

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ

di Paolo Ferrua

(Professore emerito di Diritto processuale penale
presso l'Università degli studi di Torino)*

SOMMARIO: 1. Il giudice e i precedenti giurisprudenziali; 2. I corollari della soggezione del giudice alla sola legge; 3. Interpretazioni creative; 4. Interpretazioni vincolanti; 5. Ripensamenti della Corte costituzionale; 6. Il principio di diritto nel nuovo testo dell'art. 618 Cpp; 7. Rivendicare il primato democratico della legislazione.

1. Il tema affrontato da Massimo Vogliotti - il rapporto del giudice con i precedenti giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali - appare oggi di grande attualità; e, come giustamente ricordato, se il volume di Mario Chiavario non lo affronta espressamente, è semplicemente perché la non vincolatività dei precedenti giurisprudenziali era, almeno a quel tempo, considerata per così dire implicita nel principio di soggezione del giudice alla sola legge.

Oggi, tuttavia, questo fondamentale principio appare fortemente minacciato da diversi punti di vista, uno dei quali è, per l'appunto, rappresentato dal rapporto del giudice con le interpretazioni espresse dalle giurisdizioni di vertice. In un ordinamento di giudici reclutati per concorso e politicamente irresponsabili, condizione essenziale perché l'imparzialità sia effettivamente assicurata e le garanzie di indipendenza dagli altri poteri non decadano a privilegio corporativo, è la soggezione del giudice alla sola legge: sia nel senso positivo per cui la decisione del giudice deve trovare la sua fonte nella legge sia nel senso negativo che esclude il vincolo rispetto a qualsiasi autorità diversa dalla legge.

Con la caduta in larga misura delle immunità parlamentari, la soggezione alla sola legge è rimasta l'unica, sostanziale barriera contro la possibile invadenza della magistratura nella sfera degli altri poteri: dove con legge, naturalmente, non mi riferisco solo alla legge ordinaria, ma anche alla Costituzione, ai Trattati, alle Convenzioni e alle fonti sovranazionali. In breve, ad ogni disposizione che promani da un'autorità legittimamente investita del potere di dettare norme generali ed astratte, restando quindi escluso da tale potere ogni organo giurisdizionale, data l'assoluta incompatibilità tra la funzione di giudice e quella di legislatore.

La soggezione del giudice alla sola legge non implica affatto, come pretendono coloro che ne danno una versione caricaturale, automatismo nell'applicazione della

* *Discussant* dell'intervento del Professor Massimo Vogliotti, intitolato "Indipendenza e imparzialità".

legge secondo l'ingenua idea del giudice bocca della legge o codice animato: idea con la quale si voleva polemicamente esprimere il rifiuto della logica oppressiva dell'*Ancien Regime* dove il sovrano cumulava funzioni legislative e giurisdizionali, delegando le seconde ai magistrati. Sappiamo bene che ogni applicazione della legge implica un'attività interpretativa, la ricostruzione del suo significato in funzione della singola controversia; un compito che, pur muovendo dalla lettera della legge, non si esaurisce in essa, dovendo tenere conto dei valori costituzionali, della coerenza del sistema, delle peculiarità del caso sottoposto all'esame del giudice.

2. Cosa implica, invece, la soggezione del giudice alla sola legge, nella sua doppia proiezione positiva e negativa? In rapporto alla prima, esige il riconoscimento che sussiste un limite, oltre il quale l'interpretazione della legge cessa di essere tale per convertirsi surrettiziamente nella creazione di una nuova legge. Chiamo interpretazione 'creativa', per l'appunto, quell'attività che, nascondendosi formalmente sotto la veste di interpretazione della legge, si risolve in un'eversione del diritto vigente; fenomeno particolarmente insidioso e non facilmente documentabile, proprio perché nessun giudice è così sprovvisto da ammettere di prescindere dal testo della legge per applicarne una di sua invenzione. Il limite, oltre il quale l'interpretazione diventa 'creativa', è vago, esattamente come è vago il limite oltre il quale la ricostruzione di un fatto sulla base dell'evidenza disponibile appare arbitraria; ma questo non esclude che, in entrambi i casi, il limite esista e debba essere scrupolosamente rispettato.

La circostanza che la legge possa essere ingiusta non deve fungere da alibi. Nel nostro ordinamento l'ingiustizia della legge non va parametrata sulla base dei soggettivi valori del singolo giudice, ma in base a quelli, fondamentali, stabiliti dalla Costituzione; e, considerato che il sindacato della Corte costituzionale si estende, in forza dell'art. 3 Cost., alla 'ragionevolezza' della legge, è di fatto impossibile immaginare una legge radicalmente ingiusta che non si ponga anche in contrasto con i principi costituzionali. Quando ravvisi tale contrasto, dovere del giudice è sollevare la questione di legittimità costituzionale e non forzare il testo della legge, sostituendone uno ritenuto conforme alla Costituzione; altrimenti, la legge ingiusta sopravviverebbe, restando potenzialmente applicabile da altri giudici. Quanto alla Corte costituzionale, il suo compito è di censurare, ossia di cancellare le disposizioni ritenute in tutto o in parte illegittime, e non di immetterne altre nel sistema, arrogandosi poteri legislativi; le c.d. sentenze 'additive' – di cui si è spesso abusato nel passato – appaiono tollerabili nella stretta misura in cui ciò che aggiungono derivi inequivocabilmente dai precetti costituzionali.

Nella sua proiezione negativa – ed è l'aspetto su cui si sofferma Massimo Vogliotti, in una prospettiva parzialmente difforme dalla mia – la soggezione alla sola legge implica l'esclusione di un vincolo per il giudice alle interpretazioni espresse da parte di ogni altro organo giurisdizionale (salvo, naturalmente, all'interno del medesimo processo il vincolo al principio di diritto espresso dalla Cassazione); interpretazioni da tenere nella debita considerazione, specie se provenienti dalle

giurisdizioni superiori, ma suscettibili di essere disattese, con adeguata motivazione, se ritenute non persuasive.

3. Esempi di interpretazioni creative non è difficile trovarne. Basti pensare ai molteplici indirizzi giurisprudenziali convertiti in legge dalla riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103), proprio nella consapevolezza del loro carattere innovativo, perché altrimenti non si sarebbe avvertita l'esigenza di un intervento legislativo. La realtà è che si assiste, ormai da tempo, ad una singolare inversione del fisiologico rapporto tra il diritto vigente, prodotto dalla legislazione, e il diritto vivente, di derivazione giurisprudenziale: il diritto vivente che dovrebbe essere il fedele riflesso del diritto vigente, si è reso ormai autonomo da quest'ultimo, al punto che è il diritto vigente ad inseguire e a ratificare le *performances* del diritto vivente.

Un ultimo, significativo esempio è offerto dalla sentenza 30 maggio 2019 n. 41736 delle Sezioni unite. Attraverso un'interpretazione creativa dell'art. 525 comma 2 Cpp, i giudici di legittimità hanno subordinato il diritto alla rinnovazione della prova testimoniale a due condizioni di cui non vi è traccia nella legge, precisando che: *a)* il diritto di chiedere il riascolto del teste compete solo alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; *b)* la parte deve indicare le specifiche circostanze che rendono necessaria la rinnovazione della testimonianza al fine di evitare che questa si risolva nella mera ripetizione di quanto già deposto¹. In altri tempi, ci si attenderebbe che il legislatore intervenisse, in sede di interpretazione autentica, a ristabilire il rispetto della legge. Ipotesi illusoria oggi, perché, a quanto risulta dal progetto di riforma Bonafede, l'intenzione del legislatore è di estendere l'art. 190-*bis* Cpp al caso di mutamento del collegio giudicante, subordinando così la rinnovazione della prova alla circostanza che riguardi fatti diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni o appaia necessaria sulla base di specifiche esigenze.

4. Fra le cause del fenomeno appena analizzato vi è senza dubbio la disfunzione del linguaggio legislativo. A fronte di disposizioni dal significato incerto, confuso, a volte contraddittorio o indecifrabile, il giudice, quando non vi siano i presupposti per rivolgersi alla Consulta, si trova forzatamente costretto a interpretazioni creative, a operare scelte in qualche modo arbitrarie, in quanto non sorrette da solido riscontro testuale.

Ma non è questa la sola causa. Una responsabilità notevole nell'affievolirsi del vincolo alla legge risale alle c.d. sentenze gemelle del 2007 (nn. 348-349), con le quali la Corte costituzionale ha riconosciuto efficacia vincolante alle interpretazioni della CEDU espresse in motivazione dalla Corte di Strasburgo². Un assunto che contraddice due fondamentali principi.

Anzitutto, la soggezione del giudice alla sola legge. Affermare il carattere vincolante delle interpretazioni formulate da un organo giurisdizionale – sia pure

¹ V, fra gli altri, A De Caro, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *DPP*, 2020, 293 s.

² Sentenze c.d. gemelle (nn. 348 e 349 del 2007) sulle quali v., in termini critici, P. Ferrua, *La prova, nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 291 s.

un'Alta Corte – equivale, da un lato, ad assoggettare i giudici, nella specie quelli nazionali, ad un'autorità diversa dalla legge; dall'altro a costituire quell'organo in legislatore³. Qualunque significato il giudice, titolare dell'interpretazione vincolante, voglia trarre dal testo interpretato – forsanche ciò che più vistosamente lo contraddice – diventa inconfutabile e vale come legge. Nessun diritto vigente, contenuto nella Convenzione europea, può, infatti, essere opposto al diritto vivente espresso dalla Corte di Strasburgo. Tutto ciò, sia detto per inciso, è assai peggio rispetto allo *stare decisis*, tipico degli ordinamenti angloamericani, dove il vincolo non riguarda l'interpretazione della legge, ma la soluzione del caso concreto, con la conseguenza che il giudice ha sempre la possibilità di abbandonare il precedente, asserendo che il caso sottoposto al suo esame è diverso da quello già deciso; qui, invece, il vincolo cade direttamente sull'interpretazione della legge.

In secondo luogo, si vanifica la distinzione - logica prima ancora che giuridica - tra dispositivo e motivazione, ossia tra l'atto performativo, il comando che risolve la controversia oggetto di accertamento, e le ragioni che stanno a base dell'accertamento giustificandone l'esito. Vincolante in una sentenza è sempre e soltanto il dispositivo che, infatti, costituisce un comando, un *fiat* e, come tale, vincola. Nel caso della Corte europea oggetto di accertamento è la violazione di una disposizione convenzionale nel singolo processo; qui il *dictum* dei giudici di Strasburgo è senza dubbio vincolante. Viceversa, l'interpretazione delle norme convenzionali che figura nella motivazione costituisce un precedente autorevole da tenere nel massimo conto, ma vincola solo in quanto persuasiva, non essendo oggetto di comando. Trasformare un esercizio di ragione in un comando vincolante è una grave trasgressione logico-giuridica, un abuso epistemologico⁴. La stessa interpretazione delle norme costituzionali, che i giudici della Consulta esprimono nella motivazione, non è affatto vincolante, essendo tale solo la dichiarazione di illegittimità eventualmente contenuta nel dispositivo.

Se lo scopo delle sentenze gemelle era di garantire l'uniforme applicazione delle disposizioni convenzionali, bisogna convenire che l'esito si è rivelato fallimentare. La Corte di Strasburgo – come, d'altronde, quella del Lussemburgo – estrae dalle disposizioni sovranazionali i più fantasiosi principi, adattandoli di volta in volta alle esigenze del caso concreto secondo un metodo empirico estraneo alla nostra tradizione. Si pensi alla materia del *ne bis in idem* dove nessuno ormai è in grado di dire quale sarebbe la disciplina gradita ai giudice europei⁵: l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU parla di 'reato' e la Corte di Strasburgo lo converte in 'fatto', senza avvertire

³ Non a caso, la sola interpretazione vincolante è quella espressa dalla legge in sede di interpretazione autentica.

⁴ Nella motivazione, in quanto atto cognitivo, la direzione è dal mondo (delle prove o delle leggi, a seconda che sia in fatto o in diritto) verso il giudice, nel senso che è la realtà ad influire sul giudice e a determinare le sue conoscenze. Nel dispositivo, in quanto atto performativo, la direzione è dal giudice verso il mondo, nel senso che è il giudice ad imporsi sulla realtà, o meglio, a costruirne una di carattere giuridico; quindi, a differenza della motivazione, il dispositivo è, per sua natura, vincolante e dev'essere ben determinato.

⁵ Sul *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v., in vario senso, B. Lavarini, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *DPP*, 2014, 82; Ead., *Il 'fatto' ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *PPG*, 2017, I, 60 s.; D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *questa rivista*, 2017, 70; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, *ivi*, 2017, 78 s.

l'esigenza di giustificare l'ardito passo interpretativo; quanto al versante del 'doppio binario', le due Corti europee escludono il *bis in idem*, quando vi sia stretta connessione tra i procedimenti; criterio tanto capriccioso ed arbitrario quanto privo di ogni base testuale.

Non v'è allora da meravigliarsi se i giudici nazionali, disorientati, inondano di questioni di legittimità la Consulta e, a loro volta, praticano le più disparate letture della giurisprudenza europea. Di cosa dicano i testi di legge, il diritto vigente (dalla legge ordinaria alla Costituzione e ai Trattati), pochi si preoccupano, essendo ormai l'attenzione tutta concentrata sulla giurisprudenza.

5. La stessa Corte costituzionale ha provveduto, in seguito, a ridimensionare l'originario assunto, verosimilmente preoccupata delle sue negative conseguenze. Prima, riconoscendo un 'margine di apprezzamento' sulle interpretazioni dei giudici europei⁶, poi limitando il vincolo ai soli indirizzi 'consolidati'⁷. Soluzione compromissoria che, per un verso, pur circoscrivendolo, lascia sopravvivere il *vulnus* ai principi della soggezione del giudice alla sola legge e dell'efficacia puramente persuasiva della motivazione; e, per altro verso, crea uno stato di notevole incertezza, subordinando il vincolo interpretativo ad un concetto dai contorni vaghi e indeterminati come quello di 'indirizzo consolidato'.

Il distinguo della Corte costituzionale tra giurisprudenza consolidata e non consolidata non è riuscito gradito alla Corte europea, la quale ha prontamente replicato «le sentenze del giudice europeo hanno tutte lo stesso valore giuridico»⁸; e un giudice del collegio si è addirittura spinto ad asserire testualmente: «La Convenzione [europea] significa ciò che la Corte [europea] ritiene che la Convenzione significhi, né più né meno»⁹. L'eclissi del diritto vigente rispetto a quello giurisprudenziale non potrebbe essere espressa più chiaramente.

A questo punto, l'atto di coraggio da parte della Corte costituzionale sarebbe di riconoscere apertamente l'errore contenuto nella (non vincolante) motivazione delle sentenze 'gemelle'; e di convertire il vincolo interpretativo nell'obbligo di 'tenere conto' della giurisprudenza europea, sulla scia della saggia direttiva contemplata nell'*Human Rights Act 1998* del Regno Unito¹⁰.

6. Lo spostamento dell'asse della legalità dalla legge alla giurisprudenza non è privo di conseguenze anche sull'assetto della magistratura. Affievolito il vincolo di fedeltà alla legge, l'insopprimibile esigenza di certezza del diritto non può certo realizzarsi spontaneamente attraverso uniformi indirizzi giurisprudenziali; e si comprende come non sia tardata a manifestarsi l'esigenza di attribuire ai vertici della

⁶ Sentenze n. 317 del 2009 e n. 15 del 2012.

⁷ Sentenza n. 49 del 2015.

⁸ Sentenza del 28 giugno 2018, causa G.I.E.M. s.r.l. e altri contro Italia, par. 252.

⁹ Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque.

¹⁰ La quale, lungi dal parlare di interpretazioni vincolanti, si limita a stabilire che «*A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – [...] judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights*».

magistratura e, in particolare, alle Sezioni unite un potere di interpretazione vincolante analogo a quello riconosciuto alla Corte Europea. L'interpretazione "creativa" resterebbe così riservata ai soli giudici di legittimità.

La posizione più significativa in questo senso è, forse, quella espressa da Francesco Viganò, quando assume come modello di politica giudiziaria e di diritto *in action* «un modo di intendere la giurisprudenza delle Sezioni Unite, da parte della Cassazione nel suo complesso, come formante tendenzialmente vincolante per le decisioni future, a garanzia della prevedibilità e della certezza del diritto per i consociati: un formante dotato di un'autorità analoga – almeno dal punto di vista funzionale – a quello delle pronunce della Corte costituzionale, e tale comunque da modificare *de facto* il diritto vigente attraverso la formazione di un diritto vivente dotato del massimo grado possibile di autorevolezza. Anche a costo [...] di modificare di fatto l'estensione applicativa di una norma incriminatrice, rispetto a quanto desumibile dal suo tenore letterale»¹¹. Come nella successione temporale delle leggi, il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite avrebbe così la virtù di modificare e, quindi, di abrogare il diritto vigente, ritenuto inadeguato. Nientedimeno.

Un primo passo in questa direzione si rinviene, in embrione, nell'aggiunta del comma 1 *bis* all'art. 618 Cpp, ai sensi del quale «se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»¹². Certo, il vincolo non è assoluto, sia perché non coinvolge i giudici del merito, sia perché le singole sezioni non sono *tout court* obbligate ad osservare il principio di diritto, potendo rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite; e ciò ne attenua in qualche modo la tensione con il principio di soggezione del giudice alla sola legge.

Nondimeno, è prevedibile che la riforma accentui la propensione delle Sezioni unite ad esprimere orientamenti interpretativi anche su questioni non ancora oggetto di contrasto; la consapevolezza del maggior valore riconosciuto ai principi di diritto incoraggia le Sezioni unite ad estenderli oltre il *petitum*, condizionando anticipatamente gli indirizzi delle singole sezioni.

Il medesimo fenomeno si realizza, a maggior ragione, quando ad assegnare il ricorso alle Sezioni unite sia stato il Presidente, a norma dell'art. 616 comma 2 Cpp: anche in questo caso un orientamento viene, nei fatti, imposto alle sezioni singole non per sciogliere un contrasto, ma in funzione per così dire preventiva. Si aggiunga che, quanto più un giudice viene investito di un potere di interpretazione vincolante, tanto più cresce il rischio di indirizzi 'creativi', poco fedeli al testo della legge.

¹¹ F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017, commento alla sentenza delle Sez. unite, 27 aprile 2017 n. 40076.

¹² V, in vario senso, A. Caligaris, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in *LP*, 16 luglio 2018 (on line); F. R. Dinacci, *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in *AP*, 2019, fascicolo n. 3 (web); O. Mazza, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *AP*, 2018, Speciale riforme, 723-732.

7. Quando nel 1992 si è assistito alla distruzione dei principi accusatori, si è reagito scrivendoli nella Costituzione, e la Corte costituzionale si è doverosamente adeguata. Non si può scrivere nella Costituzione che il giudice è soggetto solo alla legge, né che sono inammissibili le interpretazioni ‘creative’ e che nessun giudice può assumere poteri nomopoietici in forza delle sue interpretazioni vincolanti, perché tutto ciò è già scritto nei precetti costituzionali o è da essi inequivocabilmente deducibile.

Rivendicare effettività al primato democratico della legislazione e alla soggezione del giudice alla sola legge è oggi un compito assai difficile, ma anche del tutto ragionevole: non è un buon metodo quello di rassegnarsi alle disfunzioni del potere legislativo e alla deriva verso la creatività giurisprudenziale, quasi fossero fenomeni irrimediabili. Soprattutto è tempo che la Corte costituzionale, cui tocca vigilare sul rispetto del principio di soggezione del giudice alla sola legge, dica con chiarezza che, in base al nostro ordinamento costituzionale, nessun giudice, né nazionale né sovranazionale, può convertirsi in legislatore¹³.



¹³ Sul valore della soggezione del giudice alla legge come garanzia politica insopprimibile in un sistema di giudici reclutati per concorso v. F. Caprioli, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *IP*, 2017, 967; M. L. Di Bitonto, *Giudici e bugie*, in *CP*, 2018, 4062 s.; L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari 2016, 178; P. Ferrua, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *DPP*, 2020, 5 s.; D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Aa.Vv.*, *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Bologna 2017, 54 s.