Magistratura

di Niccolò Zanon

- Bibliografia

Nella teoria classica dello Stato liberale di diritto, che si è sviluppata nell'Europa continentale dopo la rivoluzione francese, indipendenza del giudice e sua soggezione alla legge costituiscono due qualità essenziali e reciprocamente indissolubili. La garanzia dell'indipendenza nel concreto esercizio delle funzioni giudicanti serve a proteggere il giudice – cioè l'organo cui l'ordinamento attribuisce il potere di decidere controversie secondo diritto – da ogni ordine e direttiva proveniente dall'autorità politica. Questa garanzia d'indipendenza ha un senso solo e proprio perché il giudice è soggetto alla legge: la legge, composta da norme generali e astratte, contiene in sé la decisione politica complessiva che il giudice è incaricato di inverare nei singoli casi sottoposti a suo giudizio. Quando giudica, il giudice deve essere indipendente da direttive e ordini esterni e concreti perché nello Stato di diritto è decisiva la sua soggezione ai comandi generali contenuti nella legge. L'indipendenza del giudice ha qui un significato opposto rispetto all'indipendenza che, ad esempio, la teoria costituzionale liberale assicura al rappresentante parlamentare nei confronti dei suoi elettori e del suo partito d'appartenenza: mentre l'indipendenza assicurata al rappresentante ha lo scopo di consentirgli di svolgere una funzione eminentemente politica, l'indipendenza garantita al giudice ha esattamente l'obiettivo opposto, quello cioè di impedirgli ogni discrezionalità politica, ogni sconfinamento da ciò che è normativamente prestabilito nella legge. Questo modo di vedere, nella sua radicalità, si fonda su due precondizioni, e sta e cade con esse. In primo luogo, richiede che la legge non solo contenga norme generali (cioè rivolte a una pluralità indeterminata di soggetti) e astratte (cioè rivolte a disciplinare stabilmente nel tempo i comportamenti futuri), ma anche e soprattutto presuppone che la legge sia costituita da comandi chiari, completi e facilmente interpretabili. In secondo luogo, ritiene che la funzione del giudice non consista che in un'operazione, pressoché meccanica, di trasformazione e adattamento a una particolare controversia

di ciò che è stato deciso in via generale dalla legge, secondo l'insegnamento di Montesquieu, il quale nel giudice null'altro vedeva se non «la bocca che pronuncia le parole della legge».

L'irrealismo di queste due precondizioni è ormai un dato pacificamente acquisito alla cultura contemporanea, non solo giuridica. Neppure all'epoca del codice civile di Napoleone l'opera del giudice rispondeva probabilmente allo stereotipo che si è sommariamente descritto. Ma le trasformazioni storiche hanno reso evidente questa mistificazione. Sempre più frequentemente, a causa della necessità di tener dietro a uno sviluppo sociale complesso e disordinato, e in virtù di varie dinamiche storiche e istituzionali, il legislatore ha dovuto abdicare al compito che la teoria liberale classica gli attribuiva tradizionalmente, quello cioè di fornire, attraverso la legge, una normazione generale, chiara e completa, che non richiede altro che di essere meccanicamente applicata ai singoli casi. Il dogma della completezza della legge e dell'ordinamento giuridico si è rivelato un falso mito, l'oscurità del linguaggio legislativo obbliga il giudice a operazioni interpretative sempre più sofisticate, e solo attraverso una certa abilità retorica egli riesce a dimostrare di essere rimasto fedele al suo compito di applicatore della legge.

Il fatto è che nei sistemi costituzionali pluralistici contemporanei l'entrata in vigore di una legge spesso non è affatto un punto di arrivo definitivo, dal quale il giudice possa partire per determinare con sicurezza la volontà dell'ordinamento nelle fattispecie particolari: costituendo l'esito di compromessi parziali e imperfetti che generano risultati non univoci, l'entrata in vigore di una legge, anziché rappresentare l'introduzione di una nuova regola dal contenuto determinato e misurabile, costituisce il punto di partenza di una «lotta» per la specificazione del suo significato e, dunque, per la definizione della regola stessa [Dogliani 1994, p. 140].

Di questa «lotta» per la specificazione del significato delle regole poste dal legislatore l'intervento del giudice è ormai aspetto essenziale. Il giudice non si limita ad applicare meccanicamente la decisione politica assunta in via generale dal legislatore, bensì attribuisce alla legge uno dei significati possibili (e lessicalmente tollerabili), e da questo punto di vista la sua scelta è una vera

decisione, spesso orientata da una precomprensione del singolo caso alla luce di valori soggettivi [Zagrebelsky 1992]. Anziché presentarsi come mera bocca della legge, il giudice acquisisce una fondamentale funzione «ordinamentale», nel senso letterale del termine: di fronte a leggi dal contenuto non univoco o decisamente oscure, di fronte a un legislatore talvolta distratto o inadempiente, talaltra del tutto impari al suo compito, il giudice si trova, cioè, investito della formidabile funzione di «rimettere ordine», attraverso le sue decisioni, negli sparsi elementi del compromesso legislativo, e di ridare così unità al diritto. Il diritto di origine giurisprudenziale si affianca così, con importanza fondamentale, alla legge prodotta dagli organi a ciò legittimati.

Questo è forse un modo diverso di descrivere il fenomeno della cosiddetta «supplenza giudiziaria», cui talvolta si riferisce la stessa letteratura proveniente dai magistrati che provano a riflettere consapevolmente sulle trasformazioni del proprio ruolo.

È noto che, secondo molti, la trasformazione accennata contribuisce a rendere meno lontani i sistemi giuridici europeo-continentali da quelli anglosassoni o di *common law*. In Inghilterra e negli Stati Uniti il diritto è essenzialmente di formazione giurisprudenziale: le *legal rules*, di cui il diritto si compone, non trovano la propria essenziale collocazione nei codici o nelle leggi, ma originano dalle sentenze dei giudici e, in quanto regole di origine giurisprudenziale elaborate per risolvere singoli casi, sono prive del carattere di astrattezza tipico delle norme dei Paesi europeo-continentali. La *common law* è essenzialmente una *case law:* l'applicazione del diritto non si fa in base a sillogismi deduttivi, ma attraverso la scoperta delle analogie e delle distinzioni che il caso da decidere presenta rispetto ai precedenti che possono richiamarsi. Il giudice ricava la regola del caso dalla *ratio decidendi* che, in precedenti casi analoghi, altri giudici avevano posto a base della loro decisione. La legge prodotta dal Parlamento (*statute law*) ha un ruolo inferiore rispetto a quello che ha nei nostri sistemi, e spesso non è che una rassegna di regole elaborate in via giurisprudenziale. Come è noto, il vincolo ai precedenti dei giudici di grado superiore (*stare decisis*) consente di recuperare, per via diversa da quella europeo-continentale, il valore della certezza del diritto.

Ora, il nostro sistema di creazione e di applicazione ai casi delle

regole di diritto resta naturalmente ben distinto, per origini, fondamento teorico, cultura e mentalità, da quello di *common law*. È anzi probabile che a una reciproca omogeneizzazione non si arriverà mai, né è forse auspicabile che ci si arrivi: semplicemente, il riferimento all'esperienza di *common law* può essere utile per esprimere e descrivere con categorie universalmente note quella che in parte è già stata – e forse ancor più sarà in futuro – la direzione di sviluppo dei nostri sistemi.

Ma il fatto è che il ruolo del Diritto costituzionale, al cospetto di una simile direzione di sviluppo dei rapporti tra funzione giurisdizionale e funzione normativa, non può essere solo quello della banale registrazione di ciò che accade, né quello di passarla sotto sostanziale silenzio, come se essa fosse «normale». Tantomeno, si dovrebbe salutare una tale situazione con enfasi o entusiasmo: la celebrazione acritica di un diritto giurisprudenziale che si forma e si espande nelle nostre società, al di là e al di fuori di ogni legittimazione democratica, costituirebbe lo specchio di una rinuncia programmatica alla riflessione costituzionale ed ai conseguenti impegni propositivi.

Fra gli atti normativi, la legge, con tutti i suoi difetti, continua a possedere una qualità irrinunciabile nelle democrazie contemporanee: quella di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in Parlamento, e potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera rappresentanza politica, composta da maggioranza e minoranze. Questa qualità procedimentale della legge può essere svilita finché si vuole, ma resta ad avviso di chi scrive d'importanza centrale.

Eppure, oggi, proprio in ambito costituzionalistico, si assiste molto spesso alla teorizzazione consapevole di concezioni quasi «paternalistiche» dei processi di creazione e formazione delle regole giuridiche. In esse, la pretesa superiorità del diritto di formazione giurisprudenziale viene argomentata ora sulla base della sua estraneità alle miserie di una politica generalmente mal considerata e giudicata, ora in virtù di qualità intrinseche di razionalità e professionalità incontestabilmente maggiori di quelle invocabili a favore delle scelte legislative, tacciate di inevitabile dilettantismo. Una sorta di «paternalismo giurisdizionale», insomma, nutrito di profonda diffidenza

verso la legge perché nutrito di profonda diffidenza verso il legislatore, per definizione in balìa di maggioranze irrazionalmente mutevoli ed emotive, e naturalmente privo, rispetto alle materie da regolare, della indispensabile consapevolezza tecnica, posseduta invece da tutti i veri professionisti del diritto (tra i quali i magistrati, certo, ma anche i professori, i tecnici, i «sapienti»). Non è forse un caso, si può aggiungere, che il Parlamento e la legge, insieme, siano sottoposti, nel nostro ordinamento costituzionale, a una duplice ma concorrente opera di erosione: a favore del Governo, attraverso lo strumento della delega legislativa e a causa dell'aumento dei poteri normativi secondari, e a favore dei giudici e del diritto di formazione giurisprudenziale, a causa dei fenomeni appena ricordati.

Nulla dev'essere drammatizzato, perché è noto che tra le forme di legittimazione alla partecipazione ai processi di creazione di regole normative quella democratica non è certo l'unica, e la legittimazione di tipo tecnico – la legittimazione dei tecnici stessi! – da Weber in poi, è a pieno titolo presente nelle descrizioni tradizionali dei processi reali di formazione del diritto [Pizzorusso 1990, p. 64]. Ma dal punto di vista di una teoria costituzionale democratica, la crescita del ruolo dei giudici e del diritto di formazione giurisprudenziale, in forme generalizzate, quantitativamente e qualitativamente importanti, pone interrogativi e problemi, cui si deve tentare di fornire una risposta.

Ebbene, di fronte alla crescita degli ambiti nei quali il giudice fa uso di poteri discrezionali, sarebbe probabilmente vano auspicare un ritorno alle condizioni nelle quali la teoria classica dello Stato liberale di diritto costruì la propria immagine della giurisdizione: poche e chiare leggi, dal contenuto generale e astratto, rispetto alle quali la funzione giurisdizionale si presenti essenzialmente quale mera applicazione. Se le condizioni costituzionali contemporanee rendono impossibile la ricomposizione del quadro secondo il vecchio schema, la «reazione» del Diritto costituzionale sembra doversi muovere su almeno tre versanti. In primo luogo (ma è notazione comune), sembra necessaria una riflessione sulla formazione dei magistrati e sull'accesso alla magistratura: se il vecchio modello funzionariale del giudice è sempre meno adeguato a descriverne il ruolo attuale, probabilmente sono da ripensare a fondo le regole che in tema di formazione e accesso si presentino ancora omogenee

a quel modello superato, e viceversa inadatte a preparare il magistrato alla sua nuova professionalità. Qui, va detto che le riforme ordinamentali succedutesi negli ultimi anni sono largamente insoddisfacenti: la carriera del magistrato resta regolata su base burocratica, le valutazioni di professionalità restano autoreferenziali e comunque poco approfondite, e non sembrano consentire al magistrato di inserire la propria professionalità in un contesto interdisciplinare, a contatto reale con il modo delle altre professioni legali.

In secondo luogo, uno dei compiti importanti, oggi, in un sistema a tradizione europeo-continentale, sembra essere quello di segnalare con sufficiente approssimazione i confini della discrezionalità giudiziaria. Questo è un compito del diritto costituzionale. Se le decisioni politiche del legislatore sono oggettivamente insufficienti, è certo che al giudice spettano oggi con evidenza funzioni un tempo non immaginabili: ma ciò non può ovviamente significare né che le sentenze siano divenute *tout court* fonti del diritto, né che esse abbiano legittimamente un contenuto creativo, né, infine, che i criteri dei quali il giudice si serve nella sua nuova opera siano criteri politici, omogenei a quelli utilizzati da organi politici. Per questo, è necessario dire se i canoni ermeneutici tradizionali sono insufficienti e, in caso affermativo, identificare con precisione i canoni di una «nuova» ragionevolezza tipica dell'agire giudiziario-processuale, e, infine, circoscrivere all'interno di questa l'ammissibilità degli interventi del giudice [Barak 1995, *passim*]. È necessario altresì distinguere, da questo punto di vista, tra settore e settore del diritto, poiché vi sono ambiti nei quali la discrezionalità giudiziaria deve avere spazio estremamente limitato ovvero non sembra ammissibile in principio: si pensi al diritto penale, al significato fondamentale della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, cost. con riferimento non solo agli atti secondari, ma anche, appunto, agli interventi «creativi» del giudice, allo stesso divieto di analogia in materia penale [Marinucci, Dolcini 1999, pp. 57 e ss.].

In terzo luogo, la crescita di «potere discrezionale» del giudice può e deve essere «compensata» da un'attenzione sempre più forte alle qualità costituzionali essenziali della funzione giurisdizionale, e alle caratteristiche di chi la esercita. Così, ad esempio e senza nessuna pretesa di completezza, terzietà e imparzialità del giudice, e in genere

i principi del giusto processo (art. 111 cost.), devono trovare attuazione e completamento anche attraverso opportune riforme ordinamentali, che introducano la separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e magistrati del p.m.. Il principio di cui all'art. 28 della Costituzione – in base al quale i funzionari statali sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini – esige un perfezionamento del regime della responsabilità civile dei magistrati, attualmente ineffettuale. Il principio della separazione dei poteri – e ancora gli stessi valori dell'imparzialità e dell'apparenza d'imparzialità – richiedono una ridefinizione del regime degli incarichi extragiudiziari dei magistrati (limitandoli il più possibile), e l'affermazione di confini più certi tra l'attività giudiziaria e l'accesso da parte dei magistrati alle cariche politico-elettive (senza intaccare il principio costituzionale per cui, entro certi limiti, al cittadino magistrato spettano gli stessi diritti costituzionali di tutti gli altri soggetti).

Tutto ciò, per consentire la definizione di un Diritto costituzionale della funzione giudiziaria che sappia accompagnare le trasformazioni presenti e future verso approdi aderenti ai principi della civiltà giuridica della quale siamo eredi.

Bibliografia

Barak A., *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano 1995; Dogliani M., *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Laterza, Roma-Bari 1994; Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 1999; Pizzorusso A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino 1990; Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.