



Rivista N°: 3/2024  
DATA PUBBLICAZIONE: 17/07/2024

AUTORE: Alberto Lucarelli\*

## DIRITTO E CONFLITTI NELL'INCERTEZZA DELLA PRODUZIONE GIURIDICA

### LAW AND CONFLICTS IN THE UNCERTAINTY OF LEGAL PRODUCTION

*Sommario: 1. Introduzione. – 2. Spazi sempre più incerti tra decisione politica e decisione giudiziaria. – 3. Capitalismo finanziario e produzione giuridica: il ruolo dei giudici.*

#### 1. Introduzione

Come ben evidenziava Carré de Malberg<sup>1</sup>, la Rivoluzione francese, portando a compimento un lungo percorso iniziato dallo Stato assoluto, proclamò il valore politico della trasparenza e del controllo del potere e, contemporaneamente, realizzò l'abbattimento senza appello dell'azione patriarcale della vecchia magistratura, ritenuta incompatibile con il nuovo assetto rappresentativo<sup>2</sup>.

Una sorta di rappresentanza vs. interpretazione giudiziale, nel mito della regola che cala dall'alto, prodotta dalla borghesia terriera e dalle imprese, e al servizio di questa<sup>3</sup>.

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale presso l'università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> R. CARRE DE MALBERG, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris 1912, nonché Id., *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1984.

<sup>2</sup> Cfr. I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005. Sul ruolo della storia e del senso della tradizione nell'analisi dei fenomeni giuridici sia consentito rinviare ad A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Riv. AIC* n. 3/2022 e Id., *Tradition and Revolution. Law in action*, Bruxelles, Berlin, Chennai, Lausanne, New York, Oxford, Peter Lang, 2024.

<sup>3</sup> Id., *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, *Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017*, Napoli 2018, 123 ss.

Tuttavia, dopo quel momento, i giuristi, anche per l'ingresso del modello introdotto dalla giustizia costituzionale e per il progressivo affermarsi delle interpretazioni conformi a Costituzione, iniziano un'inarrestabile inversione di rotta. Essa, influenzata dai modelli di *common law*, è giunta fino ai giorni nostri e ha determinato il crollo dell'ingenua illusione di poter annullare la "potenza nulla", riducendo i giudici a meri esecutori della volontà politica<sup>4</sup> e sottraendo alla scienza del diritto l'indicazione dei fini, ovvero degli indirizzi politici.

Insomma, oggi una questione centrale della riflessione giuridica risiede proprio nel rapporto tra legge e giudici nei processi di produzione giuridica<sup>5</sup>, che può sottendere anche ad un conflitto tra diritto e politica. Ma il tema di fondo resta quanto e come l'attività giurisdizionale si pone come limite al potere politico e quanto invece, in processi di post-globalizzazione, rischia di trasformarsi in interprete ed amplificatore del potere economico. Quanto la generalità della dimensione politica, espressa dal dato legislativo, cede al particolare della decisione giudiziaria, riflesso dei rapporti di forza.

Si profila, nel quadro odierno, un'evidente dicotomia tra politica, rappresentata in prevalenza dal dato legislativo, e interpretazione giudiziale<sup>6</sup>, in un sistema pluriclasse, pluralista e, soprattutto, in cui l'interpretazione non ha più ad oggetto soltanto regole domestiche, ma una molteplicità di norme, con legittimazioni ed ordinamenti differenti.

Nell'ambito di tale scenario, in alcuni casi, l'interpretazione della fattispecie concreta ed occasionale tende a prevalere sulla fattispecie astratta tipizzata dal legislatore. Talvolta ciò si rende necessario, in quanto istanze nuove della società che richiedono di essere disciplinate a livello legislativo, di fatto non lo sono. Per questa ragione, al fine di non denegare giustizia, i giudici sono "costretti" ad adattare, attraverso l'interpretazione, fattispecie normative astratte a casi concreti per poter assumere una decisione. Ma è evidente che tutto ciò comunque esprime un contesto patologico di fondo.

Del resto, l'idea illuministica di realizzare un ordinamento nel quale i giudici e i giuristi avessero solo il compito di applicare la legge e non quello di interpretarla è oggi del tutto superata.

Persino, come evidenziato da Jacques Poumarède<sup>7</sup>, nella patria della *civilisation étatique*, lo sgretolamento del legocentrismo inizia a produrre sfiducia nelle capacità direttive del potere sovrano: si tratta di un fenomeno di fronte al quale anche studiosi di grande sensibilità statale iniziano a chiedersi se la magistratura non sia l'unico potere a *giocare* un ruolo essenziale nella produzione di un nuovo *ius commune* per il XXI secolo.

Come è noto, siamo in una fase in cui il diritto non si identifica più con la legge<sup>8</sup>. Il potere giurisdizionale sta nuovamente, e rapidamente, conquistando il vertice della piramide

---

<sup>4</sup> C. L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Vol. 1, 2, S. COTTA (a cura di), Torino 2015.

<sup>5</sup> Sul tema, tra gli altri, J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*, trad. it., Milano 1978; E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano 1996; G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice*, Milano 2020.

<sup>6</sup> Sull'interpretazione si rinvia a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 195 ss.

<sup>7</sup> J. POUMARÈDE, *Faut-il élire le juges?*, in J. RAIBAUT e J. KRYNEN (a cura di), *La légitimité des juges*, Toulouse 2004.

<sup>8</sup> Sulla crisi della legge già prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948 cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.* 1930, 424 ss.

politica e sociale, proprio come accadeva, ovviamente con le dovute contestualizzazioni, nell'*ordo iuris* dell'*Ancien Régime*.

Leonardi<sup>9</sup>, quasi in maniera profetica, spiegava che, in un momento nel quale il punto focale dell'esperienza giuridica viene a spostarsi dal suo momento iniziale (norma) al suo momento finale (gli effetti del giudicato), i giudici giocano nuovi ruoli e il giudizio giuridico diventa poco distinguibile dal giudizio politico.

La riflessione, ovviamente, si sviluppa in un momento nel quale i fatti, soprattutto di natura economica e sociale, sono interpretati e giudicati dall'autorità giudiziale sulla base di principi costituzionali e delle carte internazionali ed europee, sul carattere normativo e prescrittivo della Costituzione. Ma come è noto, la *fisarmonica* delle culture giuridiche ed economiche, alla base della forma di Stato liberal-democratica e del costituzionalismo sorto dalle ceneri della prima guerra mondiale, facilitano, in merito all'effettiva garanzia dei diritti economici e sociali, differenti interpretazioni che continuano a risentire della tensione storica tra capitale e lavoro. Tensioni che, ovviamente declinate in contesti in continua evoluzione, determinano una frammentazione della tutela dei diritti dei lavoratori o comunque dei soggetti più deboli. Proprio in questi scenari, si avverte l'assenza di autorevoli dati legislativi di portata generale in grado di applicare i principi di eguaglianza e solidarietà e di riequilibrare assetti sociali ed economici. Né tali tensioni, che coinvolgono la dignità umana, possono essere scaricate sulla funzione e sul ruolo taumaturgico del giudice<sup>10</sup>. Del resto, per quanto la giurisprudenza possa talvolta essere risolutiva in casi particolari, essa non può sopperire mai adeguatamente il formante politico nella definizione di una adeguata disciplina normativa in determinati settori che richiedono interventi strutturali ed equi bilanciamenti tra interessi contrastanti.

## 2. Spazi sempre più incerti tra decisione politica e decisione giudiziaria

Ai fini del presente ragionamento, tornano utili le riflessioni di Giovanni Tarello<sup>11</sup> sullo Stato moderno, nella parte in cui l'Autore evidenzia come tale modello nasca dal superamento del particolarismo giuridico, oltre la coesistenza di diverse autorità regolatrici nello stesso contesto e, correlativamente, di regimi giuridici differenziati in ragione dell'autorità regolatrice e delle qualità personali del destinatario della regola.

Oggi all'ordine giuridico (declinato al singolare) subentrano i disordini (pluralità di fonti ed ordinamenti), ossia processi continui di contaminazione normativa: erosioni costanti e progressive della sovranità statale, del principio della generalità ed astrattezza della legge, degli abusi della decretazione d'urgenza, del principio della separazione dei poteri, del principio di legalità, della riserva di legge, dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, tali da

---

<sup>9</sup> F. LEONARDI, *Il Cittadino e la giustizia*, Catania 1968.

<sup>10</sup> È questo il caso, tra gli altri, della disciplina dei servizi pubblici locali per cui si rinvia ad A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.* 2010, 4645 ss.

<sup>11</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.

creare un clima da post-democrazia e di incertezza<sup>12</sup>. Nonché di interventi legislativi con destinatari specifici e relativi a particolari circostanze non sempre ripetibili: si pensi ad esempio alle leggi provvedimento.

Come è noto, la funzione legislativa non è più monopolio degli Stati nazionali ed all'interno dei propri confini si affermano altre istituzioni regolatrici quali le regioni. Al di sopra dei confini nazionali, si registra l'esistenza di ordinamenti sovranazionali con funzione di regolazione, come l'Unione Europea, che condizionano i sistemi giuridici nazionali, anche in forza degli apparati giurisdizionali deputati all'interpretazione di quelle regole, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia. La funzione regolatrice, nel nome di una c.d. *governance* tecnocratica<sup>13</sup>, apparentemente scevra da condizionamenti politici, viene delegata a soggetti diversi dallo Stato con attribuzione ad istituzioni non rappresentative del corpo elettorale dei compiti di regolazione (autorità indipendenti). Sono attribuiti, sempre più, a soggetti privati compiti di elaborazione di standard di sicurezza dei prodotti o di regole tecniche applicabili in un determinato settore professionale, quali le norme *UNI-ISO* e gli Stati subiscono il condizionamento delle prescrizioni impartite dalle istituzioni finanziarie, quali il Fondo monetario internazionale, la Banca Mondiale, l'Organizzazione mondiale della sanità, prive di un vero mandato rappresentativo, al di fuori del circuito della legittimazione democratica del potere<sup>14</sup>.

Infine, l'evoluzione della *lex mercatoria*, elaborata da un insieme di regole, principi e modelli contrattuali creati dagli stessi operatori economici nel corso della loro esperienza commerciale transnazionale e messi a punto da esperti in forza alle più potenti *law firms* mondiali, tende a sfuggire alla regolazione statale, costituendo, invece, sempre più spesso, la base delle decisioni giudiziali. In questi mutati e mutevoli scenari, la capacità regolatrice della legge registra un progressivo ed incessante decadimento qualitativo, anche a seguito dell'ipertrofia legislativa e dell'affermazione delle illegittime leggi-provvedimento<sup>15</sup>.

Ne scaturisce un quadro di incertezza, determinato dalla coesistenza di regole per cittadini e non-cittadini (cittadini UE e non UE); per cittadini di una regione e di un'altra (fenomeno che rischia di essere accelerato con l'introduzione del regionalismo differenziato)<sup>16</sup>; per produttori e per consumatori, per imprenditori e lavoratori.

Uno scenario, così delineato, mette in discussione il ruolo della legge, ma anche lo stesso ruolo del giudice, lasciando l'attuazione e l'applicazione della Costituzione alla giustizia costituzionale. Naturalmente ciò dipende anche dalle caratteristiche degli ordinamenti giuridici nella produzione normativa. In quelli di *common law*, ad esempio, il formante giurisprudenziale è prevalente. E comunque, sul ruolo della giustizia costituzionale, in alcuni contesti ordinamentali rimessa alle Corti costituzionali, il ruolo dei giudici continua ad essere determinante, essendo i principali promotori dei meccanismi di controllo.

---

<sup>12</sup> Da qui l'esigenza di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano 2023, *passim*.

<sup>13</sup> A. LUCARELLI, *Tradition and Revolution*, cit., *passim*.

<sup>14</sup> Sia consentito il rinvio ad A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo* 7 luglio 2020.

<sup>15</sup> Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968. Da ultimo M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., pp. 113 ss.

<sup>16</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online* n. 2/2019, 2 ss.

Si aprono spazi di incertezza colmati da chi la legge, spesso incerta e delegittimata, è chiamato ad applicarla. Ci troviamo in presenza della c.d. *montée en puissance des juges*<sup>17</sup>, ovvero quella supplenza giudiziaria che metterebbe a repentaglio i presupposti stessi dello Stato di diritto.

Il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, con il difficile dialogo tra le Corti, può prestarsi ad una ridefinizione del rapporto tra il giudice e la legge, con una ricaduta diretta sul valore della certezza del diritto<sup>18</sup>. Tale scenario si va a rafforzare con i fenomeni di globalizzazione, ovvero con quell'insieme di processi economici, sociali e culturali che attraverso reti di connessione facilitate dallo sviluppo tecnologico hanno messo in collegamento molte aree anche molto diverse e distanti del pianeta. Tali fenomeni se, da un lato, hanno facilitato il dialogo, dall'altro hanno anche accentuato le profonde differenze, acuendo in molti casi il divario e rendendolo "sfruttabile" a vantaggio dei sistemi di produzione capitalistici. La globalizzazione, di conseguenza, ha avuto un impatto notevole sul versante dei diritti e delle libertà fondamentali, ma non nel senso di favorire la nascita di un sistema giuridico universale teso ad elevare il livello di tutela, quanto di produrre un suo considerevole abbassamento.

È il caso, ad esempio, del giudice che non dà applicazione ad una legge per contrasto con una norma europea o che dubita della legittimità costituzionale di una legge, perché questa determinerebbe un esito non conforme ad una sentenza della Corte di giustizia<sup>19</sup>.

Tra i principali fattori di incertezza annoveriamo, ad esempio, la scarsa qualità della legislazione, la sovrapposizione e l'interferenza fra più autorità regolatrici, le diverse identità ed investiture delle autorità regolatrici. In questo senso, dunque, l'attivismo dei giudici nello stabilire un dialogo e un confronto con le Corti su determinate questioni diventa però inevitabile. Quindi, da questa prospettiva, il problema si riconferma quello della produzione normativa

---

<sup>17</sup> M. J. MOSSMAN ET G. OTIS (a cura di), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, Montréal 2000.

<sup>18</sup> Sull'argomento si veda, L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 28 febbraio 2018; nonché S. STAMMATI, *Il costituzionalismo nell'età dell'incertezza. La crisi delle istituzioni costituzionali italiane in una prospettiva europea e globale*, in A. LUCARELLI, S. CAFIERO (a cura di), Napoli 2022.

<sup>19</sup> È dello scorso settembre 2023, il ben noto il caso della pronuncia con cui il Tribunale ordinario di Catania ha deciso di non convalidare il provvedimento di trattenimento emesso dal questore della provincia di Ragusa nei confronti di un cittadino tunisino, entrato nel territorio italiano dalla frontiera di Lampedusa, e richiedente protezione internazionale. La decisione si sostanzia nella disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con il diritto dell'UE, nell'interpretazione che dello stesso ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza 8 novembre 2022 (cause riunite C-704/20 e C-39/21). Più precisamente, dalla motivazione della decisione si evince che la normativa interna posta a base del provvedimento del questore - ovvero il d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (c.d. decreto Cutro) di cui il d.m. 14 settembre 2023 costituisce attuazione - si pone in contrasto con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE che, secondo il Giudice dell'Unione «devono essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto che non può sovvenire alle proprie necessità, in secondo luogo, a che tale trattenimento abbia luogo senza la previa adozione di una decisione motivata che disponga il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura» (CGUE, Grande Sezione, 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU). Proporzionalità e necessità che, per il giudice di Catania, sarebbero difettate nel provvedimento di trattenimento del questore ritenuto «non corredato da idonea motivazione». Il decreto, fondandosi sulla disapplicazione del diritto interno in contrasto con quello dell'Unione, per come interpretato dalla Corte di giustizia, menziona la sentenza 11 luglio 1989, n. 389 della Corte costituzionale che afferma la portata generale del principio della «immediata applicabilità di una normativa comunitaria nell'interpretazione datane da una sentenza della Corte di giustizia» e che «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze».

che non solo è sempre più appannaggio di centri di potere non legittimati democraticamente ma anche quella che residua nelle competenze del potere legislativo è scarsamente esercitata. Tale criticità si pone in relazione con il grande tema della crisi dei sistemi rappresentativi, che fa sostanzialmente da sfondo a queste riflessioni. In più si aggiunge l'ipertrofia dei governi, anche nei sistemi parlamentari, che mette sotto tensione la separazione dei poteri, legiferando con sempre maggiore frequenza ed occupando spazi, con decreti a carattere provvedimentale, normalmente regolati da atti amministrativi.

Ma su tutti questi elementi posti in risalto, a mio avviso, scende come una *scure* violenta ed implacabile il capitalismo finanziario che detta regole e tutela interessi, imponendo i propri indirizzi economici nel momento tipico della decisione<sup>20</sup>.

In questi scenari di rapporti di forza, tipici del c.d. turbocapitalismo finanziario, si afferma sempre più un orientamento (ovviamente con sfumature plurime e variabili) che può essere definito neo-pandettista.

### 3. Capitalismo finanziario e produzione giuridica: il ruolo dei giudici

Uno degli esponenti più autorevoli del c.d. orientamento neo-pandettista, e di una peculiare impostazione del rapporto tra legge e giudici, è sicuramente da individuare in Paolo Grossi<sup>21</sup>.

Per l'Autore, il vero diritto positivo non è quello posto da un'autorità giudiziaria (decisione), né dallo Stato (regola autoritativa), ma quello che emerge dall'interpretazione/applicazione nella positività della società.

L'interprete, ovvero il giudice, è un intermediatore, quale voce della comunità: il diritto si afferma come espressione della comunità<sup>22</sup>. Dunque, il diritto che si impone è quello rappresentativo delle forze politiche dominanti in una determinata fase storica e in un determinato contesto. In tal senso, il concetto di Costituzione materiale, pur con tutta la sua ambiguità, torna utile a spiegare la ridefinizione degli assetti costituzionali alla luce delle dinamiche di potere sottostanti all'ordine politico formalizzato dai testi costituzionali.

Dice Grossi, in *Ritorno al diritto*: «il meta-legale cacciato a forza fuori dal recinto della giuridicità, ora che l'artificiosissimo edificio legale costruito dalla modernità va sempre più cedendo, ora che il diritto può spontaneamente recuperare la sua naturale complessità, ritorna ad essere parte cospicua, forse la prevalente, del paesaggio giuridico».

In questa impostazione è evidente una latente polemica con la legge statutale e la correlativa affermazione della centralità della dimensione comunitarista, capace di selezionare il bene dal male, la fattualità prima della decisione giudiziale e della regola (legge statutale).

Ma, in assenza di un momento pubblico prescrittivo che detta regole dall'alto, non vi sarebbe forse il rischio che possa affermarsi la legge del più forte, a scapito dei più deboli?

---

<sup>20</sup> Sul tema, tra gli altri, cfr. G. PRETEROSSÌ, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari 2022; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna 2002; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005.

<sup>21</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015.

<sup>22</sup> Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

Comunità, tendenzialmente escludenti nella definizione dei loro strumenti ed obiettivi, raggruppamenti di interessi più o meno definiti e circoscritti, gruppi di pressione, professionisti del consenso, insomma una pluralità di soggettività orizzontali si candidano ad essere esse stesse produttrici del diritto. Si tratta di individuare lo strumento attraverso il quale trasformare gli intenti privati in atti a valenza vincolante e soprattutto espressione di effettività. Il giudice, in questa naturale tensione tra interessi contrapposti, che naturalmente confliggono nell'arena giudiziaria, si trasforma in soggetto intermediario tra istanze e decisione. È evidente che tale modello di produzione giuridica presenta dei rischi, al di là di quello fisiologico di sgretolamento dell'apparato illuministico fondato sulla regola generale ed astratta calata dall'alto.

C'è il rischio che, all'interno delle comunità sociali e più in generale dei rapporti sottostanti ad interessi contrapposti, ci siano soggetti che non abbiano la forza e la voce<sup>23</sup> per porre in essere o rappresentare fatti, tali da potersi trasformare in diritto, attraverso l'azione di intermediazione del giudice. Questo è un dato inequivocabile con il quale occorre confrontarsi. Il circuito della produzione giuridica giudiziale determina diseguaglianze, in quanto, soprattutto nelle tematiche a carattere sociale ed economico, pone in relazione soggetti con differenti pesi specifici.

La strada della tutela giurisdizionale è, di fatto, appannaggio solo di alcuni segmenti della società. Il diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, per quanto di rango costituzionale, si è da tempo involuto e atrofizzato, non perché in astratto non esercitabile ma perché le condizioni reali di contesto, per alcune fasce della società – soprattutto le più marginali – non favoriscono la sua effettività.

Si affermano sempre più, in seno alla società, rapporti reticolari fondati sulla solidarietà, intesa come espressione di un gruppo contro un altro, di gruppi dominanti, mossi da interessi omogenei, più che sui concetti di equità ed eguaglianza sostanziale. Si radica progressivamente una visione dei rapporti sociali improntata al modello privatistico e proprietario che per sua natura è escludente.

Questo rischio è posto in maniera molto lucida da Preterossi<sup>24</sup>. In questo senso, si rivelano molto incisive, altresì, le considerazioni di Maria Rosaria Ferrarese<sup>25</sup>, ove si sottolinea che, se la norma giuridica nella tradizione europea ha sempre espresso soprattutto l'idea di un comando che attendeva obbedienza, nel sistema americano le *rules* si prestavano ad essere piuttosto degli strumenti che i soggetti potevano usare e piegare ai propri bisogni, in un'ottica di tipo prioritariamente economico.

Si consolida, in tal modo, un diritto che tende dal basso ad assecondare soprattutto esigenze economiche, misurate secondo rapporti di forza. In sostanza, il *judge-made law* vede nel formante giurisprudenziale la sua espressione tipica, l'archetipo di un diritto che aspetta di

---

<sup>23</sup> Sul tema dell'invisibilità degli istanti e delle istanze si rinvia ad A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli 2020.

<sup>24</sup> G. PRETEROSSO, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) n. 4/2016.

<sup>25</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2010.

essere azionato dal basso per poter funzionare. Si tratta di quella che Teubner<sup>26</sup> definisce la produzione giuridica dei regimi privati o anche un diritto globale senza Stato, che dà vita ad una sorta di pluralismo legale di tipo societario, a carattere prevalentemente auto-regolatorio.

Quest'ultimo, piuttosto che dispiegarsi come esecuzione di un comando proveniente dall'alto, è affidato all'iniziativa di una parte che lo mette in moto e cerca di portarlo sul piano dei propri interessi, che possono solo occasionalmente coincidere con interessi di carattere generale.

Il diritto giudiziario è, dunque, l'espressione di un diritto che nasce dal basso, non come regola imperativa (dimensione pubblicistica), ma come regola che aspetta di essere forgiata nelle Corti, per rispondere ad esigenze mutevoli provenienti dal tessuto socio-economico.

Si dà effettività e validità all'istanza non attraverso la regola, ma attraverso la decisione giudiziaria, che funge da intermediazione.

Pertanto, mentre gli istituti privatistici (come il contratto, la proprietà, le obbligazioni) erano stati mitigati nello Stato costituzionale dalla valorizzazione della dimensione equitativa del giudizio e dall'irrompere nella tradizione codicistica dei valori costituzionali, soprattutto riconducibili all'eguaglianza sostanziale, alle azioni perequative, alla solidarietà economica e sociale<sup>27</sup>, con l'insorgere di questo nuovo diritto *dal basso*, anche nei Paesi fondati sulla tradizione romano-germanica, il diritto privato si è progressivamente prestato ad elaborazioni giurisprudenziali tendenti a tutelare l'iniziativa di una parte.

L'istanza si produce a prescindere dalla regola e l'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>28</sup>, per effetto di approcci di natura economicistica e riduzionista, tende a legittimare i fatti e a validarli, pur se non in conformità con il dato costituzionale o comunque non allineati alla sua prospettiva (c.d. effetti degenerativi della Costituzione vivente<sup>29</sup>).

Il rischio è che l'interpretazione conforme diffusa (il c.d. controllo di legittimità costituzionale diffuso) possa legittimare fatti *contra constitutionem*, mediati da una forzatura interpretativa della norma costituzionalmente orientata. E' un rischio nella misura in cui l'attività giurisprudenziale si va sempre più a definire in relazione alla tutela prevalente di determinati interessi (quella cioè degli interessi forti che possono disporre dei mezzi necessari a intraprendere azioni giudiziarie). Se l'azione in giudizio viene esercitata da soggetti economicamente potenziati rispetto ad altri segmenti della società è molto probabile che ciò gradualmente produca un'assuefazione della giurisprudenza verso alcuni valori a discapito di altri, e ciò si ripercuote sugli esiti dell'attività esegetica, mettendola sempre più a servizio di una certa visione della società.

Il pericolo, in un modello c.d. neo-pandettistico, è che le teorie dell'azione, come quella dello strumentalismo e del pragmatismo, contribuiscano ad imprimere al diritto una particolare

---

<sup>26</sup> G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID. (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005.

<sup>27</sup> Sul tema, ampiamente, F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli 1970, *passim*.

<sup>28</sup> Cfr., tra gli altri, B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino 2021.

<sup>29</sup> Cfr. S. BARTOLE, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Riv. it. sc. giur.* n. 4/2013, 107 ss; ID., *Living constitution v. costituzione vivente. Una rassegna tra dottrina americana e dottrina italiana*, in *Dir. pubbl.* n. 1/2023, 3-38.

valenza economica, rendendolo disponibile a registrare gli *input* appropriativi dei soggetti prevalenti.

È evidente, quindi, che il diritto della globalizzazione o delle comunità diffuse, tenda verso una direzione di formazione del diritto di matrice più anglosassone rispetto alla tradizione del diritto dell'Europa continentale.

Al centro della formazione del diritto vi è, oggi più che mai, l'interesse emergente dal basso, ma la selezione di quest'ultimo non avviene attraverso forme di giustizia sociale, equitativa e redistributiva, ma attraverso l'affermazione di istanze tendenzialmente dominanti.

Il giudice diviene, dunque, destinatario di interessi e fatti con i quali è "costretto" quotidianamente a confrontarsi nell'esercizio della sua funzione.

Matura una concezione opposta rispetto all'idea che il diritto debba essere un contrappeso rispetto agli interessi, ossia quella funzione originariamente attribuita al diritto di alternativa alla negoziazione, rivolta a contrastare il linguaggio degli interessi espresso dal capitalismo finanziario, sempre più aggressivo, estrattivo e utilitaristico.

Si consolida, piuttosto, un modello nel quale vi è il rischio concreto che il giudice sia un mero intermediario di fatti ed interessi nell'ambito di un giudizio nel quale un ruolo sempre più rilevante viene ad essere giocato da professionisti e consulenti operanti sul mercato, rispetto alla funzione tradizionalmente svolta dai giuristi accademici, la c.d. dottrina.

Questo nuovo *law making* incide anche sul ruolo e sulla funzione stessa del legislatore, all'interno di uno spazio privato, occupato da esperti, portatori di interessi particolari, che si sovrappone ed inevitabilmente confligge con quello pubblico. Ma incide anche sul ruolo della Corte costituzionale e sul suo processo. Rispetto alla funzione di controllo di costituzionalità delle leggi, che è principale prerogativa della Corte, anche il giudizio di legittimità si sta trasformando. Dei segnali in tal senso si sono cominciati ad avvertire nel nostro sistema di giustizia costituzionale con la modifica delle norme integrative e con la formalizzazione di altre soggettività, oltre le parti eventuali del processo, la cui partecipazione al giudizio amplia notevolmente il perimetro del contraddittorio, offrendo la possibilità di intervento a terzi, *amici curiae*, esperti.

Se da un lato tale iniziativa può essere letta come un importante segnale di apertura della Corte alla società civile, favorendo una più ampia partecipazione, c'è anche il rischio tuttavia che tali nuove condizioni possano trasformare il processo costituzionale in quello che in assoluto non dovrebbe essere, e cioè un agone politico. Del resto, se si osservano le origini di queste nuove figure, alcune delle quali importate da altri contesti ordinamentali, ci si avvede che esse svolgono un ruolo di pressione molto importante, agendo con il supporto di importanti studi legali, per favorire determinati interessi. Anche quelle figure apparentemente più neutrali come gli *amici curiae* sono potenzialmente il veicolo per introdurre nel processo costituzionale alcune specifiche prospettive che non necessariamente mirano alla realizzazione di obiettivi di solidarietà ed eguaglianza<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> In merito, si veda l'ampia trattazione sulla trasformazione del processo costituzionale, soprattutto in ordine agli aspetti soggettivi, in S. Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Napoli, 2020.

La metafora del diritto dal basso, della comunità, una visione immaginifica ed educata, coincide, in realtà, con il diritto degli interessi, efficacemente definito da Teubner e dalla Ferrarese diritto *à la carte*.

Tale fenomeno di produzione giuridica, non c'entra nulla con la democrazia di prossimità o con le forme di democrazia partecipativa che, comunque, interagiscono con il momento della decisione e della rappresentanza, magari arricchendola, ma mai sottraendole il potere di dettare regole decisorie e definitive.

Si sviluppa un'azione di produzione del diritto ascendente, che utilizza quale intermediario il giudice, determinando nella sostanza un policentrismo legislativo, un mondo giuridico decentrato e multilivello.

In questo quadro, le regole si fanno mutevoli ed instabili e spesso seguono l'avvenire dei fatti e l'emergere dei bisogni, invece di anticipare e regolare gli stessi. Anzi, possono addirittura avere l'effetto di affermare e cristallizzare posizioni dominanti, non allineate con i principi fondativi della Carta costituzionale.

In questo panorama frammentato di interessi economici, salta il tradizionale rapporto Stato-comunità/Stato-apparato ed è l'istituzione giudiziaria, per la sua attitudine a funzionare come istituzione di raccordo tra casi particolari ed istanze generali, che diventa l'istituzione centrale e funzionale rispetto ai percorsi di globalizzazione.

È evidente, dunque, che la globalizzazione, ma nello specifico il capitalismo finanziario ha esposto sempre più il processo di formazione del diritto all'impulso dei privati, determinando la confusione o contaminazione tra decisione normativa e decisione giudiziale, tra la regola generale e la sua applicazione particolare. Oggi cede la sfera politico-sociale, tipica del capitalismo industriale, a vantaggio della sfera economico-finanziaria.

Ma, mentre la sfera economica, tipica del capitalismo, per citare Max Weber<sup>31</sup>, ha avuto bisogno di un diritto che si potesse calcolare in modo simile ad una macchina, oggi la perdita della calcolabilità, come dice Irti<sup>32</sup>, impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà; di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte<sup>33</sup>. In sostanza, la produzione giuridica non sarebbe più in grado, nel fermento anarchico delle decisioni, di garantire certezza.

A giudizio di Irti, il capitalismo oggi è costretto a cercare altrove le garanzie di calcolabilità. Tuttavia, anche nella *lex mercatoria*, nella dimensione finanziaria, l'imprenditore ha bisogno del rapporto con la regola pubblica, oggi sempre più farraginoso e incalcolabile.

Senza il ricorso a regole formali, le istanze capitalistiche si orientano verso una proprietà sempre più smaterializzata e volatile. Si configura un capitalismo d'avventura e

---

<sup>31</sup> M. WEBER, *Linee di una storia universale dell'economia e della società*, (1919-1922), Roma 1993.

<sup>32</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

<sup>33</sup> In tal senso, sul clima di assoluta incertezza tra prescrizione normativa e interventi giurisprudenziali, si consideri, al riguardo, la peculiare vicenda delle concessioni demaniali marittime nel nostro ordinamento. Per la cui disamina si rinvia ad A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, vol. II, Napoli 2023.

speculativo, che non calcola più il futuro giuridico, ma che mette in moto «scorribande finanziarie e piraterie mercantili»<sup>34</sup>, con mercati sempre più mobili ed esposti al rischio ed alla speculazione.

É, quindi, un *gioco*, per riprendere Guido Rossi<sup>35</sup>, senza regole, teso prevalentemente ai risultati nel breve termine.

---

<sup>34</sup> Ivi, 15, nonché Id. *L'età della decodificazione*, Milano 1979, *passim*.

<sup>35</sup> G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano 2006.