

MASSIMO LUCIANI (*)

GIURISDIZIONE E LEGITTIMITAZIONE
NELLO STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO
(OVVERO: DI UN ASPETTO SPESSO DIMENTICATO
DEL RAPPORTO FRA GIURISDIZIONE E DEMOCRAZIA)

Sommario: 1. Giurisdizione e democrazia. Contrapposizioni vere e false. — 2. Giurisdizione e politica nello Stato di diritto. — 3. Lo Stato costituzionale di diritto e la crisi della separazione fra giurisdizione e politica. — 4. La funzione della giurisdizione.

1. *Giurisdizione e democrazia. Contrapposizioni vere e false.* — Da qualche tempo i rapporti fra giurisdizione e democrazia sono ricostruiti in termini conflittuali o quanto meno problematici. Per un verso, il riconosciuto carattere discrezionale o creativo della giurisprudenza è parso in contrasto con il principio della legittimazione democratica delle scelte politiche; per l'altro, specie in Italia, l'« interventismo » e la « supplenza » giudiziaria sono parsi lesivi delle prerogative della politica ed eversivi dell'ordine fisiologico della divisione dei poteri (1).

La prima questione, per la verità, viene periodicamente riscoperta quasi fosse una novità (2), ma è vecchia di almeno un secolo e risale al-

(*) Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università « La Sapienza » di Roma.

(1) Ovviamente, il rapporto fra giurisdizione e politica può essere riguardato anche da una prospettiva esattamente speculare, quale quella dell'influenza delle idee politiche sulla giurisdizione, e cioè sulla sua organizzazione ovvero sulle forme del processo. Sulla prima questione, cfr. il classico L. MORSTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, apparso nel 1885, ora nella raccolta di saggi dallo stesso titolo, Napoli 1992, 21 ss. Sulla seconda, più recentemente, M.R. DAVASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986, trad. it. di A. Giussani e F. Rota (*I volti della giustizia e del potere*), Bologna 1991.

(2) La letteratura sul punto è inesauribile. Fra le opere che in tempi recenti (pur non apparendo, a mio giudizio, sviluppi originali) hanno avuto maggiore successo possiamo ricordare M.

l'acquisita consapevolezza del margine di apprezzamento che è connotato a qualunque atto interpretativo e che resta ineliminabile anche nell'opera di chi — come il giudice — è chiamato a portare ad effetto una volontà prescrittiva altrui. Su di essa tornerò più avanti.

La seconda ha cominciato a guadagnarsi interesse a mano a mano che si faceva chiaro il fatto che ormai la politica non può più godere di uno spazio naturalmente sottratto alla giurisdizione. Il fenomeno è stato analizzato soprattutto sotto il profilo della riduzione progressiva degli atti politici « d'imperio » (come un tempo si diceva) sfuggenti al controllo giudiziale, cosa che ha indotto a parlare di una politica ormai *saisie par le droit* (3) in ogni sua manifestazione, addirittura nel suo stesso farsi legge (4), sino all'eliminazione di qualunque — potremmo dire — *Gerichtsbekleiserer Raum*.

Vi è però un altro e diverso profilo che viene in considerazione, legato al fenomeno della giustiziabilità di qualunque soggetto e di qualunque rapporto (5), e quindi all'eliminazione progressiva dei *santuari*

CAPPELLER, *Giudici legislatori?*, Milano 1984; A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven 1989, trad. it. di I. Mattei dalla versione inglese dell'originale ebraico di Y. Kaufmann (*La discrezionalità del giudice*), Milano 1995.

(3) L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Paris 1988.

(4) Si è posto, qui, il problema della legittimazione della giustizia costituzionale. Problema che non si può risolvere, sulla scia di Dworkin, affermando che i giudici costituzionali sono i soggetti meglio qualificati per risolvere le questioni di principio, « insensibili alla scelta » (così J. De Sousa Berro, *Jurisdicção constitucional e princípio democrático*, in *Legittimità e legittimazione della giustizia costituzionale*, Coimbra 1995, 47), per la ragione molto semplice che la qualificazione di una questione come « di principio » ovvero come « disponibile per la scelta politica » non è affatto incontrovertibile, e può anzi essere oggetto di una controversia per l'appunto politica. Né ha molto senso radicare la legittimazione dei tribunali costituzionali nel (diretto o indiretto) fondamento democratico della scelta dei loro componenti (così invece P. BON, *La légitimité des Conseils constitutionnels français*, in *Legittimità*, cit., 150; L. FAVOREU, *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles*, ivi, 229 ss.), poiché non si comprende perché mai la decisione di soggetti che godono (pur sempre) di una legittimazione democratica inferiore a quella dei veri e propri rappresentanti politici dovrebbe prevalere su quella di questi ultimi. La verità è che il fondamento originario che Marshall aveva identificato in *Marbury vs. Madison*, e cioè la supremazia della Costituzione, resta quello sul quale, ancora oggi, è necessario poggiare (cfr. C. STRACK, *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, in *Legittimità*, cit., 59 ss.; per ulteriori e parzialmente diversi sviluppi, peraltro, chi vuole può considerare il mio *Corte costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in *Assunte per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 2, spec. 26 ss. per il richiamo alla funzione della giustizia costituzionale nella costruzione dell'unità nazionale).

(5) A. GARAPON, *La question du juge*, in *Pouvoir*, n. 74/1995 (*Les juges*), 16.

della politica. Per secoli, il giudice si è occupato della politica solo *ad hoc* che questa aveva prodotto le sue scelte, e oggetto del controllo del giudice sono state appunto tali scelte, solo qualora e solo una volta che si fossero formalizzate in atti giuridici. Restava invece sottratto a qualunque ingerenza della magistratura tutto ciò che avveniva *prima* della formalizzazione delle scelte politiche (la competizione politica in sé, la vita interna dei partiti). Questo non dipendeva necessariamente da una carenza di previsioni normative che consentissero il controllo giudiziale: ciò poteva essere parzialmente vero, in alcuni ordinamenti, per il controllo sulla vita interna dei partiti (che talora mancava) (6), ma non lo era e non lo è, certamente, per quanto riguarda la normativa repressiva della corruzione o della concussione (che vi è sempre stata).

Si possono tentare molte spiegazioni per capire come mai proprio oggi i giudici abbiamo cominciato ad applicare norme di controllo sulla politica che prima sembravano quasi dimenticate (7). Si potrebbe, anzitutto, azzardare qualche semplicistica risposta d'ordine largamente sociologico, sostenendo che la corruzione politica non sia stata (assidutamente) perseguita perché i giudici erano collusi con il potere politico. Oppure perché il mondo politico era tanto compatto che in una situazione di sostanziale omertà risultava impossibile, per il giudice, reperire anche solo gli indizi della corruzione. Questi tentativi di spiegazione, tuttavia, non convincono.

Il primo, oltre ad essere in parte ingeneroso (8), dimenticherebbe la grande articolazione pluralistica della magistratura, che rende diffici-

(6) Sulla legittimità (e necessità) di una regolamentazione pubblica della vita interna dei partiti, da noi, fra gli altri, G. U. RASCIGANO, *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. III, Milano 1978, 955 ss.; P. RUDORF, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, 116.

Per uno sguardo comparativo sulle esperienze europee, D. T. TSARTOS-D. SCHEFFOLD-H. P. SCHNEIDER, *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, Baden-Baden 1990.

(7) Non si può annoverare (né peraltro sembra pretendere) fra i tentativi di spiegazione dei tempi del mutamento nei rapporti fra giurisdizione e politica l'opinione di chi rievoca in essi uno sblancimento a favore della prima, che deriverebbe soprattutto dalla forte indipendenza della magistratura italiana (C. GUARSIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna 1992, spec. 128 ss.). A prescindere da qualunque valutazione di tale opinione, infatti, è evidente che i fattori istituzionali che hanno determinato la costituzione, in Italia, di una magistratura forte erano operanti da tempo, assai prima che la indagini sulla politica che hanno caratterizzato gli ultimi anni prendessero avvio.

(8) Ma v., proprio dall'interno della magistratura, la dura dichiarazione di Gherardo Colombo sul coinvolgimento dei giudici nella « società del ricatto » che ha consentito la nascita e lo

le anche solo immaginare che essa fosse sempre e dappertutto, in qualunque ordinamento, convivente con il potere politico, anche se corretto. Soprattutto in alcuni paesi — come l'Italia — nei quali il singolo giudice gode di forti garanzie di indipendenza non solo nei confronti del Governo ma anche dei gradi giudiziari più elevati, questo ragionamento non ha senso (anche se, ovviamente, nessuno può escludere che in singoli e determinati, o addirittura relativamente numerosi episodi, un collegamento poco virtuoso di pezzi della magistratura con pezzi del mondo politico vi sia stato). Il secondo tentativo di spiegazione spiega, a sua volta, ben poco, visto che semmai ci si dovrebbe chiedere perché la compattezza e l'omertà sono venute meno; perché, cioè, si è aperta una crisi interna al mondo politico, che non ha più consentito di « riassorbire tutto » come per molti anni era stato facile, anche di fronte ai (pur rari) tentativi di parte della magistratura di perseguire almeno alcuni degli scandali più clamorosi (9).

In realtà, la ragione prima del nuovo rapporto fra la giurisdizione e la politica è da cercare, tutta, proprio nella crisi della politica. Il dopo-guerra ci aveva consegnato, specialmente sul continente europeo, una politica forte, proiettata alla ricerca di un progetto di progresso che segnasse lo stacco definitivo dall'incubo totalitario nato negli anni Venti. Una politica ricca di *ethos* e di *pathos*, di grandi idealità e di passioni, di fiducia in uno sviluppo economico coniugato allo sviluppo sociale, che aspirava a darci quella « società perfetta » di cui parlava un grande democratico del secolo passato, e cioè quella società « in cui ognuno fosse nel pieno godimento dei propri diritti, che potesse raggiungere il massimo sviluppo di cui sono suscettibili le proprie facoltà fisiche e morali, e giovare di esse senza la necessità, o d'umiliarsi al suo simile o di sopraffarlo; quella società, insomma, in cui la *libertà non turbasse l'eguaglianza* » (10). Le promesse fatte ai popoli la politica le ha ormai da tempo tradite. La dimensione del progetto, sempre più spesso, le sfugge. Sempre più spesso le manca la spinta ideale che solo il progetto

sviluppo di Tangentopoli (mi riferisco alla contestata intervista a *Il Corriere della Sera* del 22 febbraio 1998).

(9) Le parole tra virgolette sono di E. BRUNI LIBERATI, *Posizione. Potere e giustizia*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica* (a cura di E. Bruni Liberatori, A. Cerretti, A. Giassanti), Milano 1996, 205.

(10) C. PASCARELLI, *La rivoluzione*, Milano 1860, ora nell'edizione Torino 1970, 4.

può appunto dare, e sempre più spesso essa si riduce a banale amministrazione dell'esistente, mentre la classe politica tende ad autoriprodursi, ad essere autoreferenziale, a trovare nella propria esistenza la ragione della propria esistenza (11).

Nell'era di una competizione elettorale sempre più spesso fra omologhi e della riduzione degli spazi di scelta politica per gli Stati-nazione (12) il fenomeno si spiega. Ma una politica priva di spazio e di ragione, ridotta ad amministrazione, si priva dell'*aura* di rispetto e considerazione che un tempo la circondava. Ad una politica come questa è logico e naturale che si chieda di funzionare bene, almeno, appunto come amministrazione, e cioè rispettando le regole del diritto e sotto il controllo di un giudice. I santuari della politica crollano, insomma, perché la politica non ha più nulla di santo da far venerare (13).

Questo non significa — è ovvio — che alla politica « forte » fosse consentito farsi beffe del diritto e delle sue regole, e men che meno che si possano condividere — fossi anche limitatamente al passato — prassi eticamente riprovevoli (14). Significa, semplicemente, che la violazione del diritto da parte della politica « forte » non era percepita — magari perché su tutto si stendeva un « velo di ipocrisia » (15) — come un vero problema sociale, e che per questo non ha trovato, per molto tempo, un'incisiva risposta giudiziaria. La logica oggettiva dei sistemi politici e istituzionali, assai più che le (purtuttavia corresponsabili) volontà dei

(11) In un intervento « politico » (al Convegno di Chianciano del 1990 della sinistra DC, ora in *Politica e istituzioni. 1987-1991*, Roma 1991, 77), ma non per questo meno profondo, il Maestro cui questo scritto è dedicato sollecitava a comprendere l'importanza di uno scarto di dignità della politica, se non si voleva perdere « l'ultima occasione prima di imboccare quella desolata strada della disaffezione, un po' plebiscitari, un po' clientelari, un po' tecnocratici, un po' gestionaristi, che pare la tendenza in atto in molti paesi ».

(12) Su questo tema decisivo, anche per indicazioni sulla numerosissima letteratura in materia, M. LUCIANI, *L'anticostruzionismo e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1/1996, spec. 160 ss.; C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in questa stessa *Raccolta*, 40 del datiloscritto.

(13) La stessa, evidente, debolezza della reazione della politica al recupero di legalità imposto dai giudici — che è stata rilevata da S. RODORÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in *Governo dei giudici*, cit., 18 — si spiega, entro queste coordinate, con chiarezza.

(14) In particolare, non è accettabile l'idea che « rubare per il partito » fosse eticamente giustificabile (lo ribadisce G. PASQUINO, *La democrazia esigente*, Bologna 1997, 42 ss., che rileva esattamente l'effetto di perversione dei meccanismi democratici che certe prassi hanno determinato).

(15) Nel quale tutti, con ben poche eccezioni, si avvolgevano: così V.M. CAFFERA, *Il magistrato senza qualità*, Roma-Bari 1996, 42.

singoli, insomma, hanno fatto sì che le cose siano andate come sono andate. Specificamente in Italia, poi, la recente, inusitata incisività della lotta ai reati di corruzione politica si spiega anche con l'insopportabilità, per il sistema produttivo, dei sempre più alti costi che erano determinati da una politica corrotta e corruttrice (16).

Non si cerchi, dunque, nella giurisdizione la spiegazione della sua nuova forza nei confronti della politica. Si cerchi invece in questa la ragione di una debolezza, di un vuoto, che altri, inevitabilmente, hanno colmato: la politica non sarà più, nelle aule dei tribunali, sul banco degli imputati, solo se e solo quando avrà ricominciato ad essere politica, recuperando qualità morali e spessore progettuale e riprendendo il suo ruolo di strumento di crescita e di emancipazione sociale.

2. *Giurisdizione e politica nello Stato di diritto.* — Il rapporto fra giurisdizione e politica (e quindi fra giurisdizione e democrazia) presenta però un ulteriore profilo, che nonostante sia da sempre familiare alla riflessione dei giuristi viene talora trascurato, perché tutta l'attenzione viene rivolta ai temi (apparentemente più attuali ed urgenti) cui ho prima accennato. Per definire di cosa si tratti occorre qualche premessa.

Nello Stato liberale di diritto (almeno nella sua versione europeo-continentale) (17) le relazioni fra giurisdizione e politica appaiono assai lineari. La politica è la dimensione entro cui si muove la legge e, poiché alla legge il giudice deve obbedienza, la scelta politica s'impone alla giurisdizione, che è chiamata ad attuarla senza poterla disattendere, modificare, o semplicemente discutere. Vero è, però, che esclusivamente le scelte politiche oggettivatesi in leggi godono di questo trattamento privilegiato: solo alla legge è soggetto il giudice, e la politica che non trova la via della legge non lo sovrasta (tanto è vero che, sia pure con

qualche eccessiva lentezza, lo Stato di diritto ha riconosciuto il potere di annullamento o di disapplicazione giudiziale degli atti amministrativi illegittimi) (18).

In questo scenario, il giudice vive in linea di principio una condizione di massima lontananza dalla politica. Anzitutto, questa è in grado di dominarlo solo se tende a negare se stessa, perdendo l'immediatezza della volontà che le è propria e traducendosi nel comando impersonale della legge. Inoltre, il giudice non può « fare politica »: le immagini tradizionali del giudice, già all'alba dello Stato di diritto, sono quelle dell'automa, del soldato, dell'organo del corpo-legge ovvero del corpo-ordinamento (il giudice *bouche de la loi*). Il giudice dichiara una volontà altrui, non ne manifesta una propria; traduce in atti applicativi le previsioni generali che la legge, espressione della decisione politica del legislatore (e quindi della nazione), ha ritenuto opportuno dettare.

L'ideale che si professa è quello della passività della giurisdizione, e per attingerlo non si manca di prospettare — come fa Leibniz — addirittura l'elaborazione di un « metodo sicuro », che attraverso regole precise (logico-matematiche) elimini ogni incertezza interpretativa e permetta di sistemare i principi nelle varie figure giuridiche » (19).

È chiaro che l'ideale potrà affermarsi solo perché gli corrisponderà il reale di una società politica omogenea e — direbbe Massimo Severo Giannini — monoclasse (20). Una società, cioè, nella quale la scelta legislativa sarà chiamata a dettare regole di confronto fra interessi sovrapponibili e così totalmente dominanti (sul piano culturale, oltre che economico o politico) da sembrare, ad occhi ingenui, universali. L'immagine del giudice-macchina si disegna, così, sullo sfondo della generalità e dell'astrattezza della legge, alla quale si chiede di esibire appunto questi

(16) Per questa osservazione, fra gli altri, G. FERRARA, *Inquisire, delegittimare, giurisdire?*, in *Aa.Vv.*, *Il potere dei giudici*, Roma 1994, 59.

(17) Nei Paesi di *common law* i termini del rapporto sono profondamente diversi, in quanto (al contrario di quanto accade sul Continente europeo) fra legislatore e giudice sussiste sin dalle origini una perfetta coincidenza di classe sociale e — quindi — di interessi. Per questo, né il problema della limitazione del potere interpretativo del giudice — che, come poi si accennerà nel testo, assumerà contorni radicali nella discussione sul *référé législatif* — né quello della legittimazione democratica della giurisdizione hanno, per lungo tempo, ricevuto la stessa attenzione che è stata loro riservata nei Paesi di tradizione civilistica. Questo spiega anche perché, qui, mi occupo solo ed esclusivamente di questi ultimi.

(18) Il problema, semmai, si pone per gli atti « politici » — ovvero « di governo » —, sui quali per lungo tempo si è escluso qualunque sindacato giurisdizionale (nel senso che la loro sindacabilità, anche oggi, è possibile nei soli limiti fissati dalla Costituzione e nei soli casi in cui sia prevista la giurisdizione della Corte costituzionale, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 225). Nemmeno la teoria e la pratica dell'insindacabilità degli atti politici smentiscono, tuttavia, quanto si dice nel testo. Di fronte a tale categoria di atti, infatti, il giudice non era nella stessa posizione di soggezione cui era costretto dalla legge. Fra il giudice e gli atti politici, semmai, vi era un rapporto di *extraneità*, come quello che si instaura fra oggetti o soggetti che sono collocati su piani diversi e non commensurabili.

(19) G. LEIBNIZ, *Elementa iuris naturalis*, Hannover 1677-1678, trad. it. di V. Mathieu, Torino 1952, 122.

(20) M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Moratti*, vol. I, Milano 1978, 161 ss.

tratti distintivi proprio perché e nella misura in cui gli interessi sociali dominanti sono omogenei, non già reciprocamente — e radicalmente — contraddittori (21).

Da quel reale l'ideale ha tratto dunque la propria forza sociale (la propria capacità di orientamento delle coscienze). Sarebbe però un errore — come vedremo fra poco — pensare che le ragioni dell'ideale stesso tutte nella corrispondenza alle esigenze di una determinata realtà sociale, e non (anche) nell'armonia con principi superiori.

3. *Lo Stato costituzionale di diritto e la crisi della separazione fra giurisdizione e politica.* — L'avvento dello Stato sociale, nella sua forma istituzionale tipica, rappresentata dallo Stato costituzionale di diritto, sconvolge questo quadro dalle fondamenta.

Tutti i pilastri sui quali si reggeva la costruzione teorica di una giurisdizione passiva e impolitica vacillano. Viene meno, anzitutto, l'omogeneità sociale che, sola, consentiva alla legge di salvaguardare il proprio carattere generale ed astratto. Il passaggio allo Stato sociale è im-

(21) L'opinione che vuole, ancora oggi, la generalità e l'astrattezza elementari caratteristiche della norma e (quindi) dell'atto normativo in genere e della legge in particolare (così, sulla scia di Cesafrilli, T. MARRAS, *Diritto costituzionale*, 8^a ed., Milano 1994, 61) non può, dunque, essere accolta. Certo, generalità ed astrattezza sono caratteri « tipici » dei precetti normativi (V. CESAFRILLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959, 255), e tuttavia i casi in cui si registrano scostamenti dal modello « tipico » sono così frequenti (come riconosce lo stesso V. CESAFRILLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 5^a ed., Padova 1984, II, 26 ss.) che è legittimo chiedersi in che misura sia possibile continuare a proporre criteri materiali di identificazione della normatività (in favore dell'utilizzazione di criteri formali, esattamente, A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, 29 ss., spec. 38; L. PALADINI, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 24 s.). Limitandosi a considerare il più noto (e saldo) essenziale della regolazione giuridica dei rapporti sociali (le stesse riflessioni che, poi, si sviluppano nel testo danno per scontata quest'affermazione), e cioè l'esigenza tendenziale di eguaglianza (se non di universalità) che quella deve rispettare. Se è così, però, il problema non è quello di negare — ad esempio — la qualità di « vera » legge all'atto che, pur autoqualificandosi appunto come legge, non ne esibisce i caratteri tipici (o per meglio dire, auspicabili), bensì quello di irridere il controllo sul rispetto del principio di eguaglianza/ragionevolezza su tutte le leggi di questo tipo (analogamente, G. ZAGREBINSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, 11 s.; M. PEKARZZA GOGLIARDO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 1995, 9). Di questo si è mostrata consapevole la nostra Corte costituzionale, almeno tutte le volte in cui ha precisato che lo scrutinio sulle leggi provvedimento deve essere « stretto » (cfr. sent. n. 2 del 1997; per un'ipotesi meno chiara e rigorosa, v. peraltro sent. n. 134 del 1996).

ma ne erano escluse, e l'immissione dei loro interessi nel circuito della decisione politica rende chiaro come « in una società caratterizzata da fondamentali conflitti di interessi la legge generale sia a doppio taglio » (22). La generalità della legge non è più garanzia di certezza e di soddisfacimento di interessi sociali precisamente identificati: la concorrenza e la conflittualità fra interessi assai differenziati fanno sì che la scelta legislativa generale possa essere interpretata nel modo più vario, mentre la complessità dei rapporti sociali chiede al legislatore una mediazione più analitica e puntuale fra i vari interessi, spogliando la legge della sua originaria generalità ed astrattezza per trasformarla in strumento di micro-regolazione di rapporti sociali precisamente determinati.

Nello stesso momento giunge a compimento quel processo, avviatosi già da tempo, che aveva condotto a dubitare della possibilità di sottrarre al giudice l'« interpretazione » della legge. Dal punto di vista politico, non ha avuto successo il tentativo dei rivoluzionari francesi di negare la divisione dei poteri, accentrando tutte le potestà pubbliche nel potere legislativo. Lo strumento del *référé législatif*, introdotto nel 1790, ha vita breve, e già il codice civile napoleonico restaura il potere interpretativo del giudice (23). Dal punto di vista teorico, la stessa limitazione del compito del giudice alla mera interpretazione della legge viene rapidamente contestata, e si afferma con sempre maggior forza la natura creatrice della sua funzione: la ferita inferta alla credenza dell'interpretazione « esatta » o « automatica » che (sulla scia di Otto von Bülow) Kantorowicz e Fuchs (ma anche Heck e l'*Interessenjurisprudenz*) apriranno all'inizio del nostro secolo (24) non si rimarginerà (25).

(22) F. NEUMANN, *The Change in the Function of Law in Modern Society*, New York 1957, trad. it. di G. Sivini (*Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*), Bologna 1973, 260.

(23) Per la verità, la vera vita del *référé* fu ancora più breve, poiché la sua applicazione fu costantemente negata per i quattordici anni della sua formale permanenza nell'ordinamento francese. Sul punto, in sintesi, F. COUDERT, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1985, 535 ss.

(24) Cfr., in particolare, O. v. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Aalen 1972 (rist. dell'ed. Leipzig 1885), 2 ss.; E. FUCHS, *Bowgins, Bowgins und echte Rechtswissenschaft* (1916), ora in *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtlehre*, Karlsruhe 1965, 174 ss.; H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, trad. it. di R. Maletti, Milano 1908, I^b, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtstheorie*, Mannheim 1925; P. HECK, *Gesetzesanalogie und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, 2 (sul rapporto fra *Interessenjurisprudenz* e *Freirechtstheorie*). Per quello stesso torno di tempo, in Francia, vale ovviamente il richiamo a F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1954 (1^a ed., 1919), spec. vol. II, 74 ss.

(25) V., invece, i tentativi di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.)

Il giudice autonomo, il giudice soldato, il giudice « bocca della legge », ormai, non esiste più. E in queste condizioni sembra non poter più esistere neppure l'originario disegno di separazione fra giurisdizione e politica: come può « non fare politica » un giudice che « crea » il diritto?

La separazione tra giurisdizione e politica entra in crisi, però, anche perché lo Stato sociale trova la sua perfetta traduzione istituzionale nelle forme dello Stato costituzionale di diritto. Travolgendo lo Stato liberale di diritto, questo stabilisce la sovrapposizione della Costituzione alla legge, determinando la conseguente perdita di sovranità di quest'ultima. La Costituzione stessa, poi, fissa analiticamente i valori fondamentali, all'un tempo oggetto e sostanza del patto sociale, provvedendo direttamente ad ordinarli « secondo l'importanza assiologica che il Costituente assegna, con riferimento a un determinato plesso di attività, a ciascuno di loro » (26). Così facendo sottrae uno spazio enorme alla legge, che dalle Carte costituzionali ottocentesche si vedeva affidato proprio questo compito.

Tutto ciò determina effetti imponenti sulla giurisdizione nel suo complesso, non solo su quella costituzionale. Una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa ad uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute. Poiché, corrispondentemente alla sua natura, il valore costituzionale assume significato entro il contesto giuridico-culturale in cui opera (27), e poiché una componente essenziale di tale contesto è la giurisprudenza, questa non può sfuggire al compito di commisurare le proprie decisioni al valore. La comprensività, l'am-

1977, trad. it. di F. Oriana (*I diritti presi sul serio*), Bologna 1981, 331 ss., 400 ss., che non vincono per la pressoché totale (e invero sorprendente) mancanza di considerazione del problema dell'interpretazione come problema linguistico (da ultimo, invece, la tradizionale affermazione che la difficoltà dell'interpretazione giuridica derivava dall'aver a che fare con il linguaggio naturale è ribadita da V. MARUZZI, *Ermenautica giudiziaria*, Milano 1996, 113 ss.).

(26) Così A. BALDASSARRE, *Libertà. I Problemi generali*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma 1988, 5. Come è noto, questo ordinamento dei valori per singoli campi di attività è cosa assai diversa dalla generale gerarchizzazione di tutti i valori costituzionali (che, invece, almeno nella nostra Costituzione, non c'è).

(27) P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg 1983, trad. it. di A. Fusillo e R. W. Rossi (*La libertà fondamentale nello Stato costituzionale*), Roma 1993, 179.

piezza, la pienezza di contenuto dei valori costituzionali, però, rendono quest'opera ampiamente discrezionale, molto diversa dall'esegesi del testo legislativo alla quale, solo qualche anno addietro, il giudice sembrava potersi limitare.

Certo, fra giurisdizione e legislazione sembrerebbe dover restare ferma la frontiera segnata da ciò che « i giudici non possono creare regole generali e astratte » (28), ma anche questa frontiera è destinata a vacillare, una volta che all'orizzonte appare un giudice (non a caso, un giudice costituzionale) che, operando *sulla* e non *con* la legge, finisce per determinare, con le sue pronunce, effetti simili a quelli che la legge stessa determina (29).

4. *La funzione della giurisdizione.* — Il problema che si pone, a questo punto, è però — come si è detto in apertura — che la ragione stessa dell'esistenza della giurisdizione parrebbe venuta meno. Se, infatti, il giudice adotta scelte che si ha difficoltà a non qualificare come politiche, e se la sua attività di interpretazione è attività di creazione del diritto, non si comprende quale sia la sua legittimazione: in un sistema democratico lo spazio della politica sembra essere riservato agli organi democraticamente (ancorché, se del caso, indirettamente) eletti, e, poiché di tale legittimazione democratica il giudice è carente, la sua stessa ragion d'essere viene messa in discussione.

Per rispondere a questa obiezione basterebbe già rilevare che la discrezionalità del giudice è comunque limitata per ragioni sistemiche (30), e che le sue decisioni — al contrario di quelle arbitrarie degli

(28) G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 289 nt. 82.

(29) Vale la pena di precisare, anche se per inciso, che la rigida distinzione instaurata, sulla scia di Dworkin, fra regole e principi, non convince. Quando, invero, si sostiene che « la regola consente sia di dimostrare che vi è stata inosservanza (se inosservanza c'è stata), sia di indicare il comportamento che si sarebbe dovuto tenere: il principio comporta invece la prima cosa, ma non la seconda » (G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 263, nt. 36), non si considera che il principio si definisce nei suoi contorni quando è applicato ad un concreto caso della vita, e alla luce di quel caso può ben essere indicatore di comportamenti doverosi (ed è un mero artificio logico dire che in tale evenienza il « principio » ha prodotto « regole »).

(30) Sul punto cfr., ad es., A. BARAK, *La discrezionalità*, cit., 26 ss.; C. GUARNERI-P. PERAZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997, 15 s.

organi politici (31) — abbisognano di motivazione (32) e di argomentazione (33). Se però si vuole spingere lo sguardo un po' più a fondo si deve riandare a quanto scriveva Salvatore Satta, nel breve ma densissimo saggio significativamente intitolato *Il mistero del processo* (34).

Il quesito che, allora, Satta si poneva era il seguente: come mai gli uomini hanno creato la giurisdizione, o se si vuole la sua forma materiale di manifestazione, e cioè il processo? E, ancora: perché fanno ricorso al processo anche quando non sembra esservene alcuna ragione, come nel caso dei processi politici e dei tribunali rivoluzionari? Perché, insomma, gli uomini vogliono che sia il processo lo strumento della distribuzione delle ragioni e dei torti? Perché, si rispose Satta, essi « riconoscono nel giudizio un momento eterno » (35).

Ora, se ci interroghiamo su quale sia il momento eterno che si manifesta nel processo (e che è quindi l'essenza stessa della giurisdizione), vediamo che non possiamo identificarlo nella giustizia. Certo, il processo può anche esser concepito come uno strumento che consente la realizzazione della giustizia (36), e tuttavia l'idea stessa del processo si radica in un'esigenza ancora ulteriore rispetto a questa. Il processo può anche essere incapace di rendere giustizia a chi l'ha (anzi, si potrebbe addirittura dire che la giustizia perfetta è quella che si afferma per forza

(31) Come rileva Danilo Zolo, « il carattere saliente della decisione politica è la sua mancanza di imparzialità, è la sua esplicita arbitrarietà morale » (D. Zolo, *Il principio democratico*, Milano 1992, 11).

(32) Da ultimo, in particolare sul tema della motivazione delle pronunce del giudice costituzionale, cfr. i saggi raccolti in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale* (a cura di A. Ruggeri), Torino 1994, ove si mostra la generale consapevolezza della straordinaria importanza della motivazione nella costruzione del rapporto fra la Corte costituzionale e il suo « uditorio ».

(33) Su questo, v. quanto si dirà rapidamente in chiusura.

(34) Il saggio, ora ristampato in una raccolta di scritti dallo stesso titolo (Milano 1994), è risalente al 1949.

(35) S. SATTA, *Il mistero*, cit., 28.

(36) E bene tuttavia non dimenticare l' ammonimento di Lodovico Mortara: « Molto di frequente si è confusa, e si confonde, la nozione generale della giustizia, reggitrice dei rapporti sociali, con quella dell'ufficio particolare della magistratura, alla quale certamente non spetta di instaurare la giustizia in tutta l'infinita teoria delle umane relazioni, ma appartiene il più ristretto e modesto ufficio di ristabilire o ricondurre sotto l'ombra protettiva della giustizia taluni rapporti o fatti, che deviando dal regime normale si manifestano in opposizione ai principi osservati comunemente come espressione di giustizia » (L. MORTARA, *La giustizia nello Stato democratico*, apparso nel 1912, ora in *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 178).

propria, senza bisogno di processo), e tuttavia resta un meccanismo giuridico del quale non si può fare a meno. Perché?

La risposta, nonostante qualche oscurità, ce la offre lo stesso Satta. Anzi tutto, perché cita una delle più interessanti *Pensées* di Pascal, nella quale si osserva che « Jésus Christ n'a pas voulu être tué sans les formes de la justice, car il est bien plus ignominieux de mourir par justice que par une sédition injuste » (37). In secondo luogo, perché individua nella terzietà del giudice, nel suo non essere parte, l'essenza stessa del processo. Ebbene, tanto dalla riflessione pascaliana, quanto da questo richiamo alla terzietà del giudice, si evince che è proprio la *forma*, che sono proprio le regole di *procedura* (prima fra tutte, se si vuole, appunto quella che impone la terzietà del giudice rispetto alle parti) (38), che fanno la forza e costituiscono la necessità del processo. Solo in questo modo, infatti, è possibile (almeno) avvicinarsi al soddisfacimento della millenaria aspirazione: umana ad una giustizia superiore, distante, espressione di *ratio*, non di *voluntas*. Quanto più la regola che fissa il giusto e l'ingiusto si allontana dal suo creatore, quanto più si depersonalizza, tanto più essa ci sembra obiettiva e neutrale, mondata dal peccato dell'arbitrio della volontà. La stessa storia della sovranità è segnata dal tentativo — già accennato in Hobbes — (39) di purgare dalla connessione con la persona fisica del sovrano, cui era intimamente legata agli albori dell'elaborazione del concetto (40). Addirittura lo stesso comando di Dio si è cercato di rendere impersonale e astratto, sganciandolo dalla persona e dalla volontà dell'essere supremo: quando Spinoza scrive che « soltanto per l'intelligenza del volgo e per il solo difetto del pensiero Dio è presentato come legislatore o principe ed è chiamato giusto, misericordioso, ecc.; mentre egli, in realtà, agisce e tutto dirige soltanto per la necessità della sua natura e perfezione, e i suoi decreti, infine, e le sue volizioni sono verità eterne e implicano sempre una ne-

(37) B. PASCAL, *Pensées*, n. 790.

(38) Non a caso, proprio nell'indipendenza, condizione *sine qua non* della terzietà, viene da molti individuata (v., da ultimo, G. SIVESTRA, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 26) la caratteristica distintiva del giudice rispetto ad altri soggetti istituzionali (ad esempio, le autorità indipendenti).

(39) T. HOBBS, *Leviatano*, P. II, Cap. XVII.

(40) Cfr., in particolare, quanto si legge in Bodin, nel Cap. VIII del Libro I dei *Six Livres de la République*. Sul tema della de-personalizzazione della sovranità rinvio, per qualche ulteriore riflessione, al mio *Tramonto della sovranità e diritti fondamentali*, in *Crit. nar.*, n. 5/1993, 19 ss.

cessità» (41), così altro fa, se non manifestare l'esigenza che addirittura la fonte suprema, la legge divina, sia intesa come un comando « necessario » e non « arbitrario » (42)?

Del resto, come ho già accennato, per il solo fatto di assumere certe forme necessarie, la legge non esprime soltanto l'arbitrio di chi la vuole, e si assoggetta all'*Entfremdung*, all'alienazione, alla separazione — ancorché solo parziale, come vedremo — dalla volontà del suo autore. E ciò è possibile appunto perché quella volontà viene « messa in forma », si assoggetta ad una forma, che è la forma della legge, la forma del diritto. È dunque attraverso le forme che il diritto costruisce il proprio potere, ed è attraverso le forme che si delinea l'idea che l'obbedienza al diritto possa non equivalere all'ossequio ad un comando arbitrario. La separazione della *iurisdicchio* dal *gubernaculum* (43) e la rottura del legame fra sovranità e potere di rendere giustizia (44) cospirano all'inveramento di quell'idea.

Nonostante tutto, però, il distacco della legge dal suo autore non è mai completo (la legge è pur sempre un comando, e per ciò solo evoca la connessione con il soggetto che lo ha imposto), tanto è vero che nella loro opera interpretativa i giuristi cercano di ricostruire non solo la (oggettiva) *voluntas legis*, ma anche la (soggettiva) *voluntas legislatoris*, ed a tal fine si avvalgono dello studio dei progetti di legge, degli atti parlamentari, etc. Perché l'allontanamento dalla volontà dell'autore del

(41) *Tractatus theologico-politicus*, Amsterdam 1670, trad. it. di A. Droetto e E. Giancotti Boscherini, Torino 1972, 112.

(42) Probabilmente, questa esigenza è ancor più evidente nella recezione del pensiero spinoziano che rintracciamo negli scritti dei patetisti (cfr., in particolare, J. Toland, *Pantheisticon*, soprattutto *Diatriba*, Cap. IV, ed. italiana e latina a cura di O. Nicastro e M. Jorrida, Pisa 1996).

(43) C.H. Mc LEWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947, trad. it. di V. de Caparitis (*Costituzionalismo antico e moderno*), Bologna 1990, 97.

(44) Assai stretto ancora in T. Hobbes, *Leviatano*, P. II, Cap. XVIII. Questa rottura non equivale, peraltro, all'eliminazione degli atti giurisdizionali dal novero degli atti di esercizio della sovranità statale, tra i quali invece essi vanno senz'altro ricompresi (così già L. MORSTAVA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 33). Meno che meno, equivale a negare che, nel nostro diritto positivo, la magistratura sia qualificabile come « potere dello Stato » (sulla portata di questa qualificazione per la giurisdizione, da ultimo, G. Azzariti, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, n. 2/1997). Per questo, la formula proposta dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, a tenore della quale la magistratura diverrebbe un « ordine autonomo e indipendente da ogni potere » (art. 120, comma 1), facendo saltare l'inciso « altro » di cui al vigente art. 104, comma 1, è densa di insidie, neanche troppo nascoste.

comando sia massima è indispensabile un'ulteriore mediazione, sono indispensabili ulteriori forme. Quella mediazione ce la offre la giurisdizione; quelle forme ce le offre il processo. È qui, dunque, nelle forme, nelle regole « oggettive » dell'applicazione del comando, che sta l'« eterno » che gli uomini avvertono nel processo e nella giurisdizione. Qui, dunque, la fonte più profonda della legittimazione dei giudici, ma anche — specularmente — la ragione più chiara del legame fra il processo giurisdizionale e la legittimazione dell'ordine politico e istituzionale di una società.

Se si cerca la prova di questo legame la si può trovare riflettendo sulle diverse conseguenze che hanno prodotto tre paradigmatiche « condanne ingiuste » sulle quali da secoli si interroga il pensiero giuridico e politico dell'Occidente: quelle di Socrate, di Gesù e di Antigone (45).

Socrate respinge l'invito a fuggire, rivolgendosi dagli amici più cari, e va incontro alla morte con tranquillità, senza esitare. Per convincere Critone, che tenta disperatamente di salvarlo, egli si appella al principio secondo cui « bisogna sottostare alle sentenze, quali esse siano, che la città pronuncia » (46), e non si dà alla fuga, perché altrimenti, incontrando le leggi con « la città tutta quanta », quelle gli avrebbero rimproverato di distruggere noi, cioè le leggi, e con noi tutta insieme la città (47). La sua condanna a morte, dunque, è eseguita, e lo è con il consenso del condannato. Un consenso — e questo è il punto che conta — che viene dato nonostante che la condanna sia sentita come un'ingiustizia grave, tanto grave da indurre Socrate a vaticinare per i giudici che hanno votato contro di lui la riprovazione e l'esecrazione morale, soprattutto delle generazioni più giovani (48). Un consenso, dunque, che può essere dato solo perché si radica nella consapevolezza di essere stato condannato attraverso un vero e proprio processo (49), secondo le leggi della città (50), alla cui applicazione non ci si può legittimamente sottrarre.

(45) Va da sé che quelle condanne sono assunte come paradigmatiche per il tema, toccato, nel testo, del rapporto fra giurisdizione e legittimazione, ma potrebbero ben esserlo (anzi, in genere lo sono) anche ad altro proposito (in particolare, per ciò che concerne i rapporti fra leggi degli uomini e leggi morali o divine).

(46) PLATONE, *Critone*, XII (cito dalla traduzione di M. Valgimigli, Bari-Roma 1980).

(47) PLATONE, *Critone*, XI.

(48) PLATONE, *Apologia di Socrate*, XXX.

(49) Significativi, in proposito, alcuni passaggi della *Apologia di Socrate*, XXXI.

(50) Sono le leggi stesse, infatti, che nella loro oggettività impongono il rispetto della sen-

Anche Gesù, a sua volta, viene giustiziato. Al contrario di Socrate, però, egli — almeno per come risulta nella versione di Matteo e di Marco — è disperato: non accetta la morte con la stessa indifferenza del filosofo, e giunge a chiedere con angoscia al Padre perché l'abbia abbandonato (51). Così come era accaduto per Socrate, la condanna di Gesù viene pronunciata in seguito ad un processo, ma mentre il processo al filosofo si era svolto secondo le regole e l'ingiustizia stava tutta nella sostanza della condanna e non nelle forme seguite per pronunciarla, nel caso di Gesù è il processo stesso che è affetto da un vizio, sono le forme stesse che non sono state rispettate. In effetti, Ponzio Pilato si risolve a fare appello al popolo per decidere se salvare Barabba o il Galileo, e questo intervento del popolo appare del tutto irrituale e irrispettoso delle regole del processo romano (52). L'ingiustizia della condanna di Gesù non sta tanto o non sta solo nel contrasto fra le leggi degli uomini e quelle di Dio, e non sta nemmeno nella debolezza delle prove portate dagli accusatori di Gesù (che non si era mai chiaramente qualificato « Figlio di Dio ») (53). Sta, anche e soprattutto, nell'*irregolarità del processo*, che ingenera dubbi sulla legittimità della condanna e — dunque — sulla sua accettabilità (54). Per riprendere il tema pascaliano, la condanna è ignominiosa per il condannato (perché è intervenuta *par*

tenza, ancorché errata e imputabile alla soggettiva ingiustizia degli uomini che l'hanno pronunciata (illuminante, sul punto, *Critone*, XVI).

(51) Cfr., in particolare, *Matteo*, 27, 46; *Marco*, 15, 34 (diversamente *Luca*, 23, 46; *Giovanni*, 19, 25-30).

(52) In verità, si deve ricordare che secondo alcuni [cfr. in particolare K. Rosen, *Roma e gli Ebrei nel processo a Gesù Cristo (intorno al 30 d.C.)*, in *Macht und Recht - Große Prozesse in der Geschichte*, a cura di A. Demandt, München 1990, trad. it. di E. Ganni (*Processare il nemico. Da Socrate a Norimberga*), Torino 1996, 54 ss.], la tesi dell'intervento del popolo nel processo a Gesù non avrebbe alcun fondamento storico, ciò che in apparenza potrebbe indurre a ripensare quanto si dice nel testo. Nondimeno, per un verso, la tesi di Rosen sembra troppo speciosamente argomentata per essere convincente; per l'altro, la conferma della storia nulla aggiunge e nulla toglie all'ipotesi del testo, che si fonda sul modo in cui la tradizione ed il mito hanno pesato sulle rappresentazioni ideali del pensiero politico occidentale.

(53) Questo punto è sottolineato, ad esempio, da G. ZAGREBINSKY, *Il « Crucifige »! e la democrazia*, Torino 1995; J.-M. VARAUR, *Le procès de Jésus crucifié sous Ponce Pilate*, Mesnil-sur-I'Esnele 1997, 56 (che richiama l'attenzione anche su altri vizi della procedura seguita: cfr. 61 ss.).

(54) La regolarità formale del processo a Socrate, al contrario, è rilevata ad esempio da A. DEMANDT, *Socrate davanti al tribunale del popolo di Atene nel 399 a.C.*, in *Processare il nemico*, cit., 26.

justice), ma è ignominiosa anche per chi l'ha pronunciata (perché la *justice* non ha interamente rispettato le regole).

Il caso di Antigone è ancora diverso. Anche Antigone, certo, muore. La sua morte giunge però pochi istanti prima della sua liberazione, e solo perché è Antigone stessa a togliersi la vita. Anche la sorella di Polinice, certo, era stata condannata a morte, ma la condanna non era stata pronunciata a seguito di un processo, bensì direttamente dal tiranno, Creonte, con una decisione personale. Dopo l'intervento di Tiresia, Creonte riconosce l'illegittimità del proprio ordine e dispone che Antigone sia liberata. In questo caso non siamo di fronte ad una semplice irregolarità, ma alla vera e propria assenza di un processo e di una sentenza (55). È per questo, per il fatto che la volontà soggettiva del tiranno aveva osato affermarsi senza seguire le regole generali del processo, che l'esecuzione della condanna di Antigone (che avrebbe dovuto restare sepolta viva) doveva terminare.

Il rapporto fra processo e legittimazione è dunque stretto ed evidente, e lo è per ragioni assai diverse — e assai più primordiali — di quelle che hanno indotto Niklas Luhmann a teorizzare la *Legitimation durch Verfahren* delle decisioni pubbliche nelle società complesse. In Luhmann, infatti, la funzione legittimante ascritta al procedimento si inscrive nella logica di quella concezione relazionale e comunicativa del potere che ha appunto in Luhmann e in Foucault due tra i principali rappresentanti (56). Nel quadro luhmanniano, il procedimento è lo stru-

(55) Come scrive lo stesso Sofocle, ciò che ha determinato la condanna di Antigone (nonché la sua revoca) non è stata l'applicazione della legge da parte di un giudice, bensì l'arbitrio, la *δόξα* di Creonte (cfr. *Antigone*, 1111).

(56) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, Stuttgart 1975, trad. it. di R. Schmidt e D. Zolo (*Potere e complessità sociale*), Milano 1979, spec. 7: « il potere realizza le proprie prestazioni di trasmissione grazie alla facoltà di influenzare la selezione di determinati atti (od omissioni) rispetto ad altre possibilità »; M. FOUCAULT, *Il soggetto e il potere*, in H.L. DREYFUS-P. RABINOW, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, trad. it. di D. Benati, M. Bertani, I. Levini (*La ricerca di Michel Foucault*), Firenze 1989, spec. 246: « se parliamo delle strutture o dei meccanismi del potere, è soltanto nella misura in cui supponiamo che alcuni lo esercitino su altri. Il termine "potere" designa le relazioni fra i partner ». In critica a Foucault, v. peraltro i preziosi chiarimenti di N. POUJANTRAZ, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Paris 1978, trad. it. di G. Saponaro (*Il potere nella società contemporanea*), Roma 1979, 193 ss. (spec. 201 ss.), sulla *materialità* delle strutture del potere (in particolare: statutale), in quanto « condensazione » di un rapporto di forze (quello intercorrente fra dominanti e dominati).

In concettualizzazioni del potere assai meno raffinate di quelle foucaultiane e luhmanniane

mento che — coinvolgendo tutti i soggetti della relazione di potere — meglio traduce in termini istituzionali la logica profonda del potere medesimo e più efficacemente predisporre all'accettazione (e perciò alla legittimazione) della decisione pubblica. Modalità di riduzione della complessità (57), il procedimento (e quindi anche il processo) si traduce in una sorta di giuoco « di ruolo » in cui ciascuno, assumendo una parte definita, si dispone all'accettazione della decisione, anche se a lui sfavorevole (58).

Diversamente, il rapporto fra processo giudiziario e legittimazione che si è sin qui accennato si radica nell'idea tradizionale dell'oggettività e impersonalità del comando legislativo, che esige una *mediazione* per esser portato ad effetto nei confronti dei singoli destinatari, una volta che essi siano stati individualizzati. Ideale del governo delle leggi: applicazione della legge attraverso il processo: il percorso che conduce ad identificare nel processo un elemento essenziale della legittimazione delle decisioni pubbliche è chiaro e lineare (59). Se la Giustizia non è accessibile agli uomini, che sia disponibile almeno una *giustizia costruita* (60), che attraverso le forme del processo ponga un intervallo visibile fra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto. Così, questa, che rappresenta un elemento *essenziale* della legittimazione complessiva dei sistemi politico-istituzionali moderni (anche — e forse a maggior ragione, stante la straordinaria forza di chi adotta la scelta politica — di quelli democratici).

Certo, quello del processo è comunque divenuto uno spazio difficile da definire, poiché difficile è definire lo spazio della giurisdizione.

permane invece l'idea che il potere sia una « energia » ovvero una « quantità » che preesiste alla costituzione del rapporto dominante-dominato: cfr. ad es. J. HULLMAN, *Kinds of Power*, 1995, trad. di P. Donfrancesco (*Forme del potere*), Milano 1996, 83.

(57) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, rist. della 3ª ed., Frankfurt am Main 1983, 73 s. (ove si sottolinea che la differenziazione e l'autonomia del procedimento aprono « einen Spielraum für alternativen Verhaltens. Komplexität reduzierendes Verhalten der Beteiligten »).

(58) N. LUHMANN, *Legitimation*, cit., 87. Sulla natura di « rappresentazione » del processo, peraltro, la letteratura è risalente. Per una presentazione originale della questione, F. CORDEIRO, *Riti*, cit., 329 ss.

(59) In questo percorso, evidentemente, recuperano un senso — almeno come ideale verso il quale tendere — la generalità e l'astrattezza della legge, e si spiegano (oltre che con la coerenza del principio di eguaglianza) le diffidenze della giurisdizione costituzionale nei confronti delle leggi provvedimento cui si è accennato alla nt. 21.

(60) Per usare l'efficace formula di F. CORDEIRO, *Riti*, cit., 279.

Per un verso, l'acquisita consapevolezza dell'inevitabile discrezionalità di qualunque atto interpretativo, la complessità dei rapporti giuridici nel quadro dello Stato sociale, la perdita della generalità ed astrattezza della legge, l'irruzione dei valori costituzionali post-liberali, impediscono qualunque ritorno indietro ad un'immagine rassicurante e ad una pratica debole della giurisdizione. Per l'altro, la necessità di continuare ad esprimere l'« eterno » del processo, di assicurare quel rispetto delle forme che solo può dare alla giurisdizione la legittimazione (non democratica) di cui necessita, vietano la trasformazione del giudice in soggetto propriamente politico.

In tali condizioni assumono un rilievo essenziale — in una con la garanzia dell'*effettiva* terzietà del giudice — le regole della giustificazione della pronuncia giudiziaria. Questo non soltanto perché solo una pronuncia motivata è « secondo le regole », ma anche perché, se il mito dell'interpretazione « esatta » è venuto meno, non è venuta meno l'esigenza — sottolineata anzitutto da Perelman — (61) di un'interpretazione fondata su argomenti ragionevoli e coerenti, capace di convincere l'uditorio, ma anche di essere oggetto del suo controllo. In questo, nell'esigenza — cioè — della motivazione delle decisioni secondo le regole dell'argomentazione *giuridica*, sta l'elemento principale della perdurante alterità di giurisdizione e politica. Per questo, le pronunce giudiziali che creano maggiore scandalo non sono tanto quelle che ci appaiono errate, ma quelle che — quale che sia il loro contenuto — non sono motivate.



(61) Il doveroso richiamo è a C. PERELMAN-L. OLBECHTS-ITTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris 1958, trad. it. di C. Schick e M. Meyer, con la collaborazione di E. Barassi (*Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*), Torino 1966.

Università "La Sapienza" di Roma
Facoltà di giurisprudenza
Istituto di diritto pubblico

Università di Torino
Dipartimento di scienze giuridiche

Comitato promotore
degl «Studi in onore di Leopoldo Elia»

Ello Casetta, Angelo Antonio Cervati, Alfonso Di Giovine, Mario Dogliani, Giovanni
Ferrara, Giorgio Lombardi, Franco Modugno, Giovanni Motzo, Alessandro Pace,
Elisabetta Palici di Suni Prat, Franco Pizzetti, Giuseppe Ugo Rescigno, Carlo Roehrsen,
Stefano Sicardi, Federico Sorrentino, Gustavo Zagrebelsky.

Questa raccolta di studi è stata curata da Alessandro Pace

927

STUDI IN ONORE
DI

LEOPOLDO ELIA

Tomo I



MILANO DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1999