



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2023

**Rileggendo Montesquieu.
Alcune osservazioni
sulla soggezione
del giudice alla legge**

di Antonio Ignazio Arena

EDITORIALE SCIENTIFICA

RILEGGENDO MONTESQUIEU. ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA SOGGEZIONE DEL GIUDICE ALLA LEGGE

di Antonio Ignazio Arena

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Messina

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 2. MONTESQUIEU, TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE, RUOLO DEL GIUDICE; 3. MONTESQUIEU, SOGGEZIONE ALLA LEGGE, DEMOCRAZIA PLURALISTA; 4. LA LIBERTÀ SECONDO MONTESQUIEU. CENNI SULL'ASSENZA DI LEGGI E SULLA COMPLETEZZA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO; 5. DALLA TEORIA ALLA GIURISPRUDENZA: CONSIDERAZIONI PRELIMINARI; 6. IL CASO DELLA *STEPCHILD ADOPTION*; 7. I CASI DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME E DEL TRATTENIMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO; 8. CONCLUSIONI.

«L'interprete è vincolato dal senso stesso del diritto a cercare la soluzione più giusta (o meno ingiusta) tra quelle legittime»

S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 141

1. Introduzione

Nelle pagine che seguono si cerca di sviluppare una riflessione sul significato assunto dal principio della soggezione del giudice (soltanto) alla legge (art. 101, comma II, Cost.) nel contesto contemporaneo, attraverso una rilettura dell'opera dell'Autore che, per comune convincimento, maggiormente ha influito sull'affermazione dello stesso nel costituzionalismo moderno: Montesquieu.

Bisogna premettere che l'idea del giudice "bocca della legge" appare oggi sempre più spesso retorica e difficilmente riferibile all'effettivo modo di esercizio della funzione giurisdizionale, oltretutto non rispondente al rilievo assegnato al potere giudiziario entro il sistema istituzionale, nel quale da tempo si segnala una «vera e propria esplosione del ruolo della giurisprudenza come fattore di adattamento del diritto alle profonde trasformazioni della nostra realtà sociale»¹.

¹ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 5.

Ciò dipende, anzitutto, dal fatto che nella cultura giuridica (e non solo) si è acquisita una maggiore consapevolezza del rilievo dei giudizi soggettivi di valore nell'interpretazione del diritto² oltreché delle inevitabili ambiguità del linguaggio giuridico³. È crollata, infatti, la fiducia nella chiarezza delle leggi e nella possibilità di un'interpretazione "pura" del diritto.

Si è avuto poi l'irraggiamento⁴ della Costituzione nell'esercizio di tutte le funzioni pubbliche, per il tramite dell'interpretazione⁵. Nel sistema ricostruito dall'interprete⁶, ai fini della corretta individuazione della norma disciplinante il caso concreto, non può quindi non rientrare la Carta fondamentale⁷, quale documento che traduce in diritto i valori apicali storicamente condivisi dalla comunità politica. E ciò

² E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Vol. II, Milano, 1955, p. 792.

³ G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in M. CARTABIA e M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, Vol. V, Milano, 2023, pp. 1128 s.

⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2018, p. 277.

⁵ Nel senso indicato nel testo, dell'interpretazione (anche della Costituzione) come sottratta al monopolio di qualsiasi organo o potere (compresa la stessa Corte costituzionale) v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano, 2014, p. 10.

⁶ Cfr. O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 85, per il quale «il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione non è altro che un'applicazione del canone dell'interpretazione sistematica».

⁷ Cfr., *ex plurimis*, con differenti impostazioni, V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Consulta online*, 2020 (Liber Amicorum per P. Costanzo), pp. 8 ss.; E. BINDI, *Art. 101*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. II, Bologna, 2018, pp. 260 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, ann. IX, Milano, 2016, p. 391; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, pp. 29 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006, pp. 1 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 110; C. PINELLI, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2004, pp. 13 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, pp. 153 ss.; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di A. Pace*, Vol. III, Napoli, 2012, pp. 2469 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, pp. 9 ss., part. pp. 73 ss.

equivale ad asserire che l'attività ermeneutica del giudice tutto può essere fuorché meccanica o sillogistica "applicazione" (cioè applicazione senza previa interpretazione⁸).

A questo si aggiunge l'incidenza del processo di integrazione europea sulla funzione giurisdizionale⁹. Per quanto maggiormente interessa in questa sede evidenziare, il giudice è oggi chiamato ad attuare tanto il diritto interno quanto il diritto europeo. Anzi, per effetto della svolta impressa ai rapporti tra Stato e Unione da una nota giurisprudenza costituzionale¹⁰, il giudice deve attuare il diritto europeo a preferenza del diritto interno, in tutti i casi di contrasto, purché il primo non confligga con i cc.dd. "controlimiti". Poco importa, ai fini del discorso che qui si conduce, che si parli di "non applicazione" del diritto interno – e perciò si ragioni in termini di prevalenza della fonte competente¹¹ – ovvero (come sembra preferibile) di "disapplicazione" – e quindi si riconosca la parziale diffusione del sindacato di legittimità costituzionale (in quanto nella mancata "applicazione" del diritto interno sarebbe implicito un giudizio di non conformità a Costituzione, risultante dal contrasto con la fonte del diritto europeo quale fonte interposta)¹². Il carattere dirompente della novità prodotta dall'integrazione sovranazionale è palese: il giudice risulta svincolato dalla soggezione alla legge (interna).

Non è un caso che sempre più spesso Montesquieu venga citato per riferirsi a un modo superato di concepire l'attività del giudice. Ciò, però, non avviene sempre nel rispetto del suo pensiero¹³ e, soprattutto,

⁸ Sull'interpretazione come presupposto dell'applicazione, per tutti, v. F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, pp. 210 ss.

⁹ Cfr. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Oxford, 2021, pp. 409 ss. *Ex plurimis*, v. anche E. BINDI, *Art. 101*, cit., p. 261; P. BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione "paralegislativa" dei giudici*, Napoli, 2022, pp. 354 ss.; F. RIGANO, *Il giudice e il "diritto sconfinato": molteplicità delle fonti e delle giurisprudenze e certezze giudiziarie*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, Napoli, 2018, pp. 79 ss.

¹⁰ Cfr. part. sent. n. 170 del 1984.

¹¹ R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, p. 448.

¹² P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 316. Cfr. anche F. POLITI, *Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 97.

¹³ Cfr., contro la volgarizzazione del pensiero di Montesquieu, D. BIFULCO, *Giurisdizione, potere legislativo e potere esecutivo*, in AA.VV., *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della Magistratura italiana*, Torino, 2022, pp. 83 ss., nonché *amplius* sul principio della soggezione soltanto alla legge v. ID., *Il giudice è soggetto*

della fertilità di un'impostazione teorica dalla quale il costituzionalismo contemporaneo (e quindi anche l'interpretazione della Costituzione, se non vuol perdere la sua "funzione normativa"¹⁴) può ancora trarre giovamento.

2. Montesquieu, teoria dell'interpretazione, ruolo del giudice

«Purtroppo le evidenze oggettive della legge scritta e, più generalmente parlando, le evidenze di quella legalità che un diritto positivo può garantire non hanno sempre una interpretazione immediata e immediatamente sicura in termini di giustizia. Il problema diventa dunque un problema di conoscenza»¹⁵. La conoscenza del diritto è un'impresa ardua e viene da chiedere se Montesquieu potesse viceversa ritenere che le leggi avrebbero potuto essere così chiare da non richiedere interpretazione e non generare incertezze; se, insomma, sia da intendere in questo modo l'affermazione per la quale il giudice dev'essere "bocca della legge" e l'altra, non meno famosa, per la quale il potere giudiziario, in un governo temperato, è in un certo senso "nullo". Di modo che risulterebbe cancellata la distanza tra giustizia (intesa non in senso meta-giuridico, ma come interpretazione giuridica giusta, esatta, adeguata) e legge. Sarebbe fissata univocamente da quest'ultima la soluzione congrua per tutti i possibili casi, non bisognosa di mediazione con i fatti e rinvenibile dall'operatore del diritto – come conservata, pronta all'uso, in un apposito recipiente – senza bisogno che questi la contaminino con i propri giudizi soggettivi di valore.

In realtà, se Montesquieu avesse ritenuto possibile ridurre il giudice a un "automa", l'intera sua ricostruzione del ruolo del potere giudiziario entro le differenti forme di Stato risulterebbe priva di intelligibilità¹⁶.

soltanto al "diritto". *Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, *passim*.

¹⁴ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2018, p. 129.

¹⁵ R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori*, Reggio Calabria, 1982, p. 73.

¹⁶ Oggi l'idea del "giudice-automa" stimola la riflessione sul ruolo dei giudici per via del progresso tecnologico. Anche chi ritiene che «quello del giudice-automa sia un buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione,

La soggezione del giudice alla legge garantisce la libertà dei cittadini, secondo Montesquieu, proprio in quanto i giudici non sono automi ed è inevitabile che sull'esercizio delle loro funzioni influiscano giudizi soggettivi di valore¹⁷.

Si tratta, però, di comprendere in che misura – entro un governo temperato – tale influenza sia accettabile. Montesquieu sembra suggerire che essa debba essere la minore possibile. Al tempo stesso, però, l'idea di un'interpretazione puramente oggettiva della legge non gli appartiene.

Ciò sembra risultare, anzitutto, dal fatto che le celebri affermazioni di Montesquieu si legano alla ricostruzione del sistema costituzionale inglese¹⁸. Per quanto si possa ritenere inesatta l'idea che di questo sistema Montesquieu si è fatto, non si può certo assumere che egli non fosse consapevole del ruolo significativo e creativo dei giudici in quel Paese¹⁹.

In secondo luogo, risulta dalle finalità che Montesquieu ascrive alla separazione dei poteri.

Egli osserva, infatti, che

la libertà politica per un cittadino consiste in quella tranquillità di spirito che proviene dall'opinione che ciascuno ha della propria sicurezza: e perché si abbia questa libertà, bisogna che il governo sia tale che un cittadino non possa temere un altro cittadino. Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla

che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo», tuttavia, adduce una pluralità di ragioni (legate all'incompletezza e all'opinabilità nella selezione dei fatti rilevanti per il giudizio, alla considerazione dei precedenti, all'influenza delle diverse dottrine del diritto sull'interpretazione, ecc.) contro la “decisione giudiziaria robotica”: v. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Diritto Civile*, n. 1/2018, pp. 14 ss.

¹⁷ Cfr. R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, II agg., Milano, 2000, pp. 365 ss.

¹⁸ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Vol. I, trad. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, pp. 309 ss.

¹⁹ Sulla scienza giuridica inglese nella prima metà del XVIII secolo v. H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, Vol. II, *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. a cura di D. Quagliioni, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 485 ss.

vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: infatti il giudice sarebbe legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore²⁰.

Emerge da questo passaggio che Montesquieu riteneva incompatibile con la tutela della libertà il “giudice legislatore”. Temeva l’arbitrio perpetrato nelle aule di tribunale, attraverso la definizione delle controversie mediante norme appositamente create dallo stesso soggetto tenuto ad attuarle (confusione tra funzione normativa e funzione attuativa)²¹. Giudicava poi inconciliabile con la tutela della libertà il “giudice esecutore”. Si preoccupava, cioè, dell’oppressione scaturente dal magistrato attuatore ed esecutore, al contempo, delle norme di legge²².

Montesquieu, dunque, assumeva che in assenza dei dovuti accorgimenti istituzionali, i giudici avrebbero finito verosimilmente per farsi legislatori e/o esecutori delle leggi. Ciò discende dall’osservazione di carattere più generale per la quale «la libertà politica non si trova che nei governi moderati. Tuttavia non sempre è negli Stati moderati: vi è soltanto quando non si abusa del potere; ma è una esperienza eterna che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne»²³. Montesquieu non poteva ritenere che per tutelare la libertà fosse necessario ridurre il giudice a un “automa”, perché a partire dalla sua visione antropologica una simile “riduzione” è impossibile.

Secondo Montesquieu, inoltre, in un sistema che intenda assicurare la libertà dei cittadini,

²⁰ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, cit., p. 310.

²¹ Si noti come, per questo aspetto, Montesquieu riprenda la tradizione aristotelica (v. A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, 2009, p. 174; *contra*, però, D. LOWENTHAL, *Montesquieu*, in L. STRAUSS e J. CROUSEY, *Storia della filosofia politica*, trad. it. a cura di C. Nubiani, Genova, 1995, p. 308) e si riallacci all’argomentazione offerta da J. LOCKE (*Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, pp. 326 ss.) che contrapponeva al governo delle leggi l’arbitrio di un governo basato su provvedimenti estemporanei. In proposito v. part. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Vol. I, Milano, 1979, pp. 284 ss. e G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, 1962, pp. 66 ss.

²² Sul carattere innovativo di questa concezione per la Francia (e l’Europa continentale) dell’epoca, soprattutto per l’assenza del principio di legalità quale tratto caratteristico dello Stato assoluto, v. A. KENNY, *Nuova storia della filosofia occidentale. Filosofia moderna*, Torino, 2013, p. 315.

²³ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., pp. 308 s.

il potere giudiziario non dev'essere affidato a un senato permanente, ma dev'essere esercitato da persone tratte dal grosso del popolo, in dati tempi dell'anno, nella maniera prescritta dalla legge, per formare un tribunale che duri soltanto quanto lo richiede la necessità. In tal modo il potere giudiziario, così terribile fra gli uomini, non essendo legato né a un certo stato né a una certa professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo. Non si hanno continuamente dei giudici davanti agli occhi, e si teme la magistratura e non i magistrati²⁴.

Si comprende, dunque, che il potere giudiziario è nullo nel senso che, in un sistema istituzionale che assicuri la libertà del cittadino, esso non è costituito da una magistratura professionale²⁵ ed è invisibile nel senso che, per conseguenza, è impossibile per i componenti della comunità identificare la magistratura con determinate persone, così come solitamente avviene, invece, con i "governanti".

È certo vero che Montesquieu scrive anche che «i giudici della nazione sono soltanto [...] la bocca che pronuncia le parole della legge; esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità»²⁶. Tuttavia tale assunto va situato nel quadro del più ampio discorso svolto nel capitolo VI del libro XI de *Lo spirito delle leggi*.

Infatti Montesquieu ritiene che vi siano tre casi eccezionali nei quali, in un sistema istituzionale che intenda assicurare la libertà dei cittadini, le funzioni giudiziarie devono essere rimesse alla camera rappresentativa dei nobili: per il giudizio dei nobili stessi, che devono essere giudicati da loro pari; per temperare l'eccessiva severità della legge, cioè «moderare la legge a favore della legge stessa, pronunciandosi meno severamente»²⁷; infine per giudicare i cittadini che, negli affari pubblici, violassero i "diritti del popolo" e commettessero «delitti che i magistrati costituiti non sapessero o volessero punire»²⁸.

È solo nell'indicare la seconda di queste eccezioni, e cioè nel riferirsi alle funzioni della Camera alta quale giudice di ultima istanza, abilitato anche a moderare la severità della legge, che Montesquieu impiega la celebre espressione "*bouche de la loi*". Montesquieu afferma che, a

²⁴ Ivi, p. 311.

²⁵ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, p. 57.

²⁶ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, cit., p. 317.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

differenza della Camera alta, i tribunali non possono discostarsi dalla lettera della legge. Peraltro cosa egli intenda per “pronunciare le parole della legge” o per “esseri inanimati” risulta da un passaggio di poco precedente, nel quale così si esprime: «Se i tribunali non devono essere fissi, i giudizi devono esserlo a un punto tale da costituire sempre un preciso testo di legge. *Se fossero una opinione particolare del giudice*, si vivrebbe nella società senza conoscere esattamente gli impegni che vi si contraggono»²⁹.

Montesquieu ritiene dunque che il compito di moderare le leggi, in un governo che voglia assicurare la libertà dei cittadini, non possa spettare a giudici popolari, ma debba essere rimesso alla Camera dei nobili³⁰. Pertanto la sua affermazione sul giudice bocca della legge non è intesa correttamente se non si ricorda che per giudice, Montesquieu, intende non un magistrato per professione, ma un giurato popolare. Inoltre si comprende ancora che, secondo Montesquieu, la libertà è a rischio laddove all’interpretazione della legge (al “pronunciar” le parole della legge) si sostituisce l’opinione particolare del giudice.

Se si vuol garantire la libertà, si tratta, insomma, di massimizzare il rilievo della legge – intesa come espressione della volontà generale – e minimizzare quello delle opinioni particolari dei giudici. Margini più ampi di interpretazione possono essere ammessi nei gradi più alti della giurisdizione.

Se ciò è corretto, lungi dal costituire una raffigurazione anacronistica delle funzioni del giudice, la teoria di Montesquieu non ha perduto la sua importanza per gli sviluppi del costituzionalismo. Essa – procedendo adesso oltre la ricostruzione del suo pensiero – è al contrario congeniale a una concezione dell’interpretazione giuridica, se così si può dire, né esclusivamente oggettiva né puramente soggettiva: la componente soggettiva risulta, infatti, ineliminabile – anche perché altrimenti la stessa visione antropologica di Montesquieu ne risulterebbe sconfessata³¹ –, ma deve entrare in dialogo con il punto di vista

²⁹ Ivi, p. 312.

³⁰ Non è possibile desumere da questo che Montesquieu sia convinto dell’ineguaglianza naturale fra gli uomini, come invece si è pure sostenuto (L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politica e la storia*, Roma, 1969, p. 23). La presenza di una camera dei nobili è relativa alla forma monarchica moderata entro la quale si miri a salvaguardare la libertà dei cittadini, ma non è una componente essenziale della teoria della separazione dei poteri: v. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, cit., p. 299.

³¹ Si noti, per questo aspetto, la distanza tra Montesquieu e Hobbes: mentre per il

altrui obiettivato nelle fonti da interpretare. Per quanti margini possano esserci nell'interpretazione, essa non si configura come un'impresa solitaria dell'interprete, ma come il concorso a un processo sociale, il prendere parte alle dinamiche proprie di una comunità di interpreti³², e quindi finisce per assumere una connotazione propriamente (e costitutivamente) intersoggettiva³³.

In tal senso, il giudice deve essere indipendente perché possa diventare il più possibile «*bouche de la loi*»³⁴ e cioè affinché non sia portato a sostituire alla legge le proprie opinioni personali, ma a concepire l'interpretazione della legge come impresa strutturalmente intersoggettiva.

Si può notare come un simile inquadramento dell'attività ermeneutica si armonizzi con la caratterizzazione liberaldemocratica dello Stato, mentre l'oggettivismo puro e il soggettivismo puro finiscono per ingenerare delle aporie rispetto ai suoi presupposti di valore.

Così, l'oggettivismo puro, nel pretendere di ridurre l'attuazione del diritto a mera applicazione, finisce per celebrare l'onnipotenza e onnivegenza del legislatore, secondo un'accezione legalistica non

secondo il conflitto fra gli uomini è il prodotto della natura umana e può essere rimosso mediante lo Stato (assoluto), per Montesquieu il conflitto è il prodotto dell'interazione sociale e non può essere del tutto rimosso; nei Paesi nei quali la costituzione mira a garantire la libertà, esso deve essere piuttosto attenuato: cfr. R. ARON, *Montesquieu*, in ID., *Main Currents in Sociological Thought*, Vol. I, *Montesquieu, Comte, Marx, De Tocqueville: The Sociologists and the Revolution of 1848*, Londra-New York, 2019, p. 45. Si legge nel Libro I de *Lo spirito delle leggi*: «Quello che ritiene Hobbes, e cioè che gli uomini proverebbero sin dal principio il desiderio di sottomettersi a vicenda, non è ragionevole. L'idea dell'impero e del dominio è talmente complessa e dipende da tante altre idee che non sarebbe certo quella che viene in mente per prima» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 150).

³² Ciò è stato sostenuto per l'interpretazione costituzionale part. da P. HÄBERLE (*La costituzione nella cultura: il processo culturale della costituzione*, in ID., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it. a cura di J. Luther, Roma, 2001, pp. 31 ss.) che ha scritto della costituzione come prodotto della società aperta degli interpreti del testo costituzionale. Cfr., in proposito, anche A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1998, pp. 416 ss. Con riferimento, in generale, all'attività ermeneutica v. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., p. 105.

³³ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 252.

³⁴ G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, p. 81.

solo illusoria³⁵ e incompatibile con la caratterizzazione costituzionale dello Stato, ma anche – vale la pena di ripetere – non in linea con l’idea di Montesquieu, con la sua concezione della legge come “ragione umana”³⁶ e con l’ammissione – che pure si rinviene nelle pagine de *Lo spirito delle leggi* – che, in alcuni casi, la legge può financo essere “cieca”³⁷.

Similmente, il soggettivismo puro, nel ridurre la risoluzione delle controversie giudiziarie alla manifestazione di un giudizio soggettivo di valore, o anche, più cautamente, nell’asserire che il giudice possa sempre trovare un espediente per «svincolarsi dalla legge»³⁸, ovvero ancora nel cancellare la distanza (pur relativa) tra normazione e attuazione³⁹, rischia di entrare in contraddizione con i presupposti sui quali si regge un sistema istituzionale liberaldemocratico e, in modo particolare, di condurre a mettere in discussione l’imparzialità dell’attività giurisdizionale. Imparzialità che – sposata la concezione soggettivistica – potrebbe cogliersi sì sul versante della separazione del potere giudiziario dal sistema politico (e quindi dal potere legislativo ed esecutivo), cioè delle norme che regolano struttura e funzionamento degli uffici giudiziari (l’“amministrazione della giurisdizione”⁴⁰), ma non anche sul terreno del tipo di valutazione richiesta al giudice: una valutazione che non può essere analoga a quella del legislatore. Ciò sarebbe, infatti, in contrasto con i diritti fondamentali, così come concepiti in una democrazia liberale, dal momento che – per tacer d’altro – i cittadini finirebbero per essere vincolati da “leggi” create da giudici non legittimati democraticamente e, poiché coniate volta per volta, per di più imprevedibili e quindi inidonee a garantire, per riprendere an-

³⁵ R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., p. 104: «Assumendo una concezione di interpretazione che alimenta aspettative di certezza o di apprezzabile verificabilità dei processi implicati, è chiaro che le attese verranno deluse».

³⁶ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 152. Per un cfr. con il pensiero giuridico inglese (part. con la definizione del diritto – *law* – come ragione, «incarnazione del ragionamento di molte generazioni», di Coke) v. H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, cit., pp. 436 ss.

³⁷ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 317. Per una critica dell’interpretazione “legalistica” della teoria di Montesquieu v. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998, pp. 11 ss.

³⁸ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, 2015, p. 132.

³⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, pp. 134 ss.

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, pp. 97 ss.

cora Montesquieu, quella (relativa) tranquillità, nella determinazione della propria condotta, che soltanto la soggezione del giudice alla legge (intesa come legge espressiva di norme generali e astratte) può assicurare⁴¹.

Per evitare che la valutazione del giudice risulti politica (come quella del legislatore) esso dev'essere garantito nella sua indipendenza⁴² – e pertanto dev'essere affermato il principio dell'intangibilità delle sentenze (se non da altre sentenze) – e deve trovarsi altresì in una posizione di terzietà rispetto alle parti⁴³.

L'interpretazione corretta, in uno Stato nel quale si intenda garantire la libertà dei cittadini, è dunque, a partire dal quadro delineato da Montesquieu, quella che consente di attuare in modo giusto la legge (e non di applicare meccanicamente la legge): se la mera applicazione è semplicemente una costruzione artificiosa incompatibile con la natura stessa dell'uomo, una costruzione utopica che pretende di cancellare – per tornare a quanto in apertura di questo paragrafo si è scritto – il problema dell'ermeneutica giuridica quale “problema di conoscenza”, la riduzione dell'interpretazione a opinione soggettiva⁴⁴ trascura di considerare che l'opera dell'interprete – per quanto contraddistinta da innegabili margini di discrezionalità⁴⁵ – non si svolge mai in completa solitudine, ma sempre entro un contesto istituzionale e sociale del quale egli deve tener conto e nel quale la giusta interpretazione delle leggi (e la congrua soluzione delle controversie) è oggetto di confronto dialettico sia all'interno del singolo giudizio (il giusto processo regolato dalla legge, inteso come “forma” del contraddittorio⁴⁶) sia – in una prospettiva olistica – avendo riguardo al funzionamento del sistema giustizia complessivamente inteso.

⁴¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 312 s.

⁴² N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, pp. 97 ss.

⁴³ Cfr. G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., p. 1128.

⁴⁴ Cfr. N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, pp. 13 ss.

⁴⁵ P. RESCIGNO, *La discrezionalità del giudice*, in P. RESCIGNO e S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, pp. 81 ss.

⁴⁶ Cfr. G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013, pp. 58 ss. Sul processo come forma e limite per il potere giudiziario v. anche L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012, pp. 104 ss.

3. Montesquieu, soggezione alla legge, democrazia pluralista

Si dirà, tuttavia, che la legge cui il giudice è soggetto nei governi moderati è, nell'accezione di Montesquieu, l'espressione della volontà del popolo (e del corpo dei nobili) rappresentato in parlamento. Tale affermazione può essere intesa nel senso che l'impostazione di Montesquieu è compatibile solo con il funzionamento di un sistema giudiziario in un ordinamento nel quale il monopolio della legislazione in capo al parlamento dello Stato e la produzione dell'unità politica sono strettamente correlati: il principio di soggezione del giudice alla legge garantirebbe l'indipendenza del giudice (evitando cioè la risoluzione delle controversie mediante decisioni politiche) unicamente a condizione che sia correlata alla dipendenza del giudice dalle decisioni assunte dal "sovrano" (inteso in senso soggettivo)⁴⁷.

Si è scritto:

Il giudice è vincolato alla legge. La sua attività è determinata in modo essenzialmente normativo; egli non è un rappresentante autonomo dell'unità politica in quanto tale. Considerata da un punto di vista politico questa giurisdizione totalmente dipendente dalla legge è "*en quelque façon nulle*" [...] Anche in uno Stato democratico il giudice è indipendente, se deve essere un giudice e non uno strumento politico. Ma l'indipendenza dei giudici non può mai essere qualcosa di diverso dall'altro aspetto della loro dipendenza dalla legge [...] Tutto ciò che il giudice fa come giudice è normativamente stabilito e si distingue dall'esistenzialità del politico, anche se – come ogni attività statale – deve agire "integrativamente"⁴⁸.

Ad ogni modo, può osservarsi che in Montesquieu "la legge" non assume connotati volontaristici⁴⁹. Se c'è una lezione che si coglie dalle

⁴⁷ In tal modo, si leggerebbe l'opera di Montesquieu a partire dalla (successiva) esperienza dello Stato ottocentesco, nel quale «i giudici devono applicare la legge in modo pronto, sicuro e uniforme, perché nella legge c'è molto di più che la disciplina del caso concreto. In essa è contenuto anche, ed anzi soprattutto, il principio di unità politica» (M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2016, p. 13).

⁴⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, pp. 360 s.

⁴⁹ Cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 266, per il quale la definizione di legge offerta da Montesquieu risale «alla terminologia aristotelica attraverso la mediazione della

pagine de *Lo spirito delle leggi*, è che le leggi non sono semplicemente il prodotto della volontà dei legislatori: «Dapprima ho esaminato gli uomini» – si apprende dalla *Prefazione* – «e ho ritenuto che, in questa infinita varietà di leggi e costumi, essi non fossero guidati unicamente dalle loro fantasie»⁵⁰. Montesquieu definisce infatti le leggi come «i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose»⁵¹. Esse sono (in senso non deterministico) espressione della società, dipendono dalla conformazione del paesaggio, dal clima, dalla storia, dalla religione, dai costumi e naturalmente dai “principi” che reggono “il governo”, cioè dalla forma di Stato.

Una lettura della soggezione alla legge come soggezione alla volontà (pur obbiettivata) del sovrano (in senso soggettivo) risulterebbe certo incompatibile con l’eclissi, nel contesto della democrazia costituzionale, del concetto di sovranità in senso soggettivo⁵². Se sovrana è unicamente la Costituzione, vero elemento di unità e fattore di unificazione della comunità politica (unità da concepire come indisgiungibile dal pluralismo⁵³), la soggezione alla legge non può essere intesa come dipendenza da una “volontà sovrana”. Sarebbe persino paradossale sostenerlo, visto che le norme costituzionali dedicate al potere giudiziario furono pensate dai costituenti proprio con l’obiettivo di assicurare quanto più possibile l’indipendenza dei magistrati da qualsiasi soggetto, esterno (part. Governo) o anche interno al potere giudiziario (si pensi al rifiuto dei rapporti gerarchici)⁵⁴.

corrente non volontaristica della teologia scolastica, e della successiva tradizione giuridicalistica antivolontaristica».

⁵⁰ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 141.

⁵¹ Ivi, p. 147.

⁵² G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, pp. 85 ss.

⁵³ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell’integrazione democratica*, Torino, 1999, p. 368. Nella concezione di Montesquieu, l’unità intesa come assenza di conflitto e dialettica tra centri di poteri contrapposti è indice dell’assenza di libertà politica: v. MONTESQUIEU, *Della grandezza dei romani e della loro decadenza*, Milano, 1883, p. 48 laddove si elogia la costituzione della Roma repubblicana perché «sia per lo spirito del popolo, o per la forza del senato, o per l’autorità di certi magistrati [...] ogni abuso di podestà vi poté esser sempre corretto [...] In una parola, un governo libero, cioè sempre agitato, non si può mantenere, se non col mezzo delle sue proprie leggi, capace di correzione». In proposito v. R. ARON, *Montesquieu*, cit., p. 24 ss.

⁵⁴ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 134.

Tuttavia, la soggezione alla legge di cui fa parola Montesquieu non presuppone, ma anzi rifiuta una concezione soggettivistica della sovranità⁵⁵.

È vero, però, che in una democrazia pluralista la soggezione alla legge, intesa quale espressione della storia e del contesto sociale, potrebbe dirsi comunque difficilmente armonizzabile con il dovere, che sempre più spesso incombe sul giudice, di risolvere le controversie sulla base di norme giuridiche non statuali.

In Montesquieu, in effetti, il riferimento è essenzialmente alla legge dello Stato. Rimane, ciò nondimeno, da verificare se questo significhi che la tutela della libertà nel quadro di un governo moderato dipenda strettamente dal monopolio statale nella formazione delle leggi o se, viceversa, essa sia raggiungibile anche entro un assetto istituzionale contraddistinto da poli di legislazione plurimi.

Quest'ultima interpretazione appare la più verosimile.

In primo luogo, Montesquieu ritiene infatti che la libertà del cittadino non dipenda tanto da chi fa le leggi⁵⁶, ma dalla distinzione tra chi fa le leggi, chi le esegue e chi, sulla base di esse, risolve le controversie eventualmente insorte: distinzione non solo sul piano istituzionale, ma anche sociale, cioè relativa ai centri effettivi di potere presenti entro il contesto comunitario⁵⁷. Pertanto in nessun punto della sua ricostruzione dei governi moderati, in grado di salvaguardare le libertà, una

⁵⁵ Cfr. part. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, cit., p. 175 («a differenza da Bodin e da Rousseau, per Montesquieu il potere legislativo non esaurisce affatto la sovranità»). Non sfugge a Montesquieu – né può essere dimenticato oggi – che la legge esprime sempre dei rapporti di forza (il prevalere di una maggioranza) e in ciò si distingue, nel contesto della democrazia pluralista, dalla Costituzione, come patto d'unità nazionale (v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 156). Tuttavia, anche la legge – in un'accezione più comprensiva tutto il diritto – è espressione del contesto sociale di riferimento, non è mai solo e soltanto “forma della forza”, ma sempre “forma della convivenza”.

⁵⁶ R. ARON, *Montesquieu*, cit., p. 22.

⁵⁷ Nel concorrere a formare tale convinzione, non secondario rilievo ebbero i viaggi in Italia di Montesquieu, e soprattutto la considerazione del sistema veneziano, nel quale non si aveva una separazione d'estrazione (ma solo istituzionale) tra organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale e delle altre funzioni: Cfr. MONTESQUIEU, *Viaggio in Italia*, trad. it. a cura di G. Macchia e M. Colesanti, Roma-Bari, 2018, pp. 3 ss. Sull'esigenza di dividere i poteri attribuendoli a organi a loro volta rappresentativi di distinti ceti sociali quale prefigurazione della teoria della divisione del lavoro sociale di Durkheim v. part. M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2004, pp. 128 s. Osservazioni critiche su questo aspetto dell'impostazione di

caratterizzazione “monopolistica” della produzione legislativa appare essenziale.

Di certo, però, può dirsi che dal punto di vista teorico l'impostazione di Montesquieu comporti che anche in presenza di più “legislativi” siano comunque previsti i mezzi per assicurare la certezza del diritto, e cioè per evitare gli abusi e gli arbitri in sede giudiziaria.

In secondo luogo, la concezione di Montesquieu non è statalista⁵⁸: e d'altronde, essendo basata in larga parte sugli esempi della costituzione inglese e dell'antica costituzione della Roma repubblicana, non avrebbe potuto esserlo. Nel costituzionalismo inglese, come noto, la nozione continentale di “Stato” è per lungo tempo assente⁵⁹; nell'ordinamento giuridico romano, in epoca repubblicana, la produzione normativa fu a lungo rimessa al sistema dei comizi (curiati, centuriati, tributi), e quindi assumeva forme differenziate (sebbene tutte interne al medesimo ordinamento) comunque non assimilabili a quelle proprie dello Stato moderno⁶⁰.

Peraltro, depono nel senso indicato anche il fatto che Montesquieu – esaminando il caso delle repubbliche federate o confederate⁶¹ – abbia prestato attenzione alla possibile articolazione del potere su più livelli⁶².

La teoria di Montesquieu, in breve, non è avversa alla pluralità degli ordinamenti giuridici, ma al particolarismo giuridico di stampo medievale.

Se ciò è corretto, si può osservare che il processo di integrazione europea non può in nessun modo essere inteso come fattore di stravolgimento del principio della soggezione del giudice alla legge. Almeno

Montesquieu in C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di V. de Caprariis, Venezia, 1956, pp. 156 ss.

⁵⁸ Sul costituzionalismo come reazione allo statalismo v. part. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2022, p. 25; cfr. anche M. TROMBINO, *Sovranità*, in A.A. BARBERA e G. ZANETTI (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2012, pp. 199 ss.

⁵⁹ Per tutti, v. S. CASSESE, *Lo Stato come problema storico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2013, p. 185.

⁶⁰ L. FASCIONE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 2013, pp. 96 ss.; G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Bologna, 2009, pp. 65 ss.

⁶¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., pp. 283 ss.

⁶² A.A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, cit., p. 21.

se di questo principio vuol darsi una lettura in qualche modo coerente con l'impostazione di Montesquieu.

Per un verso, infatti, può pure dirsi che il giudice non applicando (o disapplicando) la legge interna si liberi dalla soggezione alla stessa. Per altro verso, però, alla soggezione alla legge interna si aggiunge, a ben vedere, quella agli atti legislativi sovranazionali. L'una e l'altra soggezione hanno fondamento costituzionale – la prima, espresso all'art. 101, comma II, Cost.; la seconda, derivante dal combinato di questo articolo con gli artt. 11 e 117, comma I, Cost. Entrambe contraddistinguono l'operato dei giudici nell'ordinamento contemporaneo. In corrispondenza con questa doppia soggezione del giudice – che opera contemporaneamente come giudice nazionale e giudice di uno Stato membro dell'Unione – sono previsti il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e il potere di adire la Corte costituzionale.

4. La libertà secondo Montesquieu. Cenni sull'assenza di leggi e sulla completezza dell'ordinamento giuridico

Da quanto si è rilevato, anche nel contesto contemporaneo, segnato dalla diffusione dell'interpretazione costituzionale e dal processo di integrazione europea, la soggezione del giudice soltanto alla legge mantiene il suo collegamento ideale con l'impostazione di Montesquieu. Il pensiero di questo autore si dimostra ancora in grado di alimentare la riflessione del costituzionalismo in funzione della salvaguardia della libertà.

Montesquieu definisce la libertà come il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono, ma non nel senso (illiberale) che la libertà consiste nel fare solo quello che espressamente è consentito dalla legge. Al contrario, Montesquieu intende la libertà come il diritto di fare tutto ciò che le leggi non proibiscono: «La libertà è il diritto di fare tutto quello che le leggi permettono; e se un cittadino potesse fare quello che esse proibiscono, non vi sarebbe più libertà, perché tutti gli altri avrebbero del pari questo potere»⁶³.

Questa definizione della libertà consente di chiarire, in aggiunta a quanto fin qui si è osservato, ma senza potersi dilungare sul tema, che

⁶³ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 308.

l'assenza di leggi (cioè il problema dell'esistenza di lacune nel sistema legislativo⁶⁴) non è una realtà dalla quale poter desumere la fallacia della tesi di Montesquieu o il suo carattere anacronistico.

In questa sede non si è ritenuto di affrontare diffusamente la problematica in parola, perché benché si sia molto discusso di un crescente attivismo giudiziario a fronte dell'inerzia del legislatore trattasi di una questione assai risalente e della quale possono darsi differenti letture in ragione di considerazioni di teoria generale del diritto (o addirittura propriamente filosofiche) sulle quali sarebbe impossibile soffermarsi.

Basti qui rilevare che, da un certo punto di vista, il giudice che supplisce alle "mancanze" del legislatore – come si è sostenuto sempre più spesso si verifici – è esattamente l'opposto del giudice "bocca della legge" teorizzato in Montesquieu.

Tuttavia, giusta la definizione di libertà proposta da Montesquieu, in tutti i casi di assenza di previsioni legislative (e perciò anche, necessariamente, di proibizioni), non si è in presenza di una lacuna giuridica, in quanto il giudice è tenuto a risolvere la controversia – come *extrema ratio* (cioè esclusa qualsiasi altra soluzione interpretativa) – a partire dall'assunto per il quale essa dovrà essere regolata dalla norma di chiusura del sistema giuridico, in virtù della quale è lecito fare tutto ciò che non è vietato.

⁶⁴ Sulla annosa questione dell'esistenza delle lacune v. N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Nuovissimo digesto italiano*, Vol. IX, Torino, 1963, pp. 419 ss.; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, pp. 283 ss.; G. D'ALESSANDRO, *Lacuna*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. IV, Milano, 2006, pp. 3331 ss.; R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche*, Vol. X, Torino, 1993, pp. 271 ss.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, 1980, pp. 720 ss.; Id., *Antinomie e lacune*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1988, pp. 3 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, pp. 100 ss.; F. POGGI, *Norme permissive*, Torino, 2004, pp. 50 ss.; A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, part. pp. 5 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, pp. 79 ss. Associato al tema dell'esistenza delle lacune è quello della portata applicativa dei principi: sia sufficiente ricordare la tesi di A. PIZZORUSSO (*La magistratura nel sistema politico italiano*, in AA.Vv., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 343) per il quale i magistrati devono – in assenza di una previsione di diritto legislativo – ricavare direttamente dai principi costituzionali "la regola"; su questo v. anche G. SORRENTI (*Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, parte II, pp. 86 ss.), per la quale «vale anche per il nostro ordinamento» questo assunto: «Se possono esservi lacune nella legge, non vi sono però nel diritto».

Tale risalente impostazione, patrocinata anche in riferimento all'ordinamento italiano particolarmente da Donato Donati⁶⁵, non è altro che un'interpretazione dell'antico brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Inteso, però, non nel senso che esistano comportamenti non disciplinati (lacuna) e perciò leciti-irrilevanti⁶⁶, ma che esista una norma in virtù della quale ciò che non è vietato è lecito. In altre parole, in assenza di altra previsione, la norma c'è ed è la libertà (di tenere il comportamento non vietato): quando sulla base di questa norma il giudice risolve una controversia, non si sostituisce al legislatore, ma esercita fino in fondo le funzioni assegnategli. Anche perché il giudice, come noto, non può esimersi dal definire la controversia: «Nel ragionamento giudiziario, a differenza di quello che accade in qualsiasi altra materia di discussione, la decisione è *necessaria*»⁶⁷.

In conclusione, il giudice può dirsi ancor oggi, in senso proprio, soggetto (soltanto) alla legge, esattamente come previsto dall'art. 101, comma II, Cost., a patto che l'espressione sia rettamente intesa. A condizione, in altre parole, di non ricadere nella concezione legalistica ottocentesca che sanciva «l'esclusione delle Corti dal processo d'interpretazione e attuazione dei principi costituzionali»⁶⁸.

Il giudice è (dev'essere) “bocca della legge” perché, in ultima analisi, si trova nell'alternativa di attuare, cioè interpretare e infine applicare, la legge interna, gli atti a essa equiparati, gli atti legislativi sovranazionali, in modo coerente con un sistema che ha nella Costituzione il suo “centro”, ovvero, sempre in nome della Costituzione, intesa quale baluardo della libertà e del pluralismo, in assenza di previsione legislativa contraria, riconoscere la libertà di tenere il comportamento e sulla base di questo assunto risolvere la controversia: la legge, infatti, come regola generale, in mancanza di diversa prescrizione, in un sistema che mira a proteggere la libertà dei cittadini, non può che essere “legge di libertà”.

⁶⁵ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Vol. I, Padova, 1966, pp. 45 ss.

⁶⁶ S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, ora in *Scritti minori*, Vol. I, Milano, 1950, pp. 371 ss.

⁶⁷ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 24.

⁶⁸ M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, cit., p. 11. In argomento v. altresì, tra i molti, G. AMATO, *Il “potere diviso” e l'interpretazione della legge*, in *Questione giustizia*, n. 2/2003, pp. 317 ss. e G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, part. pp. 333 ss.

5. Dalla teoria alla giurisprudenza: considerazioni preliminari

Può essere utile fare alcuni esempi, prima di concludere, per mostrare come il riferimento al giudice “bocca della legge” sia generalmente frainteso e casi di semplice interpretazione della legge possano venire erroneamente percepiti come altrettanti aggiramenti del principio della soggezione alla legge o persino come dimostrazioni della crisi o del tramonto dello stesso.

Si può certamente rilevare che le conclusioni cui si perverrà attraverso un rapido cenno a taluni approdi giurisprudenziali costituiscono espressione del principio di soggezione del giudice alla legge entro un contesto – quello proprio di un sistema di democrazia costituzionale – profondamente diverso da quello che Montesquieu aveva dinanzi. Di modo che vien da chiedere se non sia tanto la teoria elaborata da quest’ultimo quanto piuttosto l’orizzonte mutato entro il quale oggi si situa l’opera del giudice a essere determinante ai fini delle considerazioni svolte nei paragrafi successivi. Se così fosse, potrebbe ritenersi indebolito, se così si può dire, il “nesso” tra la rilettura dell’opera del pensatore francese e l’interpretazione prospettata con riguardo al ruolo e alle funzioni dei giudici comuni.

Si deve quindi preliminarmente ribadire che il “cuore” dell’argomentazione di Montesquieu, così come individuato *supra*, risulta perfettamente coerente con il ruolo che al giudice spetta nello scenario contemporaneo: “bocca della legge”, se si vuol impiegare questa espressione, a condizione che del principio di soggezione alla legge (art. 101, comma II, Cost.) non si dia una rappresentazione distorta da concezioni legalistiche estranee sia al sistema istituzionale in cui operava Montesquieu sia al paradigma democratico-costituzionale; a esso estranee – si può aggiungere – tanto quanto quelle che finiscono per svincolare, *de facto*, il giudice dall’esigenza di decidere sulla base del diritto oggettivo, assimilandolo dunque a un decisore politico⁶⁹.

In tal senso, è parso che un “ritorno a Montesquieu” possa essere significativo per affermare che il dovere del giudice di interpretare il diritto cui è soggetto non è una “correzione” della teoria del pensatore

⁶⁹ A. MELONCELLI, *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, 1989, p. 2 («La formazione giudiziale del diritto non è un atto di volontà, ma un atto di giudizio perché il giudice individua il diritto e formula il diritto che ha trovato»).

francese, né è il risultato dell'ambientazione, nel seno della democrazia costituzionale, di un principio che, se inteso nella sua accezione originaria, condurrebbe viceversa a fare del giudice un "automa". È infatti in virtù – non a dispetto – del principio della soggezione del giudice (*soltanto*) alla legge che possono giustificarsi interpretazioni giudiziarie, come quelle richiamate di seguito, riguardate invece (specialmente – ma non solo – in ambito politico) come altrettante violazioni di questo principio. Non è parso superfluo, dunque, ricordarle, sia pur brevemente.

La legge non vincola il giudice alla stessa maniera in cui vincola il cittadino o la pubblica amministrazione: la legge (il diritto) cui è sottoposto il giudice è per esso «norma di giudizio» – cioè norma che «contiene il criterio per la valutazione del comportamento delle parti processuali» (norma che costituisce la base, e perciò implica, un giudizio) – e non «norma di determinazione del suo comportamento»⁷⁰. È senz'altro vero che l'art. 101, comma II, Cost. può essere così inteso anche a prescindere dal riferimento diretto al suo *background* storico e teorico, e per quanto qui interessa a Montesquieu. Pare, ad ogni modo, che questo riferimento sia un elemento non trascurabile per la sua comprensione. Al contempo, sembra che (almeno anche) dal fraintendimento della teoria del pensatore francese possa svilupparsi (e talora si sia sviluppata) – il che potrebbe dirsi corroborato proprio dalla reazione nella sfera pubblica alle decisioni giudiziarie dappresso riportate – una concezione del ruolo e dell'attività del giudice distorta; una concezione che, pretendendo d'incarnare la versione autentica e originaria della teoria della soggezione del giudice alla legge, ne fornisce, in realtà, un'immagine non coerente con quella offerta (al netto di limiti, peraltro già evidenziati, e possibili critiche sulle quali non è necessario qui dilungarsi) da uno dei suoi massimi interpreti.

6. Il caso della *stepchild adoption*

Un primo esempio di allontanamento soltanto apparente dal principio di soggezione alla legge concerne il tema eticamente e politicamente controverso dell'adozione di minori da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso.

⁷⁰ *Ibidem.*

Anche dopo l'approvazione della legge n. 76 del 2016, come risaputo, in Italia non è espressamente consentito al *partner* omosessuale, ancorché unito civilmente, di procedere all'adozione del figlio dell'altro componente della coppia.

Un'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. b, della legge n. 184 del 1983 non è ritenuta praticabile, dal momento che tale previsione si riferisce all'adozione da parte del *coniuge* nel caso in cui il minore sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge. L'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, in termini generali, sancisce sì l'applicabilità alle unioni civili di tutte le disposizioni «che si riferiscono al matrimonio» o che contengono le parole “coniuge” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi o nei contratti collettivi. Tuttavia, con specifico riferimento all'adozione, lo stesso comma 20 dispone inoltre che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

È dunque escluso che l'adozione legittimante (riservata ai coniugi dall'art. 6, l. n. 184 del 1983) possa essere disposta a favore di coppie unite civilmente. Per quanto riguarda l'adozione in casi particolari, dato che la lett. b) dell'art. 44 della l. n. 184 del 1983, prevede l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro, è chiaro che, secondo il tenore letterale del comma 20, questa disposizione non si può riferire alle unioni civili.

Ad ogni modo, ancor prima dell'approvazione della legge sulle unioni civili si era sviluppata una giurisprudenza favorevole all'adozione da parte del componente della coppia omosessuale.

Questo è stato possibile perché la magistratura ha fornito un'interpretazione estensiva dell'art. 44 cit.: non però della lettera b), ma della lettera d) di questa disposizione, che consente l'adozione anche a chi non abbia i requisiti per quella piena (quindi anche al singolo) «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Una simile previsione era stata originariamente concepita in relazione a situazioni nelle quali, per ragioni di ordine fattuale, fosse risultato impossibile procedere all'affido propedeutico all'adozione. Si pensi al caso del “minore difficile”, andato incontro a diversi fallimenti adottivi, o anche al caso del c.d. “semi-abbando”⁷¹.

⁷¹ In argomento, tra i molti, v. G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Milano, 2015, pp. 79 ss.

Successivamente, però, si è affermata una diversa interpretazione in virtù della quale la lettera d) consente l'adozione anche nei casi nei quali l'impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo dipenda da fattori squisitamente giuridici, purché la stessa risulti in concreto essere nell'interesse del minore.

Così, a partire da alcune storiche pronunce del Tribunale per i minorenni di Roma⁷² è stata disposta l'adozione della figlia della *partner* da parte dell'altra componente della coppia *same-sex*.

A tale conclusione si è pervenuti dopo aver prima esteso l'applicazione della lett. d) a coppie eterosessuali, per l'appunto nel caso di impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo per ragioni giuridiche. Cruciale è stata dunque la scelta di far uso di questo enunciato per consentire l'adozione, da parte del convivente, del figlio del *partner* di sesso diverso (ispirata all'eliminazione di ogni forma residua di discriminazione tra minori cresciuti da due persone, unite o meno in matrimonio). In casi come questi, infatti, la presenza del genitore basta a escludere lo stato di abbandono e dunque a determinare la giuridica impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo. Ciò permette «di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera d), che consente di far luogo all'adozione e che è clausola residuale»⁷³.

Effettuato il “salto” dall'impossibilità di fatto a quella di diritto, l'estensione ulteriore dell'interpretazione anche ai conviventi dello stesso sesso difficilmente può essere evitata. Lo confermano alcune altre pronunce: basti ricordare le sentenze del Tribunale per i minorenni di Roma, rispettivamente del 30 e del 31 dicembre 2015: con la prima, due donne hanno ottenuto l'adozione l'una della figlia dell'altra; con la seconda, è stata disposta, per la prima volta in Italia, l'adozione di un minore da parte del compagno del padre (che aveva fatto ricorso, ovviamente all'estero, alla surrogazione di maternità a titolo gratuito).

In questa sede non interessa approfondire le complesse tematiche correlate al tema della *stepchild adoption* – sempre al centro del dibattito politico, da ultimo anche per via della controversa proposta di qualificare il ricorso alla maternità surrogata quale “reato universale”⁷⁴.

⁷² Tribunale per i minorenni di Roma, sentt. nn. 299 del 2014 e 291 del 2015.

⁷³ Tribunale per i minorenni di Milano, sent. n. 626 del 2007.

⁷⁴ Il riferimento è alla proposta di legge A.C. n. 887, approvata dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023 (la proposta è stata assegnata alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica e il suo esame non è ancora iniziato). Sul tema della maternità surrogata v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assi-*

Va segnalato, però, che se sono corrette le osservazioni svolte sul pensiero di Montesquieu e sul principio di soggezione del giudice alla legge, le decisioni volte a dichiarare l'adozione ai sensi della lett. d cit. – lungi dal costituire esempi (come invece si è scritto) di “totalitarismo giudiziario”⁷⁵ – sono perfettamente in linea con l'uno e con l'altro.

Se davvero il giudice è chiamato, alla luce di un'interpretazione sistematica e quindi orientata dai principi costituzionali, a ricercare l'interpretazione della legge che meglio tuteli il superiore interesse del minore, come per convincimento unanime è richiesto dalla Costituzione, dal diritto internazionale, dalle stesse previsioni legislative, laddove sia già instaurato un legame affettivo tra colui che richiede l'adozione e il minore stesso, la conclusione cui perviene il giudice può pure dirsi coerente con la lettera della legge.

In nessun punto della sua trattazione Montesquieu intende sottrarre al giudice la possibilità di calibrare la legge sul caso concreto, in nessun punto egli richiede al giudice di violare l'antico brocardo: *In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*.

Al massimo, si potrebbe ritenere che nell'assetto istituzionale monarchico moderato delineato nel celebre cap. VI del Libro XI, dedicato alla costituzione inglese, competerebbe – secondo Montesquieu – soltanto a un giudice di ultima istanza «di moderare la legge a favore della legge stessa, pronunciandosi meno severamente»⁷⁶, se la legge è “cieca” (e si è visto che per Montesquieu può esserlo) rispetto a contesti di relazione consolidati e rispetto alle situazioni di fatto (si pensi al caso, per far ritorno all'esempio riportato, in cui la mancata dichiarazione dell'adozione potrebbe nuocere allo sviluppo del minore o, eventualmente, pregiudicarlo in futuro, anche dal punto di vista socio-economico).

stita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia, Napoli, 2020, *passim*; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, part. pp. 119 ss. Sul rapporto tra legislatore e giudici in relazione ai temi di biodiritto, per tutti v. A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2016, pp. 105 ss.

⁷⁵ Per riferimenti alle polemiche destinate in relazione alle pronunce sulla *stepchild adoption* v. R. TANISI, *Magistratura e politica: il ruolo del giudice fra crisi della legge e nuovi diritti*, in *La Magistratura. Organo dell'Associazione Nazionale Magistrati*, 16 ottobre 2017.

⁷⁶ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 317.

Ad ogni modo, non si ha, in circostanze come quelle che hanno condotto alle sentenze sulla *stepchild adoption*, la sostituzione di un'opinione personale del giudice alla previsione di legge: il giudice rinviene nel sistema giuridico un principio in nome del quale – a torto o a ragione – dichiara l'adozione, armonizzando la lettura della legge con il principio medesimo. Questo è precisamente il risultato dell'indipendenza del giudice e del superamento di una concezione soggettivistica della sovranità e volontaristica della legge.

Queste pronunce non sono indicative, insomma, di un mal funzionamento del sistema giustizia, al contrario.

Con ciò – vale la pena di ripetere – non si vuole entrare nel merito della correttezza dell'interpretazione della legge sulle adozioni – questione che esula dagli intenti di questo scritto – ma solo sottolineare che il tipo di ragionamento svolto dai giudici è perfettamente coerente con la loro soggezione alla legge.

7. I casi delle concessioni demaniali marittime e del trattenimento dei richiedenti asilo

Ancor più nettamente può pervenirsi alla medesima conclusione in relazione ai casi nei quali – di nuovo, non importa se, nel merito, a ragione o a torto – il giudice abbia applicato il diritto europeo in luogo del diritto interno.

Si pensi alle sentenze del Consiglio di Stato per le quali «le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovesse ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione». Nelle medesime pronunce si legge che «al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore

intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.»⁷⁷.

Anche in questo caso si è scritto di una sorta di “sostituzione” del giudice al legislatore⁷⁸.

Tuttavia, il giudice non può essere “bocca della legge” se non tiene conto di tutto ciò che “la legge” (il diritto) prevede⁷⁹. Se il giudice non tiene conto del diritto europeo, in questo caso delle norme relative al diritto di stabilimento e alla libertà di concorrenza, non è “bocca della legge”, ma sostituisce alla legge la sua opinione personale omettendo di considerare alcune delle previsioni vigenti. Se, in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, il giudice assume sussistente il contrasto tra diritto interno e diritto europeo (direttamente applicabile), non può pervenire a una conclusione differente dalla disapplicazione (non applicazione) del diritto interno.

Nel momento stesso in cui il giudice non applica la legge interna, fa prevalere il diritto europeo, e quindi continua a essere soggetto alla “legge” (all'atto legislativo europeo). Non sostituisce alla legge le proprie opinioni personali, non decide la controversia in modo arbitrario, ma pronuncia le parole della legge, sebbene queste parole non siano state scritte in un atto del Parlamento nazionale, ma appartengano al sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea.

Come si è visto, non ci sono valide ragioni per ritenere che questo sia incoerente con l'impostazione patrocinata da Montesquieu.

Per fare un altro esempio, si pensi alla decisione del Tribunale di Catania del settembre 2023 relativa al trattenimento di un richiedente asilo proveniente da uno dei cc.dd. “Paesi sicuri” (art. 2-*bis*, d.lgs. n. 25 del 2008): la norma di diritto interno – sulla quale molto si è di-

⁷⁷ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentt. nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021.

⁷⁸ R. ROLLI e D. SAMMARRO, *L'obbligo di “disapplicazione” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria)*, in *Diritto e società*, n. 3/2021, p. 491.

⁷⁹ Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., part. pp. 175 ss.

scusso, specie in relazione alla prestazione della garanzia finanziaria richiesta per evitare il trattenimento – è stata ritenuta dal giudice in contrasto con il diritto dell’Unione europea e conseguentemente non è stata applicata⁸⁰. Sulla questione, che costituisce l’ennesimo capitolo di una lunga e tormentata storia⁸¹, non è possibile dilungarsi, se non per ribadire semplicemente che «il progetto del costituzionalismo potrà sopravvivere se saprà ascoltare chi è ora “senza diritti”»⁸².

Anche in questo caso, per quanto qui interessa, la decisione è perfettamente coerente – nel suo impianto argomentativo – con il principio della soggezione del giudice davanti alla legge. La reazione del Governo, con le dichiarazioni del Ministro dell’Interno che si è subito dichiarato intenzionato a impugnarla e di altri esponenti dell’esecutivo che hanno accusato la magistratura (o almeno parte di essa) di favorire l’immigrazione illegale, testimonia in modo plastico che, per un verso, l’idea della soggezione del giudice alla legge è fraintesa, e per altro verso, che il giudice ha goduto dell’indipendenza necessaria all’esercizio della giurisdizione in modo imparziale, svincolato dalle volontà dei soggetti politici che avevano propugnato l’introduzione delle norme poi disapplicate. È il segno di «uno stato di tensione tra legislazione e giurisdizione che nello Stato costituzionale del presente deve essere considerato fisiologico, strutturale, costitutivo di un ordine che non si realizza in un punto e nelle sue diramazioni per via retta, ma attraverso la tensione che si determina tra due fuochi, come nella figura geometrica dell’ellisse»⁸³. Uno stato di tensione, di dialettica, nel rispetto dei differenti ruoli istituzionali, che non a caso, come si è visto⁸⁴, Monte-

⁸⁰ Si v. Tribunale ordinario di Catania, Sezione Immigrazione, r.g. 10460/2023. Il giudice richiama non soltanto le previsioni della direttiva 2013/33/CE e fonti del diritto internazionale, ma – rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea – anche l’art. 28, par. 4, del regolamento UE n. 604/2013 (che stabilisce criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale) e gli artt. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. L’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea recita: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

⁸¹ Per tutti, v. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi “giudici”*, Torino, 2021, pp. 33 ss.

⁸² G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 118.

⁸³ M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, cit., p. 18.

⁸⁴ Cfr. nota n. 53.

squieu associava ai sistemi istituzionali idonei a salvaguardare la libertà dei cittadini⁸⁵.

8. Conclusioni

Come si comprende dagli esempi appena riportati, può essere controverso se l'interpretazione offerta dal giudice sia la più corretta, ma non si può sostenere che la presenza all'interno dell'interpretazione di un giudizio soggettivo di valore, o il suo essere orientata dai principi costituzionali, ovvero ancora integrata dalla considerazione del diritto europeo e segnata, se del caso, dalla sua preminenza sul diritto interno, comporti il superamento del principio della soggezione del giudice soltanto alla legge.

Attraverso una rilettura dell'opera di Montesquieu, si è cercato di sottolineare quale sia il significato di questo principio: non escludere l'interpretazione, riducendo l'attività giurisdizionale a mera applicazione; non affermare una concezione legalistica e stato-centrica del diritto né tantomeno una idea soggettivistica della sovranità; ma limitare il potere del giudice, richiedendo che le sue valutazioni – lungi dal configurarsi come semplice espressione di opinioni particolari – si sviluppino attraverso un'argomentazione che deve fare i conti con (e rispettare) il punto di vista altrui, obiettivo anzitutto nelle fonti che il giudice è di volta in volta chiamato a interpretare. E, naturalmente, proteggere l'autonomia della magistratura quale corpo distinto dal potere legislativo e dal potere esecutivo, così da consentire che il potere arresti il potere in funzione della salvaguardia della libertà.

⁸⁵ MONTESQUIEU, *Della grandezza dei romani e della loro decadenza*, cit., p. 48.

* **

ABSTRACT

ITA

Lo scritto prende in esame la teoria di Montesquieu per sottolineare come l'idea del "giudice bocca della legge" sia spesso erroneamente accostata a concezioni legalistiche, volontaristiche o statalistiche. Se tale formula viene retta- mente intesa, i giudici – coerentemente con quanto prevede l'art. 101, comma II, Cost. – possono dirsi "bocca della legge" anche nel contesto contempo- raneo, nel quale l'esercizio della funzione giudiziaria è segnato dal carattere diffuso dell'interpretazione costituzionale e dal processo d'integrazione eu- ropea.

EN

The paper examines Montesquieu's theory to underline how the idea of the "judge as the mouth of the law" is often mistakenly compared to legalistic, voluntaristic or statist conceptions. If this formula is correctly understood – consistently with the provisions of article 101, paragraph II, of the Italian Constitution – the judges can be called "mouth of the law" even in the con- temporary context, in which the exercise of the judicial function is marked by the widespread nature of constitutional interpretation and by the process of European integration.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)