

la presenza di violazioni dei disposti o dei principi costituzionali invocati, e tuttavia rifugiava dal sanzionarle, data la varietà delle possibili risposte. Da ultimo, valga l'esempio della sentenza n. 438 del 1993, relativa all'attribuzione dei seggi di deputato nella Provincia di Bolzano: nella quale l'organo della giustizia costituzionale evita di pervenire al merito, pur lasciando intendere che la tutela della minoranza linguistica tedesca avrebbe consigliato e forse richiesto una diversa soluzione legislativa.

Per evitare conclusioni così insoddisfacenti e inquietanti — secondo Carlassare e Bartole — la tipologia delle dichiarazioni d'illegittimità costituzionale si è allora arricchita: negli ultimissimi anni, cioè, la Corte ha cominciato a utilizzare lo strumento delle cd. sentenze additive di principio, che dichiarano illegittima la disciplina impugnata, adombrano i criteri atti a colmare la lacuna, ma demandano al legislatore — nelle loro stesse formule finali — il pieno adeguamento del diritto vigente alla Costituzione. Non a caso, tutte queste decisioni mirano a salvaguardare diritti sociali compromessi, sia pure per effetto del decorso del tempo e del conseguente deteriorarsi di certe situazioni: a partire, sostanzialmente, dalla sentenza n. 215 del 1987, relativa al trattamento dei soggetti handicappati nelle scuole medie superiori (anche se il dispositivo di quella decisione non presenta la tipica struttura delle pronunce in esame).

Vari motivi, però, fanno sì che nemmeno quest'ultimo rimedio sia tale da poter ricevere applicazioni generalizzate. In primo luogo, non tutte le questioni di legittimità costituzionale si prestano a essere risolte per la via delle sentenze additive di principio: si pensi ancora alle elezioni politiche nell'Alto Adige, che la Corte sarebbe stata forse in grado di fare oggetto di un accoglimento puro e semplice, se non avesse osato l'incertezza della situazione italiana, sulla quale incombe di continuo lo scioglimento anticipato delle Camere. In secondo luogo, decisioni di quel genere hanno il torto di lasciare indefinita la loro stessa efficacia: a volte, infatti, esse sono senz'altro utilizzabili dai giudici comuni, ma in forme che la Corte non predetermina, a scapito della certezza del diritto; in qualche caso-limite, esse hanno invece per destinatario il solo legislatore ordinario, senza dunque distinguersi dalle sentenze monitorie di rigetto.

In definitiva, là dove il Parlamento non risponde a tempo, la garanzia dei diritti fondamentali può mancare in tutto o in parte di effettività, quand'anche la Corte si pronuncii. Il discorso sulla giustizia costituzionale interferisce perciò — strettamente — con il discorso sulla nuova o rinnovata forma italiana di governo. Ma non è questa la sede, e non sono ancora questi i tempi, perché si possa parlarne con piena cognizione.

MARIO DOGLIANI

## Garanzie d'indipendenza della Magistratura

SOMMARIO: 1. Il problema nei suoi paradossali termini attuali. — 2. La tematizzazione tradizionale. — 3. Il problema originario: l'assoggettamento dei giudici alla legge. — 4. Il risvolto dell'assoggettamento del giudice alla legge: la riduzione del potere giudiziario a potere nullo. — 5. Dalla bipartizione alla tripartizione dei poteri. — 6. Il progressivo rinnovarsi della distinzione tra legge e diritto. — 7. I riflessi sulla legittimazione del giudice della sua nuova posizione di fronte alla legge. — 8. Una interpretazione ottimistica della nuova posizione del giudice. — 9. Il nuovo significato della indipendenza dei giudici. — 10. Il ruolo del CSM nel nuovo rapporto tra giurisdizione e politica. — 11. Conclusioni.

### 1. Il problema nei suoi paradossali termini attuali

I problemi che si pongono oggi nell'affrontare il tema dell'indipendenza dei giudici possono essere formulati prendendo a spunto *Principii* di un recentissimo scritto di Bruti Liberati: «Un potere giudiziario "invisibile e nullo", un giudice "bocca che pronuncia le parole della legge, [...] essere inanimato". Il modello (o il mito) di magistratura e di giudice delineato da Montesquieu [...] nel capitolo VI del libro XI di *De l'esprit des lois* è oggi in Italia da più parti invocato come via di uscita a quattro anni dall'inizio di Tangentopoli (per invitare la) magistratura a "fare un passo indietro"<sup>1</sup>».

Come è possibile che proprio le parole del fondatore della teoria della separazione dei poteri siano assunte come emblematiche per descrivere polemicamente la volontà di coloro che vengono additati come gli attuali nemici della indipendenza della magistratura? Se ciò

<sup>1</sup> E. Bruti Liberati, *Potere e Giustizia*, in E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giassanti (ed.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996, p. 185.

può accadere, vuol dire che la magistratura è diventata qualcosa di molto diverso da ciò che era stato prefigurato da quelle parole, e nelle quali essa si era a lungo riconosciuta. E dunque: che cosa si intende oggi per indipendenza della magistratura?

## 2. La tematizzazione tradizionale

Fino a non molto tempo addietro il problema di questa definizione era trattato in modo pacifico e condiviso, almeno nelle sue linee di fondo. Gli elementi cardine di questa impostazione – notissima, e che quindi ricordo per punti molto rapidi – sono i seguenti:

1) Il problema della indipendenza della magistratura è un problema di specie rispetto alla più ampia questione della indipendenza del potere giurisdizionale, e cioè di quel complesso di organi e uffici che esercitano la funzione giurisdizionale.

2) Il problema della indipendenza del potere giurisdizionale si articola in due sotto-questioni: 2a) quella della sua 'autonomia' nei confronti degli altri poteri dello Stato e 2b) quella della indipendenza dei singoli giudici (appartenenti alle diverse giurisdizioni) nel concreto esercizio della funzione giurisdizionale.

La questione della autonomia del potere giurisdizionale dagli altri poteri si articola a sua volta in quelle:

2a<sup>1</sup>) del divieto di subordinare organi appartenenti al potere giurisdizionale a organi appartenenti ad altri poteri.

2a<sup>2</sup>) del divieto di subordinare arti del potere giurisdizionale ad arti prodotti dagli altri poteri, diversi da quelli che concorrono a formare il diritto oggettivo (la 'legge' di cui all'art. 101, co. 2°).

Si colloca in quest'ultimo punto il problema della intangibilità del giudicato (a eccezione di quello penale) a opera di leggi retroattive (e a maggior ragione di leggi provvedimento retroattive, o di atti politici o di prerogativa: questione che assume oggi il volto del divieto di leggi di amnistia impropria); il problema del divieto (ma l'opinione non è da condividere) delle leggi interpretative; il problema del divieto della ammissibilità di atti amministrativi 'obbligatori e indiscutibili' nei confronti dei giudici (e cioè del potere attribuito a questi ultimi di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi). Sempre in questo punto si pone ovviamente il problema dei divieti reciprocamente imposti ai giudici: il divieto di non applicare la legge, di 'produrre diritto' *contra legem*, di emanare ordini nei confronti della Pubblica Amministrazione).

3) La questione dell'indipendenza dei singoli giudici (appartenenti alle diverse giurisdizioni) nel concreto esercizio della funzione giu-

risdizionale, si articola in quelle dell'indipendenza esterna e dell'indipendenza interna.

Indipendenza interna significa eliminazione dei rapporti di subordinazione indiretti (stante il disposto dell'art. 107, co. 3°) nei confronti di altri giudici.

Indipendenza esterna significa eliminazione dei rapporti di subordinazione indiretta (stante il disposto degli art. 104, co. 1°, e 108, co. 2°) nei confronti di organi appartenenti ad altri poteri dello Stato. Il problema della indipendenza della magistratura – in questa impostazione classica – non è però solo un problema di specie (rispetto al più ampio problema della indipendenza del potere giurisdizionale), ma è anche un problema teoricamente secondario, nel senso che si pone come corollario di un problema principale. Questo problema principale è la garanzia della soggezione del giudice alla legge<sup>2</sup>.

Il bene 'indipendenza della magistratura' non è infatti autonomo, non ha la sua giustificazione in sé stesso. Di per sé l'indipendenza della magistratura sarebbe un male, perché significherebbe dispotismo dei giudici. E un bene solo se si presuppone la soggezione dei giudici alla legge generale e astratta, perché solo a questa condizione quella indipendenza significa garanzia contro i possibili arbitri che, nella soluzione dei casi concreti, deriverebbero dalla 'non indipendenza' dei giudici stessi rispetto ad altri poteri, assunti in ipotesi come portatori di domande illecite e arbitrarie concernenti la soluzione di quei casi.

Il presupposto di questa impostazione (che l'indipendenza dei giudici sia un bene da garantire) è dunque la soggezione dei giudici alla legge; solo questo consente di considerare gli altri poteri come costituzionalmente pericolosi e di giustificare una garanzia nei loro confronti. Ma nel modo di pensare oggi corrente – che ha dimenticato attraverso quali lunghe e travagliate vicende si sia giunti ad affermare questo principio – la soggezione dei giudici alla legge viene assunta come un dato di fatto, o comunque come un *a priori*, in una visione unilaterale. La norma che prevede l'indipendenza dei giudici non viene intesa come avente per destinatari anche i giudici stessi (ai quali essa imporrebbe il dovere di non essere soggetti ad altri che alla legge), ma come avente per destinatari solo gli altri poteri, considerati come possibili perturbatori (ai quali essa imporrebbe di non ledere questa – data per presupposta – 'sola' soggezione).

<sup>2</sup> R. Guastini, *Commento all'art. 101 Costituzione*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1994, pp. 183 ss.

In quanto assunta a presupposto, questa 'soggezione alla legge' viene configurata non come un dover essere dei giudici, ma come una loro condizione di stato; più precisamente, come un loro atteggiamento soggettivo, come un loro abito mentale e morale: la loro disponibilità ad applicare solo la legge, la loro credenza nel dovere di applicare solo la legge.

La garanzia della indipendenza dei giudici viene quindi fatta consistere nella predisposizione di misure organizzative che proteggano il pieno esplicarsi di questo atteggiamento soggettivo, di questa soggezione (il gioco di parole non è casuale) data per presupposta e naturale, che deve essere salvaguardata contro 'perturbazioni' generate da altri poteri. Garantire la indipendenza dei giudici significa, in questa prospettiva, tutelare qualcosa che esiste già di per sé e che va, appunto, protetto contro incombenti pericoli esterni. Ma questo, come vedremo, non è il presupposto originario, quello tenuto in considerazione nella fase della costruzione dello stato di diritto.

### 3. Il problema originario: l'assoggettamento dei giudici alla legge

Per i teorici e i costruttori dello stato liberale 'continentale', la soggezione del giudice alla legge non poteva affatto essere assunta come un dato. Il problema originario non era di 'garantire' tale soggezione, ma di 'assoggettare' i giudici alla legge.

È un buon principio metodologico - formulato da Frazer e Freud - quello di identificare nei divieti (e dunque anche nelle norme giuridiche) non dei rafforzamenti di tendenze naturali a rifuggire dal comportamento vietato, ma degli ostacoli artificiali culturalmente elaborati per contrastare la tendenza naturale a tenere proprio i comportamenti vietati: comportamenti considerati negativi, ma che sono più desiderati, più spontanei, più forti di quelli conformi al divieto.

Qual era, per i teorici dello stato liberale, il 'comportamento naturale' di partenza tenuto dai giudici, che doveva essere contrastato? Era un comportamento duplice.

Da un lato tutta la tradizione illuministica indicava nell'arbitrio giudiziario un male da estirpare: non vincolati da un diritto obiettivo chiaro, generale e astratto, i giudici esercitavano un potere arbitrario, dando corso alle loro passioni e ai loro pregiudizi. Dall'altro, la minoranza liberale era ben consapevole della persistenza di complessi normativi tradizionali ai quali i giudici usualmente attingevano, ma ai quali si doveva impedir loro di attingere, pena l'incepparsi del funzionamento dello Stato, pena l'impossibilità del definitivo e completo 'consolidarsi' del diritto nella legge statale scritta.

Contro le passioni e i pregiudizi dei giudici, contro il loro potenziale farsi tiranni, e contro la loro possibile contestazione della legge scritta, bisognava assoggettare i giudici a quest'ultima. Assoggettarli, non garantirne l'indipendenza sulla base di una soggezione assunta come spontanea.

Gli strumenti di questo assoggettamento alla legge sono stati:

A) Sul piano culturale: le dottrine della completezza dell'ordinamento giuridico (che eliminava la possibilità del giudice-legislatore) e l'idea dell'interpretazione come attività cognitiva (che definiva il giudice come soggetto vincolato alla ricerca della unica interpretazione oggettivamente 'vera' della legge). Il presupposto di questa concezione del diritto come sistema completo e coerente di regole dal contenuto determinato (e aventi un unico significato vero, tecnicamente accettabile) era, a sua volta, che l'ordine politico fosse realizzato solo dalla legge scritta; che l'unica attività ordinante fosse l'attività legislativa; e che tutte le altre attività/funzioni pubbliche fossero attività serventi, funzionali a quella legislativa. Oggi queste vengono considerate concezioni ingenuhe, ma vanno apprezzate come strumenti ideologici di un immane sforzo di artificialismo.

B) Sul piano organizzativo: la neutralizzazione politica e culturale dei giudici (dal momento che l'attività giurisdizionale non era più una attività ordinante, ma servente) attraverso la loro riduzione allo stato di impiegati e la predisposizione di norme atte a garantire un rapporto di soggezione (non solo indiretta) nei confronti del potere governativo.

Non era solo cattiva coscienza; non era solo predisposizione tariffesca di strumenti di pressione illecita (come oggi si tende a dire). Questo disegno richiedeva la neutralizzazione - e la spolticizzazione della magistratura dell'*ancien régime*, e questo risultato poteva essere ottenuto solo attraverso la sua burocratizzazione. Il radicale assoggettamento dei magistrati alla legge richiedeva (funzionalmente, prudenzialmente) che essi divenissero magistrati professionali: si impose il modello del giudice-funziario, portatore di un sapere tecnico che lo legittima, e sulla base del quale è stato selezionato ed è entrato a far parte di un apparato. Il magistrato doveva derivare (doveva pensare di derivare) la sua legittimazione solo dal fatto di essere colui che 'sa come si fa', che possiede la tecnica (che conosce il diritto in quanto insieme di regole tecniche) per risolvere in modo razionale le controversie (così come l'ingegnere conosce le tecniche per costruire in modo razionale un ponte per superare un fiume).

#### 4. Il risvolto dell'assoggettamento del giudice alla legge: la riduzione del potere giudiziario a potere nullo

L'assoggettamento del giudice alla legge richiedeva — come si è visto — che si affermasse la concezione secondo cui l'attività giurisdizionale non è attività ordinante (come lo era nel Medioevo e nell'*ancien régime*) bensì attività servente la legislazione (dapprima, la legislazione come volontà concreta del legislatore, emblematicamente dalla concezione imperativistica del diritto e dall'istituto del *référé législatif*, successivamente, la legge obiettiva intesa come atto autosignificante).

La conseguenza necessaria (in realtà lo scopo) di questo modo di concepire la giurisdizione è che la magistratura cessa di essere un 'potere' con funzioni di contrappeso attivo nei confronti degli altri poteri.

In un primo tempo essa diventa 'potere nullo' (non nel senso di Montesquieu, come più avanti vedremo, ma) in quanto sostanzialmente incorporato nella burocrazia dello Stato. Potere nullo non nei confronti dei cittadini, perché diffuso e non esercitato da un corpo professionale separato, ma potere nullo nei confronti del legislativo e dell'esecutivo proprio perché concentrato in una burocrazia stipendiata dal governo. Diventa infatti apparato di funzionari il cui compito è applicare, attraverso attività logicamente necessitate di tipo deduttivo, un complesso di regole che nei loro confronti si pongono come dati solo da conoscere. Il valore della indipendenza (relativa) della magistratura assume di conseguenza — come si è detto — essenzialmente il significato di tutela della obiettività e della coerenza della legge. Non si configura come l'indipendenza di un potere, ma come l'autonomia nello svolgimento di una funzione: l'indipendenza del giudice tecnico garantisce il 'non privilegio' nella applicazione delle leggi, garantisce l'intangibilità della legge attraverso l'intangibilità della sua applicazione tecnica.

In un secondo momento — molto più tardi: è l'esperienza dell'attuazione della Costituzione — la magistratura diventa 'potere nullo' in tutt'altro significato, realizzando (almeno nell'autorappresentazione della maggioranza dei magistrati e della dottrina) l'ideale del potere diffuso, composto da un complesso di singoli magistrati assolutamente indipendenti. L'incontro tra le concezioni giustizialistiche e il tema costituzionale della indipendenza esterna e interna — incontro reso possibile, come si è detto, dal radicarsi del convincimento che la soggezione dei giudici alla legge poteva essere assunto come un presupposto — è sembrato così invertire l'ideale montesquieuiano. Quando si è potuto dare per scontato l'avvenuto assoggettamento dei giudici

alla legge, e solo a essa, è apparso non solo superfluo, ma pericoloso, l'assoggettamento indiretto al potere politico, originariamente imposto dalla necessità di neutralizzare la magistratura rispetto ai suoi vincoli pre-moderni; e il problema della indipendenza della magistratura si è posto non più come problema 'di specie' e 'secondario', ma come problema autonomo (autosignificativo) e primario. È stato proprio il successo dell'operazione illuministica e positivista che ha reso possibile considerare la soggezione dei giudici solo alla legge come un presupposto. È stata l'egemonia di quel modello, la interiorizzazione dei suoi elementi fondativi, che hanno fatto considerare i giudici 'naturalmente' soggetti alla legge. La Costituzione — si deve allora notare per inciso — ha guardato solo al passato più recente, e ha dato per pacifico e scontato un dato che — come la considerazione di un più ampio arco storico avrebbe dimostrato — non è invece né pacifico né scontato.

In entrambe le sue versioni (quella del potere burocratico e quella del potere diffuso) la concezione del potere giudiziario come potere servente la legge ha comportato la estromissione del potere giudiziario stesso dalla scena degli equilibri e degli antagonismi costituzionali-politici che definiscono le forme di governo. Ma mentre nella versione liberale originaria il problema del rapporto tra poteri politici e potere giurisdizionale era stato consapevolmente affrontato (con la incorporazione burocratica di cui si è detto e con l'ideologia imperialistica e cognitivista, entrambi strumenti che servivano proprio a neutralizzare e spolicizzare quel potenziale 'potere') nella versione 'costituzionale' contemporanea, invece, tale problema è stato rimosso. È stato rimosso come problema concernente una relazione diretta tra apparati pubblici: una relazione che non può risolversi/dissolversi nella produzione/applicazione del diritto oggettivo. È stata rimossa la prospettiva stessa del fatto che l'esercizio del potere giudiziario possa avere di per sé un significato politico. E tale rimozione è avvenuta, occorre sottolinearlo, proprio quando il problema della indipendenza della magistratura è stato posto nei suoi termini attuali: quelli costituzionali, incentrati sul ruolo del Consiglio superiore della Magistratura, l'eliminazione delle carriere, l'obbligatorietà dell'azione penale, da un lato, e l'enfaticizzazione della creatività ermeneutica, dall'altro.

Ma quella rimozione non poteva durare. E infatti il problema che oggi viene posto attraverso espressioni quali 'sovraesposizione', o 'supplenza', della magistratura rispetto agli altri poteri (di una magistratura che godrebbe per altro di una 'legittimazione diretta', di una 'delega da parte dell'opinione pubblica', e che produrrebbe con la sua attività 'effetti di sistema') è esattamente quello del ruolo della

magistratura come potere non più 'nullo', perché non più incorporato nella burocrazia ma nemmeno più dissolto nella applicazione tecnica della legge a opera di giudici reciprocamente isolati. Tutte le espressioni oggi usate (che denotano lo sconcerto provocato da fenomeni giuristi inattesi a causa della precedente rimozione) dimostrano che il problema della indipendenza della magistratura non è più il problema della indipendenza di un potere diffuso composto di singoli giudici-funzionari soggetti solo alla legge, ma è — come le parole di Bruti Liberati sopra richiamate implicitamente testimoniano — il problema della indipendenza, nei confronti delle istituzioni politiche, di un'istituzione che ha un suo ruolo irriducibile a quello della applicazione 'punitiforme' della legge. Tale ruolo viene configurato — al di là della funzione di creazione del diritto in via interpretativa — ora come 'rappresentativo' (di accoglimento 'pubblico' di domande sociali non riconosciute dalla legge); ora come di controllo e contrappeso nei confronti degli organi politici in nome di un diritto che a questi è superiore e che questi non possono manomettere.

Per meglio chiarire il passaggio a questa nuova situazione — dal *pouvoir nul* al potere in senso istituzionale — è opportuno fare un ulteriore passo indietro. L'assoggettamento dei giudici alla legge è infatti stato lo strumento, come sopra si è detto, per effettuare questo stesso passaggio in senso inverso: dal potere in senso istituzionale degli 'ordini' dell'*ancien régime* al *pouvoir nul*. È necessario allora definire meglio il contesto in cui il potere giurisdizionale veniva considerato come un potere in senso istituzionale: come una delle forme del potere politico.

##### 5. Dalla bipartizione alla tripartizione dei poteri

Il fenomeno dell'assunzione da parte della magistratura di un ruolo 'rappresentativo' (il ritorno cioè a una situazione anteriore a quella che la Costituzione aveva dato per acquisita) può essere compreso in tutto il suo spessore se — come tutte le fondamentali vicende del diritto costituzionale — viene considerato alla luce anche del costituzionalismo antico, o, per meglio dire, alla luce di una teoria che non enfatizzi le discontinuità tra il costituzionalismo antico e quello moderno.

E infatti il problema del rapporto tra giurisdizione e potere politico assume contorni più precisi se l'opposizione che esso instaura tra questi due concetti viene considerata non solo come una semplificazione della classica tripartizione delle funzioni dello Stato, ma

come una riproposizione — sotto nuove forme — della bipartizione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*.

La distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* risale — nella sua formulazione concettuale di principio costituzionale — al XIII secolo (è un luogo comune europeo della dottrina politica del Duecento, ed è nota soprattutto attraverso l'opera di Bracton *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, valorizzata da McIlwain). Il *gubernaculum* è il potere di governo («il potere secolare e la spada materiale che *perinet ad regni gubernaculum*») nel quale il re non ha pari e tanto meno superiori: «nel governo strettamente inteso il re non solo è l'unico amministratore, ma [...] deve avere tutti i poteri necessari per un'amministrazione effettiva: egli ha nelle sue mani tutte le cose connesse al governo. Per l'attività di governo e per gli affari connessi il re è propriamente un autocrate, è assoluto, non ha pari e i suoi atti sono letteralmente fuori discussione. In questa sfera nessuna delle sue azioni può essere ritenuta illegale, poiché in esse il suo potere discrezionale è legittimo, completo, ed egli non lo divide con nessuno»<sup>3</sup>.

Ma l'autorità irresponsabile vale solo per il *gubernaculum* e non per la *iurisdictio*. Per comprendere in che cosa quest'ultima consista, occorre introdurre una ulteriore distinzione, relativa al sistema delle fonti medievali. Occorre cioè distinguere tra «leges (in senso stretto), *constitutiones* ed *assise in regno suo provisae et approbate et iuratae*», che sono in realtà (nel nostro linguaggio odierno) «atti procedurali amministrativi», ordini amministrativi, e che «sono parte dell'azione di governo», da un lato e, dall'altro, «le fonti che definiscono i diritti legali: le consuetudini immemorabili», che «dopo essere state approvate dal consenso di coloro che le usano, e confermate dal giuramento dei re, non possono essere mutate o distrutte senza l'approvazione comune di tutti quelli col cui consiglio e consenso sono state promulgate»<sup>4</sup>. Nella giurisdizione, che è un monopolio della Corona, e che ne è inseparabile, essendo il re «fontana della giustizia», il diritto non è né l'insieme delle *leges* prodotte dal re, né quel diritto divino — quell'insieme eterno di principi di giustizia — che costituisce una mera forza direttrice nei confronti del *gubernaculum*. È vero che il re è sempre sottoposto al diritto; ma se, esercitando i poteri che

<sup>3</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, pp. 98 ss.

<sup>4</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo*, cit., p. 102. Sull'originario significato delle *leges* come atti ricognitivi di un diritto già esistente e sulla loro progressiva trasformazione in atti innovativi, C.H. McIlwain, *La rivoluzione americana, una interpretazione costituzionale*, Bologna, 1965, pp. 55 ss.

rientrano nel *gubernaculum*, se ne discosta, i suoi atti non sono illegali, e la sanzione può essergli inflitta solo dal Dio della giustizia. Nella *irrisdictio*, invece, il diritto è qualcosa di più della *vis directiva*<sup>5</sup>, o dell'imposizione morale implicita nella *digna vox* (e cioè nell'impegno a stare al giuramento prestato): «queste dovevano guidare l'attività del re, e se egli era un re buono, lo guidavano di fatto; ma il re poteva legittimamente non sentirsene legato, poiché egli stesso doveva imporsi da sé vincoli di tal genere e quindi, se rifiutava una siffatta guida, ciò rientrava pienamente nei suoi diritti. Questo era vero, tuttavia solo nella sfera del *gubernaculum*; non lo era affatto in quella della *irrisdictio*. Nell'ambito della *irrisdictio* v'erano limiti al potere discrezionale del re, vincoli stabiliti da una legge positiva e coercitiva; e un atto reale, al di fuori di tali limiti, era *ultra vires*»<sup>6</sup>. Questo principio, poi erroneamente esteso — dice McIlwain — durante la Rivoluzione a tutti gli atti del Re, venne esattamente ribadito ancora da Coke: «il Re con i suoi atti o in altri modi non può mutare parte alcuna della *common law* o del diritto statutario o delle consuetudini del reame»<sup>7</sup>.

Che cos'è dunque propriamente l'attività giudiziaria nell'ambito dell'anitesi tra *irrisdictio* e *gubernaculum*? È l'applicazione di un diritto che non dipende dal potere politico. Di un diritto che questo potere 'trova' ma non 'fa'. Di un diritto che lo limita e che può dunque essere applicato per invalidare i suoi atti. La giurisdizione è tutt'altro che la 'esecuzione' delle leggi volute dal potere politico. Il presupposto della giurisdizione è che il potere politico non sia padrone del diritto. L'indipendenza ottenuta dal potere giudiziario con l'*Act of Settlement* del 1701 perfeziona e garantisce, sul piano organizzativo, un principio costituzionale secolare. L'indipendenza del potere giudiziario è funzionale alla tutela di un diritto obbiettivo che il potere politico non deve manomettere.

È chiaro, dunque, perché con il sorgere dello stato moderno — in ambiente francese: in un ambiente cioè segnato dalla teoria di Bodin secondo la quale la sovranità è sovranità legislativa<sup>8</sup> — si sia passati

<sup>5</sup> Nell'analizzare i requisiti della legge umana, S. Tommaso introduce i concetti di *vis coactiva* e *vis directiva*. Il principe, essendo *legibus solutus*, non è soggetto alla *vis coactiva*, che è essenzialmente il potere di punire, ma non può sottrarsi alla forza direttiva (*vis directiva*) della legge, alla quale «si sottometterà volontariamente». C.H. McIlwain, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, 1959, pp. 402 ss.

<sup>6</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo*, cit., p. 104.

<sup>7</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo*, cit., p. 106.

<sup>8</sup> C.H. McIlwain, *Il pensiero politico*, cit., p. 475.

dalla bipartizione *gubernaculum-irrisdictio* alla tripartizione che poi Montesquieu avrebbe teorizzato: perché si è aggiunto il potere tutto moderno di 'fare' il diritto. Lo Stato è diventato il padrone del diritto; e (nell'interpretazione rivoluzionaria, che completerà e realizzerà il disegno dell'assolutismo) sarà il diritto 'fatto' dallo Stato il fondamento positivo dei diritti individuali e della giurisdizione.

Montesquieu distingue concettualmente le 'leggi' dalle 'leggi fondamentali', quelle che determinano, diremmo noi, la forma degli stati e dei governi — e che definiremo come la Costituzione (termine che in Montesquieu ha un significato diverso) — ma le accomuna sotto un profilo essenziale. Le une e le altre sono concepite infatti come leggi artificiali, giacché anche le leggi fondamentali possono essere (anche se normalmente non lo sono) leggi 'fatte', e non solo antiche e venerande consuetudini immemorabili.

Al di là di questa artificializzazione, comunque, le leggi fondamentali restano sullo sfondo dal punto di vista del ruolo della giurisdizione. Sono l'anticipazione della futura concezione della costituzione/atto piuttosto che la riproposizione della *lex terrae* come limite giuridico al potere sovrano. Le leggi fondamentali sono elemento costitutivo degli stati non dispotici, ma non sono una risorsa giurisdizionale positiva.

Montesquieu non collega dunque il potere giurisdizionale a queste ultime (né in quanto consuetudini né in quanto leggi 'fatte'), come invece la tradizione anglosassone collegava la *irrisdictio* alle norme consuetudinarie sottratte al potere del sovrano. Il potere giurisdizionale è il potere «esecutivo [delle cose] che dipendono dal diritto civile»<sup>9</sup>. E questo diritto civile è frutto del potere legislativo: quel potere in forza del quale «il principe [...] fa le leggi per un certo tempo, o per sempre, e corregge o abroga quelle che sono già state fatte».

Che le leggi con cui ha a che fare il potere giudiziario siano leggi in senso moderno, lo dimostra tutto il procedere del capo VI del Libro XI: «Quando nella stessa persona, o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, perché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguire tirannicamente».

Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario:

<sup>9</sup> Ch.-L. de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Capo VI, Libro XI, trad. it. a cura di S. Cotta, Torino, 1965.

infatti il giudice sarebbe legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore.

Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiori, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche e quello di giudicare i delitti o le controversie dei privati<sup>10</sup>.

La giurisdizione consiste, dunque, indubbiamente, nella applicazione del diritto prodotto dal potere legislativo come massima espressione del potere politico. Se è così, viene spontaneo chiedersi: perché la giurisdizione deve essere indipendente da questo potere? Perché chi attua una volontà altrui deve essere indipendente da colui che vuole?

Perché, dice Montesquieu, il giudice non deve essere legislatore (e cioè non deve essere il legislatore, né deve poter fare come il legislatore). Nell'andamento della pagina di *De l'Esprit des lois*, la prima risposta che viene fornita rovescia l'impostazione medievale. In quest'ultima il potere giudiziario era separato da quello politico perché le controversie che coinvolgono diritti dei cittadini devono essere giudicate sulla base di un diritto non manomesso dal sovrano. In Montesquieu il potere giudiziario deve essere separato da quello politico-legislativo, per evitare che il potere giudiziario possa stabilire la regola del caso concreto. Le controversie che coinvolgono diritti dei cittadini non devono essere giudicate sulla base di un diritto occasionalmente posto dal giudice. Il che ovviamente non toglie che valga anche la necessaria conseguenza: né sulla base di un diritto occasionalmente posto dal legislatore per il caso concreto. Tutta l'ideologia della legge generale e astratta e della codificazione è condensata in queste note sulla giurisdizione.

Quel che si deve sottolineare nelle pagine di Montesquieu, anticipatrici dell'esperienza dello stato legislativo (che sia quello rivoluzionario, napoleonico, della restaurazione o liberale), è che la distinzione tra la giurisdizione e il potere politico/legislativo è ormai soltanto tecnica: sono due fasi del processo di affermazione di un'unica volontà: quella legislativa<sup>11</sup>. La separazione diviene necessariamente labile, non essendo più fondata — come nel Medioevo — sulla contemporanea esistenza di due diversi e nettamente distinti ordini di

precetti giuridici: quello prodotto dal re, e quello consuetudinario concernente i diritti dei sudditi, dal Re non modificabile.

Questo radicale assoggettamento alla legge spiega perché, secondo Montesquieu, il potere giudiziario debba divenire, nello stato legislativo fondato sulla separazione dei poteri, un potere sociologicamente evanescente: «Il potere giudiziario non dev'essere affidato ad un senato permanente ma dev'essere esercitato da persone tratte dal grosso del popolo, in dati tempi dell'anno, nella maniera prescritta dalla legge, per formare un tribunale che duri soltanto quando lo richiede la necessità. In tal modo il potere giudiziario, così terribile tra gli uomini, non essendo legato né a un certo stato, né a una certa professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo. Non si hanno continuamente dei giudici davanti agli occhi e si teme la magistratura e non i magistrati»<sup>12</sup>. Proprio Montesquieu, che proveniva dalla nobiltà di toga dei *Parlements*, che difendeva queste istituzioni come corpi intermedi essenziali per la libertà, che valorizzava la venalità delle cariche giudiziarie come fondamento dell'indipendenza dei giudici, prefigura nello stato legislativo un potere giudiziario non legato né a un certo 'ordine', né a una certa burocrazia stabile, e quindi, proprio per questo, invisibile e nullo.

In sintesi: nel modello medievale la *invisibilità* era esercitata da corpi intermedi la cui autonomia funzionale, la cui 'consistenza' sociologica e la cui forza politica erano poste a garanzia di un diritto 'non fatto' dal re, contro le possibili usurpazioni di questi. Nel modello montesquieuiano la giurisdizione è esercitata da giudici la cui autonomia funzionale (separazione) è posta a garanzia della intangibilità di un diritto 'fatto' dal potere politico contro le possibili usurpazioni dei giudici stessi, e a garanzia della intangibilità di quello stesso diritto contro le possibili usurpazioni del potere politico in relazione al caso concreto; e la non-consistenza sociologica, la non-forza politica, il carattere diffuso del potere giudiziario sono posti a garanzia dei cittadini (contro la possibilità che i giudici, in forza della propria discrezionalità continuamente esercitata, si ergano in un 'corpo' terribile) e dello stesso potere legislativo (che non deve trovare nel potere giudiziario un antagonista politico). Un sistema quadruplice, dunque, quello di Montesquieu: due caratteri del potere giudiziario, ognuno dei quali svolge una duplice garanzia.

È appena il caso di sottolineare qui — a complemento di quanto sopra detto — che lo stato liberale, prendendo dal costituzionalismo

<sup>10</sup> Ch.-L. de Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit*, cit.

<sup>11</sup> A. Giuliani-N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, p. 11, in cui si evidenzia come, secondo la concezione del potere giudiziario proposta dai giuristi, la funzione giudiziaria sia espressione della sovranità («*judiciaria potestas pars summi Imperii*»).

<sup>12</sup> Ch.-L. de Secondat de Montesquieu, *De l'Esprit*, cit.

dell'*ancien régime*, il modello della magistratura come 'ordine' (come potere «legato a un certo stato o a una certa professione») e dal costituzionalismo moderno quello del diritto come comando politico, ha sconfitto i residui feudali della giurisdizione del tardo assolutismo, ha sì assoggettato i giudici al diritto legislativo scritto, ma ha creato una macchina autoritaria di potenza mai prima conosciuta.

Non è qui possibile ripercorrere, neppure per cenni sommiari (come d'altronde si è fatto finora), la successiva storia del rapporto tra potere giudiziario e altri poteri dello Stato: quella del periodo dominato dall'idea del giudice *bouche de la loi* e dalla concezione imperativistica del diritto<sup>13</sup>.

Qui basta sottolineare che il potere giudiziario, in quel contesto, è sparito dalla scena costituzionale. Si continuava a definirlo come uno dei tre poteri dello Stato, ma era più che altro un omaggio formale: il ruolo costituzionale del potere giudiziario era del tutto in ombra.

È vero che nelle pieghe del lessico giuspubblicistico è continuata a vivere l'idea della radicale alterità del potere giudiziario, della sua irriducibilità agli altri poteri. In tutto l'Ottocento, e nei primi decenni del Novecento, nell'Europa continentale, il concetto di 'governo' designa l'insieme di tutti gli organi costituzionali politici, la cui geometria variabile dà vita alle diverse 'forme di governo', e non si riferisce alla giurisdizione. Ma questo, ci si potrebbe chiedere, è un retaggio della distinzione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio* — come continua ad essere nel mondo anglosassone, dove il *Government* mantiene quel significato pregnante e parziale — o è una conseguenza dell'essere diventato, il potere giudiziario, un potere inestinto e appunto, per così dire, nullo?

#### 6. Il progressivo rinnovarsi della distinzione tra legge e diritto

Il potere giudiziario comincia a riconquistare una sua autonomia sostanziale e costituzionale quando, più che sull'idea del giudice esecutore obbiettivo e automatico della legge, si comincia a mettere l'accento sull'idea del giudice 'custode' della legge contro lo stesso legislativo.

La garanzia contro il pericolo della tirannica manipolazione delle leggi di fronte al caso concreto non è più affidata solo alla stabilità della legge generale e astratta, perché la legge ha dimostrato di non essere affatto tale. Questo cammino è passato attraverso diversi stadi.

Il primo è quello della difesa del diritto obbiettivo contro le possibili manipolazioni del legislatore attraverso leggi retroattive concrete.

È molto significativo, al riguardo, un passo di Mortara<sup>14</sup>, in cui si dice: «Chi guardi oltre la parvenza esteriore, può intendere che passa una sensibile differenza tra il carattere del potere giurisdizionale nello stato libero e quello della funzione apparentemente analoga nel regime dispotico. Quivi è piuttosto per garantire l'immutabile obbedienza alla volontà del sovrano che è preposto il magistrato all'esercizio della funzione giurisdizionale. Il diritto individuale può ottenere tutela soltanto subordinatamente ai fini di quella suprema volontà; così è che essa interviene nella contesa sul caso particolare, modificando, abrogando, manomettendo a suo beneplacito la norma che doveva regolarlo. Nello stato libero la legge emanata è *intangibile, rispetto ai fatti che si compiono sotto il suo impero e alle contese che da questi fatti derivano*. La sua applicazione costruisce una funzione assolutamente distinta dalla emanazione; per modo che il diritto subiettivo sta di fronte a quello obbiettivo in un rapporto costante che ne rende appunto possibile la garanzia. La volontà espressa nella legge è guida obbligatoria a quella che deve essere espressa nell'atto di giurisdizione; ma l'organo legislativo non può intervenire e contrapporre la sua volontà, come di grado superiore, a quella dell'organo giurisdizionale. Notesi bene: non è già che con ciò si sopprima la possibilità di errori o di ingiustizie. Solo si assicura alla legittima attività del diritto subiettivo quella giuridica garanzia che manca necessariamente quando la norma non è *intangibile*».

Questo passo è interessante perché esprime il massimo livello possibile — nel contesto dello stato legislativo (in cui il diritto obbiettivo è l'insieme delle leggi sempre abrogabili dal titolare del potere politico) — della concezione secondo cui il giudice è il custode, contro il titolare del potere politico, del diritto obbiettivo stesso.

Il secondo passaggio di questo ideale cammino del potere giudiziario verso l'acquisizione di un autonomo ruolo costituzionale è rap-

<sup>13</sup> Sul mito del giudice *bouche de la loi* v. S. Senese, *Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione*, in *Questione giuridica*, 1987, pp. 428 ss.; sulla concezione imperativistica del diritto v. G. Tarallo, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 364; R. Gusmano, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 394; M. Jori — A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pp. 43 ss.

<sup>14</sup> In *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 5ª ed., vol. I, Milano, 1923, pp. 18 ss. V. anche L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Napoli, 1992 [1885], pp. 31 ss., con *Prefazione* di A. Pizzorusso. *Lo Stato moderno e la giustizia nel pensiero di Ludovico Mortara*.

presentato dalla valorizzazione della cultura giuridica, intesa come cultura tecnico-dogmatica, nei confronti della transcunte mutevolezza del diritto legislativo<sup>15</sup>.

Non sono in grado di dire e documentare quanto l'esperienza giuridica italiana sia stata segnata dall'insegnamento della scuola storica del diritto, e dalla sua concezione del diritto positivo come diritto che non coincide affatto col diritto legislativo, ma che consiste invece nel diritto che la comunità possiede di per sé. Certo influenze ci sono state; e queste, sommate e inglobate in quelle della tradizione dogmatica giuspositivistica, hanno sicuramente contribuito a formare nei magistrati l'idea di essere i custodi di un diritto più profondo e più stabile di quello risolvendosi nella somma dei singoli atti normativi voluti dal potere politico legislativo.

Può essere ricordata come emblematica, in proposito, la posizione di Bobbio riguardo all'analogia, che egli considera come espressione di una razionalità immanente al «sistema giuridico», di una logica da ritrovare in esso (in forza della quale l'analogia si configura come «esplicitazione di un pensiero giuridico»): sistema giuridico interpretato attraverso la metafora dell'organismo, che cresce e si sviluppa «per forza interiore, e che non esce mai, perché non lo può, fuori da se stesso»<sup>16</sup>. Implicito ma trasparente attacco alla radicale politicizzazione del diritto perseguita dal fascismo.

Il terzo passaggio del cammino che stiamo esaminando consiste nella acquisizione dell'idea che le proposizioni normative non sono suscettibili di esprimere un unico significato 'giuridicamente corretto', ma che invece è l'interprete che assegna a esse il significato che deve valere nel caso concreto, scegliendolo tra tutti quelli che esse sono linguisticamente in grado di sopportare, e utilizzando, per sostenere tale scelta, il criterio interpretativo più idoneo tra tutti quelli ammessi dalla cultura giuridica (essendo impossibile un intervento normativo che gerarchizzi e disciplini in modo tassativo l'uso dei canoni ermeneutici). Con ciò crolla il mito dell'imperativismo e la rappresentazione dell'attività giudiziaria come una lineare, continua, omogenea, dovuta, vincolata prosecuzione concretizzante del comando legislativo. E si afferma, conseguentemente, la consapevolezza della «necessità che pure il potere giudiziario abbia libertà d'azione affinché, nel rispetto del vincolo della legge, esso tuttavia possa —

anche mediante l'interpretazione della medesima — svolgere una funzione di garanzia dei diritti individuali»<sup>17</sup>.

Il quarto passaggio sta nella acquisizione della consapevolezza che la funzione di garanzia dei diritti individuali può essere svolta non solo in contrasto con il potere esecutivo ma «quando viene in discussione la legittimità costituzionale di una legge, anche con il legislatore»<sup>18</sup>. Dire che il giudice fa valere direttamente la Costituzione come fondamento dei diritti significa dire, tenendo conto dei problemi di interpretazione della Costituzione che questa affermazione implica e che qui non possono essere esaminati, che:

— la Costituzione poggia sulla convinzione diffusa (*opinio iuris*) che una serie di attese concernenti problemi della vita sociale sono da risolvere secondo quanto la Costituzione scritta stabilisce; una convinzione diffusa, cioè, che incorpora una serie di principi (moral, etico-giuridici, di valore) che rinviano alla Costituzione e che, vicendevolmente, sono da questa presupposti (e formulati-esplicitati dalla attività interpretativa);

— applicando la Costituzione, il giudice fa valere questi principi presupposti dalla Costituzione scritta: principi che sono le strutture normative fondamentali della società, e che sono legalmente sottratte alla disponibilità del potere politico contingente (come nella tradizione medievale).

Questo complesso di fenomeni è stato ampiamente illustrato: basti pensare alla dottrina tedesca che configura il diritto costituzionale come un diritto positivo che riproduce però, nei confronti del diritto legislativo, la condizione (l'ambiente) del diritto naturale e (per quanto riguarda l'Italia) agli studi di Gustavo Zagrebelsky e alla diffusione che hanno avuto le tesi esposte ne *Il diritto mitico*<sup>19</sup>.

### 7. I riflessi sulla legittimazione del giudice della sua nuova posizione di fronte alla legge

Questi mutamenti nel rapporto tra legge e giudice sono, ovviamente, un profilo della trasformazione che hanno subito i processi decisionali pubblici. Il tema è troppo ampio per poter essere trattato in questa sede; e troppo noto è il suo elemento centrale: la contrar-

<sup>17</sup> A. Brancaccio, *Giustizia e democrazia*, in *Legalità e giustizia*, 1989, p. 364.

<sup>18</sup> A. Brancaccio, *Giustizia*, cit. Dello stesso autore v. anche *Il ruolo del giudice oggi*, in *Questione giustizia*, 1993, pp. 738 ss.

<sup>19</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mitico*, Torino, 1992.

<sup>15</sup> A. Pizzorosso, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 49.

<sup>16</sup> N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pp. 132 ss.

tualizzazione della legge (intendendo con ciò non solo e non tanto la diffusione del metodo del *logrolling*, ma, più in generale, il fatto che pressoché sempre e necessariamente, nei sistemi costituzionali pluralistici, la legge costituisce l'esito di compromessi imperfetti che generano risultati non univoci). L'entrata in vigore di una legge non rappresenta l'introduzione di una nuova regola (dal contenuto determinato e misurabile) ma piuttosto il punto di partenza di un processo per la specificazione del suo significato e, dunque, per la definizione della regola stessa. Da qui nascono le condizioni che hanno favorito, da un lato, il diffondersi della rivoluzione ermeneutica, e dall'altro, il riproporsi della distinzione tra legge come atto del *gubernaculum* e 'diritto' come strato normativo più profondo.

Ma questo cambiamento del ruolo e della posizione della legge non poteva rimanere circoscritto e investire la legge solo in quanto 'legge da applicare' da parte del giudice. Necessariamente si è manifestato anche come crisi della 'legge che legittima' il giudice: i due profili sono inscindibili. È contraddittorio pensare che il giudice ermeneutica, custode del 'diritto' (e della Costituzione) possa operare sulla base di una legittimazione esclusivamente legale-razionale. E infatti a essa si è affiancata innanzi tutto una forma di legittimazione legata in ultima istanza alla qualità delle prestazioni che la giurisdizione realizza. La centralità — sottolineata in impostazioni come quella di Zagrebelsky<sup>20</sup> — degli esiti di giustizia che sono richiesti alla giurisdizione nello stato costituzionale ne è la prima e fondamentale espressione.

Accanto a questa forma di legittimazione degli organi giurisdizionali connessa alle loro prestazioni (la lotta alla corruzione, o al terrorismo, o alla mafia, tanto per fare gli esempi più eclatanti) e non solo al loro essere tecnici applicatori della legge scritta, se ne è aggiunta una seconda, che potremmo definire di carattere carismatico, in quanto connessa alle qualità del titolare dell'organo giurisdizionale. Quest'ultima è certamente un frutto della società della comunicazione, ma non solo (anche se gli aspetti connessi a questa visibilità sono i più diramanti). Questo mutamento delle basi della legittimazione si è infatti verificato nei confronti di tutti i poteri pubblici, perché tutti erano legittimati in forma legale-razionale, e tutti hanno subito gli effetti della crisi della legge: basti pensare al Capo dello Stato, e al suo rapporto con l'opinione pubblica coltivato attraverso il 'potere di esternazione'. Non si tratta di accettare questo fenomeno

come ineluttabile e dunque non suscettibile di essere dominato dal diritto e dalle convenzioni costituzionali, o, addirittura, di considerarlo come un fatto generatore di un diritto costituzionale nuovo<sup>21</sup>. Si tratta solo di tenere presente che si è verificato anche nei confronti dei giudici: il che non è facile da ammettere, ma consente di rappresentare in modo più equilibrato e consapevole la situazione.

Il sommarsi di questi due fenomeni: crisi della legge e legittimazione dei giudici in quanto tali (non cioè in quanto soggetti alla legge, ma in quanto protagonisti di azioni approvate, vuoti per gli esiti, vuoti per i caratteri personali del titolare dell'organo giudiziario) ha ricreato una situazione pre-moderna, che si traduce:

— sotto il profilo del diritto oggettivo, nel caos normativo. Il giudice, infatti, applica un diritto caotico (come nell'epoca pre-illuministica<sup>22</sup>), perché la legge è diventata un dato fragile e transente, e difficile da conoscere da parte di quei soggetti la cui (potenziale) conoscenza dovrebbe per l'appunto essere la fonte della sua legittimazione;

— sotto il profilo della condizione del giudice, nello sganciamento tra la legittimazione della sua posizione di indipendenza (garantita dalle norme sul suo *status*) e la sua soggezione alla legge. L'indipendenza non è più funzionale alla soggezione, e questa non è più funzionale a quella. La legittimazione del giudice (al di là dei fenomeni di protagonismo, che non è il caso di affrontare in questa sede, dato il loro carattere patologico) deriva piuttosto dall'apprezzamento sociale dei suoi atti, posti in esecuzione di un diritto che non si esaurisce in quello legislativo.

A questo punto siamo fuori della teoria della tripartizione dei poteri (incentrata sulla giurisdizione come esecuzione). Se si volesse sottolineare che il diritto applicato dai giudici con la loro discrezionalità interpretativa e il loro strumentario ermeneutico, e con il loro potere di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi, non è più *sic et simpliciter* il diritto 'posto' dal Parlamento; e che la loro legittimazione ad applicarlo non è più (solo) quella derivante dalla loro soggezione alla legge, la posizione del potere giudiziario potrebbe oggi di nuovo essere letta, piuttosto, come una riproposizione dell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*. E si potrebbe ag-

<sup>21</sup> Per una discussione del problema sia consentito il rinvio a M. Dogliani, *Il potere di esternazione*, in M. Luciani, M. Volpi (ed.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.

<sup>22</sup> L. Ferrajoli, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in E. Bruni Liberatori, A. Ceretti, A. Giassanti (ed.), *Governo dei giudici*, cit., pp. 71-72, 78-79.

giungere, per spiegare il riaffacciarsi di questo dualismo, che si è tornati dalla tripartizione illuministica alla bipartizione medievale perché la contrapposizione irriducibile è tra queste due forme estreme e 'pure' di potere: i suoi due volti eterni sono quelli del potere libero nei fini, padrone del diritto, e del potere funzionalizzato, che agisce entro un diritto che egli non fa.

I giudici sarebbero quindi non l'appendice esecutiva della legge/atto politico, ma i titolari di un potere (il complesso delle loro facoltà discrezionali esercitate in funzione del loro ruolo rappresentativo) limitato da un diritto che non è, tanto e solo, il diritto legislativo (atto d'esercizio dell'altro potere, il *gubernaculum*, e che si pone essenzialmente come vincolo tecnico ed estrinseco) ma quello strato normativo più profondo di cui si è detto, rappresentato dalla Costituzione e dalla sua cultura presupposta. In questa prospettiva i giudici potrebbero essere concepiti come titolari di un potere politico di natura diversa da quello di cui sono titolari gli organi di governo<sup>23</sup>.

#### 8. Una interpretazione ottimismo della nuova posizione del giudice

Questa trasformazione della natura del potere giudiziario è stata interpretata positivamente, come un riflesso del sostituirsi dello stato costituzionale allo stato legislativo. Per discutere questo punto occorre riprendere alcune delle considerazioni sopra svolte. Il passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale può infatti essere visto come un aspetto del passaggio dallo Stato-persona (espressione di una unità 'reale', nel senso di Santi Romano) a sistemi politici pluralistici, o poliarchi, nei quali i poteri costituzionali sono tutti dotati non solo di una legittimazione legale-razionale, ma anche di una diretta legiti-

timazione costituzionale; il che — come si è sopra già ricordato — si risolverebbe, in ultima istanza, in una legittimazione immediatamente 'rappresentativa'. Questo passaggio è stato forse più ambiguo e debole di quanto non sia apparso nel passato; ma — senza potere qui discuterne la stabilità e le prospettive (o meglio la solidità del modello interpretativo che lo ha prospettato) — è necessario esaminare quali ne sono stati considerati i tratti caratterizzanti. Nello stato pluralista, si è detto, le diverse parti sono legate da regole negoziate che esprimono un equilibrio più o meno contingentemente raggiunto tra le stesse, e non una decisione, o una costituzione materiale, orientata a fini e valori univoci, come era stato sostenuto in riferimento allo stato liberale, a quello fascista e anche a quello repubblicano (dalle teorie, appunto della Costituzione in senso materiale, dell'indirizzo politico e dell'indirizzo politico-costituzionale). In effetti, anche senza indulgere all'irrenismo pluralistico, si deve riconoscere che la parabola declinante dello Stato-persona è iniziata col passaggio dall'idea della sovranità dello Stato a quella della sovranità della Costituzione, ed è proseguita col passaggio dall'idea che la Costituzione sia un progetto chiuso, ordinante la struttura e l'attività dei poteri pubblici (che possa essere assunto come un *a priori* dalla politica, chiamata ad attuarlo) all'idea che la Costituzione sia un insieme di principi che costituiscono soltanto il punto di partenza per la prospettazione di politiche costituzionali. Né è qui il caso di discutere le condizioni di fatto (in termini di requisiti del sistema economico e politico) che possono rendere reale e non solo ideologica la prospettiva pluralistica accennata. Dobbiamo limitarci a rilevare come, per lo meno sul piano della descrizione dei convincimenti diffusi (altro esempio la descrizione degli assetti profondi) dominanti negli anni recenti, tale prospettiva è apparsa convincente.

Quali sono state le conseguenze di tutto ciò sul piano della funzione giudiziaria?

La prima conseguenza è che si sono dilatati e resi pubblici gli spazi entro i quali il giudice deve pronunciarsi prendendo posizione sulla validità e sul significato delle norme. Tali spazi sono sempre esistiti: non c'è bisogno di molto per sapere, ai pari di Azeccagarbugli, che nelle grida, a saperci guardare bene, tutti sono colpevoli e tutti innocenti. E cambiata invece la posizione della attività interpretativa: essa è diventata 'pubblicamente' parte dell'attività di formazione dell'ordinamento, in quanto la legislazione non pretende più di sostenersi da sola, separatamente dalla sua cosiddetta applicazione.

La seconda conseguenza è che la stessa Costituzione, nello stato pluralista, non può più essere intesa come un dato (come un complesso di *nefas*, che hanno negato una volta per tutte i comporta-

<sup>23</sup> L'irresistibile necessità di un potere di tal genere nelle società occidentali (si pensi al tema, oggi di moda, del 'terzo non giudiziaro') spiegherebbe l'irresistibile trasformazione del potere giudiziario in un potere in senso istituzionale, o, se si vuole, nel senso della sociologia dell'organizzazione, come una organizzazione che produce scelte ed esercita facoltà discrezionali: F. Zanotti, *La magistratura, un gruppo di presenza istituzionale*, Padova, 1990. Per una valutazione del fenomeno della 'supplenza giudiziaria' A. Giuliani-N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 195 ss.; M.R. Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli, 1984, pp. 40-41; D. Pullano, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1983, p. 93; S. Rodotà, *Magistratura e politica in Italia*, in E. Bruni Liberatori, A. Cerenti, A. Gasanti (ed.), *Governo dei giudici*, cit., pp. 23 ss. La più recente ricostruzione complessiva è quella di G. Neppi Modona, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in S. Scamuzzi (ed.), *Italia illegale*, Torino, 1996, pp. 161 ss.

menti disgreganti e realizzato così, stabilmente, l'unità politica). Il pluralismo costringe a configurare, e a pretendere come assolutamente necessaria, una elaborazione costituzionale continua. Questa elaborazione non potrà essere condotta se non a partire dalla carta costituzionale intesa come tavola di principi riconosciuti come tali, e cioè come principi 'fondamentali'; e dovrà consistere nella trasformazione pratica di quei principi in attribuzione di posizioni giuridiche soggettive e nella disciplina di politiche concrete. Questo passaggio (dai principi alle regole, dai valori alle politiche) non avviene più solo attraverso il conflitto politico e l'attività di Governo, ma anche attraverso la giurisdizione e la pubblica discussione sui valori politici coinvolti dal suo esercizio. Il complesso delle attività giurisdizionali (non solo quella della Corte costituzionale, ma di tutti i giudici), in quanto procedure attraverso cui non solo si risolvono le controversie, ma anche e prima di tutto si producono le massime di giustizia che orientano la loro soluzione, deve quindi essere visto sempre più come parte della complessiva discussione 'morale' costitutiva dell'Unione sociale.

### 9. Il nuovo significato della indipendenza dei giudici

Se questo è il ruolo oggi assunto dalla funzione giurisdizionale, è allora necessario precisare la rinnovata nozione di indipendenza che tale ruolo comporta. L'indipendenza non può essere pensata solo come fruizione da parte dei singoli appartenenti all'ordine giudiziario di uno spazio garantito e protetto, di una nicchia all'interno di una organizzazione statutale che ha in sé (e dunque altrove, rispetto ai giudici) le ragioni e le radici della propria stabilità. Non può più essere pensata, cioè, come luogo di una autonomia assoluta, di una 'non soggezione' e di una libertà di autodeterminazione da enfatizzare e da esibire, che nel suo esercizio e nel suo squadramento (a prescindere dagli aspetti volgari che tutto ciò ha assunto in non pochi casi) realizza ed esaurisce il proprio significato. Il problema non è più, tanto, quello della solitudine dei giudici nel loro pluralismo interno, di 'categoria', quanto piuttosto quello del ruolo dei giudici di fronte al pluralismo e alla frammentazione della società. I giudici devono avere la consapevolezza di svolgere una funzione ordinante e costruttiva, e non solo servente una legge concepita come l'atto che ha già risolto una volta per tutte il problema della costruzione dell'ordine. I sistemi politici in cui viviamo non sono più, come è stato

detto<sup>24</sup>, delle *universitates*, cioè delle organizzazioni dotate di fini strutturanti, ma piuttosto delle *societates*, cioè dei complessi di gruppi e di individui che devono definire, essi stessi, il loro centro. Ciò dovrebbe portare i giudici a prestare particolare attenzione al lato obiettivo della loro attività: alla qualità della giurisprudenza e alla sua funzione 'normativa'. Il frammentarsi del diritto oggettivo, e la sua sottoposizione al polireismo dei valori riconducibili al testo costituzionale, richiede, rispetto alla concezione del giudice come 'bocca della legge', maggiore consapevolezza dei conflitti in gioco e delle questioni di giustizia coinvolte, e dunque maggiore prudenza e maggiore capacità di argomentare per principi, in funzione della stabilizzazione e della legittimazione del diritto stesso.

Vanno dunque abbandonati i lamentosi stereotipi secondo i quali la crisi del diritto 'razionale' sarebbe alla base della crisi (in termini se non altro di certezza e di efficienza) della giurisdizione. Contro la vulgata imperativistica ancora oggi dominante, i giudici devono rendersi pienamente consapevoli del fatto che la loro indipendenza non è affatto dovuta all'avvento delle codificazioni e del diritto 'razionale' scritto, nel corso dell'Ottocento, e che non è affatto esclusivamente funzionale all'applicazione tecnicizzata di quest'ultimo. La loro indipendenza è stata ricercata molto, molto tempo prima di queste trasformazioni (che certamente l'hanno ridefinita nel senso indicato all'inizio), ed è stata realizzata soprattutto in contesti diversi da quelli in cui esse si sono sviluppate. Alle sue radici non c'è infatti solo il disegno di creare una burocrazia professionale, ma anche l'aspirazione ben più profonda di evitare che, con la politicizzazione della produzione del diritto (emersa in tutta la sua chiarezza nel XVIII secolo) i titolari del potere politico potessero appropriarsi, attraverso giudici non indipendenti, anche del potere di creare il diritto del caso concreto. E ancor prima, agli albori dello stato moderno, la distinzione tra potere politico e potere giurisdizionale era sorta per sottrarre ai titolari del primo la potestà punitiva (che, come *ius gladii*, era elemento costitutivo del potere politico stesso) degradandola a una mera pretesa, controllabile e da far valere di fronte a un soggetto indipendente che 'dicesse' il diritto.

Il venir meno del modello imperativistico attenta dunque solo al ruolo burocratico del giudice e non attenta affatto al suo ruolo giurisdicente: al contrario lo potenzia, almeno sotto due profili. Innanzi tutto perché la barriera all'arbitrio dei governanti diventa diretta-

<sup>24</sup> M. Fioravanti, *Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 708 ss.

mente lui, il giudice che esercita il suo potere nei limiti della legge, e non, in sé, la legge astratta (ingenuamente reificata). In secondo luogo perché la sua attività di interprete, di sistematizzatore e integratore di un *jus positum* ormai privo dei caratteri della razionalità weberiana, può diventare una risorsa fondamentale per costruire un 'ordinamento' (come è già stato nel passato, e come è nei paesi di *common law* e nella giustizia costituzionale): come se si ripresentasse una prospettiva in cui - ricordando l'esperienza della scuola storica - la positività del diritto torni a fare riferimento più alla sua socialità che non al fatto di essere posto dall'autorità.

#### 10. Il ruolo del CSM nel nuovo rapporto tra giurisdizione e politica

Parallelamente al definirsi di questo nuovo rapporto tra giurisdizione e legislazione, il potere giudiziario - come già si è accennato - è andato sempre più nettamente affermandosi come un potere in senso istituzionale, o, se si vuole, come un potere nel senso della sociologia dell'organizzazione. Basti pensare, sul versante interno, al ruolo svolto dalle associazioni dei magistrati, che, con i legami che stabiliscono e le correnti di opinione che creano e consolidano, attribuiscono all'insieme della magistratura ordinaria il carattere di un 'corpo' (di un 'ordine' nel senso premoderno) suscettibile di essere rappresentato anche sotto il profilo politico-culturale. Un corpo che si è dotato, attraverso il suo organo rappresentativo, di un apparato burocratico e di un consistente potere normativo. È necessario dunque chiederci quale sia stato e quale sia il ruolo del Consiglio superiore della Magistratura<sup>25</sup> alla luce delle trasformazioni sopra descritte.

Il CSM oggi istituzionalizza il nuovo rapporto tra giurisdizione e politica: ma - non è inutile chiederci - lo ha favorito fin dall'inizio o c'è stata una 'astuzia della storia' per cui un organo pensato per altri fini si è trovato a rappresentare la nuova condizione del potere giudiziario nello stato costituzionale?

<sup>25</sup> Sul ruolo del CSM si veda G. Volpe, *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 847 ss.; F. Bonifacio-G. Giacobbe, *La magistratura*, in *Comm. cost.* Branca artt. 104-107, Bologna, 1986, pp. 44-46; M. Devoto, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, cit., pp. 279 ss.; da ultimo dello stesso Autore si veda *Profili costituzionali del potere giudiziario, tra crisi della presidenza del CSM e riforma delle istituzioni*, in *Diritto e società*, 1994, pp. 348 ss.

La vulgata oggi corrente ritiene l'attuale condizione del potere giudiziario una condizione (tendenzialmente) virtuosa, e la fa risalire all'originalità e alla prevegenza delle scelte costituzionali, che avrebbero posto le basi per una evoluzione della Magistratura propriamente conforme ai valori costituzionali (sia sotto il profilo dello *status* dei giudici che della loro cultura)<sup>26</sup>.

Questa interpretazione lineare (la saggezza e la prevegenza delle scelte costituenti come causa della attuale virtuosa situazione), non è del tutto convincente.

È certamente da condividere il principio per cui le costituzioni vanno interpretate nel lungo periodo, più per le conseguenze che vanno produrre che per le intenzioni di coloro che le hanno scritte. Ma questa interpretazione troppo lineare e ottimistica non spiega bene le ragioni del cambiamento intervenuto nella posizione della giurisdizione. O meglio, le spiega solo dal di fuori. Tutto sarebbe conseguenza della autonomia che la Costituzione ha riconosciuto e il CSM garantito proprio per favorire l'avvento del giudice custode dei diritti costituzionali: l'art. 104 come l'art. 3, co. 2°, l'art. 104 norma 'progressiva'.

Non è così. L'istituzione del CSM, bisogna riconoscerlo, ha avuto poco a che fare con la edificazione delle basi di quel rapporto tra Magistratura e Costituzione di cui sopra si è detto. È vero che c'era la memoria del CSM soppresso dal fascismo, ed è vero che si voleva reagire alla condizione di subordinazione che la dittatura aveva imposto. Ma è altrettanto vero che il CSM composto totalmente di membri togati era una richiesta delle forze politiche più conservatrici, meno vicine ai nuovi principi costituzionali<sup>27</sup>.

Il progetto qualunquista<sup>28</sup> prevedeva l'autogoverno assoluto affinché la magistratura rimanesse autonoma, non affinché diventasse autonoma. È noto che venne trovato un compromesso circa la composizione paritaria tra membri togati e laici, ma che tale compromesso venne rovesciato da un emendamento Scalfaro che stabilì la quota dei due terzi per i togati. E ciò in un contesto segnato anche da casi clamorosi, come quello del Primo Presidente della Corte di Cassazione, Pillotti, che, nel discorso di apertura dell'anno giudiziario, non fece cenno all'intervento referendario istituzionale e alla proclamazione della Repubblica, e omise di rivolgere il saluto al Presidente

<sup>26</sup> E. Paciotti, *Ruolo della magistratura in uno stato democratico*, in *Questione giuridica*, 1994, pp. 360 ss.

<sup>27</sup> F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, p. 70.

<sup>28</sup> F. Rigano, *Costituzione*, cit., pp. 91 e 124.

della Repubblica, come protesta, si disse, per le insufficienti garanzie che i lavori costituenti stavano riconoscendo alla Magistratura<sup>29</sup>, e come lo sciopero dei magistrati che, unendo rivendicazioni economiche e normative, segnò uno scontro con il potere politico di acutezza mai (e mai più) raggiunta<sup>30</sup>. Calamandrei, pure avversario delle soluzioni 'giacobine' avanzate dalla sinistra, volle a rendere partecipata dal popolo l'amministrazione della giustizia, sostenne proposte dirette a garantire la responsabilità politica dal vertice dell'amministrazione giudiziaria; e disse a chiare lettere, che «sulla fedeltà del corpo giudiziario alla Repubblica [potevano] nutrirsi dei dubbi»<sup>31</sup>. Il problema non è sostenere che sarebbero state preferibili le soluzioni 'politizzanti' ma soltanto sottolineare che l'atteggiamento della Magistratura di quegli anni era tutt'altro che teso a pretendere garanzie per poter pienamente procedere all'attuazione della Costituzione. Per emblematicizzare in un fatto l'estraneità culturale, la non consonanza, della Magistratura di quegli anni (e di non pochi anni successivi) rispetto alla Costituzione (e la debolezza, la subalternità delle opposizioni rispetto a essa), basti ricordare che un ex presidente del tribunale della razza venne successivamente nominato giudice — e poi eletto presidente — della Corte costituzionale<sup>32</sup>.

La Costituzione va vista, realisticamente, non solo come un atto progettuale, ma come un atto che assicura garanzie ai gruppi forti, anche se debolmente fedeli al compromesso costitutivo. I giudici chiedevano garanzie di *status* alla nuova Repubblica, e la Repubblica le concesse. Come giustamente ha sottolineato Mortati, tutta la disciplina costituzionale della giurisdizione è incentrata sulla tutela dello *status* dei giudici. Le norme che lo definiscono formano il quadro

<sup>29</sup> Il discorso di M. Pillotti è pubblicato su *Giustizia Penale*, 1947.

<sup>30</sup> F. Scalabrino, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Questione giuristica*, 1984, I, pp. 219 ss. Su queste vicende v. A. Battaglia, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Bari, 1955, pp. 31 ss. Per una ricostruzione di questi eventi anche alla luce delle esperienze successive v. L. Pepino, *Il P.M. tra indipendenza e controllo*, in *Questione giuristica*, 1985, III, pp. 588 ss.

<sup>31</sup> L'espressione di Calamandrei è ripresa da F. Rignano, *Costituzione*, cit., p. 131. V. anche A. Pizzorusso, *La magistratura nel pensiero di Calamandrei*, in *Questione giuristica*, 1988, pp. 771 ss.

<sup>32</sup> Nel 1939 fu istituito dal fascismo il cd. Tribunale della razza; a presiederlo fu chiamato S.E. Gaetano Azzariti, primo presidente di Corte d'Appello (la composizione completa può leggersi in G. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, 1977). È interessante seguire l'ulteriore sviluppo della carriera di questo magistrato: nel 1943 è ministro di Grazia e giustizia nel primo Governo successivo alla caduta del regime; nel 1955 è nominato da Gronchi giudice della Corte costituzionale e nel 1957 diventa Presidente della Corte stessa.

entro il quale deve effettuarsi la disciplina dell'ordinamento giudiziario, e il CSM è la chiave di volta della garanzia di tale *status*<sup>33</sup>. È straordinariamente interessante che la Costituzione usi la parola 'ordine', che riecheggia l'organizzazione sociale premoderna. Ma proprio in questa garanzia assicurata a una Magistratura in posizione di difesa e di arroccamento nei confronti della nuova Costituzione, c'è stata una sorta di astuzia della storia (analoga a quella che fece della compravendita delle cariche il fondamento della autonomia dei *Parlaments*). La garanzia di autonomia è stata l'elemento pratico, la condizione organizzativa, che ha consentito il successivo sviluppo di una Magistratura che ha assunto i principi costituzionali come fondamento del proprio ruolo, e che su questa nuova base (non più sulla sola legittimazione tecnica) ha assunto la funzione ordinante, politica, di 'potere' in senso proprio, di cui si è prima detto.

Ma perché ciò è potuto accadere? Che cosa ha favorito la saldatura culturale tra la Magistratura di formazione positivista e il costituzionalismo? Da un lato un elemento esterno: la fermezza e la capacità di quella parte della cultura giuridica/accademica italiana che ha valorizzato la Costituzione e ne ha preteso l'attuazione. Dall'altro — come si è già detto — una predisposizione mentale della Magistratura che, se politicamente era lontana dall'adesione ai nuovi principi, era tuttavia, in virtù della sua formazione, predisposta ad accogliere lo 'stile di ragionamento' che il costituzionalismo pretende. La dogmatica giuspositivista aveva abituato i magistrati a considerarsi portatori di un sapere profondo e stabile, nei cui confronti la legislazione, omaggiata a parole, restava pur sempre un qualcosa di transente. Anche nei confronti della Costituzione vi fu inizialmente questo atteggiamento, ma poi avvenne la saldatura<sup>34</sup>: la Costituzione rigida ben si prestava a essere assunta dai giudici come parte di quel patrimonio normativo attraverso cui essi pensavano di svolgere un ruolo che non si risolveva nella mera e passiva applicazione della legge. È comunemente addotta come sintomo di questo precedente atteggiamento mentale l'autodifesa dei giudici nei confronti del loro comportamento durante il fascismo. Autodifesa che non si limitava a richiamare il dovere di applicare la legge positiva, ma aggiungeva

<sup>33</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., vol. II, Padova, 1976, p. 1275.

<sup>34</sup> Emblematicizzata dal dibattito svoltesi nel corso del XII Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati (Congresso di Gardone del 25-28 settembre 1965), su cui v. S. Senese, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, in *Atti del Seminario su «La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale»*, Milano, 1978, pp. 46 ss.

qualcosa: la difesa della tecnicità del diritto, e con ciò dell'essenza del diritto stesso<sup>35</sup>.

Occorre dunque ribadire che la Costituzione è stata accolta anche perché la dogmatica giustpositivista aveva creato delle premesse favorevoli, abituando i giudici a fare riferimento a un livello normativo più stabile e profondo della legislazione. Si stabilì così quel circuito virtuoso che ha prodotto effetti controintuitivi rispetto alle istanze più corporative che avevano presieduto alla formazione del CSM. L'abito mentale — non politico — dei magistrati era predisposto a valorizzare la Costituzione come, per così dire, 'risorsa propria'. La prassi dell'autonomia, garantita dal CSM, li indusse a valorizzare tutto ciò che rafforzava la loro autonomia, e dunque a valorizzare la Costituzione.

Ma questo circuito ha anche delle ombre. Se il *proprium* della *iusdictio* consiste nella applicazione di un diritto non manomenevole dal potere politico, ma che fonda i diritti degli individui; e se il processo sopra descritto è vero, ne deriva che i due elementi fondamentali che (sulla base della predisposizione culturale di cui si è detto) hanno interagito producendo la situazione attuale sono stati: l'autonomia conquistata *ab initio*, sul piano politico, attraverso un arroccamento, e il successivo utilizzo della Costituzione come 'risorsa di autonomia'. Fino a che punto questa situazione ha però comportato una piena valorizzazione della Costituzione come fondamento dei diritti dei cittadini, e non solo dei giudici? Se infatti il potere giudiziario autonomo in forza della Costituzione regolatrice della forma di stato non rendesse contestualmente viva la costituzione dei diritti, il modello della *iusdictio* qui riproposto per descrivere lo stato attuale della funzione giudiziaria sarebbe sicuramente improprio.

## 11. Conclusioni

L'attuale difficile situazione del potere giudiziario sembra — collocata in questo sfondo — che possa essere interpretata secondo tre modelli.

Il primo è quello che vorrebbe riportare il potere giudiziario alla situazione in cui esso si trovava nello stato legislativo, reincorporandolo in una organizzazione burocratica. Non è qui il caso di ripetere i motivi per cui questo è impossibile da realizzarsi.

Il secondo modello è quello che valorizza alcuni profili della realtà giudiziaria odierna (nell'ottica del passaggio dallo stato legislativo a quello costituzionale, o dalla Costituzione monista a quella bilanciata) e che propone, per uscire dalla crisi, di esplicitare e pienamente riconoscere il ruolo già oggi svolto dalla giurisdizione come funzione ordinante (e cioè come funzione che elabora gli equilibri tra principi costituzionali e regole legislative), e come funzione *lato sensu* politica (separata cioè dal potere politico non in senso orizzontale, ma, per così dire, verticale: funzione certo limitata dal contesto democratico e dal primato dei poteri rappresentativi, ma che concorre al pari di questi ultimi alla formazione dell'ordine politico-costituzionale complessivo). In questa prospettiva sarebbero i giudici a dover dare essi stessi senso alla loro indipendenza nelle condizioni attuali, alla luce delle responsabilità che comportano questi passaggi.

Il terzo modello è quello che valuta come eccessivamente ottimistica la prospettiva precedente (qui necessariamente esposta, per motivi retorici, a tinte troppo forti) alla luce di due considerazioni. La prima è che qualunque ordine normativo, per quanto pluralista, non può fare a meno di una unità politico-culturale di fondo: la si chiama costituzione in senso materiale o consuetudine di riconoscimento della costituzione formale, una condizione (che, realisticamente, non può essere generale, ma solo — per quanto ampia ed egemonica — maggioritaria) dei principi costitutivi dell'ordinamento non può mancare, pena la perdita di validità dell'ordinamento stesso. E tra i giudici — occorre riconoscerlo — questa unità deve sussistere in modo più intenso di quanto non sussista nella società in generale, perché deve essere tale da garantire una sufficiente omogeneità delle pronunce giurisprudenziali. Per quanto sia pluralista l'ordinamento scritto e per quanto sia pluralista la società — e per quanto siano dunque pluralisticamente orientati gli interpreti — la ricerca dell'uniformità della giurisprudenza deve essere perseguita, perché lo richiedono il principio d'uguaglianza e quello della certezza del diritto. E il perseguimento di questa (relativa) uniformità deve essere reso possibile innanzi tutto *a priori*. In altri termini, l'uniformità della giurisprudenza (in quanto prestazione d'autorità) non può essere un ordine spontaneo, ma è necessariamente un ordine orientato, predefinito nelle sue linee essenziali (perché altrimenti i costi per la collettività di questa ricerca di un ordine spontaneo sarebbero troppo elevati in termini di uguaglianza nel trattamento *medio tempore* dei casi concreti).

Non essendo più praticabile la soluzione imperativistica, e scartata quella della soggezione politica, questo qualcosa che orienta *a priori* la giurisdizione non può essere altro, negli ordinamenti costituzionali, che la Costituzione. La Costituzione che, in quanto insieme di prin-

<sup>35</sup> F. Rignano, *Costituzione*, cit., pp. 7 ss.; G. Neppi Modona, *La magistratura durante il fascismo*, in *Politica del diritto*, 1972, pp. 563 ss.

cipi materiali, dal contenuto sufficientemente definito (dalla scienza giuridica e dalla giustizia costituzionale), restringano lo spazio delle decisioni (in senso proprio) che ogni interprete può assumere di fronte alle disposizioni scritte nell'assegnare loro un significato. Il problema della Costituzione come insieme di principi materiali pre-dati rispetto alla giurisdizione (anche se da questa rielaborabili nello stile della continuità giurisprudenziale) è ineludibile. Di qui un problema generale sul modo con cui la politica deve trattare la Costituzione, e un problema particolare che riguarda la formazione dei magistrati. Può esistere una magistratura senza alcun mandato sociale (nemmeno quello consistente in una cultura costituzionalistica condizionalistica)? Da questo punto di vista, il problema della formazione dei magistrati evoca in primo luogo la responsabilità della scienza giuridica e delle Università.

La seconda considerazione che può indurre a valutare in modo preoccupato quel complesso di trasformazioni che per semplicità vengono indicate come «superamento dello stato legislativo», è che, mentre alcune di queste trasformazioni hanno radici profonde e appaiono collegate a cambiamenti culturali non contrastabili politicamente, altre sono invece delle patologie che nulla impedisce di aggredire, se lo si volesse. Non si devono, allora, rafforzare le une con il richiamo delle altre, e viceversa. In particolare, la condizione pre-moderna in cui la legislazione è decaduta (sia a causa del caos nella produzione, sia a causa degli interventi additivi della Corte) è certo sintomo di un cattivo funzionamento delle istituzioni, ma è pur sempre un fenomeno aggregabile (a partire dalla instaurazione di una riserva di codice in materia penale e processuale penale, dalla introduzione delle leggi organiche, dalla redazione di testi unici...). Se ciò è vero, e soprattutto: se la obblittivizzazione del diritto nella legge scritta è una imprescindibile garanzia di uguaglianza nella sua applicazione (ed è condizione dell'esistenza di procedimenti democratici per la sua produzione); se la fondamentale ed essenziale risorsa di legittimazione del potere giudiziario è sinora stata la soggezione alla legge, se tale forma di legittimazione è tuttora largamente invocata, specialmente nei momenti più duri del conflitto con il potere politico, ne consegue che sarebbe prudente cercare di ritrarla e rivitalizzarla (ora che il nesso legge-costituzione è ancora abbastanza solido, e prima che si facciano troppo forti le invocazioni a restaurare la soggezione del giudice a una legge inesa in modo avulsiativo e aqualitativo, sinonimo del nudo ordine). Secondo questa impostazione spetterebbe dunque al legislatore ripristinare le condizioni affinché l'indipendenza dei giudici possa avere nuovamente un senso in quanto espressione di soggezione alla legge: il che avverrebbe non certo manomettendo

la disciplina della indipendenza esterna e interna, ma garantendo un tessuto il più possibile certo di regole concernenti l'esercizio della giurisdizione stessa.

Con il che sembrerebbe di essere tornati al punto di partenza, la soggezione alla legge: con la consapevolezza però della parabola che questo principio ha compiuto, e del fatto che non è più l'elemento esclusivo che legittima l'indipendenza dei giudici. Il significato della loro indipendenza e le garanzie di questa indipendenza si sono infatti scisse.

Il significato, il senso, della indipendenza dei giudici non sta più nella soggezione alla legge in sé, ma sta nella capacità dei giudici stessi di svolgere quella funzione 'ordinante' (quanto alla produzione del diritto in concreto) e di *iusdictio* (quanto alla realizzazione dell'ordine politico-costituzionale complessivo) di cui si è prima detto. La garanzia del radicamento di queste funzioni nei principi costituzionali (e quindi anche la garanzia della loro uniformità, o meglio, della possibilità di essere ricondotte attraverso le tecniche nomofilattiche, senza eccessivi traumi, a una relativa uniformità) sta nell'effettività della Costituzione, ed è dunque problema che rimanda alla responsabilità delle forze politiche in quanto protagoniste del discorso pubblico, e alla responsabilità della scienza giuridica.

La garanzia dell'indipendenza dei giudici, infine, sta nell'effettività della tutela costituzionale, e rimanda dunque alla forza dell'*opinio necessitatis* di questa tutela; *opinio* che a sua volta dipende dal giudizio di valore diffusamente condiviso intorno allo svolgimento della funzione giurisdizionale nei due profili sopra indicati.

Da ultimo, la garanzia del collegamento tra funzione giurisdizionale e principi democratici sta nella capacità del Parlamento di regolare il più esattamente possibile l'esercizio della attività giurisdizionale sottomettendola a regole dal contenuto misurabile e certo: nell'assoggettamento dei giudici alla legge.

Collana coordinata da  
Massimo Bray

# Garanzie costituzionali e diritti fondamentali

A cura di Lucio Lanfranchi



ISTITUTO DELLA  
ENCICLOPEDIA ITALIANA  
FONDATA DA GIOVANNI TRECCANI

Cost. B 3097

©  
PROPRIETÀ ARTISTICA E LETTERARIA RISERVATA

Copyright 1997 by  
Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.a., Roma

*A cura della Direzione Editoriale  
e della Redazione della Enciclopedia Giuridica - Aggiornamenti*

Prima edizione, novembre 1997

GARANZIE COSTITUZIONALI  
E DIRITTI FONDAMENTALI