

CAPITOLO I

DAL GOVERNO DEGLI UOMINI AL GOVERNO DELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. *Uomo e legge: il mondo antico e il liberalismo occidentale*. 2. *Un nuovo parametro: le norme «ultraprimarie»*. 3. *Diritto europeo ed effettività della tutela*. 4. *Legittimazione del potere*. 5. *Separazione dei poteri e processo amministrativo*. 6. *Eguaglianza e governance giudiziaria*. 7. *L'interpretazione giuridica e il suo terreno*. 8. *Segue: interpretazioni «orientate» e principi generali*. 9. *Parità di trattamento e canoni interpretativi*. 10. *Dal primato della legge al primato dello ius dicere*. 11. *Primauté del diritto europeo e giudici costituzionali*. 12. *Segue: teoria dei c.d. «controlimiti»*. 13. *Diritti fondamentali e «dialogo tra le Corti»*. 14. *La soggezione del giudice alla legge*. 15. *Crisi della capacità regolativa della legge*. 16. *Segue: perimetro della norma e poteri giudiziari*.

1. Uomo e legge: il mondo antico e il liberalismo occidentale

La storia del diritto rimarca, sul piano diacronico, la costante apologia della legge, che costituisce sinonimo di isonomia, ragione, certezza e libertà. La civiltà greca contrapponeva il governo delle leggi, caratterizzante la πόλις, al governo degli uomini, proprio dei barbari. Le prime tracce del confronto tra greci e barbari sono già presenti in Omero¹, anche se esso si sviluppa all'indomani delle guerre persiane, mediante l'ideologizzazione della parola «barbaro» (βάρβαρος)².

Alla forza della legge è antitetico il dispotismo che contrassegnava i domini orientali. Il valore della legge è dato dalla ragione della quale costituisce espressione. Platone, nelle Leggi, imputa salvezza e rovina dello Stato, in un caso, al fatto che chi governa è asservito alla legge e, nell'altro, al fatto che è la legge ad essere sottomessa al potere costituito³.

Come è stato scritto, *“les Grecs ... ont toujours été fiers de proclamer leur obéissance aux lois (omissis). La loi était ainsi le support et le garant de toute leur vie politique”*⁴. Questo perché *“la loi écrite incarna pour les Grecs la lutte contro la tyrannie, et l'idéal démocratique, mais*

¹ Ciò avviene mediante l'evocazione dei cavalieri traci e sciti, che si nutrono di latte d'asina (OMERO, *Iliade*, XIII).

² Si tratta di un onomatopeismo che identificava gli stranieri (letteralmente i «balbuzienti»), perché non parlavano greco. Il mondo barbaro (composto, oltre che da persiani, da sciti, traci, etiopi, etc.) è anche un'ipostasi etnologica, ma, soprattutto, costituisce una categoria concettuale, presentata come una sorta di immagine rovesciata della πόλις greca. Come è stato rimarcato (H.H. BACON, *Barbarians in Greek Tragedy*, New Heaven, 1961) questa prospettiva è presente nella tragedia (es., ESCHILO, *Persiani* [Πέρσων]) e nella storiografia (in ERODOTO, *Storie* [Ἱστορίαι], e in TUCIDIDE, *Guerra del Peloponneso* [Περὶ τοῦ Πελοποννησίου πολέμου], I, III, nella sua «archeologia» della Grecia).

³ PLATONE, *Leggi* (Νόμοι), 715. Nella Repubblica Trasimaco contesta a Socrate *“che in tutti gli Stati la giustizia è sempre l'interesse del potere costituito”* PLATONE, *Repubblica* (Πολιτεία), libro I, XII, 339a.

⁴ J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, 2e tirage de la 2e édition, Société d'Édition “Les Belles Lettres”, Paris, 2002, p. 1. Sulla nozione di legge nel mondo greco, specialmente, M. OSTWALD, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, p. 228 ss.

aussi la lutte contre les barbares, et l'idéal d'une vie policée"⁵. Lo spirito è quello espresso nella formula di Giovenale: "*quis custodiet ipsos custodiet?*"⁶.

Giuristi e non giuristi, infine, ricordano la celebre affermazione di Cicerone: "*servi legum sumus, ut liberi esse possumus*"⁷. La legge, dal mondo antico in poi, non soltanto si emancipa dal potere, ma lo vincola⁸. Nei tempi attuali, invece, si assiste ad un percorso inverso. La legalità, giudicata, talora, come un requisito «formale», viene svalutata a vantaggio dello spazio di applicazione della norma. Questa operazione non viene più ricondotta ad un'attività meramente esecutiva o attuativa.

Al giudice si giunge a riconoscere, senza ambiguità, un raggio di azione più o meno ampio. Tra *regula iuris* e prodotto dell'attività giurisdizionale si crea una spaccatura all'interno del quale si svolge un processo valutativo che può giungere, come si dimostrerà, alla riscrittura (in tutto o in parte) della norma, che l'interprete conforma, adeguandola ai propri convincimenti personali o appartenenti al corpo burocratico di appartenenza.

Tutto ciò contravviene all'essenza del pensiero liberale, al quale si deve la nascita, la formazione lo sviluppo dei diritti della persona, che si colloca in un quadro in cui Stato e potere tendono ad assumere un ruolo ben diverso. E il motivo conduttore permane quello propugnato dai pensatori del mondo classico, secondo il governo della legge deve prevalere su quello degli uomini.

In particolare, il pensiero liberale di Locke conferiva il primato alla legge, perché questa si fonda sul consenso (della maggioranza) dei consociati⁹, senza il quale non è ammissibile forza od obbligatorietà alcuna¹⁰; se la giurisdizione diviene sovrana della legge, si passa al governo di pochi e, come è stato scritto, si apre la strada al totalitarismo¹¹.

Come rimarcava un altro liberale inglese: "*No bureaucracy can hope to make such a people as this do or undergo anything that they do not like*"¹². In tal guisa, le scelte legislative

⁵ J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, cit., *passim*, p. 18, aggiungendo che "*la loi est donc tout à la fois le complément de la liberté et son garant; et cette combinaison caractérise la Grèce*" (ivi, p. 19), citando EURIPIDE, in *Medea*, 536-538, laddove Medea, in terra greca, da Giasone ha appreso la giustizia, imparando a vivere secondo la legge, anziché secondo la forza.

⁶ GIOVENALE, *Satire*, VI, 48-49.

⁷ M.T. CICERONE, *Pro Cluentio*, LIII, 146.

⁸ J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, cit., *passim*. Persino le amministrazioni pubbliche si autovincolano (ovvero si autolimitano) mediante atti a regime amministrativo. E dalla violazione di tali atti deriva l'illegittimità degli atti che li abbiano disattesi. Per tutti, etti autolimitativi che sono suscettibili di produrre le comunicazioni della Commissione europea, M.P. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990. Per la giurisprudenza, da ult., TAR Lazio, Roma-Sez. II, 6 aprile 2020, n. 3798. In relazione agli effetti autolimitativi che le comunicazioni sono suscettibili di produrre sull'azione della Commissione europea, M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000, *passim*.

⁹ J. ALTHUSIUS, *Politica Methodice Digesta, Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*, 1603.

¹⁰ J. LOCKE, *Second Treatise on Civil Government*, Ed. Awnsham Churchill, 1689 (trad. it.: *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Milano, 2001).

¹¹ G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., p. 232. Va considerato che il primato della legge viene riconosciuto anche da altre scuole di pensiero. Secondo J.J. ROUSSEAU (*Du contrat social*, III, 13) la legge è espressione della volontà generale dei cittadini, tanto che il potere esecutivo e quello giudiziario sono sottoposti al potere legislativo.

¹² J. STUART MILL, *On Liberty*, V, 1859 (trad. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, 2014, p. 134).

rischiano di essere sterilizzate o, quanto meno, dequotate: dall'amministrazione o dalla giurisdizione. Senza il preventivo consenso dei poteri giudiziari, le politiche legislative vengono frustrate e rimangono sulla carta. Le leggi vengono discusse dalle oligarchie giudiziarie¹³, ma le sentenze sono, al più, suscettibili di essere impugnate, sempre che non siano rese in ultimo grado. A volte, la magistratura giunge, persino, a invocare (se non a sollecitare con toni coercitivi) al Parlamento le riforme legislative. Anche questo denota la perdita di equilibrio (e di complessiva credibilità) di un sistema¹⁴.

2. Un nuovo parametro: le norme «ultraprimarie»

Inevitabilmente, l'analisi non può prescindere dal vaglio del rapporto configurabile tra le Corti supreme e la legge, specialmente in considerazione delle fonti di rango sovraordinato: e, quindi, seppure in presenza di regimi diversi, delle norme costituzionali, del diritto dell'Unione e della Convenzione EDU e dei Protocolli aggiuntivi¹⁵.

Ciò pone un problema che, nella tutela c.d. «multilivello», è divenuto, ormai, pressante: quello della coniugazione delle fonti e dell'osservanza del primato attribuito alle norme «ultra-primarie». Come si potrà constatare, l'approccio, sul punto, della giurisprudenza non risulta ordinato, né omogeneo. Ma, del resto, la presenza di norme sovraordinate a quelle di rango legislativo ha contribuito a modificare le tecniche interpretative¹⁶.

¹³ In base all'espressione (*oligarchischer Richterstaat*) coniata da T. RÜTHERS, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 dicembre 2006; ID., in *Juristenzeitung*, 2006. Come si legge sui mezzi di informazione: "I magistrati, in misura enorme i pubblici ministeri, si sono trasformati in protagonisti centrali, ricercati, invitati, vezzeggiati, della scena mediatica. Da allora, ad esempio, in nessun altro Paese al mondo come in Italia i talk show televisivi raccolgono si può dire ogni sera opinioni e pensieri di questa o quella star dell'ordine giudiziario" E. DELLA LOGGIA, *Giustizia, regole da rifare*, in *Corriere della Sera*, 5 luglio 2019.

¹⁴ G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., pp. 24-25.

¹⁵ Le disposizioni contenute nei Protocolli non modificano la Convenzione, ma semplicemente si aggiungono ad essa (*Corte EDU*, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, § 23, in *Foro it.*, 1995).

¹⁶ G. ZAGRELBESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 168; R. ROMBOLI, *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi-D. Pulitanò, Milano, 2013, pp. 55 ss. Sovraordinazione e sottordinazione, del resto, sono concetti che si pongono alla base dell'annoso problema delle antinomie tra le fonti del diritto. La questione è risalente, se si considera come già fin dall'antichità venissero contrapposte le leggi scritte, relative come gli esseri umani, a quelle non scritte (*ἀγραφοὶ νόμοι*), universali, conosciute da tutti e fondate sugli dei dell'Olimpo, ampiamente descritte da Sofocle nell'*Antigone* (*Ἀντιγόνη*) (J. DE ROMILLY, *op. cit.*, pp. 26 ss.). "Et, déjà dans Antigone il est certain que les lois non écrites présentent un caractère complémentaire, moins hautement affirmé, mai toujours latent, par lequel elles relèvent du sens moral en général" (ivi, p. 33). Del resto, secondo l'Autrice (ivi, p. 49), "trop relative, trop limitée, trop partielle e parfois partial, la loi écrite était, en un sens, inférieure a la loi non écrite". Sulla nozione di legge non scritta (*unwritten law*) nel pensiero di Aristotele, invece, J.W. JONES, *The Law and Legal Theory of Greeks*, Oxford, 1956, p. 64. Sulle leggi non scritte, si veda anche il richiamo operato da Pericle nella celebre orazione agli ateniesi (TUCIDIDE, *Guerra del Peloponneso*, cit., II, XXXVII, 3). Altra distinzione da considerare è quella tra *leggi* e *decreti*: le prime si collocano ad un livello più alto, perché più generale e contrassegnata da una maggiore stabilità (si confronti, J. DE ROMILLY, *op. cit.*, pp. 203 ss., anche per i richiami). Accanto alla contrapposizione tra leggi scritte e non scritte, è stata rimarcata, su un altro piano, quella tra natura (*φύσις*) e legge (*νόμος*), specialmente tra i filosofi presocratici, come riportano i dialoghi di Platone, come *Protagora*, *Convivio* e *Gorgia*. Si confronti, ancora, anche per i richiami ivi contenuti alla letteratura sull'argomento, J. DE ROMILLY, *op. cit.*, pp. 73, la quale analizza partitamente "l'opposition entre physis et nomos". L'Autrice rimarca anche come, nel *Politico*, Platone critica la legge, considerata insufficiente e imperfetta, contrapponendola alla giustizia, che appartiene ad un ordine

Una prima frattura è conseguita alla rigidità della Costituzione, anche se il carattere accentratore del sindacato di costituzionalità ha esercitato la funzione di una rete di contenimento. La collaborazione dei giudici remittenti con la Corte costituzionale, comunque, ha alterato il ruolo delle giurisdizioni.

Il ruolo proattivo esercitato denota un marcato disallineamento dalla funzione giudicante intesa come una funzione meramente esecutiva del precetto legislativo. Ancora, con la Costituzione si avvia un metodo decisorio nel quale le *regulae iuris* non rappresentano più l'unico parametro decisionale: accanto ad esse compaiono i principi generali, i quali, prima, si affiancano e, poi, si emancipano, fino ad acquisire un ruolo decisivo, se non preminente¹⁷.

Un secondo elemento di cambiamento è conseguito al rango riconosciuto a norme giuridiche non aventi fonte nell'ordinamento dello Stato, sul quale esercitano un'influenza crescente. Si tratta, in particolare, del diritto dell'Unione e di quello della Convenzione EDU e dei suoi Protocolli¹⁸. Altrettanto può dirsi per le pronunzie rese dalle Corti europee, le quali possono giungere a condizionare lo stesso sindacato di costituzionalità¹⁹.

superiore, e al bene dello Stato. Nel *Gorgia* scrive anche che la giustizia costituisce la vera felicità. Secondo l'Autrice, testimoniata nel *Critone* e nell'*Apologia*, il pensiero di Platone è stato orientato da due esperienze drammatiche. Entrambe risultano legate alla vita pubblica di Atene e gli hanno cagionato una profonda amarezza: la prima è l'esperienza dei «Trenta tiranni»; la seconda è la condanna a morte di Socrate (J. DE ROMILLY, *op. cit.*, pp. 179 ss). Va segnalato, infine, come la legge, nella Grecia classica, abbia esercitato una funzione educativa con l'obiettivo di migliorare gli uomini e di accrescerne la virtù. Per converso, la letteratura greca non ha mai affrontato la legge intesa come un testo imperativo, che impone di affrontare questioni squisitamente interpretative involgenti il contenuto e la portata della norma, così come la volontà del legislatore. Una strada, quest'ultima, intrapresa sin dal Medio Evo, che, sviluppandosi sul piano diacronico, progressivamente ha preso il sopravvento nel dibattito tra i giuristi del nostro tempo (J.W. JONES, *The Law and Legal Theory of Greeks*, cit., p. 8, note 6).

¹⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 79, secondo cui “la legge, deposto il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principii ... E', questa, una presa di coscienza che assomiglia a una sorta di rivoluzione copernicana per il diritto italiano ...”.

Considerando la formazione pretoria del diritto amministrativo, già *C. Stato, Ad. plen.*, 28 gennaio 1961, n. 3, affermava che tale disciplina è composta da norme, così come da “*principi che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema*”.

¹⁸ In argomento, per tutti: AA.VV. *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, II ed., Milano, 2018, pp. 91 ss.; D.U. GALETTA, *L'Impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo nell'Unione europea*, II ed., a cura di D.U. Galetta, Torino, 2020, pp. 1 ss.

¹⁹ Merita ricordare che i giudici del palazzo della Consulta hanno fondato l'applicazione del diritto comunitario sull'art. 11 Cost. (*C. cost.*, 27 dicembre 1973, n. 183) e, solamente dopo la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha fatto ingresso, nell'art. 117, comma 1, Cost., il rispetto, nell'esercizio della potestà legislativa, “*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”. Sull'impatto del diritto dell'Unione sul sindacato di costituzionalità può richiamarsi il rinvio pregiudiziale che la Corte ha ritenuto di sollevare, avvalendosi dell'art. 267 TFUE (*ex art.* 234 TCE), sia quando la questione di costituzionalità è proposta in via *principale* (*C. cost.*, 15 aprile 2008, n. 103), sia quando è proposta in via *incidentale* (*C. cost.*, ord. 3 luglio 2013, n. 207). In passato, però, aveva espresso un orientamento opposto (*C. cost.*, ord. 29 dicembre 1995, n. 536). Da ultimo, va segnalato, sul punto, la c.d. «saga Taricco» (*CGUE*, 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco I*; e, a fronte del rinvio sollevato da *C. cost.*, ord. 26 gennaio 2017, n. 24, *CGUE*, 5 dicembre 2017, C-42/17, *Taricco II*). Il giudice delle leggi ha dimostrato meno deferenza nella giurisprudenza successiva, in tema di protezione dei diritti della persona, antepoendo i parametri rinvenibili nel diritto interno rispetto a quelli europei (*C. cost.*, 18 dicembre 2017, n. 269, § 5.2; *C. cost.*, 23 gennaio 2019, n. 20, § 2.3; e *C. cost.*, 21 marzo 2019, n. 63, in tema di retroattività delle sanzioni amministrative punitive).

3. Diritto europeo ed effettività della tutela

Norme e pronunzie europee risultano munite di *effetti* differenziati: sono *diretti* nel diritto dell'Unione e *indiretti*, invece, nel diritto convenzionale. In entrambi i casi si tratta di effetti, in larga parte, elaborati da decisioni rese dalla Corte costituzionale²⁰.

In carenza di *effetti diretti* il rischio è quello di un *deficit* di effettività della tutela erogata²¹. Anche se è comprensibile il rischio che i giudici di Strasburgo possano assurgere al rango di giudici di ultimo grado²²: se, per un verso, la cosa giudicata (nazionale) integra un necessario presupposto per adire la Corte, l'oggetto del giudizio promosso dinanzi ad essa tende a coincidere con quello della controversia decisa dalla giurisdizione dello Stato contraente.

Tuttavia, il margine di apprezzamento, riservato agli Stati che aderiscono alla Convenzione, rischia di scolorire l'impatto che le pronunzie esercitano sull'ordinamento interno²³. Il peso attribuibile ai *dicta* della Corte EDU -come è stato scritto efficacemente- è, soprattutto, "*culturale*"²⁴. Ma, in mancanza di *effetti diretti*, le sentenze definitive di tale Corte impongono agli Stati contraenti di adottare le misure

Come è noto, nelle c.d. «sentenze gemelle» la Corte costituzionale ha giudicato che il rango della Convenzione e dei Protocolli va ritenuto equiordinato a quello delle norme costituzionali, in virtù dell'art. 117, I alinea, Cost. (C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3475 e p. 3535, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*; si confronti anche: F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle» (brevi note a margine delle sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss. Sui rapporti fra Convenzione EDU e giurisdizione domestica, si veda: C. cost., 26 marzo 2015, n. 49. Sull'applicazione delle sentenze «gemelle» da parte delle giurisdizioni: Cass., 4 dicembre 2015, n. 27102; C. Stato, *Ad. plen.*, ord. 4 marzo 2015, n. 2; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4049; Cass., 11 marzo 2009, n. 5894. Per la giurisprudenza successiva del giudice delle leggi, meno «deferente» nei confronti dei giudici di Strasburgo: C. cost., 27 novembre 2013, n. 278; C. cost., 10 giugno 2014, n. 162; C. cost., 11 giugno 2014, n. 170; e C. cost., 26 marzo 2015, n. 49. In senso critico, rispetto al «nuovo corso» della Corte costituzionale; Corte EDU, *Seq. III*, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09; Corte EDU, *Grande Chambre*, 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015; e, da ult., Corte EDU, *Grande Camera*, 28 giugno 2018, ric. n. 1828/06, la quale, nell'accertare la violazione dell'art. 7 della Convenzione, nei casi considerati di confisca urbanistica, disposta ai sensi dell'art. 44 del Testo unico sull'edilizia, ha messo in evidenza la difficoltà di un dialogo tra le Corti, puntualizzando che tutte le proprie sentenze, senza distinzioni, sono munite del medesimo valore giuridico. In argomento, G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata delle giurisdizioni nazionali*, Relazione in occasione dell'incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese, Roma, 9 ottobre 2015, pubblicato in *Giust. amm.*

²⁰ Specialmente, V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna 2019, pp. 109 ss.

²¹ Non pare fuori luogo ricordare che il codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) all'art. 1 (Effettività) dispone che: "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". In particolare, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è assicurato dagli artt. 19, § 1, TUE, 47, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 13 della Convenzione EDU.

²² La Corte, infatti, può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35, § 1, Convenzione EDU). Come si è osservato, "*il sistema proprio del ricorso alla Corte di Strasburgo, a differenza da quello che caratterizza il diritto comunitario, renda evenienza normale che a fronte della decisione resa dalla Corte vi sia un giudicato nazionale contrastante*" (Così, A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 527).

²³ La Corte è competente per risolvere ogni questione d'interpretazione e applicazione della Convenzione (art. 32 della Convenzione EDU).

²⁴ Così, R. ROMBOLI, *Trasformazione del ruolo del giudice etc.*, cit., p. 47.

necessarie per rimuovere le cause delle violazioni accertate della Convenzione o a ripararne le conseguenze pregiudizievoli.

Tuttavia, l'obbligo di conformazione degli Stati alle sentenze definitive della Corte può essere eluso e rimanere inottemperato. La liquidazione di somme di danaro a titolo di equa soddisfazione²⁵, integrando un rimedio per equivalente, non pone particolari problemi. Diverso è il caso, invece, in cui la Corte di Strasburgo dichiara la violazione della Convenzione EDU per effetto di una sentenza definitiva. In questo caso, l'effettività della declaratoria dipende dalla sua capacità di porre in discussione il giudicato dello Stato aderente alla Convenzione. Solamente la *restitutio in integrum*, mediante la riapertura del processo domestico, appare in grado di assicurare la piena satisfattività della decisione²⁶. Diversamente, questa esercita una funzione per lo più orientata a guidare l'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli in altri processi. Cosicché, la funzione esercitata dalla Corte tende a connotarsi come una giurisdizione di diritto oggettivo, facendo acquisire all'interpretazione offerta una portata espansiva²⁷.

Ma la *chose jugée* extra-penale continua a dispiegare tutti i suoi effetti, quand'anche il processo decisionale si regga su un'interpretazione contraria alla Convenzione EDU.

²⁵ Per tutti: V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale etc.*, cit., pp. 475 ss.

²⁶ Va ricordato, sull'argomento, il plurimo intervento della Corte costituzionale, sollecitato dalle nostre giurisdizioni. Ebbene, nel 2011, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revisione della pronuncia di condanna *penale*, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, secondo il citato art. 46 della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU *C. cost.*, 7 aprile 2011, n. 113. Ciò ha indotto molta dottrina a sollecitare un nuovo intervento del giudice delle leggi, al fine di introdurre un analogo meccanismo revisionale nel processo civile e in quello amministrativo. Ma la questione successivamente rimessa dall'Adunanza plenaria alla Corte, disattesa dalla sentenza n. 123 del 26 maggio 2017, si fonda su *tre* argomenti: in base al primo, nei processi extra-penal difetterebbe "*un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale*" (§ 17); in base al secondo, nel processo amministrativo sarebbe frequente la partecipazione di amministrazioni diverse dallo Stato ovvero di soggetti privati, affidatari di un *munus* pubblico; in base al terzo, alla stregua di un precedente, che risale al 2013 (*C. cost.*, 18 luglio 2013, n. 210), nei processi civili ed amministrativi, ove non è in gioco la libertà personale, la riapertura del processo, anche se rappresenta il mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum*, non risulta imposto dall'art. 46 della Convenzione (*Corte EDU, Grande Camera*, 5 febbraio 2015, *Bochan c. Ucraina*). Questa conclusione, del resto, ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza della Corte, in due occasioni, investita dalle ordinanze di rimessione, rispettivamente, del Consiglio di Stato (*C. cost.*, ord. 2 febbraio 2018, n. 19), in materia di pubblico impiego e della Corte d'Appello di Venezia, in materia di adozione (*C. cost.*, 27 aprile 2018, n. 93). Tuttavia, almeno i primi due argomenti, spesi dal giudice delle leggi, non appaiono irresistibili: al *primo* si è obiettato che sembra, quanto meno, inusuale (se non stravagante) che, in chiusura della parte motiva, venga «suggerita» una modifica del processo convenzionale. In disparte, poi, il rilievo che la presenza di terze parti è meramente eventuale, tanto che nella controversia decisa (dalla decisione n. 19/2018) mediante la declaratoria di inammissibilità dell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (17 novembre 2016) la questione dell'allineamento stipendiale riguardava le sole parti in causa; quanto, poi, al *secondo* argomento, il presunto *deficit* del contraddittorio non può rilevare, dal momento che, dinanzi alla Corte di Strasburgo, lo Stato rappresenta tutte le articolazioni pubbliche, così come i soggetti che rivestono funzioni pubbliche (*Conti*); più consistente, invece, risulta il *terzo* argomento, specie se si considera che, nella successiva sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (2017), la Grande Camera della Corte ha ribadito la tesi esposta nella precedente pronuncia *Bochan c. Ucraina* (*Corte EDU, Grande Camera*, 11 luglio 2017, secondo cui, § 60, a), "*the Convention does not guarantee a right to have a terminated case reopened*". Il Giudice delle leggi ha rimarcato la differenza tra processi penali, da un lato, e civili e amministrativi, dall'altro, nei quali vi è la necessità di tutelare i terzi.

²⁷ Sulla tematica, ampiamente: B. RANDAZZO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, pp.169 ss.

Con il corollario che orientamenti disallineati dalla giurisprudenza della Corte finiscono per essere tollerati, non ostante la violazione di valori, principi e norme, il cui rango risulta sovra-ordinato. I rigetti delle questioni di costituzionalità sollevate hanno avuto gioco facile nel constatare che, secondo i giudici di Strasburgo, “*the Convention does not guarantee a right to have a terminated case reopened*”. Non di meno, tale affermazione si fonda su una pronunzia decisa con la maggioranza di 9 giudici contro otto (“*a slim majority of only one vote*”) i quali hanno espresso il proprio dissenso²⁸.

4. Legittimazione del potere

Merita anche rimarcare come in sottotraccia permanga (e si accentui) il rapporto tra produzione e applicazione del diritto, che si pone al centro delle teorie generali. Essa riflette, sul piano della funzione, le tensioni tra competenze legislative e competenze giudiziarie.

Secondo la scuola gradualista, ad esempio, anche la sentenza è un atto di produzione del diritto. Si tratterebbe della individuazione del comando contenuto nella legge mediante la produzione di una norma individuale²⁹. Del resto, la dottrina pura del diritto disconosceva la separazione dei poteri: e, cioè, quelle dottrine liberali che avversavano la concentrazione dei poteri conosciuta nell’*Ancien régime*³⁰. La separazione delle autorità amministrative e giudiziarie fu uno dei frutti della Rivoluzione francese e venne proclamata dalla legge del 16 e del 24 agosto 1790³¹. Il recupero (o la valorizzazione) del *divide et impera*, che aveva indirizzato la strategia militare nella guerra gallica³², mirava alla creazione di un sistema in cui erano presenti

²⁸ Ai sensi dell’art. 45, § 2, della Convenzione e dell’art. 74, § 2, del regolamento della Corte. Si veda, ad es., la *dissenting opinion of Judge Kuris*, § 20, p. 75. In particolare, al giudizio dissenziente espresso dal *Giudice Pinto de Albuquerque* hanno aderito altri giudici parimenti dissenzienti, sottolineando congiuntamente la violazione dell’art. 6 della Convenzione e rimarcando la sostanziale “*frustrazione*” derivante dal fatto che la soluzione adottata attenta all’*effettività* della tutela convenzionale: con il questa opinione ha imputato alla maggioranza della Grande Camera di avere equiparato le sentenze della Corte e la loro interpretazione al diritto interno, ponendosi sul suo stesso livello (§ 55, p. 67). Ma non solo. Perché il dissenso espresso è stato solidamente ancorato (anche) a due disposizioni convenzionali: all’art. 46, § 3, introdotto dal Protocollo 14, secondo cui la Corte può essere adita, se il Comitato dei Ministri ritenga che l’esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolata “*da una difficoltà di interpretazione della sentenza*”; all’art. 4, § 2, del Protocollo n. 4 (“*Ne bis in idem*”), secondo cui il processo nazionale può essere riaperto, conformemente alla legge dello Stato contraente, se fatti sopravvenuti o un vizio fondamentale della procedura sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Questa disposizione, del resto, trova un riconoscimento in numerosi Stati aderenti, come in Germania, in Francia (*Loi n° 2016/1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*) e in Spagna, i quali, come ricorda la stessa Consulta (sentenza n. 123/2017, § 16), consentono la riapertura del processo extrapenale laddove ciò sia necessario al fine di assicurare la conformazione alla sentenza definitiva resa dalla Corte EDU.

²⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it.), Torino, 2000, pp. 108 ss. Si veda anche dello stesso Autore, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (trad. it. di *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wiener, Rudolf M. Roher, 1926), Torino, 2004, pp. 89 ss., secondo cui la divisione dei poteri rappresenta “*un postulato politico*”, il quale, anche se “*è in linea di massima riconosciuto dalla maggior parte delle costituzioni moderne, esso tuttavia non è mai stato realizzato completamente*”. Saggiunge, ancora, che: “*Più che la separazione del legislativo dall’esecutivo, è accentuata nelle costituzioni moderne la separazione della giurisdizione dall’amministrazione*” (ivi, p. 91).

³⁰ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, pp. 19 ss.

³¹ G. PEISER, *Contentieux administratif*, 12e édition, Dalloz, Paris, 2001, p. 5.

³² Anche se la tradizione attribuisce l’origine del motto a Filippo II di Macedonia (διαίρει καὶ βᾶσιλευε).

checks and balances. Vengono formulati, in tale contesto, principi di filosofia politica: “*le primat de la loi, la séparation des autorités administrative et judiciaire, le libéralisme politique, l’égalité des citoyens devant l’administration, le libéralisme économique*”³³. La potestà legislativa esercitava una *primauté* sugli altri poteri pubblici. Si trattava di un corollario della *political representation*: il potere legislativo viene esercitato da un organo elettivo che nel popolo rinviene il proprio fattore di legittimazione³⁴.

In base alla teorizzazione della separazione dei poteri³⁵, “*le pouvoir sociale doit émaner du peuple*”³⁶; e le tracce di questa impostazione, del resto, sono rinvenibili nella Costituzione italiana, secondo cui la sovranità appartiene al popolo, anche se viene esercitata nelle forme e nei limiti da essa previsti³⁷. «*Rechtsstaat*» ed «*État de droit*» presuppongono, entrambi, la separazione dei poteri, sottolineando, a supporto del primato del potere legislativo, come la legge costituisca espressione della volontà generale e della rappresentanza elettiva³⁸.

Ancora più marcatamente, la *Rule of law*, consustanziale al diritto costituzionale d’oltre Manica, ha sempre avuto come obiettivo la difesa delle libertà politiche e dei diritti individuali dall’arbitrio del potere³⁹. La limitazione dei diritti della persona può discendere unicamente dalla violazione di una regola di condotta che costituisce espressione del popolo. L’astrazione dagli interessi particolari e la fonte condivisa dell’interesse generale incontra un punto di sintesi e di coagulo nella legge⁴⁰. E’ la *volonté général* a legittimare l’autorità. “*Wherever there is a man who exercises authority, there is a man who resists authority*”⁴¹.

La separatezza tra i poteri, tuttavia, non appartiene solamente alla dottrina dello Stato, registrando una progressiva e crescente giuridicizzazione. Intanto, essa integra una regola derivante dai valori riconosciuti dall’Unione europea, fondata sullo Stato di diritto (art. 2 TUE)⁴². Si tratta di una *règle de droit* affermata dalla Corte di giustizia, vuoi sul piano della distinzione tra produzione normativa e applicazione della legge⁴³; vuoi,

³³ J. RIVERO-J. WALINE, *Droit administratif*, 18e édition, Dalloz, Paris, p. 20.

³⁴ Così, ad es., G. HIRSCH, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell’attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, pp. 107 ss. La versione originale dello scritto è stata pubblicata in *Juristenzeitung*, 2007, pp. 853 ss., con il titolo *Auf dem Weg zum Richterstaat?*

³⁵ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., vol. I, Milano, 1988, p. 46.

³⁶ A. DE TOQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835, tome II, partie IV.

³⁷ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, rimarcando, tra l’altro, come in uno Stato democratico non “ogni sua parte è ispirata al principio del rispetto della «volontà popolare»” (p. 27).

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 97 ss.

³⁹ V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth Edition, Mac Millan, Press Ltd., Reprint, 1979. Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 45, *the rule of law*, intesa come “non arbitrio del potere pubblico”, avrebbe come cardine il principio della divisione dei poteri.

⁴⁰ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, 1, 1762.

⁴¹ O. WILDE, *The Soul of Man Under Socialism*, 1891.

⁴² Sul quale, per tutti, R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, pp. 1149 ss.

⁴³ Si veda, in proposito, CGUE, Sez. IV, 10 novembre 2016, C-477/16 PPU, *Ruslanas Kovalkovas*, § 36: “il termine «giudiziario» non riguarda i Ministeri degli Stati membri. Tale termine si riferisce, infatti, al potere giudiziario, il quale, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 34 delle sue conclusioni, deve essere distinto, conformemente al principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato di diritto, dal potere esecutivo. Le autorità giudiziarie sono infatti tradizionalmente considerate come quelle autorità che partecipano all’amministrazione

sul piano generale, nel rapporto tra i poteri⁴⁴, laddove lo *ius dicere* si pone in una relazione di alterità nei confronti sia dell'attività normativa, sia di quella amministrativa⁴⁵.

A quest'ultimo riguardo, la collocazione presso amministrazioni pubbliche, specie in posizioni apicali, di magistrati fuori ruolo appare, di certo, ambigua e, quanto meno, disallineata dalla separazione del potere esecutivo da quello giudiziario⁴⁶. La tesi opposta va affermata ogni qualvolta l'autorità giudiziaria accordi tutela a diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla salute (art. 32 Cost.) ovvero della proprietà (art. 42 Cost.): laddove si sia verificato un danno ambientale, infatti, l'azione dei poteri pubblici non può precludere al giudice ordinario di conoscere delle attività nocive, anche in presenza di atti provvedimenti⁴⁷.

della giustizia, a differenza, segnatamente, dei Ministeri o degli altri organi governativi, i quali rientrano nell'ambito del potere esecutivo”.

⁴⁴ Secondo CGUE, Sez. II, 22 dicembre 2010, C-279/09, DEB, § 58, “il diritto dell’Unione non osta a che uno Stato membro sia al contempo legislatore, amministratore e giudice, purché tali funzioni siano esercitate nel rispetto del principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato di diritto”.

⁴⁵ Accanto ad una nozione soggettiva, il potere si arricchisce di una connotazione oggettiva, in cui esso diviene esercizio di un’attività funzionalizzata (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 46).

⁴⁶ Sull’argomento, si confronti E. GALLI DELLA LOGGIA, *Il ruolo dei magistrati e le insidie della politica*, in *Corriere della Sera*, 4 luglio 2020, rilevando che “Una spessa ombra sull’indipendenza della magistratura» ... la getta in particolare anche la presenza di magistrati -per l’appunto distaccati- in tutti o quasi i posti apicali del ministero di grazia e giustizia”. L’Editorialista si è anche chiesto: “che cosa ci fanno nei suoi posti di comando ... un così folto gruppo di rappresentanti del potere giudiziario? Che cosa ne è in tal modo nell’aureo principio della separazione dei poteri così ovviamente connesso a quello dell’indipendenza della magistratura?”. E, ancora: “... è proprio tenendo presente questo insieme di situazioni -le quali possono essere dominate da un certo grado di ambiguità- da relazioni personali non sempre trasparenti e da potenziali conflitti d’interesse- che si ha modo di capire una delle ragioni di fondo della degenerazione del Csm”. Sul tema, si vedano: N. ZANON-F. BIONDI, *Chi abusa dell’autonomia rischia di perderla*, in *Quad. cost.*, 2019. Dei medesimi autori, specie in una prospettiva più ampia, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019. Si consideri anche l’orientamento dei giudici della Consulta sulla riserva di legge posta dall’art. 108, comma 1, Cost., in materia di ordinamento giudiziario, a tutela dell’indipendenza della magistratura giudicante e requirente, avendo riguardo non soltanto alle funzioni giudiziarie, ma anche all’investitura dei magistrati negli uffici direttivi. Per un verso, la legge deve fissare criteri sufficientemente precisi, ai quali il C.S.M. è tenuto ad attenersi; per altro verso, poi, va considerata l’identificazione di una linea di confine tra spazi di intervento della legge e attribuzione del organo di autogoverno dei giudici, sempre in riferimento agli artt. 105, 106, 107 e 108 Cost.: la questione è se le prerogative ad esso spettanti possano subire un *vulnus*, laddove i poteri ad esso conferiti risultino intesi a dare esecuzione alla legge, in assenza di apprezzamenti di natura discrezionale. Quest’ultima conclusione sembra trovare conforto nella letteratura costituzionalistica (così, N. ZANON-F. BIONDI, *op. cit.*, p. 56). In argomento, merita ricordare C. cost., 8 febbraio 1991, n. 72, secondo cui, “con specifico riguardo al conferimento di tali uffici, dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina. La riserva non implica, invece, che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell’organo decidente verso la scelta della persona più idonea”. Più in generale, sulla tematica, si confronti S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, 1964.

⁴⁷ Si veda, da ult., Cass., Sez. un., ord. 23 aprile 2020, n. 8092, che ha respinto un regolamento di giurisdizione proposto in un caso nel quale era stato adito il giudice ordinario e veniva lamentato che il fatto produttivo di un danno ambientale avesse cagionato un pregiudizio alla salute e alla proprietà, mediante l’attivazione della tutela risarcitoria e/o inibitoria, in virtù dell’art. 313, comma 7, ult. parte, del «Testo unico dell’ambiente» (d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ai sensi del quale: “Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi”. Come la Sezioni unite hanno precisato: “L’eventualità che l’attività nociva sia svolta in

5. Separazione dei poteri e processo amministrativo

La separazione dei poteri è suscettibile di ulteriori letture. Essa viene presupposta dalla teoria del processo, come sembra attestato dal codice del processo amministrativo. In base al II alinea dell'art. 34 c.p.a., infatti: *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*⁴⁸. Esistono aree riservate, frutto di scelte discrezionali, nel cui ambito è precluso al giudice amministrativo sostituirsi ai *public bodies*⁴⁹. I poteri cognitivi del giudicante non possono investire un esercizio futuro della potestà amministrativa⁵⁰, stante il divieto di condannare l'autorità amministrativa all'emanazione di provvedimenti di natura discrezionale. Tanto che, nella sua concreta applicazione, questo limite tende a collidere con l'effetto *conformativo*⁵¹, costituente uno degli elementi caratterizzanti la tutela annullatoria erogata dalla giurisdizione amministrativa⁵². E la *“necessità di salvaguardare la «riserva» di esecuzione della sentenza in capo all'amministrazione”* implicava *“una certa diffidenza avverso l'esercizio di poteri di «sostituzione» del giudice amministrativo nei confronti della funzione amministrativa, laddove fosse necessario inserirsi all'interno di spazi valutativi di tipo discrezionale”*⁵³.

conformità a provvedimenti autorizzativi della P.A. non incide sul riparto di giurisdizione (atteso che ai predetti provvedimenti non può riconoscersi l'effetto di affievolire diritti fondamentali dei terzi) ma esclusivamente sui poteri del giudice ordinario, il quale, nell'ipotesi in cui l'attività lesiva derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi che ne rendono possibile l'esercizio, provvederà a sanzionare, inibendola o riportandola a conformità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, mentre, nell'ipotesi in cui risulti tale conformità, dovrà disapplicare la predetta regolazione ed imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminarne le conseguenze dannose”.

⁴⁸ Tra le tante, TAR Toscana, Sez. III, 7 febbraio 2020, n. 174; C. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2020, n. 692; TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 40; C. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 254, *considerando che la regola in esame vale anche quando il giudice, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.c., dichiara l'inefficacia del contratto, potendo in tale caso disporre il subentro del ricorrente solo quando l'accoglimento del ricorso non renda necessaria un'ulteriore attività procedimentale della Pubblica amministrazione per l'individuazione del nuovo aggiudicatario della gara”.*

⁴⁹ Così, ad es., TAR Lazio, Roma-Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 11517, in tema di qualificazione edificatoria di un'area.

⁵⁰ Come rileva A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016, p. 203.

⁵¹ Si veda, ad es., C. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2520, secondo cui: *“L'accertamento di una carenza di istruttoria da parte della stazione appaltante nella verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario, ritenuta illegittimamente congrua, impone la riapertura del relativo subprocedimento e la valutazione anche delle giustificazioni presentate dagli altri concorrenti. Tale sindacato giurisdizionale non incontra un limite nell'art. 34, comma 2, c.p.a., in quanto, per il solo fatto di determinare un prosieguo procedimentale, non integra una pronuncia su poteri amministrativi non ancora esercitati, limitandosi piuttosto ad un effetto conformativo sulla riedizione del potere. Si ritiene, dunque, sussistente l'interesse del concorrente, non utilmente classificatosi, alla rinnovazione della verifica di anomalia delle offerte in gara e alla loro esclusione, conformemente all'approccio della più recente giurisprudenza sovranazionale della CGUE, che nei giudizi in materia di appalti pubblici tende a valorizzare la realizzazione di una «soluzione legittima»”.*

⁵² L'elaborazione dei quali effetti va attribuita a M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960. In argomento, sotto il codice del processo amministrativo, per tutti: M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Torino, 2011, pp. 592-593.

⁵³ S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, pp. 336-337. L'Autore si occupa anche del c.d. *«second-shot»*, in punto di rieffusione della potestà amministrativa, definendolo come frutto *“di pura creazione giurisprudenziale”*, *“quantomeno per l'assenza di basi positive a sostegno di un'opzione interpretativa di tal fatta”* (ivi, pp. 306-307). Per la giurisprudenza, per la sentenza capostipite: C. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Foro it.*, 1999, III, c. 166. Più di recente, sul c.d. *«one-shot»*, secondo cui per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, è dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando

Non ostante il carattere assoluto del divieto avente fonte nell'art. 34, comma 2, del codice ("*in ogni caso*"), nessuno sembra dubitare della permanenza nel sistema di tale effetto *conformativo* della sentenza amministrativa, confermata, tra l'altro, dall'art. 113, comma 1, c.p.a. Quello che conta, almeno in questa sede, è che la prevalente dottrina⁵⁴ e l'Adunanza plenaria⁵⁵ riconducono l'enunciato normativo del divieto in esame alla separazione dei poteri, non ostante la presenza di qualche voce dissenziente⁵⁶.

L'ingresso di tale presidio nel processo amministrativo affonda le proprie radici in un percorso che parte da lontano, all'interno del quale giudicare e amministrare si pongono in una posizione di alterità assiologica. Il divieto posto al giudice di farsi amministratore⁵⁷ rappresenta, comunque, uno dei "*principi tradizionali del contenzioso amministrativo*"⁵⁸.

Non di meno, alcuni Autori ritengono che, nel caso delle sanzioni alternative previste in materia di appalti pubblici, il giudice amministrativo eserciti "*una funzione materialmente amministrativa*"⁵⁹. Questo perché, "*di regola, il giudice conosce in sede di sindacato giurisdizionale, dopo che vengono irrogate le sanzioni*"⁶⁰. Tra l'altro, la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, non imponeva una simile opzione, in quanto l'"*organo da ricorso*" non necessariamente deve essere un giudice⁶¹. Parrebbe trattarsi, quindi, di un'ipotesi disallineata dalla regola generale che vieta al giudice di sostituirsi all'autorità amministrativa. Come sembra

tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi, e sul c.d. «*one-shot*» temperato, in riferimento alle sopravvenienze rispetto alla formazione della regiudicata: *TAR Lombardia, Milano-Sez. III*, 12 maggio 2020, n. 802; *TAR Toscana, Sez. I*, 23 aprile 2020, n.495; *TAR Lazio, Roma-Sez. I*, 8 ottobre 2019, n. 11596; *C. Stato, Sez. VI*, 25 febbraio 2019, n. 1321; *C. Stato, Sez. V*, 8 gennaio 2019, n. 144; *C. Stato, Sez. III*, 14 febbraio 2017, n. 660; *C. Stato, Sez. VI*, 11 gennaio 2016, n. 53.

⁵⁴ Così, ad es., M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 81 ss.

⁵⁵ *C. Stato, Ad. plen.*, 27 aprile 2015, n. 5.

⁵⁶ Da ult., sebbene dubitativamente, P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 98.

⁵⁷ Come rimarca M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *Persona e amm.*, 2018, p. 326.

⁵⁸ M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto etc.*, cit.

⁵⁹ F. CINTIOLI, *In difesa di un processo di parti*, in www.giustamm.it, p. 16. Diversamente, invece, *C. Stato, Commissione speciale*, 25 gennaio 2010, affare n. 5098/2009, "*Attuazione direttiva 2007/66/CE miglioramento efficacia procedure di ricorso in materia di appalti pubblici*". Ad es., in materia di sanzioni edilizie, il giudice amministrativo può censurare l'operato dell'amministrazione solamente quando la valutazione risulti affetta da errori, illogicità ed incoerenza, alla stregua di un sindacato estrinseco (*TAR Campania, Napoli-Sez. VII*, 21 gennaio 2020, n. 268).

⁶⁰ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, Relazione al convegno su "*Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorso*" del 29-30 aprile 2011, organizzato a Catanzaro dall'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, Facoltà di Giurisprudenza, a p. 13 del testo dattiloscritto. Dello stesso Autore, sul punto: *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1104-1105. Si confronti, in proposito, S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, pp. 1043-1044.

⁶¹ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, n. 7/2010, § 2, p. 8, e in *RIDPC*, 2010, pp. 735 ss.

testimoniare anche il fatto che la declaratoria ad opera del giudice amministrativo dell'inefficacia del contratto, in seguito all'annullamento di una gara d'appalto, è stata rimessa al vaglio delle Sezioni unite, le quali, peraltro, hanno escluso la configurabilità di un eccesso di potere giurisdizionale⁶². Tuttavia, come pure si è obiettato, "non sono rare le disposizioni positive che conferiscono al giudice penale e a quello civile il potere di irrogare sanzioni amministrative"⁶³.

In ogni caso, non diversamente l'art. 7, comma 1, ult. parte, c.p.a., dichiara "non impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"⁶⁴. Si tratta di un limite cognitivo risalente alla c.d. «legge Crispi» (legge 31 marzo 1889, n. 5992), trasfuso, prima, nel T.U. approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, e, poi, nell'art. 31 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. In base a tale previsione, "il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

Se l'atto politico, a differenza di quello amministrativo, fuoriesce dal perimetro dell'art. 113, comma 2, Cost., i suoi confini non sempre risultano chiari, con tutto ciò che ne consegue sul piano della tutela giurisdizionale: ciò trova conferma, tra l'altro, nelle incertezze che i giudicanti continuano a incontrare, affrontando il concetto⁶⁵. La nozione era stata coniata al fine di sottrarre atti i quali, pur non rientrando nell'attività legislativa, sono riconducibili ad una funzione di governo, così come avviene per gli atti di rilevanza costituzionale.

La sottrazione di tale atto al sindacato politico veniva ricondotta all'emersione del potere esecutivo come potere sovrano, separato dagli altri.

Si tratta, d'altronde, di una situazione speculare rispetto a quella in cui vengono in gioco i rapporti tra potestà giudicante e potestà normativa. Il nucleo del fenomeno, inteso unitariamente, è sempre quello della separazione dei poteri. Ciò è attestato, tra l'altro, dalla nozione di eccesso di potere giurisdizionale, elaborata dalle nostre Sezioni

⁶² Cass., Sez. un., 22 marzo 2017, n. 7295.

⁶³ E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, cit., pp. 13-14. Non diversamente, in riferimento all'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, P. CERBO, *Le sanzioni "alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e del codice del processo amministrativo)*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 1285. Tali sanzioni vengono definite "processuali", in quanto "emanate nel processo dal giudice per violazione di norme di diritto pubblico" (E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 15) ovvero "giurisdizionali" da G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, cit., p. 8, che evoca la nozione di sanzione punitiva-afflittiva. In argomento, si vedano anche: G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 871 ss.; S. VACCARI, *La giurisdizione sulle sanzioni ex art. 123 c.p.a.: profili di incostituzionalità e soluzioni alternative*, in *giustamm.it*, 2013; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2019, pp. 446-447.

⁶⁴ Si richiama, ancora, *C. Stato, Ad. plen.*, n. 5/2015, cit.

⁶⁵ Si considerino, in proposito, *C. Stato, Sez. V*, 27 novembre 2012, n. 6002, *Cass., Sez. un.*, 28 giugno 2013, n. 16305, e *C. cost.*, 10 marzo 2016, n. 52, secondo cui l'avvio con una confessione religiosa, ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., si configura come un atto politico del Governo, ampiamente discrezionale, sottratto, come tale, al sindacato del giudice amministrativo.

unite, in cui si assiste ad una usurpazione, da parte del giudice amministrativo, vuoi della funzione esecutiva, vuoi di quella legislativa⁶⁶.

6. Eguaglianza e governance giudiziaria

Il primato della legge può apparire come se fosse messo in discussione, seppure cripticamente, dalla *governance* giudiziaria. Ed è a questo proposito che un filosofo del diritto si chiedeva se si è consci del grande potere politico di cui i giudici dispongono e se questo potere risulti giustificato, in generale o in particolare⁶⁷. Un quesito, codesto, molto pertinente, soprattutto, in un sistema, quello a *common law*, in cui il diritto è declinato come un fatto sociale⁶⁸ e il giudice esercita un ruolo spiccatamente creativo⁶⁹. Ciò, enfatizza il *rôle prétorien* che essi assolvono: come scriveva un filosofo del diritto, “*it matters how judges decide cases*”⁷⁰.

Anche se i giudici non agiscono in modo scorretto, fino a che punto è giustificato l'intervento giudiziario? Qual è l'estensione dei poteri conferiti all'autorità giudiziaria? Come può affermarsi l'obbligo di obbedienza a *standards* comportamentali di creazione giurisprudenziale? I quesiti sollevati appaiono connaturali ad un approccio analitico, la cui attenzione è rivolta al linguaggio.

Diversamente a quanto è avvenuto nel diritto continentale, la letteratura nordamericana si è anche posta la questione dell'efficienza delle conseguenze economiche delle pronunzie giudiziali. Il che è coerente con la tesi secondo cui “*laws and legal systems are not matters of nature but artifice. We might say they are social constructions*”⁷¹.

D'altra parte, l'eguaglianza si colloca alle radici della giustizia, come così scriveva Aristotele⁷²; e, ancora, l'eguaglianza assolve ad un ruolo di garanzia nei confronti di un esercizio del potere che si riveli arbitrario. Il principio in esame assume un ruolo

⁶⁶ Su tale figura, desunta dal ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, è fondata, attualmente, sugli artt. 111, ult. comma, Cost., 362 c.p.c. e 110 c.p.a. Si veda, da ult., *Cass., Sez. un.*, 13 maggio 2020, n. 8846. Ancora: “*L'eccesso di potere giurisdizionale denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, deve essere riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici ...*” (così, *Cass., Sez. un.*, 19 marzo 2020, n. 7455).

⁶⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977 (trad. it.: *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 24).

⁶⁸ M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012, p. 108.

⁶⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, 1961.

⁷⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Bloomsbury Publishing Plc, 1986, p. 1.

⁷¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* («*Ἠθικὰ Νικομάχεια*»), III, 20, 1131a, XIII ed., Bari, 2013, e *Politica* («*Πολιτικά*»), trad. it. di C.A. Viano, Milano, 2002, III, 1282b-1283a, pp. 279 ss., laddove «giusto» è definito come ciò che è conforme alla legge e rispetta l'eguaglianza, imponendo pari trattamento in pari condizioni. *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it.), Torino, 2000, pp. 108 ss.

⁷² L. GREEN, *Introduction*, a H.L.A. HART, *The Concept of law*, cit., XVii; H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it.), Torino, 2000, pp. 108 ss.

cardine anche nella Carta costituzionale, a garanzia dei diritti inviolabili della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali⁷³.

Nel diritto continentale, specie per effetto della Rivoluzione francese, l'operato del giudice è visto con sospetto e diffidenza, essendo potenzialmente foriero di un arbitrio. Nella Rivoluzione si paventava che i giudici potessero ripristinare l'*Ancien Régime*. La storia ci insegna come una vicenda giudiziaria possa incidere, oltre che sulla vita dei cittadini, sulla politica di un Paese.

Anche la letteratura ha messo in mostra i possibili impieghi strumentali dell'azione penale. A volte, con modalità picaresche, come nella descrizione della caduta di *Laroche-Mathieu*, politico di successo, quando, nella Parigi della *Belle Epoque*, un'irruzione della polizia lo sorprende in compagnia della moglie di *Bel-ami* da un'irruzione della polizia⁷⁴.

7. L'interpretazione giuridica e il suo terreno

Il punto di partenza dell'analisi condotta nelle pagine seguenti, che si è già avuto modo di anticipare, è costituito dal riscontro oggettivo che il rapporto tra legge e giudice si è andato profondamente modificando. Lo stesso ruolo della giurisdizione è mutato, nei confronti del potere legislativo. L'interpretazione sembra essere divenuta un'operazione non equiparabile a quella conosciuta dai giuristi del passato.

Essa, quale mediazione di tipo interferenziale che si colloca in un rapporto triadico intercorrente tra interprete, segno ed oggetto, tende ad assumere una dimensione più ampia, suscettibile di rimodulare il contenuto della norma giuridica, la cui lettera viene circoscritta. Se il senso della legge non è più "quello fatto proprio delle parole secondo la connessione di esse"⁷⁵, si perviene, secondo un'espressione semiologica, ad una «sovra-interpretazione»⁷⁶. L'intenzione del legislatore finisce per degradare a fatto storico, relegato ad un mero antecedente, e l'applicazione della norma diviene impermeabile alle politiche legislative perseguite.

Il risultato appare, nel suo complesso, quello della produzione di un effetto accrescitivo sull'ambito e sulla portata della norma giuridica, che consente di pervenire ad un risultato, come a quello opposto: è il caso dell'impiego di clausole generali⁷⁷, quando

⁷³ Tra gli altri: L. PALADIN, *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, 1994; ID., *L'eguaglianza*, Bari-Roma, 2005; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011; ID., *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014.

⁷⁴ GUY DE MAUPASSANT, *Bel-Ami*, Editions Gallimard, VIII, 1973, pp. 371 ss.

⁷⁵ Art. 12, comma 1, delle Disposizioni sulla legge in generale.

⁷⁶ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, *passim*; C.S. PIERCE, *Scritti scelti*, Torino, 2008. Sull'interpretazione giuridica, da ult., F. MODUGNO, *L'interpretazione giuridica*, Tomo primo, *L'oggetto*, Padova, 2015; B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015.

⁷⁷ Sulle quali, tra gli altri: F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 539 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, ivi, 1986, pp. 12 ss.; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 779 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ivi, pp. 5 ss.; A. GUARNIERI, *Clausole generali*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. II, Torino, 1988, pp. 403 ss.; E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. V, Milano 2012, pp. 183 ss.; *dir. priv.*, 2017, pp. 779 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

vengono ancorate a concetti evanescenti o, addirittura, polivalenti, come quello del soddisfacimento del preminente interesse del minore (su cui, *amplius*, si veda *infra*).

Il *trend* corrente sembra, dunque, quello di disancorare i poteri giudiziari da parametri in grado di circoscriverne l'ambito d'azione. Un caso di flessibilizzazione dell'azione giurisdizionale è rappresentato dalla tutela prevista in materia di contratti pubblici. Così, il giudice amministrativo, quando annulla l'aggiudicazione definitiva, se dichiara l'inefficacia del contratto, può fissarne la decorrenza, tenendo conto di parametri non soltanto eterogenei, ma destituiti di un'adeguata capacità selettiva. E' il caso, ad esempio, "degli interessi delle parti" (art. 122, comma 1, c.p.a.).

Tale giudice viene chiamato, altresì, ad applicare sanzioni, alterando, in tal guisa, il proprio ruolo e la sua terzietà, fino ad essere chiamato a decidere se, non ostante la presenza di violazione definite "gravi", il contratto stipulato resta "efficace" (art. 121, comma 2, c.p.a.). "In altri termini, così come è configurata la norma non pare che il Giudice sia chiamato soltanto ad applicare parametri normativi, sia pur descritti dalla legge in termini generici. Dovendo, viceversa, tener conto di tutto un complesso di interessi eterogenei e contrapposti, la scelta è tutta lasciata al suo prudente apprezzamento, senza che sussista alcuna predeterminazione del relativo peso e alcun criterio preferenziale indicati dalla legge"⁷⁸.

Gli esempi possono chiarire ambito e portata del fenomeno. Si pensi alla disciplina del doppio binario sanzionatorio, riassunto nella formula del *ne bis in idem*⁷⁹, all'interno del

⁷⁸ G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D. Lgs. 53/2010*, in RIDPC, 2010, p. 742. In argomento, tra gli altri, S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, pp. 1042 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1067 ss. Si confronti, in proposito, la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007.

⁷⁹ Esso è previsto dall'art. 4, Protocollo 7, CEDU, e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte EDU, sin dalla sentenza *Engel* (Corte EDU, *Plen.*, 8 giugno 1976, n. 5100/71, caso *Engel and Others v. Netherlands*, §§ 81 e 82), ha fissato tre criteri, al fine di classificare una sanzione come penale: la qualificazione giuridica della misura sul piano interno, la natura della misura e il grado di severità della sanzione. Si consideri, specialmente, il caso *Grande Stevens* (Corte EDU, *Sez. II*, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens and Others v. Italy*, §§ 94-96), in tema di manipolazione del mercato. Nella sentenza *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016 la Grande Camera della Corte di Strasburgo è tornata ad affrontare la questione, chiedendo ai giudici nazionali di valutare la compatibilità di tale doppio binario alla luce del criterio di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra le due tipologie di sanzioni. Da ult., si veda la sentenza dell'8 ottobre 2019, nel caso *Korneyeva c/Russia*. Per il diritto dell'Unione, si vedano: *CGUE, Grande Sezione*, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*.

Il principio è stato esaminato dal giudice delle leggi. Così, *C. cost.*, 12 maggio 2016, n. 102, e *C. cost.*, 21 luglio 2016, n. 200, hanno affrontato la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo «fatto storico» con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione. Da ult., *C. cost.*, 21 marzo 2019, n. 63, in tema di condanna per abuso di informazioni privilegiate, ai sensi dell'art. 187-bis TUF.

Per la dottrina, tra gli altri: B. VAN BOCKEL, *The Ne bis in idem Principle in Eu Law*, Leiden, 2010; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quad. cost.*, 2015, n. 2, pp. 400 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, fasc. 3, pp. 207 ss. n nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di*

quale si contrappongono flessibilizzazione del principio ed effettività dei meccanismi repressivi. Al di là dell'interazione tra le Corti, nazionali ed europee, si è osservato in modo convincente che *“clausole quali «proporzionalità», «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta», «interpretazione consolidata», e l'elenco potrebbe continuare, sono concetti elastici, vaghissimi, che lasciano ampio margine di manovra all'interprete che li può declinare a seconda del caso al suo esame”*⁸⁰.

Un altro caso può apparire paradigmatico. Al fine di contenere l'ipertrofia impugnatoria, l'accesso al ricorso per cassazione viene sbarrato dalla sanzione dell'inammissibilità. La sua irrogazione, in pratica, finisce per essere sempre possibile: o perché il giudicante ha creato regole non scritte, come la c.d. «autosufficienza» del ricorso per cassazione⁸¹; o perché il legislatore ha costruito filtri ancorati a parametri incerti e flessibili.

Anche questo denota la crescente deferenza che il legislatore manifesta nei confronti delle giurisdizioni: il che viene attestato, tra l'altro, dalla frequente codificazione di soluzioni elaborate da indirizzi giurisprudenziali artatamente creativi dei quali si darà conto nelle pagine seguenti.

Ad esempio, traendo spunto da una recente ordinanza, una sezione civile della Corte di cassazione dichiara inammissibile il ricorso proposto, giudicato *“incoerente nei contenuti ed oscuro nella forma”*, in ragione della *“irrisolubile farraginosità dell'esposizione dei fatti processuali”*: a sostegno di tale conclusione il giudice della nomofilachia richiama il II alinea dell'art. 3 c.p.a., destinato a regolare il processo dinanzi ad un'altra giurisdizione, quella amministrativa, nonché, mediante un dotto eloquio, le *Federal Rules of civil Procedures* degli Stati Uniti⁸².

costituzionalità, per se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in Diritti Comparati, 3/2017; E. BINDI, Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, in Federalismi.it, 12 settembre 2018; L. COUTRON-F. LECOMTE, Le principer ne bis in idem dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne: de la diversité dans l'unité?, en RDP, 2018, pp. 5 ss.; D. ROUSSEAU, La construction par le Conseil constitutionnel du principe de l'alternative des poursuites et sanctions, ivi, pp.19 ss.; H. PAULIAT, La règle ne bis in idem et le juge administratif, ivi, pp. 39 ss.; L.S. ROSSI, La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea, in Federalismi.it, 31 gennaio 2018.

⁸⁰ Così, E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, cit., p. 29, paventando anche come la vaghezza delle formule possa *“creare incognite in termini di certezza del diritto, insite inevitabilmente nell'applicazione di qualunque concetto elastico”*.

⁸¹ La Corte regolatrice del diritto, con l'obiettivo di deflazionare i ricorsi per cassazione, ha desunto dall'art. 366, nn. 4 e 5, c.p.c., il principio in questione. Sicché, la completezza del ricorso proposto deve essere tale da consentire al giudice di legittimità di esaminare i motivi, senza bisogno di attingere (direttamente) agli atti delle precedenti fasi processuali e ai documenti prodotti. Con la conseguenza che, ad es., grava sul ricorrente l'onere di ritrascrivere il testo del documento contestato o non preso in esame dalla Corte territoriale, precisando in quale fascicolo il documento sia contenuto e in quale fase sia stato prodotto (*ex plurimis*: Cass., Sez. trib., ord. 9 settembre 2019, n. 22508, Cass., Sez. III, 19 luglio 2019, n. 19515, e Cass., Sez. lav., 1° ottobre 2018, n. 23756). La severità con cui viene valutato l'assolvimento di tale onere, non rinvenibile nella legge processuale, costituisce *“una delle più frequenti ragioni di rigetto per inammissibilità del ricorso”* V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, Vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, p. 580.

⁸² Così, Cass., Sez. VI, 13 maggio 2020, n. 9996. Testualmente: *“Un ricorso così concepito appare incoerente nei contenuti ed oscuro nella forma. Ma coerenza di contenuti e chiarezza di forma costituiscono l'imprescindibile presupposto perché un ricorso per cassazione possa essere esaminato e deciso. E ciò non solo per il nostro ordinamento, ma in tutte le legislazioni degli ordinamenti economicamente avanzati: basterà ricordare a tal riguardo, excerpta multorum, l'art. 3 codice del processo*

8. Segue: interpretazioni «orientate» e principi generali

A volte, il processo decisionale viene orientato o influenzato da valori portati da norme e principi di rango più elevato, come la Costituzione o il diritto dell'Unione, come impongono le c.d. interpretazioni «orientate» o «conformi»; oppure, mediante il ricorso a principi, nazionali e/o comunitari, l'applicazione diviene dirimente sul processo decisionale: l'aggiudicazione di un contratto pubblico può derivare unicamente dal rispetto dei principi che governano la materia, tra cui quelli di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità⁸³.

Si tratta di qualcosa di molto diverso dal ricorso ai principi generali, in base alle disposizioni preliminari al codice civile (le c.d. Preleggi), secondo cui, se nessuna disposizione di legge regola il caso e se nessuna altra disposizione regola "*casi simili o materie analoghe*", si decide "*secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*"⁸⁴.

Ma i principi generali o di settore, aventi fonte nel diritto europeo (ovvero da questo tracinati nell'ordinamento interno), sembrano porsi in una relazione di alterità rispetto all'operazione sopra considerata: la loro funzione, infatti, non è quella di colmare delle lacune mediante l'integrazione (*Ergänzung*) delle norme⁸⁵, così come prevedono le Preleggi al codice civile; essi conformano, invece, l'attività interpretativa, incidendo sul processo decisionale, così come avviene, solo ad esempio, nel settore dei contratti pubblici.

In disparte, poi, il rilievo che le interpretazioni, divenendo sempre più «orientate», seguono, in misura crescente, i principi, siano essi costituzionali, dell'Unione e della Convenzione EDU. L'interpretazione può giungere, persino, in un quadro ispirato dal gius-liberismo (*freie Rechtsfindung*)⁸⁶, a farsi portatrice di valori propri: vuoi del singolo

amministrativo, comma 2 (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), il quale impone alle parti di redigere gli atti "in maniera chiara e sintetica"; il par. 14, lett. "A", della Guida per gli avvocati" approvata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ove si prescrive che il ricorso dinanzi ad essa debba essere redatto in modo tale che "una semplice lettura deve consentire alla Corte di cogliere i punti essenziali di fatto e di diritto"; o la Rule 8, lett. (a), n. 2, delle Federal Rules of civil Procedures statunitensi, la quale impone al ricorrente "una breve e semplice esposizione della domanda" (regola applicata così rigorosamente, in quell'ordinamento, che nel caso Stanard v. Nygren, 19.9.2011, n. 091487, la Corte d'appello del VIII Circuito U.S.A. ritenne inammissibile per lack of punctuation un ricorso nel quale almeno 23 frasi contenevano 100 o più parole, ritenuto "troppo confuso per stabilire i fatti allegati" dal ricorrente)".

⁸³ Si vedano, in proposito, gli artt. 4 e 30, I alinea, del «Codice dei contratti pubblici» (d. lgs. 16 aprile 2016, n. 50).

⁸⁴ Art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale.

⁸⁵ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, rist. 2003, pp. 20 ss. Su autointegrazione ed eterointegrazione dell'ordinamento giuridico si vedano, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., 1951, pp. 86 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1960, pp. 165 ss. In base a una teoria, la completezza dell'ordinamento discende dal ricorso a "*produzioni extralegislative del diritto*" (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, 1980, p. 29).

⁸⁶ Investita dell'accertamento della responsabilità civile dello Stato, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in base all'art. 4 della legge 13 aprile 1988, n. 117, per i danni derivati da atti compiuti dai Giudici del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato, la Suprema Corte, di recente, ha menzionato il «diritto libero», statuendo che "*il magistrato può essere chiamato a rispondere ... quando la sua decisione si colloca al di fuori della consapevole scelta interpretativa, risultando assurda, illogica, inesplicabile, abnorme, ai limiti del diritto libero, quindi disancorata*

giudicante; vuoi della giurisdizione: si tratta, tra l'altro, di valori che possono manifestare anche un disancoraggio, più o meno ampio, dal paradigma della norma di rango legislativo⁸⁷. Come già osservava Aristotele, "se la concezione del giusto varia in ciascuna costituzione, anche la giustizia deve essere diversa in modo corrispondente"⁸⁸.

Ma la decisione del caso concreto mette in crisi gli stessi caratteri della generalità e dell'astrattezza delle norme giuridiche, destinate, come tali, a regolare in modo seriale una pluralità di casi. Può condividersi l'affermazione secondo cui "la norma giuridica non dipende dal caso concreto, ma a questo è legata la sua comprensione"⁸⁹. Il fatto è, di per sé, permane destituito di una valenza normativa. Il brocardo *ex facto oritur ius*⁹⁰ significa, invece, che il fatto costituisce un elemento dinamico, il quale presuppone l'esistenza di una (preventiva) regolamentazione giuridica.

Non può sottacersi, però, che i caratteri delle generalità e dell'astrattezza della norma possano presentare delle controindicazioni. Già nel *Politico* l'interlocutore di Socrate obiettava che "una legge, non potendo mai abbracciare con esattezza ciò che insieme è meglio e più giusto per tutti, non potrebbe mai prescrivere il meglio. Infatti, le dissomiglianze tra gli uomini e le loro azioni e il fatto che nessuna delle cose umane goda, per così dire, di stabilità non permettono a nessuna tecnica, quale che sia, di esprimere in nessun campo qualcosa di semplice che valga per tutti e per tutto il tempo"⁹¹.

La decisione caso per caso, affidata al prudente apprezzamento del giudice sembrerebbe creata per fare fronte a queste obiezioni, le quali rimarcano la difficoltà, in concreto, di risolvere una controversia mediante l'impiego di parametri adattabili, almeno astrattamente, ad un ogni circostanza.

9. Parità di trattamento e canoni interpretativi

Tutto ciò comporta una serie di conseguenze non di breve momento. Intanto, viene in gioco il *vulnus* che può essere inferto alla certezza del diritto e alla prevedibilità della decisione⁹². Si tratta, anche sul piano metagiuridico, di una fondamentale esigenza

non dal rispetto della legge, ma da un qualsiasi ordine di categorie, logiche e linguistiche prima ancora che giuridiche, predicabili nella fattispecie in esame" (Cass., Sez. III, 5 giugno 2020, n. 10832). Sulla responsabilità dei magistrati dopo la legge 27 febbraio 2015, n. 18, specialmente, F. DE SANTIS NICOLA, *Responsabilità per dolo o colpa grave*, in F. AULETTA-S. BOCCAGNA-N. RASCIO, *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Torino, 2015, pp. 60 ss.

⁸⁷ G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., p. 62, rilevando che "da alcune sentenze affiora un giudizio etico piuttosto che rigorosamente giuridico", con il corollario che i valori tendono a prevalere sulle *regulae iuris* (ivi, richiamando N. IRTI, *Diritto senza verità*, Bari, 2011, pp. 65 ss.).

⁸⁸ ARISTOTELE, *Politica* (Πολιτικά), trad. it. di C.A. Viano, Milano, 2002, V, 9, 1309^o, 37-39, pp. 545-455.

⁸⁹ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p. 150.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, rist., 1989, p.161.

⁹¹ PLATONE, *Politico* (Πολιτικός), trad. it. di P. Accattino, Bari, 1997 (294a). Lo straniero che conferisce con Socrate fa un paragone con l'allenatore di una squadra di atleti le cui caratteristiche e capacità sono diverse: egli, non prescrivendo ciò che si addice al corpo di ciascuno, non riuscirà mai, emanando disposizioni per tutti in blocco, ad attribuire con precisione a ciascun individuo quel che gli si addice (ivi, 294, a).

⁹² N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pp. 119 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, V, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 80 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.; G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e apparenza*, ivi, 2017, pp. 646 ss. Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, nel discorso

avvertita già da Max Weber, sottolineando il passaggio verso lo Stato “che giudica e amministra secondo un diritto razionalmente statuito e regolamenti concepiti in strettissima connessione con il moderno sviluppo capitalistico”: il funzionamento della giustizia deve, “almeno in linea di principio, essere calcolato razionalmente in base a precise norme generali, nello stesso modo in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina”⁹³.

La prevedibilità costituisce, infatti, uno strumento razionale di calcolo, perfettamente allineato alla logica del profitto che sorregge e funge da propellente in una società mercantile. La non prevedibilità, per converso, alimenta le aspettative di chi si prefigga di commettere atti corruttivi. La corruzione in atti giudiziari risulta coeva alla nascita della letteratura greca, se si considera come il poeta Esiodo imputi ai giudici di averlo derubato, dirottando a favore del fratello Perse una quota della eredità paterna⁹⁴.

Con specifico riguardo alla logica del processo, poi, se la decisione non è calcolabile, né prevedibile, anche la regola della condanna alle spese, secondo la soccombenza o la causalità⁹⁵, rischia di apparire del tutto arbitraria. “We live in and by the law. It makes us what we are ... It is sword, shield, and menace”⁹⁶. Il rischio è che il diritto, a differenza dei corpi solidi, non mantenga una forma propria, non fissi lo spazio e non leghi il tempo: e, cioè, denoti un’insostenibile leggerezza, così come avviene per i liquidi⁹⁷.

Considerazioni non dissimili sono fatte proprie anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU), quando ha affermato che il diritto ad un processo equo (art. 6 della Convenzione EDU) sarebbe vanificato, se alla parte non venisse garantita una ragionevole prevedibilità dell’applicazione, nel suo caso, della legge⁹⁸. La stabilità dell’applicazione della legge, l’assenza di scarti improvvisi nella giurisprudenza, la prevedibilità della legge contribuiscono alla sicurezza giuridica e all’uniforme interpretazione del diritto⁹⁹.

Un altro aspetto, poi, è quello della *parità* di trattamento, quale corollario del principio costituzionale di eguaglianza. Ma la tendenza dei singoli giudicanti a convergere, spesso acriticamente, su posizioni omogenee tende a circoscrivere questo tipo di lesioni. Perché il nodo della questione appare un altro. Si tratta del fenomeno della

tenuto al palazzo del Quirinale, il 18 giugno 2020, nella cerimonia commemorativa del quarantesimo anniversario dell’uccisione dei giudici Nicola Giacumbi, Girolamo Minervini, Guido Galli, Mario Amato e Gaetano Costa e del trentennale dell’omicidio del giudice Rosario Livatino, ha dichiarato: “I nostri cittadini hanno diritto a poter contare sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità della sua applicazione rispetto ai loro comportamenti. Questo vale - a partire naturalmente dalle scelte del legislatore - per la giustizia civile come per quella penale, per quella amministrativa come per quella contabile: non possono essere costruite ex post fattispecie e regole di comportamento”.

⁹³ M. WEBER, *Parlamento e governo*, Bari, 2002, p. 25 (trad. it. di *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, 1919).

⁹⁴ ESiodo, *Le opere e i giorni* [*Ἔργα καὶ Ἡμέραι*], I, 27-41, trad. it., XVIII ed., Milano, 2018, pp. 92-93. Il poeta denomina i giudici “divoratori di doni”.

⁹⁵ Sul principio di causalità F. CARNELUTTI, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, pp. 241 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, *Cass.*, *Sez. II*, 17 settembre 2019, n. 23123.

⁹⁶ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, *Preface*, cit.

⁹⁷ Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 2000.

⁹⁸ Da ult., CEDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, §§ 42-51.

⁹⁹ In argomento, anche per i richiami alla giurisprudenza della Corte EDU, si confronti, specialmente, V. ZAGREBELSKY, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., §§ VII e XII, pp. 141 ss. e 223 ss. In giurisprudenza, Corte EDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, §§ 42-51.

svalutazione della legge, del quale si sono occupati anche i sociologi del diritto¹⁰⁰. La norma non è più vista come una regola che va applicata nello stesso modo, da parte di tutti i giudici. Così come imporrebbe il canone dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, avente fonte nei principi fondamentali della Costituzione.

Non diversamente da Alexis de Toqueville, Cesare Beccaria paventava il rischio di plurime applicazioni di una stessa norma¹⁰¹. Tutto questo sembra relegato, ormai, ad una sorta di utopismo di stampo illuministico. La norma, espressione di ragionevolezza¹⁰², costituisce anche un solido baluardo contro l'arbitrio, se si considera, come si è detto, che essa è espressione del governo delle leggi sugli uomini e non già degli uomini sulle leggi. Ancora, la riserva di legge rappresenta un importante corollario di questa funzione, che, solo ad esempio, la normativa emergenziale ci ha indotti a scordare. In materie coperte da riserva di legge viene enfatizzato il ruolo quasi sacrale esercitata dalla norma legislativa, che deve costituire da argine all'azione autoritativa, così come ai poteri giudiziari¹⁰³.

10. Dal primato della legge al primato dello ius dicere

La norma è espressione di un organo, che rappresenta il popolo che lo ha eletto. La legittimazione popolare conferisce il potere di disporre dei diritti fondamentali della persona. Su questi principi, che patiscono una crescente cedevolezza, è stata costruita l'architettura del costituzionalismo moderno e dei diritti della persona. Si tratta del cemento che lega come tessere gli Stati facenti parte del mondo occidentale. Si tratta, perciò, di una vera e propria *clef de voûte*.

Ora, però, la norma sembra non costituire più un vincolo per chi è tenuto ad applicarla. L'esecuzione della legge lascia all'interprete margini crescenti, che può piegarla fino a ricondurla ai valori del singolo giudicante o, più spesso, a quello dei corpi delle magistrature, le cui sensibilità sono recepite dagli indirizzi consolidati dalla giurisprudenza.

La legge finisce, persino, per essere vista con sospetto: cosicché, la norma consente (o impone) dei correttivi, talora vistosi, essendo espressione di valori non condivisi da chi è chiamato ad applicarla. Con il che il primato del potere legislativo tende a sfumare, se non a svanire del tutto. E con essa si sbiadisce la stessa divisione tra i poteri, condivisa, attualmente, più sulla carta che nei fatti.

¹⁰⁰ Sulla «crisi della legge», tra gli altri: G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, pp. 49 ss.; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, *passim*; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3823 ss.; V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo* (testo provvisorio), *Convegno annuale AIPDA*, Padova, 9-10 ottobre 2015, p. 5; 2010; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 79.

¹⁰¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764 (rist., Torino, 2010), § 4: "Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che va a diversi tribunali, e le vite dei miserabili essere la vittima di falsi raziocinii o dell'attuale fermento degli errori di un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che muove la mente". G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, pp. 19 ss.

¹⁰² "La loi, en générale, est la raison humaine ..." (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, § III).

¹⁰³ R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 65

Si è consumata, dunque, una rivoluzione silenziosa e invisibile, il cui effetto è quello di dequotare la legge. Il primato diviene appannaggio, ormai, di chi la applica: tanto che se, un tempo, era il giudice ad essere la *bouche qui prononce les paroles de la loi*¹⁰⁴, ora, è la legge a divenire la bocca del giudice: secondo una tesi, “*some judges (...), covertly or even nakedly, (...) bend the law to their purposes or politics*”¹⁰⁵.

11. Primauté del diritto europeo e giudici costituzionali

Siamo spettatori, solitamente passivi, di una rivoluzione che tende a consacrare uno Stato giudiziario del quale i magistrati sono vestali che celebrano le proprie liturgie. Talora, con l’affermazione di principi che contravvengono palesemente alla *règle de droit*, come attesta la messa in discussione della *primauté* del diritto dell’Unione da parte della Corte di Karlsruhe. La recente pretesa del giudice costituzionale tedesco (*BverfG*) di valutare la legalità delle decisioni della BCE, sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità, giunge a disconoscere l’uniformità di applicazione del diritto dell’Unione. Non è, certamente, questa la sede per affrontare quella che è stata definita come la “*unbearable heaviness*” dello *zweiter Senat*¹⁰⁶.

Preme rimarcare, piuttosto, è come nessun altro organo di uno Stato membro dell’Unione si sia mai avventurato, mediante acrobazie argomentative, a mettere in discussione la *primauté* del diritto dell’Unione e, con essa, l’autorità della Corte di giustizia.

Alcune vicende domestiche, del resto, appaiono illuminanti. Tralasciamo pure i rapporti, spesso tormentati, che oppongono le nostre giurisdizioni tra loro o con la Corte costituzionale. Si tratta, talora, di una manifestazione del potere, in grado di rivendicare spazi e confini più ampi, a discapito di chi ambisce al loro governo. Il che rischia di compromettere l’immagine delle istituzioni, contravvenendo a canoni cogenti come la leale collaborazione e la cooperazione. Talora, giudizio sulla validità e interpretazione delle norme tendono a sovrapporsi con il risultato che i confini divengono mobili, come viene attestato dai frequenti contrasti che si registrano tra Corti¹⁰⁷.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, XI, § VI.

¹⁰⁵ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 8, soggiungendo: “*These are bad judge, the usurpers, destroyers of democracy*”. “*The most popular opinion, in Britain and the United States, insists that judges should always, in every decision, follow the law they find (...) but they must enforce it nevertheless*”.

¹⁰⁶ J. ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank’s PSPP*, 7 maggio 2020, CERIDAP, Fasc. 2/2020. Nel tenere conto della teoria del pluralismo ordinamentale, si è giunti alla conclusione secondo cui “*permettere alle corti nazionali di dichiarare inapplicabili sentenze della Cge con le quali sono in disaccordo porta alla distruzione dell’ordine giuridico dell’Ue*” (Lettera di 20 giuristi europei, *Dopo la sentenza tedesca, Il diritto UE batte quello dei singoli Stati*, sul *Sole 24 Ore*, 30 maggio 2020, p. 21).

¹⁰⁷ Solo esemplificativamente, si può ricordare il contrasto tra Suprema Corte e Corte costituzionale, in tema di *translatio iudicii* (*Cass., Sez. un.*, 22 febbraio 2007, n. 4109, e *C. cost.*, 12 marzo 2007, n. 77), che ha dato luogo ad un dialogo eufemisticamente definito “*vivace*” (R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 69). Degno di nota e, forse, ancora più «vivace» va ritenuto il confronto tra Cassazione e i giudici di palazzo Spada, in tema di «pregiudiziale amministrativa», secondo cui l’azione risarcitoria deve essere preceduta con esito positivo dall’azione di annullamento (da un lato, *Cass., Sez. un.*, ordd. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; sent. 23 dicembre 2008, n. 30254; e, dall’altro, *C. Stato, Ad. plen.*, 9 febbraio 2006, n. 2, e 30 luglio 2007, n. 10. La questione è stata

12. Segue: teoria dei c.d. «controlimiti»

Va segnalato, in proposito, il caso *Englaro*, nel quale i giudici della Consulta sono stati investiti da un conflitto di attribuzioni sollevato dal Parlamento, il quale lamentava come un imperialismo giudiziario si appropriasse di una materia non regolata dalla legge (*id est*: l'inseminazione artificiale)¹⁰⁸. L'*affaire* è, certamente, suscettibile di essere declinato in vario modo e sotto plurime angolazioni. Ma quella che qui rileva è la doglianza con cui il potere legislativo censurava quello che definiva un'invasione di campo.

Il ricorso è stato giudicato inammissibile. Comunque si valuti l'esito della vicenda, questa rimarca la tendenza dei giudicanti ad ampliare il raggio della propria azione, per lo più svalutando l'area devoluta al potere legislativo, il cui primato appare sempre più traballante e cedevole¹⁰⁹.

Nel quadro del difficile rapporto tra le Corti si colloca anche la teoria dei c.d. «controlimiti». Essa aveva indotto i giudici del palazzo della Consulta a ipotizzare il proprio intervento laddove i Trattati avessero posto in discussione i diritti inviolabili¹¹⁰. Anche se si trattava, per la verità, di un monito fondato su un'ipotesi, la violazione dei principi fondamentali della Costituzione, e su una costruzione teorica, la dualità nel rapporto tra l'ordinamento dell'Unione e quello interno, i quali sarebbero integrati, ma separati. Questa tesi ha avuto il concorrente effetto di indurre il Consiglio di Stato a motivare il diniego di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹¹. Spesso, le giurisdizioni domestiche hanno trovato argomenti per annacquare l'obbligatorietà del rinvio da parte del giudice di ultimo grado¹¹². Non di meno, la medesima Corte ha consentito il ricorso ad alcuni rimedi, come la possibilità che la Commissione proponga

successivamente superata, in virtù dell'art. 30 c.p.a. Sul punto, *C. Stato, Ad. plen.*, 23 marzo 2011, n. 3, e *C. Stato, Sez. IV*, 13 aprile 2016, n. 1459).

¹⁰⁸ *C. cost.*, ord. 8 ottobre 2008, n. 334.

¹⁰⁹ Sul punto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *op. cit.*, pp. 65 ss., secondo cui le Camere, nel sollevare il conflitto nei confronti dell'autorità giudiziaria, con riferimento ad una sentenza della Corte regolatrice del diritto, avrebbero seguito un percorso confliggente con l'evoluzione registratasi in materia "fra norme costituzionali programmatiche e norme precettive" con "il ritorno alla concezione di una Costituzione come documento politico rivolto al legislatore che deve darne attuazione e non anche come fonte del diritto immediatamente applicabile anche all'autorità giudiziaria" (ivi, p. 66).

¹¹⁰ *C. cost.*, 21 aprile 1989, n. 232 (sentenza *Fragd*). Da ult., in senso critico, D. GALETTA, *L'impatto del diritto UE etc.*, cit., pp. 13 ss.

¹¹¹ *C. Stato, Sez. V*, 8 agosto 2005, n. 4207 (*Federfarma*). *Contra*, tuttavia, *C. cost.*, ord. 28 dicembre 2006, n. 454. Si veda anche *C. Stato, Ad. plen.*, 27 luglio 2016, n. 19, in *Foro it.*, 2017, III, c. 309, con nota di S. GAMBINO.

¹¹² Come è noto, l'art. 267, § 2, TFUE (ex art. 234 TCE) impone di ricorrere al rinvio pregiudiziale per l'interpretazione del diritto dell'Unione, "quando una questione è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ...". Tale obbligo viene messo solamente se il punto risulta già investito da precedenti pronunzie della Corte di Lussemburgo oppure quando si è in presenza di un *acte clair*. La violazione di queste condizioni è in condizione di configurare una responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario per non avere il giudice di ultimo grado rimesso la questione pregiudiziale alla cognizione della Corte. E' il caso, ad es., risolto da *CGUE, Grande Sezione*, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*. In argomento, specialmente, AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 498 ss.; *CGUE, Grande Sezione*, 24 ottobre 2018, C-234/17, in *Corr. giur.*, 2019, p. 277, e in *Foro amm.*, 2018, p. 1643.

contro uno Stato membro un ricorso per infrazione (art. 258 TFUE)¹¹³ e come la responsabilità del medesimo Stato, a fronte dell'inerzia serbata dalla giurisdizione interna.

13. Diritti fondamentali e «dialogo tra le Corti»

Va aggiunto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha reso, ormai, anacronistica la tesi dei «controlimiti», propugnata dai giudici del palazzo della Consulta. Si pone, al più, un problema di coordinamento tra i livelli di protezione dei diritti fondamentali. E la Corte di Lussemburgo, investita da un rinvio disposto dal giudice costituzionale del Regno di Spagna, ha ribadito, seccamente e incondizionatamente, il primato del diritto europeo¹¹⁴.

L'argomento richiama la questione del c.d. «dialogo tra le Corti»¹¹⁵. I giudici del palazzo della Consulta hanno dichiarato le norme convenzionali equiordinate a quelle costituzionali, in virtù dell'art. 117, I alinea, Cost.¹¹⁶. La lettura delle norme convenzionali, nel caso di specie in tema di proprietà, va conformata all'interpretazione evolutiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), come è avvenuto in materia di proprietà ed espropriazione per pubblica utilità (art. 1 del VII Protocollo addizionale alla Convenzione EDU, siglato il 22 novembre 1984)¹¹⁷. Sennonché, nella giurisprudenza successiva del giudice delle leggi, l'approccio è mutato: l'interazione è divenuta sempre più difficile, fino a delinearci, persino, taluni tratti di un non celato antagonismo tra le due Corti¹¹⁸.

¹¹³ F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferrero-C. Iannone, Torino, 2020, p. 116.

¹¹⁴ In ordine ad una questione pregiudiziale, in tema di diritti fondamentali (CGUE, *Grande sezione*, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, §§ 55 ss.).

¹¹⁵ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2016; A. BARBERA, *Le Carte dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *Federalismi.it*, n. 12/2017.

¹¹⁶ *C. cost.*, 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3475 e p. 3535, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*. Tra gli altri: F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle» (brevi note a margine delle sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss.

¹¹⁷ Ai sensi del quale: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

¹¹⁸ Sui rapporti tra Convenzione EDU e giurisdizione domestica e sui suoi successivi sviluppi: *C. cost.*, 26 marzo 2015, n. 49. Sull'applicazione delle sentenze «gemelle», specialmente: *Cass., Sez. lav.*, 19 febbraio 2013, n. 4049, precisando che «*nel sistema normativo successivo all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha modificato - in linea con quanto affermato dalla Corte cost. con la sentenza n. 80 del 2011 - la propria posizione nel sistema delle fonti, ed il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, del trattato alla convenzione non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa (Corte di giustizia 24 aprile 2012, c-571/10), atteso che, in tale evenienza, il rimedio è costituito dal giudizio di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 cost.*»; *Cass., Sez. I*, 11 marzo 2009, n. 5894, secondo cui «*in tema di equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, il giudice chiamato ad applicare la l. n. 89 del 2001 deve adottare una interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, se ritiene la suddetta legge inadeguata a*

Il che appare, quanto meno, poco comprensibile, specie se si considera che, quando la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione EDU, il significato e la portata degli uni e degli altri debbono essere coincidenti (art. 52, § 3, CDFUE)¹¹⁹.

Il punto è che la tutela multilivello dei diritti fondamentali¹²⁰ impone un'armonizzazione la cui attuazione non è sempre agevole, in presenza di aree di sovrapposizione, suscettibili di dischiudere potenziali conflitti: anche perché le declinazioni di un medesimo principio possono risultare non coincidenti o, quanto meno, disomogenee, come può attestare, solo ad esempio, l'applicazione del c.d. «*ne bis in idem*», che esprime, soprattutto, il divieto di instaurare nuovi procedimenti su fatti materiali coincidenti con quelli investiti da un precedente giudizio (artt. 4 del VII Protocollo e 50 della Carta)¹²¹.

Ancora, i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte EDU attestano la difficoltà di un dialogo. La deferenza non è un atteggiamento confacente, ma la «guerriglia» che resta sottotraccia, posta a difesa dei propri confini, non appare un atteggiamento costruttivo, né condivisibile, sul piano squisitamente istituzionale. Merita considerare, in proposito, l'esercizio del sindacato di costituzionalità, ogni qualvolta venga lamentato il contrasto di una norma di rango legislativo con una norma della Convenzione o dei suoi Protocolli.

14. La soggezione del giudice alla legge

La nostra Costituzione, come altre, dispone che il giudice è soggetto soltanto alla legge¹²². Questa formula, però, rischia di diventare un ossimoro. Il creazionismo giudiziario, infatti, si pone in una relazione di alterità, sul piano assiologico, rispetto al

garantire gli obiettivi della Cedu, non può disapplicarla, ma - alla luce delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte cost. - deve investire il giudice delle leggi, sollevando q.l.c. in riferimento all'art. 117, comma 1, cost.". Per la giurisprudenza successiva del giudice delle leggi, meno «deferente» nei confronti dei giudici di Strasburgo: *C. cost.*, 27 novembre 2013, n. 278; *C. cost.*, 10 giugno 2014, n. 162; *C. cost.*, 11 giugno 2014, n. 170; e *C. cost.*, 26 marzo 2015, n. 49. In senso critico, rispetto al «nuovo corso» della Corte costituzionale; *Corte EDU, Sez. III*, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09; *Corte EDU, Grande Chambre*, 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015; e, da ult., *Corte EDU, Grande Camera*, 28 giugno 2018, ric. n. 1828/06, la quale, nell'accertare la violazione dell'art. 7 della Convenzione, nei casi considerati di confisca urbanistica, disposta ai sensi dell'art. 44 del Testo unico sull'edilizia, ha messo in evidenza la difficoltà di un dialogo tra le Corti, puntualizzando che tutte le proprie sentenze, senza distinzioni, sono munite del medesimo valore giuridico.

¹¹⁹ In argomento, per tutti, D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, II ed. 2018, pp. 102-103 e 118.

¹²⁰ G. PINO, *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

¹²¹ In base all'art. 50 CDFUE: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Come è noto, la nozione di «sanzione», secondo il consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, non è formale, ma sostanziale e tiene conto di tre criteri, alternativi e non cumulativi (si tratta dei c.d. «criteri Engel», in base alla sentenza capostipite sopra citata in nota. In argomento, per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 181 ss.).

¹²² In base all'art. 101, II alinea, Cost.: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». In argomento, *ex aliis*: D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione*, Napoli, 2008; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019, pp. 97 ss.

principio di legalità¹²³. Il carattere cognitivo dell'attività, infatti, è il solo che risulta compatibile con la soggezione dei giudici alla legge e con la parità di trattamento¹²⁴.

Un ossimoro, del pari, diviene la qualificazione costituzionale del potere giudiziario come un "ordine"¹²⁵. Quest'espressione, risalente allo Statuto albertino¹²⁶, discende dalla negazione stessa di tale potere, il quale, non compare, neppure, nel pensiero di Locke, mentre nel pensiero di Montesquieu diviene invisibile e nullo¹²⁷. Essendo la bocca della legge, non può fare altro che applicarla, venendo meno la sua comparazione con il potere legislativo e quello esecutivo.

Una prospettiva opposta, ma fondata su radici comuni, può considerarsi, invece, il divieto di fare un uso distorto della legislazione, all'esito di un processo, specialmente quando una delle parti in causa è pubblica, come avviene quando si conferisce retroattività alla legge, al fine di paralizzare (o sovvertire) gli effetti di una sentenza, contravvenendosi, così, al diritto ad un processo equo (art. 6 Convenzione EDU)¹²⁸: e, a conferma dell'alterità, funzionale oltre strutturale della *puissance judiciaire*, i giudici della Consulta, agli effetti del giudizio di costituzionalità, hanno escluso che gli sviluppi giurisprudenziali possano essere assimilati al fenomeno della successione delle leggi¹²⁹.

¹²³ In senso analogo, di recente, L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, pp. 22-23. Del resto, "si la puissance de juger ... était jointe à la puissance le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge sera législateur" (MONTESQUIEU, *op. cit.*, XI, § VI).

¹²⁴ Sul punto, richiamando l'art. 3, comma 2, Cost., G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli 2012, *passim*.

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cost.: "La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere". La giurisprudenza del giudice delle leggi è costante nel riconoscere la natura di potere dello Stato anche al pubblico ministero, in quanto gli organi inquirenti sono investiti dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.), cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate (ad es., *C. cost.*, 12 aprile 2012, nn. 87 e 88).

¹²⁶ Nel quale, in coerenza con la Costituzione francese del 1799, venivano definiti «poteri» solamente quello legislativo e quello esecutivo. Sulla tematica, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, p. 46; S. SENESE, voce *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1993, p. 203; G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, AA.VV., *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 1979, pp. 372 ss.

¹²⁷ Secondo MONTESQUIEU, *op. cit.*, XI, § VI, "la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle".

¹²⁸ *Ex plurimis*: Corte EDU, 10 luglio 2018, *Aielli e altri c. Italia*, §§ 43-46, Corte EDU, 24 luglio 2014, *Azienda agricola Silverfunghi e altri c. Italia*, § 77, Corte EDU, 11 dicembre 2011, *Anna de Rosa e altri c. Italia*, §§ 47-54; Corte EDU, 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*, 7 giugno 2011, §§ 58-65. Si veda anche, nello stesso senso, *C. cost.*, 30 gennaio 2018, n. 12, soprattutto per i plurimi richiami contenuti nel *dictum* alla giurisprudenza della stessa Corte e di quella di Strasburgo.

¹²⁹ *C. cost.*, 12 ottobre 2012, n. 230. Si veda, in proposito, l'iter argomentativo del decisum della Corte, al § 7, laddove si legge che: "L'altra affermazione – che riflette, per contro, un orientamento della Corte europea da tempo consolidato – è quella in virtù della quale la nozione di «diritto» («law»), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura «sostanziale», e non già «formale», del concetto di «legalità penale», se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte – posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di common law – è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche in rapporto agli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale (tra le altre, sentenze 8 dicembre 2009, *Previti contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia*; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*)".

Ma che si tratti di un potere dello Stato sembra trovare conferma nella legittimazione a sollevare, dinanzi alla nostra Corte costituzionale, “*i conflitti tra i poteri dello Stato*”¹³⁰ (art. 134 Cost.). L’inquadramento fuori dal tempo e dal contesto istituzionale della *fonction judiciaire* in un «ordine», sembra evocare la formula leibniziana del migliore dei mondi possibili. Conosciamo, però, anche le piccate considerazioni che Voltaire indirizzava al suo collega tedesco¹³¹. Se non è più cognizione ed applicazione della norma, la giurisdizione, la cui visibilità diviene crescente, si tramuta in «potere».

Da guardiana (e vestale) della legalità l’attività giudicante acquisisce, in misura crescente, un ruolo pervasivo in una dimensione nomopoietica, suscettibile di attentare al modello dello «Stato legislativo parlamentare»: “*in esso «regnano le leggi», non gli uomini, autorità o magistrature*”¹³²; al contrario, “*nello Stato giurisdizionale ... il giudice decide direttamente nel nome del diritto e della giustizia, senza la mediazione e l’imposizione di normazioni relative a questa giustizia da parte di altri poteri politici, non giudiziari*”¹³³.

L’attività legislativa scolora, incalzata dall’interazione non soltanto dei poteri giudiziari, ma di due concorrenti fenomeni: da un lato, la pervasività del diritto dell’Unione europea; e, dall’altro, i poteri «normativi» del Governo dei quali il diritto pandemico, seppure di carattere eccezionale e temporaneo, costituisce una manifestazione eloquente¹³⁴: ciò sia per la sua gestione da parte di poliarchie tecnocratiche, sia per la sua incidenza sui diritti fondamentali della persona, in aree coperte da riserva di legge¹³⁵, sia per l’ipertrofia alluvionale degli atti emanati.

Ciò costituisce espressione di quello che Carl Schmitt definiva «Stato governativo»¹³⁶. Anche questo contribuisce ad erodere il primato del potere legislativo nazionale e, indirettamente, anche la rappresentanza elettorale. Se le oligarchie giudiziarie¹³⁷ sono destituite di qualsiasi collegamento con il circuito rappresentativo, alle istituzioni comunitarie, come è noto, è stato imputato un *deficit* di democraticità: il loro legame con il popolo risulta solamente indiretto, infatti, attesto che l’unica istituzione elettiva è il Parlamento europeo.

15. Crisi della capacità regolativa della legge

¹³⁰ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 25.

¹³¹ In una delle sue opere più note (*Candide, o dell’ottimismo*, scritto nel 1759), Voltaire, con acuta ironia e in una prospettiva illuministica, criticava le teorie ottimistiche sulla vita umana sostenute da *Gottfried Leibniz*, secondo cui la divina bontà sceglie sempre la migliore combinazione possibile tra le infinite combinazioni delle monadi, che sono le sostanze costitutive del mondo. Caricatura dell’ottimismo leibniziano era il precettore *Pangloss*.

¹³² C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (trad. it. di *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*), cit., p. 38.

¹³³ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 42.

¹³⁴ N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un’epoca che fa eccezione*, *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020. Più in generale, sulla tematica, A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

N. IRTI, *Il diritto*

¹³⁵ Così come avviene per la libertà di circolazione, in base all’art. 16, comma 1, prima parte, Cost.

¹³⁶ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 45 ss.

¹³⁷ In base all’espressione (*oligarchischer Richterstaat*) coniata da T. RÜTHERS, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 dicembre 2006; ID., in *Juristenzeitung*, 2006.

La recente emergenza epidemiologica appare come la cartina di tornasole di un pianeta globalizzato. Economia di mercato e logica del capitalismo ripudiano le frontiere, le quali contravvengono al profitto¹³⁸: l'Unione europea protegge la libertà di stabilimento e circolazione di merci e capitali.

Il diritto è divenuto senza spazio come la pandemia, la cui dimensione è planetaria¹³⁹: un fenomeno riemerso, ma non inedito, essendo stato protagonista della storia ed artefice, talora, della fine di civiltà e del crollo di imperi¹⁴⁰. L'emergenza tende a divenire la regola e si accompagna all'effetto scenico con cui il *policy maker* enuncia quali diritti di libertà vengono generosamente *octroyés: sous cet angle*, è il divieto a costituire la regola.

Il risultato è quello di una legalità ferita, di cui queste pagine vogliono essere testimoni. In modo che, utilizzando una distinzione propugnata da un Maestro del processo civile, si ripristini l'equilibrio tra parte argomentativa della sentenza e dispositivo: tra *λόγος* e *imperium*¹⁴¹. Logica e ragione impongono che la decisione tenga conto di un sistema, escludendo la presenza di antinomie tra disposizioni equiordinate o tra disposizioni sovra e sottordinate ovvero tra norme e principi generali. Il comando costituisce, invece, l'espressione di un potere autoritativo e della sovranità dello Stato. In questa prospettiva, il diritto discende non nella lettera della norma o nel suo inquadramento nel sistema, ma nella sua «interpretazione autentica», come veniva scritto nelle pagine del Leviatano: «l'interpretazione di tutte le leggi dipende dall'autorità del sovrano», paventandosi il rischio che, «con un interprete astuto, si possa far sostenere alla legge un senso contrario a quello del sovrano, e con tale mezzo è l'interprete che diventa il legislatore»¹⁴². Perché è legge «ciò che è in accordo con il legislatore»¹⁴³.

La tesi riferita rende cedevole il contenuto semantico della norma giuridica, anteponendo ad essa la volontà storica del legislatore. Il nostro legislatore ha equiordinato i due metodi nel I alinea dell'art. 12 delle «Disposizioni sulla legge in generale» (c.d. «Preleggi»), secondo cui: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

¹³⁸ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 66

¹³⁹ N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, cit.

¹⁴⁰ Molto eloquente, in proposito, è il quadro tracciato, di recente, da KYLE HARPER (*The Fate of Rome. Climate, Disease & the End of an Empire*, Princeton University Press, 2017), nel quale le cause della caduta di Roma e della sua civiltà vengono imputate al concorso di due determinanti fattori, non considerati dalla storiografia *mainstream*, come i mutamenti climatici e le ricorrenti pandemie.

¹⁴¹ E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, *passim*.

¹⁴² T. HOBBS, *Leviatano*, (Leviathan), trad. it., XXVI, Milano, 2011, p. 291. Allora, secondo l'Autore, «*vi si può domandare donde procedono le opinioni, che si trovano nelle opinioni, che si trovano nei libri di eminenti giuristi di diversi stati, le quali fanno dipendere, direttamente o per conseguenza, il potere legislativo da privati o da giudici subordinati*» (ivi, p. 284). A discapito della separazione tra poteri, nel Leviatano i giudici sono considerati «*subordinati*» (non alla legge, ma al sovrano).

¹⁴³ T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 291.

In questa teoria dello Stato, infatti, “tutte le leggi, scritte e non scritte, hanno bisogno di interpretazione”¹⁴⁴, perché la legge è espressione di quella sovranità che, secondo la dottrina pandettistica, accomunava legge, provvedimento e sentenza¹⁴⁵. Secondo Thomas Hobbes, occorre accertare la volontà del sovrano, a discapito della formula legislativa¹⁴⁶: la giustizia di una decisione sembra, dunque, dipendere (unicamente) dalla capacità del giudicante di attuare la volontà del sovrano.

Quando si afferma che la legge va sempre interpretata, spesso, si intende dequotare il significato letterale di essa, a beneficio di un soggetto che, oggi, non è più «il sovrano», ma che, comunque, permane espressione di sovranità: è il giudice che determina il senso della norma, con effetti correttivi su di essa. Un simile meccanismo sembra porsi alla radice della perdita della capacità regolativa della legge, con gli effetti che ne discendono sulla ripartizione dei poteri dello Stato. L’*interpretatio abrogans* finisce per integrare un’operazione eversiva, sul piano istituzionale, trattandosi di una metamorfizzazione occulta di un modello fondato su *checks and balances*.

16. Segue: perimetro della norma e confini dei poteri giudiziari

L’alterazione descritta può anche costituire il frutto di un programma prefigurato, divenendo imputabile alle istituzioni rappresentative dei poteri giudiziari; più spesso, però, deriva dallo spostamento dei confini tra poteri, i quali non sono corpi solidi, ma, come la storia ci dimostra, sono contrassegnati da una insopprimibile leggerezza.

Si tratta di un’operazione che viene condotta, talora, sfruttando la polisemia dell’atto normativo, mediante la compresenza di letture confliggenti dello stesso, anche a normativa invariata. Talora, invece, si accreditano differenti declinazioni di un istituto che permane unitario, avendo fonte nella medesima disciplina, come può attestare, solo ad esempio, un confronto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile o, meno spesso, tra la prima e la giurisdizione amministrativa: in simili evenienze le Sezioni unite sono stabilmente orientate a disconoscere la violazione delle regole che presiedono il riparto tra le giurisdizioni, con l’effetto che la violazione della legge non conosce alcun rimedio¹⁴⁷. Se l’argomento verrà ripreso più innanzi, non può omettersi di anticipare come lo stravolgimento del regime di un istituto di diritto comune, secondo la Corte regolatrice, integri un *error in iudicando* o *in procedendo*, suscettibile di investire le modalità con cui la tutela è stata erogata e non già la violazione dei limiti esterni alla giurisdizione¹⁴⁸.

¹⁴⁴ T. HOBBS, *op. cit.*, p. 291. Infatti, “il giudice subordinato dovrebbe considerare la ragione che ha mosso il sovrano nel fare quella legge, affinché la sua sentenza vi si possa accordare; essa è allora la sentenza del sovrano, altrimenti è una sentenza ingiusta” (ivi, p. 286).

¹⁴⁵ E’ curioso osservare che nella Grecia arcaica, come testimonia l’opera di Esiodo, il termine che indica il giudicante è, niente meno, che βασιλεύς (re) (*Le opere e i giorni* [*Ἔργα καὶ Ἡμέραι*], I, 27-41, cit., pp. 92-93).

¹⁴⁶ Questo consente di affermare ad T. HOBBS, persino, che “il sovrano ... non è soggetto alle leggi civili, poiché, avendo il potere di fare o di revocare le leggi, egli può liberarsi a suo piacimento da quella soggezione, revocando quelle leggi che lo incomodano e facendone altre” (*op. cit.*, p. 282).

¹⁴⁷ Cass., Sez. un., ord. 17 dicembre 2018, n. 32623, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2127, con nota di M. CONDORELLI.

¹⁴⁸ Si confrontino, da ult., Cass., Sez. un., 13 maggio 2020, n. 8848, e, specialmente, Cass., Sez. un., 19 marzo 2020, n. 7455, precisando che: “L’eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi

In ultima battuta, resta la questione dell'interpretazione *contra legem*, quand'anche questa risulti avallata da filoni giurisprudenziali, che possono essere anche radicati e autorevoli. Il che pone la concorrente questione della configurabilità della responsabilità del magistrato per "violazione manifesta della legge", in base all'art. 2, comma 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117 ("Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati"), così come modificata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18 ("Disciplina della responsabilità civile dei magistrati")¹⁴⁹.

Il processo di trasformazione delineato discende da quella liquidità di cui è espressione l'applicazione giudiziaria della legge, illustrata nelle pagine successive, mediante l'analisi «a campione» di alcuni casi esaminati dalla giurisprudenza, nel contesto del diritto pubblico e di quello privato, anche in considerazione del fatto che i *grand-arrêts*, hanno plasmato il diritto vivente. Il che è avvenuto, spesso, con un effetto deformante, come in una rappresentazione metafisica o in quadro cubista. Il risultato è quello che Max Weber, mediante quello che considerava l'uso linguistico popolare, definiva "«giustizia di cadì» -cioè il giudicare nel caso particolare secondo il senso di equità del giudice o secondo altri mezzi di giudizio e altri principi irrazionali, quali sussistevano ovunque nel passato e ancor oggi sussistono in Oriente- né con l'amministrazione dei gruppi di potere teocratici o patrimoniali propri dell'asia o delle nostre epoche passate, che procede secondo il libero arbitrio e la grazia e per il resto secondo una tradizione sacra e inviolabile, ma irrazionale"¹⁵⁰.

Le pagine che seguono saranno dedicate a verificare, mediante l'analisi di alcuni *leading cases* o, più semplicemente, di alcuni orientamenti giurisprudenziali, quale rapporto sia, attualmente, configurabile tra giudice e legge e se, in alcuni casi, non possa

inerenti alla giurisdizione, deve essere riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici; ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato delle sentenze cui pur si contesti di essere abnormi o anomale, ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme di riferimento".

¹⁴⁹ Certamente, il grado di chiarezza e di precisione delle norme violate, secondo una formula utilizzata dalla Corte di giustizia, risalente al celebre caso *Francoovich* (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, p. I-5357) integra un parametro di riferimento per la configurabilità della responsabilità civile dello Stato per effetto di un provvedimento giudiziario. I criteri in base ai quali una violazione da parte di uno Stato membro possa dirsi sufficientemente "grave e manifesta" sono: a) il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, nel senso che quanto più la norma risulti ambigua, tanto più difficile sarà individuare una violazione "grave e manifesta"; b) l'ampiezza del potere discrezionale, nel senso che quanto maggiore è la discrezionalità di uno Stato in sede di esecuzione e/o di recepimento, tanto minore sarà la possibilità di ritenere "grave" la violazione di un obbligo comunitario; c) il carattere intenzionale o volontario della violazione commessa; d) è del pari considerato indiziante, infine, mantenere un comportamento illegittimo anche in seguito ad un intervento chiarificatore della Corte, in ordine alla norma comunitaria di riferimento, così come dopo l'avvio di una procedura per infrazione. In argomento, tra gli altri, M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti, II ed., Milano, pp. 465 ss

¹⁵⁰ M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., p. 25. In argomento, A. DE SIMONE, *Razionalità e diritto in Max Weber*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e logiche del dominio*, a cura di A. De Simone, Perugia, 2007, pp. 108 ss.; A. SAPONARO, *Criminologia, diritto e società*, in AA.VV., *Criminologia contemporanea. Temi e problemi*, a cura di A. Massaro-A. Saponaro, Roma, 2017, pp. 33 ss. Come pure è stato scritto: *Chez les Turcs, où ces pouvoirs sont réunis sur la tête d'un sultan, il règne un affreux despotisme*" (MONTESQUIEU, *op. cit.*, XI, § 6).

evocarsi, persino, quella che (con una formula di colore, ma efficace) Max Weber denominava «*Gerechtigkeit von Cadi*».