

GUIDO VIDIRI

già Presidente della Sezione del lavoro della Corte di cassazione

IL GIUDICE E LA LEGGE NEL DIRITTO DEL LAVORO: IL GIUSLAVORISTA ALLA RICERCA DI SE STESSO TRA SENTENZE “CREATIVE” E (IN)CERTEZZA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. L'avventura del diritto del lavoro. – 2. Il giuslavorista alla ricerca di se stesso. – 3. Verso un diritto senza valori? – 4. Certezza del diritto e clausole generali – 5 ...e norme costituzionali. – 6. Le minacce alla certezza del diritto tra diritto statale e diritto dell'Unione Europea. – 7. La scuola del diritto libero e «l'attività creatrice» del giudice. – 8. Art. 111, comma 2, Cost.: «terzietà ed imparzialità del giudice» e «giusto processo». – 9. L. n. 197 del 2016 e «giusto processo»: verso un affievolimento del diritto di difesa?

1. – È stato affermato che le radici civilistiche del diritto del lavoro «non sono solo residui fossili o cimeli di una era passata, che si conservano come si fa con un album di foto di famiglia ingiallite dal tempo» perché esse costituiscono oggi più che mai «elemento essenziale di una branca del diritto la cui vocazione essenziale è la restituzione alla persona che lavora, nella misura più larga possibile e comunque progressiva, della libertà e dell'autonomia propria del diritto civile»⁽¹⁾. A supporto di tale assunto è stato anche evidenziato come lo scopo ultimo della intera legislazione sociale e dello stesso movimento sindacale sia stato quello di realizzare l'emancipazione della persona umana dalla sua condizione di debolezza contrattuale nel mercato del lavoro – e di conseguenza di *diminutio capitis* sul piano giuridico – per consentire alla “persona” del lavoratore di esercitare per intero la propria autonomia⁽²⁾.

(1) Cfr. in tali sensi P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 106 e nt. 80, il quale, dopo avere rimarcato che per il diritto del lavoro l'appartenenza al diritto civile non costituisce soltanto una eredità del passato «ma anche un punto di arrivo», dichiara di condividere il pensiero di L. MENGONI (riportato in *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 3, spec. pag. 23) per il quale nel futuro cultura civilistica e cultura giuslavoristica possono trovare una linea di pensiero comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi della persona nella società.

(2) Sul punto cfr. *amplius* P. ICHINO, *Il percorso tortuoso*, op. cit., pag. 103, per il quale

Con riferimento alla diversità delle teorie dottrinarie e giurisprudenziali in materia di lavoro un noto storico del diritto in un chiaro ed esaustivo scritto – dopo avere premesso che «la scienza giuslavoristica costituisce necessariamente un momento riflessivo per l'intera scienza giuridica» perché richiama ogni giurista ai difficili e non eludibili problemi connessi al suo ruolo⁽³⁾ – ha poi concluso in tali precisi termini: «Io credo che la disciplina giuslavoristica meriti pienamente quell'appellativo che un nostro pensoso civilista, Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato»⁽⁴⁾. Non è certo questa la sede per esplicitare in maniera compiuta l'eterna *querelle* tra concezione contrattualistica e acontrattualistica del rapporto di lavoro⁽⁵⁾ o quella, altrettanto risalente, riguardante la concezione privatistica o pubblicistica della contrattazione collettiva⁽⁶⁾.

Ciò non impedisce però di esaminare – nel solco volto al miglioramento di una disciplina che ha investito, con un percorso non affatto lineare

l'intera politica sociale e del lavoro deve tendere a realizzare un contesto nel quale la persona che lavora possa essere considerata a tutti gli effetti maggiorenne perché effettivamente libera di scegliere; e nel quale, dunque, il contenuto del diritto del lavoro tenda a coincidere con quello del diritto civile, del diritto comune del contratto.

⁽³⁾ In questi termini cfr. P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 31, che aggiunge anche come il cultore «del diritto del lavoro», contemplando senza sgomenti le sue inquietudini e la sua perenne tensione, lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante «non può che sentirsi all'avanguardia, in una trincea aperta nello sviluppo rapido della nostra civiltà giuridica».

⁽⁴⁾ Così testualmente P. GROSSI, *op. loc. ult. cit.*, cui *adde* per un più completo richiamo alla figura di Vittorio Polacco: ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, spec. pagg. 21-27 nonché pagg. 45-46, che – dopo avere riconosciuto il suddetto civilista come uno (con Gian Pietro Chironi) dei due protagonisti della scienza civilistica a cavallo dei due secoli (ottocento e novecento), ha rimarcato come lo stesso – usando un immaginifico linguaggio, – abbia propugnato di affiancare “alla stella fissa del Codice una costellazione fatta di poche e non ingombranti stelle minori, cioè di alcune leggi speciali che non intorbidissero e tanto meno incrinassero la unitarietà del diritto civile” (così pag. 45).

⁽⁵⁾ Ricorda P. ICHINO, *La grande avventura*, *op. cit.*, pag. 83, come non vi sia alcun dubbio sul fatto che il «contrattualismo laborista» di Gino Giugni e di Federico Mancini abbia fortemente informato l'orientamento dominante della dottrina giuslavoristica italiana, a partire dagli anni '60, per tutti i decenni successivi, anche se a partire dalla metà degli anni sessanta abbia prevalso una opposta opzione culturale.

⁽⁶⁾ Sulla non linearità del percorso del diritto sindacale tra natura privatistica e funzione pubblicistica della contrattazione collettiva e sull'assetto delle relazioni industriali cfr.: P. ICHINO, *Il percorso tortuoso*, *op. cit.*, pagg. 105-106, per il quale il cultore del diritto sindacale e del lavoro non può fare a meno di possedere con sicurezza gli strumenti propri del civilista perché l'appartenenza al diritto civile del diritto del lavoro non costituisce «soltanto una eredità del passato, ma anche un punto di arrivo».

nel tempo, la «persona» del lavoratore ⁽⁷⁾ – la recente ed alluvionale legislazione per, eventualmente, censurarne le interpretazioni *a priori*, cioè inquinate da pregiudizi. Tutto questo al fine di ritrovare chiavi ermeneutiche volte ad accertare la effettiva volontà del legislatore rendendo in tal modo il comma secondo dell'art. 111 Cost. una disposizione non meramente programmatica, ma di attuale e completa applicazione, con il consequenziale effetto di approdare ad un “giusto processo” attraverso risposte giudiziarie in tempi ragionevoli.

2. – Si è in dottrina opportunamente rilevato come nel diritto del lavoro vi siano stati innesti nuovi che ne hanno scosso il fondamento della disciplina, facendo dubitare il giuslavorista – da sempre alla ricerca di se stesso – sulla sua reale identità. Non si è mancato anche di raccomandare che, stante il carattere essenzialmente policentrico e post-ideologico del momento, non si debba mai perdere di vista l'ineliminabile sostrato personale del rapporto di lavoro né mai deflettere dal porre la persona del lavoratore, la sua tutela, la valorizzazione di ogni sua dimensione «a fine insopprimibile di una disciplina, la quale non potrà mai rinserrarsi in una razionalità fredda e impietosa, e nemmeno nella rigidità sociale di valutazioni puramente economicistiche» ⁽⁸⁾.

Tali parole sono state scritte da chi ha ricordato come un suo illustre collega universitario, in un frammento di un intervento tenuto nella Facoltà fiorentina nel 2005, ebbe a dire che “il diritto del lavoro non è stato mai nichilista, è stato sempre valorista, ha sempre perseguito dei valori, ed il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore”, aggiungendo poi che “la tutela della libertà umana del lavoratore ... quindi non può essere annegato, con il pretesto della partecipazione, nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia” ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ P. GROSSI, *La grande avventura*, op. cit., pagg. 10 e 29, nel riportare il pensiero di R. DEL PUNTA (espresso in *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*, a cura di P. ICHINO, Milano, 2009) ha ricordato come il suddetto Autore abbia affermato che il diritto del lavoro è una disciplina che «ha accettato di misurarsi con l'avanzata del nuovo», riuscendo ad esprimere la complessità ma anche la ricchezza che caratterizza la materia giuslavoristica.

⁽⁸⁾ Per tali considerazioni v. *amplius*: P. GROSSI, *La grande avventura*, op. cit., pagg. 28-31.

⁽⁹⁾ Par le parole di cui al testo, parte significativa del citato intervento del Professore MATTEO DELL'OLIO, universalmente rimpianto – ed il cui ricordo è sempre vivo tra quanti hanno avuto l'occasione a la fortuna di conoscerlo personalmente e di apprezzarlo per la

Il giuslavorista è pertanto tenuto a ritrovare se stesso stante la generale consapevolezza che «il diritto del lavoro o è un diritto valoriale o annega nel nichilismo giuridico», e deve pertanto in sede ermeneutica chiedersi se e come i recenti innesti normativi abbiano o meno avuto ricadute negative sul diritto del lavoro sia sul versante sostanziale che su quello processuale al fine di valutare con onestà di intenti – e cioè senza pregiudizi di alcun genere o partigianerie categoriali – in quale misura dette ricadute siano addebitabili alle fonti legali o a quelle giurisprudenziali.

3. – Le problematiche da sempre caratterizzanti il diritto del lavoro oltre che per la loro complessità a livello giuridico anche per la loro pregnanza sul terreno economico, sociale e politico portano a rimarcare in un *cabier des doléances* le critiche di quanti, volendo privilegiare, nell'ambito del diritto civile il diritto del lavoro e quello sindacale, hanno nel passato approfondito lo studio delle l. 15 luglio 1966, n. 604 (“Norme sui licenziamenti individuali”) e 20 maggio 1970, n. 300 (“Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”) unitamente alla l. 11 agosto 1973, n. 533 (“Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria”), ed hanno successivamente scelto di continuare ad operare a vario titolo nel settore giuslavoristico.

Tutti costoro non possono non avvertire l'attuale grave degrado dei valori fondanti il diritto del lavoro qualora pongano a confronto la legislazione della fine degli anni sessanta e gli inizi degli anni settanta del secolo scorso con le vigenti normative, le quali hanno, in più e qualificanti punti, modificato le diverse tipologie dei contratti di lavoro e il generale assetto delle relazioni industriali, ridimensionando radicalmente l'iniziale apparato normativo apprestato dallo statuto dei lavoratori a tutela della dignità e della libertà dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali.

Le recenti leggi, infatti, con il ridisegnare, dapprima con la c.d. legge Fornero e successivamente con il *Jobs Act*, la regolamentazione del rapporto lavorativo e della contrattazione collettiva, hanno contribuito alla formazione di quello che ben può definirsi il “nuovo diritto del lavoro”.

Non possono qui sintetizzarsi le numerosissime innovazioni intervenute nella materia giuslavoristica nel corso di più di mezzo secolo ma è

forza del suo pensiero scientifico, costantemente mostrato anche nelle aule di giustizia – vedi ancora: P. GROSSI, *La grande avventura*, op. cit., pagg. 30-31.

sufficiente, ai fini che interessano, rilevare: per quanto attiene ai licenziamenti individuali per giusta causa o per giustificato motivo che, con una normativa modificativa dell'originaria stesura dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 (prima con l'art. 1 l. 28 giugno 2012, n. 92, e poi con gli artt. 2 e 3 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23), sono state relegate ad ipotesi tassative e residuali le fattispecie di tutela reale nel posto di lavoro attraverso disposizioni che, in ragione della loro "lacunosità" e "disinvolta tecnicità", hanno determinato in sede applicativa una notevole incertezza⁽¹⁰⁾, pure sul versante processuale⁽¹¹⁾. In relazione poi ai licenziamenti collettivi regolati anche essi dal d.lgs. n. 23 del 2015 è rilevante, sempre ai medesimi fini, evidenziare come il suddetto decreto – nel riconoscere il diritto alla reintegra unicamente nei casi del tutto rari di licenziamenti senza forma scritta – ha dopo la legge Fornero introdotto elementi distonici rispetto alla precedente disciplina di cui alla l. 23 luglio 1991, n. 223. Si è così ridimensionato drasticamente, nella gestione delle crisi aziendali, il ruolo e la funzione del sindacato determinando: sul piano sostanziale l'effetto di ridurre le tutele di tutti i lavoratori coinvolti in detta procedura in conseguenza della limitazione dello spazio negoziale delle organizzazioni

⁽¹⁰⁾ Per una immediata, severa e caustica critica della modifica del testo iniziale dell'art. 18 stat. lav. ad opera della l. n. 92 del 2012 cfr.: S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.* 2012, I, pag. 535 e segg. cui *adde*, sempre per un severo giudizio sulla suddetta legge: G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 617 e segg., secondo cui la legge Fornero «rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e pertanto foriero di una *giurisprudenza anarchica*». Più in generale sulle numerose riserve che il *Jobs Act* legittima anche a livello costituzionale cfr. più di recente: M. CORTI, *"Jobs Act" e Costituzione: i molti interrogativi di un rapporto difficile*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, pag. 98 e segg.

⁽¹¹⁾ Le numerose problematiche sollevate dal rito sui licenziamenti (regolato dall'art. 1, commi dal 47° al 68°, della l. n. 92 del 2012) – relative tra l'altro all'obbligatorietà del suddetto rito, alla sua applicabilità ai licenziamenti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, alle conseguenze scaturenti dalle erronea scelta del rito (inammissibilità del ricorso o conversione del rito) – hanno trovato in dottrina ed in giurisprudenza risposte differenziate, creando incertezze addebitabili non solo ad una normativa in molti punti non agevolmente decifrabile, ma anche risposte giudiziarie non sempre condivisibili per avere, attraverso un eccessivo ampliamento dell'ambito applicativo del suddetto rito, finito per disattendere la volontà del legislatore. Su tali punti vedi per tutti: G. VIDIRI, *Il c.d. rito «Fornero»: incertezza del diritto e «giusto processo»*, in *Riv. Dir. Proc.* 2016, pag. 1143 e segg.; ID., *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 39 e segg.; e per un esame approfondito dei diversi indirizzi giurisprudenziali e dottrinarini in materia: D. DALFINO, *Impugnazione del licenziamento, domanda subordinata di tutela e rito applicabile*, in *Foro It.*, 2016, I, pag. 2756 e segg. ed, in precedenza. G. FIGARELLA, *Il rito Fornero a due anni dall'entrata in vigore: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Giusto Processo Civ.*, 2014, pag. 1211 e segg.

sindacali, cui si è di fatto negata una efficace tutela del diritto alla informazione ed alla consultazione volta a favorire accordi tra le parti sociali⁽¹²⁾; e sul versante processuale si è poi mancato di indicare, con la necessaria chiarezza, il rito cui deve assoggettarsi, e cioè il rito Fornero o quello di cui agli artt. 409 e segg. Cod. Proc. Civ.⁽¹³⁾.

E tutto questo in un quadro ordinamentale in cui il rapporto intercorrente tra attività ermeneutica del giudice e «giusto processo» non ha trovato ancora una soddisfacente collocazione nonostante gli innumerevoli ed autorevoli studi ed il vivace dibattito dottrinario tra quanti identificano il ruolo del giudice in una necessaria opera di mediazione tra il sistema legale e la «cultura sociale»⁽¹⁴⁾, e di quanti invece, sul presupposto del-

(12) Cfr. in questi sensi critici cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in AA.Vv., *Il licenziamento collettivo in Italia e nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, Milano 2016 (a cura di R. COSIO, F. CURCURIUTO, R. FOGLIA), pag. 75 e segg., e più in generale in senso critico – per quanto attiene all'intero impianto del *Jobs Act* ed alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti di cui evidenzia i numerosi profili di illegittimità costituzionale – S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it, 246/2015, secondo il quale la scelta legislativa in favore di una brutale «monetizzazione» al ribasso delle conseguenze del licenziamento illegittimo non individua un punto di ragionevole bilanciamento tra contrapposti interessi perché «l'unico interesse realmente protetto finisce per essere quello del datore di lavoro alla certezza dei costi contenuti e predeterminabili *ex ante*, mettendo fuori gioco una volta per tutte la discrezionalità valutativa del giudice» (così testualmente a pag. 21).

(13) Per la tesi che ritiene inapplicabile al licenziamento collettivo il c.d. rito Fornero – per essere tale licenziamento regolato da una propria e specifica normativa (quella dettata dalla legge n. 223 del 1991) cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina*, op. cit., pagg. 104-105 ed in senso analogo anche: A. CIRIELLO – M. LISI, *Diritto processuale*, in G. PELLICANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano 2012, pag. 284.

Contra però N. FRASCA, *Applicabilità ai licenziamenti collettivi del rito Fornero e delle tutele previste dall'art. 18 stat. lav.*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, II, pag. 1200 e segg., cui si rinvia per riferimenti ai numerosi autori favorevoli alla tesi, in tale scritto condivisa, dell'assoggettabilità del licenziamento alla normativa processuale della l. n. 92 del 2012.

(14) Tra i molti che ritengono il giudice un mediatore tra la legge ed i valori ed il sentire della società civile cfr.: N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quale fonti integrate del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, pag. 1153 segg., il quale – dopo avere sottolineato che dopo l'entrata in vigore del codice civile i paradigmi scolastici ribaditi da una consolidata tradizione universitaria hanno parlato di «fonti del diritto» in senso formale, senza in alcun modo includere in esse la dottrina e la giurisprudenza – ha poi evidenziato che sia l'una che l'altra «hanno visto sempre più affievolirsi la specificità di un ruolo che era legato alla logica delle codificazione, cioè di una normativa confezionata ed in quanto tale individuabile prima della sua applicazione», mentre oggi «la costituzionalizzazione del diritto, cioè la sua individuazione in chiave di principi» postula una concezione dinamica delle regole giuridiche rispetto alla quale sfuma la possibilità stessa di una distinzione tra una lettura in chiave teorica e un'altra in chiave pratica di un *ius positum*. In termini sostanzialmente analoghi per quanto attiene all'attività ermeneutica del giudice ed alla collocazione della giurisprudenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico cfr. in precedenza ID., *Il ruolo del giudice nella crisi delle*

l'«autosufficienza della volontà normativa», ne riducono drasticamente gli spazi di operatività⁽¹⁵⁾.

Un siffatto instabile assetto normativo è stato visto come consequenziale alla c.d. “età della decodificazione” ed al venir meno anche della “ingenua fiducia” nelle leggi speciali. Queste infatti, sono state viste come attuazione dei principi della Costituzione, in quanto tali riconducibili, con il codice civile, entro la pluralità di “microsistemi” di cui costituiscono parte integrante, non cogliendosi però l'essenza nichilistica di un generale fenomeno che porta a negare ogni criterio di unità per “consegnarsi al volere umano ed alla causalità del divenire”, in un indefinito movimento delle norme ed in un loro quotidiano nascere e morire⁽¹⁶⁾.

4. – È innegabile che la indeterminatezza dell'enunciato legislativo propria delle c.d. clausole generali – di consistente numero oltre che nel diritto sostanziale anche in quello processuale – porta con sé il pericolo di ledere il principio della certezza del diritto, che è finalità da perseguire soprattutto in quei settori ordinamentali nei quali si è in presenza di diritti a copertura costituzionale, che corrono il rischio di essere pregiudicati da

fonti del diritto, ivi, pag. 484 segg., e per riflessioni ulteriori sull'esigenza che l'attività giudiziaria e la giurisprudenza si facciano portavoce dei valori e dei sentimenti della comunità nazionale vedi tra i molti: G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pag. 206 segg.; A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, in *Law and argumentation*, diretto da U. VINCENTE, Torino, 200, pag. 159 segg.

⁽¹⁵⁾ Sul rilievo della natura flessibile e labile del confine tra una interpretazione delimitativa o estensiva del contenuto della norma ed una interpretazione invece abrogativa o sostanzialmente disapplicativa: 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, pagg. 526-529 e spec. pag. 528 e nt. 44, il quale rileva che è sempre presente il pericolo che nelle pieghe dell'attività ermeneutica possano trovare una sicura e tranquillizzante copertura scelte culturali o opzioni ideologiche capaci di incidere con efficacia determinante sull'esito delle decisioni giudiziarie. Pericolo maggiormente incombente in periodi contrassegnati da una accentuata conflittualità sociale e da principi e valori alternativi, e nei quali il ruolo del giudice deve essere volto a comporre le diversità in una decisione rispondente a principi e valori condivisi – se non dalla intera collettività – dalla maggioranza dei cittadini, a ciò pervenendosi attraverso una equilibrata opera di bilanciamento delle posizioni in conflitto e dei correlati interessi ma sempre nell'effettivo rispetto della volontà del legislatore.

L'esperienza della realtà fattuale mostra che la perdita della credibilità della magistratura è in buona misura collegata ai pronunziati dissonanti dal comune sentire dei cittadini. Al riguardo v.: B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 2000, pag. 147, che osserva come il potere giudiziario debba «indirizzarsi molto di più a scoprire quale è la legge piuttosto che imporre alle parti in causa ciò che il giudice pensa che sia la legge o desidera sia la legge».

⁽¹⁶⁾ In tali sensi ma più ampiamente N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, pagg. 7-8, ed in precedenza dello stesso Autore, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

un soggettivismo interpretativo, non di rado ideologicamente orientato, capace anche di determinare un *vulnus* al vivere civile della collettività, cui non viene garantita una agevole conoscibilità delle condotte possibili e lecite (17).

Da più parti si è dunque opportunamente rimarcato che le suddette clausole possono risultare terreno privilegiato per personali scelte assiologiche rivolte al superamento della neutralità dell'attività interpretativa sì da svalutare il dato normativo e da negarne i valori ad esso sottesi, determinando in molti casi una giurisprudenza «anarchica» ed ampi spazi per la «creatività del giudice». Si finisce in tal modo per impedire o ritardare il formarsi di approdi giurisprudenziali affidabili in termini di certezza e di tenuta temporale, con ricadute negative pure sul versante economico ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale, con effetti sociali negativi anche in termini di occupazione della manodopera (18).

(17) Sulle clausole generali tra i numerosissimi contributi in materia cfr.: S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, pag. 709 e segg.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, pag. 5 e segg., ed in tempi più recenti tra i molti S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; M. VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. It.*, 2011, pagg. 1720-1722; *Id.*, *Le clausole generali*, Milano, 2010.

Per un'esauriente ed aggiornata trattazione delle diverse problematiche riguardanti le clausole generali ed i correlati effetti applicativi in sede giurisprudenziale cfr. da ultimo: AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'AMICO e con la presentazione di P. GROSSI), Milano, 2017.

(18) Per l'assunto che l'economia in epoca di capitalismo avanzato abbia 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, 1993, pag. 209, cui *adde* per tutti: N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pag. 15, che evidenzia come la calcolabilità esiga «un diritto formale, che si appoggi a fattispecie ed a giudizi sussuntivi», e che aggiunge anche che la «perdita della calcolabilità impedisce al capitalista di far conto su ciò che avverrà, ossia di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte». Sempre di recente vedi sul punto: *Id.*, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pag. 917 e segg. che – dopo avere richiamato il pensiero di Max Weber volto ad evidenziare il «bisogno di calcolabilità e di affidamento nel modo di funzionare dell'ordinamento giuridico e della amministrazione» come «bisogno vitale del capitalismo moderno» – precisa poi che la calcolabilità e l'affidamento si tengono insieme perché «il diritto calcolabile è un diritto su cui fare affidamento, su cui riporre aspettative» perché «la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa» e perché ancora «soltanto ciò che dura merita affidamento» (cfr. in tali sensi pag. 921 e nt. 3).

L'incertezza del futuro, alimentata anche da una risposta giudiziaria *tardiva* e dai contenuti *aleatori*, non è poi del tutto estranea alla tendenza – riscontabile a livello macro-economico – a conseguire talvolta, con disinvolve operazioni borsistiche, profitti immediati da parte del *management* delle grandi imprese, con danni spesso irreparabili, oltre che per i risparmiatori e la collettività dei cittadini, anche per la effettiva solidità delle stesse imprese (cfr. per ulteriori considerazioni, anche a livello sociologico, sull'attuale assetto delle

Un approccio con la letteratura e la giurisprudenza induce ad evidenziare nella cultura giuridica una situazione articolata e soprattutto confusa sul tema scrutinato e conseguentemente a rilevare: come il sintagma «clausola generale» sia ambiguo, per esprimere una molteplicità di significati sovrapponibili, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso i giuristi ed i giudici⁽¹⁹⁾; e come tra le numerose nozioni date alle clausole in esame ve ne sia una che le identifica in norme che presentano «una eccedenza di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative» tanto da delegare al giudice una scelta di valori⁽²⁰⁾, nonché una altra che le configura come «norme incomplete, frammenti di norme» prive pertanto di una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi di altre disposizioni»⁽²¹⁾.

Va comunque rilevato che tutte le pur diverse definizioni trovano il loro dato unificante nell'assegnare alle suddette clausole una «elevata vaghezza» di contenuto e di ambito applicativo.

L'effetto della indicata indeterminatezza nell'accentuare poi le difficoltà di individuazione dei confini entro i quali il potere dell'interprete può spingersi senza sfociare in arbitrio⁽²²⁾, porta a sua volta ad evidenziare – seppure attraverso un differenziato percorso argomentativo – una netta differenziazione tra una opzione culturale di accentuato timore e diffidenza, anche per ragioni storiche, verso le clausole generali, ed altra opposta opzione che invece plaude ad un loro progressivo aumento in ragione della

relazioni industriali: L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Bari, 2005 e, più di recente, *Il colpo di stato delle banche e dei governi. L'attentato alla democrazia in Europa*, Bari 2013).

⁽¹⁹⁾ Cfr. in questi sensi la nota di M. VELLUZZI, che precede la monografia dello stesso Autore, *Le clausole generali*, op. cit., pagg. 1-3, secondo cui è abitudine ricorrente 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», «nozione a contenuto variabile» e altre ancora.

⁽²⁰⁾ Per tale definizione vedi E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pag. 316.

⁽²¹⁾ Cfr. al riguardo L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, op. cit., pagg. 10-11. Per S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto* (raccolte da A. Orestano), Torino, 2000, pag. 115, le clausole generali si presentano invece «come via per l'assorbimento del reale nell'ordine giuridico; danno senso giuridico al mutamento; esprimono [...] la complessità dell'ordine sociale e, quindi, la necessità di fare operare al suo interno strumenti di compatibilità in presenza di diversi riferimenti culturali e sociali».

⁽²²⁾ Sul punto S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, op. cit., pag. 54 e nt. 36, il quale osserva puntualmente che i limiti ed i criteri di interpretazione delle norme che contengono clausole generali sono specifici anche se va ribadito che problemi analoghi si ritrovano, sia pure in misura limitata, nell'interpretazione di qualsiasi norma giuridica, soprattutto se si attribuisce il giusto rilievo al principio di effettività, perché «il diritto è effettività».

esigenza di una apertura del sistema giuridico ad una rapporto dialettico con il tessuto sociale ed il contesto ambientale in cui si cala il dato normativo⁽²³⁾, con l'ulteriore effetto di dotare l'ordinamento «di strumenti omeostatici, che giustificano l'equilibrio tra disciplina giuridica e dinamiche reali senza bisogno dell'intervento continuo del legislatore»⁽²⁴⁾.

Ed il dibattito tra tali opposte opzioni diventa particolarmente acceso allorché l'attività ermeneutica abbia ad oggetto le leggi ordinarie volte a regolare interessi di particolare rilievo per la collettività nonché le norme della Carta Costituzionale, che non è certo priva di disposizioni dall'ambito applicativo di difficile determinazione che hanno non di rado anche esse impedito o ritardato il formarsi di approdi giurisprudenziali e dottrinari rassicuranti, tanto da creare sconcerto nella collettività e ricadute negative per l'incertezza derivatene.

Ed a riprova del negativo impatto sull'opinione pubblica derivante dalla incertezza, anche in sede penale, basta il mero richiamo alla fattispecie di cui al disposto dell'art. 416-*bis* Cod. Pen., che ha più volte richiesto l'intervento regolatore delle Sezioni Unite della Cassazione per la individuazione degli elementi costitutivi della sua fattispecie delittuosa⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Vedi al riguardo L. MENGONI, *Spunti per una teoria*, op. cit., pag. 5, secondo cui un indice di tale apertura è «l'integrazione della interpretazione della legge in una ermeneutica che non si esaurisce all'interno della dimensione terminologica ma si propone il compito ulteriore e decisivo di confrontare i concetti analizzati nel testo con la realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito operativo».

⁽²⁴⁾ In questi termini S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, op. cit., pagg. 115-116, il quale osserva che le dinamiche proprie delle clausole generali sono ormai influenzate dal fatto di vivere in un ambiente normativo reso più flessibile, sicché non ci si può fermare alle riflessioni proprie di una situazione storica assai diversa da quella attuale.

⁽²⁵⁾ Sugli effetti negativi prodotti da norme di faticosa interpretazione con riferimento alla individuazione degli elementi qualificanti fattispecie delittuose come quella dell'art. 416 *bis* Cod. Pen. cfr. G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale ed imparzialità del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, pagg. 1565-1566 e nt. 50, cui *adde* lo scritto di G. SILVESTRI (*Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, nota a Cass. 24 aprile 2012 n. 16727, *Dell'Utri*, in *Foro It.*, 2013, II, pag. 385), che sottolinea come le difficoltà di individuazione del fatto tipico e degli elementi (soggettivi ed oggettivi) costitutivi del delitto di associazione di tipo mafioso abbia richiesto l'intervento per ben tre volte delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. 5 ottobre 1994, *Dimitry*, in *Foro It.*, 1995, II, pag. 422; Cass. 30 ottobre 2002, *Carnevale*, *ivi*, 2003, pag. 453; Cass. 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Giut. Pen.* 2006, pag. 257).

Sulla criticità degli effetti scaturenti anche a livello politico-istituzionale dall'applicazione del suddetto reato vedi tra i molti gli scritti sempre attuali di: G. FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, in *Foro It.*, 2012, II, pagg. 565-569, nonché *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *La legislazione penale*, 2012, pag. 695 e segg. Sempre con riferimento al concorso esterno nel processo che ha visto imputato il sen. Dell'Utri, nella *Requisitoria* del PG. IACOVIELLO (che leggesi in *www.penalecontemporaneo.it*) è stato scritto che deve essere posta al bando del processo giusto quel processo in cui

5. – La presenza di disposizioni dal contenuto non agevolmente individuabile si riscontra, come si è anticipato, pure nella Carta Costituzionale, non di rado pure essa fonte di incertezze, come emerge agevolmente dalla regolamentazione dei rapporti economici tanto che già in tempi risalenti si è avanzata la richiesta di una riforma della sua Parte prima (Titolo terzo) con particolare riferimento al combinato disposto dei primi due commi dell'art. 41⁽²⁶⁾. Si è infatti evidenziato che risulta assai arduo desumere dalle pronunce del giudice delle leggi una nozione di “utilità sociale” ben definita, non solo in ragione del risvolto negativo di controllo su di essa (sono censurate solo le scelte del legislatore che non corrispondono ad una “utilità sociale”) ma anche per la varietà dei fini di volta in volta ritenuti idonei a configurare la predetta “utilità sociale”⁽²⁷⁾.

E sempre nella stessa direzione si è fatto riferimento alla disposizione di cui al comma quarto dell'art. 39 Cost. che, per caratterizzarsi per la “vaghezza” del criterio su cui misurare la rappresentatività sindacale, ha

la imputazione venga “ricercata” nelle pagine del processo stesso ovvero si sia in presenza di «cripto-imputazioni» «imputazioni implicite» o «imputazioni vaghe».

⁽²⁶⁾ Per un esame del ruolo centrale che sempre l'ordinamento ha riconosciuto all'iniziativa economica e per comprendere il rilievo assunto nel tempo dall'art. 41 Cost. nell'ambito dell'assetto delle relazioni industriali tra le contrapposte parti sociali (rappresentanze datoriali ed organizzazioni sindacali) cfr. per tutti: F. GALGANO, in F. GALGANO – S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, Tomo II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA (artt. 41-44), Bologna-Roma, 1982, *sub.* art. 41, pag. 1 e segg., il quale rimarca opportunamente che detto articolo è, per generale riconoscimento, il nucleo normativo fondamentale del titolo III e, come è stato osservato, il “nesso generale di collegamento” fra le diverse disposizioni della “costituzione economica” (pag. 40).

⁽²⁷⁾ In tali termini cfr.: R. NIRO, *sub.* art. 41 Cost. del *Commentario della Costituzione* a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, Torino, 2006, pagg. 854-855, che, a riprova della indecifrabilità della formula “utilità sociale” di cui al comma secondo dell'art. 41 Cost., ricorda anche come nella nozione di “utilità sociale” si sia di in volta in volta inteso: ravvisare l'esigenza di raggiungere i “massimi livelli occupazionali” secondo una lettura della norma proposta da Mortati, che congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 all'art. 4 Cost.; pervenire al “recupero” della nozione utilitaristica di Bentham volta a significare “la maggiore quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini”; o fare riferimento ad un “principio valvola” che consente l'adattamento dell'ordinamento al mutamento dei fatti sociali o anche ad un “concetto di valore” intriso di giustizia sociale e teso a quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal comma secondo dell'art. 3 Cost.

Parla infine di “irriducibile poliedricità” riscontrabile nella “utilità sociale”: A. BALDASARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano, 1971, pag. 503, secondo cui «il riferimento di tale concetto ai due campi applicativi, costituiti ora dai rapporti interni dell'unità produttiva ora dalla sua attività rivolta all'esterno, ha l'effetto di produrre una vera e propria bipolarità semantica, il cui referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso, ai lavoratori dipendenti, e nell'altro, all'intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dall'interesse sociale».

finito per determinare incertezze sul versante della Costituzionalità dell'art. 19, primo comma, lettera b) della l. 20 maggio 1970, n. 300, tanto da sfociare in una difformità di decisioni da parte dei giudici delle leggi che, di certo, non ha contribuito ad una migliore stabilizzazione delle relazioni industriali (28).

6. – L'esigenza di pervenire a più rassicuranti certezze finisce per trovare rilevanti ostacoli pure nell'attuale assetto ordinamentale dell'Unione Europea, nell'ambito del quale la sovranità di ogni Stato si diluisce in termini ancora non ben definiti e si avvertano vuoti o ambiguità di regolamentazione a seguito di una non chiara gerarchia tra valori e principi cui si tenta di supplire attraverso la c.d. "interpretazione conforme" (29).

(28) Segnala da ultimo l'impiego da parte della nostra Corte di Cassazione del verbo utilitaristico e la sua penetrazione nei confini del processo civile: A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proporzionate Justice»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pag. 1479 e segg., che denuncia l'impiego giudiziario del principio di proporzionalità che, quando i termini della ponderazione non sono predeterminati, porta inevitabilmente ad una comparazione di tipo utilitaristico che, in un'epoca come la nostra, descritta come «*age of balancing*», non è certo priva di rischi (cfr. sul punto più ampiamente, pagg. 1483-1484).

Va al riguardo rimarcato come la sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale sia posta in consapevole e totale discontinuità con la precedente decisione della stessa Corte n. 244 del 1996. Ed invero il più recente provvedimento – autocertificatosi come «additivo» al fine di rimarcare gli effetti normativi scaturenti dalla pronuncia – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione sottoposta al suo esame nella parte in cui non prevedeva che la rappresentanza sindacale potesse essere costituita anche nell'ambito delle associazioni sindacali – nonostante la mancata sottoscrizione dei contratti collettivi applicati nell'attività produttiva – a condizione però della loro partecipazione alle trattative per la conclusione di tali contratti. Ad opposta conclusione era invece pervenuta la stessa Corte con sentenza n. 244 del 1996 con il ritenere non fondate le questioni di illegittimità, in riferimento agli artt. 3 e 39, dell'art. 19, primo comma, lettera b) della l. 20 maggio 1970, n. 300 (nel testo risultante dall'abrogazione parziale disposto dal d.p.r. 28 luglio 1995, n. 312 nella parte in cui limitava il riconoscimento delle rappresentanze sindacali alle sole organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi, in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost.) sul presupposto che il criterio di cui alla citata norma statutaria avesse valorizzato la rappresentatività dell'organizzazione sindacale in ragione della "effettività della propria azione", desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva applicabile nell'unità produttiva o anche sulla base di "atti concreti" che la giurisprudenza di legittimità aveva poi successivamente provveduto a definire.

(29) L'interpretazione conforme è quel tipo di interpretazione che, mettendo a confronto disposizioni appartenenti a testi giuridici diversi, è rivolta a prevenire ogni antinomia e/o incongruenza assiologica tra le suddette disposizioni.

In dottrina per le numerose problematiche derivanti da una tale tipologia di interpretazione cfr. per tutti da ultimo R. COSIO, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali* (a cura di G. BRONZINI e R. COSIO), Milano, 2017, pag. 41 e segg., il quale osserva come l'istituto rimanga ancora misterioso nei suoi elementi costitutivi e, perfino, nella sua natura. In precedenza anche per un esame esaustivo delle diverse teorie dottrinarie volte a definire la nozione di

Considerazione questa che induce ad alcune riflessioni sul ruolo che il giudice è chiamato a svolgere in un assetto ordinamento totalmente rinnovato, sia per quanto attiene alle fonti normative esterne a quelle statali sia per le numerose e specifiche esigenze scaturenti dalla globalizzazione dei mercati, che necessitano di risposte alle domande di giustizia da darsi in tempi ragionevoli e con decisioni prevedibili e calcolabili in termini economici e che assicurino approdi giurisprudenziali affidabili per la loro tenuta nel tempo.

Intorno gli anni quaranta del secolo scorso un noto filosofo nello scrivere sulla certezza del diritto pagine profetiche perché tuttora di viva attualità, dopo avere premesso che l'esigenza della certezza è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza sociale perché basata sulla sicurezza che all'individuo ne deriva, ha poi chiamato manifestazioni di fatto provocanti incertezze: la oscurità delle norme, la loro lacunosità e mancanza di semplicità, ed ancora l'instabilità delle leggi, la moltiplicazione delle disposizioni in cui esse si articolano oltre al loro esponenziale numero, ed infine le difficoltà e la lunghezza dei giudizi⁽³⁰⁾.

Orbene tali dati fattuali, verificatisi in passato e destinati a ripresentarsi in futuro, nella epoca attuale si mostrano con specifiche e proprie modalità e con salienti connotati strettamente dipendenti dai numerosi e veloci mutamenti del contesto sociale in cui sono destinati ad incidere. Allo stato si riscontrano consistenti e pericolose minacce alla certezza del diritto derivanti dalla pluralità di cause già indicate e da una più accentratata inadeguatezza della tecnica normativa addebitabile in non trascurabile misura: ad un disinvolto linguaggio scritto⁽³¹⁾; ad una disordinata

interpretazione conforme vedi: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, voce *Enc. Dir.*, Ann., IX, Milano, 2017, pag. 301 e segg.

⁽³⁰⁾ Cfr. al riguardo *amplius*: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, in *Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, vol. 19, Milano, 1968, pag. 81, il quale precisa che mentre nelle minacce di fatto non vi è «una dichiarazione programmatica» questa si ritrova invece nelle correnti di pensiero che apportano una minaccia anche teorica alla certezza del diritto e che si propongono proprio di scalfare questa certezza che considerano non come un valore ma come un disvalore nell'esperienza giuridica e nel modo sociale perché «la scuola del diritto libero mira preterintenzionalmente ad infrangere la certezza del diritto e ad annichilire di fatto il sentimento della legalità».

⁽³¹⁾ Spesso le leggi appaiono nel loro contenuto come un “gioco di parole scritte”, cui segue la “giostra” di molteplici interpretazioni tutte possibili, e che termina con il “verdetto finale” della “ruota della fortuna”.

Le parole infatti non di rado si moltiplicano e si avviluppano in norme difficilmente comprensibili nella loro *ratio* e nel loro ambito applicativo, e pure in alcuni articoli che più degli altri dovrebbero essere chiari (al riguardo cfr., a titolo puramente esemplificativo, l'art. 70 della Costituzione, nel testo bocciato dal *referendum* popolare del 4 dicembre 2016), e

ipertrofia delle leggi ed al loro continuo mutare; ed ancora alla sostituzione di leggi vecchie con leggi nuove⁽³²⁾.

Né sono certo estranee a tali deleteri effetti le costanti e frettolose modalità di legiferare attestante il declino e lo svilimento della funzione rappresentativa del Parlamento nonché una smodata e pressoché sistematica utilizzazione delle fonti normative di derivazione governativa mediante precetti la cui precisazione e formulazione dipendono da scelte del tutto discrezionali dell'esecutivo⁽³³⁾.

Né può sottacersi da ultimo che l'accrescersi delle incertezze è in questi ultimi anni anche dovuto – è bene ribadirlo – pure alla pressione sulle norme interne da parte di quelle esterne, in particolare dell'Unione ed in parte pure della CEDU⁽³⁴⁾.

7. – Mentre nelle minacce di fatto alla certezza del diritto c'è una consapevolezza oscura ma non una dichiarazione programmatica, quest'ul-

che talvolta contraddicono pure le elementari regole della logica (cfr., a titolo ancora meramente esemplificativo, il comma 7 della dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, come riformato della l. 28 giugno 2012, n. 92, dove si legge: il giudice «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto...»).

Per un dotto e riflessivo saggio sui diversi profili in relazione ai quali la scienza giuridica ha comparato il processo al gioco, e per l'assunto dall'Autore secondo cui l'uno e l'altro sono accomunati dall'esercizio di una *attività libera e necessariamente regolata*, cfr. di recente: B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pag. 1549 e segg., sulla cui esaustività non osta la considerazione che, per quanto attiene alla "ragionevole durata" del processo ed alla "tempestività" dell'apparato sanzionatorio, la giustizia ordinaria non può vantare, nel passato come nel presente, maggiore credibilità di quella sportiva (cfr al riguardo in tema: G. VIDIRI, *Il caso Maradona: la giustizia sportiva e quella ordinaria a confronto*, in *Foro It.*, 1991, pagg. 337-343).

⁽³²⁾ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, in *Sagittari Laterza* 144, 2004, pag. 7, dopo avere osservato che «l'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: produrre», aggiunge poi che «le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono "prodotte": vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla», per affermare infine che «le officine giuridiche lavorano in tutte le ore del giorno ed in tutti i luoghi della vecchia Europa» e che «nessuna norma ha il privilegio d'immutabilità e di inviolabilità».

⁽³³⁾ In questi termini con riferimento al diritto punitivo vedi T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, in Collana diretta da L. D'ALESSANDRO e V. OMAGGIO, pag. 62, Napoli, 2014, pagg. 14-15, il quale rimarca pure come la decretazione d'urgenza anche in materia penale abbia raggiunto un carattere pressoché abituale sotto il velame di una necessità e di una urgenza spesso conclamata, ma di ben labile fondamento e talora, in realtà, indotta dalla protratta assenza di un effettivo impegno in settori dell'ordinamento che lo richiederebbero da tempo.

⁽³⁴⁾ Così G. TESAURO, *Prefazione*, in *Interpretazione conforme*, op. cit., XVII-XVIII, che, una volta evidenziato come vi sia – a seguito dell'incidenza delle norme esterne su quelle interne – il rischio di arbitrarie applicazioni, perspicuamente si chiede poi se non esista sempre un analogo rischio anche senza dette norme.

tima si ritrova invece nelle correnti di pensiero che apportano una minaccia anche teorica alla certezza del diritto perché si propongono proprio di scalzare questa certezza, che considerano non come un valore ma come un disvalore nell'esperienza giuridica e nel mondo sociale⁽³⁵⁾.

La scuola del diritto libero volta a svalutare nel suo contenuto e nei suoi valori il principio della certezza può a ragione ritenersi presupposto fondante anche della teoria del c.d. “uso alternativo” del diritto, che ha in tempi passati finito per contrapporre il giudice alla legge, così legittimando interpretazioni del dato normativo capaci di incidere sullo stesso assetto ordinamentale dello Stato, sul presupposto che una applicazione delle norme rigidamente circoscritta finisca per risolversi in decisioni che, stabilizzando il presente, contraddicono spesso il senso comune e le mutate esigenze della collettività.

In tale ottica il giudice al fine di inseguire il corso incessante della realtà e superare la “staticità della legge” diviene egli stesso nell'atto del giudicare il “creatore della legge” disattendendone la *ratio* e anche le prescrizioni in essa contenute, con il pericolo concreto che attraverso la libera interpretazione, si sostituisca alla *voluntas legis* quella che di volta in volta è propria del singolo giudicante⁽³⁶⁾.

Le classiche problematiche correlate al principio della certezza del diritto sono destinate ad attualizzarsi in epoche caratterizzate da conflitti ideologici e sociali ed in cui si moltiplicano leggi spesso prive di progettualità per tendere, come detto, alla acquisizione di immediati consensi. E a tali negative ricadute contribuiscono la perdita di credibilità dei partiti e dello stesso Parlamento quando questo si riduce da luogo di un arricchente e qualificante confronto tra diverse e contrapposte opzioni politiche a luogo di pronta ratifica di quanto già deciso in sede governativa.

Né sotto altro versante può trascurarsi l'ulteriore considerazione che nel nostro Paese ed in molti altri Stati democratici, non solo dell'Occidente, il rilievo assegnato alla giurisprudenza – fonte normativa equiparata a

⁽³⁵⁾ In questi precisi termini cfr. ancora F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto*, op. cit., pag. 81, per il quale sotto uno scopo che si presenta ben diverso la scuola del diritto libero mira preterintenzionalmente a infrangere la certezza del diritto e ad annichilire di fatto il sentimento di legalità.

⁽³⁶⁾ È stato ricordato che nel Medioevo l'illustre giurista Bartolo di Sassoferrato in presenza di una fattispecie ricercava prima la soluzione giusta e poi indagava quali norme di legge potessero suffragarla, e come dette norme dovessero venire interpretate per conseguire la convalidazione della interpretazione già data (cfr. F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto*, op. cit., pag. 82).

tutti gli effetti alle fonti legali⁽³⁷⁾ – influenza le scelte di valore relative ai diritti, incidendo sull’arresto o l’accelerazione di alcuni indirizzi di governo e deresponsabilizzando nello stesso tempo gli altri poteri dello Stato, ed in particolare quello legislativo⁽³⁸⁾.

(37) Considerazione questa che induce a sollevare qualche riserva su quanto scritto di recente da N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza*, op. cit., pag. 1158, che ha auspicato l’assunzione di un «ruolo, ormai inevitabilmente sincrono, di dottrina e giurisprudenza» perché – ha aggiunto – «attraverso il filtro della dottrina e della giurisprudenza, riconciliate in un’ottica sostanzialmente unitaria, si misura la concretezza di una attività guidata dalla ragion pratica e che non si ferma più alla statica fissità di una norma dettata, entro la rigida consequenzialità della tesi della validità, ma avverte l’importanza ed insieme la problematicità della regola che nasce e si consolida ponendo alla ribalta del diritto la rilevanza del suo contenuto e della sua ragionevolezza». Una tale opinione, incentrata sulla rivendicata ma non provata superiorità del giusnaturalismo sul positivismo, suscita perplessità nella parte in cui porta ad omogeneizzare – in base alla clausola generale della «ragionevolezza» – le funzioni, tradizionalmente distinte, delle dottrine e della giurisprudenza, dal momento che solo alla dottrina va riconosciuta la specifica funzione di stimolo e nello stesso tempo di controllo della giurisprudenza al fine di agevolare approdi giurisprudenziali affidabili anche per la loro tenuta temporale.

Per quanto attiene inoltre alla dottrina volta ad equiparare *tout court* la fonte normativa scaturente dalla giurisprudenza alle fonti legali va evidenziato come sinora non si sia sinora dato il necessario rilievo a quanto accaduto e continuerà ad accadere nella pratica giudiziaria con l’accrescersi esponenziale del contenzioso e con il frenetico perseguimento della “ragionevole durata del processo”. Ed invero non di rado vengono frettolosamente e disattentamente riconosciute come fonti normative sentenze ripetitive di massime elaborate dell’Ufficio Massimario della Corte di Cassazione aventi ad oggetto regole giuridiche di portata generale, ognuna delle quali è riferibile a specifici fatti, nonostante che in tali sentenze non si riscontrino nella “narrativa” e neanche nella motivazione una adeguata descrizione della fattispecie scrutinata o manchi del tutto la sua individuazione. Altre volte finiscono per assurgere a fonte normativa regole giurisprudenziali formatisi sulla base del “precedente”, cui non può riconoscersi una forza vincolante per gli stessi giudici di legittimità – neanche se si è in presenza di una pronuncia della stessa Corte di Cassazione (c.d. *precedente orizzontale*) – allorché si riscontrino situazioni «che vanno dall’obsolescenza del precedente al mutare delle condizioni storiche, economiche e sociali che influiscono sulla decisione del caso successivo, sino all’eventualità che si presentino casi con peculiarità così accentuate da non potere essere ricondotte entro il precedente». Né infine mancano casi in cui si formano regole giurisprudenziali sulla base di decisioni che non sono dotate di efficacia analoga del precedente, per essere semplicemente usate *come esempi* o anche sulla base di un *obiter dictum*, che esula dalla *ratio decidendi* della concreta fattispecie oggetto del giudizio (cfr. per quanto riguarda il precedente e la sua diversa portata negli ordinamenti di *common law* ed in quelli di *civil law*: M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Lezioni Magistrali*, nella Collana cit., Napoli, 2007, pagg. 26-31, cui *adde* anche con riferimento all’*autoprecedente* – ossia al precedente emanato dalla stessa Corte Suprema chiamata a decidere il caso successivo – ed alla problematica se la pronuncia successiva debba essere, ed in quale misura, vincolata ai *dicta* precedenti cfr. anche G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, pagg. 6 e 8 e segg.).

(38) Così S. SILEONI, *Prefazione* al libro di R. H. BORK (celebre avvocato e professore di diritto costituzionale alla *Yale University*), *Il giudice sovrano (Coercing virtue)*, Macerata, 2007, XXV-XXVI, la quale dopo avere precisato che le sedi parlamentari sono ancora le

In un corposo saggio di qualche anno fa, avente ad oggetto soprattutto l'ordinamento degli Stati Uniti e del Canada, si è detto che mentre nel passato le nazioni occidentali hanno a lungo temuto di venire contagiate dalla “malattia americana” – ovvero dall'appropriazione da parte dei giudici, dell'autorità appartenente al popolo ed ai suoi rappresentanti eletti – tali nazioni stanno imparando, forse troppo tardi, che questa forma di imperialismo non è tanto una malattia americana quanto una malattia giudiziaria che non conosce confini geografici. Patologia questa che si manifesta non appena i giudici si trovano in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato attraverso il potere del controllo giurisdizionale di costituzionalità⁽³⁹⁾. Sarebbe però un errore attribuire l'origine di questi mutamenti esclusivamente ai giudici perché esistono numerosi fattori alla base di questo percorso quali: l'ascesa di burocrazie potenti e relativamente irresponsabili, il declino della fede nelle religioni tradizionali, l'accettazione di un *ethos* di estrema autonomia individuale, il peso dei *mass media*, l'ampliamento della classe degli intellettuali accademici ed altro ancora. Nel ricordato saggio si è però contestualmente rimarcato come tali fenomeni modificativi siano stati influenzati da una “classe giudiziaria ambiziosa, attivista e imperialista” e come l'attivismo di tale classe sia “il risultato dello schieramento dei giudici” in una guerra culturale combattuta tra la sinistra culturale e progressista e la grande massa dei cittadini che, se lasciata libera di agire, resta tradizionalista”⁽⁴⁰⁾.

uniche, in democrazia, a consentire quella negoziazione politica necessaria a fare emergere, attraverso il dibattito ed il voto, il volere della maggioranza e dopo avere evidenziato che la costruzione e assegnazione dei valori per via giudiziaria, conquista il posto che spetterebbe alla politica quale strumento, seppure mediato e parziale, di esercizio della sovranità dei cittadini, individua il valore del libro *Il giudice sovrano* non nel desiderio di un'abolizione della giustizia costituzionale – cui addebita pure di avere in alcune occasioni proceduto ad interpretazioni “creative” della legge – ma invece nell'esortazione a liberarci attraverso lo studio della storia e della prassi del *judicial review*, da una visione “mistica” dei giudici delle leggi.

⁽³⁹⁾ Così R. H. BORK, *Il giudice sovrano*, op. cit., pag. 7, che evidenzia anche come praticamente in tutti i paesi occidentalizzati si stia assistendo a considerevoli ed imprevisi mutamenti che investono sia gli Stati che le culture.

⁽⁴⁰⁾ Per l'affermazione che la cosiddetta «questione giuridica dovrebbe essere ben altro che il conflitto tra magistratura e politica» vedi E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, Milano, 2012, pag. 377, secondo il quale allo stato la questione giustizia “è il turbolento rapporto tra un ceto politico insofferente e una giurisdizione esigente, il primo ostinato nel rivendicare un'area franca per sé, la seconda attenta nel pretendere un controllo di legalità a tutto orizzonte”.

Negli Stati dell'Unione Europea, come nel nostro Paese, si assiste ad un rapporto tra il potere esecutivo e quello giudiziario conflittuale perché improntato sovente non ad un rispetto delle loro diverse rispettive funzioni ma a reciproche invasioni di campo, con l'effetto che i giudici finiscono per "creare" decisioni, chiara espressione di una giustizia politicizzata⁽⁴¹⁾.

8. – Tutto quanto in precedenza esposto porta, nella disattenzione della scienza giuridica e nel silenzio assoluto del legislatore: a rendere nella realtà fattuale non di immediata applicazione, ma solo evocativi i disposti del comma 2 sia dell'art. 101 Cost. ("I giudici sono soggetti solo alla legge") e dell'art. 111 Cost. ("Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, in un processo davanti a giudice terzo ed imparziale")⁽⁴²⁾; ed a dare anche al terzo comma dell'art. 98 Cost. ("Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati...") una portata restrittiva del suo dettato a seguito di

⁽⁴¹⁾ Cfr. *amplius* sul punto R. H. BORK, *Il giudice sovrano*, op. cit., pag. 8 e segg., che aggiunge come le Corti Supreme stiano attuando il programma della sinistra culturale ovvero di un gruppo difficilmente definibile, il cui elemento caratterizzante "è trafficare all'ingrosso o al dettaglio in idee, parole o immagini avendo poca o nessuna esperienza degli argomenti trattati".

⁽⁴²⁾ Da ultimo per quanto attiene al rapporto tra i magistrati e la politica nel nostro Paese parla di «un incrocio pericoloso» M. VIETTI (già Sottosegretario alla Giustizia ed all'Economia e Vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura) il quale in un saggio dal titolo: *Mettiamo giudizio. Il giudice tra potere e servizio*, Milano, 2017, pag. 61, ritiene che quella dei magistrati con la politica è sicuramente una attrazione reciproca più o meno sana, che negli ultimi decenni è nettamente cresciuta e ha generato, oltre a successi e fallimenti personali, anche un dibattito ininterrotto ed acceso. Un rapporto questo che si rileva inoltre anche difficile quando politica e magistratura si contrappongono e si contendono spazi d'azione scontrandosi sulla linea di confine della divisione costituzionale dei poteri, come è successo in stagioni recenti a proposito, per esempio, della separazione delle carriere tra magistratura giudicante e requirente e della responsabilità dei magistrati.

Sul punto cfr. *amplius*: N. ZANON, *L'indipendenza funzionale*, in AA.VV. (P. BIAVATI, C. GUARNERI, R. ORLANDI, N. ZANON), *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, pag. 98, secondo cui dietro la norma dell'art. 101, secondo comma, Cost. – considerata la disposizione più importante in tema di indipendenza funzionale – «il giudice ripara la propria indipendenza e su di essa fonda la propria impermeabilità a influenze di altro genere ... Il giudice è dunque soggetto alla legge (alla norma generale ed astratta, agli impersonali criteri di giudizio che essa contiene), non invece al legislatore o al potere legislativo. Per quanto attiene invece alla terzietà ed imparzialità del giudice nel processo osserva P. BIAVATI, *Imparzialità e responsabilità del giudice civile: gli strumenti processuali*, in *La giustizia civile e penale in Italia*, op. cit., pagg. 188-189, che il ventesimo secolo ha visto lo scontro tra la concezione giuridica che vede il giudice «quale distaccato applicatore della legge e quindi imparziale trasmettitore nel caso concreto di un esito già voluto dalla norma obiettivata» ed una diversa tesi che vede nel giudice un « consapevole portatore di valori, se non di ideologie, da applicare anche oltre la lettera delle norme e, quindi, pur se imparziale nel caso specifico, certo non neutrale di fronte al contrasto di posizioni implicate nella lite».

una lettura che – al di là del divieto di iscrizione – consente di fatto agli organi competenti di non sanzionare il magistrato anche ad esempio, in presenza: di una sua «partecipazione» alle iniziative di partiti o di organizzazioni sindacali; di una attiva adesione ai loro programmi ed alle loro iniziative culturali; e pure a seguito di un perdurante coinvolgimento in attività di soggetti, con finalità ideali e di solidarietà sociale, la cui sopravvivenza richiede però sovvenzioni o contributi da parte della pubblica amministrazione, di monopoli o di imprese private⁽⁴³⁾.

Come è stato autorevolmente detto in passato – con parole che appaiono per quanto avviene oggi profetiche – 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, vale a dire del giudice» e tale crisi «non è altro che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell'arte, nella filosofia, perché è la crisi dell'uomo, di ciascuno di noi»⁽⁴⁴⁾.

Siffatte parole inducono a ritornare sul ruolo che oggi è tenuto a svolgere il giudice in un contesto in cui le nuove recenti leggi presentano, come si è in questa sede più volte ribadito, zone di incertezza e di ambi-

⁽⁴³⁾ Rileva N. ZANON, *L'indipendenza funzionale*, op. cit., pagg. 111-112, che la legge sembra volere sanzionare non solo la iscrizione ad un partito ma tutte quelle attività e comportamenti suscettibili di ledere l'indipendenza del magistrato perché idonee a creare tra costui ed i soggetti politici o economici dei legami di natura stabile ed a dare all'esterno anche la «impressione» di non imparzialità, con conseguente «compromissione» della sua immagine, perché «è difficile negare che anche dell'apparenza di imparzialità si nutre la fiducia dei cittadini nei magistrati».

M. VIETTI, *Mettiamo giudizio*, op. cit., denuncia con accenti accentuatamente critici con riferimento alla normativa degli enti locali sia la mancanza di un "cordone sanitario", temporale e territoriale prima e dopo le candidature a componenti di detti enti, e sia anche l'assenza di un obbligo di aspettativa nel periodo del mandato (op. cit., pagg. 71-72); e rimarca altresì come per le cariche politiche locali non elettive, cui si accede per nomina, si riscontri una pressoché totale carenza di disciplina dal momento che nessuna disposizione regola specificatamente la compatibilità e la "convivenza" del ruolo del magistrato con quello, ad esempio, di assessore comunale. Dal che scaturisce il pericolo di una disinvolta e non trasparente gestione dell'interesse pubblico perché la "chiamata del giudice" e la sua "risposta a tale chiamata", pur motivata sulla base di una oggettiva competenza e pur autorizzata dal Consiglio superiore della Magistratura, potrà in realtà far sorgere e legittimare il sospetto che – al di là delle effettive intenzioni e volontà dei singoli - si sia in presenza di uno «scambio di servizi o di reciproche utilità» (cfr. sul punto per un esaustivo esame delle normativa in materia, op. cit., pagg. 73-75).

⁽⁴⁴⁾ In tali esatti termini cfr. S. SATTA, in *La tutela del diritto nel processo*, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, pagg. 79-80 che – a seguito di una riflessione di conferente attualità, scrive anche: «L'umanità ha smarrito la fede, che è il senso augusto del proprio destino, e poiché il giudizio è la via obbligata di questo destino, ha smarrito il senso del giudizio. Rendersene conto ... è già un riconquistarlo».

guità che si riflettono negativamente anche sui valori posti a base del diritto processuale.

A rendere concreto il pericolo di siffatte ricadute contribuiscono ancora una volta la pessima fattura delle molte recenti normative, suscettibili di risultare la via privilegiata per un giudice, che voglia sentirsi libero dal vincolo dello *jus positum*, al fine di perseguire, al di là delle fonti legali, schemi normativi – indicati di volta in volta indifferentemente in valori laici, religiosi, naturali, artificiali, ideologici, politici o in fedi ultraterrene – che gli consentano di giungere al risultato di un diritto incalcolabile perché impreveduto⁽⁴⁵⁾.

Il netto e rigido rifiuto di tali deleterie conseguenze non significa certo vagheggiare un ritorno ad approcci interpretativi strettamente condizionati dalla lettera della legge che fanno del giudice la *bouche de la loi*, in quanto questi è sempre tenuto a tracciare la via di passaggio tra la fattispecie astratta della norma e quella concreta sottoposta al suo giudizio. La discrezionalità del giudice deve però sempre rimanere all'interno di opzioni ermeneutiche ugualmente plausibili e possibili non potendo mai superare il limite ravvisabile nella c.d. interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata, anche se non di rado sotto il velo e l'usbergo di formule evocatrici della Carta Costituzionale si perviene ad approdi giudiziari volti, integralmente o in parte, a disapplicare le finalità del legislatore⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sostanzialmente in questi termini: N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pag. 922, per il quale «se viene tolta la misura giuridica del domani, allora il calcolo è sostituito da predizione, profezia, rischio del giuoco».

⁽⁴⁶⁾ Con riferimento alla crisi del criterio di legalità nel diritto penale T. PADOVANI, *Jus non scriptum*, op. cit., pag. 14 e segg., ritiene che attraverso l'abuso della interpretazione adeguatrice «ciò che si prospetta è, puramente e semplicemente, la riformulazione delle norme ad opera del giudice».

Per P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, nella collana Anticorpi, n. 39, Roma, 2013, pagg. 22-23, «non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento, ma è certo altresì che questo ambito è determinato dai termini posti dalla legge e che è propria questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore garanzia della certezza del diritto e della libertà». E sempre in questa ottica è stato ancora affermato da N. IRTI, *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, pagg. 58-60, che interpretare significa il dovere scegliere entro possibilità riservate da ciascun testo e non oltre i significati da esso ricavabili «sicché il testo linguistico dà la misura alla discrezionalità giudiziaria, la quale deve certo volgere dall'esterna letteralità agli interni significati, dal di fuori al dentro, ma non andare oltre, degradando il testo a pretesto di entità immaginarie», cui *adde* ancora sul rapporto tra attività ermeneutica ed il testo della norma da interpretare: M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014, pag. 37, che ricorda come il diritto sia considerato «una scienza pratica, che serve a risolvere i casi concreti, dubbi che non hanno a che fare con la metafisica, bensì con l'inferno dei nostri rapporti quotidiani per cui la meta del diritto è la certezza».

Con specifico riguardo all'imparzialità, del giudice (principio fondante di qualunque

Ma la crisi del principio della legalità derivante da patologici rapporti tra la legge e giurisdizione trova fondamento oltre che nelle cause già indicate anche nella mancata riorganizzazione della giustizia, che da tempo richiede riforme di carattere strutturale, idonee a rendere maggiormente credibile il servizio giustizia, attraverso la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri e nuove normative sulla custodia cautelare, sulle intercettazioni telefoniche e sui termini prescrizionali dei reati, la cui regolamentazione non deve ledere però il principio della “ragionevole durata del processo”.

Con una considerazione a più vasto raggio va inoltre osservato che sussiste un reciproco condizionamento tra nomofilachia, tempi del processo e certezza del diritto.

Non può mettersi in dubbio che va ravvisata una stretta interdipendenza – ed in certa misura circolarità di effetti – tra resistenza nel tempo dei *dicta* giurisprudenziali e riduzione del contenzioso, comportante a sua volta il più agevole perseguimento del principio della “ragionevole durata del processo” (art. 111, comma 2, Cost.). Non può infatti negarsi che una perdurante tenuta dei pronunziati dei giudici di legittimità – doverosa in assenza del sopraggiungere di eventi giustificativi di un *revirement* – contribuisce ad accrescere i margini di certezza del diritto con i conseguenti già esaminati positivi effetti sia sul piano socio-economico che su quello occupazionale.

È innegabile che la figura fondante per la configurabilità del c.d. «giusto processo» è quella di un giudice che, nel rispetto dei valori della Costituzione, sia «terzo ed imparziale», che quindi non insegua propri e personali valori, che non sostituisca le proprie finalità a quelle oggettivate nella norma, che allontani da sé il desiderio di “creare” principi innovativi per vanità o ricerca di notorietà, che non ritenga di agire come “unico autentico interprete” dalla Carta Costituzionale autoqualificandosi “intellettuale collettivo”, che non consideri educativa e mistica la sua

sistema dell'amministrazione della giustizia, tanto da venire enunciato in numerosi documenti, come ad esempio nell'art. 6 n. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo), ed al rapporto che ai fini della configurabilità di un giusto processo deve sussistere tra detta imparzialità e l'accertamento dei fatti processuali cfr. *amplius*: M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009, pagg. 119-122, per il quale «il processo giusto è strutturalmente e funzionalmente orientato verso il conseguimento di decisioni giuste, e se l'accertamento della verità dei fatti è una condizione necessaria della giustizia della decisione, allora l'imparzialità del giudice si qualifica anche come condizione di un giudizio veritiero sui fatti e quindi come connotato necessario della correttezza del processo. Più precisamente: è l'accertamento dei fatti in base alle prove, compiuto in maniera imparziale, a rappresentare una condizione necessaria della giustizia del processo».

attività tanto da attribuirsi funzioni improprie, ma che al contrario agisca come “intellettuale solitario” ed abbia della giustizia una «concezione laica», con piena e convinta consapevolezza che il più cogente e nobile dei suoi doveri e, nello stesso tempo, forse il più difficile da adempiere compiutamente, è quello di liberarsi sempre, e soprattutto nei momenti decisionali, da ogni pregiudizio, preconetto o da ogni possibile condizionamento⁽⁴⁷⁾.

Sul punto in esame risulta ancora doveroso rimarcare come al raggiungimento degli *standards* valoriali del giusto processo osti pure l'enorme carico del contenzioso che grava sulla Corte di Cassazione, che vanifica la ricerca della nomofilachia, con una conseguente interruzione di quella circolarità di effetti tra approdi giurisprudenziali affidabili ed autorevoli, durata del processo e certezza del diritto, a cui si è fatto in precedenza riferimento⁽⁴⁸⁾.

Non può da ultimo trascurarsi la necessità di una generale riflessione sul ruolo istituzionale dal Consiglio superiore della Magistratura (CSM) e su quello svolto dalla Associazione Nazionale (ANM) e sul loro reciproco rapporto che nel tempo è spesso oscillato tra momenti di piena condivisione ad altri invece di aspro dissenso.

Di tale effetto è corollario l'addebito mosso da più parti al CSM, perché ad esso viene devoluto, in sede disciplinare un “giudizio domestico e autoreferenziale” e – segnatamente per i pubblici ministeri – “tendenzialmente assolutorio”, in luogo di forme di esternalizzazione più impar-

⁽⁴⁷⁾ Per i requisiti che deve possedere un buon magistrato cfr. M. VIETTI, *Facciamo giustizia. Istruzione per l'uso del sistema giudiziario*, Milano, 2013, pagg. 148-149, che dopo avere individuato detti requisiti in una *rigorosa preparazione tecnica giuridica*, nella *imparzialità, correttezza, diligenza*, ed ancora nel *riserbo ed equilibrio*, rimarca la stretta relazione tra detti requisiti e l'autonomia e indipendenza della magistratura, perché solo un ordine giudiziario percepito come adeguato all'alta funzione di legalità e *super partes* può dispensare in modo autorevole e credibile torti e ragioni e continuare a rivendicare la propria indipendenza da ogni altro potere.

⁽⁴⁸⁾ Non può ritenersi verosimile che la Corte di Cassazione legittimata a pronunciare, alla stregua di esplicite norme di rito, “principi di diritto” su ogni questione sollevata da qualunque motivo di ricorso (cfr. al riguardo artt. 363 e 384 c.p.c.) diventi una vera “Corte del precedente” in presenza di una giurisprudenza alluvionale, non di rado priva di coerenza ed autorevolezza in ragione di carichi di lavoro insostenibili per i consiglieri a seguito di un numero di provvedimenti decisi da ciascuno di essi nell'ordine delle centinaia, numero in media superiore al contenzioso globale deciso dalle Alte Corti negli ordinamenti dei Paesi fondati sull'uso del precedente (cfr. sul punto più dettagliatamente M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, op. cit., pagg. 19-20 e pagg. 38-40, che sottolinea come la *House of Lords* pronunzi in media meno di cento sentenze all'anno e la Corte degli Stati Uniti, che è anche giudice di costituzionalità, ne pronunzi meno di duecento all'anno, mentre la nostra Corte di Cassazione decide in media circa 50 mila sentenze l'anno).

ziali⁽⁴⁹⁾. Ma critiche vanno mosse anche all'ANM (Associazione Nazionale Magistrati) perché, sorta per consentire una libera dialettica tra le sue diverse componenti, si è nel tempo disarticolata in una molteplicità di “correnti” o “gruppi”, volti ad acquisire maggiori consensi e poteri all'interno dell'ordine giudiziario con il pericolo di indebite invasioni di campo, come emerge sovente con evidenza in sede di nomina e regolamentazione degli incarichi direttivi e apicali⁽⁵⁰⁾.

(49) Rivolgendo la sua attenzione sui “giudici ingiudicabili” in un saggio in cui si prendono in esame i segni rivelatori di una serie di privilegi ed ingiustizie che ricopre l'intero Paese, un autorevole costituzionalista: 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 “nella cittadella giudiziaria, anche in nome del principio costituzionale che sancisce l'auto-governo della magistratura”; ed ha da ultimo in continuità scritto: “Di fatto chi giudica i giudici? I giudici medesimo attraverso il CSM” (al riguardo cfr. più ampiamente: M. AINIS, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano, 2012, pagg. 37-38, secondo cui la giurisprudenza domestica spara sempre a salve, e questo vale pure per la responsabilità civile delle toghe).

In epoca meno recente si è criticato ugualmente il sistema disciplinare (e se ne sono suggeriti miglioramenti) da parte di M. VIETTI, *Facciamo giustizia*, op. cit., pagg. 147-148, che però mostra la sua contrarietà ad ipotesi di esternalizzazione del suddetto sistema.

Evidenzia l'esigenza della separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri al fine di garantire un processo “giusto”, volto a introdurre in esso un nuovo equilibrio in senso paritario tra pubblici ministeri ed avvocati, al centro del quale deve collocarsi il giudice, organo di giustizia “terzo” ed “imparziale”: G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra «positivismo giuridico» e «giusnaturalismo»*, op. cit., pag. 31 e segg., il quale, in ragione di un diverso sviluppo professionale delle due categorie di appartenenti all'ordine giudiziario e delle differenziazione delle loro funzioni, patrocina anche la formazione di due diversi, anche per composizione, Consigli Superiori della Magistratura o lo sdoppiamento dell'attuale Consiglio in due organismi paralleli, l'uno chiamato a governare i giudici e l'altro i pubblici ministeri.

Al riguardo è opportuno ricordare che Giovanni Falcone con riguardo alla separazione delle carriere, reclamata da sempre e ripetutamente dalla classe forense, ebbe ad affermare: “Ho la faticosa consapevolezza che la regolamentazione della carriera dei magistrati del pubblico ministero non può essere identica a quella dei magistrati giudicanti, diverse essendo le funzioni e, quindi, le attitudini, l'*habitus* mentale, le capacità professionali richieste: investigatore il pm, arbitro della controversia il giudice”; ed ebbe, all'esito del referendum sulla responsabilità del civile magistrato del 1988, anche a dichiarare: “La stragrande maggioranza dell'elettorato ritiene che la funzione giurisdizionale non sia svolta attualmente con la necessaria professionalità e che bisogna porre rimedio alla sostanziale irresponsabilità dei magistrati” (cfr., anche per il virgolettato, l'articolo dal titolo “*La lezione inascoltata di Falcone sui giudici*” di D. FERRARA, in *Il Giornale* del 25 maggio 2017, pag. 17).

(50) Condizionamenti da parte dell'Associazione dei magistrati o da parte di gruppi o correnti di essa si sono concretizzati non di rado in forme di incisivo, forte e pubblicizzato dissenso nei confronti di iniziative parlamentari considerate “sgradite”, mentre altre volte si sono materializzate in un “eloquente” silenzio-assenso a fronte di leggi mal fatte, dal contenuto criptico, che hanno finito per lasciare al giudice il potere di modellare a proprio piacimento in sede applicativa il contenuto delle disposizioni normative (cfr. al riguardo

9. – Le riflessioni sinora svolte sulla “qualità” delle recenti leggi in ragione soprattutto delle negative conseguenze prodotte in termini di nomofilachia e di certezza sollecitano critiche estensibili da ultimo alla recente l. 26 ottobre 2016, n. 197 (di conversione del decreto 31 agosto 2016, n. 168) (pubblicato in G.U. 31 agosto 2016, n. 201), che fa sorgere consistenti dubbi di illegittimità alla stregua del disposto dell’art. 77, comma 2, della Carta Costituzionale sia perché non ricorrevano i presupposti per una decretazione di urgenza sia perché con la legge di conversione è stata reintrodotta tutta la normativa sul processo di cassazione che era già presente nell’originario «schema di decreto» e che era stata poi “espunta dal decreto legge”⁽⁵¹⁾.

A provare che si sia in presenza di un testo normativo privo di chiarezza e con un contenuto bisognevole di completamento – dopo la sottoscrizione in data 17 dicembre 2015 di un «protocollo» tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio nazionale forense (correttamente definito una novità del ventunesimo secolo volto ad introdurre una regolamentazione “pattizia” della forma e del contenuto del ricorso per cassazione, inseribile a pieno titolo nel regime legale degli artt. 365 e 366 Cod. Proc. Civ. per completarne la disciplina)⁽⁵²⁾ – sono succeduti, per quanto attiene speci-

in maniera più articolata: G. VIDIRI, *Art. 360-bis c.p.c: verso un diritto a formazione giurisprudenziale?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 505 e segg. e, più di recente. ID., *Art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015 e lavoro autonomo: verso un diritto a formazione giurisprudenziale?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 1215 e segg., che evidenzia come, a seguito dell’entrata in vigore del Jobs Act, la distinzione tra lavoro autonomo e lavoro dipendente venga di fatto devoluta all’attività ermeneutica del giudice del lavoro, attraverso l’individuazione dei criteri distintivi tra le due distinte tipologie del rapporto lavorativo).

⁽⁵¹⁾ Per tali dubbi di costituzionalità: C. PUNZI, *La nuova stagione della Corte Costituzionale e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. Dir. Proc.* 2017, pagg. 4-5, cui *adde* in senso critico della novella in esame anche B. SASSANI, *Da Corte a Ufficio Smaltimento, ascesa e declino della “Suprema”*, in *www.judicium.it*; C. GRAZIOSI, *La Cassazione “incamerata”: brevi note pratiche*, in *www.judicium.it*; ed ancora G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, in *Il nuovo procedimento in cassazione*, a cura di D. DALFINO, Torino, 2017, pagg. 9 e 10, il quale si chiede, nell’eventualità da parte della Corte di cassazione di una interpretazione del dato normativo (artt 380 bis e 380 ter Cod. Proc. Civ.) volta ad escludere la possibilità di sentire le parti in camera di consiglio, se detta interpretazione possa suscitare dubbi di legittimità costituzionale ovvero il provvedimento possa essere impugnato innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo al fine rispettivamente di cancellare dall’ordinamento norme contrarie ai principi del giusto processo o di ottenere dallo Stato il risarcimento per violazione dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico.

⁽⁵²⁾ In questi termini cfr.: C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il «protocollo d’intesa» sul ricorso in cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pagg. 585-588, il quale osserva che le precisazioni relative al principio dell’autosufficienza possono valere come “vive raccomandazioni”, non certo come “precetti legali”.

ficamente l'applicazione del nuovo rito introdotto dalla l. n. 197 del 2016: in data 17 novembre 2016 il protocollo tra la Corte di Cassazione e la Procura Generale; ed in data 15 dicembre 2016, altro protocollo tra la Corte di cassazione, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura generale dello Stato⁽⁵³⁾. Tale "frettoloso attivismo documentale" per l'autorevolezza dei firmatari dei summenzionati protocolli fa sorgere il pericolo che possa in qualche misura limitarsi la autonomia e la libertà decisionale del singolo giudice di legittimità in ragione di forme dirette e/o indirette di condizionamento attraverso quelli, che ben possono qualificarsi "inviti", "direttive" o "raccomandazioni" a redigere le sentenze o le ordinanze attraverso modulistiche già predisposte e ad osservare nell'esercizio della funzione giurisdizionale gli approdi ermeneutici cui sono pervenuti i suddetti protocolli⁽⁵⁴⁾.

I pur doverosi limiti spaziali di un saggio, che ostano in questa sede alla valutazione di tutte le numerose problematiche scaturenti dalla lettura della recente novella, ne legittimano però, a conclusione dello scritto, l'assunto che la l. n. 197 del 2017 merita, coma ritenuto in dottrina da un coro unanime di voci, una severa critica soprattutto in relazione al "tramonto" della pubblica udienza ed alla eliminazione della discussione

⁽⁵³⁾ Per la lettura dei protocolli del 15 dicembre e del 17 novembre 2016 vedi *Foro It.*, 2017, V, pagg. 61 e 64.

⁽⁵⁴⁾ G. SCARSELLI, nello scritto "*In difesa della pubblica udienza in cassazione*", in *Il nuovo procedimento in Cassazione*, op. cit., pag. 53 si chiede opportunamente se il decreto del Primo Presidente del 14 settembre 2016 (che leggesi in *Foro It.*, 2016, V, pag. 346) – rivolto a tutti i giudici della Corte di Cassazione per dare ad essi delle direttive – quale quella di redigere le sentenze in forma semplificata e con motivazione sintetica (e da cui non può non scaturire implicitamente l'invito ad una sinteticità ancora maggiore nella stesura delle ordinanze sino a non escludere l'utilizzazione di modelli appositamente predisposti) – si possa conciliare con il principio di libertà del giudice, dal momento che questi è soggetto solo alla legge; e si domanda pure nello stesso tempo se possano i Presidenti degli Uffici giudiziari o anche il Ministero della Giustizia (visto che con il d.m. 9 febbraio 2017 è stato costituito un gruppo di lavoro per la sinteticità dei provvedimenti) dare direttive ai giudici circa i modi con i quali redigere le sentenze ed indicare altre modalità per l'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

In precedenza per consistenti riserve sui Protocolli di Presidenti di Tribunali volti a dare disposizioni sull'applicabilità del giudizio di cognizione sommaria anche alle controversie in materia di lavoro cfr. G. VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra «provvedimenti presidenziali» ed «osservatori sulla giustizia civile»*, in *Corriere Giur.*, 2010, pag. 1377 e segg., che evidenziava al riguardo il pericolo che detti protocolli, anche in ragione delle funzioni svolte dai sottoscrittori e di forme di "interpretazioni collettive", potevano finire per influenzare gli indirizzi giurisprudenziali, che devono sempre essere la risultanza di scelte autonome e libere dei singoli giudici, non tenuti all'osservanza di disposizioni che – al di là degli intenti dei sottoscrittori – possono tradursi in forme dirette e/o indirette di condizionamenti.

orale della causa, che vengono elevati dal recente legislatore a regola generale per la trattazione delle controversie davanti al giudice di legittimità, riducendo a residuale eccezione la trattazione in pubblica udienza⁽⁵⁵⁾.

In linea con quanto ora detto e all'esito dell'intero *iter* argomentativo svolto sinora una ultima riflessione: è ragionevole chiedersi se è preferibile avere leggi cattive ma buoni giudici piuttosto che leggi buone ma cattivi giudici, ma è certo – per coloro che ravvisano nel diritto un filo, talvolta sottilissimo, su cui si regge la libertà e la dignità di tutti noi – che il male peggiore è vivere in un Paese che ha cattive leggi e nello stesso tempo cattivi giudici.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. in tali sensi: C. PUNZI, *La nuova stagione della Corte di cassazione*, op. cit., pag. 5 e segg., che rimarca anche come non appaia specificato il soggetto chiamato alla iniziale valutazione del ricorso ai fini della sua trattazione in pubblica udienza con la facoltà della discussione tra le parti e come il legislatore abbia riconosciuto una scelta discrezionale per non dire arbitraria alla stessa Corte di Cassazione sul rito camerale o in pubblica udienza. In senso sempre accentuatamente critico: G. SCARSELLI, *In difesa della pubblica udienza*, op. cit., pagg. 50-51 e nt. 15 e 16, il quale evidenzia come l'avere fatto della trattazione in Camera di consiglio rispetto alla pubblica udienza la regola, invece della eccezione, configuri un principio generale che contrasta con gli orientamenti della stessa Corte di legittimità. A tale riguardo l'Autore ricorda che la Cassazione ha – richiamandosi al principio della pubblica udienza, ritenuto dall'art. 6 della Cedu un «cardine dell'ordinamento democratico» (anche se soggetto a limitazioni quando esigenze particolari, quali quella concernente la celerità delle decisioni, giustificano dette limitazioni) – ha statuito che la trattazione in udienza pubblica rappresenta una regola di generale applicazione. (così Cass. 16 marzo 2012, in *Foro It.*, Rep. 2012, voce *Cassazione civile*, n. 169 ed in senso sostanzialmente conforme già Cass. 18 luglio 2008, n. 19947, *id.* 2010, I, 616), diversamente da quanto stabilito dalla l. n. 197 del 2016, che ha posto la trattazione camerale «non quale deroga al principio ma come principio esso stesso». Per di più si è compresso con la citata novella un altro diritto delle parti, già riconosciuto anche esso dalla Cassazione, quello cioè del controricorrente non costituito a potere partecipare alla discussione, tanto in udienza pubblica «quanto in camera di consiglio» (cfr. da ultimo tra le altre Cass. 30 settembre 2011, n. 20028, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 173). Per analoghe critiche *ex multis*: E. CAMPESE, *Il nuovo giudizio camerale civile di cassazione*, in *Il nuovo giudizio*, op. cit., pag. 25 e segg., e da ultimo F. MARIA GIORGI, *Il nuovo "rito camerale" del giudizio di cassazione*, commento critico a Cass., Sez VI, 10 gennaio 2017, n. 395 (ord.), in *Lav. Giur.*, 2017, pag. 243 e segg.