

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/90659> since

Publisher:

Cedam

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

CAPITOLO I

IL POTERE GIUDIZIARIO NELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Alfonso Di Giovine e Anna Mastromarino

SOMMARIO: 1. Crescita del ruolo del potere giudiziario. – 2. Gubernaculum e iurisdictio. – 3. Potere giudiziario e Stato costituzionale. – 4. Potere giudiziario e forme di legittimazione democratica. – 5. Dell'inevitabile (e minimo) contenuto politico dell'attività giudiziaria. – 6. Conclusioni.

1. Crescita del ruolo del potere giudiziario

AmMESSO che vi sia stato un tempo in cui era possibile quantomeno fingere di considerare il *giudiziario* come il più debole fra i poteri individuati da Montesquieu, perché potenzialmente chiamato a svolgere un ruolo di mera ripetizione della volontà del legislativo, oggi una simile prospettiva apparirebbe del tutto estranea rispetto alla realtà di qualsivoglia democrazia liberale contemporanea. Ciò a dimostrazione di una maggiore onestà scientifica, in grado di riconsiderare in termini assoluti il ruolo a tutto tondo giocato dalla magistratura, ma anche di una maggiore sensibilità al dato fattuale.

Una serie di fenomeni, infatti, ha comportato una crescita del ruolo della magistratura nell'ambito della tradizionale tripartizione dei poteri¹, come evidentemente dimostrato dal progressivo incremento della sua visibilità pubblica e conseguentemente (inevitabilmente?) della sua esposizione mediatica, in gran parte riconducibile ad un attenuarsi degli obblighi di riservatezza².

¹ Sul punto sinteticamente, da ultimo, D. DELLA PORTA, *Introduzione alla scienza politica*, Bologna, 2008, p. 225 ss.

² Cfr. S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in ID. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 18.

Espressioni quali "giuridiziarizzazione della politica"³, "giurisdizionalizzazione del diritto"⁴ o ancora quella più risalente "governo dei giudici"⁵, finiscono con il riflettere una situazione non priva di criticità, ma che trova nell'oggettività di strutturali processi storici e sociali (e non certo nella premeditata volontà di un fantomatico "colpo di Stato"⁶) le sue ragioni di fondo.

Pur scontando quanto di esagerato riflette l'immagine del giudice come novello *great pontiff* e della magistratura come *secular papacy*⁷, non di meno, vale forse la pena interrogarsi sulla natura di tale crescita domandandosi se di sola "espansione" si tratti o se essa non abbia ormai assunto la dimensione di un vero e proprio "sconfinamento" rispetto agli altri poteri. In particolare nella realtà italiana.

Se è vero, infatti, che non vi è ordinamento la cui vita istituzionale non sia interessata da momenti di frizione fra magistratura e politica, d'altra parte è innegabile che raramente altrove queste occasioni di tensione assumono la dimensione di uno scontro irriducibile, come accade sistematicamente e ormai cronicamente in Italia. Si noterà, così, ad esempio, che, pur volendo sottolineare il comune *trend* di espansione del potere giudiziario nel più complesso orizzonte del diritto comparato, difficilmente si potrà fare a meno di ricordare il diverso quadro eziologico ed assiologico in cui si muovono gli ordinamenti di *civil law* (e fra questi l'Italia, in particolare) rispetto a quelli di *common law*, dove il collegamento del potere giudiziario con il legislativo e l'esecutivo non assume "forme brutali"⁸.

³ M. SHAPIRO, *Judicialization of Politics in The United States*, in *International Political Science Review*, 1994, n. 2; C.N. TATE, T. WALLINDER (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995, p. 5.

⁴ C. GUARNIERI, *La responsabilité des juges*, in O. BEAUD, J.M. BLANQUER (a cura di), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, 1999, p. 184.

⁵ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921.

⁶ «Quello che i giudici hanno congegnato è un colpo di Stato, lento, sottile, ma comunque un colpo di Stato»; così un campione del conservatorismo nordamericano come R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2006, p. 25.

⁷ G. RESTA, *I nuovi oracoli del diritto: processi mediatici e laicità della giustizia*, in A. BARBA (a cura di), *La laicità del diritto*, Roma, 2010, p. 289.

⁸ S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale*, cit., p. 4, ed anche C. SALAZAR, *La Magistratura*, Roma-Bari, 2002, p. 22 ss.

2. Gubernaculum e iurisdictio

L'antagonismo che caratterizza i rapporti fra la politica e il potere giudiziario sembra aver progressivamente snaturato i principi alla base della tradizionale teoria della separazione dei poteri, vissuta su un piano di contrapposizione, anziché in termini di collaborazione e di mera divisione funzionale dell'ambito di azione delle singole istituzioni, a tutela del cittadino e al fine di preservare le forme di espressione della volontà popolare. Sembrerebbe essersi persa l'idea che, ciascuno nella propria sfera, tutti i poteri dello Stato operano comunque nella stessa direzione, stanno dalla stessa parte⁹: non si limitano nel senso di contrapporsi, bensì al fine di equilibrarsi.

Solo in quest'ottica può ancora avere senso parlare di indipendenza della magistratura. *Separazione e indipendenza* finiscono con l'illuminarsi di senso reciprocamente. L'affermazione del principio di separazione del potere giudiziario rispetto agli altri poteri, infatti, perde di sostanza se non è sorretto dall'idea di indipendenza e viceversa. Solo l'assunzione simultanea dei due termini permette di scongiurare nel tempo l'ipotesi di una progressiva "sovrapposizione dei poteri", assai più pericolosa del cosiddetto "sconfinamento" – che perlomeno presuppone l'esistenza di una più o meno chiara linea di confine – dal momento che sottintende una visione liquida delle funzioni, e dunque del potere, contraria ai principi dello Stato di diritto¹⁰. In particolare quando riguarda la linea di demarcazione che divide lo spazio della politica da quello della magistratura; mentre, per quanto concerne esecutivo e legislativo, l'erosione della terra di frontiera sembra essere stata assodata come fisiologica, al punto che pare potersi parlare di una sola monade, il *gubernaculum*, sottolineando il *continuum* che lega dal punto di vista

⁹ ... quella delle istituzioni. Le medesime riflessioni possono essere svolte anche rispetto agli organi che animano i singoli poteri. Si pensi allo stesso giudiziario, dove i singoli soggetti che operano, pur essendo separati rispetto al ruolo chiamato a svolgere, non possono che porsi tutti "dalla stessa parte", dalla parte della legge: i «difensori delle parti, il Pubblico Ministero indossano la toga, proprio a significare che si pongono tutti da un punto di vista che trascende gli interessi immediati delle persone fisiche: si pongono dal punto di vista dell'ordinamento, della legge, appunto: il contrasto non tocca le idee, ma gli interessi» (cfr. A. CERRI, *Prolegomeni ad un discorso sull'indipendenza della magistratura*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. IV, Napoli, 2009, p. 1264). Questa identità di principi è ben rappresentata dall'identità del "logo" e del "luogo" sotto il quale ed entro il quale si svolge l'azione giudiziaria.

¹⁰ Si rimanda ancora ad A. CERRI, *op. cit.*, p. 1267 ss.

dell'indirizzo politico l'attività di *legis latio* e quella di *legis executio*. Ne risulterebbe una bipartizione, quella fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, in grado di sostituirsi alla classica tripartizione, perché meglio capace di proporsi come chiave di lettura delle democrazie moderne, posto che in esse si fronteggiano un potere governante, comprensivo dell'esecutivo e della maggioranza parlamentare di sostegno, e un contropotere giudiziario.

Il che non incide sulle considerazioni svolte: che le parti siano tre o due, ciò non toglie che fra esse esista o debba esistere una comunione se non di funzioni, certo di intenti, operando simultaneamente in nome, per mezzo e a tutela della volontà sovrana, che nello Stato costituzionale finisce³ per coincidere simbolicamente con la Costituzione stessa, rigida e giurisdizionalmente garantita. L'affermazione dello Stato costituzionale, infatti, rappresenterà una svolta epocale in relazione alle categorie classiche del diritto, coinvolgendo lo stesso concetto teorico di sovranità proposto da Kelsen¹¹ ed il conseguente dissolversi della sovranità come categoria fondante della Costituzione¹² a favore della sua immediata corrispondenza con la supremazia normativa della Costituzione¹³. La sovranità, cioè si oggettiva nella Costituzione e nei suoi valori, viene per così dire desoggettivata¹⁴, o meglio soggettivata di volta in volta nei vari organi, nessuno dei quali la incarna pienamente e concretamente¹⁵; nello Stato costituzionale, in altri termini, non esiste un potere sovrano, neppure il popolo potendosi ritenere tale, ma solo poteri autorizzati dalla Costituzione e fra loro in equilibrio.

¹¹ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Milano, 1989, p. 469; come spiega P. Portinaro, *Breviario di politica*, Brescia, 2009, p. 91 e s., nello Stato costituzionale – secondo l'impostazione kelseniana – «non può esistere alcun potere sovrano, perché soltanto dove non si dà sovrano vi può essere garanzia giuridica della libertà, vale a dire libertà come conseguenza del riconoscimento dei diritti dell'uomo e non semplicemente come corollario dell'idea di tolleranza».

¹² G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 355.

¹³ Così, con riferimento agli Stati Uniti, ma plausibilmente generalizzabile, D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto*, Milano, 2002, p. 30.

¹⁴ G. Silvestri, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, p. 88 ss.

¹⁵ S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 2003, p. 200.

3. Potere giudiziario e Stato costituzionale

Nelle liberaldemocrazie contemporanee, dunque, sovrana è la Costituzione: ad essa sono sottomessi tanto il *gubernaculum* che la *iurisdictio*.

Si può allora cominciare con l'osservare che chi guardi alla storia costituzionale europea può individuare due costanti, rinvenibili nella progressiva laicizzazione della fonte ultima del potere (attraverso la traiettoria Dio-monarca-popolo) e nella ricorrente propensione a limitarne la potenziale assolutezza: è nella saldatura di queste costanti che nasce, nei secoli successivi alle rivoluzioni di fine Settecento, la forma di Stato comunemente definita democrazia costituzionale.

La sua peculiarità rispetto ad altre forme di governo limitato (ad esempio, la monarchia costituzionale) sta nel fatto che la limitazione non proviene da un principio diverso da quello che legittima il potere, ma dallo stesso principio, quello democratico, incarnato al massimo livello dalla Costituzione: è cioè all'interno della Costituzione che il principio democratico, per così dire, si sdoppia nella versione maggioritario-rappresentativa dell'esercizio del potere e in quella garantistica della limitazione del potere. Il che conduce ad un ulteriore livello della riflessione con riferimento allo Stato di diritto che lo precede: i due – chiamiamoli così – sottoprincipi di legittimazione ("sotto", perché derivati entrambi da un principio superiore, quello democratico) si dispiegano nello Stato costituzionale al massimo livello, rendendo ancora più ardua la loro composizione e ancora più abbagliante la vocazione del costituzionalismo a creare benefici ossimori, limitando poteri accreditati come assoluti¹⁶. Il principio democratico, infatti, registra il passaggio dal suffragio ristretto a quello universale, mentre quello garantista registra la già richiamata spinta verso l'alto del processo di giudiziariazione del potere, nel senso di rendere giurisdizionalmente controllabile non solo l'operato dell'amministrazione, ma anche quello del potere legislativo.

È alle costituzioni rigide giurisdizionalmente garantite – punto di emersione giuridicamente rilevante del filone di pensiero che va sotto il nome di costituzionalismo – che si deve l'audace ma riuscito tenta-

¹⁶ Si riprendono sinteticamente considerazioni già esposte in A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004, p. 328.

tivo di ricomporre sul piano storico la frattura concettuale fra democrazia e costituzionalismo attraverso la ricerca di un equilibrio tra il principio democratico e l'esigenza di porre limiti alla politica¹⁷; il senso delle moderne democrazie costituzionali – è stato scritto¹⁸ – sta nella «combinazione di sovranità popolare e garanzia dei diritti, determinazione dell'indirizzo politico affidata al principio democratico e tutela dalla "tirannia della maggioranza" di competenza della giurisdizione». Conciliare gli imperativi dell'autodeterminazione e della sovranità popolare con i limiti al potere democraticamente investito comporta, evidentemente, l'accantonamento di concezioni puramente rappresentativo-maggioritarie della democrazia e la valorizzazione della vocazione antimaggioritaria (non antidemocratica) del costituzionalismo, in nome di «limiti assiologici alla sovranità popolare», così marcando «la differenza fra la democrazia *tout court* e la democrazia costituzionale»¹⁹. Quest'ultima si propone pertanto come un paradigma di fascinosa complessità, la cui cifra distintiva è meglio colta da chi parla di delicato equilibrio fra principi in fisiologica e reciproca dialettica²⁰, piuttosto che da quanti segnalano un'irriducibile tensione fra logiche contrapposte²¹, fra esigenze in astratto inconciliabili²² quali sarebbero quelle dei "diritti" della democrazia e dei "diritti" del costituzionalismo²³. Giusto dunque parlare, a proposito della democrazia costituzionale, come di un regime misto²⁴ o come di un modello additivo²⁵ o di sintesi²⁶; sintesi appunto fra democrazia vista come autogoverno popolare e costituzionalismo «visto come la limitazione del potere politico di decisione attraverso una legge fondamentale»²⁷ custodita dai giudici ordinari e costitu-

¹⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, p. 160 e ss.

¹⁸ E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1999, p. 33.

¹⁹ E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 89.

²⁰ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, p. 192; P. PEDERZOLI, *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, 2004, p. 59.

²¹ P. PORTINARO, *op. cit.*, p. 148.

²² M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, p. XIII.

²³ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, 2009, p. 45.

²⁴ P. PASQUINO, *Il giudice e il voto*, in *il Mulino*, 5, 2003, p. 810.

²⁵ S. VECA, *Dell'incertezza*, Milano, 1997, p. 157.

²⁶ D. SETTEMBRINI, *Democrazia senza illusioni*, Roma-Bari, 1994, p. 32.

²⁷ F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, 2004, p. 64.

zionali (che diventano pertanto lo snodo centrale dell'intero sistema oltre che – inevitabilmente – la calamita che attira tutte le tensioni).

La sintesi si colloca all'interno della Costituzione e ha il senso, che ben note metafore hanno cercato di evocare²⁸, di un'autolimitazione²⁹ (che si risolve in una garanzia) della democrazia che potremmo definire "di tutti i giorni" in nome della democrazia custodita dalla Costituzione, posta in una posizione di supremazia gerarchica rispetto alle ordinarie decisioni politiche in quanto depositaria «di una più forte, più consapevole, più condivisa, più ragionevole ed anche meno transeunte espressione del principio deliberativo democratico»³⁰: in tal modo la Costituzione, nella dimensione garantista prima richiamata, funge da *remedium onnipotentiae* e della tentazione di onnipotenza³¹ nei confronti del potere politico di volta in volta al governo; protegge la democrazia da se stessa³² o meglio dalla sua declinazione rappresentativo-maggioritaria, sul presupposto che non sempre la sua massimizzazione coincide con la sua ottimizzazione, potendo, al contrario, sfociare in derive entropiche. A ragionare in questi termini, lo stesso concetto di "limite" solitamente usato appare bisognoso di una rivisitazione, nel senso di rendersi conto che quello che a prima vista può apparire un limite all'esplicarsi del principio democratico si rivela una garanzia nei confronti della democrazia³³: garanzia che le sue estrinsecazioni maggiori-

²⁸ Si va da Ulisse che si fa legare all'albero della nave (Elster), alla contrapposizione fra Pietro ubriaco e Pietro sobrio (Hayek) o fra popolo ubriaco e popolo sobrio (Mc Ilwain), alle parole di Stockton secondo cui «le costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano se stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia».

²⁹ Osserva D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, p. 85, che il «concetto di autolimitazione è pensabile solo in una democrazia, nella quale i soggetti e il sovrano sono gli stessi uomini considerati sotto diversi rapporti».

³⁰ G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, p. 57.

³¹ L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, p. 148: l'illustre studioso si riferisce alla giustizia costituzionale, ma essa – come si sa – altro non è che la "garanzia della garanzia" (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1976, p. 202), che rende "completamente obbligatoria" la Costituzione (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, ora in ID., *La giustizia costituzionale*, 1980, p. 199).

³² Per l'assimilazione della democrazia costituzionale a una sorta di democrazia protetta, cfr. A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in ID. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, p. 9.

³³ Molto convincente sul punto G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, Bari, 1997, sia quando afferma che una parte del contenuto delle Costituzioni non indica «un limite insormontabile al potere sovrano, ma al contrario ne configura una garanzia»

tarie non minino le fondamenta dell'edificio e in particolare non alterino il delicato equilibrio fra potere e libertà. Si dovrebbe dissolvere in questa prospettiva la – da alcuni pretesa³⁴ – inconciliabilità fra i due termini di “democrazia costituzionale”, posto che quella che viene definita visione teorica irenica della democrazia costituzionale³⁵ è in realtà una visione fondata sull'osservazione di una peculiarità che caratterizza questa forma di Stato rispetto ai regimi precedenti.

Per cogliere tale peculiarità bisogna muovere dal concetto di rappresentanza: il corpo elettorale è infatti un “sovrano” che non comanda quasi mai in prima persona, ma lo fa – secondo la teoria che Kelsen definì una finzione³⁶ – attraverso suoi rappresentanti, in genere professionisti della politica senza vincolo di mandato. Anzi: è un “sovrano” che è soggetto alle decisioni di altri, i suoi rappresentanti per l'appunto. Proprio la consapevolezza che peculiarità del principio democratico, nella sua versione rappresentativa, è di essere l'unico fra i principi di legittimazione storicamente succedutisi nel quale la fonte del potere coincide con coloro che al potere (esercitato dai rappresentanti) sono soggetti evita di confondere piani che restano irriducibilmente diversi: quello dell'esercizio del potere e quello della soggezione ad esso. Si afferma così una concezione laica e non mitizzante del rapporto rappresentativo (l'unica praticabile – si potrebbe aggiungere – da parte di chi è consapevole delle capacità distorsive di tante formule elettorali) in grado di percepire la lontananza fra elettori ed eletti, tra società civile e società politica, così minando alla radice la possibilità di costruire una democrazia fondata esclusivamente sul principio identitario-maggioritario e ponendo le basi delle tecniche di tutela da un potere che, per quanto rappresentativo del corpo elettorale, rimane «altro» e dunque da limitare: nei confronti dei governanti, dopo aver accordato loro credito eleggendoli, si mantiene la distanza critica necessaria per nutrire una salutare diffidenza nei confronti del possibile “dispotismo elettivo” paventato da Madison³⁷ e per riporre una ragionevole fiducia in un potere

(19), sia quando sostiene che il costituzionalismo lavora «come motore interno della democrazia, proteggendone i caratteri essenziali e garantendo la “grammatica” del linguaggio della volontà popolare» (20).

³⁴ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2, p. 7.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, p. 37.

³⁷ Si spiega così quello che M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 206 definisce «paradossale percorso in cui la democrazia pare rafforzarsi attraverso

terzo (oltre che terzo potere)³⁸ al fine di vedersi tutelati i diritti costituzionalmente garantiti. In quest'ottica a chi parla della democrazia costituzionale come di un ossimoro³⁹ nel quale l'aggettivo rischia di svuotare il sostantivo, o di un paradosso⁴⁰, e, più in generale, a quanti sottoscrivono una versione oppositoria del rapporto fra costituzionalismo e democrazia⁴¹, si deve rispondere facendo presente che quella forma di Stato rappresenta la massima valorizzazione possibile della peculiarità prima rilevata del principio democratico, al fine di emanciparlo da ogni primitivismo di stampo giacobino-rousseauiano e di modellarlo secondo la forza civilizzatrice del diritto: essa infatti poggia su una benefica circolarità⁴² in forza della quale per un verso i singoli, per poter adeguatamente esercitare il frammento di sovranità di cui sono titolari⁴³, devono poter godere di intangibili sfere di libertà; per un altro, essi potranno godere di quelle sfere di libertà solo se il potere decisionale della maggioranza dei rappresentanti venga, per così dire, addomesticato, al fine di essere esercitato nel rispetto di tali libertà. Non si tratta, dunque, di «diritti insaziabili», ma di diritti la cui salvaguardia è «necessaria per il corretto funzionamento del metodo democratico»⁴⁴, ragione per la quale intorno ad essi si perimetra un *coto vedado*⁴⁵, una «sfera dell'indecidibile»⁴⁶. Per questo – per il fatto cioè che «non c'è sovranità popolare

meccanismi antimaggioritari e correttivi poco compatibili con il suo significato originario».

³⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 594.

³⁹ V. riportata – e criticata – questa impostazione in S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, p. 169.

⁴⁰ F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, p. 66.

⁴¹ Su tali teorie v. G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, cit., p. 15 ss.

⁴² J. HABERMAS, *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica*, 2000, n. 3, p. 16.

⁴³ Parla dei diritti fondamentali come di frammenti di sovranità, L. FERRAJOLI, *Democrazia plebiscitaria e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, p. 337; ID., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 13.

⁴⁴ N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1985, p. 31.

⁴⁵ E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in ID., *Derecho, ética y política*, Madrid, 1993, p. 645.

⁴⁶ L'espressione è di L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, cit., p. 9, il quale distingue fra «la sfera dell'«*indecidibile che*», determinata dall'insieme dei diritti di libertà e di autonomia, i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possono lederli o ridurli» e «la sfera dell'«*indecidibile che non*», determinata dall'insieme dei diritti sociali, i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni dirette a soddisfarli».

senza diritti di libertà individuali»⁴⁷ – si può a ragione sostenere, con Dworkin, che le limitazioni del principio di maggioranza finalizzate al rispetto di tali diritti non sono da considerare antidemocratiche, ma una piena esplicazione dell'idea stessa di democrazia, una volta assodato che di essa fa parte integrante la protezione dei diritti fondamentali⁴⁸ e preso atto che talvolta proprio inficiando le decisioni dei rappresentanti si ottimizza lo status dei rappresentati⁴⁹.

Se, dunque, lo Stato costituzionale costruisce una democrazia «che non coincide *sic et simpliciter* con la sovranità popolare, ma controbilancia questo principio con le garanzie costituzionali poste a tutela del cittadino»⁵⁰, nella convinzione che «il principio democratico, pur costituendo sotto tutti gli aspetti una condizione necessaria, non sia affatto una condizione sufficiente per lo sviluppo di un sistema di diritti in senso democratico»⁵¹, la ricaduta di tale forma di Stato sul rapporto fra rappresentanza politica e giurisdizione non può che essere di grande rilievo, in quanto una volta stabilito che la prima incontra dei limiti nelle sue decisioni, il *medium* istituzionale atto a verificare il rispetto di quei limiti – più immaginosamente: il cane da guardia che può mordere⁵² – non può che essere un potere estraneo alla maggioranza rappresentativa e non può essere identificato che nella giurisdizione (ordinaria e costituzionale), come l'osservazione comparatistica conferma.

4. Potere giudiziario e forme di legittimazione democratica

Da ciò discendono quantomeno due ordini di considerazioni. L'uno relativo al senso che in un siffatto contesto assume il principio, comune a diversi ordinamenti, seppure espresso con formule diverse,

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e diritti fondamentali*, in *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 510.

⁴⁸ S.M. GRIFFIN, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁹ Si faccia il caso di un Parlamento che introduca con legge un reato d'opinione: la sentenza che annullasse quella legge nel mentre limita il potere dei rappresentanti amplia la sfera di libertà dei rappresentati.

⁵⁰ B. CLAVERO, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, n. 1, p. 126.

⁵¹ G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente*, Torino, 2002, p. 228.

⁵² L'immagine è di M. SHAPIRO, *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, in *Israel Law Review*, 1998, n. 1, p. 7.

per cui il giudice deve essere sottoposto solo alla legge. L'altro intorno alla natura democratica della legittimazione del potere giudiziario.

La sottoposizione del giudice alla legge, secondo il dettato dell'art. 101 della Costituzione italiana, assume una dimensione più problematica e complessa in un contesto di Costituzione rigida: chi guardi ad alcune delle più recenti Costituzioni europee noterà la presenza di articoli di grande interesse ai fini di questo discorso. Così, ai sensi dell'art. 87 della Costituzione greca, «i giudici sono sottoposti soltanto alla Costituzione e alle leggi»; nella Costituzione portoghese all'articolo che stabilisce la soggezione dei tribunali solo alla legge (203), fa seguito un altro (204), secondo il quale nelle «questioni sottoposte a giudizio i tribunali non possono applicare norme che violino il disposto della Costituzione o i principi in essa contenuti»; e questo è il senso anche dell'art. 100 della Costituzione tedesca. Tenendo conto pure del contesto di sovranazionalità del diritto che caratterizza la realtà europea, appare quindi del tutto plausibile il suggerimento che viene da tre studiosi italiani di riscrivere idealmente il nostro articolo art. 101 come se dicesse: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge (non quale che sia, bensì) a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario, e che sia conforme alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo»⁵³; oppure «i giudici sono soggetti soltanto alla legge a condizione che la legge possa venire interpretata in modo da renderla costituzionalmente legittima, ovvero da renderla conforme al diritto comunitario e alla Cedu»⁵⁴; oppure, più semplicemente, «i giudici sono soggetti soltanto alla Costituzione»⁵⁵.

Introducendo nel sistema normativo «un fattore permanente di virtuale invalidità»⁵⁶ e intaccando la «presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere»⁵⁷, queste «riscritture» del principio di legalità giurisdizionale – che del resto non sono che l'esplicitazione di quanto

⁵³ D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli, 2008, p. 114.

⁵⁴ R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi 10 anni*, Napoli, 2006, p. 82.

⁵⁵ E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 55.

⁵⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in ID. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 29.

avviene nei tribunali – hanno, com'è ovvio, ricadute di grande rilievo sul ruolo dei giudici: posti in diretto contatto con la Costituzione e con i suoi principi ad alta densità politica (oltre che con le norme sovranazionali), essi sono chiamati a prestazioni interpretative complesse, che ne fanno la *bouche du droit* (dell'intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*⁵⁸, così divenendo tutti, «in senso profondo e lato, «giudici costituzionali»»⁵⁹. È quello che chiede loro, del resto, la Corte costituzionale italiana quando li spinge a valutare, insieme con la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la possibilità di addivenire a un'interpretazione conforme a Costituzione⁶⁰, sulla base dell'assioma secondo il quale «le leggi non si dichiarano incostituzionali, perché è possibile darne un'interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne un'interpretazione costituzionale» (sentenza n. 356 del 1996).

A fronte di questa situazione, hanno la pretesa di quasi fotografarla coloro che si spingono ad affermare che la legge ha ormai due padroni, «il sovrano che la pone e il giudice che la sancisce controllandone la conformità ai testi fondanti e accogliendola nell'ordine giuridico»⁶¹ o che constatano che nella trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell'Ottocento nello Stato costituzionale del Novecento si determina un passaggio di mano, dal legislatore al giudice, nel ruolo di «padrone del diritto»⁶²: forse, però, è meglio adattarsi all'idea – suggerita dallo stesso Zagrebelsky⁶³ – che «il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto della cura di tanti», fermo restando che evocare il fantasma del «governo dei giudici» si riduce, nel contesto attuale, a una polemica di corto respiro, destinata a infrangersi contro i baluardi (ormai indiscutibili e irreversibili) dello Stato costituzionale, fondato su una tanto sovrana primazia di un *higher law*⁶⁴ da poter far dire al *Conseil constitutionnel* in una celebre decisione (n. 197 del 23

⁵⁸ V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione "di confine" fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 538.

⁵⁹ P. HAEBERLE, *Lo stato costituzionale*, Roma, 2005, p. 213.

⁶⁰ In argomento si rinvia a M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

⁶¹ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, p. 28.

⁶² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 208.

⁶³ *Ibid.*, p. 213.

⁶⁴ Nota G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 132, «che la crociata "sociale" contro la casta dei giudici ostili alle «innovazioni» non è altro che la rivendicazione del primato del legislativo – e quindi del politico – sulla costituzione intesa come *higher law*».

agosto 1985) che «la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution». Il che significa, per un verso, che la conclamata «identità dei dominanti e dei dominati, dei governanti e dei governati, di quelli che comandano e di quelli che ubbidiscono»⁶⁵ non va considerata, in una democrazia costituzionale, un *a priori* ontologicamente dato, ma un *a posteriori* da verificare di volta in volta attraverso il controllo del «respect de la Constitution». Per un altro, che alla Costituzione viene riconosciuto appieno il ruolo, che le è proprio, di «garantie prise par le peuple contre ceux qui font ses affaires, afin qu'ils n'abusent pas contre lui du mandat qui leur a été confié»⁶⁶.

Per quanto riguarda la riflessione intorno ai caratteri della legittimazione del potere giudiziario, trova conferma la posizione di quanti osservano che alla democrazia costituzionale è estranea la concezione della «preminenza totalizzante della rappresentanza su tutte le altre forme di raccordo tra Stato-soggetto e popolo sovrano»: il fatto quindi che solo il Parlamento sia eletto dal popolo non deve far concludere nel senso che gli altri poteri siano sprovvisti di legittimazione democratica, in quanto tutte «le potestà statuali, esplicazioni delle diverse funzioni, emanano da un'unica fonte di legittimazione, al tempo stesso giuridica e politica, il popolo, che si avvale di una pluralità di «mezzi» per esercitare costituzionalmente la propria sovranità». Nello Stato costituzionale si prende atto, pertanto, che il canale rappresentativo è solo «una delle forme in cui si esprime la volontà popolare» e che il principio maggioritario – strettamente collegato con la rappresentanza e con la conseguente responsabilità politica – è solo uno dei principi che caratterizzano il sistema democratico e, in particolare, non si applica alla funzione giudiziaria.

Solo quando si sia perso di vista il senso di ogni altra forma di legittimazione si può insistere sulla supremazia di quella popolare rispetto ad ogni altro circuito legittimante, dimenticando le ragioni di altre formule di selezione e di condivisione della decisione, quali l'*auctoritas*, per esempio, che si fonda sul rispetto dei pari, sul riconoscimento di caratteri in capo al giudice che gli permetteranno di emettere un giudizio che sarà comunque accettato da tutte le parti, o la *profes-*

⁶⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 307.

⁶⁶ Così si esprimeva E. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Centre de Philosophie politique et juridique, URA – CNRS, Université de Caen, 1993, p. 373.

sionalità, che si nutre della cultura del giudice (e che, se vogliamo, è essa stessa in grado di generare *auctoritas*)⁶⁷.

⁶⁷ Seppure non sia questa la sede per approfondire il tema, vale comunque la pena ricordare che la questione relativa alla legittimazione del potere giudiziario assume caratteri assai particolari in corrispondenza di ordinamenti caratterizzati da corpi sociali assai frammentati dal punto di vista etnico-nazionale. Qui le tensioni fra i diversi *cleavages* tendono a monopolizzare la vita istituzionale del paese, soprattutto laddove le minoranze non si sentono riconosciute e pienamente tutelate dai diversi livelli di potere. Si assiste ad una parcellizzazione della struttura centrale che riflette le divisioni locali: si sgretola la fiducia nelle capacità di decidere e di elargire giustizia da parte di chi, operando in nome dello Stato, si ritiene che agisca per conto di una parte, quella maggioritaria, della società. I metodi di legittimazione alternativi rispetto ai sistemi di rappresentanza perdono di valore se impiegati in un clima di crescente diffidenza e contrasto rispetto alle istituzioni: non mi fido di chi è diverso da me, non appartiene alla mia comunità e dunque non è in grado di comprendere le mie posizioni. La questione si fa particolarmente spinosa rispetto alla giustizia costituzionale, dove sono in gioco le regole della convivenza, a volte della sopravvivenza e dove le decisioni si caricano inevitabilmente di un maggior grado di politicità.

È, ad esempio, in questo clima di crescente diffidenza che va maturando in Spagna l'idea di modificare i criteri di selezione dei giudici del *Tribunal constitucional*. Il tema esplode, in particolare, dopo l'impugnazione dello statuto catalano approvato nel 2006, quando cominciano a levarsi dubbi circa la capacità della Corte di interpretare le esigenze delle comunità autonome e, dunque, di proporre una lettura della Costituzione del 1978 in linea con il progetto disaggregativo dello Stato autonomico attuale. Il Tribunale costituzionale sarà bersagliato da una serie di atti di ricusazione che metteranno a dura prova la credibilità ed autorevolezza dei propri membri. Con la legge organica n. 6 del 24 maggio 2007 si procede a modificare, fra le altre disposizioni, l'art. 16 della precedente LOTC, prevedendo la partecipazione delle assemblee legislative delle comunità autonome nell'elezione dei giudici costituzionali designati dal Senato. Tanto il precepto citato, quanto il testo di modifica dell'art. 184 del regolamento del Senato, che recepisce la nuova legislazione organica, sono stati impugnati dinnanzi al TC spagnolo, che, con le sentenze n. 49/2008 e 101/2008, ne ha dichiarato la conformità costituzionale. Va detto però che tanto la lettura che delle disposizioni ha dato il TC, quanto l'applicazione concreta delle medesime, hanno determinato un certo ridimensionamento della portata della riforma, limitando, nei fatti, l'effettiva incidenza delle comunità autonome sulla composizione del *Tribunal constitucional*. Per una ricostruzione, si vedano fra gli altri, P. RODRIGUEZ PATRÓN, *El Tribunal constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su ley orgánica y 184 del reglamento del Senado*, in *Revista de Derecho político*, n. 77, 2010, p. 107 ss.; J. URÍAS, *El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros*, in *REAF*, n. 10, 2010, p. 207 ss.; F. SÁNCHEZ BARRILAO, *La participación de las comunidades autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 23, 2009, p. 387 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *La nueva Ley orgánica del Tribunal constitucional*, Madrid, 2008, p. 45 ss.; I. TORRES MUÑOZ, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 6, 2008; L.U. DELGADO DEL RINCÓN, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 82, 2008, p. 347 ss.

La magistratura, in particolare, per poter adempiere alla sua funzione, non potrà essere espressione della stessa maggioranza che sostiene il *gubernaculum*, dal momento che è chiamata ad assicurare la tutela nel tempo degli spazi politici, economici e sociali dei vincenti come dei perdenti⁶⁸. Ne conseguirebbe altrimenti un inevitabile cortocircuito che renderebbe più incerti i confini fra i poteri e più facile la loro sovrapposizione, travolgendo l'idea di separazione come limite.

Ne deriva una forma minima, se si vuole, di collegamento fra principio democratico e giurisdizione, l'unica compatibile con gli altri principi, essenziali e irrinunciabili, che presiedono alla funzione giurisdizionale nelle Costituzioni liberaldemocratiche vigenti: l'indipendenza e l'imparzialità. Aumentare il tasso di democraticità della giurisdizione passando a forme di legittimazione che prevedano di inserire il giudice nel circuito rappresentatività-responsabilità⁶⁹ sbilancerebbe l'equilibrio complessivo del sistema, fondato com'è sull'inestimabile valore del pluralismo delle (e del dinamismo fra le) sedi decisionali⁷⁰, assicurato pienamente solo se si accede all'ovvia considerazione secondo cui dovendo «controllare le deliberazioni degli organi in cui si esprime la volontà popolare è necessario che i titolari degli organi di garanzia non abbiano la stessa origine dei primi (elezioni politiche)»⁷¹: contravvenire a quella "necessità" comporterebbe che un giudice più "democratico" (in sostanza politicamente rappresentativo e responsabile) sarebbe soprattutto un giudice meno indipendente e imparziale.

Il merito di questo primo livello di tematizzazione dei rapporti fra giurisdizione e democrazia costituzionale sta nello sgombrare il campo, sulla base di argomenti fondati sulle Costituzioni vigenti o ra-

⁶⁸ Si veda S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale*, cit., p. 23.

⁶⁹ A parte il ben noto caso dei giudici statali nordamericani, si può ricordare che anche in Italia negli anni '60 e '70 vi furono delle proposte sull'elettività dei giudici: in proposito v. P. BORGNA, M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti*, Roma-Bari, 2003, p. 85 ss.

⁷⁰ In questa prospettiva la vera forza del potere giudiziario nella democrazia costituzionale non è di essere "migliore" di quello politico (in quanto più professionale, meno corrotto, meno emotivo...), ma di essere "diverso", "altro" rispetto al circuito democratico-rappresentativo: un cenno in tal senso in M. SHAPIRO, *Judicialization of Politics in The United States*, cit., p. 11.

⁷¹ L. ELIA, *Politica e costituzione* (Lectio magistralis in occasione dell'inaugurazione dell'a.a. 2002-2003, della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università della Calabria, Soveria Mannelli, 2003, p. 19; v. anche M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 78.

gionevolmente deducibili da esse, da tesi, minoritarie ed estremizzanti, secondo le quali proprio la mancanza nel potere giudiziario dei due requisiti della legittimazione democratico-rappresentativa e della responsabilità politica dovrebbe indurre a sottrarre la gestione dei diritti a un'aristocrazia giudiziaria priva di legittimazione democratica, contro-maggioritaria e occulta⁷², la strada istituzionale autenticamente democratica essendo quella che attribuisce l'ultima e definitiva parola sui diritti al Parlamento sovrano⁷³, rappresentativo del corpo elettorale e politicamente responsabile.

Non si può negare però che la risposta a tesi del genere⁷⁴ – che sembrano disconoscere i fondamenti stessi della democrazia costituzionale e che talvolta sono espresse nel dibattito politico italiano con rozzezza inaudita – peccherebbe di formalismo indifferente alla realtà se muovesse dal presupposto secondo cui il rapporto fra legge e giudice sia di limpida subordinazione del secondo alla prima, in un contesto di *slot machine jurisprudence*: questa non è la situazione attuale e ora – se si vuole provare, ammesso che sia possibile, a «faire table rase de la fausse idée du “deficit démocratique” du pouvoir judiciaire»⁷⁵ – è giocoforza misurarsi con la problematica della discrezionalità-creatività-politicità dell'attività del giudice. Se è vero che vi sono fattori che possono incidere su questa problematica acuendone lo stato, d'altra parte bisogna assumere il fatto che per molti aspetti si tratta di criticità endogene allo stesso atto del decidere. Bisogna cioè prendere atto della naturale consustanzialità che lega il diritto all'interpretazione: i suoi gradi di discrezionalità, creatività e politicità potranno invece dirsi variabili a seconda del contesto in cui essa si realizza.

La creatività del giudice e, dunque, la carica politica delle sue decisioni, è, difatti, evidente sin dal momento in cui, dinnanzi al fatto, egli ricerca i profili della giuridica rilevanza o le norme adeguate al caso concreto. La ricerca non è mai neutrale o meccanica: si trova ciò che si cerca, nella direzione in cui si cerca, ed ogni direzione esprime già di per sé un orientamento⁷⁶.

⁷² A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, p. XI.

⁷³ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁴ Nella dottrina nordamericana (che è alla base di tale corrente di pensiero) v., ad esempio, J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001.

⁷⁵ P. PESCATORE, *La légitimité du juge en régime démocratique*, in *Commentaire*, 2000, n. 90, p. 343.

⁷⁶ Si veda A. CERRI, *op. cit.*, p. 1273 e ss.

Tale inevitabile propensione alla creatività del giudice può solo espandersi esponenzialmente in corrispondenza di due condizioni.

L'una caratterizzata da una produzione normativa alluvionale e polverizzata, caotica e «a generalità ridotta... o a basso grado di astrattezza»⁷⁷, dal carattere accentuatamente compromissorio e spesso oscuro, la cui approvazione piuttosto che un esito finale costituisce l'inizio della lotta per la sua interpretazione⁷⁸. Inevitabilmente il giudice interprete di questo tipo di legislazione, lungi dal potersi atteggiare, di fronte al «muro di oscurità normativa»⁷⁹ che si trova di fronte, come inanimata *bouche de la loi*, assume un ruolo attivo nella determinazione della norma da applicare al caso concreto, investito com'è «della formidabile funzione di «rimettere ordine», attraverso le sue decisioni, negli sparsi elementi del compromesso legislativo, e di ridare così unità al diritto»⁸⁰: la sottoposizione del giudice alla legge quasi si converte in una sottoposizione della legge al giudice⁸¹ e diventa lancinante la «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli», quella per cui «il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo»⁸².

L'altra rappresentata dalla «lacuna», intesa ora come naturale «insufficienza del diritto scritto a dare risposte puntuali alle esigenze del vivere civile»⁸³, ora come espressa volontà del legislatore, silente per scelta o per incapacità di intervenire o prevenire, di esprimersi o esprimersi chiaramente.

In questo caso l'afonia della legge non può essere afonia del diritto, né tanto meno del giudice, per il quale la soggezione alla legge non opera nel senso di preconstituire un alibi, legittimandolo a tacere

⁷⁷ A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 270.

⁷⁸ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 68.

⁷⁹ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, Macerata, 1997, p. 25.

⁸⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, p. 4.

⁸¹ G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, ora in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 259.

⁸² M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in AIC, *Annuario 2004 (Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale)*, Padova, 2008, p. 10.

⁸³ Così V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario*, Napoli, 2009, p. 55, che riflette sul diritto scritto come «intrinsecamente esauribile (corsivo nel testo), ossia insufficiente a contemplare e disciplinare tutti i possibili casi che l'evolversi della vita sociale» pone all'attenzione della scienza giuridica (57).

quando la legge non c'è⁸⁴. È lo stesso articolo 12 delle preleggi al codice civile, che impone al giudice di non arrendersi quando non è prevista una regola esplicita per il caso che gli è sottoposto.

Anche per questo il confronto giudice-lacuna diviene drammatico in corrispondenza di questioni controverse dal punto di vista etico, rispetto alle quali lo Stato stenta a prendere una posizione, risultando del tutto inadeguato non già ad orientare, bensì a coordinare il progresso della scienza e della tecnica in termini anche giuridici. A fronte di una politica refrattaria a rispondere in termini il più possibili astratti e generali alle sfide del pluralismo sociale e della tecnologia, il giudice è sempre più solo.

Il che comunque non legittima ad esasperare ed esagerare il carattere politico dell'attività del potere giudiziario, oltre la consapevole presa di coscienza di una evidente criticità resa acuta da alcune condizioni contingenti.

5. Dell'inevitabile (e minimo) contenuto politico dell'attività giudiziaria

Le considerazioni svolte muovono, evidentemente, dalla convinzione che il diritto, lungi dall'essere contenuto soltanto nella legge, è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione al quale l'interprete (e in particolare il giudice) partecipa in maniera determinante⁸⁵. La consustanzialità risulta ineluttabile⁸⁶, posto che «l'interpretazione è ed è destinata a rimanere l'anima del diritto»⁸⁷.

Riandando indietro nel tempo, alla base di queste considerazioni troviamo il pensiero di Hans Kelsen, la sua convinta teorizzazione di un'inscindibile *consecutio*: interpretazione-creatività-politicità. Nel saggio "Chi deve essere il custode della costituzione?" (1930)⁸⁸ il grande studioso sostiene che «in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carat-

⁸⁴ C. SALAZAR, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1977, p. 813.

⁸⁶ Sulla dottrina della "discrezionalità ineluttabile" connessa all'attività di interpretazione cfr. G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1990, p. 196.

⁸⁷ R. TONIATTI, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁸ Ora in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 229 ss. (il passo subito dopo citato nel testo è a p. 242).

tere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica, ma non la «vera» giurisdizione, è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere «politico» che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa».

Altrettanto incisiva è l'affermazione che Kelsen fa nel saggio «Lineamenti di teoria generale dello Stato» (1926)⁸⁹: «Il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* [corsivo nel testo] individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale. Solo il pregiudizio secondo il quale tutto il diritto è racchiuso nella norma generale, solo l'erronea identificazione del diritto con la legge [corsivi nel testo], poteva offuscare questa nozione». E ancora: «Il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l'atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della Costituzione, le leggi giuste»⁹⁰.

Del resto la consapevolezza della creatività-politicità dell'interpretazione giudiziaria è largamente diffusa in dottrina: si va dalla *dissenting opinion* di quasi un secolo fa (1917) del giudice Holmes secondo il quale «I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially» (in *Southern Pacific Co. v. Jensen*), a H.L.A. Hart, secondo il quale nei casi di incompletezza del diritto «i tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo “discrezionalità”»⁹¹; da A. Barak, che muove dall'assunto che “il giudice crea il diritto” attraverso un’“attività legislativa interstiziale”⁹², a M. Cappelletti, che

⁸⁹ Vedilo riprodotto in H. Kelsen, *Dottrina dello Stato* (nella versione a cura di A. Carrino), Napoli, 1994, p. 41 ss.

⁹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, p. 123.

⁹¹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 2009, p. 324.

⁹² A. Barak, *op. cit.*, p. 233.

parla di creatività della funzione giudiziaria come produzione di diritto ad opera dei giudici⁹³; fino alla domanda più recentemente posta, con evidenti intenti retorici, da M. Luciani («come può “non fare politica” un giudice che “crea” il diritto?»)⁹⁴.

Naturale che da questa consapevolezza critica nascano una serie di tormentate domande alle quali lo studioso è chiamato a rispondere: «Se il giudice esercita in qualche modo potere politico [...] in che modo sono giustificate le sue garanzie di indipendenza? Non devono forse queste garanzie essere compatibili con il principio che sta a fondamento di questi regimi, secondo cui chi esercita potere politico deve essere chiamato a rispondere davanti alla comunità? Ma come conciliare la responsabilità del giudice con la necessità di assicurarne l'imparzialità, fatto che [...] sta alla base delle sue garanzie di indipendenza? Detto in breve, come conciliare potere giudiziario e democrazia?»⁹⁵. Se è vero – si aggiunge – che esiste un divario tra indipendenza e responsabilità democratica del giudice non facile a colmarsi, c'è da chiedersi «quanta indipendenza le democrazie consolidate possono permettersi di accordare alla magistratura senza indebolire i circuiti della rappresentanza e della responsabilità politica, che ne costituiscono altrettanti pilastri»⁹⁶.

È indubbio che alla sensibilità contemporanea – come è stato opportunamente notato⁹⁷ – questa «produzione giudiziaria di diritto pone [...] un problema costituzionale di connessione del potere giudiziario con la rappresentanza democratica dalla quale promana la legge cui il giudice è soggetto»: per provare a ridurre questo problema a dimensioni accettabili (forse, addirittura, a risolverlo), oltre a tener presente più di quanto normalmente si faccia la distinzione fra incidenza politica della sentenza e suo vero e proprio (e molto raro) contenuto politico⁹⁸, bisogna mettere in campo una serie di considerazioni (ulteriori rispetto a quelle già fatte) che smontino la troppo veloce assimilazione del giu-

⁹³ M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁴ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto* (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, p. 882.

⁹⁵ C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, p. 125.

⁹⁶ Così – sulla base di uno studio di P.H. Russell – P. PEDERZOLI, *op. cit.*, p. 57, nota 5.

⁹⁷ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 138.

⁹⁸ Convincenti considerazioni in G. GIACOBBE, M. NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, 1996, p. 60.

dice a un mero attore politico, con le inevitabili ricadute in ordine al suo *status*.

Alcuni degli stessi autori appena citati possono aiutarci in un'operazione volta, per un verso, a riconfermare la non estraneità del giudice al principio democratico neppure nei casi di "legislazione interstiziale"; per un altro, a porre in evidenza la specificità della sua attività rispetto a quella autenticamente politica. Per intanto Kelsen – lo si sarà notato – accenna a un'autorizzazione a creare diritto da parte del legislatore al giudice; e anche Barak sostiene che «il legislatore [...] (implicitamente od esplicitamente) acconsente all'intervento del potere giudiziario, poiché istituisce regole di massima – o procedure per colmare le lacune nell'ordinamento – e conferisce al giudice l'autorità di determinare una norma giuridica basandosi sull'interesse della collettività»⁹⁹; si ricordi in proposito l'art. 1, II co., del codice civile svizzero prima citato. E poi sia Barak che Elia sottolineano quanto diverso sia produrre diritto come giudice o come legislatore¹⁰⁰, in quanto per il giudice «si tratta di una creatività non *ex nihilo*, ma di una creatività strumentale, condizionata all'adeguazione del diritto legislativo alla Costituzione»¹⁰¹, di una creatività che si avvicina molto al concetto di discrezionalità amministrativa¹⁰²; e aggiunge G.U. Rescigno: «Il giudice crea diritto per il caso concreto sul quale decide, ma non crea diritto se per creazione del diritto intendiamo formulazione di regole generali e astratte»¹⁰³.

Ma non si tratta solo di questo: per misurare la distanza fra la (eccezionale e limitata al caso singolo) produzione di diritto da parte del giudice rispetto alla (continuativa e potenzialmente generale e astratta) produzione di diritto da parte del legislatore e per misurare conseguentemente quanto di frettoloso e di approssimativo si annida nell'assimilazione fra il giudice e il politico che talune correnti di pen-

⁹⁹ A. BARAK, *op. cit.*, p. 190; anche per F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, p. 41, «in un sistema liberal-democratico [...] noi autorizziamo l'esercizio giudiziario di poteri limitativi e di limitare, costituzionalmente, il contenuto delle decisioni politiche».

¹⁰⁰ A. BARAK, *op. cit.*, p. 233; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 311.

¹⁰¹ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 224.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 380.

siero, in particolare nordamericane, propongono, ci si deve soffermare su quelle che sono le caratteristiche essenziali del procedimento giudiziario: da parte della dottrina unanime si parla in proposito di passività (*nemo iudex sine actore*), di imparzialità (*nemo iudex in causa propria*), della garanzia del contraddittorio (*audiatur et altera pars*), del rispetto dell'obbligo di motivazione e del principio di legalità¹⁰⁴.

Si tratta di un'armatura ferrea – del tutto impensabile per l'attività politica – entro cui l'attività giudiziaria è sigillata, dalla quale peraltro non è escluso che talvolta esca il topolino della “legislazione interstiziale”: ma è certo fuori misura muovere da questa eventualità, finché si manifesta in dosi omeopatiche, per assimilare il concetto di discrezionalità giudiziaria (anche quando arrivi all'estremo della legislazione interstiziale) a quello di decisionalità politica, parlare del potere giudiziario come potere *tout court* politico fino ad arrivare a ipotizzare la responsabilità politica del giudice sulla base di un presunto principio generale che imporrebbe «la responsabilità di chiunque eserciti potere politico nei confronti del *demos*»¹⁰⁵. A parte l'avvitamento autoreferenziale dell'argomentazione (siccome il giudice è “politico” deve rispondere politicamente), in realtà quel principio ha una latitudine più contenuta: solo chi è eletto dal corpo elettorale deve rispondere delle sue decisioni davanti al corpo elettorale. Nelle democrazie costituzionali è prevista una serie di decisori pubblici che non sono decisori politici elettoralmente investiti e la cui presenza risponde alla *ratio* di disseminare le sedi decisionali e di impedire l'eccessiva concentrazione di potere nel “politico”: la situazione archetipa si riscontra proprio nella giurisdizione, cui le Costituzioni contemporanee – consce dell'indissolubile legame fra potere giudiziario e tutela dei diritti e consce che quest'ultima è il vero valore aggiunto della democrazia costituzionale rispetto ai regimi precedenti – accorda uno *status* specialissimo di indipendenza (in quanto funzionale all'imparzialità)¹⁰⁶ in naturale rotta di

¹⁰⁴ A quest'ultimo proposito osservano C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *op. cit.*, p. 15, che il giudice è chiamato «ad applicare norme preesistenti, potendosi trattare di una legge o anche di un precedente giurisprudenziale, ma in ogni caso i criteri che sorreggono la decisione devono essere conoscibili prima dell'instaurarsi del giudizio: è il principio di legalità», lontano anni luce – vale la pena di aggiungere – dai canoni propri della decisione politica.

¹⁰⁵ C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna, 2001, p. 19.

¹⁰⁶ Osserva M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, cit., p. 21 (richiamandosi alla sent. n. 60 del 1969 della nostra Corte costituzionale) che «l'indipendenza non è che il mezzo inteso a salvaguardare un altro valore – connesso certamente, ma diverso e ben

collisione con la responsabilità politica (connessa magari all'elettività)¹⁰⁷ che di quella indipendenza/irresponsabilità sancirebbe la fine o un vistoso ridimensionamento, a meno di non concepirla nella chiave – del tutto irrilevante sul piano giuridico – della c.d. responsabilità politica diffusa (formula che a null'altro allude che alla sottoposizione delle sentenze al libero dispiegarsi della manifestazione del pensiero dei consociati).

6. Conclusioni

Altre, dunque, sembrano le strade da percorrere per dare una risposta alle domande precedentemente poste, rispetto a quelle che porterebbero a un pericoloso appannamento dei caratteri irrinunciabili della giurisdizione, fra loro inestricabilmente legati, quali – lo si ripete – l'indipendenza¹⁰⁸, l'imparzialità e l'irresponsabilità: in particolare la strada maestra è quella che valorizza gli elementi dell'armatura ferrea di cui si è parlato (e fra questi in particolare – proprio per il suo collegamento a una *ratio lato sensu* democratica – la motivazione¹⁰⁹ nel suo rilievo extraprocessuale, funzionale com'è all'esposizione al pubblico e al controllo da parte della collettività delle ragioni della sentenza¹¹⁰) per

più importante del primo – ossia l'imparzialità del giudice, vera e propria essenza dell'attività giurisdizionale»).

¹⁰⁷ Per una posizione contraria all'elettività e alla responsabilità dei giudici v., fra gli altri, A. BARAK, *op. cit.*, p. 191. Per una descrizione delle modalità d'accesso alla carriera giudiziaria nel Regno Unito e in USA, v. G. MOSCHELLA, *Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, 2004, p. 512 ss.; di fatto solo il giudice elettivo e a termine degli Stati nordamericani può essere ritenuto politicamente responsabile, tale non potendo essere considerato il giudice nominato a vita dal potere politico.

¹⁰⁸ Sul piano della sociologia giudiziaria rimane peraltro molto plausibile (e augurabile) che i giudici si comportino come auspicato da R. Dahl e da M. Shapiro, citati da C. GUARNIERI, *Giustizia e politica*, Bologna, 2003, p. 44: siano cioè giudici indipendenti nelle singole dispute ma non dagli orientamenti di fondo del sistema politico; ovvero siano giudici "indipendenti al dettaglio, non all'ingrosso".

¹⁰⁹ Per l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari si possono vedere sia l'art. 111, VI co., della Costituzione italiana che l'art. 149 della Costituzione belga.

¹¹⁰ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit. p. 88. Sul rilievo cruciale della motivazione quando si discute del problema della legittimazione democratica della magistratura cfr. D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 117: a una *ratio lato sensu* democratica si può ricondurre anche il pensiero di chi vede nella motivazione l'elemento sul quale il giudice "all'interno del sistema giudiziario (e non solo nell'ambito del singolo processo), fonda la propria legittimazione, dando conto della propria soggezione alla legge".

arrivare alla conclusione secondo cui la legittimità democratica della giurisprudenza, diversamente, da quella delle branche «politiche», non dipende affatto dalla *rappresentatività* (e dal rispetto di una volontà maggioritaria dei rappresentati), ma bensì dalla *processualità* ossia dalle fondamentali caratteristiche *modali* del *judicial process*¹¹¹.

Fermo restando che quella costituzionale non è una democrazia «cieca», che fa della sovranità popolare un «faro accecante e un mito assoluto»¹¹², ma una democrazia con gli occhi ben aperti sulla tutela dei diritti dei cittadini (ed è per questo che istituisce forme di neutralizzazione della politica per via giurisdizionale¹¹³), va infine osservato che essa però non ha alcuna debolezza verso il governo dei custodi o – si può anche dire – verso il paternalismo giurisdizionale¹¹⁴. Si è parlato nelle pagine precedenti di equiordinazione tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa e questo significa che la legge – come massima espressione della sovranità popolare, qualora si ponga in sintonia con la Costituzione¹¹⁵ – ha un ruolo fondamentale per assicurare il principio di legalità e il connesso principio di giurisdizionalità: come è stato detto da un illustre maestro «non si può parlare di vera giurisdizionalità laddove non si realizza in pieno il principio di legalità»¹¹⁶, il che vuol dire che se «il giudice non dispone di norme di diritto sufficientemente precise non vi potrebbe essere, nonostante le forme e le apparenze, alcuna attività davvero giurisdizionale, poiché nessuna sussunzione [conforme alla fattispecie legale] è realmente possibile in norme generiche»¹¹⁷.

(A. ANDRONIO, *Commento all'art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, p. 2120).

¹¹¹ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 126 (corsivi nel testo).

¹¹² P. CARNEVALE, «A futura memoria»: dalla Corte segnali «per il dopo», in A. CELOTTO (a cura di), *Il lodo Alfano*, Roma, 2009, p. 50.

¹¹³ A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, p. 20.

¹¹⁴ N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in AIC, *Annuario 2004 (Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale)*, cit., p. 247.

¹¹⁵ Si ricordi la sentenza del *Conseil constitutionnel*, cit. alla fine del primo paragrafo.

¹¹⁶ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione* (1962), ora in ID., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005, p. 479. Nella pagina precedente egli osservava che sul «continente l'imparzialità dei magistrati si è fondata, oltre che su talune garanzie di carattere organizzatorio, anche e soprattutto sulla loro soggezione alla legge: ma tale soggezione, già relativizzata di necessità sotto tanti aspetti, scompare addirittura quando, nel campo penale, venga meno la determinatezza della fattispecie normativa».

¹¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 361.

Senza rincorrere improbabili esclusive nel procedimento di formazione del diritto, questo significa che le ragioni della legge devono rimanere centrali in quel procedimento, spettando a loro il compito ineludibile di dettare con la maggiore chiarezza possibile le scelte politicamente qualificanti nelle svariate materie di interesse pubblico: è questo il posto che deve spettare a un atto che ha l'inestimabile valore «di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in Parlamento e potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera rappresentanza politica, composta di maggioranze e minoranze»¹¹⁸.

Ed è questo il modo per assicurare un altro inestimabile valore per l'equilibrio complessivo di una democrazia costituzionale: quello che abbiamo prima definito il pluralismo delle (e il dinamismo fra le) sedi decisionali, a nessuna delle quali può essere appaltata in esclusiva la gestione della cosa pubblica, posto che i sistemi liberaldemocratici non poggiano su un potere ultimo e salvifico, sull'idea di una decisione sovrana e inappellabile, ma sull'equilibrio dinamico di legittimità plurali. È quanto di recente è stato ribadito da Sabino Cassese¹¹⁹ osservando che è radicalmente viziato l'assunto secondo cui «i poteri pubblici moderni abbiano una sola componente, quella democratica (elezioni-maggioranza dei votanti-maggioranza degli eletti-volontà generale). Essi, invece, sono tutti, sia pure in misura diversa, regimi misti, con una componente democratica e una liberale o garantista. Ambedue le componenti svolgono la stessa funzione, che è quella di tenere sotto controllo il potere»: ne deriva che «quello della legittimazione popolare o democratica dei giudici è un "falso problema", perché l'equilibrio e la moderazione dei poteri pubblici è raggiunto proprio grazie alla compresenza delle due componenti, che possono anche entrare in conflitto».

¹¹⁸ N. ZANON, *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, in *Percorsi costituzionali*, 2009, n. 2, p. 9.

¹¹⁹ S. CASSESE, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009, p. 104 ss.

UNIVERSITÀ DI TRENTO

95

MAGISTRATURA, GIURISDIZIONE
ED EQUILIBRI ISTITUZIONALI
DINAMICHE E CONFRONTI EUROPEI E COMPARATI

a cura di

ROBERTO TONIATTI - MATTIA MAGRASSI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2011