

**La riforma dell'ordinamento giudiziario e l'"eterno ritorno" della sfiducia nei giudici
(o solo nell'interpretazione giudiziaria?)**

di Andrea Cardone *

Lo scopo di queste poche pagine è quello di fornire qualche elemento di riflessione sulle principali novità del disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario (A.C. n. 4636), centrando l'attenzione su quelle di esse che paiono maggiormente significative ai fini della visione d'insieme dello "spirito" della riforma e delle sue macroscopiche implicazioni sui rapporti tra i poteri dello Stato. In particolare, la riflessione cadrà sulla configurazione degli illeciti disciplinari dei magistrati per gli errori commessi nell'interpretazione giudiziaria perché, a parere di chi scrive, è proprio in quest'aspetto della progettata novella che riposa l'architrave del disegno complessivo. Procediamo con ordine.

1. Quanto al nuovo sistema per l'accesso alla magistratura (art. 2, comma I, lett. a, n. 1) non si può che prendere le mosse dal constatare come sia difficile valutare tali norme senza cadere nelle contrapposizioni ideologiche legate alla tormentata vicenda della separazione delle carriere. Con estrema cautela pare di poter dire che il sistema del doppio concorso (*rectius*, del concorso unico con preferenza iniziale) e delle barriere al cambio di funzione non abbiano reale portata eversiva del principio costituzionale di cui all'art. 107, comma III Cost., secondo cui - com'è noto - i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni, visto che le due carriere restano comunque osmotiche, che i requisiti per accedere al concorso sono identici per entrambe le funzioni (lett. b, comma I, art. 2) e che sono uguali anche i meccanismi di progresso economico della carriera. Resta da capire, allora, quale sia il senso di un accesso strutturato in siffatta maniera, dato che la sola parziale diversità di materie e programmi e di composizione delle commissioni giudicatrici (più giudici nella commissione per funzioni giudicanti e più procuratori nella commissione per funzioni requirenti ex art. 2, comma I, lett. a, n. 4) pare inidonea a garantire quella maggiore specializzazione della magistratura che già auspicava Carnelutti (*Pubblico ministero, giudice unico, giudice laico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 954). Il problema maggiore, poi, è quello di valutare se, ed in quale misura, tale parte della novella sia in grado di rispondere alle esigenze evidenziate dalla dottrina che ha sostenuto (contro la posizione espressa dalla Corte nella sent. n. 88 del 1991) la legittimità e l'opportunità di una distinzione tra le due carriere. Difficilmente, infatti, il sistema in esame può essere immaginato come l'auspicata trasposizione istituzionale del nuovo ruolo processuale del p.m. (che, dopo il codice Vassalli, è "soltanto parte accusatrice" e, conseguentemente, "meno giudice") e ciò per l'evidente ragione che il meccanismo del concorso con preferenza di funzione non favorisce in alcun modo né il formarsi di un indirizzo governativo di politica criminale (argomento centrale dei teorici della separazione. Vedi P. Padovani-A. Cremonini, *Lineamenti costituzionali dell'ordinamento giudiziario*, Roma, 1963, p. 41) né una reale differenziazione tra la funzione di "vigilanza" che il guardasigilli esercita nei confronti del pubblico ministero a norma dell'art. 69 ord. giud. e quella di "sorveglianza" che esso è chiamato a svolgere dall'art. 56, d.p.r. n. 916 del 1958 su tutti gli uffici giudiziari (sottolineata da N. Zanon *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, 1996, pp. 219 e ss.).

2. Sul delicato punto della valutazione periodica della professionalità dei magistrati e dei suoi rapporti con l'avanzamento in carriera (art. 2, comma I, lett. e, n. 1) il principale rilievo che occorre fare è relativo alla circostanza che la soluzione dei concorsi facoltativi pare scarsamente in armonia con il principio più volte affermato dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 86 del 1982) secondo cui le funzioni giudiziarie possono essere distinte solamente in base alla loro natura "di merito" o "di legittimità". E questo per l'evidente motivo che la previsione di un concorso per accedere alle funzioni d'appello finisce per introdurre una distinzione tra le funzioni per gradi, basata sulla deprecabile idea che i giudici più qualificati devono essere assegnati ai gradi più alti della giurisdizione. Tale visione contrasta apertamente il principio della precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost., cui si è dato attuazione attraverso i rigidi criteri di riparto della competenza), il quale impone, se letto in combinato disposto con l'art. 24 Cost., secondo cui "tutti hanno diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi", che l'ordinamento assicuri una professionalità diffusa dell'ordine giudiziario ed in particolare della giurisdizione di merito, fin dal primo grado. Tutti i giudici di merito, in altri termini, devono essere dotati di eguale professionalità senza distinzione di grado e, pertanto, non si dovrebbe pretendere, o anche solo favorire, la maggiore professionalità del giudice di secondo grado. Tale sembra, invece, il risultato del congegnato sistema dei concorsi facoltativi che spinge i magistrati capaci e meritevoli ad abbandonare le funzioni di primo grado a vantaggio delle meglio remunerate funzioni di secondo grado. Inoltre, non deve essere sottovalutato il dato meramente pratico, ma non per questo privo di importanza, che la preparazione dei concorsi imporrebbe ai magistrati un "rallentamento" nello svolgimento delle funzioni. D'altro canto, il necessario controllo sulla professionalità dei magistrati può essere effettuato senza ricorrere alle scansioni concorsuali delle funzioni nei vari gradi di giudizio, attraverso valutazioni periodiche da parte del C.S.M., cui far conseguire in caso

di esito negativo il blocco della progressione economica o la destinazione ad altra funzione rispetto alla quale il magistrato risulti idoneo (come opportunamente previsto nella proposta avanzata dall'Associazione Nazionale Magistrati attraverso il documento presentato il 24 febbraio 2004 alla Commissione giustizia della Camera.).

3. Altro profilo qualificante della riforma, il quale si muove sempre nell'ottica della "professionalizzazione" degli organi giudicanti e requirenti, è quello relativo all'istituzione della Scuola superiore della magistratura (art. 3), alla quale è affidato il compito, tra l'altro, di provvedere al tirocinio e alla formazione degli uditori giudiziari, nonché all'aggiornamento professionale dei magistrati. Il limite principale dell'istituto, così come configurato, pare poter essere individuato nelle insufficienti garanzie di autonomia di cui esso gode rispetto all'esecutivo. Se, da un lato, infatti, se ne dichiara l'autonomia "contabile, giuridica (sic!), organizzativa e funzionale", dall'altro, si prevede che essa utilizzi personale del Ministero di Giustizia e che disponga di risorse finanziarie a carico del bilancio del medesimo. L'unica reale garanzia di indipendenza nell'indirizzo formativo-culturale dei corsi di tirocinio e di aggiornamento è rappresentata dalla previsione (art. 3, comma I, lett. g) che l'insegnamento sia impartito da docenti di elevata competenza ed autorevolezza "scelti secondo principi di ampio pluralismo culturale". Previsione che pare francamente deficitaria ove si tiene presente che la Scuola può esprimere valutazioni negative nei confronti degli uditori, le quali - se ripetute dopo un secondo tirocinio - determinano la risoluzione del rapporto di impiego (lett. I). Sul punto, va comunque positivamente valutata la circostanza che sia stata abbandonata l'originaria idea di istituire la Scuola presso la Corte di Cassazione, la quale creava non pochi problemi di conformità con l'art. 105, nella parte in cui sottraeva al C.S.M. le funzioni amministrative relative alla formazione, e con l'art. 107, comma III, nella parte in cui favoriva la trasformazione del giudice di legittimità da organo di vertice del sistema delle impugnazioni ad organo di vertice della magistratura (A. Protopisani, *Conati di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Democrazia e diritto*, 2003, pp. 178-9).

4. L'art. 5 del disegno di legge delega provvede alla riorganizzazione del pubblico ministero, nel tentativo di dare risposta al problema della disomogeneità nell'esercizio dell'azione penale. Il quadro complessivo sembra essere quello di una rinnovata gerarchizzazione interna dell'ufficio del p.m., la quale si pone in netta controtendenza rispetto al dilagare dei modelli basati sulla "dipendenza funzionale". Riecheggia la *vexata quaestio* che contrappone coloro che ritengono che i poteri direttivi del capo dell'ufficio abbiano rilevanza meramente interna e non valgano a caratterizzare la posizione costituzionale dell'ufficio del p.m. (A. Pizzorusso, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979, p. 33; M. Devoto, *Ordinamento giudiziario* (voce), in *Enc. Giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 8) a quanti, invece, affermano che il criterio gerarchico è il necessario corollario dei principi di unità, indivisibilità ed impersonalità (E. Lignola, *Considerazioni su alcune proposte relative ad una riforma dell'ordinamento degli uffici del pubblico ministero*, in *Foro it.*, 1970, fasc. 4, p. 34; G. Foschini (1948), *Ministro della giustizia e pubblico ministero nella nuova Costituzione*, in *Id.*, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, 1960, pp. 169 e ss.). Senza pretesa di prendere posizione in tale dibattito, ci si limita a segnalare come manchi nel disegno in commento ogni tentativo di valorizzare i poteri di coordinamento del procuratore, magari prevedendo poteri specifici di direzione, come quelli sul ricorso alla polizia giudiziaria, sull'uso delle risorse tecnologiche, sulla prassi da seguire in materia di interventi urgenti sulla libertà personale. Del resto, ai fini dell'omogeneizzazione dell'esercizio dell'azione penale, poco efficaci si sono già dimostrati in passato gli strumenti destinati ad operare *ex post* secondo la logica della superiorità gerarchica. In alcune ipotesi, poi, la gerarchizzazione non sembra corrispondere a reali esigenze. E' questo, ad esempio, il caso dell'avocazione per violazione di norme processuali anche "non tutelate da sanzioni processuali" (lett. g, n. 2), la quale non soddisfa alcuna apprezzabile necessità di garanzia vista la presenza del principio di tassatività delle nullità (art. 177 c.p.p.) e la chiusura del sistema assicurata dalla codificazione della mera irregolarità (art. 124 c.p.p.). Tali norme, infatti, da un lato, impediscono il pregiudizio dei diritti di difesa delle parti ad opera di atti difformi dal paradigma legale, dall'altro, obbligano il magistrato ad attenersi ad ogni regola, anche non sanzionata da nullità, per evitare l'insorgere di responsabilità disciplinari.

5. Infine, da segnalare è l'articolata disciplina di tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati (art. 7), la quale solleva preliminarmente non pochi problemi di metodo visto che la stessa Corte costituzionale ha espresso riserve sulla possibilità di procedere ad una classificazione degli illeciti disciplinari (sent. n. 100 del 1981. Sulla questione vedi L. Chieffi, *La Magistratura. Origine del modello e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, pp. 208-9). Nel merito è interessante soffermarsi, ancorché per motivi diversi, su tre norme. La prima è quella contenuta nell'art. 7, comma I, lett. c), n. 7, secondo cui costituisce illecito disciplinare l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra parte dispositiva e motivazione. Tale norma merita di essere salutata con favore per il motivo che essa tenta di porre rimedio ad un problema molto delicato e nei confronti del quale il legislatore aveva sempre mostrato una forte ritrosia, quella delle c.d. "sentenze suicide" (G. Buonomo su questo Forum ha addirittura parlato a tal proposito di "raffinatezza giudiziaria"). Un giudizio meno positivo pare, invece, meritare la previsione dell'art. 7, comma I, lett. d), n. 7, la quale

qualificando come illecito "l'iscrizione, l'adesione o la partecipazione, sotto qualsiasi forma, a partiti o movimenti politici" pone le pericolose premesse perché le "limitazioni al diritto di iscriversi a partiti politici" previste dall'art. 98, comma III, Cost. si tramutino in un attentato alle fondamentali libertà civili e politiche dei magistrati. Attentato che per di più pare superfluo e velleitario nel disegno in esame che stabilisce espressamente che l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del giudice debbano essere assicurate "anche sotto il profilo dell'apparenza" (lett. d, n. 8), naturalmente con tutti i limiti che alla portata prescrittiva della norma derivano dalla scarsa aderenza alla realtà dell'immagine letteraria del giudice che "consuma i suoi pasti in ascetica solitudine" (P. Calamandrei (1935), Prefazione all'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1954). La terza norma che si intende considerare è quella contenuta nella lett. c), n. 9, la cui prima versione considerava illecito disciplinare l'"interpretazione creativa" e l'adozione di atti il cui contenuto "palesamente ed inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge". Nella formulazione oggi in commento il riferimento al divieto di interpretazione creativa è stato soppresso ma ciò non vale, secondo chi scrive, a tacitare le numerose istanze critiche che la norma solleva. Giova soffermarsi sul punto.

6. In particolare, deve essere rigettata con forza l'idea che l'interpretazione della legge possa essere oggetto di valutazioni a fini disciplinari perché ciò comprometterebbe inevitabilmente la libertà del giudizio e la stessa essenza della funzione giurisdizionale. Le manifestazioni di volontà contenute nei precetti normativi sono soggette alle imperfezioni ed ai limiti che accompagnano le espressioni volitive complesse ed astratte. L'applicazione delle norme al caso di specie, al pari di ogni altro aspetto della vita conoscitiva dell'individuo, si fonda su un giudizio che è sempre universale per le categorie che utilizza (la giustizia) ma allo stesso tempo particolare per le condizioni storiche definite (il caso giudiziario) in cui viene compiuto. Nella formulazione di tale giudizio risiede il *proprium* dell'interpretazione giudiziaria. Le operazioni ermeneutiche che vengono compiute dal giudice nella sussunzione del caso concreto nella norma generale ed astratta, in quanto ontologicamente libere, non possono essere oggetto di verifica che in sede di impugnazione, perché è questo l'unico strumento - compatibile con l'indipendenza della magistratura - che la Costituzione assicura per "sanzionare" gli errori del giudice nell'interpretazione delle norme (la c.d. copertura costituzionale del doppio grado di giurisdizione di cui all'art. 111, comma II, Cost.). Inoltre non si vede quale organo potrebbe divenire censore dell'"errore giurisdizionale interpretativo", essendo tale sindacato precluso alla sezione disciplinare del C.S.M., la quale, altrimenti, da "giudice dei comportamenti" diverrebbe "giudice dei provvedimenti" (D. Bifulco, *Divertissement sul "divieto di sentenze creative" e dintorni*, in *Costituzionalismo.it*, p. 3, secondo cui il d.d.l. prelude all'introduzione di una sorta di "Corte di giustizia della magistratura", sulla falsariga di quella prevista dalla Bicamerale D'Alema). Del resto l'introduzione nell'ordinamento di un apposito giudice - come ha osservato Bartole (*La revisione della Costituzione: riflessioni in tema di magistratura*, in *Diritto pubblico*, 1997, p. 827) - incrinerebbe pericolosamente tutto l'impianto costituzionale sul c.d. "autogoverno dei giudici". Ancora, non si vede con quali strumenti "il giudice disciplinare" potrebbe verificare l'esistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito, dato che non sempre è possibile rinvenire in maniera inequivoca il significato letterale di una norma (C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 201 e ss.; R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, pp. 61 e ss.; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998; M. Cavino, *Attenzione a quel che chiedete! Potreste ottenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Costituzionalismo.it*, pp. 10-2, secondo cui lo scopo della norma è tutelare la certezza del diritto solo come unicità del potere normativo). Se si affronta la questione in quest'ottica sicuramente insufficienti devono essere considerati i passi in avanti compiuti con l'eliminazione del divieto di interpretazione creativa. L'attuale formulazione della norma lascia irrisolti i problemi relativi al significato di un potere disciplinare che incide sulla libertà interpretativa del giudice ed alle conseguenze di esso sul delicato rapporto tra funzione democratico-rappresentativa e funzione giurisdizionale, tra politica e magistratura e richiede, pertanto, alcune considerazioni di carattere più generale.

6.1 Dietro la previsione di una sanzione disciplinare per il giudice che interpreti la norma senza rispettare "la lettera e la volontà della legge" si agita, infatti, lo spettro della prevalenza della decisione concreta dell'interprete su quella astratta del legislatore: è il perenne timore che il giudice, novello Prometeo, rubi al parlamento "il fuoco della decisione politica". Non di rado la storia costituzionale dell'occidente ha offerto occasioni per il consumarsi degli inani sforzi di ridurre l'interpretazione giudiziaria ad un mero atto di conoscenza, privo di qualsiasi dimensione poetica. Non è nuova al costituzionalismo la contrapposizione tra interpretazione come avalutativa operazione logica e interpretazione come atto di volontà. E' dubbia la sua utilità (L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, pp. 39 e ss.) ma non la sua strumentalizzazione per marcare il difficile confine tra creazione ed attuazione delle norme. In particolare, la ricorrente pretesa di limitare la libertà interpretativa del giudice (L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 145 e ss.) ha sovente rappresentato il mezzo per tentare di allocare la volontà normativa esclusivamente in capo al legislatore.

Alcune delle esperienze costituzionali dell'età moderna hanno fornito a tale atteggiamento la veste di un vero e proprio archetipo. È il caso dell'introduzione nella Francia giacobina dell'istituto del *référé législatif*, recentemente evocato da una provocatoria proposta di Pace (*Una proposta: introdurre il référé législatif*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*). L'impartito obbligo per il giudice, in caso di dubbio sull'interpretazione di una norma, di rivolgersi ad un organo politico, istituito presso il corpo legislativo, mistificato da una parvenza di giurisdizionalità ed i cui componenti solo formalmente erano *juges* (G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 364 e ss.; F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, pp. 535 e ss), testimoniava il delirio rivoluzionario di tradurre in istituzioni le suggestioni rousseauiane della volontà generale. L'interpretazione della legge ad opera dei giudici viene vista come un possibile attentato all'estrinsecazione del potere sovrano del popolo di autodeterminarsi nel perseguimento del "bene comune".

Non dissimile l'insegnamento che è possibile trarre dalla "battaglia per il controllo giurisdizionale delle leggi", condotta sulla base del principio di uguaglianza dalla classe dei giudici di Weimar contro lo Stato legislativo, da cui nasceranno le premesse per la genesi del modello accentrato di giustizia costituzionale (G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, pp. 137-164). Anche tale vicenda si sviluppa, pur in un contesto storico-istituzionale completamente diverso, nel segno del timore che il giudice, interpretando la norma nella maniera ritenuta più confacente alla risoluzione del caso concreto sottoposto alla sua cognizione, abbia il potere di inserire nell'alveo della sua portata prescrittiva giudizi e valori soggettivi che le erano originariamente estranei, che esso operi come una sorta di legislatore *unius quaestionis*, sostituendo le proprie scelte a quelle del parlamento in maniera difficilmente conciliabile tanto con il principio di legalità, quanto con quello di separazione dei poteri. Una paura, questa, non molto diversa da quella che il nostro ordinamento conoscerà grazie al capovolgimento del rapporto tra norma e fatto operato dalla c.d. "giurisprudenza alternativa", i cui meccanismi logico-ermeneutici ben saranno spiegati da Ferrajoli (Relazione al Convegno di Catania del 15-17 maggio 1972 "L'uso alternativo del diritto", in G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, Napoli, 2000, p. 106). La sottrazione del sindacato di costituzionalità al giudice ordinario, e la sua contestuale attribuzione ad un Tribunale speciale cui è preclusa ogni valutazione della realtà, trovava la sua giustificazione nello scempio dello Stato di diritto compiuto dalla classe dei giudici di Weimar, i quali, sollecitati dalla larga maggioranza dei giuristi, iniziavano a sindacare le leggi sotto il profilo della loro adeguatezza alla situazione di fatto ed agli interessi coinvolti, asservendo il principio di uguaglianza (art. 109, comma 2, della W.V.) alla disapplicazione della legge ritenuta ingiusta. In questa prospettiva, la teorizzazione dei sistemi di giustizia costituzionale accentrata si configurava come lo strenuo tentativo di difendere la certezza dell'ordinamento legislativo e la supremazia del Parlamento dallo svuotamento giurisprudenziale che essi rischiavano di subire ad opera del conservatorismo dei giudici. Il fulcro del movente kelseniano era, ancora una volta, la radicale sfiducia nei confronti dell'interpretazione giudiziaria ed in tale presupposto storico-politico, ancor prima che ideologico, deve essere - conseguentemente - rinvenuto il tratto distintivo della *Verfassungsgerichtbarkeit* dal *judicial review* americano; sistema imperniato, invece, sulla tradizionale considerazione del giudice (non inquadrato burocraticamente ed eletto, a livello statale, direttamente dalla comunità territoriale) quale primo soggetto dell'attuazione costituzionale.

Per quanto è qui di più prossimo interesse, giova osservare che neppure la disciplina dell'ordinamento giudiziario italiano è priva, in alcuni dei suoi punti più qualificanti, di profili evidentemente contaminati da una visione riduttiva dell'interpretazione giudiziaria. Emblematico il caso dell' art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario che rappresenta il crocevia fondamentale attraverso cui si snoda il delicato rapporto tra giudice e interpretazione della legge. L'art. 65 riprendendo la formulazione dell'art. 122 della legge organica unitaria sull'ordinamento giudiziario (r. d. 6 dicembre 1865, n. 2626), stabilisce che spetta alla Cassazione, tra l'altro, garantire "l'esatta osservanza della legge". Tale norma appare chiaramente tributaria della concezione che dell'istituto della funzione nomofilattica ebbero i costituenti francesi degli anni della Rivoluzione; concezione a sua volta ancorata ad una impostazione logico-formalistica delle questioni ermeneutiche (A. Cardone, *Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2893), alla maniera tipica della dottrina del positivismo giuridico. La stessa formulazione letterale della norma lascia chiaramente intendere, infatti, che il legislatore dell'ordinamento giudiziario presuppone che ogni norma abbia un significato proprio ed oggettivo, che l'interprete non debba far altro che esplicitare attraverso un procedimento logico deduttivo (l'idea di esattezza, non a caso, è contigua a quella di calcolo), senza alcun intervento poetico o assiologico da parte del giudice.

Tutti i tentativi di arginare l'interpretazione giudiziaria, collocandola nell'alveo della presunta volontà del legislatore hanno, da sempre dovuto far i conti con le insuperabili obiezioni relative alla natura intrinsecamente ed intimamente creativa dell'attività ermeneutica. Già nel XIX secolo gli esiti nichilisti del "suicidio giurisprudenziale" operato dall'*école de l'exégèse* (G. Tarello, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969) venivano messi in discussione dalla dogmatica della "giurisprudenza dei concetti" (*Begriffsjurisprudenz*),

prima, e dal "movimento del diritto libero" (*Freirechtsbewegung*), poi. L'attribuzione all'interprete del compito di rinvenire la volontà razionale della legge e non quella empirica del legislatore ridava dignità alla sistematica giuridica, la "scoperta" delle lacune dell'ordinamento giustificava l'opera creativa di integrazione del sistema. Nasceva il mito (destinato a divenire lo spettro) del giurista come personalità (M. Weber (1922), *Economia e società*, vol. II, Milano, 1974, pp. 192 e ss.). L'idea di un giudice che può far fronte all'esigenze assiologiche del caso concreto in quanto dotato di assoluta indipendenza, comprovata moralità e professionalità continuava ad agitarsi nel quadro dei principi teorici dello stato di diritto legislativo imperniato sulla supremazia della legge e la subordinazione ad essa dell'attività giurisdizionale (G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, pp. 22 e 31). Nel secolo successivo il pensiero nazional-socialista, riconoscendo al giudice il ruolo di custode della *Volksgemeinschaft*, ammetterà, invece, che l'interpretazione per attuare i valori della comunità del popolo possa anche andare oltre la legge positiva (C. Schmitt (1933), *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in Id., *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, pp. 45 e ss.). In meno di cinquant'anni dalla pubblicazione de *La legge e l'ufficio del giudice* di Oskar von Bulow - al quale gli storici fanno risalire il primo soffio vitale delle dottrine antiformaliste - l'istanza di emancipazione dell'interpretazione giudiziaria era destinata a trasformarsi nel canto del cigno dello stato di diritto. Non è, dunque, un caso che ancora oggi - anche se a torto - il movimento del diritto libero venga associato alle teorizzazioni più illiberali del ruolo del giudice e dell'interpretazione giudiziaria (P. Borgna-M. Maddalena, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Roma-Bari, 2003, p. 56).

Sul piano dei modelli costituzionali proprio l'evoluzione del controllo di costituzionalità sulle leggi, nato come rimedio storico alle tendenze reazionarie della classe dei giudici di Weimar, offre una conferma dell'ineluttabile difficoltà di ogni tentativo di "meccanicizzazione" dell'interpretazione giudiziaria. La progressiva "diffusione" del controllo di costituzionalità (E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione : verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002), soprattutto grazie al dilagare delle pronunce di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice (pur con tutti problemi che esse comportano. Cfr. A. Cardone, *Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2002), testimoniano il sempre maggiore coinvolgimento del giudice comune nel processo di implementazione dell'ordinamento e fanno tramontare definitivamente l'idea del controllo accentrato come strumento di limitazione della portata creativa dell'interpretazione giudiziaria.

Non vi è motivo per ritenere che gli argomenti tradizionali sviluppati dalla dottrina (antiformalista e non) possano essere oggi superati e che, conseguentemente, il divieto posto dalla riforma dell'ordinamento giudiziario in commento possa godere di maggior fortuna rispetto ai tentativi che l'hanno preceduto. Non è, dunque, sul piano dei limiti all'interpretazione che si risolve il problema del rapporto tra politica e magistratura. A norma dell'art. 101 Cost., la giustizia è amministrata in nome del popolo (comma I) ed i giudici sono soggetti soltanto alla legge (comma II). Crisafulli ed Esposito hanno insegnato che tutte le funzioni dello stato, compresa quella giurisdizionale, promanano dal popolo quale unica fonte di legittimazione del potere e che, pertanto, la sovranità popolare non si "coagula" solo nella funzione legislativa ma anche in quella giurisdizionale (G. Silvestri, *Sovranità popolare e magistratura*, relazione presentata al Convegno di Padova, 19-21 giugno 2003, "Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana", in *Costituzionalismo.it*, pp. 1-3. *Contra* S. Sicardi, *Politica e giurisdizione nello Stato costituzionale: modelli "buoni" e modelli "degenerati"*, in questo Forum, p. 1). In termini elementari ciò significa che sono pericolosi e mal delineati i percorsi che conducono ad una sovrapposizione-scontro tra i circuiti della rappresentanza politica in parlamento e quelli della legittimazione e della responsabilità dei giudici nelle aule di giustizia (concordi N. Zanon-F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, p. 178). Entrambi consentono alla volontà popolare di estrinsecarsi e non debbono essere messi in rapporto di gerarchia organica per il semplice fatto che la magistratura non gode di investitura popolare diretta, come pure pretende di fare chi propaga sillogismi del tipo "i giudici sono soggetti soltanto alla legge, la legge la fa il Parlamento, i giudici sono soggetti solo al Parlamento". Naturalmente, per entrambi i circuiti varrà la cornice dell'art. 1 Cost., secondo cui il popolo esercita la sovranità "nelle forme e nei limiti della Costituzione", il quale rappresenta - non a caso - il motivo tradizionalmente addotto alla legittimazione non elettorale dei giudici (V. M. Caferra, *Il magistrato senza qualità*, Roma-Bari, 1996, pp. 9 e ss.). Alla Costituzione come "canovaccio" per lo sviluppo delle prassi esplicative della sovranità popolare, dunque, e non ai malfermi rigurgiti delle più rigide formulazioni della separazione dei poteri, è necessario che guardi chi è dedito alla nobile ricerca dei pur necessari limiti dell'interpretazione giudiziaria. Torni in mente quanto scriveva Schmitt stigmatizzando la giurisdizionalizzazione delle questioni politiche: "la politica non ha niente da guadagnare e la giustizia ha tutto da perdere" (C. Schmitt (1931), *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, p. 60).

Forum di Quaderni Costituzionali



i Costituzionali