività, norme dal contenuto oscuro per quanto attiene al loro ambito applicativo, possono fornire l'occasione — al di là della volontà del legislatore — per dare ingresso a pericolosi tentativi di politicizzazione della magistratura.

Ed infatti il moltiplicarsi di leggi di cattiva fattura, il sovrapporsi delle stesse con effetti non di rado antinomici, la mancanza di una chiara progettualità possono nel tempo favorire una “politicizzazione” dell'ordine giudiziario delegando di fatto ad esso funzioni improprie, che

al di fuori di una siffatta naturale ed ineliminabile dialettica « la funzione giurisdizionale, però, si snaturerebbe e finirebbe col trasformarsi in esercizio effettivo di funzione legislativa (il c.d. “diritto libero”, con tutti i pericoli che esso comporta) ed esecutiva, vale a dire in attività di indirizzo politico, svolta in forma contenziosa ».

(88) In tali termini G. VIDIRI, *Il c.d. Rito « Fornero »: incertezza del diritto e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1148, che evidenzia come la certezza del diritto, che agevola la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, non potrà però mai essere « assoluta », perché una qualche soggettività è insita in ogni attività interpretativa della norma, né tanto meno « definitiva » perché ogni operazione ermeneutica è in buona misura condizionata dall'evolversi del contesto economico in cui si interagisce.

È stato autorevolmente evidenziato che i limiti posti dall'attività interpretativa al principio della certezza del diritto non possono però legittimare in alcun modo la « creatività del giudice » perché « la scienza giuridica deve mirare soltanto a sapere quale è il diritto, non a crearlo » e perché solo quando il giurista ha la coscienza di questo suo limite — e non tenta di sovrapporsi al dato positivo che trova dinanzi a sé — « l'opera sua è benefica per il diritto » (così P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto*, nella collana cit., 175).

possono sfociare in una supremazia del giudice sulla legge mediante una attività ermeneutica che ne aggiri la *ratio* (89).

È ormai opinione diffusa che la giustizia politica può prendere piede ovunque, facendosi strada all'interno di un processo di crisi del potere politico e di incertezza della democrazia.

Al riguardo è stato detto che la giustizia politica, praticata non soltanto negli Stati totalitari ma anche negli Stati di diritto, va individuata nella utilizzazione delle procedure giudiziarie per raggiungere fini politici e per criminalizzare gli avversari politici (90). Ed in senso accentuatamente critico, è stato lamentato, sia a livello nazionale che internazionale, che i giudici componenti delle Corti Costituzionali, posti al vertice dell'ordinamento giuridico, non sono sempre stati esenti dall'impartire alla collettività "una lezione di mancanza di riguardo nei confronti di procedimenti formali", aggiungendosi contestualmente anche che una « classe giudiziaria che non adempie correttamente ai suoi compiti non solo insegna a raggiungere i propri obiettivi aggirando la legge ma fa apparire il successo politico, in ambito sia legislativo che giudiziario, come l'unica virtù » (91).

Considerazioni queste che portano a concludere realisticamente che — nonostante i pur apprezzabili tentativi fatti attraverso l'interpretazione conforme — in un ordinamento complesso a molteplici livelli, l'incertezza del diritto, con possibili ricadute anche sulla tenuta della stessa Unione Europea, è destinata a permanere sino a quando non si perverrà ad una Costituzione e/o ad un Codice di diritto europeo o anche ad un Accordo di individuazione di una vincolante per tutti gerarchia delle fonti normative — previa una definizione da parte di tutti gli Stati dei limiti entro i quali sono disposti a rinunciare ad una parte della loro sovranità.

Senza tali radicali riforme l'Unione Europea rischia di divenire un

(89) Rimarca come non siano solo i giudici occidentali ad aggirare la supremazia della legge R. H. BORK, *Il giudice sovrano* cit., 212, che a titolo esemplificativo, dapprima, ricorda come sia in costante aumento la *jury nullification*, — ovvero il rifiuto da parte dei giurati, di ritenersi vincolati dalle leggi o dalle prove, quando le conclusioni da esse derivanti contrastano con le loro profonde convinzioni — e poi aggiunge che negli Stati Uniti esiste addirittura una organizzazione nazionale addetta ad incoraggiarla. Tale organizzazione esorta persino i futuri giurati a mentire, durante il procedimento di selezione della giuria, in merito alle loro opinioni personali e alla effettiva volontà di uniformarsi alla legge.

(90) Per un ampio *excursus* storico sulla politicizzazione della giustizia e sulle persecuzioni per via giudiziaria, di indubbia utilità anche per rivolgere una più vigile attenzione sull'attuale stato della giustizia, vedi il già citato libro di O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*.

(91) Così R. H. BORK, *Il giudice sovrano* cit., 212-215, che — dopo avere denunciato una forma di illegittimità eretta dalle burocrazie di cui si servono i moderni, sempre più invadenti e onnipresenti, Stati, che « eludono la maggior parte delle leggi che ci governano con la minima responsabilità di fronte al popolo ed ai rappresentati eletti e con il minimo riguardo con la coerenza » — addebita poi ai giudici che sono portavoce delle Costituzioni la responsabilità di fornire dimostrazioni di mancato rispetto della *rule of law* ».

sogno che finirà presto per svanire, portando con sé insicurezza e sfiducia, destinate nel futuro a tradursi in milioni di “vite rinviate” (92).

(92) Maggiore fiducia sembra nutrire nel futuro dell’Unione Europea R. Cosio, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione dell’Unione Europea*, che guarda alla formazione di un ordinamento comune in forte evoluzione, che parte dalla « componente creativa » della Corte di Giustizia incentrata nel suo agire sul metodo teleologico; che passa poi attraverso l’attività ermeneutica a fissare i principi generali fondamentali dell’Unione — come il principio di parità e di non discriminazione — desumendoli dalle “tradizioni comuni agli Stati membri”: e che termina con il consolidare i risultati raggiunti mediante il richiamo ad un testo scritto (la Carta dei diritti fondamentali) (cfr. *amplius* il saggio citato, par. 12, nel presente volume).