



2 NOVEMBRE 2016

Recensione a G. Valditara, *Giudici e legge*, Pagine, Roma, 2015, pag. 301

di Mario E. Comba

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Torino



# Recensione a G. Valditara, *Giudici e legge*, Pagine, Roma, 2015, pag. 301\*

**di Mario E. Comba**

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi di Torino

1. Tra i temi che caratterizzano l'attuale dibattito nell'ambito del cd. «neocostituzionalismo» assume un ruolo centrale quello del rapporto tra i giudici e la legge, declinato nei termini della minore importanza del testo legislativo rispetto alle caratteristiche concrete del caso da decidere, ove la volontà legislativa è soggetta alla capacità del giudice di “adeguarla” alle esigenze della società e dunque, in sostanza, il tema della crescente importanza del potere giudiziario rispetto al potere politico-rappresentativo del parlamento<sup>1</sup>. Nell'acuta analisi che del neocostituzionalismo propone Zanon, se da una parte viene riconosciuto che il discorso di fondo ha certamente il merito di avere superato alcuni ricorrenti temi del giuspositivismo (che peraltro parevano ormai già abbandonati da gran parte della dottrina), dall'altra è messo in evidenza l'equivoco di fondo sul quale si basa questa posizione e cioè la confusione (o meglio, l'errata identificazione) tra principi e valori. Mentre i primi sono oggettive regole giuridiche, anche di ampia interpretazione, ma pur sempre ipostatizzate in un testo e contenute nei limiti letterali dello stesso, i valori sono invece per loro natura soggettivi e privi di un oggettivo riferimento normativo in un testo giuridico. Esemplare il riferimento alla nota affermazione di Zagrebelsky, secondo la quale “alle regole si obbedisce (...) ai principi invece si aderisce e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione”<sup>2</sup>, la quale nasconde appunto una confusione, una errata identificazione tra principi e valori, in quanto è ai valori che si aderisce, mentre i principi sono pur sempre dotati di natura giuridica coattiva<sup>3</sup>. Da questa confusione – e dalla conseguente sopravvalutazione dei principi-valori e svalutazione della *interpretazione* del testo rispetto alla *adesione* ai principi-valori – derivano conseguenze di estrema rilevanza sul ruolo e sulla funzione del

\* Recensione.

<sup>1</sup> Per un'ampia rassegna sui temi del neocostituzionalismo ed una acuta analisi degli aspetti critici e delle conseguenze paradossali, cfr. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in “Quaderni costituzionali”, 2015, p. 919-929.

<sup>2</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 148

<sup>3</sup> Zanon, cit., p. 921.



giudice, sia esso giudice ordinario che giudice costituzionale. Secondo questa impostazione, infatti, viene meno la “figura classica (e anche tragica) del giudice che si trova di fronte alla *dura lex sed lex*, che interiormente non condivide la scelta legislativa e che tuttavia è tenuto ad applicarla”<sup>4</sup> poiché il giudice, aderendo al principio che ritiene di poter applicare al caso concreto, supera la tragica alternativa semplicemente eliminando il termine che la rende tragica – e cioè la doverosa sottoposizione alla legge – e mantenendo solo quello del proprio foro interno. Si può allora concludere che: “chi è mosso dall’adesione interiore a valori diversi o anche opposti a quelli riconosciuti, all’esterno, dai principi e dalle regole vigenti, ha a disposizione le procedure della democrazia per ottenere i mutamenti desiderati. Ma il giudice che utilizza la funzione giurisdizionale a questo scopo, ed alimenta con le risorse del proprio foro interiore nuovi inattesi significati di un testo legislativo, contraddice democrazia e giurisdizione al tempo stesso”<sup>5</sup>.

Così impostata, la questione del rapporto tra giudice e legge, sebbene latamente inquadrabile nell’ampio discorso sulla divisione dei poteri, ne travalica però i confini toccando aspetti assai più complessi ed articolati se non altro perché, almeno rispetto alla originaria impostazione di Montesquieu, si deve confrontare con diversi livelli di problematiche a livello legislativo e costituzionale ed ai conseguenti intrecci interpretativi. Nelle moderne democrazie, il giudice ordinario non si relaziona solo con la legge e dunque con il potere legislativo, espressione del Parlamento, ma anche con la Costituzione, espressione di un potere costituente che non coincide con quello legislativo ma è ad esso superiore. Si pone dunque il problema, che è centrale nel volume qui commentato, della possibilità per il giudice ordinario di riferirsi direttamente al testo costituzionale disapplicando la volontà del legislatore come espressa nel testo di legge. Non è solo questione di sindacato diffuso di costituzionalità, ma di dichiarata supremazia del potere giudiziario su quello legislativo attraverso il richiamo ai principi (valori) costituzionali.

2. Il volume di Giuseppe Valditara, dal significativo titolo “*Giudici e legge*”, si inserisce nel dibattito con una ricchezza di spunti originali derivanti in parte dall’esperienza dell’Autore il quale è professore ordinario di diritto privato romano e dunque apporta le specifiche conoscenze della sua disciplina, ma è anche stato senatore per tre legislature e dunque ben conosce i meccanismi operativi della produzione legislativa e dei rapporti con il potere giudiziario.

Il libro si divide nettamente in due parti.

<sup>4</sup> Zanon, cit., p. 922.

<sup>5</sup> Zanon, cit., p. 926



Nella seconda parte – che forse deve considerarsi logicamente anteriore - (capitoli IV e V, pag. 189 – 289) viene proposta un’ampia ricostruzione del rapporto tra giudici e legge nella storia del diritto europeo continentale: dal diritto romano per arrivare fino alla Costituente italiana. Sono particolarmente interessanti, per il contributo all’odierno dibattito costituzionalistico, le pagine dedicate alla concezione giustiniana della legge e della certezza del diritto, caratterizzate dalla quasi ossessiva esigenza di garantire l’uniforme applicazione della legge (p. 205-218). Qui nascono il divieto di commentare il Digesto giustiniano (*l’interpretatio* è considerata *perversio*, p. 206) ed il dovere per i giudici di astenersi dall’interpretare la legge in modo analogico o estensivo e di rimettere gli atti di causa al tribunale imperiale nel caso di dubbio interpretativo (p. 208). Nelle pagine successive viene delineata la successiva evoluzione del pensiero occidentale in merito al rapporto tra giudice e legge con una sapiente selezione di autori, rappresentativi delle principali tendenze, per arrivare all’Illuminismo con la contrapposizione tra Montesquieu e Rousseau alla quale ancora oggi possono farsi risalire le due principali versioni della separazione (o della non-separazione) dei poteri<sup>6</sup>. Si giunge poi allo Statuto albertino ed al dibattito nell’Assemblea costituente italiana, il quale viene ricostruito assai dettagliatamente proprio in merito al rapporto tra giudici e legge. Sull’articolo 101 della Costituzione italiana (“La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”), che è ovviamente centrale per i temi trattati nel libro, l’autore conclude che “anziché sottolineare la soggezione del giudice alla legge, si è finito per dare rilievo essenzialmente all’avverbio «soltanto», vale a dire si è centrata l’attenzione sulla sua indipendenza, finendo così con l’esaltare ulteriormente l’autonomia irresponsabile del magistrato. Non era questo tuttavia l’intento del Costituente” (p. 266).

Il doveroso riferimento al sistema di *common law* è accennato nel capitolo IV anche se solo con una citazione del netto ripudio di Bentham, che ne lamentava l’incertezza (p. 236), ma viene esaminato in modo più sistematico nella prima parte, proprio all’inizio del capitolo I (p. 16 – 23). L’autore distingue correttamente il *common law* inglese da quello statunitense, evidenziando come anche nel primo – non diversamente dai sistemi giuridici europei continentali - la supremazia del Parlamento sia incontestabile mentre nel secondo il ruolo di “terza camera” svolto dalla Corte Suprema ed il sindacato diffuso dei giudici che possono disapplicare la legge (statale o federale) in contrasto con la Costituzione vengono giustificati con la legittimazione politica dei giudici americani, i quali a livello statale sono scelti tramite elezione ed a livello federale sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti. Si tratta, secondo l’autore, di un ruolo

<sup>6</sup> Sia consentito rinviare a M. COMBA, *L’evoluzione della separazione dei poteri*, in *Teoria politica*, XXI, n. 2, 2005, pp. 35-47.



“trasparentemente politico” (p. 20) dei giudici americani, nel senso che essi agirebbero palesemente in modo politico, senza con ciò forzare la Costituzione, che prevede proprio una loro caratterizzazione in tal senso<sup>7</sup>. Quanto alla certezza del diritto – si potrebbe aggiungere – in un sistema a sindacato costituzionale diffuso come quello statunitense, essa è garantita dalla regola dello *stare decisis*, per la quale una legge dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema federale (o da una Corte Suprema statale) non potrà più essere applicata da alcun giudice (se non dalla stessa Corte Suprema, nel caso in cui decida di modificare un suo precedente).

Nella prima parte del libro (capitoli I, II e III, pag. 15 – 187), l’Autore descrive il rapporto tra giudici e legge esistente in Italia, prima indicando e classificando i numerosi casi di “giurisprudenza creativa” (capitolo I) e poi dedicando i due capitoli successivi al rapporto tra giudici e Costituzione. In particolare, viene segnalata la posizione, già anticipata nella prima sentenza della Corte costituzionale (n. 1/1956) e poi successivamente confermata e sviluppata anche in sede dottrinale, per la quale i primi guardiani della Costituzione debbono essere i giudici ordinari, che hanno l’onere di interpretare le leggi ordinarie in modo conforme alla Costituzione (cd. interpretazione costituzionalmente orientata) e possono sollevare questione di legittimità costituzionale solo quando non vi sia alcuna possibile interpretazione della legge conforme a Costituzione. Da qui è breve il passo che conduce ad una interpretazione forzata – se non addirittura una disapplicazione - della legge ordinaria per “adeguarela” alla Costituzione, o ai principi (valori) che il singolo giudice crede di individuare nella Costituzione.

Secondo l’autore, questa impostazione stravolge la funzione originale della Corte costituzionale e soprattutto attribuisce ai giudici ordinari un potere che la Costituzione non voleva attribuire loro e che poi si è ulteriormente ampliato secondo quella che è definita nel volume “una modifica tacita della Costituzione, che rischia di condurre alla progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale e alla sempre maggiore centralità della giurisprudenza ordinaria nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi e nella applicazione della Costituzione” (pag. 175).

La svalutazione del ruolo della legge e l’autonomia del giudice rispetto alla volontà del legislatore non possono essere giustificate con l’argomento del “legislatore partigiano”, secondo l’accezione di Grossi, perché il legislatore in democrazia è sempre partigiano, sicché la critica a tale sua funzione è una critica alla

<sup>7</sup> Si tratta forse di un’affermazione un poco esagerata, almeno se si pensa all’originaria definizione del potere giudiziario da parte dei costituenti statunitensi come “the least dangerous branch” (per chiara influenza di Montesquieu) e al fatto che la nomina presidenziale dei giudici federali deve comunque essere confermata dal Senato, sicché la sottoposizione della nomina ad un duplice consenso politico ne “spoliticizza” il contenuto perché obbliga le parti a convergere su di un soggetto che non sia troppo partigiano. Per l’evoluzione del ruolo costituzionale del giudiziario statunitense, cfr. A BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale. Yale University Press, 1962.



democrazia (p. 131). Si tratta infatti di un argomento il quale deve presupporre la migliore aderenza e sensibilità del giudice, rispetto al legislatore, alle esigenze ed agli sviluppi della società, così che solo tramite sentenze che prescindono dalla volontà legislativa si potrebbe raggiungere la vera equità, soprattutto in materia di tutela dei diritti individuali<sup>8</sup>. Né il giudice può invocare il diritto di resistenza per giustificare la non applicazione della legge in forza dell'adesione a valori asseritamente costituzionali, perché tale diritto non è stato inserito nel testo costituzionale per esplicita volontà dei costituenti (p. 140-143).

In conclusione, secondo l'Autore, è in corso “una operazione nei fatti eversiva giustificata da un ben preciso fine politico: modificare per via giudiziale l'ordinamento dello Stato in senso «progressista», attraverso la interpretazione costituzionalmente orientata delle leggi, realizzando quel cambiamento normativo che le libere elezioni e le maggioranze parlamentari non avevano consentito di determinare”. Si tratta di una valutazione forte, a supporto della quale il volume in commento offre un'ampia serie di argomentazioni e che sollecita ulteriori riflessioni sulle modalità di funzionamento della democrazia e sul ruolo anti-maggioritario della magistratura. E si tratta di una valutazione che ben si inserisce nel dibattito sul neocostituzionalismo, riportato all'inizio della presente nota, al quale il volume offre un contributo interessante e fecondo.

---

<sup>8</sup> Diversa è l'ipotesi di una configurazione della magistratura come soggetto “responsabile” nei confronti dei cittadini, che ha avuto un significativo sviluppo nella letteratura anglosassone: Si veda, *ex multis*, per gli Stati Uniti, il classico J. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, 1980 e, più recentemente, per il Regno Unito, dopo la riforma istitutiva della Supreme Court, S. SHETREET, S. TUNENNE, *Judges on trial. The independence and accountability of the English Judiciary*, Cambridge, 2013. Ancora diverso è il discorso relativo al cd. “reflective judiciary” e cioè la strutturazione del giudiziario in modo da recepire le esigenze di un pluralismo accentuato, la quale può avvenire o attraverso la costituzione di appositi tribunali (generalmente articolati su criteri religiosi o etnici), oppure attraverso l'imposizione di criteri per la composizione dei tribunali ordinari e costituzionali i quali tengano conto di criteri quali il genere, o l'appartenenza etnica, territoriale, religiosa o linguistica. Cfr. M. CAIELLI – M. COMBA – D. FRANCAVILLE – A. MASTROMARINO (a cura di), *Jurisdiction and Pluralism: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in corso di preparazione.