

INTRODUZIONE

1. Perché un libro del genere.

Due docenti della medesima Università, uno di diritto pubblico ed uno di diritto privato, hanno svolto riflessioni comuni sui rapporti fra legge e giudice, e cioè sull'interpretazione e applicazione della legge da parte della giurisprudenza mediante un procedimento nel quale vengono posti in connessione regole, principi e valori¹. Hanno, così, voluto avviare un dibattito, con l'obiettivo di identificare quelli che, in questo ambito, costituiscono i principali momenti di rottura con il passato.

Rispetto al passato, la relazione che intercorre fra disposizione da interpretare, procedimento ermeneutico ed esito interpretativo denota una trasformazione profonda, collocando in una nuova posizione i plessi che esercitano la funzione giurisdizionale. Di ciò gli Autori sono profondamente convinti: la loro tesi verrà illustrata mediante l'offerta di argomenti e casi che possano confortare adeguatamente le conclusioni condivise alle quali sono pervenuti.

Di qui, l'idea di far confluire idee e riflessioni in un volume snello, nel quale sono compresenti spunti che attingono anche alla filosofia del diritto, alle dottrine politiche e alla teoria generale dello Stato.

Le opinioni qui sostenute si baseranno, soprattutto, su un'analisi avente ad oggetto alcune pronunce giudiziali: senza completezza ed esaustività, ovviamente, ma al solo fine di dare contezza al lettore degli elementi sui quali si fonda un determinato asserto. Lo spettro considerato spazia dal diritto pubblico (ivi compreso quel ramo del diritto pubblico cui conviene il nome di diritto penale) al diritto privato. Come si intende dimostrare, infatti, ambiti pur molto differenti fra loro possono denotare (e richiedere) approcci, in tutto o in parte, condivisi, e rivelare, nella prospettiva qui coltivata, punti di assonanza.

2. L'idea di fondo sottesa alle pagine del volume.

Il *fil rouge* delle pagine che seguono sarà quello di registrare e analizzare criticamente una tendenza espansiva, diretta alla conquista di nuovi spazi: quindi, un complessivo ampliamento del perimetro di azione dell'attività del giudicare, che tende silenziosamente ad appropriarsi di terreni appartenenti alla potestà riservata alla legge², in guisa da porne in discussione lo stesso primato.

La linea è quella del passaggio dalla *volonté générale*, sulla quale si radica il primato dello «Stato legislativo», a base parlamentare, a quello che, nel 1932, Carl Schmitt definiva come lo «Stato giurisdizionale», la cui espressione tipica si manifesta nella

¹ Per tutti: G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 205 ss.

² Si è già parlato di legge 'detronizzata' per alludere alla perdita della sua centralità nel sistema giuridico (v. ad es. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto allo specchio*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 132).

«*decisione concreta di un caso*», con il corollario che «*l'ultima parola, anziché al giudice che produce una normazione, spetta al giudice che decide una controversia giuridica*»³.

Il risultato conseguito è quello di una sorta di oscurantismo che favorisce il sonno della ragione: un processo che rischia anche di svalutare, quando non disconosce, taluni diritti fondamentali della persona. La «*decisione concreta di un caso*» può calpestare o compromettere (quantomeno) il principio di eguaglianza, non diversamente dal canone della 'calcolabilità' della decisione⁴ e di quello della 'certezza' del diritto: due regole, e due valori, che interagiscono, tanto da rappresentare due facce della stessa medaglia.

3. La crisi della legge e l'irrompere del 'creazionismo' giudiziario.

La crisi della legge è anche crisi della separatezza dei poteri. È l'ipostasi degli effetti prodotti dal *droit prétorien*. Che non lascia immune, neppure, la Francia, dove si avverte una più forte percezione culturale della divisione dei poteri. Il principio di non interferenza dei giudici ordinari negli affari amministrativi era un principio costituzionale che precludeva all'autorità giudiziaria di interferire nelle questioni in cui fosse coinvolto un ente pubblico. Non di meno, il *Tribunal des conflits*, l'8 febbraio 1873, estese questa regola alla materia dei *pubblici servizi* (*Arrêt Blanco*). Lo fece nel quadro di una logica autoreferenziale di tipo «creazionistica», a fronte di una *rupture* tra potere giudicante e legge, laddove è il primo a prevalere sulla seconda, vulnerando la sua *primauté*, anche se, allora, i giudici di ultima istanza non interagivano con un giudice costituzionale, né dialogavano con giudici europei. Questi ultimi, specialmente, possono costituire un fattore di uniformazione: un collante dei diritti degli Stati nazionali, in grado di porre vincoli esterni, suscettibili di limitare il raggio d'azione delle giurisdizioni domestiche.

Quello che può definirsi come «creazionismo giudiziario»⁵ sembra presupporre una forma di sfiducia nella ragione, che permea l'espansione incontrollata del momento giudiziario. I giudici, privi di controlli e controllori, esondano dalle maglie della legislazione e la dequotano, fino a disapplicarla o, nei casi peggiori, fino ad assegnare significati non ascrivibili all'enunciato linguistico della legge e con esso incompatibili, anche alla luce dei canoni dell'ermeneutica postgadameriana. Talora, entrano in un conflitto, in modo palese oppure per così dire sottotraccia: così, possono disconoscere l'autorità di altre giurisdizioni e applicare istituti o principi in relazione ai quali si può dire si siano (artificialmente) innescati dissidi interpretativi. A volte, si pongono in contrasto con i giudici europei o, addirittura, in competizione, come avviene per la tutela di diritti della persona. Ciò contribuisce a spiegare come il controllo sulla legge

³ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (trad. it. di *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*), il Mulino, Bologna, 2018, p. 38.

⁴ Il tema della calcolabilità giuridica è fra i più *à la page* presso i giuristi (v. ad es. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; AA.VV., *La calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, il Mulino, Bologna, 2017).

⁵ Fenomeno criticabile e già criticato, da ultimo, da L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018.

e sulle decisioni propenda, in misura crescente, a favore di tali giudici, piuttosto che della Corte costituzionale, il cui ruolo sembra denotare un progressivo ripiegamento. L'analisi condotta nelle pagine seguenti si muoverà 'sul campo', tra le pieghe dei *dicta* giudiziali, identificando le linee dei percorsi interpretativi utilizzati, mediante le quali viene perseguita una politica del diritto che, spesso, assolve una funzione sussidiaria nei confronti del *policy maker*, registrandosi una interferenza nei ruoli, come avviene quando le Corti selezionano gli interessi, mediante l'impiego di tecniche e strategie interpretative (*rectius*, manipolative) del testo normativo, che prestano il fianco a censure e, talora, possono apparire persino eversive.

L'analisi condotta consentirà di tirare le somme, confortando, per quanto possibile, le tesi sostenute nelle pagine del presente volume, con l'obiettivo di approdare a qualche conclusione. La crisi di legalità che si intende affrontare dovrà trovare, prima o poi, quell'attenzione che, finora, inspiegabilmente, sembra essere mancata: non soltanto presso i giuristi (per solito confinati nel limbo della autoreferenzialità), ma presso i luoghi (ormai, più virtuali che reali) frequentati dalla politica, dagli utenti dei mezzi di comunicazione di massa e dalla c.d. società civile.

4. *A chi si rivolge il libro.* Il presente volume non è rivolto solamente a giuristi. La platea dei suoi potenziali destinatari è eterogenea. Tra di loro, in un'elencazione meramente esemplificativa: economisti, amministratori pubblici, politici, giornalisti e imprenditori. Per tale ragione, si è optato a favore di uno stile per quanto più possibile discorsivo, sia pure in un contesto comunicativo non scevro di note e richiami tali da permettere al lettore, nell'economia del presente lavoro, di prendere in considerazione la letteratura giuridica e la giurisprudenza a cui si è inteso fare riferimento. La scelta metodologica adottata costituisce un logico corollario delle finalità prefigurate e del pubblico al quale è destinato il presente volume.

Al paziente lettore ci permettiamo di rivolgere la seguente richiesta, che impone un ringraziamento anticipato: formulare suggerimenti e proposte a quello che, in larga misura, va considerato come un *work in action*, per modo che un'eventuale e futura nuova edizione del presente contributo possa essere arricchita e corroborata dalle riflessioni di altri studiosi o di altri *cives*.

Gli Autori.

Milano, 14 ottobre 2020