

Per un diritto di formazione sociale*

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il contributo, a partire da consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, si propone di tratteggiare i contorni di un'esperienza giuridica fondata su di un diritto di formazione sociale che promana dall'attività interpretativa. Tale tensione può però ritrovare un freno nella nuova normativa sulla responsabilità civile del magistrato.

SOMMARIO

1. SULLA GIURISPRUDENZA ATTIVA; 2. SU ALCUNE PRASSI GIURISPRUDENZIALI; 3. CRITICHE E RICONOSCIMENTI DEL RUOLO ATTIVO DELLA GIURISPRUDENZA; 4. UN RICHIAMO AL DIRITTO SOCIALE; 5. IL DIRITTO SOCIALE; 6. SUL RICONOSCIMENTO DELLA FONDAZIONE DEL DIRITTO NELL'ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE; 7. SU DI UNA PICCOLA RIVALSA DEL LEGISLATORE.

1. SULLA GIURISPRUDENZA ATTIVA

Nonostante l'apparente egemonia culturale positivista¹, l'auspicio d'una giurisprudenza attiva (se non *determinativa*² della nor-

* Il presente contributo è stato presentato a Milano il 23 marzo 2015 al Convegno di Studi su "Certeza del diritto/Deperimento del potere/Democrazia", promosso dal Gruppo Radicale Federalista Europeo al Comune di Milano, l'Associazione Radicale "Enzo Tortora" - Radicali Milano e l'Associazione di cultura libertaria "Diritto e Mercato".

1 Cfr. F. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. Vol. III. *Ottocento e Novecento*, (edizione aggiornata a cura di Carla Faralli), Roma-Bari, 2001.

2 L'attività interpretativa è solo la fonte del diritto, è, per così dire, il luogo in cui il diritto scorga; in quanto fonte, ovvero sorgente, non può venire concepita, a maggior ragione legandola al sintagma diritto sociale, come luogo di produzione o creazione del diritto, dato che questo sussiste, sia pure in altro modo e forma prima del suo emergere attraverso la fonte. Vedi in proposito

PAROLE CHIAVE

DIRITTO SOCIALE; INTERPRETAZIONE DETERMINATIVA; GIURISPRUDENZA ATTIVA; RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MAGISTRATO.

ma giuridica) ha ritrovato nella seconda metà del secolo scorso feconda eco nella dottrina italiana; una giurisprudenza cioè che dispieghi la propria attività di ordinamento giuridico ben oltre gli angusti limiti posti da letture fin troppo letterali dell'articolo 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, tutte protese a ricondurla verso mere forme di "applicazione" della legge - ben tracciate, ad esempio, nella scuola ottocentesca dell'esegesi.

Si tratta di un percorso certamente non unitario, molte volte nemmeno caratterizzato da intenti *relazionali*, che ha visto l'analisi del fenomeno giuridico da parte dell'idealismo crociano e gentiliano (di cui abbiamo testimonianze, ad esempio, nelle opere di Max Ascoli e Angelo Ermanno Cammarata, di Guido Calogero e di Giorgio Laserra), lo sviluppo delle *fumisterie* ca-

le riflessioni di Enrico Parese raccolte nella voce *Fonti del diritto (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 893-895. Solo una rappresentazione fortemente ancorata al positivismo di stampo classico può ritenere che la fonte, intesa come manifestazione di volontà sovrana, sia il momento reale di creazione del diritto. Per questa prospettiva, infatti, non sussisterebbe nulla di giuridico prima della manifestazione del potere sovrano, il quale creerebbe da nulla la regolamentazione giuridica della società. Si preferisce pertanto utilizzare un termine derivato dal verbo *determinare* e non *creare* per designare siffatta l'attività interpretativa.

pograssiane nelle pagine di Luigi Caiani e Salvatore Satta, le perorazioni a fronte delle *sfide tecnologiche* di Sergio Cotta introno alla supremazia del *dato sul costruito* (alle quali si ricollega il *diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi), per tacer poi delle speculazioni di Pietro Rescigno, di C. Massimo Bianca e di Nicolò Lipari.

Nello scusarmi per le notevoli omissioni, non si può certamente non richiamare, in un ambito non più cattolico e giusnaturalistico, ma ancorato saldamente ad un contesto laico e liberale, l'opera di Bruno Leoni forgiante quella concezione di diritto spontaneo che sarà ripresa e resa celebre da Hayek³.

2. SU ALCUNE PRASSI GIURISPRUDENZIALI

L'idea di una giurisprudenza *attiva* è anche presente nella prassi giurisprudenziale, nella giurisprudenza in senso stretto, quanto meno attraverso due diverse manifestazioni: l'una meno marcata, l'altra più eclatante.

In modo meno marcato, ma non per questo meno incisivo, tale idea è presente nelle sentenze della Corte costituzionale, fra le quali va rammentata la numero tre del 1956⁴, che diede vita in dottrina alla nota distinzione fra *disposizione* e *norma* sorta delle penne di Massimo Severo Giannini e di Vezio Crisafulli; è questa una Corte costituzionale che si avvia verso la statuizione di un diritto vivente "elaborato dalla giurisprudenza"⁵. La stessa presupposizione

3 Non potendo sviluppare compiutamente il discorso ora tratteggiato, si rimanda per questi ed altri temi qui presentati in modo troppo succinto, alla mia indagine su *Interpretazione ed esperienza giuridica*, Trieste, 2011-2012.

4 Nella sentenza numero 3 del giugno del 1956 possiamo leggere: "la Corte [...] non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci".

5 L'uso del sintagma e del corrispondente senso, diviene costante nel lessico del *Giudice delle leggi* a partire dalla sentenza n. 276 del dicembre 1974, nella quale si fa riferimento al "diritto vivente, ossia il «sistema giurisprudenziale» formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare [...] il quale] sistema di diritto vivente, elaborato dalla

è riscontrabile nella giurisprudenza di Cassazione, che più volte rileva in quegli anni come il broccardo *in claris non fit interpretatio* non possa ritrovare applicazione nell'ordinamento italiano, smentendo, sia pure implicitamente, il criterio ermeneutico letterale presente nel già richiamato articolo 12 delle *Pre-leggi*.

In modo più controverso e per questo più appariscente, tale prospettiva si incarna nelle teorizzazioni e nelle prassi di quella parte della magistratura tutto protesa, a cavaliere fra gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, verso un *uso alternativo del diritto*⁶. Si tratta di una magistratura democratica e, più in generale, di una esperienza giuridica che non si esaurisce nelle tesi dell'allora Luigi Ferrajoli⁷, ma che si articola in modo ben più variegato anche sulle pagine della rivista "Qualegiustizia" (vanno rammentate, fra le molte, le posizioni assunte allora da Alfredo Carlo Moro⁸).

giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali".

6 Come recita la raccolta di saggi curata da Pietro Barcellona; cfr. *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, Bari, 1973, ove sono riportati i contributi di T. Blanke, U. Cerroni, B. De Giovanni, A. Di Majo, L. Ferrajoli, F. Galgano, F. Mazziotti, U. K. Preuss, S. Rodotà, J. Seifert, E. Spagna Musso, G. Tarello e R. Wiethlöter, e *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, ove sono riportati gli interventi di R. Guastini, C. U. Schminck, N. Lipari, N. Salanitro, F. Governatori, D. Pulitanò, A. Pavone La Rosa, F. Leonardi, G. Cotturri, R. Wiethölter, E. Russo, E. Grasso, A. Cataudella, P. Abadessa, L. Barbiera, L. Ricca, G. Vecchio, U. Ruffolo, P. Vittle, C. Varrone, F. Merusi, G. Ghezzi, M. Bin, P. Picone, J. Agnoli, S. Andò, A. Chiappetti, M. Costantino, C. Amirante.

7 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., p. 106. Per un ulteriore approfondimento della posizione assunta a cavaliere degli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo da Magistratura democratica, si vedano anche i contributi di E. Paciotti, *Relazione al XIV Congresso dell'Associazione nazionale dei magistrati tenutosi a Trieste nel 1970* e V. Accattatis-L. Ferrajoli-S. Senese, *Relazione al Congresso di Magistratura democratica tenutosi a Roma nel 1971*; una riproposizione parziale dei testi è presente in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974 e prima ancora del suo contributo apparso sul volume *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*.

8 A. C. Moro, *Il giudice nello stato contemporaneo*, in "Il Ponte. Rivista mensile di politica e letteratura fondata da Pietro Calamandrei", XXIV (1968), n. 6-7.

3. CRITICHE E RICONOSCIMENTI DEL RUOLO ATTIVO DELLA GIURISPRUDENZA

Non sono mancati, proprio in riferimento all'uso alternativo del diritto, forti richiami alla centralità del potere legislativo in uno stato che si pretenda democratico. Il potere legislativo, ammonisce fra gli altri Uberto Scarpelli⁹, è espressione diretta dell'assetto democratico delle società, i giudici, che di pretendono creatori di diritto, in quanto funzionari professionali, sono privi di rappresentanza e, quindi, di responsabilità politica.

Vi è pertanto una tendenza a riaffermare una lettura letterale del secondo comma dell'articolo 101 del dettato costituzionale: "i giudici sono soggetti [...] alla legge", richiamo che in modo solo larvato risente dell'impostazione del positivismo classico di sapere ottocentesco¹⁰.

Pur tuttavia le istanze volte a riconoscere un ruolo attivo all'attività giurisprudenziale non risultano affatto sopite dalla oramai superata polemica sull'uso alternativo del diritto (che se vede sul fronte liberale e laico le serrate critiche di Scarpelli e quelle più benevole di Renato Treves¹¹, in ambito cattolico sfocia con la sorprendente abiura di Satta¹² e l'ancor più sorprendente suo anatema: "l'usurpazione delle legge da parte del giudice è un atto d'orgoglio, di satanica disubbidienza"¹³). Queste

9 Cfr. *L'educazione del giurista*, in "Rivista di diritto processuale", XXIII (1968), n. 1 e *I magistrati e le tre democrazie*, in "Rivista di diritto processuale", XXV (1970), n. 4.

10 Si veda in proposito la teoria dell'interpretazione meccanicistica della legge così come vien svolta da Norberto Bobbio nel suo *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1961.

11 R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Bari, 1972.

12 Cfr. la prefazione all'ottava edizione del suo manuale di *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, la prima edizione, come noto, vide la luce nel 1948.

13 Cfr. *Il giudice e la legge*, relazione inaugurale tenuta da Satta il 6 dicembre 1970 a Roma al XXI Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani; la relazione romana, viene presentata da Satta nel 1970 nei *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, Padova, 1970, pp. 8-24. L'anno successivo verrà pubblicata su "Iustitia", (1971), n. 1, pp. 1-15. In vero, l'impianto della relazione in oggetto è già chiaramente riconoscibile in uno scritto del 1968 proposto al

istanze riecheggiano ancora in suolo italico (vedi ad esempio la scuola genovese o la prospettiva ermeneutica) e per di più rinvigorite vuoi da apporti d'oltre oceano (Dworkin in *primis*), vuoi da analisi continentali (vedi il neocostituzionalismo).

4. UN RICHIAMO AL DIRITTO SOCIALE

La rivendicazione di un *diritto sociale*, di una forma di regolamentazione giuridica che sorga da un'attività interpretativa la quale sappia trasformare, per dirla con il Caiani¹⁴, i valori e gli interessi sociali in valori ed in interessi giuridici (contenuti cioè in norme giuridiche tratte anche da disposizioni), ritrova di recente svolgimento nella voce *Diritti sociali* redatta da Antonio Baldassarre per l'*Enciclopedia del diritto Treccani*.

Nella società contemporanea, frutto dell'ormai consolidato passaggio da uno stato monoclasse ad uno stato pluriclasse¹⁵, si ravvisa, per Baldassarre, la centralità di un giudice attivista, il quale sia capace di mediare, nella formulazione della norma giuridica, tra interessi e valori sociali fra loro molte volte configgenti¹⁶.

Congresso ravennate dell'Unione Magistrati Italiani, titolato *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana* e raccolto in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. I, Padova, 1969, pp. 66-85.

14 I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padova, 1954.

15 Vedi le lucide analisi di M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992 nonché N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

16 Per Baldassarre, "in uno stato democratico-pluralistico di una «legalità per valori» [...] deriva dalla complessa trama sociale che innerva gli organi politici supremi [...] si rende necessaria, per i giudici, una quotidiana opera di integrazione di quei parametri [di ragionevolezza] con il complesso sistema dei valori costituzionali", così a p. 9 della voce citata, e continua: "un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giustizia politica e a riconoscere in via di principio un'interpretazione «attivista» del ruolo del giudice, in quanto è chiamato spessissimo a operare bilanciamenti di valori e, in particolare, a mediare «ragionevolmente» fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali", p. 10.

5. IL DIRITTO SOCIALE

Si viene quindi a palesare un diritto di non esclusiva fonte legislativa, un diritto sorto dall'attività interpretativa ed applicativa di disposizioni, che ricerca la propria fonte (e con questa la propria legittimità) nel contesto sociale che è chiamato a regolamentare e dal quale, attraverso l'attività giurisprudenziale, sorge.

Il *diritto sociale* è quindi una forma di regolamentazione giuridica dei rapporti intersoggettivi che ritrova la propria fonte non già in un astratto sistema di disposizioni legislative (vedi il diritto statale), ma nella propensione alla regolarità presente e riscontrabile nella prassi normativa della stessa comunità nella quale (e per la quale) opera.

L'attività interpretativa è momento di mediazione fra i differenti fattori normativi (valori, interessi, disposizioni legislative) che concorrono ad informare, a maggior ragione in un contesto pluralistico, la società.

Il *diritto sociale* è il frutto d'una mediazione fra diverse istanze (ancora valori ed interessi) e fra entità normative diverse (regole giuridiche, in quanto rappresentate in disposizioni legislative, regole sociali, in quanto, pur non formalmente istituite, operanti nel – ed informanti il – contesto societario). Il diritto non ritrova la propria legittimità nella volontà dell'autorità competente, piuttosto nell'*adeguatezza* della norma, derivata di volta in volta dall'attività interpretativa, alle esigenze presenti nel contesto sociale che è chiamata a regolamentare.

Il *diritto sociale* risulta sì informato dalla realtà che si appresterà a regolamentare, ma a sua volta ne è il momento fondante, perché proprio in virtù della sua *adeguatezza* ne permette il regolare svolgersi.

Si assiste ad uno spostamento del fulcro del processo produttivo del diritto dalle tradizionali fonti legislative (le fonti atto di produzione), alle fonti giurisprudenziali. Queste utilizzano l'attività interpretativa ed applicativa delle disposizioni per *determinare* norme giuridiche. È un'attività interpretativa *inter-sistemica*, la quale pone a contatto sistemi normativi diversi per modello istituzionale di

riferimento: disposizioni legislative e valori e interessi che informano il sistema sociale. Rispetto a questi ultimi le disposizioni ritrovano significato.

Si tratta di una regolamentazione giuridica della società in forma *fluida* che vede nella giurisprudenza il suo centro propulsore.

Il *diritto sociale* è frutto non tanto dell'attività regolamentativa astratta e generale posta in essere dalla autorità legislativa, che si manifesta attraverso la produzione di disposizioni pre-poste al caso da regolare (in linea di principio tali disposizioni sono rigidamente istituite e modificabili sono in seguito ad un intervento della stessa autorità normativa¹⁷), quanto dal ritrovare la norma giuridica attraverso il caso discusso ed in funzione della soluzione giuridica di quello specifico caso all'interno di un altrettanto determinato contesto sociale.

La soluzione giuridica deve risultare adeguata al contesto sociale dal quale e per il quale sorge, non già ad una astratta pre-scrittura legislativa.

Tutto ciò comporta una ridiscussione del concetto di certezza del diritto, che deriverà da una interpretazione *inter-sistemica* e non da una applicazione sillogistica della disposizione colta nella sua vеста di premessa maggiore¹⁸.

L'ordinamento giuridico non appare perciò l'insieme delle disposizioni poste dall'autorità competente, ma la risultante della relazione sempre fluttuante fra le disposizioni formalmente poste (il sistema giuridico in senso formale) e le regole appartenenti a sistemi al primo esterni (vedi ancora i valori, gli interessi, i sistemi autoregolamentativi posti in essere da formazioni sociali e così via).

Questi ultimi, pur essendo formalmente extragiuridici, all'atto pratico dell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni risultano indispensabili al fine di trasformarle

17 Si veda però la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 23-24 marzo del 1988 che modifica il significato dell'articolo 5 del Codice penale.

18 Su questo si rimanda alla celebre critica di Guido Calogero (*La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937) a Alfredo Rocco (*La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906).

in reale ordinamento giuridico, capace cioè di risolvere le controversie¹⁹.

Tale sistema ordinamentale trae la propria legittimità dalla stessa realtà sociale e non dalla manifestazione di volontà dell'autorità formalisticamente intesa. La legittimità della norma giuridica non va ricercata nell'inferenza logico-deduttiva dalla disposizione, ma nella sua *adeguatezza* alla realtà sociale.

Il significato della disposizione va colto attraverso lo spettro di altri sistemi, da cui all'interpretazione *inter-sistemica* e non *intra-sistemica*.

Il discorso fin qui svolto ha delle ripercussioni nell'ambito delle teorie sulla divisione dei poteri e vede emergere l'idea di una divisione/distinzione non rispetto alle funzioni degli stessi²⁰.

Fra l'altro, una interpretazione *inter-sistemica* necessita di una idea di giurisprudenza più ampia di quella normalmente intesa e riducibile alla sola attività della magistrature (di merito e di legittimità). Questa nozione di giurisprudenza, proprio per la complessità sociale del fenomeno, deve essere comprensiva dell'interpretazione dottrinale e dell'interpretazione forense; quindi va ridata alle stesse dignità giurisprudenziale.

Si tratta in definitiva di invertire quel percorso di "deresponsabilizzazione del ceto dei giuristi" iniziato, secondo Giovanni Tarello²¹, con l'epoca della codificazione e di contrastare l'idea "ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaf-

fermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro istillato nel cervello"²².

6. SUL RICONOSCIMENTO DELLA FONDAZIONE DEL DIRITTO NELL'ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE

Queste e altre aspirazioni o perorazioni intorno ad un ruolo politicamente responsabile della giurisprudenza, che veda *in primis* il magistrato non più quale *bocca della legge*, ma come figura pienamente partecipe al sorgere del diritto, al fine di non rimanere ancorate ad una dimensione prescrittiva devono ricercare nella realtà dell'esperienza giuridica la propria conferma al fine di ammantarsi di quella qualificazione di descrittiva, che le permetterebbe di uscire dal *flatus vocis* che taluni attribuiscono ai giudizi di valore.

Abbandonando l'incedere dottrinario, la (parziale) conferma può venire ricercata proprio nella giurisprudenza in senso stretto.

La nota sentenza n. 182288 delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione del 21 gennaio 2010, riprendendo espressamente la giurisprudenza europea (Scoppola vs. Italia del 17 settembre 2009 e la di poco successiva Previtì vs. Italia) pone l'accento su "una relazione di tipo concorrenziale" tra il potere legislativo ed il potere giudiziario nella posizione di norme giuridiche in un dato contesto socio-culturale. Per inciso, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 348 del 2007, aveva ribadito nuovamente come "le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo", aprendo, fra l'altro, alla possibilità di richiamare all'interno della *giurisprudenza* non solo l'attività della magistratura.

Per la Corte di Cassazione del 2010, nel concetto di legalità va inglobato sia il diritto di produzione legislativa, che quello di produzione giurisprudenziale, lasciando intender come oramai l'asse della certezza del diritto non sia più indirizzato verso la lettera della legge²³.

²² P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2014⁷.

²³ Per quanto concerne la giurisprudenza europea decisiva appare la sentenza Groupe Danone vs.

¹⁹ Un esempio di scuola e, pertanto, macroscopico può venire offerto per tramite delle disposizioni contenute negli articoli 527 (Atti osceni) e 528 (Pubblicazioni e spettacoli osceni) del Codice penale, le quali vanno, come noto, lette alla luce del successivo articolo 529 (Atti e oggetti osceni: nozione), il quale recita, al suo comma primo: "agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". L'esemplificazione può venire estesa con il richiamo alle cosiddette clausole generali, che ritrovano specificazione attraverso il ricorso ai valori sociali vigenti nel momento in cui l'interprete è chiamato a formulare la norma regolatrice del caso controverso.

²⁰ Vedi M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci - R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* (2004), Torino, 2005.

²¹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto* Bologna, 1976, p. 17.

Tale breccia giurisprudenziale nelle mura che racchiudono l'idea di un giudice mero applicatore del diritto ritrova, a ben vedere, ampliamento nella successiva sentenza 15144 del 2011 delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, che richiama inequivocabilmente il diritto vivente come fenomeno oggettivo legato alle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale (dinamiche non riconosciute come appannaggio esclusivo del legislatore).

Ma è soprattutto la sentenza del 2010 che ci pone di fronte al duplice problema di rivedere, per un verso, il diagramma delle fonti del diritto, che dato il riconoscimento delle fonti giurisprudenziali (interne e comunitarie) rende del tutto obsoleta la disposizione dell'articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale* (in vero la Corte abbozza nella sentenza richiamata una sorta di gerarchia delle fonti giurisprudenziali), per altro, come già fatto cenno, induce ad una più generale riflessione sulla questione della certezza del diritto e della divisione dei poteri.

Ci troviamo di fronte quindi ad una ri-responsabilizzazione del ceto dei giuristi che potrebbe svilupparsi attraverso una riesumazione in chiave contemporanea della *interpretatio*, un riapparire cioè della *jurisprudencia* che obbliga a riveder le categorie delle fonti del diritto, della certezza dello stesso e della divisione dei poteri, che non appare più fondata sulla diversificazione delle funzioni; da tutto ciò scaturisce la necessità di ritrovare un nuovo significato per le disposizioni contenute nel primo comma dell'articolo 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* e del secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione.

7. SU DI UNA PICCOLA RIVALSA DEL LEGISLATORE

Una certa lettura delle pronunce delle Sezioni unite della Corte di Cassazione qui richiamate, accompagnata dalla giurisprudenza costituzionale, può far emergere una tendenza verso una prassi giurisprudenziale che di fatto erode il monopolio del potere legislativo nella determinazione della regolamentazione giuridica, avviando un processo di depauperamen-

Commissione europea dell'8 febbraio 2007.

to del potere di tale organo a tutto vantaggio di poli decentrati che vedono coinvolti nella istituzionalizzazione di regole giuridiche soggetti diversi, tutti però, sia pure con funzioni differenti, ugualmente impegnati nell'opera di ordinamento giuridico (la magistratura, il ceto avvocatizio, il mondo dottrinale e così via) e sottoposti, sia pure indirettamente, al costante vaglio della pubblica opinione²⁴.

Il camminare lungo questo itinerario la cui meta è segnata dalla presenza di un diritto *fluido, spontaneo o sociale* che dir si voglia può però ritrovare degli inciampi.

Uno di questi pare ravvisabile all'interno d'una recente disposizione legislativa. Il 24 febbraio di quest'anno il legislatore ordinario interviene, come noto, sulla legge 177 del 1988, la cosiddetta legge Vassalli sulla responsabilità civile dei magistrati.

Nel testo originale (più volte rimaneggiato dal legislatore e sul quale è intervenuta anche la Corte costituzionale) si stabilisce a chiare lettere come "non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto", così all'articolo 2, comma secondo, fermo restando, per ciò che ci concerne, la "violazione di legge determinata da negligenza inescusabile", così al sopra richiamato articolo, comma terzo, *a*.

La violazione di legge non può quindi, secondo il legislatore del 1988, riferirsi in alcun modo all'attività interpretativa della stessa.

Ora, stante al testo novellato nel febbraio 2015, "fatti salvi i commi 3 e 3 bis [...] nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto", così all'attuale articolo 2, comma secondo. Viene pertanto introdotta da parte del legislatore una riserva alla prima illimitata non responsabilità per l'attività interpretativa.

Infatti, la "violazione manifesta della legge", di cui al nuovo comma terzo dell'articolo 2, va determinata avuto riguardo all'attività interpretativa, se, al comma terzo *bis* leggiamo: "ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge [...] si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione della norma violata".

²⁴ Il richiamo più corretto agli *endoxa* qui non può venire svolto.

In questo senso, il processo di trasformazione di una disposizione (più o meno chiara, più o meno precisa) in una norma può dar luogo ad una “violazione manifesta della legge” e non ad una mera interpretazione-prodotto in dissonanza con la giurisprudenza consolidata, sulla quale interveniva il giudice di legittimità.

Questo processo di attribuzione (o svelamento) di significato d’un significante può generare una responsabilità civile del magistrato, da cui alla misura della rivalsa (vedi l’articolo 5 della predetta legge ove si dispone che la stessa non può superare la metà di una annualità dello stipendio, con pagamento di rate mensili non superiori ad un terzo dello stipendio netto).

Forse potrà ritenersi esagerato l’allarme lanciato da alcuni organi di stampa intorno ad una generica responsabilità dei magistrati per l’attività interpretativa da loro svolta – come tutte le disposizioni anche questa va interpretata e vivrà nell’ordinamento con il significato che le verrà riconosciuto – e può darsi che la sanzione comminata dal legislatore non riduca la volontà e la capacità “evolutiva interna al sistema ordinamentale”, per dirla con la Cassazione del 2011 sopra richiamata.

Certo è che alla luce di quanto sopra non pare manifestatamente infondato riflettere sulla presunta violazione manifesta della legge riscontrabile, ad esempio, nella sentenza 6462 del 2011 della Corte di Cassazione penale che investe il significato dell’articolo 513 bis del codice penale, nel momento in cui, dalla lettura della motivazione appare evidente una forzatura del testo che sarà sì adeguata alle esigenze sociali, ma indubbiamente lesiva, per così dire, di una norma dotata di quella chiarezza e precisione che il comma 3 bis dell’articolo 2 della legge del 24 febbraio 2015 espressamente richiama.

In definitiva, dopo tutto il perorare intorno ad una riduzione della centralità del potere legislativo, riconoscendo centralità all’attività interpretativa nella determinazione della norma giuridica, il sospetto è che ci si trovi di fronte ad una piccola e forse involontaria rivalsa del legislatore stesso.

Marco Cossutta, professore associato di Filosofia del diritto nell’Università degli Studi di Trieste