



Arturo Maniaci

(ricercatore di Diritto privato nell'Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Diritto privato e Storia del diritto)

**Legge *versus* giurisprudenza
(con speciale riguardo alla materia giusfamiliare) ***

SOMMARIO: 1. Premessa: lo Stato di diritto e alcuni suoi corollari - 2. La 'rivoluzione clandestina' conseguente al recente fenomeno dell'espansionismo giurisprudenziale - 3. La giurisprudenza italiana in materia giusfamiliare: un esempio eloquente di giurisprudenza creativa - 4. L'affidamento condiviso e il diritto alla bigenitorialità secondo i giudici italiani - 5. L'assegnazione e la perdita della casa coniugale secondo i giudici italiani - 6. L'affidamento dei minori a soggetti terzi e la responsabilità genitoriale secondo i giudici italiani - 7. Il mantenimento diretto secondo i giudici italiani - 8. L'ordine di distrazione di somme dovute da terzi a uno dei coniugi secondo i giudici italiani - 9. Conclusioni.

1 - Premessa: lo Stato di diritto e alcuni suoi corollari

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

Considerato che gli altri valori ivi enunciati, e su cui si basa l'Unione europea, sono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dei diritti umani, il valore rappresentato dallo Stato di diritto evoca una diversa nozione¹, che trascende tutti gli altri valori, costituendone in un certo senso il presupposto, il fondamento e la chiave di lettura², e che allude a un assetto costituzionale, caratterizzato dal principio della separazione (funzionale) dei poteri dello Stato, come già peraltro chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea³.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Per tale rilievo, vedi **A. von BOGDANDY, M. IOANNIDIS**, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What has been done, What can be done*, in *51 Common Market Law Review*, pp. 62-63 (2014).

² Sul punto, vedi **L. PECH**, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *6 European Constitutional Law Review*, p. 365 (2010).

³ Vedi, ad esempio, sent. 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, punto 36 della



Pur trattandosi di nozioni che non condividono la medesima genesi storica (lo “Stato di diritto” si afferma grazie al contributo teorico-filosofico della dottrina giuspubblicistica tedesca della prima metà dell’Ottocento⁴, in antitesi al precedente modello di organizzazione politica, conosciuto come ‘Stato di polizia’; il principio della separazione dei poteri, che in forma assai embrionale era racchiuso nella distinzione concettuale fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, operata dal costituzionalismo medievale inglese⁵, rimonta al secolo XIV, in cui l’averroista Marsilio da Padova, nell’opera *Defensor pacis*, scritta nel 1324, contrappone nettamente l’autorità legislativa ad altre funzioni, secondarie, strumentali o esecutive rispetto alla prima⁶) e che registrano sia nei secoli sia nei diversi contesti geografici *iter* evolutivi non comparabili fra loro sul piano ideologico, politico, culturale e semantico, i termini “Stato di diritto” e “separazione dei poteri” risultano, nell’epoca dell’Europa contemporanea, strettamente connessi⁷.

motivazione; sent. 22 dicembre 2010, proc. C-279/09, punto 58 della motivazione.

⁴ La prima compiuta teorizzazione si deve a **R. von MOHL**, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Laupp, Tübingen, 3 voll., 1832-34; **ID.**, *Das Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, I, 2, Tübingen, 1840, pp. 88 e 329 (sul punto, cfr. *amplius* **R. BIN**, voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1149 ss.; **ID.**, *Rule of law e ideologie*, in **AA. VV.**, *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. PINO, V. VILLA, il Mulino, Bologna, 2016, p. 37 ss.). Sull’origine del termine ‘*Rechtsstaat*’, vedi **U. SCHEUNER**, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland*, in *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1960, p. 229. Per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema, vedi **L.P. COMOGLIO**, *Riflessioni su Rule of law e “precedente” giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 942, nota 20.

⁵ Stando all’opera del XIII secolo di **H. de BRACTON**, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, infatti, l’assolutismo e il potere autocratico del re conosceva limiti soltanto nella seconda sfera (sul punto, vedi **C.H. McILWAIN**, *Costituzionalismo antico e moderno*, edizione a cura di N. MATTEUCCI, il Mulino, Bologna, 1990, pp. 99 e 105; **E. FRAENKEL**, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, traduzione italiana a cura di P.P. PORTINARO, Einaudi, Torino, 1983, pp. 149-150).

⁶ I, XIV, 5 e I, XV, 4 (cfr. **MARSILIO DA PADOVA**, *Il difensore della pace*, I, Rizzoli, 2001, pp. 166-167 e 180-181). Per una sintesi dell’evoluzione del pensiero politico e giuridico medievale in materia, vedi **A. CERRI**, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 2; sull’origine storica del principio *de quo*, vedi **J.L. SEURIN**, *Les origines historiques de la séparation des pouvoirs*, in **AA. VV.**, *Études offertes à Jean-Maurie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 651 ss.

⁷ Vedi, ad esempio, **P. PESCATORE**, *La légitimité du juge en régime démocratique*, in *Commentaire*, 2000/2, n. 90, p. 340: “l’idée de l’État de droit [...] constitue le seul moyen de sauvegarder l’idée d’équilibre qui est à la base de la séparation des pouvoirs”; **M. VOLPI**, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e di governo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 37.



L'interdipendenza fra i due termini emerge chiaramente da una delle più approfondite trattazioni del tema nel contesto dell'attuale dibattito politico-filosofico, in cui si sottolinea che lo Stato di diritto, come versione dello Stato moderno europeo, è una figura giuridico-istituzionale delineata dalla concorrenza e convergenza di due principi: quello della "diffusione del potere", che "tende a limitare con vincoli espliciti i poteri dello Stato per dilatare l'ambito delle libertà individuali", e quello della "differenziazione del potere", che

"si esprime sia come differenziazione del sistema politico-giuridico rispetto agli altri sottosistemi sociali, in particolare quello etico-religioso e quello economico, sia come criterio di delimitazione, coordinamento e regolazione giuridica di distinte funzioni statali, sommariamente corrispondenti alla posizione di norme (*legis latio*) e all'applicazione di norme (*legis executio*)"⁸.

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

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

È alla legge generale e astratta, infatti, che compete il ruolo di delineare i confini tra la sfera dell'autorità (e cioè dei pubblici poteri) e la sfera della libertà (e cioè dei diritti individuali dei cittadini)⁹, venendo così consacrata la definitiva sostituzione del paradigma del governo delle leggi a quello del governo degli uomini¹⁰.

⁸ Così, **D. ZOLO**, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in **AA. VV.**, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, a cura di P. COSTA, D. ZOLO, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 34.

⁹ Cfr., ad esempio, **R. FERRARA**, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 26-27. Sulla divisione liberale dei poteri quale modello organizzativo al servizio della sicurezza e della libertà dell'individuo, vedi **G. BOGNETTI**, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 39 e 154.

¹⁰ Su tale *topos* del pensiero politico, fondativo della civiltà democratica, cfr. **N. BOBBIO**, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in **ID.**, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 169 ss.



Ecco perché si parla di principio di legalità come principio costitutivo di qualunque Stato di diritto. Ed ecco perché nella nostra Costituzione è scritto che “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, secondo comma, Cost.) e che la magistratura costituisce più un “ordine” che un potere (vedi art. 104, primo comma, Cost.), atteso il suo carattere “derivato, e non originario, in quanto preposto all’applicazione della legge”¹¹, laddove la legge è espressione dell’esercizio della sovranità, attraverso un sistema rappresentativo, da parte del popolo (vedi art. 1, secondo comma, Cost.), in nome del quale vengono, infatti, emanate le sentenze (vedi art. 101, primo comma, Cost.).

La legge o, più correttamente, le norme generali e astratte sono, dunque, un vincolo (l’unico vincolo) per i giudici (che svolgono un’attività connotata tecnicamente e che non trova fondamento in una legittimazione democratica), ma non per il legislatore, che svolge un’attività essenzialmente politica e che quindi è democraticamente investito del potere di innovare o modificare il diritto dallo stesso posto (anzi, come è stato detto, anche di recente¹², sta proprio in ciò l’oggetto della sua attività).

Ne consegue che la distinzione fra produzione normativa e applicazione o interpretazione giuridica è coesistente e immanente alla nozione di Stato di diritto, tant’è che l’esigenza di prevenire o quantomeno contenere il più possibile il pericolo di un possibile superamento dei limiti segnati dal diritto stabilito *ex ante* (normazione generale e astratta, che ha di regola una vocazione proiettiva) da parte del diritto statuito *ex post* (decisioni relative a rapporti individuali, che hanno di regola una portata retrospettiva), e quindi dell’arbitrio del giudice, è stata avvertita sia in periodi storici caratterizzati da un regime di accentuato pluralismo di fonti normative, come il sistema dello *ius commune*¹³, sia in contesti in cui vige strutturalmente un regime giuridico non legislativo, come nei sistemi di *Common Law*¹⁴.

¹¹ E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 31 (si noti che l’Autore è un magistrato); nel senso che il principio di soggezione dei giudici alla legge implica la dipendenza del giudice (soltanto) dalla legge, vedi M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, p. 43.

¹² P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 233.

¹³ Sul punto, vedi, ad esempio, U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell’età comunale*, Cedam, Padova, 1955, pp. 63-64. Sul concetto (spirituale) di *ius commune*, cfr. per tutti F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 31 ss. e 137 ss.

¹⁴ «Judges are not appointed to change the law. “Their office is *jus dicere*, and not *jus*



Anche una volta superata e liquidata in via definitiva l'immagine mitica o ingenua - risalente al "padre" del principio della divisione dei poteri¹⁵ - del giudice come figura dotata di una "puissance [...] invisible et nulle" e della funzione giurisdizionale come "en quelque façon, nulle" (perché i giudici non sarebbero che "la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur"), e dato per acquisito che nessuna legge o disposizione di legge consente di pervenire a un unico risultato interpretativo come quello 'esatto'¹⁶, rimane comunque ferma la differenza fra le due funzioni dello *ius condere* (*legis-latio*) e dello *ius dicere* (*iuris-dictio*).

In definitiva, il principio della differenziazione dei poteri dello Stato (che non può certo essere liquidato come una pura e semplice "superstizione" giuridica¹⁷, tant'è che alla sua attuazione l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 subordinava financo l'esistenza di una Costituzione) preclude all'ordine giudiziario la possibilità di sostituire o agguagliare il potere legislativo¹⁸.

Che poi alcuni sistemi conoscano sentenze aventi portata normativa generale conferma, e non già smentisce, la (necessità di una) non equivalenza o non equiparazione fra i due momenti (produttivo e applicativo, o interpretativo). Ad esempio, nel nostro ordinamento giuridico l'efficacia *erga omnes* delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (che certamente assurgono a fonti formali del diritto¹⁹),

dare": così (citando Bacone), **J. BAKER**, *An Introduction to English Legal History*, 2^a ed., Butterworths, London, 1979, p. 169. Ancor più critica e radicale è l'opinione di **Lord DEVLIN**, *Judges and Lawmakers*, in *39 Modern Law Review*, p. 16 (1976), secondo cui la creazione giudiziaria condurrebbe a uno Stato totalitario.

¹⁵ **Ch.L. de MONTESQUIEU**, *De l'esprit des loix*, 1748, XI/6. Le citazioni che seguono sono tratte dall'edizione curata da V. Goldschmidt, Paris, 1979, p. 296 ss.

¹⁶ È il "padre" del giuspositivismo normativista a riconoscerlo: **H. KELSEN**, *Reine Rechtslehre* [1934] traduzione italiana *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. TREVES, Einaudi, Torino, 2000, p. 121.

¹⁷ **C.-M. PIMENTEL**, *Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?*, in *Pouvoirs*, 2002/3, n. 102, p. 119 ss.

¹⁸ Sulla distinzione fra produzione e applicazione del diritto, cfr. per tutti **L. MENGONI**, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 638-639; più di recente, vedi **L. FERRAJOLI**, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, pp. 20-21. Sui possibili significati della locuzione 'separazione dei poteri', in relazione all'attività dei giudici, cfr. **M. BARBERIS**, *Separazione dei poteri e teoria realista dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1 ss.; **A. VIGNUDELLI**, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 7/2007, p. 201 ss., spec. p. 231.

¹⁹ Cfr. sul punto **A. PIZZORUSSO**, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*,



trova fondamento nella Costituzione (art. 136 Cost.) e nella legge (art. 30, terzo comma, l. n. 87 del 1953); in ogni caso, anche l'attività giurisdizionale dei giudici delle leggi è vincolata, oltre che dalla Costituzione, dalle leggi (costituzionali e ordinarie, attuative della Costituzione), e persino una legge costituzionalmente illegittima, finché non venga dichiarata come tale, conserva la sua 'forza di legge' per tutti i destinatari (privati cittadini e organi pubblici, ivi compresa la Corte costituzionale)²⁰.

Anche qualora si volesse ravvisare nello Stato moderno europeo il prodotto di un'evoluzione ulteriore, scandita dal passaggio dallo Stato di diritto (classico) allo Stato costituzionale dei diritti, non verrebbe meno uno dei suoi corollari, consistente nel vincolo per l'interprete del testo normativo prodotto dagli organi di democrazia rappresentativa cui è istituzionalmente delegato l'esercizio della sovranità popolare. In quest'ottica, va pure ridimensionato il ruolo del precedente giudiziale, che, nonostante le tendenze a promuoverne il potenziamento in ogni ambito²¹, quantomeno in un sistema come il nostro non assurge ad atto di produzione normativa, a tacer d'altro in quanto - come è stato sottolineato dalla Corte costituzionale²² -

“al pari della creazione delle norme [...], anche la loro abrogazione - totale o parziale - non può [...] dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)”.

Del resto, nella soggezione alla legge sta il primo fondamento di legittimità e di legittimazione della giurisdizione, che “è sempre un sapere-potere, ed è tanto più legittima quanto maggiore è il sapere e quanto minore è il potere”²³; e ciò, in perfetta coerenza e continuità con

in *Foro it.*, 1980, V, c. 123 ss.; **N. LIPARI**, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 79.

²⁰ L'osservazione può apparire truistica, ma ha sentito l'esigenza di ribadirla anche la dottrina costituzionalistica italiana (vedi, ad esempio, **A. VIGNUDELLI**, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in **AA. VV.**, *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. ACOCELLA, Giappichelli, Torino, 2017, p. 107 ss.). D'altronde, diversamente verrebbe meno il sindacato accentrato di costituzionalità (risultando sotto tale profilo insufficiente l'argomento basato sul minor dispendio di attività, addotto da **V. ONIDA**, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 552).

²¹ Sul tema ci siamo già soffermati in altra sede (**A. MANIACI**, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 576 ss.).

²² Sent. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 ss.

²³ **L. FERRAJOLI**, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in **AA. VV.**, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. CHIODI, D. PULITANÒ, Giuffrè, Milano, 2013, p. 40.



l'origine storica del lemma 'legalità' nella cultura dell'Europa occidentale, che scandisce la nascita di una concezione della sovranità quale "antitesi alla 'giurisprudenzialità' e al metodo - anche 'creativo' - di giuristi e giudici di elaborare regole e principii per via interpretativa"²⁴.

Si può, poi, certamente riconoscere il fenomeno della pluralità delle fonti del diritto (domestiche, europee, internazionali, mercantili, *soft, extra ordinem*), della pluralità degli interpreti (dottrina, giurisprudenza, paragiurisprudenza, categorie professionali o associazioni di categoria, *authorities*, singoli cittadini e, in casi eccezionali, legislatore²⁵) e della pluralità dei criteri, o canoni, o direttive, o argomenti, d'interpretazione del diritto (logico, teleologico, analogico, assiologico, apagogico, storico, sistematico, evolutivo, naturalistico, comparatistico, ecc.²⁶).

Ma nella dimensione giuridica ogni attività interpretativa conosce determinati limiti, o confini, oltre i quali l'interpretazione non mantiene più questo nome (tralasciando in manipolazione, arbitrio, abuso), sicché anche oggi si può convenire sul fatto che "non è vero che nell'interpretazione vada bene tutto"²⁷: essendo il diritto un fenomeno essenzialmente comunicativo e linguistico, che quindi presuppone una correlazione (e un'attività di mediazione) fra segni e significati, il novero dei possibili significati (le norme) ascrivibili a un enunciato normativo (la

²⁴ C. STORTI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in AA. VV., *Le legalità e le crisi di legalità*, a cura di C. STORTI, Giappichelli, Torino, 2016, p. XIV.

²⁵ Si noti che, nei casi in cui ricorra allo strumento dell'interpretazione cosiddetta autentica, il legislatore può essere tacciato di abuso ai danni del potere giudiziario, qualora si ponga in aperto contrasto con il 'diritto vivente' (vedi Corte cost., sent. 10 dicembre 1981, n. 187, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1869 ss.; sul punto, vedi A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 344 ss.).

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

²⁷ Così, C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 185; vedi anche M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 211: "a un testo non si può attribuire qualsiasi significato" [corsivo dell'A.]; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 123-124: "l'opera di attribuzione di significato [deve] essere compatibile con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere (il cavallo non può diventare albero!)"; D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 209: "È il testo il punto di partenza di qualsiasi impegno interpretativo" [corsivo dell'A.].



disposizione)²⁸ non è infinito, e la scelta di uno piuttosto che di un altro significato deve essere giustificata e argomentata²⁹. Sotto tale profilo, ci sembra significativo che in recente libro divulgativo sul diritto, pensato per non giuristi, si legge:

«Attribuire alle norme giuridiche significati antiletterali è un passaggio impegnativo, perché il tenore letterale del testo ha una sua forza indiscutibile (“le parole sono pietre”): per vincerla, e quindi sostenere che il testo della norma è “sbagliato”, occorrono ragioni e argomenti ancora più forti»³⁰.

Anche quando, ai fini della soluzione di un caso, manchi una precisa disposizione di legge, e quindi si tratti di fare applicazione di clausole generali, concetti giuridici indeterminati, norme elastiche, formule aperte o principi³¹, l’interprete si deve sempre muovere all’interno di un insieme di nozioni, categorie, direttive, criteri e coordinate proprie del sistema del diritto positivo, “attraverso un accurato lavoro ermeneutico-dogmatico”³².

²⁸ Per la distinzione (tracciata dalla filosofia analitica, sulla scia dell’insegnamento di **V. CRISAFULLI**, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.) fra ‘disposizione’ e ‘norma’, vedi da ultimo **C. LUZZATI**, *Interpretazione della legge, interpretazione del diritto e interpretazione nel diritto*, in **AA. VV.**, *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, I, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2016, p. 823 ss.

²⁹ Sulle ragioni sottese a tale (ineludibile) esigenza (il cui soddisfacimento è garantito sul piano costituzionale), cfr. per tutti **G. TARELLO**, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 342. Per il legislatore, le cose stanno, invece, diversamente, essendo quantomeno controverso se abbia o meno l’obbligo di motivare le sue scelte (sulla questione, vedi, anche per riferimenti alle diverse posizioni, **M. PICCHI**, *La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in **AA. VV.**, *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, I, a cura di G. CONTE, S. LANDINI, Mantova, 2017, p. 373 ss.).

³⁰ **V. ROPPO**, *Il racconto della Legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Baldini+Castoldi, Milano, 2019, p. 198.

³¹ Che (*cave!*) sono modelli di integrazione del precetto normativo che l’interprete è delegato o comunque autorizzato a impiegare dal legislatore, il quale è indotto a far ricorso a questi dispositivi da “ragioni di saggezza, di codardia politica, o di furbizia tattica” (così, **R. PARDOLESI, G. PINO**, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 118).

³² Così, stigmatizzando l’abuso delle clausole generali nel tempo presente, **C. CASTRONOVO**, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 779-780. Contro il pericolo che l’abuso di principi e clausole generali possa servire a eludere la riserva legislativa nell’attuazione di politiche redistributive e di giustizia sociale ammonisce **E. NAVARRETTA**, *L’evoluzione dell’autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 642. Sul rischio che l’interpretazione adeguatrice possa sconfinare in campi riservati al governo o



Né d'altronde potrebbero giovare a scalfire l'assetto dei rapporti fra legislazione e giurisdizione le più recenti tendenze giurisprudenziali di adeguamento di fonti di rango primario a fonti di rango superiore, quale è, segnatamente, l'interpretazione (costituzionalmente o convenzionalmente) orientata, in quanto anche tali tecniche, elaborate dal neo-costituzionalismo contemporaneo, non possono tradursi in meri espedienti o pretesti per eludere il limite segnato dal vincolo del diritto positivo: l'interprete non è, infatti, legittimato a superare, travalicare, stravolgere la lettera e la portata semantica dei testi normativi domestici per imporre i 'valori' che personalmente (e arbitrariamente) crede di poter derivare da principi costituzionali o sovranazionali³³, come è stato anche riconosciuto dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del tema³⁴, la quale non ha altresì mancato di segnalare la gravità delle relative conseguenze, sia sul piano della forma di governo (l'interprete diventerebbe rappresentante del popolo?), sia sul piano della forma di Stato (l'individuazione dei diritti e dei doveri dei cittadini sarebbe demandata a un'aristocrazia di guardiani?)³⁵.

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

al parlamento, vedi **G. CASUSCELLI**, *La "supremazia" del principio di laicità nei percorsi giurisprudenziali: il giudice ordinario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009, p. 13.

³³ Né ci pare rassicurante la proposta di ancorare l'interpretazione a quei "parametri che, nel contingente storico, possano essere da tutti condivisi" (come suggerisce **N. LIPARI**, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 494), posto che, in una società pluralista, multi-etnica e multiculturale come l'attuale, non è agevole individuarli, salvo sostituire a una decisione collettiva (quella espressa dal legislatore) un'altra decisione collettiva (quella espressa dalla cosiddetta comunità interpretante), che rispetto alla prima presenta un *deficit* democratico, aggravato (e non già 'compensato') da un alto tasso di discrezionalità.

³⁴ In tal senso, cfr. ad esempio **N. ZANON**, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 919 ss.; **G. SORRENTI**, *La Costituzione "sottintesa"*, in **AA. VV.**, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 88; **M. LUCIANI**, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, n. 16, 2007, § 5.1.

³⁵ **M. LUCIANI**, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 434.



legittimità costituzionale³⁶, è anche vero che tale attività presuppone necessariamente il carattere polisemico delle espressioni contenute nella disposizione “sospetta”, e cioè una pluralità d’interpretazioni astrattamente ipotizzabili, che non prelude punto a una alterazione o manipolazione arbitraria del testo normativo, ma, più semplicemente, a una scelta fra più significati, tutti *in thesi* ascrivibili al (e quindi compatibili con il) testo normativo³⁷. Tant’è che la stessa giurisprudenza (amministrativa) ha avuto cura di precisare che, nell’attività ermeneutica, “l’esclusiva ricerca di un’interpretazione slegata da ogni fondamento oggettivo, ma conforme alla Costituzione, costituisce violazione del principio della separazione dei poteri”³⁸.

Persino chi ha ritenuto ammissibile un intervento del giudice volto a disapplicare³⁹ una legge nazionale, perché nulla o caratterizzata da eccesso o abuso di potere legislativo (e non perché in contrasto con un’altra fonte normativa prevalente: europea, internazionale o regionale), l’ha confinato a casi eccezionali, in cui, peraltro, il sindacato sulla legge è formale, procedurale o comunque esterno, e cioè attiene alle precondizioni e modalità di vigenza dell’atto normativo, senza, quindi, estendersi al relativo contenuto, ovvero alle scelte di merito o di politica legislativa⁴⁰.

Se, quindi, si sponsorizzasse la giurisdizione come fonte (formale) del diritto, al pari del legislatore, o la figura del giudice-legislatore, o una giurisprudenza creativa in grado di svincolarsi dall’ordito normativo e dunque dalla cogenza del principio di legalità⁴¹, verrebbe compromesso il

³⁶ Anche la Corte costituzionale non è rimasta insensibile al fascino della tendenza deflattiva, diventata ormai il “mantra” di ogni giurisprudenza domestica (limitando le citazioni di precedenti a decisioni nomofilattiche, vedi, ad esempio, Cass. S.U. 15 giugno 2015, n. 12307, in *Corr. giur.*, 2016, p. 198 ss.; Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss.; Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, p. 929 ss.).

³⁷ Ci pare che sia questo il senso della nota e apparentemente anodina affermazione, compiuta dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza 22 ottobre 1996, n. 356 (in *Giur. cost.*, 1996, p. 3096 ss.), secondo cui “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”.

³⁸ Cons. Stato, 14 maggio 2004, n. 3130, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1062. Da ultimo, sia pure con riferimento alla questione della tipicità e nominatività dei poteri esercitati dalla P.A., vedi anche Cons. Stato, 11 settembre 2018, n. 5319, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce “Edilizia e urbanistica”, n. 65.

³⁹ *Cave*: ‘disapplicare’, che è altro rispetto a interpretare, anche se del caso in funzione adeguatrice ai precetti costituzionali.

⁴⁰ C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 103.

⁴¹ Come vorrebbe una certa giurisprudenza (significativamente non edita, neppure a



fondamento liberal-democratico su cui poggia l'intero edificio delle fonti del diritto, e ne uscirebbe, altresì, alterata (anzi, snaturata) la stessa nozione di giurisdizione, cui dovrebbe convenire il diverso nome (volendo utilizzare, significativamente, un neologismo) di 'giurisfazione'.

Mette conto segnalare che questo rischio non soltanto veniva, alcuni secoli or sono, deprecato da uno dei massimi teorici dello Stato moderno⁴², ma è stato in tempi recenti additato come fattore tale da far declassare lo Stato di diritto in 'Stato di giustizia'⁴³ o 'Stato di giurisprudenza'⁴⁴, ovvero - il che è lo stesso - da determinare il dissesto della legalità⁴⁵, ed è stato altresì stigmatizzato da un esponente illuminato della magistratura italiana, il quale ha con coraggio sottolineato che le operazioni giudiziali che comportino il passaggio dallo *ius dicere* allo *ius condere* sono incompatibili con un'attività d'interpretazione, in quanto

«simili operazioni comportano un travalicamento delle prerogative istituzionali del potere giudiziario: sempre censurabili, ma di modesto impatto, se restano episodiche; preoccupanti, se esprimono una consistente tendenza; perniciose per lo Stato di diritto, se diventano sistema. La ripartizione delle prerogative tra i poteri nello Stato di diritto entrerebbe fatalmente in crisi. Non si tratta soltanto di una ridefinizione quantitativa delle rispettive aree d'incidenza, ma di una pericolosa commistione di metodo e di obiettivi tra la decisione politica e la decisione giudiziaria. L'agire politico è improntato a un programma di scopo: guarda al futuro, si orienta verso determinati obiettivi, cerca i mezzi più idonei per conseguirli e risponde dei risultati ottenuti. L'attività giurisdizionale, invece, è connotata dal programma condizionale: guarda al passato, e opera secondo lo

livello di repertori, ma reperita da **M. NISTICÒ**, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 239), che si guarda bene dal riconoscere un eccesso di potere giurisdizionale per invasione nelle attribuzioni del legislatore, sotto il paravento dell'argomento basato sulla difficoltà di distinguere la produzione normativa legislativa dall'attività interpretativa giudiziale.

⁴² "Il n'appartient pas au magistrat de juger la loi, mais selon la loi": **J. BODIN**, *Les Six Livres de la République* VI, 6, Paris, 1576, rééd. Foyard, Paris, 1986, p. 274.

⁴³ **J. KRYNEN**, *L'État de Justice. France, XIII^e-XX^e siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012, p. 219 ss.

⁴⁴ **C.-M. PIMENTEL**, *De l'État de droit à l'État de jurisprudence? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs*, in A. PARIENTE (cur.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, Paris, 2007, p. 9 ss.

⁴⁵ **L. FERRAJOLI**, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giustizia*, n. 4/2016, § 1; **ID.**, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., p. 23. Sulla tendenza del potere giudiziario a espandersi oltre i confini che gli sono propri, vedi criticamente anche **C. CASTRONOVO**, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 87 ss.



schema “se ... allora”, ma i presupposti, il procedimento per accertarli e le conseguenze da farne derivare, sono determinati dalla legge»⁴⁶.

Del resto, in tempi non sospetti (anni '70 del secolo scorso) e per bocca di uno studioso esente da ogni sospetto (trattandosi di un giurista che, dopo aver esercitato l'attività di magistrato, ha coltivato la filosofia del diritto, concepita anche come impegno etico e politico), è stato sottolineato che “il giudice che si svincoli dalla legge è [...] il portatore di un potere autocratico, [...] un piccolo despota”⁴⁷; e anche chi fra i giuristi non può certo essere tacciato di professione di fede giuspositivistica ha avuto modo di appellare come “libertinaggio interpretativo” quello praticato dalla giurisprudenza cosiddetta creativa e di segnalare con particolare nitore che, “se i giudici decideranno a caso o ad arbitrio le controversie, il diritto diverrà una burla”⁴⁸.

2 - La ‘rivoluzione clandestina’ conseguente al recente fenomeno dell’espansionismo giurisprudenziale

L'epoca attuale appare caratterizzata da una progressiva “giurisdizionalizzazione del diritto” e da un “espansionismo giurisprudenziale”⁴⁹ senza precedenti.

Vero che, in altro periodo storico, qualcuno aveva già evocato il rischio di un “governo dei giudici”⁵⁰ e che, in relazione anche ad altre aree

⁴⁶ Così, si è espresso un Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura (**C. GIOSTRA**, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario di Ancona*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2014, p. 4).

⁴⁷ **U. SCARPELLI**, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 658.

⁴⁸ **A. GENTILI**, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 86, 165 e 469. Il pensiero dell'Autore sul punto è ben ricostruito da **C. LUZZATI**, *Cercando di dimenticare Savigny*, in **AA. VV.**, *Discorsi su Il diritto come discorso*, a cura di V. VELLUZZI, Ets, Pisa, 2017, p. 188, là dove scrive che, con l'espressione ‘libertinaggio interpretativo’, si intende “lo sfruttamento di determinati ruoli cruciali nel sistema, nonché della fiducia e dell'autorità che questi comportano, per compiere operazioni creative del tutto incontrollabili sul piano del ragionamento, assumendo un atteggiamento autoreferenziale”.

⁴⁹ Le due espressioni sono state rispettivamente utilizzate da due autorevoli giuristi: uno civilista (**N. LIPARI**, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1129) e l'altro penalista (**F. PALAZZO**, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, nuova serie, n. 4, 2013, p. 145).

⁵⁰ **E. LAMBERT**, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921; **R. BERGER**, *The government by Judiciary. The transformation of the Fourteenth*



geografiche, è stato di recente analizzato, non senza un certo senso di inquietudine, il fenomeno dell'espansione globale del potere giudiziario⁵¹: ma si tratta, nel primo caso, di titoli meramente provocatori e riferiti in via esclusiva a sistemi assai diversi e distanti dal nostro (Stati Uniti) e, nel secondo caso, d'indagini comparatistiche che presuppongono una nozione che allude a un trasferimento delle decisioni dei conflitti dalla politica e dalla pubblica amministrazione alla sede giurisdizionale ovvero alla diffusione dei metodi giudiziari al di là dell'ambito propriamente giudiziario.

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

Anzitutto, in un sistema di *Civil Law* (cui l'Italia può certamente essere annoverata) appare quantomeno inconsueto e bizzarro evocare, come fa una sentenza della Suprema Corte⁵², una "funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cosiddetta giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto"; tant'è vero che in dottrina si è parlato in proposito di una "affermazione eversiva del sistema" e di una "clamorosa ed esplicita sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto"⁵³.

Poi, si registrano numerose ipotesi di illegittima creazione del diritto⁵⁴ da parte della giurisprudenza italiana, la quale con un atteggiamento fin troppo disinvolto e senza alcuna erubescenza propone interpretazioni (*rectius*, manipolazioni) *contra legem*, che, storicamente,

Amendment, Cambridge, 1977.

⁵¹ **AA. VV.**, *The Global Expansion of Judicial Power*, a cura di C.N. TATE, T. VALLINDER, New York and London, 1995, p. 13 ss.; **R. HIRSCHL**, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004, p. 213.

⁵² Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141 ss. Ma per una successiva e opposta presa di posizione sul punto, vedi Cass. S.U. 11 luglio 2011, n. 15144, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1392 ss.

⁵³ **G. VALDITARA**, *Giudici e legge*, Pagine, Roma, 2016, p. 67. Vedi anche **C. CONSOLO**, *La Cassazione civile tra lacune legislative e vocazioni ordinamentali*, in **AA. VV.**, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. CHIODI, D. PULITANÒ, cit., p. 103.

⁵⁴ Mutuiamo l'espressione utilizzata da **L. FERRAJOLI**, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., pp. 14-15, il quale rileva che non è neppure corretto, e anzi sarebbe un ossimoro, parlare di "interpretazione creativa". Ritiene, invece, che sia "empiricamente falso affermare che il giudice non crei diritto" **A. LAMORGESE**, *L'interpretazione creativa del giudice non è ossimoro*, in *Quest. giustizia*, 4/2016, p. 116 (ma a dirlo è un magistrato, con un'affermazione che ha peraltro valenza più 'confessoria' che 'assolutoria').



anche il Movimento giuridico-culturale cosiddetto del diritto libero (*Freirechtsbewegung*), sviluppatosi in Germania fra Otto e Novecento, aveva avuto difficoltà ad ammettere⁵⁵, e che non sono neppure riducibili o riconducibili alla nozione, sia pure criticata e criticabile⁵⁶, di *interpretatio abrogans*⁵⁷. Una siffatta operazione intellettuale non è considerata percorribile neppure in quei sistemi che ammettono espressamente la figura del giudice-legislatore, come il Codice civile svizzero, che comunque contempla l'attività creativa del giudice soltanto in funzione integrativa delle lacune dell'ordinamento giuridico (art. 1, secondo comma: "Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore")⁵⁸.

È quella stessa dottrina, sopra richiamata, che ha parlato di spinta eversiva della giurisprudenza, a offrire un ricco campionario di casi di giurisprudenza *contra legem* in diverse materie, fra cui quella penale⁵⁹.

In effetti, proprio muovendo dalla materia penale, in cui vigono princìpi (molti dei quali di rango costituzionale) come la riserva di legge, la tassatività, la tipicità, la determinatezza, la irretroattività, la materialità, l'offensività e la frammentarietà, la giurisprudenza è persino riuscita a coniare una nuova figura criminosa: il cosiddetto concorso esterno in associazione di tipo mafioso, in relazione alla quale si è parlato di fattispecie 'aperta', suscettibile cioè "di esiti interpretativi *liberi* quanto

⁵⁵ Come attesta la nota polemica fra E. Stampe e Ph. Heck (su cui vedi **M.G. LOSANO**, *Sistema e struttura nel diritto*, II, *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 129), come ammesso dallo stesso H.U. Kantorowicz (vedi **R. MAJETTI**, *Prefazione del traduttore*, in **H.U. KANTOROWICZ**, *La lotta per la scienza del diritto*, R. Sandron, Milano-Palermo-Napoli, 1908, p. 22) e come ben chiarito da **L. MOSSA**, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 242, secondo cui l'idea sottesa al giusliberismo non era quella di affermare una "libertà sconfinata del giudice per l'applicazione e la creazione del diritto, secondo la propria concezione o addirittura il proprio arbitrio", ma la consapevolezza che "il diritto formale, la legge e la consuetudine [...] non sono tutto il diritto" e che "legge e diritto, diritto e volontà dello Stato [non] siano una cosa sola".

⁵⁶ **V. CRISAFULLI**, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 810, nota 60.

⁵⁷ O "immutativa", come piaceva chiamarla a uno dei primi esponenti della cosiddetta Scuola napoletana di diritto civile: **E. GIANTURCO**, *Sistema di diritto civile italiano* (1884), ora in **ID.**, *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, p. 50 ss.

⁵⁸ Cfr. **M. COSTANZA**, *I poteri creativi del giudice svizzero*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, p. 180 ss.; **P. RESCIGNO**, *Il giudice come legislatore nel codice civile svizzero*, in **ID.**, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 156 ss.

⁵⁹ Rinviamo quindi il lettore interessato *amplius* a **G. VALDITARA**, *Giudici e legge*, cit., p. 26 ss.



*imprevedibili*⁶⁰. Infatti, la giurisprudenza europea⁶¹ non ha avuto remore a riconoscere che ci si trova al cospetto di un'ipotesi di reato di creazione giurisprudenziale (*sic*): affermazione, questa, che ha messo la nostra giurisprudenza in così grave imbarazzo da indurla quasi a negare il fatto ascritto (non all'imputato, ma allo Stato che lo ha giudicato)⁶².

Ma anche in materia civile si registrano atteggiamenti che mortificano o annichiliscono la portata del principio di legalità, anche costituzionale (che trova il proprio fondamento nell'art. 101, secondo comma, Cost.): la giurisprudenza è, infatti, pervenuta ad affermare che la costruzione di un edificio o di un'opera da parte di un comproprietario su un terreno in comunione, fatta abusivamente, e cioè senza il consenso degli altri comunisti, viene considerata appartenente in via esclusiva al comproprietario costruttore⁶³, con buona pace della riserva di legge in materia di modi di acquisto della proprietà (art. 42 Cost. e 922 c.c.; ma vedi anche artt. 834, primo comma, e 1102, secondo comma, c.c.), tant'è che, senza neppure trincerarsi dietro espedienti argomentativi come *l'excusatio non petita*, la stessa giurisprudenza ha senza ambagi ammesso di avere creato, "per via pretoria, una nuova figura di 'acquisto a titolo originario' della proprietà, che non ha base legale"⁶⁴.

Infine, preme segnalare che la progressiva tendenza della

⁶⁰ R. RAMPIONI, *Del c.d. concorso esterno*. Storia esemplare di un 'tradimento' della legalità, Giappichelli, Torino, 2018, p. 4. Anche in materia penale qualcuno ha parlato di "libertinaggio ermeneutico" della giurisprudenza (D. MICHELETTI, *Ius contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss.). Sull'esigenza per cui l'attività del giudice-interprete non deve degenerare in attività volta a perseguire scopi politico-criminali, vedi G. MARRA, *La "politica penale giudiziaria" rivisitata nell'era del "disincanto penalistico"*, in *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, p. 273 ss.

⁶¹ Corte EDU, 14 aprile 2015, ric. 66655/13, Contrada c. Italia, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2860 ss.

⁶² Vedi, da ultimo, Cass. pen., 12 giugno 2018, n. 36509, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Ordine pubblico (reati)*, n. 21, secondo cui "l'assunto per il quale il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituirebbe reato di 'creazione giurisprudenziale' non corrisponde alla realtà dell'ordinamento penale nazionale che si ispira al modello della legalità formale". Ecco un esempio lampante di autoreferenzialità autarchica della nostra giurisprudenza: negare il fatto ascritto dalla Corte EDU, da cui è peraltro scaturita una condanna dell'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU (che contempla una garanzia coesistente a uno Stato di diritto), e continuare imperterrita a fare come se nulla fosse successo.

⁶³ Vedi, ad esempio, Cass. 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, p. 612 ss.; Cass. 22 marzo 2001, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Proprietà*, n. 46; più di recente, Cass. 24 gennaio 2011, n. 1556, in *Notar.*, 2011, p. 634 ss.

⁶⁴ Così, Cass. S.U. 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 854 ss.



giurisprudenza a emanciparsi dal vincolo del testo legale e ad emanare decisioni non sorrette da un dato normativo preesistente alle decisioni medesime o comunque ancorate a criteri fluidi, mobili, incerti (o, come oggi piace dire con un'espressione di ascendenza baumaniana, 'liquidi'), e quindi suscettibili di dare luogo a esiti arbitrari e imprevedibili, si pone in contrasto con un'altra garanzia, che assurge a valore costitutivo dello Stato di diritto: la certezza del diritto, intesa come possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche derivanti dalla qualificazione e valutazione da parte degli organi giurisdizionali di atti o fatti, che condiziona (e reagisce sul)la programmazione giuridicamente consapevole, da parte del cittadino, della propria condotta⁶⁵. È ovvio che il carattere arbitrario e l'imprevedibilità dell'esito dei *dicta* giudiziali frustrano la libertà di autodeterminazione individuale e l'affidamento del cittadino negli organi con competenza decisionale, e quindi minano le basi dello Stato di diritto⁶⁶. L'enunciato legislativo è, e rimane, un enunciato di carattere linguistico, composto da elementi discreti, e quindi veicola un messaggio comunicativo indeclinabilmente destinato a generare nei singoli membri della comunità giuridica attese aspettative affidamenti: sul fatto quantomeno che "le parole della legge - di qualsiasi legge - siano interpretate nel significato letterale e nei significati (a dirla con Dante) 'inchiusi' e come custoditi in esso"⁶⁷.

In definitiva, se si guarda attentamente all'attuale modo di atteggiarsi dei rapporti fra legislazione e giurisdizione, può oggi ben

⁶⁵ La certezza del diritto intesa in quest'accezione è sponsorizzata soprattutto da filosofi analitici del diritto: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 421; M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 194; C. FARALLI, *Il "diritto alla certezza" nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova, 2001, p. 623; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 22; ID., *Indici di certezza del diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 12/2012, pp. 309-310, il quale (*ibidem*, nota 1) elenca comunque tutta una serie di significati ascrivibili alla locuzione 'certezza del diritto'.

⁶⁶ Sulla stretta connessione fra Stato di diritto e certezza del diritto (intesa come prevedibilità), vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975, p. 283; J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 79 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 534 ss. Anche la Corte costituzionale ha qualificato la certezza del diritto come "essenziale per il sistema delle fonti" (sent. 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. cost.*, 2012, p. 85 ss.), ovvero "di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico" (sent. 12 settembre 1995, n. 422, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3255 ss.).

⁶⁷ N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA. VV., *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, il Mulino, Bologna, 2019, p. 18. Sul criterio letterale come metodo necessario e ineludibile, vedi anche E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 343.



parlarsi di degenerazione dello Stato di diritto liberal-democratico, e cioè di quella che un professore tedesco emerito di diritto civile ha efficacemente denominato 'rivoluzione clandestina', alludendo con tale locuzione allo slittamento del potere normativo, dal Parlamento alla magistratura⁶⁸.

3 - La giurisprudenza italiana in materia giusfamiliare: un esempio eloquente di giurisprudenza creativa

Si può far dire al legislatore il contrario di quello che dice?

In Italia, nel settore del diritto della famiglia⁶⁹, e in particolare nel diritto della crisi delle relazioni familiari, pare che si possa e si debba rispondere alla domanda in chiave affermativa.

Va, anzitutto, premesso che la giurisprudenza domestica ha certamente svolto un ruolo di protagonista nella storia ed evoluzione del diritto della famiglia italiano, contribuendo ad affrancare l'interprete dai rigidi confini di un sistema chiuso, asfittico, stabilmente ancorato a quella visione pubblicistica o comunque autoritaria che sino quantomeno agli anni '60 del secolo trascorso considerava l'interesse dell'istituzione familiare come necessariamente sovraordinato a quello dei singoli componenti, e favorendo, quindi, un processo di costruzione delle relazioni familiari dinamico e aperto, in cui si potessero coniugare spinte individualistiche e istanze solidaristiche, entrambe meritevoli di considerazione secondo il disegno costituzionale.

Durante questo travagliato percorso, la giurisprudenza ha avuto anche occasione di anticipare esiti cui sarebbe poi approdato il legislatore attraverso varie riforme, succedutesi nel tempo: così, a titolo esemplificativo, la giurisprudenza costituzionale aveva proceduto a un'opera di rinnovamento e adeguamento della legislazione al principio costituzionale di uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, ben prima

⁶⁸ **B. RÜTHERS**, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, tradotto recentemente in italiano per i tipi di Mucchi; cfr. anche **ID.**, *Dalla "rivoluzione clandestina" alle inquietanti "modifiche" della Costituzione*, in **AA. VV.**, *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. ACOCELLA, cit., p. 137 ss.

⁶⁹ Una notazione linguistica: il diritto privato si articola in vari settori (diritto delle successioni, delle obbligazioni, dei contratti, della responsabilità civile, delle società, e tanti altri), sicché non si comprende come mai nel discorso dei giuristi si utilizza comunemente il sintagma 'diritto di famiglia' in luogo di 'diritto della famiglia'.



della riforma del 1975⁷⁰ e, sul terreno della filiazione, aveva già gettato i semi di una parificazione dei figli nati fuori dal matrimonio a quelli nati in costanza dello stesso⁷¹, realizzatasi poi in via legislativa con la riforma della filiazione degli anni 2012 e 2013, la cui *ratio* ispiratrice di fondo consiste, appunto, nel principio di unicità dello stato di figlio; così, la giurisprudenza ordinaria ha esteso la nozione di famiglia, ricomprendendo in essa relazioni diverse da quelle fondate sul matrimonio, come le convivenze di fatto, e sospingendosi talvolta anche là dove non si sono sospinti i giudici delle leggi, quando ha ad esempio riconosciuto in capo al convivente *more uxorio* che presti attività lavorativa continuativa in favore dell'impresa di cui sia titolare l'altro convivente un diritto alla partecipazione agli utili dell'impresa medesima⁷², prima che entrasse in vigore la legge n. 76 del 2016, che ha, *inter alia*, introdotto l'art. 230-ter c.c. Più in generale, anche sotto l'egida di carte o corti europee e utilizzando - come grimaldello per aprire le porte a esigenze e bisogni manifestati dal corpo sociale - la categoria dei diritti fondamentali⁷³, i giudici italiani sono pervenuti a somministrare forme più o meno adeguate di tutela a soggetti coinvolti in nuove realtà affettive, come quelle connesse a un rapporto di genitorialità sociale o intenzionale instauratosi a seguito di accordi che, come quello di maternità surrogata, risultano lesivi dell'ordine pubblico⁷⁴.

⁷⁰ Lo attesta e documenta, da ultimo, **A. CIERVO**, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 552 ss.

⁷¹ Significativo il titolo del volume curato da **A. CHIODI**, *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2013, pubblicato anche nel 2012 come *Strenna Giuffrè*, in cui sono riportate (p. 307 ss.) le più significative sentenze della Corte costituzionale in materia. Si tratta, peraltro, di una modifica tacita della Costituzione (sulla cui nozione, vedi **A. RUGGERI**, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in **ID.**, *"Itinerari" di una ricerca sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 304 ss.), posto che la formulazione dell'art. 30, 3° comma, Cost. non osta di per sé a una normativa basata sulla diversità di *status* di filiazione.

⁷² Cass. 19 dicembre 1994, n. 10927, in *Informaz. prev.*, 1994, p. 1502; Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, p. 995.

⁷³ Con "tutta la loro potenziale ed eventuale forza dissolutrice" di *status* (**C. CAMARDI**, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 25).

⁷⁴ Da ultimo, vedi Cass. S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653 ss. Significativamente, in dottrina si è parlato di bigenitorialità in senso debole (**U. SALANITRO**, *La tutela del diritto del minore alla bigenitorialità*, in **AA. VV.**, *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso*, a cura di P. MAZZAMUTO, Giappichelli, Torino, 2019, p. 31 ss.).



Ma in queste ipotesi la giurisprudenza si è mossa entro una cornice che registrava il silenzio del formante legale, o comunque la sussistenza di fonti normative dalle maglie larghe che, incorporando “valvole regolatrici dell’afflusso di correnti vitali nel diritto”⁷⁵, consentono e autorizzano un continuo e dinamico adeguamento del sistema giuridico al mutamento del costume e della realtà sociale. Inoltre, la strategia ermeneutica intrapresa, assiologicamente permeabile a fatti, valori, interessi e bisogni, e dunque suscettibile di dischiudere la prospettiva di un ‘irrazionale soggettivismo’ dell’interprete⁷⁶, rivela in ogni caso lo sforzo profuso per attuare il principio costituzionale di uguaglianza formale e sostanziale: tra uomo e donna all’interno del matrimonio; fra coppie che fanno ricorso al dispositivo della nuzialità e coppie che vivono la relazione soltanto di fatto; tra figli che vantano un diverso *status*, a seconda del contesto, o delle modalità, in cui sono nati.

È, invece, in un settore così nevralgico e delicato come il diritto della crisi della coppia genitoriale che si registrano non infrequenti ipotesi in cui il giudice non rispetta il vincolo del testo normativo e - facendosi portatore di opinioni personali, ideologie, pregiudizi radicati o altri, più o meno ‘nobili’, sentimenti - propone soluzioni tali da superare e persino sventrare i “cancelli delle parole”⁷⁷ consegnategli dal legislatore.

Qui di seguito menzioniamo, a titolo meramente esemplificativo, alcune ipotesi d’interpretazione *contra legem* (*rectius*, di arbitraria violazione del testo legale) in questa materia. E ciò, nonostante le declamazioni della stessa giurisprudenza, secondo cui anche l’interpretazione teleologica o sistematica conosce il limite del “divieto di correggere il significato delle parole impiegate” dal legislatore⁷⁸.

4 - L’affidamento condiviso e il diritto alla bigenitorialità secondo i giudici italiani

⁷⁵ E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 236; l’elaborazione dei concetti-valvola (*Ventilbegriffe*) si deve, come noto, a K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1934, p. 83 ss.

⁷⁶ N. IRTI, *Νόμος e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *ID.*, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 95.

⁷⁷ Siamo debitori di questa espressione verso N. IRTI, *I ‘cancelli delle parole’ (intorno a regole, principi, norme)*, in *ID.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 57.

⁷⁸ Cass. ord. 18 giugno 2018, n. 16083, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce “Legge”, n. 23; vedi anche Cass. sez. lav. 14 ottobre 2016, n. 20808, richiamata nella letteratura manualistica da F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 82-83, nota 60. Ha paragonato l’“operare *contra legem*” alle ‘colonne d’Ercole’ del diritto vivente F.D. BUSNELLI, *La ‘dottrina delle Corti’ e il risarcimento del danno alla persona*, in AA. VV., *Il Codice civile ha 70 anni ma non li dimostra*, a cura di L. VACCA, Jovene, Napoli, 2016, p. 138.



Nella regolamentazione della crisi familiare riveste un ruolo cruciale la legge 8 febbraio 2006, n. 54, contenente *“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”*, poi confluite, con qualche modificazione, negli attuali artt. 337-bis ss. c.c.

Che tale legge, trädita dal Parlamento al popolo italiano nel 2006, sia stata tradita, per ben tredici anni (dai giudici e, in parte, dagli avvocati), è un fatto notorio: lo attestano, infatti, anche l’Istituto Nazionale di Statistica⁷⁹ e il Ministero dell’Istruzione, Università e Ricerca⁸⁰.

Nella prassi delle separazioni e dei divorzi che vedono la presenza di figli (in alcuni casi, anche maggiorenni), non si è, cioè, ancora abbandonato nella sostanza il vecchio modello cosiddetto monogenitoriale, pervenendo all’invenzione giurisprudenziale della stravagante figura del genitore ‘collocatario’⁸¹, prevalente o preferenziale, che vede appunto un genitore protagonista nella frequentazione dei figli e di conseguenza nei compiti di cura, educazione, istruzione e assistenza degli stessi, e l’altro genitore, invece, degradato a mero erogatore di un assegno di mantenimento e relegato al ruolo di “visitatore” (lemma il cui etimo evoca già significativamente l’idea di alienità o alienazione di una delle due figure genitoriali rispetto alla vita quotidiana della prole).

Vediamo più da vicino cosa il legislatore dice e cosa gli fa, invece, dire la giurisprudenza.

Il legislatore, nell’affermare il principio di bigenitorialità⁸², prevede che

⁷⁹ Cfr. Report ISTAT 14 novembre 2016 su matrimoni, separazioni e divorzi: “al di là dell’assegnazione formale dell’affido condiviso, che il giudice è tenuto a effettuare in via prioritaria rispetto all’affidamento esclusivo, per tutti gli altri aspetti considerati in cui si lascia discrezionalità ai giudici la legge non ha trovato effettiva applicazione”.

⁸⁰ Cfr. Nota MIUR 2 settembre 2015, prot. 5336: “va constatato che, nei fatti, a otto anni dall’approvazione della legge sull’affido condiviso, questa non ha mai trovato una totale e concreta applicazione anche nella quotidiana ordinarietà della vita scolastica dei minori”.

⁸¹ Ci piacerebbe sapere se l’Accademia della Crusca annoveri tale termine nella categoria dei tecnicismi specifici o collaterali, ovvero se sia semplicemente un vieto espediente dell’antilingua di calviniana memoria.

⁸² Non nuoce ricordare che il diritto alla bigenitorialità è annoverabile fra i diritti inviolabili della persona (vedi, ad esempio, **A. PALAZZO**, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 697 ss.) e che il regime di affidamento dei figli non è materia negoziabile (in tal senso è la giurisprudenza sinora formatasi, come attesta e documenta **G. SAVORANI**, *L’affidamento superesclusivo in talune circostanze è l’unico mezzo per tutelare l’interesse del figlio minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, pp. 1185 e 1188).



“il figlio minore ha il diritto di mantenere un *rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori*, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale *da entrambi* [...]. Il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i minori restino affidati a *entrambi* i genitori” (art. 337-ter c.c.).

La giurisprudenza, invece, impone l’adozione della regola del collocamento (o dimora) prevalente, coniano un criterio presuntivo basato sulla “mother preference”⁸³ nei tempi di frequentazione dei figli e affermando conseguentemente che l’affidamento materialmente condiviso della prole sarebbe contrario alle “esigenze di stabilità dell’*habitat* domestico del minore e del diritto di avere una relazione significativa e costante con il genitore collocatario”⁸⁴.

Di più. È dato leggere, in un articolo recentemente pubblicato su una prestigiosa rivista giuridica (ma a scriverlo è *pour cause* un magistrato), che “è ormai pacifico che - pur nell’ambito dell’affidamento condiviso - il giudice possa individuare (il che, anzi, avviene nella gran parte dei casi) un genitore collocatario o preferenziale del minore”⁸⁵. Dove vi sia traccia in fonti normative (domestiche, europee o internazionali) della figura del genitore ‘collocatario’ o ‘preferenziale’ non è, però, dato sapere, anche perché tutti i referenti normativi (a cominciare dal principio costituzionale di uguaglianza) depongono univocamente in senso diametralmente opposto all’esito che si assume, invece, come dato pacifico e corroborato dall’argomento (sociologico o ideologico?) del “così fan (quasi) tutti”. Ecco, allora, la prova di una creatività giurisprudenziale *contra legem*⁸⁶.

5 - L’assegnazione e la perdita della casa coniugale secondo i giudici italiani

⁸³ Cass. 14 settembre 2016, n. 18087, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3447 ss.

⁸⁴ Cass. ord. 17 dicembre 2015, n. 25418 (consultabile in <https://www.osservatoriofamiglia.it>).

⁸⁵ **G. CASABURI**, *L’editto messapico: il “vero” affidamento condiviso dei minori nella crisi della famiglia secondo il Tribunale di Brindisi*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 194.

⁸⁶ Peraltro, già da un punto di vista semantico, l’aggettivo ‘condiviso’ (e non più ‘congiunto’), che segue al sostantivo ‘affidamento’, allude ai tempi di cura ed educazione del figlio, che sono appunto ‘ripartiti’ o da ‘ripartire’ fra i due genitori (in questo senso, vedi **F. RUSCELLO**, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame - Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, pp. 75-76; vedi anche **M. SESTA**, *Le nuove norme sull’affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 380).



Il legislatore stabilisce:

“Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo *prioritariamente* conto dell’interesse dei figli. Dell’assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l’eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l’assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o *conviva more uxorio* o contragga nuovo matrimonio” (art. 337-*sexies*, primo comma, c.c.).

La giurisprudenza, invece, afferma che “ai fini dell’assegnazione della casa familiare assume rilievo esclusivamente l’interesse del figlio”⁸⁷ e - proteggendosi, appunto, sotto l’ombrello retorico del cosiddetto interesse del minore⁸⁸ contro una pioggia dogmatica ed esegetica - si è sospinta a dire che

“l’instaurazione di un rapporto *more uxorio* da parte del coniuge affidatario dei figli minorenni non giustifica di per sé la revoca dell’assegnazione della casa familiare, trattandosi di circostanza ininfluyente sull’interesse della prole”, che consiste nella “conservazione del proprio *habitat domestico*”⁸⁹,

così sponsorizzando nei fatti un modello di assegnazione della casa coniugale, in cui il genitore ‘non collocatario’ riveste una posizione rigorosamente subalterna non soltanto al genitore ‘collocatario’, ma anche al convivente *more uxorio* di quest’ultimo.

6 - L’affidamento dei minori a soggetti terzi e la responsabilità genitoriale secondo i giudici italiani

⁸⁷ Cass. 14 marzo 2017, n. 6550 (consultabile in <https://www.osservatoriofamiglia.it>), sulla scia di Corte cost. 30 luglio 2008, n. 308, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1661 ss.

⁸⁸ Sul carattere ambiguo e confuso della locuzione “interesse del minore” (da alcuni reputata una ‘pozione magica’: I. THÉRY, *Nouveaux droits de l’enfant, la potion magique?*, in *Esprit*, mars-avril, 1992, p. 5 ss.), vedi L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 e 93; ID., *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148. Riconosce senza ambagi che la formula sia stata piegata a funzione disapplicativa del principio di legalità V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 415 e 418; vedi anche F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1588, secondo cui la formula *de qua* viene utilizzata anche “nel tentativo di sanare *ex post facto* una situazione vietata”; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 781, il quale critica l’impiego della formula quando attraverso essa si intende “superare i limiti segnati dalle fattispecie legislative, costruendone di nuove”.

⁸⁹ Trib. Palermo, 29 dicembre 2016, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 590 ss.



Il legislatore prevede che “il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della *propria* famiglia” (art. 1 l. 4 maggio 1983, n. 184 e successive modifiche), che “il giudice può pronunciare la decadenza della responsabilità genitoriale quando il genitore viola [...] i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con *grave pregiudizio per i figli*” (art. 330 c.c.), e che, “quando la condotta di uno o di entrambi i genitori [...] appare [...] *pregiudizievole al figlio*, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti” (art. 333 c.c.).

La giurisprudenza (in questo caso, va precisato: di merito, più che di legittimità) afferma, invece, che, in caso di (mera) conflittualità giudiziale fra i coniugi, i figli vanno affidati a terzi che non hanno alcuna relazione affettiva con essi (servizi sociali territoriali), con conseguente ablazione o limitazione della responsabilità genitoriale⁹⁰, laddove la mera conflittualità non può di per sé integrare una ragione di esclusione del regime di affidamento condiviso⁹¹ e l’affidamento della prole a un ente è concepita dal legislatore come *l’extrema ratio* (*arg. ex art. 337-ter*, secondo comma, quarto alinea, c.c.), essendo tale misura confinata a ipotesi del tutto marginali, che presuppongono peraltro un grave pregiudizio per la prole e la contestuale assenza di altri parenti o figure affettive di riferimento idonee⁹².

Non possono, poi, essere sottaciuti quegli inquietanti casi di minori sottratti alle famiglie d’origine, senza che ricorrano i presupposti richiesti dalla legge per l’adozione, per essere ‘educati’ (non si sa in che modo né con quali esiti) in luoghi di ortopedia sociale quali le “case-famiglia”⁹³.

7 - Il mantenimento diretto secondo i giudici italiani

⁹⁰ Vedi, ad esempio, Trib. Milano, est. R. Muscio, ord. 24 novembre 2014, inedita: “la conflittualità tra i coniugi, [...] che si ricava dalla lettura dei reciproci scritti difensivi, [...] comporta l’affidamento della prole al Comune”, nonché “la limitazione *ex art. 333 c.c.* della responsabilità genitoriale di entrambi i genitori in relazione alle decisioni di maggior interesse” per la prole, che “saranno assunte dall’Ente Affidatario”.

⁹¹ In questo senso, vedi, ad esempio, da ultimo, T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2018, p. 261.

⁹² In tal senso, vedi, ad esempio, M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 203.

⁹³ Sovviene in proposito quanto scriveva Th. BERNHARD, *Antichi maestri* [1985] traduzione italiana di A. RUCHAT, Adelphi, Milano, 1992, p. 40: “È lo Stato in realtà che partorisce i bambini, *vengono partoriti soltanto bambini di Stato*, la verità è questa. Non esiste un solo bambino libero, c’è soltanto il bambino di Stato, di cui lo Stato può fare quello che vuole, è lo Stato che mette al mondo i bambini, alle madri viene solo dato a intendere che siano loro a mettere al mondo i bambini, *ma è dal ventre dallo Stato che nascono i bambini*, la verità è questa” [corsivo dell’A.].



Il legislatore prevede che,

“salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità [...]” (art. 337-ter, quarto comma, c.c.).

La regola oggi vigente e imperante in via prioritaria in tema di contribuzione al mantenimento della prole è rappresentata, quindi, dal mantenimento diretto, mentre quello cosiddetto indiretto, e cioè da adempiere attraverso la corresponsione di una somma periodica di denaro da un genitore in favore dell'altro (cosiddetto “assegno di mantenimento”), è un'ipotesi residuale ed eccezionale⁹⁴.

Nella prassi, invece, il mantenimento diretto è pressoché sconosciuto ai giudici italiani, ormai affezionati al modello che contempla un assegno mensile periodico in favore dei figli, il cui importo, peraltro, viene sempre surrettiziamente incamerato dal genitore ‘collocatario’, senza alcun obbligo o onere di rendicontazione e anzi con la facoltà per tale genitore di scegliere arbitrariamente le spese cosiddette straordinarie (e cioè extra-assegno di mantenimento) destinate a soddisfare l'interesse e i bisogni non quotidiani dei figli⁹⁵.

8 - L'ordine di distrazione di somme dovute da terzi a uno dei coniugi secondo i giudici italiani

In tema di separazione coniugale e in relazione all'ipotesi d'inadempimento degli obblighi di mantenimento gravanti su uno dei due coniugi, il legislatore prevede che,

“su richiesta dell'avente diritto, il giudice può [...] ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto” (art. 156, 6° comma, c.c.).

La giurisprudenza, invece, afferma che l'espressione “parte”, contenuta in tale disposizione, può essere sinonimo di “tutto”, e quindi arriva a legittimare l'ordine di distrazione (o pagamento diretto)

⁹⁴ Nel senso della predilezione legislativa e priorità della modalità diretta di contribuzione vedi **G. FREZZA**, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 9, ove ulteriori riferimenti in senso conforme.

⁹⁵ Sul punto, vedi da ultimo **M. MAGLIETTA**, *Il mantenimento diretto: una modalità che la Cassazione non riesce a comprendere*, in <https://www.altalex.com/> (8 aprile 2020).



dell'intero stipendio, di cui fruisce un genitore, in favore dell'altro genitore⁹⁶, con buona pace non soltanto degli indici normativi di riferimento sistematico (vedi art. 545, quinto comma, c.p.c., art. 8, sesto comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche, art. 2, ultimo comma, d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, e art. 72-*bis* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, che in conformità all'art. 36 Cost. individuano, come limite inderogabile a qualsivoglia prelievo forzoso su crediti derivanti da rapporti di lavoro, quello della metà dell'ammontare complessivo delle somme corrispondenti a tali crediti), ma, ancora prima, della logica, delle scienze linguistiche e delle nozioni elementari di mereologia.

È, quest'ultima, un'ipotesi eclatante di errore fonte di potenziale responsabilità civile del giudice (sottratto all'area ricoperta dalla cosiddetta clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 2, secondo comma, l. n. 117 del 1988), che si ha quando "un significante [...] va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione", e cioè quando di una disposizione si predica "un significato impossibile, che va contro la stessa espressione semantica"⁹⁷.

9. - Conclusioni

È auspicabile un ritorno dello (o allo) Stato di diritto, *sub specie* di equilibrio tra le funzioni legislativa, amministrativa e giudiziaria, che sono e devono rimanere distinte o comunque distinguibili.

Forse, per scongiurare il rischio che il giudice pretenda di sostituirsi al legislatore, come è avvenuto e tuttora avviene nelle ipotesi sopra esaminate⁹⁸, può essere utile recuperare e rimeditare un noto aforisma di Bacone, che si legge anche in esergo all'opera principale del marchese

⁹⁶ *Incredibile dictu*, ma vero: Cass. 2 dicembre 1998, n. 12204, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2088 ss.; Cass. 6 novembre 2006, n. 23668, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3332 ss. In questo caso, siamo non soltanto lontani dalle originarie funzioni della Cassazione (su cui vedi **J.F. WEBER**, *La Cour de Cassation. La documentation française*, Paris, 2010, p. 13 ss.), ma ben oltre financo la rappresentazione della Corte di Cassazione come "jurisprudence législative" (**F. ZENATI**, *La Jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p. 177 ss.).

⁹⁷ Sono le parole di quel custode del diritto cui conviene il nome di Suprema Corte (Cass. S.U. 3 maggio 2019, n. 11747, in *Danno e resp.*, 2019, p. 509 ss., specialmente pp. 516-517), che però, a quanto pare, sa di non (poter) ... essere custodito.

⁹⁸ Così come in altre, se è vera l'osservazione per cui "il formante giurisprudenziale pare intervenire sia *praeter legem*, per colmare lacune, che *contra legem*, al fine di ricondurre la soluzione di un caso concreto a un percepito senso di equità non corrispondente all'inquadramento legislativo" (**C. CASONATO**, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 161).



Cesare Beccaria:

“Si iudex transiret in Legislatorem, omnia ex arbitrio penderet”⁹⁹.

Legislation versus Case Law (with special regard to Family Law).

⁹⁹ **F. BACON**, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, lib. VIII, aph. 44.