

Giuseppe Zaccaria\*

*Indipendenza della magistratura, equilibrio e reciprocità  
tra i poteri*

## 1. Alle radici della teoria moderna delle ripartizioni statuali

La garanzia dell'indipendenza della magistratura dalle interferenze del potere politico, che affonda le sue radici nella parte più vitale della nostra cultura istituzionale e giuridica, rappresenta uno degli architravi su cui si basano il liberalismo politico e lo Stato di diritto. Essa si pone al centro di uno dei principi costitutivi dello Stato liberale di diritto: la separazione dei poteri. Sullo sfondo della moderna teoria della ripartizione delle funzioni statuali si staglia anche però uno dei principi cardine di ogni architettura costituzionale moderna e contemporanea, quello dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge, con il quale i principi di indipendenza e autonomia della magistratura sono indissolubilmente intrecciati. Parlare del tema dell'indipendenza del giudice non significa soltanto approfondire i rapporti tra magistrati e potere politico, implica anche, più a monte, di definire o ridefinire le nozioni di giustizia, giurisdizione, legge e interpretazione del diritto. Non per nulla spunti per una definizione del concetto di divisione dei poteri dello Stato si trovano già in Platone, Aristotele, Erodoto, Polibio, Cicerone, Tommaso d'Aquino e in molti scrittori medioevali. Cercherò in questo mio intervento di affrontare il tema generale di questa giornata: giustizia civile; primato della legge o supremazia della giurisdizione da un punto di vista particolare; rapporto tra i poteri, loro separazione<sup>1</sup> e reciproca indipendenza. In tal modo si potrà forse adottare una visione sistemica e non periferica del diritto, riferita cioè esclusivamente a questo o a quel potere specifico.

## 2. Indipendenza e separazione dei poteri in Locke e Montesquieu

Come è ben noto, il percorso del potere giudiziario, dall'ancien régime ad oggi, è molto lungo e talora accidentato. Ma forse non è inutile, per fissare alcuni ele-

\* giuseppe.zaccaria@unipd.it, Emerito presso l'Università di Padova e Accademico dei Lincei.

1 F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1966, pp. 472 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, voll. 1 e 2, Giuffrè, Milano, 1979 e 1984; M. Troper, *Actualité de la separation des pouvoirs*, in Id., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, Paris, 1994, pp. 223 ss. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169-192; Id., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 345-353; S. Cassese (a cura di), "La separazione dei poteri", fasc. 1/2023 di *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023.

menti fondamentali di questa complessa problematica, risalire alle origini teoriche moderne di questo percorso. Dopo l'affermazione di Marsilio da Padova, che nel capitolo X del *Defensor Pacis* distingue la funzione di creare la legge e quella di eseguirla, ricollegandole entrambe alla sovranità del popolo, il tema della separazione dei poteri, che sta alla base della costituzione del giudiziario come potere, è stato teorizzato originariamente tanto da Montesquieu<sup>2</sup> quanto da Locke<sup>3</sup> quale forma di limitazione del potere autocratico dell'esecutivo e di garanzia di equilibrio politico tra le varie componenti sociali, e quindi, in definitiva, di libertà.

Al centro sta un'innata diffidenza verso il potere politico, la cui concentrazione si ritiene rappresenti un pericolo non solo per il funzionamento della macchina statale, ma anche e forse soprattutto per il bagaglio di diritti dei cittadini. Chi detiene il potere è indotto ad abusarne. L'accumulo di un eccesso di potere da parte di un soggetto politico è visto come una negatività da espellere<sup>4</sup>. Il potere del sovrano deve dunque essere diviso perché nella logica liberale solo in questo modo la minaccia del Leviatano può essere neutralizzata e i diritti, la cui garanzia è l'unica ragion d'essere del contratto sociale, preservati dallo strapotere del potere politico in quanto *legibus solutus*. Va anche ricordato, però, che proprio nell'ambito della tradizione di *common law*, che è alla base del costituzionalismo moderno, era ben chiara la distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che ritroviamo sin dai tempi di Bracton (XIII secolo), cioè tra la sfera del potere governativo vero e proprio e la sfera del potere giudiziario.

Ma è in Montesquieu, in quel famoso capitolo 6 del libro XI dell'*Esprit des lois*, che quest'idea di tripartizione dei poteri trova la sua classica formulazione moderna, che separa la funzione giudiziaria da quella legislativa, ma con un potere invisibile e nullo, un'idea che poi la cultura giuridica ufficiale dell'Ottocento ha definitivamente associato a quelle di modernità, di libertà e di giuridicità costituzionale.

Mentre infatti John Locke teorizzava una divisione dei poteri tra il parlamento e il sovrano, assegnando al primo il potere legislativo, cioè la facoltà di creare le leggi, e al secondo il potere esecutivo e quello federativo, ossia il compito di mettere in pratica e far rispettare le leggi (potere esecutivo), nonché la competenza in politica estera e nella difesa dello Stato (potere federativo), cosicché alla funzione giurisdizionale presiede l'esecutivo tramite giudici da esso scelti, è appunto Montesquieu a delineare in modo chiaro e netto il principio di tripartizione dei

2 C.L. de Secondat barone de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi (libri I-XIX)* [1748], D. Felice (a cura di), Bompiani, Milano, 2013, l. XI, c.6, pp. 4-5, 7. Sul pensiero di Montesquieu, nella vastissima bibliografia: S. Goyard Fabre, *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*, Puf, Paris, 1993; S. Cotta, *Montesquieu*, Laterza, Roma-Bari, 1995; B. Binoche, *Introduction a "de l'Esprit des lois" de Montesquieu*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1998; D. Felice (a cura di), *Leggere l'"Esprit des lois" de Montesquieu. Stato società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Mimesis, Milano, 1998; S. Krause, "The Spirit of Separate Powers in Montesquieu", in *The Review of Politics*, 2000, vol.62, n. 2, pp. 231-265.

3 Cfr. P. Pasquino, A. Krutonogaya, *John Locke on Judicial Power*, in B. Fontana, S. Baume (a cura di), *Les usages de la separation des pouvoirs*, Michel Houdiard, Paris, 2008, pp. 69-82.

4 M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 218 ss.

poteri, cui noi ricollegiamo il conseguente principio di indipendenza della magistratura. Il punto fondamentale da fissare è dunque il fatto che il principio di separazione dei poteri e l'idea di indipendenza dei giudici avevano per presupposto il fatto che questi ultimi fossero meri applicatori della legge prodotta da altro potere, sancendo in tal modo il predominio della funzione legislativa sulle altre funzioni dello Stato.

Una costituzione che voglia garantire la libertà e la tranquillità dei singoli deve dunque prevedere che i poteri siano sempre e solo tre e che siano affidati ad organi diversi, in posizioni di reciproca indipendenza tra loro. Se quindi, come egli scrive, è vero che “il potere corrompe, il potere assoluto corrompe assolutamente”. Quindi “perché non si possa abusare del potere bisogna che il potere arresti il potere” (cap.V). Affinché non si incorra in abusi del potere politico risulta necessario che il potere assoluto sia diviso in più poteri parziali, ciascuno dei quali deve, appunto, controbilanciare l'altro, cioè controllarlo.

“In ogni Stato vi sono tre generi di poteri” – aggiunge Montesquieu –: “il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. In forza di questo potere il principe punisce i delitti o giudica le controversie dei privati”. E continua: “chiameremo quest'ultimo il potere giudiziario, che è il potere di rendere il giudizio sulla base di una formulazione direttiva precostituita. Esso cioè entra in azione soltanto dopo che sono già stati individuati i poteri di legiferare e di governare, in modo tale che esso non produca diritto veramente nuovo”. Il potere legislativo è esercitato da due camere, una elettiva e l'altra ereditaria, l'esecutivo è attribuito al monarca, il potere giurisdizionale a giudici non professionali, estratti dall'intero corpo sociale.

Dobbiamo qui sottolineare un aspetto fondamentale. La dottrina di Montesquieu, solitamente designata come la dottrina della separazione dei poteri consta in realtà di due dottrine diverse. Una, di natura descrittiva, si presenta come una classificazione di poteri concettualmente individuabili in ogni possibile costituzione. La seconda dottrina è invece di natura prescrittiva, verte cioè su valori e ci dice come devono essere collocati e distribuiti i poteri: e in quest'ultimo caso essa si realizza soprattutto tramite l'individuazione della funzione prevalente, la legislativa. Quest'osservazione è veramente fondamentale se si tiene presente che oggi la dottrina della separazione dei poteri non appare più come una teoria efficacemente descrittiva della realtà giuridica e delle differenti funzioni dello Stato, che registrano una distribuzione molto meno rigida (in particolare l'esecutivo tramite lo strumento del decreto legge realizza ampiamente la funzione legislativa), mentre rimane ancora pienamente valido l'ideale regolativo di limitare l'assolutezza del potere e di evitarne un'indebita concentrazione.

Non deve quindi stupire che, se la separazione dei poteri rappresenta sostanzialmente la stella polare del costituzionalismo moderno, eretta a vero e proprio dogma dal costituzionalismo liberale ottocentesco, quest'aspetto appaia già in modo incontrovertibile proprio nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789, dove viene emblematicamente detto che “ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non

è determinata non ha una costituzione”. E come in termini analoghi si esprimano la costituzione federale degli Stati Uniti d’America del 1787 e tutte le maggiori teorie costituzionalistiche del Settecento<sup>5</sup> e dell’Ottocento, nelle quali il principio di Montesquieu viene ulteriormente irrigidito. Separazione dei poteri e, con essa, indipendenza del potere giudiziario rappresentano dunque l’essenza stessa delle costituzioni moderne.

### 3. Separazione, equilibrio e reciprocità dei poteri

Come si è detto, nella logica propria delle costituzioni liberal-democratiche moderne, il principio della separazione dei poteri risponde appunto al principio secondo cui “*le pouvoir contrôle le pouvoir*”.

Nella concezione anglosassone del potere il tema della dialettica potere/controllo viene sviluppato in modo più completo e persuasivo. Nella cultura politica anglosassone la separazione dei poteri come limitazione del potere autocratico dell’esecutivo si accompagna a tutta una serie di “checks and balances”, cioè ad un sistema di controlli incrociati tra i tre poteri fondamentali del sistema politico, in modo da limitare la possibilità che uno o più di essi possano andare contro la legge o, oggi, potremmo dire, contro la Costituzione.

L’idea di indipendenza risulta così strettamente connessa a quella, altrettanto cruciale, di equilibrio tra i poteri, che era già presente nella teoria antica dei governi misti, e sulla quale si basa lo stesso funzionamento dello Stato democratico e a quella, più sottile, di reciprocità, a cui tutti i poteri sono chiamati, evitando reciproche invasioni di campo.

Il tema appare qui particolarmente complesso. Sia perché il diritto è oggi sempre più distante dall’immagine che il giuspositivismo aveva diffuso, con la figura di un legislatore assoluto detentore del monopolio delle fonti e di una giurisprudenza invece in funzione ancillare, votata cioè alla mera applicazione delle leggi (non è inutile ricordare che secondo Kelsen la sola distinzione rigorosa è quella tra posizione di norme, *legis latio*, e esecuzione di norme, *legis executio*<sup>6</sup>). Sia perché storicamente le occasioni di reciproci sconfinamenti di campo e di interferenze tra i poteri nell’esercizio delle diverse funzioni statuali sono tutt’altro che sporadiche.

Se si considera che la principale manifestazione dell’indipendenza del giudice si manifesta nell’interpretazione della legge e dei fatti e se si tiene anche presente che il passaggio dall’idea del giudice “bocca della legge” all’idea del “giudice interprete” è stato propiziato e teoricamente rafforzato dalla prospettiva ermeneutica del diritto, oggi sempre più diffusa ed in qualche modo fatta propria dalla maggior

5 Sul tema, cfr. P. Pasquino, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *La separazione dei poteri*, op. cit., pp. 3 ss.

6 H. Kelsen, “Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, in *Kantfestschrift des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. XVII, 3, 1924, pp. 374 ss.

parte della teoria del diritto contemporanea, vanno richiamati sinteticamente alcuni punti fermi di tale prospettiva:

1) L'attività giurisdizionale implica sempre un lavoro di interpretazione delle norme giuridiche che, una volta poste dal legislatore, costituiscono un semilavorato che il giudice concorre pienamente a ridefinire, perfezionandolo. Il confine semantico del testo non è infatti qualcosa di già completamente dato dal suo autore, ma il risultato dell'attività ermeneutica; cosicché la fonte giurisprudenziale collabora con il legislatore nel definire il contenuto semantico delle norme.

2) L'interpretazione, in quanto mai riducibile *sic et simpliciter* al metodo dell'interpretazione letterale, è sempre perciò progettazione del senso di un enunciato normativo in vista di una soluzione giusta e ragionevole<sup>7</sup>.

3) Oltre al momento strettamente interpretativo assume un rilievo sempre maggiore l'attività argomentativa del giudice, perché l'interprete deve fornire una giustificazione logicamente corretta ed al contempo convincente della sua decisione<sup>8</sup>. In questo quadro di cooperazione tra legislativo e giudiziario, rimane comunque, in funzione strettamente garantista, anche se talora in termini più formali che sostanziali, il divieto di interpretazione analogica delle norme penali.

4) Esiste, infine, un processo di ravvicinamento tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* nel loro sistematico ricorso alla funzione creatrice della giurisdizione, un processo che vede al centro il principio del precedente. In una parola la fluidità del processo contemporaneo di giuridificazione, che ha in sé zone grigie molto ampie, non sempre permette di definire con assoluta precisione i fatti cui dall'ordinamento è riconosciuta l'attitudine a produrre norme giuridiche, e conseguentemente non è risolubile in termini univoci il problema di superare il conflitto che si presenti tra le diverse fonti<sup>9</sup>.

Ciò premesso, è innegabile che l'esplosione recente del diritto giurisprudenziale (non vi sono più aree immuni dalla giurisdizione, così come sono anche cresciute le aree regolate dalla legislazione)<sup>10</sup> abbia assegnato al diritto giudiziario un ruolo chiave nel paesaggio giuridico contemporaneo.

Ora qualche sommario cenno relativo alla storia della regolazione dei rapporti tra poteri in Italia<sup>11</sup>. Lo Statuto albertino riconosceva alla magistratura solo limitate garanzie di autonomia, che poi, in sede di attuazione, venivano a restringersi ulteriormente.

In seguito, l'impostazione del regio decreto 30.1.1941, ispirato ai due principi strettamente collegati, gerarchico all'interno della magistratura e di attribuzione

7 G. Zaccaria, *L'interpretazione della legge*, in Id., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 147 ss.

8 Ivi, pp. 253 ss.

9 N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 21.

10 Su cui, tra i tanti, A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998; B. Rüthers, *La rivoluzione segreta (dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici)*, Mucchi, Modena, 2018; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Bari-Roma, 2022.

11 Sul punto, cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1999.

all'esecutivo di ampi poteri di direzione e di controllo sulla magistratura, fu completamente modificata dal Titolo IV parte II della Costituzione del 1948, al fine di assicurare ai singoli magistrati e alla magistratura ordinaria nel suo complesso la piena indipendenza da qualsiasi altro potere.

#### 4. La garanzia del testo costituzionale

Nel Titolo IV della nostra Costituzione troviamo – come si è accennato – una disciplina organica della separazione dei poteri e al suo interno una serie di garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura<sup>12</sup>. Innanzitutto, l'art. 101, secondo comma, Cost. dispone che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (oggi dovremmo aggiungere: solo in quanto coerente con la Costituzione<sup>13</sup>); con quest'enunciato la previsione costituzionale intende bilanciare l'indipendenza funzionale dal potere politico con l'obbligo di sottostare ai prodotti del potere legislativo. Quindi l'art. 107, quarto comma Cost. aggiunge che «il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario». Così mentre l'art. 104 Cost. recita «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», l'art. 108, secondo comma, Cost. affida al legislatore ordinario il compito di assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse. È qui che al fondo della disciplina costituzionale dell'indipendenza della magistratura incontriamo il principio di eguaglianza di fronte alla legge, giacché alla previsione di garanzie di indipendenza della magistratura e dei magistrati ordinari e speciali corrispondono in capo ai cittadini delle chiare aspettative di giustizia.

In Italia, come in Francia, si è optato per l'istituzione di un Consiglio Superiore della Magistratura. Vero è che la Costituzione italiana attribuisce al Ministro di Grazia e Giustizia «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia» (art. 110 Cost.), ma tale competenza incontra chiari limiti proprio nell'autonomia e indipendenza del CSM rispetto all'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali<sup>14</sup>. Se consideriamo gli articoli 112 Cost. relativo all'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero (art. 112 Cost.), e 109, per il quale «L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria», la Costituzione ci consegna un organico “pacchetto” di disposizioni intese a garantire efficacemente il principio di indipendenza della Magistratura<sup>15</sup>. La separazione dei poteri, nella

12 Per tutti, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.

13 L. Ferrajoli, “Il diritto come sistema di garanzie”, in *Ragion pratica*, I, 1993, pp.153 ss.; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, cit., pp. 20 ss..

14 Sul punto cfr. A.A. Cervati, “Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura in una prospettiva di comparazione giuridica”, in *Rassegna Forense*, 3/2010, pp. 518-519.

15 F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, pp. 59 ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico costituzionale*, Einaudi, Torino, 1990.

forma di governo parlamentare, intende assicurare la supremazia della volontà popolare ma insieme esprimere il pluralismo sociale<sup>16</sup>.

Se dal cielo dei principi costituzionali si scende sul terreno della concreta realtà politica e istituzionale, occorre affrontare il tema dei rapporti tra i diversi poteri e del loro equilibrio nell'ottica attuale che incorpora le trasformazioni avvenute nel concreto nel corso degli ultimi decenni.

Il problema dell'indipendenza della magistratura non si pone infatti solo sotto il profilo della tutela rispetto al rischio di invasioni di campo del potere decisionale politico nell'ambito delicatissimo dell'amministrazione della giustizia, cui si lega un'idea di imparzialità del tutto incompatibile con quella di parte propria di tutte le attività collegate alla funzione di rappresentanza e di governo. Esso si pone anche, sia rispetto all'organo di garanzia sia rispetto ai singoli magistrati titolari delle funzioni requirenti e giudicanti, per quanto riguarda eventuali sconfinamenti di campo della giurisdizione nella sfera propria degli altri poteri<sup>17</sup>. Oggi la questione dell'esercizio esorbitante della giurisdizione si presenta in termini sempre più acuti per le caratteristiche di caoticità, oscurità, eterogeneità e contraddittorietà della legislazione contemporanea<sup>18</sup> e per il suo progressivo scadimento tecnico, che si uniscono alla sempre più frequente rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi* a favore dell'*ars interpretandi*<sup>19</sup>; inoltre per il coesistere di norme ordinarie con norme costituzionali, internazionali ed europee e per il passaggio da una logica delle fonti<sup>20</sup> ad una logica dei principi<sup>21</sup>. Tutto ciò ha sollecitato un ruolo sempre più attivo del giudice<sup>22</sup> e portato ad un rovesciamento di ruoli nella complessa economia del processo di produzione della regola di diritto: il ruolo del giudice sopravanza oggi nettamente quello della legge; l'esigenza di adeguare la legislazione alla concretezza dei casi singoli tende a prevalere su quella della certezza. In altre parole, se è vero che il momento decisivo non è più quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata e applicata, l'asse del diritto si è chiaramente spostato dal diritto legislativo al diritto giurisprudenziale. In molti casi si fa concreto il rischio di una giustizia politica e di un'esorbitanza giudiziale.

16 C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, pp. 81 ss., ma anche N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 155 ss.

17 A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, Milano, 1999.

18 Tra i molti, cfr. B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna, 2011.

19 F. Palazzo, *Legalità tra law in books e law in action*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike Giuridica, 2017, pp. 64 ss.

20 G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, parte prima; G. Zaccaria, "The disorder of legal sources and interpretation", in *Rechtstheorie*, 2016, 47, pp. 388 ss.

21 R. Alexy, "On the structure of legal principles", in *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 269-301; N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 110 ss.

22 F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

In questo processo di allentamento del vincolo del giudice alla legge e di superamento di una legalità solo legislativa ha giocato un ruolo rilevante la “legalità costituzionale”. In primo luogo per il fatto indiscutibile che l’introduzione, con la Corte costituzionale, di un “giudice delle leggi”, che può annullare leggi in contrasto con una legalità superiore mina dall’interno la stessa maestà del precetto legislativo e mette in discussione il dominio assoluto della scena giuridica da parte delle assemblee legislative. In secondo luogo perché, dopo l’iniziale tendenza, sostenuta dalla magistratura e dalla scienza giuridica più conservatrici, a vedere giuspositivisticamente la Costituzione unicamente come *lex superior*, si è progressivamente affermata l’idea che la Costituzione contenga una tavola di valori e di principi<sup>23</sup>, un patrimonio di diritti e di doveri, che devono irrorare a tutti i livelli e in ogni momento applicativo l’intera vita pratica del diritto. La crescita di consapevolezza del fatto che l’assetto e lo sviluppo reali della società e delle forze in essa dominanti vanno costantemente al di là del testo costituzionale e di conseguenza della necessità di adeguare il sistema degli enunciati alle sopravvenienze storiche, è stata, come è ben noto, al centro del celebre ordine del giorno votato dall’Associazione nazionale magistrati nel 1965, che contestava la tesi di un necessario passaggio attraverso il giudizio della Corte costituzionale ogniqualvolta entrasse in gioco l’applicazione della Costituzione e affermava il potere-dovere di ogni giudice di osservare “i principi di diritto desumibili dall’intero sistema costituzionale”. Parallelamente la dottrina, soprattutto civilistica, condusse fin dagli inizi degli anni Sessanta, un’appassionata battaglia per far ammettere la c.d. *Drittwirkung* dei principi costituzionali, ossia l’applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti privati<sup>24</sup>. Del 1972 è il conio da parte di Pietro Barcellona dell’espressione “L’uso alternativo del diritto”, ideata proprio in occasione del convegno catanese sul tema<sup>25</sup>, nel quale si operò una forte critica dell’insufficienza delle categorie tradizionali riferite ad un diritto eguale, generale ed astratto, che impedivano qualsiasi critica del modello esistente di sviluppo sociale. L’uso alternativo del diritto stava ad indicare la necessità di indirizzare il procedimento applicativo secondo una scelta favorevole alle classi subalterne, una scelta che si assumeva già effettuata dalla costituzione repubblicana. Al di là dell’involucro ideologico, fortemente tributario dell’analisi marxista del diritto e al di là di alcune sue estreme attuazioni in alcune frange di Magistratura democratica, l’operazione “Uso alternativo del diritto” non intendeva conte-

23 G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009; P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*; Giuffrè, Milano, 2006, pp. 106 ss.

24 N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 123 ss.

25 Gli atti del convegno sono stati raccolti in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973. Sul tema, cfr. N. Lipari, *L’uso alternativo del diritto oggi*, in *Diritto civile e ragione cit.*, pp. 149 ss.

stare l'indispensabilità del momento legislativo<sup>26</sup>. In ogni caso essa contribuì non poco a rafforzare il versante dell'interpretazione e ancor oggi, a distanza di oltre cinquant'anni, e archiviate le forzature e le mode culturali di certo marxismo ideologico, che concepiva un uso alternativo del diritto del tutto personale ed utopico, le va comunque riconosciuto il merito, dinnanzi alla strutturale incompletezza del dato positivo, di aver portato alla luce e razionalizzato la fondamentale funzione politica del diritto e della sua applicazione pratica<sup>27</sup>, e di aver sottolineato lo stretto raccordo del processo applicativo del diritto con la concretezza della vita sociale. Lo spartiacque relativo alla funzione politica del giurista interprete, sia esso teorico sia esso giudice, veniva così strettamente legato al maggior uso possibile della Costituzione<sup>28</sup>.

## 5. La costituzione e il pluralismo delle fonti

L'attribuzione al giudice anche ordinario non solo di un ruolo di bilanciamento sistematico delle norme, ma anche del compito critico di adeguare la legge ai principi costituzionali e di assicurare un'applicazione della norma conforme a Costituzione; il ruolo assegnato dalla Corte costituzionale al "diritto vivente" nel giudizio di costituzionalità delle leggi (un aspetto, questo, che pone in secondo piano il principio di determinatezza della fattispecie, per valorizzare invece il significato consolidato nella giurisprudenza); la funzione di composizione e stabilizzazione della giurisprudenza affidate dall'ordinamento alla Corte di Cassazione: tutti questi fattori accelerano il processo di costituzionalizzazione del diritto e di riconoscimento della fonte giurisprudenziale come fonte di diritto, finendo per esaltare il ruolo del giudice. La legge deve mostrare di rispettare le ragioni costituzionali<sup>29</sup>. Le costituzioni hanno introdotto valori indisponibili che trascendono lo stesso principio democratico e sono sottratti all'onnipotenza della legge. Il "prodotto giurisprudenziale" prevale sull'enunciato dato dal legislatore. Il principio della giustizia tende a prevalere su quello della certezza e la funzione del giudice si gioca nel tentativo, sempre difficile e mai esaurito, di cogliere la giustizia nella legalità, di risolvere virtuosamente la tensione tra *ius positum* e diritto giusto. Non si tratta semplicemente di discutere se il giudice ricorra o meno a giudizi di valore, ma di verificare se le sue opinioni valutative, volte al continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo, tenga-

26 Ivi, p. 153.

27 Per tutti, cfr. L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, ma anche G. Zaccaria, "L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto", in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 632 ss.

28 G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., p.74.

29 G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 130 ss.; Id., *Tempi difficili per la Costituzione: gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza, Roma-Bari, 2023.

no conto del “sentire comune” e continuino ad operare entro i margini consentiti dalle norme e dalla Costituzione<sup>30</sup>.

Da un punto di vista filosofico, questo spostamento di accento su un sapere che ha per oggetto l’agire orientato verso il giusto implica l’adozione del metodo della ragione pratica, che si interroga su come tradurre i valori fondamentali della società raccolti ed espressi nella Costituzione non in modo solipsistico, ma argomentativo; e che lo ritrovi nelle radici e nell’identità di una coscienza collettiva<sup>31</sup>, in un modo che tenga conto del pluralismo con cui essi sono stati progettati e implementati. Non esiste solo l’*auctoritas* della legge, esistono anche il modo e i contenuti con cui il potere viene esercitato e a questi vincoli contenutistici il legislatore deve sottoporsi.

Il quadro rappresentato dall’assetto pluralistico delle fonti, che alla coppia Costituzione-legge affianca il primato del diritto dell’Unione europea sul diritto nazionale e che si caratterizza per l’intreccio tra ordinamento interno ed esterni, debbono indurre a riconsiderare la stessa logica che è sottesa alla ripartizione dei poteri tradizionale; e a ricalibrarla, prendendo realisticamente atto sia dell’ampliamento degli spazi di intervento del giudice sia della gravissima crisi dei meccanismi rappresentativi che può indurre a porre in discussione la stessa garanzia di democraticità della legge.

Esattamente a quest’altezza nasce, in una democrazia basata sul principio dei checks and balances, il conflitto con il principio costituzionalmente sancito dell’indipendenza della magistratura e del controllo di razionalità e ragionevolezza sull’attività interpretativa del giudice. È evidente che le garanzie grazie alle quali il magistrato possa svolgere correttamente il proprio compito attono in primo luogo alla disciplina normativa dell’organizzazione giudiziaria e dei suoi modi di funzionamento. E tuttavia questi strumenti rimangono senza dubbio di efficacia cogente indiretta, se non aleatoria. Il primo strumento per vincolare l’attività interpretativa e applicativa di diritto resta pur sempre quello dell’atteggiamento culturale spontaneo e del metodo che si dà il giudice stesso<sup>32</sup>. Qualora però ciò nei fatti non avvenga, e considerata l’ineffettività di sanzioni emesse dallo stesso ordine giudiziario nei casi di esondazione del giudice dal proprio ruolo, la responsabilità di quest’ultimo in caso di violazioni di regole interpretative di natura deontologica, non potrà necessariamente che essere di natura etica: una responsabilità che ovviamente tanto più si accresce, quanto maggiori sono i difetti della legislazione, e dunque più ampio si fa lo spazio della sua discrezionalità.

Anche per effetto delle novità legate allo stato costituzionale di diritto e al diritto sovranazionale europeo, la cui giurisprudenza ha dato un impulso decisivo all’affermarsi dell’idea del rispetto di principi sostanziali e procedurali di giustizia, siamo dunque costretti a sostituire al “modello del buon legislatore”, che prevalse

30 G., Zaccaria, “L’obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto”, cit., p. 605.

31 P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. X.

32 Cfr. G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 145 ss.

nettamente per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento con il “modello del buon interprete”<sup>33</sup>.

Se ripercorriamo telegraficamente la storia della vicenda dei rapporti tra legge e sentenza<sup>34</sup>, non è inutile ricordare ancora una volta come il paradigma moderno avesse portato alla supremazia della legge e alla celebrazione della legalità come valore fondativo della modernità giuridica<sup>35</sup>. Un valore nato con la cultura illuministica e frutto dunque di una precisa impostazione culturale, sviluppato nei primi due libri del Contratto sociale di Rousseau<sup>36</sup> con la costruzione della figura del Legislatore, ma divenuto nel tempo assoluto ed astorico, fino a costituirsi, per dirla con Paolo Grossi, in vera e propria “mitologia”<sup>37</sup>, che ha profondamente pervaso la mentalità e l'immaginario del giurista moderno e che è giunta fino ai nostri tempi, perpetuando l'idea – dura a morire anche se smentita dai fatti – di una funzione ancillare della giurisdizione e del sapere giuridico rispetto al prevalere della dimensione potestativa del diritto. In realtà l'odierno capovolgimento di prospettiva, caratterizzato dalla prevalenza del diritto giurisdizionale e per così dire dalla rivincita della *iurisdictio* sul *gubernaculum*, non va drammatizzato se solo si considerano un aspetto storico ed uno teorico. Storicamente non è difficile constatare che nella relazione tra le due funzioni essenziali dello stato costituzionale, la legislazione e la giurisdizione, il pendolo ha ripetutamente oscillato ora sulla “polarità” legislazione ora sulla “polarità” giurisdizione. Non occorre infatti ricordare come al centro dell'esperienza giuridica medioevale si trovassero l'*interpretatio* e la *iurisdictio* e come solo successivamente esse siano state soppiantate dalla fonte legge, fonte per eccellenza volontaristica e razionalistica, che interpretava perfettamente la volontà dell'uomo moderno di costruire un nuovo ordine giuridico<sup>38</sup>. Tale considerazione di tipo storico è destinata poi a rafforzarsi se si assume dal punto di vista teorico una visione generale del diritto come pratica sociale e relazionale in cui, all'interno di un contesto storicamente individuato tutti – naturalmente con ruoli, pesi e strumenti diversi – legislatori, giudici, scienziati del diritto e semplici cittadini, contribuiscono, dialogando con le prospettive dell'altro, a produrre l'opera complessa del diritto e a concretizzarne il carattere pratico. Né l'apporto del legislatore né quello del giudice vanno intesi come dati conclusivi e non comunicanti. Il diritto è “vivente” in quanto lo si assuma come un organismo vivo, che non è imprigionabile nella fissità di una formula definitiva e che esprime il modo

33 Cfr. il nostro *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 83.

34 Per un approccio generale al tema dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, cfr. M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

35 M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 383.

36 J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* [1762], Einaudi, Torino, 2005; sul quale cfr. G. Silvestrini, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean Jacques Rousseau*, Claudiana, Torino, 2010; C.M. Herrera (a cura di), *Rousseau chez les juristes*, Kimé, Paris, 2013.

37 P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005 (2 ed.).

38 M. Vogliotti, voce *Legalità*, cit., p. 379.

di essere di un'intera comunità sociale. La funzione del giudice a questo punto si identifica con il perseguimento di un risultato condiviso (o comunque ritenuto accettabile) in chiave di valori<sup>39</sup>.

Quanto al tema dell'equilibrio tra i poteri, che nell'impostazione classica si riteneva garantito dalla loro separazione, paiono difficili da contestare alcune rilevanti modificazioni rispetto allo schema classico<sup>40</sup>. Solo per rimanere in Italia, nel corso dell'ultima legislatura (2018-2022) il maggior numero di provvedimenti legislativi è opera del governo (146 decreti legge e 164 decreti legislativi) a fronte delle circa 200 leggi adottate dal Parlamento, all'interno della cui attività si segnalano peraltro un grande numero di norme che sono in buona sostanza provvedimenti amministrativi in forma di legge. In tal modo è stata cancellata, nella sostanza, la legge come fonte del diritto e il decreto legislativo è diventato lo strumento preferenziale e permanente per legiferare, svuotando così di ogni significato i principi di separazione dei poteri e di riserva di legge, facendo ulteriormente perdere alle procedure parlamentari il loro significato sostanziale e attribuendo al potere esecutivo una unilaterale potestà legislativa di tipo primario. Legislazione e amministrazione sono poi profondamente influenzate dalle sentenze del potere giudiziario. Non solo: la creazione del diritto comunitario e la penetrazione nell'ordinamento nazionale di norme e sentenze prodotte dalla Corte di giustizia europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo complicano ulteriormente i rapporti tra magistratura e politica, ma anche all'interno del potere giudiziario si pone in modo sempre più pressante il problema di armonizzare l'operato di corti diverse.

## 6. L'indipendenza della magistratura nell'Europa dell'Est

Come è stato giustamente notato, "in ogni parte del mondo le intimidazioni più gravi nei confronti dei magistrati provengono dai governi e talora anche dai legislatori costituzionali"<sup>41</sup>. Per quanto riguarda l'Europa, alcune tendenze destano da tempo grande preoccupazione. È il caso della Polonia e anche dell'Ungheria<sup>42</sup>, che nel 2011 si è data una nuova costituzione che ha catalizzato le preoccupazioni tanto del Consiglio d'Europa<sup>43</sup> quanto dell'Unione europea<sup>44</sup>. La Commissione europea, infatti, ha iniziato (già il 17 gennaio 2011, dopo poco più di due settimane

39 N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 175.

40 Sul punto il volume curato da Cassese, *La separazione dei poteri* cit.

41 A.A. Cervati, *Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura*, cit., p. 515.

42 Si rimanda al seguente collegamento:

[http://www.magistraturademocratica.it/mdem/intervento\\_all.php?a=on&s=&id=1090](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/intervento_all.php?a=on&s=&id=1090).

43 Opinion no. 621 / 2011 Cdl-Ad(2011)016 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) Opinion On The New Constitution Of Hungary Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011) in [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)016-E.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)016-E.pdf).

44 Comunicato stampa del 17 gennaio 2012, reperibile ad es. in [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/redoing/multimedia/news/2012/01/20120111\\_en.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/redoing/multimedia/news/2012/01/20120111_en.htm).

dall'entrata in vigore della nuova Costituzione) una procedura d'infrazione urgente per la violazione dei principi di indipendenza di tre istituzioni, quali la banca centrale, il potere giudiziario, l'autorità di protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda il potere giudiziario, i profili che hanno destato maggiore preoccupazione sono essenzialmente due: l'immediato abbassamento dell'età pensionabile dei giudici e pubblici ministeri in servizio da 70 a 62 anni, e l'abolizione del Consiglio Superiore della Magistratura, sostituito da un nuovo "National Judicial Office", organo non collegiale, ma diretto, appunto, da un singolo direttore di nomina governativa, e competente per la gestione dei tribunali, il loro bilancio, l'allocazione del personale di magistratura ed amministrativo, ed il reclutamento dei magistrati. Entrambi i provvedimenti, espressivi di una volontà di erodere i margini di azione del potere giudiziario, appaiono in contrasto con i principi dello Stato di diritto, quali valori fondanti dell'Unione europea, e anche con il diritto ad un processo equo dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si profila, insomma, l'insidia di un neautoritarismo che rigetta lo Stato di diritto, il bilanciamento dei poteri e il sistema dei controlli e che propone un modello di democrazia della sovranità consapevolmente illiberale.

Più in particolare, in una serie di sentenze recenti<sup>45</sup> che fanno riferimento a numerose disposizioni dei Trattati e ai diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte di Giustizia ha rivendicato nei casi specifici dell'Ungheria e della Polonia la competenza delle istituzioni dell'Unione a constatare e sanzionare violazioni dei valori su cui è fondata l'UE e specificamente dello Stato di diritto<sup>46</sup> (70 anni di diritto dell'Unione). Tra i diritti esplicitamente contemplati dalla Carta europea dei diritti fondamentali particolarmente importante è quello che conferisce ad ogni persona il diritto fondamentale a che la sua causa sia esaminata equamente da un giudice indipendente e imparziale preconstituito per legge (art.47): nella sentenza 19 novembre 2019 la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo<sup>47</sup>.

Dal canto suo la giurisprudenza della Corte EDU ha sottolineato l'importanza per il funzionamento dello Stato di diritto del principio di separazione dei poteri e di indipendenza del potere giudiziario da interventi e pressioni esterne<sup>48</sup>, ribadendo l'obbligo degli Stati membri di stabilire un sistema di procedure giurisdizionali che assicuri l'effettività di tale principio. Il principio del primato del diritto dell'Unione fa sì che le disposizioni nazionali di origine legislativa o costituzionale che

45 Sentenze del 16 febbraio 2022.

46 F. Erlbacher, K. Herrmann, *I valori fondamentali dell'Unione Europea: dai principi agli obblighi giuridici*, in *70 anni di diritto dell'Unione. Un'Unione al servizio dei suoi cittadini*, Commissione europea, 2023, p. 43.

47 Ivi, p.48.

48 In argomento M.G. Civinini, "Indipendenza e imparzialità dei magistrati", in *Questione giustizia*, aprile 2019.

minimo il diritto ad un giudice imparziale debbano essere disapplicate (sentenza A.K., 19 novembre 2019). Infine, con le sentenze capitali e in certo modo storiche del 16 febbraio 2022 la Corte ha respinto i ricorsi di Ungheria e Polonia avverso la validità del regolamento 2020/2092 relativo alla c.d. condizionalità, che contiene la possibilità di adottare misure contro gli Stati membri che si rendano responsabili di violazioni dei principi dello Stato di diritto.

## 7. La situazione italiana

Per quanto concerne l'Italia, la situazione non è minimamente paragonabile a quelle polacca e ungherese appena richiamate<sup>49</sup>. Tuttavia ricorrenti, spesso a seguito di sentenze o provvedimenti giudiziari sgraditi al potere politico, sono gli interventi polemici nei riguardi della magistratura, le minacce di riforme che ne riducano lo spazio d'azione e gli attacchi personali anche a singoli magistrati. Lo scorso ottobre 2023 il Primo Ministro Giorgia Meloni, criticando pesantemente una sentenza del giudice civile del Tribunale di Catania che ha definito illegittimo un decreto del governo in materia di trattenimento dei migranti richiedenti asilo e provenienti da "Paesi sicuri", ha sostenuto che una parte della magistratura "si scaglia contro i provvedimenti di un governo democraticamente eletto". Dove è evidente l'idea che l'investitura popolare conferisca al governo una sorta di sovranità assoluta: tesi populista estranea allo spirito della liberaldemocrazia. Un approccio che dovrebbe preoccupare chiunque abbia a cuore la libertà dei cittadini e il rispetto dei principi basilari dello Stato di diritto, tanto più che pare difficile negare che la giurisdizione e la sua indipendenza costituiscano di per sé una componente essenziale della democrazia.

Ma, come si è detto sopra, non va neppure trascurato l'altro aspetto della questione: è innegabile che il nostro Stato sia divenuto, come dicono i tedeschi un *Justizstaat*<sup>50</sup>, e che la funzione giurisdizionale abbia assunto un connotato di politicità sempre più marcato<sup>51</sup>.

A partire dagli anni Novanta la magistratura è stata caricata (e in parte si è caricata) di compiti straordinari per fronteggiare fenomeni storici ed emergenze sociali di vasta portata (come il terrorismo e la criminalità mafiosa), mentre la crescita esponenziale dell'azione degli organi requirenti contro la corruzione nelle istituzioni pubbliche e nei partiti ha contribuito ulteriormente a costruire la funzione giurisdizionale come centrale nella società. A ciò si aggiunga la proliferazione di norme incriminatrici dai confini molto elastici e labili, che di per sé determinano

49 L. Carlassare, "Magistratura e governo: un interessante conflitto", in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018. S. Gambino, *Magistratura e potere politico*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/magistratura/gambino.html>.

50 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* [1932], Duncker und Humblot, Berlin, 2012.

51 B. Rütters, *La rivoluzione segreta dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, Modena, 2018.

un accrescimento del potere punitivo dei giudici<sup>52</sup>. Non solo: quando l'azione del giudice si connota di un carico improprio di politicità, la stessa sua indipendenza viene per così dire tradita sul piano etico e sostanziale; dice bene Enrico Scoditti, il giudice ha il dovere di essere indipendente da sé stesso<sup>53</sup>. Infine, è da considerare il ruolo distorto delle associazioni dei magistrati nel sistema di governo autonomo della magistratura, che nel recente passato ha inciso in modo pesante nella gestione della carriera dei magistrati, e in particolare nel conferimento degli incarichi direttivi da parte del C.S.M.<sup>54</sup>.

La reazione della politica si è tradotta nella riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta con la legge n. 150/2005, che per certi versi si riverberava negativamente sull'autonomia e sull'indipendenza della magistratura, ma che è stata poi temperata dalla legge n.269/2006 sulle carriere dei magistrati e dal d.lgs.106/2006.

I vari aspetti della problematica (dal problema del divieto di iscrizione ai partiti al divieto per i magistrati di partecipazione sistematica alla vita politica, alla loro elezione in Parlamento) sono assai complessi e delicati e non possono essere trattati in questa sede. Qui vorrei affrontare la problematica da un punto di vista forse meno consueto. Mi riferisco al fenomeno della sempre più pervasiva amplificazione mediatica di alcuni provvedimenti giudiziari, che tende a costituire un continuum tra questi ultimi e processi sommari che si svolgono sui media e sui social, spesso con gravissimo danno per la dignità dei cittadini coinvolti, con una menomazione della presunzione di innocenza e con un notevolissimo effetto di condizionamento del dibattito pubblico.

Di qui una domanda e una questione: non può una giustizia così concepita rappresentare un uso improprio della giustizia stessa (con il rischio di strumentalizzazioni politiche a fini propagandistici), ed anche un pericolo per la stessa indipendenza della magistratura, legandola troppo strettamente (anche se non volontariamente) a contesti contrassegnati da emotività e preconcetti? Finendo, inoltre, col privarla talora dell'equilibrio e della tranquillità necessari per rendere giustizia in un procedimento adeguato.

## 8. L'indipendenza come modello descrittivo o come modello regolatorio: verso un nuovo equilibrio?

Quello dell'indipendenza della magistratura e dell'equilibrio tra i poteri – dobbiamo infine domandarci riprendendo uno spunto precedente – è un modello descrittivo oppure un modello regolativo di carattere prescrittivo?

Va riconosciuto che l'astratta affermazione dei principi dello Stato di diritto non basta purtroppo a garantire l'indipendenza della magistratura, né tanto

52 G. Zaccaria, *Postdiritto*, cit., pp. 89 ss.

53 E. Scoditti, "Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso", in *Il Foro Italiano*, 2020, pp. 218-224.

54 N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 2 ss.

meno a conservare l'equilibrio e il reciproco rispetto tra i poteri dello Stato. Il dogma della divisione dei poteri e il correlativo equilibrio tra diritto posto dal legislatore e diritto giurisprudenziale si è rotto a favore della funzione giurisdizionale. Per comporre i conflitti sociali occorre andare alla ricerca di un nuovo equilibrio, che nella riaffermazione della dialettica legislatore-giudice contempli però dei limiti alla carica espansiva del giurisdizionale e veda nello Stato costituzionale del presente il carattere di un indirizzo che si determina processualmente attraverso il dialogo tra diversi soggetti e la collaborazione tra diversi poteri<sup>55</sup>. È necessario che si diffondano e si radichino tanto nella dialettica politica quanto nella stessa opinione pubblica (oggi più che mai) una cultura dell'indipendenza e un'adeguata sensibilità sul significato delle esigenze di indipendenza e imparzialità del magistrato. Ma non meno importante è che, nonostante la concentrazione di poteri attuatisi in capo all'esecutivo con la conseguente emarginazione del Parlamento, si conquisti una cultura dell'equilibrio tra le istituzioni nella dialettica pubblica. È chiaro che la nostra Costituzione, per poter operare efficacemente richiede che si diffonda una consapevolezza tanto circa il valore di una magistratura indipendente, lontana dai condizionamenti di parte (non solo politici), quanto sull'equilibrio e sul reciproco rispetto tra i poteri dello Stato. Ciò che non convince nella concezione tradizionale dello Stato di diritto di stampo liberale, è la contraddizione esistente e sempre più evidente tra le premesse realistiche dalle quali muove l'esigenza di garantire giudici indipendenti e imparziali che possano assicurare il rispetto della legge, e gli esiti altamente astratti cui pervengono in sede dogmatica le dottrine della separazione dei poteri e le diverse enunciazioni del principio di legalità<sup>56</sup>. Nell'aderire a questa prospettiva critica dei sistemi di garanzia dell'indipendenza della magistratura e degli altri principi ad essa correlati, l'indagine comparatistica può essere qui di aiuto al fine di costituire una nuova consapevolezza ermeneutica del ruolo che ciascun potere svolge nella società e del loro reciproco equilibrio. Posta in questi termini la questione, è chiaro che ci troviamo di fronte ad un ideale di natura chiaramente prescrittiva, un ideale regolativo rispetto al quale tutti dobbiamo sentire l'imperativo morale di operare affinché la dialettica tra le istituzioni possa rientrare tutta nel tracciato costituzionale. Per esprimere l'istanza che sta a fondamento dell'indipendenza dei giudici, Gustav Radbruch ha affermato: *Wissen und Gewissen machen die Juristen*, ("conoscenza e coscienza fanno i giuristi")<sup>57</sup>. Ma questa affermazione oggi non può non valere anche per tutti coloro che hanno un ruolo e svolgono una funzione all'interno delle istituzioni.

55 M. Fioravanti, "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 19.

56 Così anche A.A. Cervati, *Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura*, cit., p. 523.

57 G. Radbruch, *Kleines Rechtsbrevier. Spruchbuch für Anselm. Nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von Fritz von Hippel*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1954, p. 44.

## Bibliografia

- Modugno, F., *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, 1966.
- Silvestri, G., *La separazione dei poteri*, Giuffrè, 1979 e 1984.
- Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, 1994.
- Guastini, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, 2006.
- Guastini, R., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011.
- Cassese, S. (a cura di), “La separazione dei poteri”, fasc. 1/2023 di *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Giuffrè, 2023.
- de Secondat, C.L., barone de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi (libri I-XIX)* [1748], D. Felice (a cura di), Bompiani, 2013.
- Goyard Fabre, S., *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*, Puf, 1993.
- Cotta, S., *Montesquieu*, Laterza, 1995.
- Binoche, B., *Introduction a “de l'Esprit des lois” de Montesquieu*, Publications de la Sorbonne, 1998.
- Felice, D., (a cura di), *Leggere l'Esprit des lois” de Montesquieu. Stato società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Mimesis, 1998.
- Krause, S., “The Spirit of Separate Powers in Montesquieu”, in *The Review of Politics*, 2000.
- Fontana, B., Baume, S. (a cura di), *Les usages de la separation des pouvoirs*, Michel Houdiard, 2008.
- Fioravanti, M., *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, 2021.
- Kelsen, H., “Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, in *Kantfestschrift des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. XVII, 3, 1924.
- Zaccaria, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, 2022.
- Lipari, N., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2008.
- Pizzorno, A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, 1998.
- Rüthers, B., *La rivoluzione segreta (dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici)*, Mucchi, 2018.
- Cassese, S., *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022.
- Gustapane, A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, 1999.
- Silvestri, G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997.
- Ferrajoli, L., “Il diritto come sistema di garanzie”, in *Ragion pratica*, I, 1993.
- Cervati, A.A., “Brevi annotazioni in tema di indipendenza della magistratura in una prospettiva di comparazione giuridica”, in *Rassegna Forense*, 3/2010.
- Rigano, F., *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, 1982.
- Pizzorusso, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico costituzionale*, Einaudi, 1990.
- Mortati, C., *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, 1973.
- Picardi, N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, 2007.
- Gustapane, A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Giuffrè, 1999.
- Mattarella, B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, 2011.
- Cadoppi, A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike Giuridica, 2017.
- Zaccaria, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, 2012.
- Zaccaria, G., “The disorder of legal sources and interpretation”, in *Rechtstheorie*, 2016.
- Alexy, R., “On the structure of legal principles”, in *Ratio Juris*, 13, 2000.

- Lipari, N., *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, 2019.
- Hourquebie, F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.
- Silvestri, G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009.
- Grossi, P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*; Giuffrè, 2006.
- Lipari, N., *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, 2019.
- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista, II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, 1981.
- Zaccaria, G., "L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto", in *Riv. dir. civ.*, 1979.
- Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009.
- Zagrebelsky, G., *Tempi difficili per la Costituzione: gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza, 2023.
- Grossi, P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017.
- Zaccaria, G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, 1996.
- Zaccaria, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, 2012.
- Luciani, M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, Giuffrè, 2016.
- Vogliotti, M., voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Giuffrè, 2013.
- Rousseau, J.J., *Il contratto sociale* [1762], Einaudi, 2005.
- Silvestrini, G., *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean Jacques Rousseau*, Claudiana, 2010.
- Herrera, C.M. (a cura di), *Rousseau chez les juristes*, Kimé, 2013.
- Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005.
- Erlbacher, F., Herrmann, K., *I valori fondamentali dell'Unione Europea: dai principi agli obblighi giuridici, in 70 anni di diritto dell'Unione. Un'Unione al servizio dei suoi cittadini*, Commissione europea, 2023.
- Civinini, M.G., "Indipendenza e imparzialità dei magistrati", in *Questione giustizia*, aprile 2019.
- Carlassare, L., "Magistratura e governo: un interessante conflitto", in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018.
- Gambino, S., *Magistratura e potere politico*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/magistratura/gambino.html>.
- Schmitt, C., *Legalität und Legitimität* [1932], Duncker und Humblot, 2012.
- Rüthers, B., *La rivoluzione segreta dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, 2018.
- Scoditti, E., "Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso", in *Il Foro Italiano*, 2020.
- Zanon, N., Biondi, F. (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, 2020.
- Fioravanti, M., "Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1/2016.