

INTRODUZIONE

1. PERCHÉ UN LIBRO DEL GENERE

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

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

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

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

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

2. L'IDEA DI FONDO SOTTESA ALLE PAGINE DEL VOLUME

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

La linea è quella del passaggio dalla *volonté générale*, sulla quale si radica il primato dello «Stato legislativo», a base parlamentare, a quello che, nel 1932, Carl Schmitt definiva come lo «Stato giurisdizionale», la cui espressione tipica si manifesta nella «decisione concreta di un caso», con il corollario che «l'ultima parola, anziché al legislatore che produce una normazione, spetta al giudice che decide una controversia giuridica»³.

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

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

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

3. LA CRISI DELLA LEGGE E L'IRROMPERE DEL “CREAZIONISMO” GIUDIZIARIO

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

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

zionali, in grado di porre vincoli esterni, suscettibili di limitare il raggio d'azione delle giurisdizioni domestiche.

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

L'analisi condotta nelle pagine seguenti si muoverà “sul campo”, tra le pieghe dei *dicta* giudiziali, identificando le linee dei percorsi interpretativi utilizzati, mediante le quali viene perseguita una politica del diritto che, spesso, assolve una funzione sussidiaria o sostitutiva nei confronti del *policy maker*, registrandosi una interferenza nei ruoli: come avviene quando le Corti selezionano gli interessi, mediante l'impiego di tecniche e strategie interpretative (*rectius*, manipolative) del testo normativo, che prestano il fianco a censure e, talora, possono apparire persino eversive.

L'analisi condotta consentirà di tirare le somme, confor-

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

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

4. A CHI SI RIVOLGE IL LIBRO

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

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

1. DAL GOVERNO DEGLI UOMINI AL GOVERNO DELLA LEGGE

di *Marco Antonioli*

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. *Primaute* 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 confini dei 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,

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

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 con-
trassegnava i domini orientali. Il valore della legge è dato
dalla ragione della quale costituisce espressione. Platone,
nelle *Leggi*, imputa, rispettivamente, 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.
Ciò, perché «*la loi écrite incarna pour les Grecs la lutte
contre la tyrannie, et l'idéal démocratique, mais aussi la
lutte contre les barbares, et l'idéal d'une vie policée*»⁵. Lo

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, ecc.) 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 [Πέρσαι]*) 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.

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

spirito è quello espresso nella formula di Giovenale: «*quis custodiet ipsos custodies?*»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 legge, che l’interprete conforma, adeguandola ai propri convincimenti personali o a quelli del corpo burocratico di appartenenza.

Tutto ciò contravviene all’essenza del pensiero liberale, al quale si deve la genesi, la formazione e 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

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 può derivare l’illegittimità degli atti che li abbiano disattesi. Per tutti, 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*.

conduttore permane quello propugnato dai pensatori del mondo classico, secondo cui 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 rischiano di essere sterilizzate o, quanto meno, dequate: dall'amministrazione o dalla giurisdizione. Senza il preventivo consenso dei poteri giudiziari, infatti, le politiche legislative vengono frustrate e rimangono sulla carta. Le leggi vengono discusse dalle oligarchie giudiziarie¹³, mentre le sen-

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).

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 giudi-

tenze 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 ciò denota la perdita di equilibrio (e di complessiva credibilità) di un sistema giuridico¹⁴.

2. UN NUOVO PARAMETRO: LE NORME “ULTRAPRIMARIE”

Inevitabilmente, l’analisi non può prescindere dal vaglio del rapporto configurabile tra Corti supreme e legge, specialmente in considerazione delle fonti di rango sovraordinato e, quindi, seppure in presenza di regimi diversi, delle norme costituzionali, del diritto dell’Unione, della CEDU 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.

ziario» (E. GALLI 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, p. 55 ss. Sovraordinazione e sottordinazione, del resto, sono concetti che si pongono alla base dell’annoso problema del-

Una prima frattura è derivata dalla rigidità della Costitu-

le 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 (*ἀγγραφοὶ νόμοι*), universali, conosciute da tutti e fondate sugli dei dell'Olimpo, ampiamente descritte da Sofocle nell'*Antigone* (*Ἀντιγόνη*) (J. DE ROMILLY, *op. cit.*, p. 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 à 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.*, p. 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*, *Il convivio* e *Gorgia*. Si confronti, ancora, anche per i richiami ivi contenuti alla letteratura sull'argomento, J. DE ROMILLY, *op. cit.*, p. 73, la quale analizza partitamente «*l'opposizione 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 superiore e al bene dello Stato. Nel *Gorgia* scrive anche che la giustizia costituisce la vera felicità. Secondo l'Autrice, come viene testimoniato 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.*, p. 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).

zione, anche se il carattere accentrato 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 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 CEDU 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.

¹⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 79, secondo cui «la legge, depondo il suo manto regale di fonte esclusiva, cede un ruolo promozionale a strumenti euristici nuovi: i principii (...). È, questa, una presa di coscienza che assomiglia a una sorta di rivoluzione copernicana per il diritto italiano». Cfr. anche M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016, p. 11 ss., specie per i richiami bibliografici contenuti in nota.

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, p. 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, p. 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 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha fatto ingresso, nell'art. 117, 1° comma, 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).

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 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, 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

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 mancanza 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.

munite del medesimo valore giuridico. In argomento, G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata delle giurisdizioni nazionali*, Relazione in occasione in occasione dell'incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese, Roma, 9 ottobre 2015, pubblicato in *Giust. amm.*

²⁰ V., specialmente, V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna 2019, p. 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, rende 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).