

# INDICE

## PARTE I ITINERARIO STORICO E TEORICO SULLO 'IUS-DICERE'

### CAPITOLO 1

#### **Il modello di giurisdizione ordinaria recepito dalla Costituzione italiana e il suo percorso**

1. Introduzione allo studio della funzione 'paralegislativa' del giudice 3
2. Il giudice continentale. La separazione tra *Common law* e *Civil law* dalla prospettiva "romano-germanica" 8
  - 2.1. I caratteri del potere giurisdizionale di *Civil law* nell'epoca dell'assolutismo 9
  - 2.2. La Rivoluzione francese e i caratteri del paradigma di giurisdizione che emerge: il (mito del) giudice "bocca della legge" 13
3. Le innovazioni della teoria germanica tra XIX e XX secolo e il modello costituzionale italiano di giurisdizione 27
  - 3.1. La dottrina di Kelsen come spartiacque e momento fondativo del modello costituzionale di giurisdizione recepito nella Costituzione italiana del 1948 29
  - 3.2. Il modello costituzionale italiano: la giurisdizione dallo Statuto albertino alla Costituzione del 1948 38
  - 3.3. Dalla Costituente alla Costituzione: il modello di magistratura e funzione giurisdizionale recepito in Italia 43

### CAPITOLO 2

#### **L'altro modello possibile: il giudice nel *Common law***

1. La nascita del *Common law* e le sue peculiarità 55
2. Alcuni elementi dello sviluppo del *Common law* inglese nell'età moderna e nel XIX secolo 60
3. Il giudice nel *Common law* inglese 65
4. Il giudice nel *Common law* statunitense 76
5. Considerazioni sulla funzione del giudice nel *Common law* contemporaneo 84

## CAPITOLO 3

**L'interpretazione giurisdizionale nell'ordinamento italiano**

|   |     |
|---|-----|
| 1. L'interpretazione del giudice. L'evoluzione delle teorie dell'interpretazione giurisdizionale        | 93  |
| 1.1. La teoria c.d. 'illuministica' o 'cognitiva' o 'formalistica'                                      | 96  |
| 1.2. Le dottrine c.d. 'scettico-realistiche'  | 98  |
| 1.3. Le teorie c.d. 'ermeneutiche'  | 102 |
| 1.4. La teoria c.d. della persuasione   | 110 |
| 2. Il confine tra interpretazione e applicazione della disposizione                                     | 113 |
| 3. Le conseguenze sul piano rappresentativo-democratico della evoluzione della funzione del giudice     | 117 |
| 4. L'importanza del caso concreto e la sua possibile sopravvalutazione                                  | 124 |
| 5. La distinzione disposizione-norma come elemento concorrente allo sviluppo della funzione del giudice | 129 |

## PARTE II

## CASI GIURISPRUDENZIALI.

## ASPETTI PROBLEMATICI DELLA DINAMICA GIURISDIZIONALE

## CAPITOLO 4

**Alcuni emblematici casi conflittuali tra diritto e politica**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Il c.d. 'parto anonimo'  | 147 |
| 1.1. Il quadro della normativa e della giurisprudenza intervenute                                       | 147 |
| 1.2. Il ricorso alla Corte di Cassazione  | 151 |
| 1.3. La decisione delle Sezioni Unite e l'interpretazione della sentenza additiva di principio          | 154 |
| 1.4. Un esempio di omissione legislativa  | 155 |
| 1.5. La questione della cogenza della sentenza additiva di principio laddove rechi una riserva di legge | 157 |
| 2. La c.d. ' <i>stepchild adoption</i> '  | 163 |
| 2.1. Il quadro della normativa e della giurisprudenza intervenute                                       | 163 |
| 2.2. Il ricorso in Cassazione del procuratore generale  | 166 |
| 2.3. La decisione della Corte di Cassazione   | 167 |
| 2.4. La questione "istituzionale" del tentato ricorso alle Sezioni Unite (e l'antefatto parlamentare)   | 169 |
| 2.5. L'interpretazione della legislazione mediante omissione  | 174 |
| 3. Il c.d. 'risarcimento punitivo'  | 175 |
| 3.1. Il quadro della normativa e della giurisprudenza di riferimento                                    | 175 |
| 3.2. La conformità all'ordine pubblico e l'integrazione europea   | 181 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.3. Il richiamo ai valori  | 182 |
| 3.4. Le regole operazionali necessitate e necessarie  | 184 |
| 4. La c.d. ‘maternità surrogata’  | 186 |
| 4.1. Le questioni rilevanti del caso  | 186 |
| 4.2. Il ricorso del procuratore generale e del Ministero dell’Interno   | 189 |
| 4.3. L’ordine pubblico, la Costituzione e il legislatore  | 190 |
| 4.4. La portata sistemica della nozione di ordine pubblico scelta dalla sentenza  | 192 |
| 4.5. Le incertezze derivanti dalla sentenza della Cassazione  | 195 |
| 5. Il diritto all’oblio   | 198 |
| 5.1. Una necessaria premessa sulla qualificazione del diritto all’oblio   | 198 |
| 5.2. Il caso deciso con l’ordinanza n. 6919 del 2018  | 201 |
| 5.3. Alcune considerazioni rispetto al <i>modus operandi</i> della Corte di Cassazione...   | 205 |
| 5.4. (Segue) ... le conseguenze di questo <i>modus operandi</i> . Il caso di Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza del 22 luglio 2019, n. 19681 | 207 |

## CAPITOLO 5

### **Ulteriori casi problematici di natura penale, sul risarcimento del danno e sulle nuove tecnologie**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Il c.d. ‘sequestro impeditivo’ nei confronti delle persone giuridiche  | 211 |
| 1.1. La decisione della Corte di Cassazione e il sistema della responsabilità degli enti                          | 211 |
| 1.2. La decisione della Cassazione  | 214 |
| 1.3. Un triplice dubbio   | 217 |
| 2. La questione del nesso di causalità nell’accertamento della responsabilità medica e del risarcimento del danno | 220 |
| 2.1. La questione della responsabilità medica   | 220 |
| 2.2. La legge 7 agosto 2017, n. 24 e la scelta del legislatore  | 222 |
| 2.3. La decisione della Corte di Cassazione, Sez. III civile, sentenza 26 luglio 2017, n. 18392                   | 223 |
| 3. Il risarcimento del danno tra diritto alla salute e diritto all’autodeterminazione                             | 226 |
| 3.1. Il caso della diagnosi ritardata   | 226 |
| 3.2. La rilevanza della decisione   | 229 |
| 4. Il risarcimento del danno non patrimoniale il c.d. ‘decalogo’  | 230 |
| 4.1. La normativa dedotta in giudizio e la rilevanza della questione  | 230 |
| 4.2. Il ragionamento della Corte  | 233 |
| 4.3. Il c.d. ‘decalogo’   | 234 |
| 4.4. Alcune riflessioni sul c.d. ‘decalogo’ e la sua rilevanza sistemica  | 236 |
| 5. Algoritmi, Social Network e diritti fondamentali   | 239 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.1. Gli algoritmi e la loro conoscibilità: Corte di Cassazione, Sez. I civile, ordinanza del 25 maggio 2021 n. 14381 e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881 | 239 |
| 5.2. I Social Network, il consenso politico e la libertà di manifestazione del pensiero. Verso una nuova giurisdizione?   | 248 |

### PARTE III

## ANALISI DELLE DINAMICHE DELLA FUNZIONE DEL GIUDICE. LA FUNZIONE 'PARALEGISLATIVA' DEL GIUDICE

### CAPITOLO 6

#### **Analisi della dinamica contemporanea della funzione giurisdizionale**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Alcuni elementi desumibili dai casi analizzati  | 271 |
| 1.1. Il rapporto legge-giudice come rapporto giudice-Costituzione-Carte sovranazionali   | 272 |
| 1.2. La decisione del caso come opportunità per disciplinare un istituto o un ambito giuridico                                 | 277 |
| 1.3. Il bilanciamento dei diritti "anticipato" in sede di giurisdizione ordinaria  | 280 |
| 1.4. La nomofilachia   | 284 |
| 1.5. Alcune evoluzioni del modello nomofilattico della Corte di Cassazione   | 292 |
| 1.6. Interpretazione conforme a costituzione: uno strumento più affascinante che utile   | 297 |
| 2. Tentativo di ricorrere all'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale  | 298 |
| 2.1. Le diverse ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale   | 298 |
| 2.2. La genetica dell'eccesso di potere giurisdizionale: l'abuso del diritto   | 301 |
| 2.3. Configurabilità e conseguenze dell'abuso del diritto  | 304 |
| 2.4. L'eccesso di potere come fattispecie pubblicistica di abuso del diritto   | 308 |
| 2.5. La tradizionale dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale  | 312 |
| 3. La recente giurisprudenza in tema di eccesso di potere giurisdizionale  | 314 |
| 3.1. Le ultime decisioni della Corte di Cassazione   | 314 |
| 3.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di potere giurisdizionale                              | 318 |
| 4. Considerazioni finali sui rischi della configurazione dell'eccesso di potere giurisdizionale come abuso del diritto.        | 321 |
| 4.1. La prevenzione: il momento legislativo, specialmente i meccanismi di raccordo previsti dai Regolamenti di Camera e Senato | 322 |

- |   |     |
|---|-----|
| 4.2. Il conflitto tra poteri e l'eccesso giurisdizionale  | 331 |
| 4.3. La responsabilità professionale del magistrato-funziionario come sede sia preventiva sia repressiva di contenimento dell'eccesso di potere giurisdizionale | 334 |

## CAPITOLO 7

**Conclusioni. I tre fattori di sviluppo della funzione paralegislativa del giudice italiano, nella convergenza tra *Common law* e *Civil law***

- |  |     |
|--|-----|
| 1. La crisi della legge come primo fattore di disallineamento tra modello costituzionale e funzioni costituzionali esercitate in concreto                                  | 346 |
| 2. L'Unione europea e il circuito del diritto euro-unitario come seconda spinta all'evoluzione della funzione del giudice in Italia  | 354 |
| 3. La crisi politico-istituzionale degli anni '90 e le evoluzioni della forma di governo e della forma di Stato: un contesto nuovo per il giudice paralegislativo          | 360 |
| 4. Il caso Cappato come paradigma di un nuovo modello?   | 363 |
| 4.1. La portata istituzionale della provocazione del giudizio costituzionale   | 365 |
| 4.2. L'ordinanza n. 207 del 2018   | 367 |
| 4.3. La sentenza n. 242 del 2019: un nuovo paradigma decisorio?  | 371 |
| 5. Il superamento dei modelli di <i>Common law</i> e <i>Civil law</i> : verso un livellamento delle divergenze nella funzione <i>paralegislativa</i> del giudice ordinario | 376 |

|                 |     |
|-----------------|-----|
| <i>Abstract</i> | 397 |
|-----------------|-----|