

DIALETTICA, DIRITTO E PROCESSO 3

a cura di Alessandro Giuliani e Nicola Picardi

NICOLA PICARDI

**LA GIURISDIZIONE
ALL'ALBA DEL TERZO MILLENNIO**

GIUFFRÈ EDITORE

2007

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

1. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. — 2. Pluralità di riti e poteri del giudice. — 3. Giurisdizione e legislazione. — 4. Giurisdizione ed amministrazione. — 5. Rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto. — 6. La crisi del modello tradizionale di giustizia.

1. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*

All'inizio del XIX secolo, Friedrich K. von Savigny, con una felice espressione, parlò di "vocazione" dei suoi tempi per la legislazione e la scienza giuridica¹. Nel XX secolo, alla fine degli anni '30, Mariano D'Amelio riprese tale espressione in un noto saggio sulla vocazione del XX secolo per la codificazione²; ma, alla fine degli anni '70, Natalino Irti parlerà di età della decodificazione³. All'inizio del XXI secolo, la situazione appare ormai differente e più complessa. Potremmo sintetizzarla parlando di vocazione del nostro tempo per la giurisdizione e la dottrina giuridica.

Alla metà del secolo scorso Karl R. Popper⁴ già asseriva che il dilemma di fondo non è "chi deve comandare", ma

¹ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 112 (ristampa fotografica, Hildesheim 1967, e riedizione nel volume di STERN, a cura di, *Thibaut und Savigny*, 2^a ed., Darmstadt 1959).

² M. D'AMELIO, *La vocazione del XX secolo alla codificazione*, in "Nuova Antologia", 1937, p. 163 e ss.

³ N. IRTI, *L'età della decodificazione* (1979), 4^a ed., Milano 1999.

⁴ K.R. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, 2 vol., (1942-1945), trad. it. di Pavetto, Armando ed., Roma, 1973-1974, vol. 2, p. 210 e ss. e, per una sintesi, *Id., Come controllare chi comanda*, a cura di D. ANTISERI, Ideazione ed., Roma 1996, spec. p. 34 e ss.

“come si controlla chi comanda”. Non è tanto importante il potere, e le sue forme di legittimazione, quanto il controllo dell'esercizio del potere. Anche se sia stato legittimamente investito del potere, non è detto che le azioni di chi lo esercita siano, di per sé, giustificate. Il controllo impone un'adeguata organizzazione delle istituzioni e così finisce necessariamente per coinvolgere — anche e soprattutto — il giudice e la giurisdizione, l'istituzione di garanzia per eccellenza.

In effetti, oggi si avverte uno stato d'animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto⁵. È convinzione diffusa che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice e non è mancato chi, sia pure sotto diverse sfumature, abbia considerato la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica⁶. La giurisdizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di “source délicateuse”⁷ o di “diritto mite”⁸. Si tratta di una linea di tendenza che — in forme più o meno accentuate — appare comune alla *civiltà giuridica occidentale*⁹. Sorge, così, una grave questione: fenomeni

⁵ Cfr. A. BARATTA, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, p. 189 e ss., nonché il dibattito su *La jurisprudence aujourd'hui: libres propos sur une institution controversée*, in *Revue trim. droit civil*, 1991 e 1992, spec. 1991, p. 338 e ss., ed il numero dedicato a *Les juges* della rivista *Pouvoirs* 1995, n. 74.

⁶ G. ALPA, *La creatività della giurisprudenza*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Vol. I, Napoli 2001, p. 6 e ss., e già, dello stesso A. *L'arte del giudicare*, Roma-Bari 1996, p. 9 e ss.; nonché S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in “*Riv. trim. dr. proc. civ.*”, 2002, p. 1 e ss.

⁷ Ph. JESTAT, *Source délicateuse (Remarques en cascades sur les sources du droit)*, in *Revue trim. droit civil*, 1992, p. 73 e ss.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 11 e ss.

⁹ Secondo la *tradizione orientale*, emblematicamente riflessa nell'ideologia cinese, la risoluzione delle controversie non è, invece, compito esclusivo del giudice. Nella cultura confuciana si registra, infatti, un atteggiamento mentale di “fuga” dal tribunale; il giudice finisce per incutere soprattutto timore. Le controversie civili e commerciali vanno risolte, soprattutto, in base all'autorità patriarcale, e, quindi, nell'ambito della famiglia, del villaggio, del *clan*, a seconda degli interessi coinvolti. Vengono, pertanto, privilegiate la *conciliazione*, la *mediazione* e l'*arbitrato*, che costituiscono le forme tipiche di risoluzione delle controversie (cfr. N. PICARDI, *Una ricerca sulla giustizia civile in Cina*, in *Diritto e processo Studi in memoria di A. GIULIANI*, Napoli 2001).

del genere possono segnare il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*, da uno Stato a prevalente potere legislativo ad uno Stato a prevalente potere giudiziario¹⁰?

2. Pluralità di riti e potere del giudice

La nostra epoca, come ho già accennato, è stata definita l'età della decodificazione. Si è osservato, infatti, che, soprattutto a seguito di spinte corporative e neocorporative, il codice civile è stato aggredito da leggi speciali che hanno strappato alla regolamentazione generale tutta una serie di istituti e di rapporti ed hanno così finito per configurare veri e propri *statuti di gruppo*.

Tale fenomeno non poteva non investire anche i codici di rito¹¹ e, in particolare, il codice di procedura civile. D'altra parte il processo — come felicemente sostiene Jürgen Habermas¹² — è « il punto di fuga prospettico da cui analizzare il si-

vol. III, p. 633 ss. e già in N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura), *Il processo civile cinese, Ricerche sul processo*, vol. 7, Rimini 1998, p. VII ss.).

In tempi recenti, non mancano, tuttavia, segnali di ravvicinamento fra i due opposti modelli: la civiltà orientale ha iniziato a recepire istituti giurisdizionali, mutuando anche lo strumento del codice di procedura civile; la civiltà occidentale, di fronte all'espansione del contenzioso che rischia di mettere in crisi gli apparati giurisdizionali, oggi tende a favorire il ricorso alla conciliazione, alla mediazione ed all'arbitrato, come *metodi alternativi di risoluzione delle controversie* (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2006, §§ 1 e 279 ss.).

¹⁰ Per tutti, cfr., a favore del *Richterstaat*, H.W. KRUSE, *Das Richterrecht als Rechtsquelle als innerstaatlichen Rechts*, Tübingen 1971; contrario, J. ESSER, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrechts*, in "Festschrift für F. von Hippel", Tübingen 1967, p. 95 ss. Di recente, N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1995, nella parte relativa a *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem* (anche tradotta in italiano, a cura di L. AVITABILE, alla fine del volume dello stesso N. LUHMANN, *Mercato e diritto*, Torino 2007 spec. pp. 188 e 200), di fronte all'indeterminatezza crescente nella separazione fra legislatura e giurisprudenza, parla di trasformazione della classica sovraordinazione gerarchica del legislatore sul giudice in una relazione circolare di influenza reciproca dei due poteri.

¹¹ Quanto al codice di procedura penale cfr. L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in G. STAJANO (a cura di), *La cultura italiana del Novecento*, Bari 1996, p. 589 e ss.

¹² J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskussionstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M. 1992, p. 241; trad. it., di L. CEPPI, con il titolo *Fatti e norme*, Napoli 1996, p. 234.

stema del diritto». Secondo una concezione risalente alla rivoluzione francese, in parallelo con il venir meno dei privilegi di classe e di ceto, nel XIX secolo si era andata affermando, non solo l'idea di una giurisdizione tendenzialmente unica per la soluzione di tutte le controversie, ma anche quella di un tipo unico di processo: il processo ordinario, regolato dal codice di rito. I pochi processi speciali, previsti nelle legislazioni ottocentesche, erano relitti della tradizione ovvero si giustificavano per la qualità del giudice o per la peculiarità della materia¹³.

Nel XX secolo, una serie di processi speciali si sono, invece, progressivamente affiancati a quello ordinario, finendo per intaccare il ruolo centrale di quest'ultimo e rischiando di trasformarlo in una sorta di rito residuale¹⁴. All'inizio del 2007 il numero dei processi civili creati dal legislatore ammonta addirittura a ventisette con le conseguenti complicazioni nell'esercizio delle professioni forensi. Si è così estesa, di nuovo, l'area dei privilegi processuali a vantaggio di alcuni utenti della giustizia, appartengano essi alle classi dominanti (quale, in altre epoche, il giudizio dei pari, riservato ai nobili ed, ancor oggi da noi, l'autodichia del Parlamento, della Presidenza della Repubblica e della Corte Costituzionale) o alle classi emergenti (quale, ad esempio, in Italia il processo del lavoro e, da ultimo, il processo societario).

La pluralità di normative processuali e, quindi, di riti differenziati, già di per sé, favorisce la possibilità di soluzioni diversificate ed, in ultima istanza, aumenta il tasso di discrezionalità delle decisioni del giudice. Del resto, a suo tempo, già Giambattista Vico osservava: "*hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia videantur*"¹⁵.

¹³ V. *infra*, Cap. V, § 8.

¹⁴ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, op. cit., §§ 187-192.

¹⁵ G.B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione* (1708), in *Opere filosofiche*, intr. BADALONI, testi, versione e note di CRISTOFOLINI, Firenze 1971, p. 831, già ricordato da A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura), *Legislazione, profili giuridici e politici*, Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Milano 1992, pp. 24-25 e 55.

L'aumento dei poteri del giudice si coglie, poi, anche in riferimento alle scelte e agli adattamenti delle procedure e delle tecniche di risoluzione delle controversie. A titolo di esempio, basti ricordare come nella *giustizia civile* il ricorso ai provvedimenti d'urgenza ormai sia divenuto assai frequente e, giunti a questo punto, le misure cautelari o quelle anticipatorie tendano a concludere la controversia. Si profila, in altri termini, una forma di "supplenza" della tutela cautelare e di quella anticipatoria, o comunque della cognizione sommaria, rispetto alla cognizione piena ed esauriente. Nello stesso modo, il *processo amministrativo* viene molto spesso chiuso all'esito del provvedimento, non motivato (o sommariamente motivato), emanato in sede di sospensiva. Quanto *al processo penale*, in seguito, si avrà occasione di sottolineare il fenomeno della "supplenza" dell'istruttoria rispetto al giudizio e dell'utilizzazione della carcerazione preventiva quale tecnica inquisitoria "premier".

L'espansione dell'ambito dell'intervento giurisdizionale si coglie, comunque, non solo sul piano processuale, ma, anche e soprattutto, in rapporto al diritto sostanziale. La verità è che oggi il giudice è chiamato a svolgere funzioni che, ieri, sembravano riservate ad altre sedi istituzionali. Si registra, infatti, un considerevole aumento dei poteri del giudice, sia nei confronti della legislazione che dell'amministrazione.

3. *Giurisdizione e legislazione*

È noto che, con il passaggio dallo Stato liberale al *Welfare State*, allo Stato assistenziale distributivo ed amministratore, i compiti del legislatore, e degli apparati amministrativi, si sono moltiplicati. Ma l'ampliamento di questi apparati ha determinato, al di là e contro le intenzioni, un *incremento dei poteri del giudice*¹⁶. Il fenomeno risulta accelerato, soprattutto, dalla

¹⁶ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, spec. p. 25 e ss., nonché A. GIULIANI-N. PICARDI, *Prefazione*, al volume a cura degli stessi, *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, I, in *L'educazione giuridica*, Vol. V, Napoli 1988, p. VII e ss.

patologia di una legislazione oscillante tra l'inflazione in alcuni settori e l'inattività in altri.

La caratteristica della cd. *inflazione legislativa*¹⁷ non consiste solo nella moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. Innanzitutto, moltiplicazione delle disposizioni legislative, non solo e non tanto quantitativa¹⁸, ma soprattutto qualitativa. Si pensi, da un lato, alla pluralità dei centri di produzione normativa, sia nazionali (Stato, Regioni, altri livelli di autonomia, autorità indipendenti di regolazione, autonomia privata) che sovranazionali (in specie, Unione Europea); dall'altro, al fenomeno per cui spesso la fonte secondaria prende il sopravvento sulla fonte primaria e la disciplina *organizzativa* di interi apparati pubblici viene demandata allo strumento più flessibile del regolamento¹⁹. La pluralità delle normative finisce, poi, per provocare un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate.

È stato sottolineato²⁰ come anche l'attività giuridica sia un'*ars combinatoria* di leibniziana memoria; l'aumento del numero delle regole comporta, quindi, uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di antinomie, di contraddizioni interne dell'ordinamento. Inoltre, l'accelerazione progressiva delle *ius superveniens* finisce per trasferire sulla giurisprudenza compiti ritenuti propri della legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto²¹.

¹⁷ Cfr., per tutti, R. SAVATIER, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, in *Recueil Dalloz*, 1977, p. 43 e ss., nonché, B. MATHIEU, *La loi*, Paris 1996.

¹⁸ R. BETTINI, *Presunta inflazione legislativa, drafting sostanziale e nuovi approcci allo studio dell'efficienza degli apparati*, in *Diritto e processo. Studi Giuliani*, op. cit., II, p. 25 e ss.

¹⁹ U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1998, Torino 1999, p. XIII e ss., spec. n. 26.

²⁰ J.P. HENRY, *Vers la fin de l'Etat de droit?*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1977, p. 1217.

²¹ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 2ª ed., Torino 1998, voi. I, p. 470 e ss., il quale evidenzia anche come la giurisprudenza risolve, con un antiformalismo occulto, i

Le varie forme di *inattività del legislatore*, del resto, rappresentano un'altra delle principali cause che sono all'origine dello spostamento di poteri sul giudiziario. Si tratta del fenomeno per cui la magistratura assume compiti originariamente attribuiti ad altri organi dello Stato, sostituendosi ad essi. Si pensi, innanzitutto, alle c.d. omissioni del legislatore. La sua inerzia può provocare "crepe" o "lacune" nell'ordinamento positivo. In via di principio, la regola è semplice: il giudice può colmare le lacune, ma non le crepe, che esigono un'azione del legislatore²². Ma in pratica chi può negare che l'inattività del legislatore favorisca il c.d. imperialismo latente dei giudici²³? Basti pensare alle sentenze additive, o meglio integrative²⁴, che rappresentano una forma di "supplenza" della Corte Costituzionale nei confronti del legislatore.

Non meno rilevante è, poi, la constatazione che il tessuto legislativo presenta spesso margini di apertura. Allo scopo di rendere la disposizione adattabile alle situazioni concrete e/o mantenerla attuale nonostante il passare del tempo ed i mutamenti sociali, il legislatore è portato ad adottare, con maggiore frequenza, tecniche legislative elastiche, flessibili e sfumate. La cultura giuridica, da parte sua, è impegnata, da almeno un secolo, ad analizzare le diverse forme di apertura della legge ed a prospettare sottili, ma non sempre chiare, distinzioni, quali i concetti valvola (*Ventilbegriffe*), i *legal standards*, le clausole generali (*Generalklauseln*), i concetti di discrezionalità (*Ermes-*

problemi determinati dal disordine delle fonti del diritto. Di recente, cfr. R. CAPONI, *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 449 ss., il quale sottolinea che la regola *tempus regit actum*, intesa dalla giurisprudenza nel senso di rispetto del fatto compiuto, è empirica e dischiude indagini dagli esiti, per lo più, non prevedibili (p. 456), concludendo nel senso che « troppo spesso il legislatore si permette di dire a giudici ed avvocati di risolvere il problema da soli » (p. 459).

²² Ch. PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse*, nel volume dallo stesso titolo del "Centre national de Recherche de logique", da lui curato, Bruxelles 1968, p. 539, che, peraltro, già mette anche in evidenza il valore essenzialmente metaforico di tale distinzione e le difficoltà applicative.

²³ Per usare l'espressione del DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélange Maury*, vol. 2°, Paris 1960, p. 349 e ss.

²⁴ N. PICARDI, *Le sentenze "integrative" della Corte Costituzionale*, in *Riv. dr. proc.*, 1975, p. 41 e ss. e in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano 1977, p. 603 e ss. (le citazioni successive si intendono riferite alla prima edizione).

sensbegriffe), i concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)²⁵. Si è anche diffusa l'espressione "vaghezza delle norme"²⁶. Si tratta di un complesso di tecniche legislative attraverso le quali si finisce per delegare al giudice scelte che il legislatore non può o non vuole operare.

Causa ulteriore dell'accentuazione degli interventi giurisdizionali va rintracciata nella delegificazione²⁷: una volta ridotto lo *stock* di regolazione legislativa, la composizione degli interessi viene, per lo più, rimessa a forme di normazione di livello inferiore, che, come tali, presentano minor forza cogente ed aprono così spazi maggiori a possibili ricorsi giurisdizionali ed, in ultima analisi, a composizioni sulla base di regole di origine giurisprudenziale.

In definitiva, da un lato, spesso è lo stesso legislatore che — deliberatamente o meno — lascia spazi a scelte integrative da effettuarsi in un secondo tempo e in sede giurisprudenziale. D'altro lato, il fenomeno più rilevante è indubbiamente rappresentato dal fatto che il vigente sistema giuridico, e quindi anche la giurisdizione, oggi tornano ad assumere una dimensione sovranazionale in presenza di una crescente normativa europea. In un quadro di accentuata indeterminatezza della separazione fra legislazione e giurisdizione, non possono passare inosservati sintomi di regressione ad una situazione non dissimile da quella dell'*Ancien Régime*, nella quale la pluralità delle fonti, l'indeterminatezza delle leggi e il predominio della giurisdizione aveva generato, nella cultura illuministica, l'esigenza della codificazione, la cui portata generale e capacità unificante avrebbe dovuto rappresentare anche una barriera contro l'arbitrio dei giudici²⁸.

²⁵ Riferimenti bibliografici in PICARDI, *op. ult. cit.*, p. 60 e ss.

²⁶ G. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990, spec. p. 302 e ss., nonché L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999, p. 25 e ss.

²⁷ A.A. CERVATI, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"*, in A. GIULIANI-N. PICARDI (a cura), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, *op. cit.*, III, p. 199 e ss. spec. 213 e ss.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Crisi del sistema politico e giurisdizione*, in *Aa.Vv.*, *Il potere dei giudici*, Manifesto libri ed., Roma 1994, p. 53 e ss.

4. *Giurisdizione ed amministrazione*

Quanto ai *rapporti fra magistratura e potere esecutivo*, va sottolineata, poi, l'estensione delle funzioni 'non adjudicatory' nel processo, che è divenuto progressivamente un luogo importante della giustizia distributiva, economica e sociale²⁹. Non è senza significato, innanzitutto, l'accresciuto ruolo sociale dei magistrati dotati di poteri di iniziativa: ieri, i pretori; oggi i pubblici ministeri ed i giudici fallimentari. L'esperienza — sia del processo civile che del processo penale — mostra, d'altra parte, un giudice che oggi decide sempre meno, media e contratta sempre più, assume su di sé un "ruolo promozionale" e giunge a svolgere una funzione di indirizzo politico, in senso lato³⁰.

Con riferimento alla *giurisdizione civile*, si pensi, innanzitutto, al ruolo del giudice del lavoro di fronte allo sviluppo delle relazioni industriali³¹. In assenza di interventi sul piano amministrativo, anche in altri settori, la conflittualità si scarica a livello giudiziario. Importante esempio è rappresentato dalle procedure di fallimento: si è teorizzato il c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali³², procedure costruite per risolvere i conflitti tra creditori e debitore, vengono utilizzate per dirimere conflitti fra creditori e dipendenti, tra proprietà e *management* delle imprese in crisi³³. Non meno rilevanti sono le problematiche in materia di locazioni immobiliari, a seguito della rarefazione delle abitazioni

²⁹ A. GIULIANI-N. PICARDI, *Prefazione* al volume a cura degli stessi, *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, I, op. cit., p. VII.

³⁰ F. OST, *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in Ph. GERARD-F. OST-M. VAN DER KERCHOVE (a cura), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformation et déplacement*, Bruxelles 1983, p. 1 e ss.

³¹ A. PROTO PISANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale* (1983), in PROTO PISANI, *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Angeli ed., Milano 1992, p. 11 e ss.

³² Cfr. A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 236 e ss., nonché gli atti del Convegno di Verona sull'argomento, ivi, p. 222 e ss.

³³ Cfr., per tutti, Y. CHAPUT, *Droit de la prévention e du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris 1986, p. 11 e ss., nonché, quanto al nostro ordinamento, L. ROVELLI, *La giurisdizione davanti alla crisi di impresa*, in BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 239 e ss., spec. 254 e ss.

e degli sfratti a catena³⁴. Non possono neppure essere ignorati i contributi apportati, in prima istanza, dalla giurisdizione nei confronti dei c.d. nuovi diritti, quali i diritti sindacali³⁵, il diritto al risarcimento del danno biologico, il diritto alla tutela della salute, alla tutela dei soggetti deboli, alla tutela del consumatore ecc.³⁶.

Tradizionale è, poi, la funzione "creativa" del *giudice amministrativo*. Basti ricordare il ruolo storico svolto dal Consiglio di Stato nella formazione stessa del diritto amministrativo. Nell'ultima parte del XX secolo l'incidenza della giurisprudenza, in questo settore, risulta, peraltro, accentuata in modo significativo: la tutela, soprattutto in materia dell'ambiente e del territorio, è stata estesa, a certe condizioni, ai cd. interessi diffusi³⁷; le pronunce del giudice amministrativo sono passate da un contenuto negativo, di annullamento, a quello positivo, di condanna della P.A.³⁸; la legittimità del provvedimento amministrativo viene valutata non solo come corrispondenza agli interessi pubblici primari, ma anche — e in misura crescente — come correttezza della mediazione tra interessi pubblici ed interessi privati³⁹.

Il *processo penale* rappresenta, però, lo strumento elettivo per esercitare alcune funzioni in sostituzione del potere esecutivo. La risposta ai fenomeni del terrorismo e della criminalità organizzata è stata, in effetti, "delegata" dalla classe politica alla magistratura attraverso la c.d. legislazione dell'emergenza che ha avuto l'effetto di legittimare le prime forme di quel fenomeno complesso che, in

³⁴ A. PROTO PISANI, *La tormentata vicenda della locazione degli immobili urbani* (1988), in *Nuovi studi*, op. cit., p. 443 e ss.

³⁵ T. TREU, *La giurisprudenza e l'ordinamento sindacale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, p. 267 e ss.

³⁶ Cfr., per tutti, T. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Vol. II, Padova 2002, p. 103 e ss.; 120 e ss.; 157 e ss. e 346 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁷ G. BERTI, *Diritto e società: riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986, p. 449 e ss.

³⁸ M. D'ALBERTI-A. PAINO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 299 e ss. spec. 319 e ss.

³⁹ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Atti, Convegno Torino 1989, Milano 1992, p. 102 e ss.

Italia, va sotto il nome di “supplenza giudiziaria”⁴⁰. Con il tempo, si è, poi, anche verificato lo spostamento del centro del processo dal dibattimento all’istruttoria (cd. supplenza dell’istruttoria), privilegiando la carcerazione preventiva come tecnica inquisitoria “premiale”⁴¹; trasformando la funzione giudiziaria in una funzione tendenzialmente poliziesca; stravolgendo, in sostanza, alcune delle regole su cui si regge la dialettica del processo, con l’inevitabile indebolimento del diritto di difesa⁴².

Se tali funzioni sono state esercitate per delega dei politici, la magistratura ha anche rivendicato — questa volta contro i politici — il controllo rispetto ai pubblici poteri. Una serie di cause, che vanno dalla “politicizzazione-socializzazione” della pubblica amministrazione fino all’affievolirsi dei meccanismi di controllo amministrativo, hanno provocato una imponente crescita di incisivi interventi della giurisdizione penale, soprattutto in materia di illeciti contro la pubblica amministrazione⁴³, ponendo così il delicato problema dei confini tra giurisdizione e discrezionalità politica ed amministrativa⁴⁴.

5. Rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto

Una volta verificato che il nostro tempo è caratterizzato dalla vocazione per la giurisdizione e la dottrina giuridica, rimane da valutare tale fenomeno.

⁴⁰ M. CAMELLI, *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziaria*, in L. VIOLANTE (a cura), *Storia d’Italia, Annali 14, Legge, diritto, giustizia*, Torino 1998, p. 555, spec. 568.

⁴¹ M. CHIAVARO, *Patteggiamento e potere discrezionale del giudice*, in *Quaderni questione giustizia*, 1982, p. 14 e ss.

⁴² Cfr. L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, spec. p. 761 e ss. e 863 e ss. e, da ultimo, E.R. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid 2006, spec. pp. 165 ss., che pone in evidenza il contrasto con il principio dello Stato di diritto (v., *infra*, cap. VI § 2).

⁴³ Cfr., per tutti, da opposte angolazioni, gli scritti di D. NELKEN, *Il significato di tangentopoli: la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d’Italia, Annali 14*, cit., p. 595 e ss. e di V. CAIANIELLO, *I giorni del terrore*, in *Liberal*, 10/2002, p. 14 e ss.

⁴⁴ Per cui si è parlato anche di una magistratura che ha assunto il “controllo di correttezza politica” o “controllo delle virtù” (Cfr. A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Roma-Bari 1998, p. 13).

del diritto è l'“espressione normale”, mentre la sua formazione giudiziaria rappresenta “la *extrema ratio* dei periodi critici, nei quali il legislatore non ha tempo di preparare a ragion veduta le sue riforme”⁴⁵. Applicando tale criterio, dovremmo dire che ci troviamo in un “periodo critico” e in una situazione di emergenza; del resto la stessa espressione “supplenza giudiziaria” indicherebbe l'assunzione di una funzione da parte del giudice a titolo precario e contingente.

L'ampliamento dell'ambito della giurisdizione non sembra, però, oggi soltanto congiunturale sia perché affonda le radici, come si è detto, nel passaggio dallo Stato liberale al *Welfare State*, sia per l'estensione e la profondità del fenomeno.

Quanto all'estensione, già Mauro Cappelletti⁴⁶ ha sostenuto che la produzione del diritto ad opera dei giudici è in aumento, più o meno, in tutti i sistemi giuridici democratici e la sua ipotesi ha trovato piena conferma nelle successive ricerche e studi socio-politologici sulla giustizia, sia in Italia⁴⁷ che all'estero⁴⁸, i quali hanno chiarito come l'espansione del giudiziario costituisca una delle principali novità nell'evoluzione recente delle democrazie contemporanee.

Quanto alla profondità del fenomeno, l'indagine finora svolta — anche se sommaria e frammentaria — evidenzia sintomi o, per usare la terminologia dei sociologi, “indicatori”⁴⁹ di un ampliamento del raggio di azione del giudice. Tentando di risalire dai sintomi (effetti) alle cause degli effetti, possiamo dire che ci troviamo ormai in presenza di un consolidato fenomeno di giurisdizionalizzazione di tutta una serie di attività

⁴⁵ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Archivio giuridico*, LXXXV, 1921, p. 224 e ss., riprodotto in *Opere giuridiche dello stesso A.*, Napoli 1968, vol. III, p. 3 e ss., cfr., in particolare, la p. 48.

⁴⁶ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, op. cit., p. 3.

⁴⁷ Cfr., per tutti, da ultimo G. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari 2002, specie p. 188.

⁴⁸ Cfr., per tutti, C.N. TATE e T. VALLINDER (a cura), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995, *passim*.

⁴⁹ B. BARNES, *The Nature of Power*, Cambridge, 1988, trad. it. di L. Cecconi, *Le successive citazioni si intendono riferite all'edizione italiana*.

sociali, che sembravano, almeno in parte, devolute ad altri poteri dello Stato. In definitiva, la situazione attuale, lungi dal presentare carattere congiunturale, sembra porsi in una prospettiva di lunga durata, tanto da assumere la dignità di una fase storica.

6. *La crisi del modello tradizionale di giustizia*

La sommaria descrizione fenomenologica fin qui esposta sembra, poi, già sufficiente a porre in evidenza due ordini di problemi generali.

Innanzitutto, il progressivo recupero di “potere” da parte dei giudici⁵⁰, ha comportato un mutamento dei rapporti fra il potere giudiziario ed altri soggetti e poteri istituzionali, sia all'interno dello Stato, che fuori, ed oltre, lo Stato.

Si è già visto come — all'interno dello Stato — il confine fra giurisdizione e legislazione, da un lato, fra giurisdizione ed amministrazione, dall'altro, sia divenuto incerto. Non sono mancati invasi di campo, tensioni e conflitti, particolarmente fra sistema politico e sistema giudiziario⁵¹. Il giudice si è trovato, così, al centro del dibattito istituzionale.

Conflitti, sempre più ricorrenti, appassionano, ma, alla fine, disorientano l'opinione pubblica. Il problema dei rapporti fra giudici e politici è diventato un nodo difficile e pericoloso, indipendentemente dalla circostanza che il sistema politico sia governato dalla destra, dal centro o dalla sinistra. Non sono mancate manifestazioni spettacolari. Una serie di episodi, enfatizzati dai *media*, hanno determinato uno stato di agitazione, anche all'interno dei *Palazzi*. La stampa ha utilizzato i conflitti ai propri fini, ma — a volte — essa stessa è stata utilizzata come cassa di risonanza.

In secondo luogo gli spostamenti di potere hanno comportato la disarticolazione del modello tradizionale di giustizia, che

⁵⁰ Cfr. anche F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario, Ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Padova 1982, spec. p. 65 e ss.

⁵¹ N. PICARDI, *Alle radici del conflitto tra magistratura e politica*, in “*Il giusto processo*”, 2002, p. 9 e ss.

ormai risulta croso sia in alto che in basso. In alto, soprattutto a seguito delle istituzioni di giurisdizioni sovranazionali (e in particolare delle giurisdizioni europee); in basso, per la notevole diffusione delle forme di giustizia arbitrale, entro e fuori dello Stato.

La verità è che la situazione attuale induce ad analizzare criticamente i presupposti stessi della giurisdizione: l'idea ancor oggi dominante, secondo la quale la giurisdizione è emanazione della sovranità ed una delle funzioni fondamentali dello Stato. Si tratta di una concezione che è parte integrante della stessa ideologia della magistratura⁵², la quale riconduce la funzione giudiziaria direttamente alla categoria della sovranità nazionale per poi dedurne, da un lato, la natura di vero e proprio "potere dello Stato"⁵³; dall'altro, l'indipendenza e l'assoluta parità costituzionale della giurisdizione, rispetto agli altri poteri⁵⁴. La concezione della giurisdizione quale funzione della sovranità, d'altra parte, è patrimonio soprattutto della classe politica, la quale, in base all'idea della "delega" rappresentativa come trasferimento di sovranità, colloca al vertice, il legislativo, in quanto potere investito direttamente di mandato rappresentativo. Sotto il controllo e la "fiducia" di questo, trova, quindi, collocazione l'esecutivo. Al potere giudiziario è, invece, riservato — sempre secondo i politici — un ruolo subordinato ai poteri rappresentativi, che, come tali, vengono posti in posizione di supremazia⁵⁵.

Problemi di gerarchia a parte, tali impostazioni presuppongono l'esistenza di un'unica ed indifferenziata forma di "potere statale", derivato dalla sovranità nazionale.

Sembrerebbe un principio incontestabile, è invece un'idea storicamente relativa. Quanto meno la giurisdizione ha assunto,

⁵² Cfr. E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, con prefazione di R. TREVES, Bari 1967, p. 56 e ss., nonché, M. MORISI, *Anatomia della magistratura italiana*, Bologna 1999, p. 152.

⁵³ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1982, p. 38.

⁵⁴ E. MORIONDO, *op. cit.*, p. 58-59 e R. MORISI, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁵ G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino 1993, p. 178.

nel tempo e nello spazio, significati e valori diversi. Ripercorrendone la storia ci rendiamo conto che tale nozione, come del resto le istituzioni giudiziarie in genere, non sono creazioni arbitrarie, ma il risultato della razionalità umana e delle circostanze particolari nelle quali essa opera in concreto.

Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che, soprattutto nella nostra epoca, si sono prodotte al riguardo, occorre, quindi, ripensare i problemi utilizzando dialetticamente il metodo storico e comparativo, metodo che ci consente di mettere in discussione certezze che sembrano definitivamente acquisite; di interpretare le realtà odierne, nell'ottica dei loro presupposti culturali e di intravedere, così, un'evoluzione che più indici ci indicano ancora in corso.

In quest'ottica si pone il problema se il giudice trovi, ancor oggi, la propria legittimazione nella sovranità dello Stato oppure se si vada ormai delineando una linea di tendenza diretta a distaccare la giurisdizione dall'apparato statale e ad erigere il giudice a controllore anche del corretto esercizio delle funzioni da parte degli stessi poteri statuali.

Il presente saggio costituisce autonoma, sintetica rielaborazione di vari studi che l'a. ha dedicato al tema del giudice e della giurisdizione, a partire dagli anni '80 del secolo scorso. Tra gli altri lavori si ricordino: *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in "Studi in onore di E. ALLORIO", 1990, pp. 703 ss., e già in "Riv. dr. proc." 1985, pp. 758 ss.; (una sintesi di questo scritto è pubblicata in inglese con il titolo *The "iudex ordinarius" in the European Common Law tradition*, in "Italian yearbook of civil procedure", a cura di E. FAZZALARI, Milano, 1991, pp. 29 ss.); *Responsabilità e professionalità del giudice* (in coll. con A. GIULIANI), in "Estudios en homenaje al doctor H. FIX ZAMUDIO en sus 30 annos como investigador en las ciencias jurídicas", tomo III, Mexico 1988 pp. 1939 ss., e già in "Riv. dr. proc." 1987, pp. 249 ss.; *Indipendenza del giudice*, relazione al Convegno UNICRI di Santo Domingo novembre-dicembre 1989 su "Justicia y desarrollo democratico en Italia y America Latina", UNICRI pubb. n. 45, Roma, 1992, pp. 278 ss.; *Il giudice di pace in Italia: alla ricerca di un modello*, in "Scritti in onore di E. FAZZALARI", Vol. II, Milano, 1993, pp. 625 ss., e in "Riv. dr. proc." 1993, pp. 656 ss.; *Il giudice e la legge nel Code Louis*, in "Studi in onore di L. MONTESANO", vol. II, Padova, 1997, pp. 219 ss., e già in "Riv. dr. proc." 1995, pp. 33 ss.; *Introduzione al Code Louis*, tomo I, Milano 1996, pp. IX ss.; *Juge. état et communauté*, in "Nouveaux Juges. nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT", Paris, Dalloz, 1996, pp. 351 ss.; *La normativa processuale nel "Codex legum svecicarum" (1734) fra "ordo iudiciarius" e "processus"* (in coll. con A. GIULIANI), in "Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae", Lodz 1998, pp. 119 ss., e già pubblicato come *Prefazione al Codex legum svecicarum* (in coll. con A. GIULIANI), Milano 1996, pp. IX ss.; *Le ministère de la Justice et les autres modèles d'administration de la Justice en Europe*, Relazione al Convegno di Kiev ottobre 1998, organizzato dal Consiglio d'Europa e dalla Corte Suprema dell'Ucraina, in

"Revue générale des procédures" 1999, pp. 415 ss., nonché in "L'indipendenza della giustizia oggi, Liber amicorum in onore di G.E. LONGO", Milano 1999, pp. 269 ss.; *Il giudice ordinario (premessa storica-comparativa)*, in "Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bicamerale". Atti del Convegno di Courmayeur, organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano 1999, pp. 21 ss.; *Il Regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in "Studi in onore di F. FINOCCHIARO" e in "Riv. dr. proc." 2000, pp. 36 ss., nonché quale prefazione al volume *Regolamento giudiziario di Giuseppe II, 1781*, Milano 2000, p. IX ss.; *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in "Riv. trim. dr. proc. civ." 2004, pp. 41 ss. ed in "Studi in onore di G. TARZIA", Milano 2005, vol. I, pp. 179 ss.; *Ministère de la Justice (Perspectives comparatives)*, in L. CADIET (a cura), *Dictionnaire de la Justice*, Paris 2004, pp. 893 ss.; *Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la juridiction* (relazione al Convegno di Parigi del novembre 2006, organizzato dalla Corte di Cassazione e dall'Università Panthéon-Sorbonne, Parigi I, pubblicato in L. CADIET e G. CANNIVET, a cura, *De la commémoration d'une code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris 2006, p. 187 ss., saggio poi rielaborato per gli "Studi in onore di K.D. KERAMEUS" e pubblicato anche in italiano, con il titolo *Il bicentenario del codice di procedura civile napoleonico ed il monopolio statale della giurisdizione*, in "Il giusto processo civile" 2006, p. 7 ss.); *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione* in "Studi per Severino CAPRIOLI", CISAM, Spoleto 2007, ed in "Il giusto processo civile" 2007 fasc. 4; *Il giudice secondo l'ideologia medievale*, in "Scritti in onore del Prof. Carmine PUNZI" ed in "Riv. dr. proc." 2007, fasc. 6, nonché *Giurisdizione e sovranità, alle origini della giurisdizione statale*, destinato agli "Studi in onore di A. ATTARDI" ed in "Riv. trim. dr. e proc. civ." 2007, th. 685 ss.