

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 'parelegislativa' 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
-----------------	-----