Giuseppe Acocella - Francesco De Sanctis

Dialogo sulla legalità[1]

Acocella *La trasformazione che il diritto manifesta nel nostro tempo, segnando la crisi del diritto codificato e della dottrina delle fonti – e dunque dello stesso ruolo dello Stato come unico produttore del diritto - suggerisce di interrogarsi sul significato e sul valore che il principio di legalità assume nel quadro nuovo in cui la giurisdizione sembra addirittura prevalere sulla legislazione, fino a registrare una invadenza esplicita da parte del potere giudiziario nell'area della politica.*

*Chi meglio dello studioso dei grandi pensatori che hanno segnato la concezione dello Stato di diritto – e dei destini stessi della forma democratica - può illustrare i fondamenti teorici di questa nuova stagione ? Occorre insomma domandarsi se il principio di legalità – in specie la sua definibilità e la sua riconoscibilità concreta – possa "sopravvivere" alla crisi del monopolio legislativo e alla crisi della stessa certezza ad esso vincolato, proprio in un tempo in cui la popolarità dell'*appello di massa alla legalità *sembra sconvolgere il tradizionale equilibrio dei poteri. A conclusione della* Lectio magistralis su L'invenzione della giustizia tra ius e lex *(Napoli, Editoriale scientifica, 2013) lei scrive: «si ha l'impressione che Tocqueville abbia percepito nella società americana una sorta di giuridificazione progressiva della democrazia, una tendenza, quindi, non tanto a politicizzare il diritto quanto a giuridificare la politica».*

De Sanctis Nel sintagma 'principio di legalità', il lemma 'legalità' – al di là di ogni generica asseverazione dell'esigenza (universalistica nel tempo e

1 Il dialogo tra Giuseppe Acocella e Francesco De Sanctis è apparso con il titolo *Interviste sulla legalità* in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di Giuseppe Acocella, Giappichelli, Torino, 2018. Ringraziamo gli autori e l'editore Giappichelli per averne consentito la ripubblicazione. (N.d R.)

nello spazio) di obbedire alla legge (termine ad alta variabilità semantica nella storia occidentale) – denota e connota la sua determinatezza storica: la sua appartenenza a un'epoca giuridica e politica che la impone come paradigma tecnico più che valoriale della convivenza ordinata. Esso, infatti, denota una prescrizione di condotta conforme alla legge sia del cittadino (adeguare i suoi comportamenti alla legge è requisito essenziale alla sua qualifica prima ancora della partecipazione alla sua formazione) sia dello Stato (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), nonché delle funzioni amministrativa e giudiziaria in cui si articola il suo potere culminante in quella legislativa. Ma tale principio, più profondamente, connota una visione complessiva del diritto, inteso essenzialmente come prodotto dalla e della legge. Visione tipica dell'universo legicentrico (in cui secondo Paolo Grossi impera la legolatrìa) che caratterizza in maniera specifica la Modernità secondo cui il diritto si crea solo via legge. Dove la legge – recidendo ogni legame con la natura e con la tradizione (consuetudine) – è esclusivamente quella 'posta in essere' dal 'potere legislativo', come prerogativa assoluta del sovrano (sia monocratico, sia aristocratico o democratico) e fonte per eccellenza del diritto positivo. E, da questa connotazione, si inferisce anche una particolare concezione della 'politica', definibile come (non importa se, poi, sia arte o scienza) 'unificazione' – e proprio nella prestazione-legge – di tutte le volontà particolari nell'unica volontà che presiede (sovranità) alla costruzione (giuridica) dell'ordine della convivenza. Il costituzionalismo moderno con la sua teoria della divisione o separazione 'dei' poteri, nel fondersi con questa visione, riduce lo spazio della politica, che il medioevo aveva condiviso tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, escludendo – meglio, tentando di escludere – da essa l'attività giudiziaria che non è più *iuris-dictio* nel senso antico (il diritto lo 'dice' soltanto il legislatore, né il giurista né il giudice), ma il principale canale di realizzazione della 'legalità': tanto più perfetta quanto più il giudice resta dentro al suo dettato. Sulla base di tali presupposti si può anche affermare, come fanno per altro molti giuristi, che alla crisi della legalità - determinata dall'indebolimento della sovranità (nel nostro caso democratica) - non corrisponda affatto una crisi del diritto, ma, al contrario, un recupero da parte del diritto della sua originaria 'socialità'. La crisi della legalità segnerebbe la liberazione

del diritto dalla politica. Ma nello stesso tempo significherebbe anche un conferimento di potere 'politico' alla rinnovata *iurisdictio*. Se per politica non intendiamo l'asfittica concezione moderna destinata a compiersi – anche attraverso un itinerario democratico e parlamentare - nella "Unio" hobbesiana delle diverse e divergenti volontà nella volontà sovrana (intesa anche come volontà della maggioranza dei suoi detentori), ma quella che faceva dire ad Aristotele che componenti essenziali della *politeia* erano *bouleuomenon*, *archai* e *dikazon*, intese come le pratiche tutte costitutive della sfera politica. D'altra parte, anche in piena vigenza del principio di legalità, non sono mancati i giuristi che ne hanno mostrato la componente ideologica. Solo per dare qualche indicazione, senza ricordare la 'Scuola storica' né i giuristi di *common law*, basti pensare a Jehring, alla 'Scuola del diritto libero', a Hans Kelsen, nonché al nostro Santi Romano. Specificamente in Kelsen: la sua teoria dell'interpretazione sullo sfondo dell'intero *Stufenbau* demolisce insieme il mito della 'certezza del diritto', la presunzione della divisione dei poteri, e anche la tradizionale concezione del principio di legalità: interpretazione della legge, come di ogni altra norma, è solo mettere la volontà dell'interprete nella forma prescritta dalla norma superiore e non ripetere la volontà in essa contenuta.

Acocella *Negandosi il carattere generale, astratto ed universale della legge, impersonale e stabile, prodotta dal Parlamento - frutto della rappresentanza della sovranità popolare - la legalità resta affidata soltanto alla mutevole, interpretabile volontà dei principi morali affidati ad una casta (dai giudici costituzionali ai pretori)? Una lacerazione così incisiva inferta al principio di legalità non le appare in contraddizione con i principi stessi che reggono i regimi democratici, per non parlare del contrasto che si evidenzia tra lo* jus dicere *delle Corti sovranazionali (in specie la Corte Europea dei Diritti Umani e la Corte di Giustizia europea) - la cui* auctoritas *non deriva da alcuna sovranità popolare – e la disposizione legislativa emanata da ciascun Parlamento nazionale legittimamente eletto per esercitare tale funzione esplicativa della sovranità popolare?*

De Sanctis Questo problema, che potremmo riassumere nel sintagma 'potere del giudice', presenta due aspetti che non vanno confusi: 1°) Il potere del giudice a cui (tolto il fraitendimento di comodo del grande Montesquieu) non può essere negata una congenita funzione ermeneutica e, pertanto, creativa, si circonfonde di un'aura negativa o salvifica solo dove – al di là del fisiologico 'bilanciamento' tra i diversi poteri, a cui va sostituto il principio di cooperazione – entra in conflitto con il potere che si oggettiva nel legislativo e/o nell'esecutivo (il predominio contemporaneo dell'esecutivo concentra su questa funzione l'attenzione dei giudici). Se le funzioni di governo poggiano su un potere condiviso e cooperativo sia nel suo fondamento sia nelle sue manifestazioni oggettive, il principio di legalità ha vita facile. In Italia sin dalla stagione dell' "uso alternativo del diritto" abbiamo assistito, in diversi contesti, a una implementazione dell'autonomia del giudice più come conflitto diretto con un potere che come bilanciamento o cooperazione tra i diversi poteri. E da ciò, a seconda del punto di vista politico dell'osservatore, il giudice può apparire o il vero garante della democrazia (contro i 'poteri forti') e della legalità (sostanziale) o il suo demolitore. 2°) Ma, in maniera più radicale perché legata a una mutazione degli ordinamenti giuridici, con il neocostituzionalismo (= riconoscimento e non creazione dei diritti fondamentali nelle Costituzioni + giudizio di legittimità delle Corti costituzionali) della seconda metà del Novecento si apre una stagione diversa della giurisdizione. I diritti fondamentali - luogo di legittimità costituzionale assieme alla sovranità popolare -, infatti, non sono più affidati al legislatore come loro unico garante e realizzatore (contro esecutivi e giudici ostili al 'popolo', come si presumeva nella vecchia logica costituzionale), ma proprio il legislatore (anche per la diffidenza nei confronti delle 'maggioranze' tiranniche o che hanno consentito ai tiranni) – legislatore che si è dimostrato capace di "torto legale", anche se eletto 'democraticamente'- viene considerato un pericolo per la loro (pre-data rispetto a ogni legge) vigenza. La Corte costituzionale e la *Drittwirkung* dei valori materiali sanciti nelle Costituzioni hanno una intrinseca destinazione giurisprudenziale che spetta soprattutto al giudice raccogliere. La globalizzazione poi – ancorché non più esuberante come tra fine XX e inizî XXI sec. – nel liberarsi dello/dallo spazio statale

torna a essere una *humus* di produzione di diritto, non controllata dalla legge sovrana, dove riemerge l'esigenza di *iurisdictio* a cui si affianca un *gubernaculum* indebolito a *governance*. Più delicata dal punto di vista valutativo è la situazione europea. L'attuale crisi dell'Unione – che appare bloccata in mezzo al difficile guado tra la riva della vecchia sovranità delle nazioni e la riva federale o confederale - divide coloro che ancora credono in un'unione effettiva (e per i quali, in assenza di Parlamenti dotati di autorità, le Corti restano un presidio necessario di produzione giuridica) da quelli che, invece, auspicano un ritorno alla vecchia sovranità che non riconosce a nessun giudice 'comunitario' il potere di creare diritto efficace sul territorio statale.

Inoltre, l'assolutizzazione della sovranità (legislativa) del popolo rappresenta un problema che spiega –senza che l' "ordine" giudiziario sia necessariamente considerato una casta - anche la pessima reazione di personaggi come Mitterand o Togliatti di fronte alla porosità della sovranità del popolo generata dal nuovo spirito costituzionale introdotto dal 'giudice delle leggi'. Ma questa sovranità è esprimibile solo nell'esercizio della *potestas* legislativa? E, anche in tale esercizio, essa è immediata o non è forse, nelle democrazie rappresentative, e - senza voler scomodare gli 'elitisti' e Kelsen e Schumpeter et a. - conseguita attraverso una forte delega ai partiti nella composizione del 'corpo' rappresentativo? Lo stesso si potrebbe dire a maggior ragione per ministri, capi del governo o, infine, per lo stesso Capo dello Stato. Non è casuale che tutte queste cariche abbiano perso di 'autorità', perché le elezioni (che ormai sembrano travagliare più che compiere la vita democratica) non esauriscono affatto il ruolo partecipativo del 'popolo' (insisto ad evidenziarlo tra apici per la sua sempre più problematica definizione) in una democrazia matura. E tutto ciò senza rivangare assolutamente l'avvento di fascismo e nazismo attraverso il sistema elettorale di determinazione della 'volontà' politica, che, sostenuto dal 'crucifige' gerosolimitano, legittimerebbe le critiche oligarchiche alla democrazia. Resto dell'opinione di Churchill che, però, non interdice correttivi storicamente determinati. Si potrebbe dire, anzi, che, forse, nella storia dell'Occidente abbiano fallito – posto che si siano mai realizzate - tutte le vecchie forme 'pure' di governo: le monarchie, le aristocrazie e le democrazie. Sarebbe da considerare, pertanto, con

atteggiamento realistico, la (necessaria) presenza – nelle società ad alto tasso di complessità - del 'governo misto' che riconoscesse, ad esempio, la Corte costituzionale come un istituto aristocratico e non oligarchico (dove i 'migliori' si selezionano per meriti) garante dei diritti della democrazia. Ma accanto alle aristocrazie di competenza andrebbero elaborati, senza disfarsi con leggerezza dei vecchi, nuovi metodi di partecipazione all'altezza della complessità e della tecnologia delle società democratiche contemporanee. Storicamente poi, al di là di queste considerazioni cursorie sulla 'sovranità (legislativa) del popolo', il 'popolo' può apparire anche in un'altra veste rispetto a quello definito dalla Redentrice dell' '89, apparire cioè come l'abitatore concreto di un territorio in cui si radica il suo diritto. E mi riferisco, naturalmente, alla concezione anglosassone del *rule of law* (nozione non a caso riscoperta, anche dai giuristi continentali, in occasione della globalizzazione) come *judge made law* (o *constitution*). Qui la costituzione è intesa come una struttura di protezione dei diritti fondamentali degli inglesi, ossia di un popolo ben determinato nella sua concretezza storica. Diritti che costituiscono quello che viene definito "the law of the land". Come affermò Albert V. Dicey – nel suo intramontato studio sulle basi del costituzionalismo inglese – in Inghilterra il diritto costituzionale sarebbe poco più che una generalizzazione dei diritti che le corti garantiscano agli individui. E ciò nel senso che - riassumo sperando di non tradire l'Autore - la costituzione inglese è percorsa da quella inscindibile connessione tra gli strumenti per garantire un diritto e il diritto che dev'essere garantito, nella quale, secondo Dicey, si dispiega positivamente la potenza della produzione normativa di tipo giudiziale. Qui la costituzione appare come un'opera collettiva e soprattutto graduale, capace tuttavia di costituire un plesso normativo e istituzionale cogente, ancorché immune dalla tentazione di elenchi o enfatiche dichiarazioni. Plesso intenzionato, perciò, specificamente alla predisposizione di strumenti per la tutela di determinati diritti o alla prevenzione di determinate violazioni. Il *rule of law*, così inteso, si potrebbe anche tradurre con 'regola (principio informatore) del diritto' (dove diritto =*law of land* e dove *land* = il territorio abitato da comunità ordinate e non occupato da moltitudini atomistiche) in contrapposizione

a *rule by law* che potrebbe rendersi con 'regolazione attraverso la legge' (espressione dell'attuale volontà politica). Dove il diritto è un patrimonio indisponibile (custodito dalla tradizione giurisprudenziale) da parte dei possibili arbitrî di qualsiasi potere *pro tempore*. Patrimonio dato sempre prima di ogni *positio* della *lex* (è l'orizzonte dentro cui la singola legge, il singolo atto potestativo, trova la sua legittimità; per alcuni – nel contesto continentale del XX sec. - questa funzione è assolta dall'ordinamento 'concreto' come *Voraussetzung* della legge): cioè, trascendente la storicità incandescente della politica. Ciò non significa affatto che il *rule of law* sia fuori dalla storia. Anzi esso rivela – nel caso che lo convoca – proprio una ragione storica più riposta e al tempo stesso più concreta. Più riposta perché depositata dentro una prassi (una *positio* anch'essa, ma diversa da quella puntuale della legge) che concresce con gli eventi della storicità senza lasciarsi da questi distogliere dalla cogenza dei principî che custodisce (differenza tra l'attualità della volontà politica espressa nella legge e la contemporaneità transcronica della giustizia processuale). Più concreta perché attenta alla singolarità del caso che esige una declinazione particolare (ma generalizzabile) e specifica della questione giuridica. In questo senso la giurisprudenza dei giudici ha a che fare più con la ragione che con la volontà, mentre la politica resterebbe più impigliata nella decisione legata alla contingenza di interessi, bisogni o, anche, valori da far valere come assoluti o almeno imperativi (o almeno normativi). Contro la decisione politica (*law making*), la ponderazione della giustizia (*law finding*). Contro l'opacità della decisione, la trasparenza del giudizio. Contro l'esclusività della decisione (aut-aut), l'inclusività della *iuris dictio*. Se ancora si vuole usare la vecchia allegoria della bilancia si potrebbe dire: la politica opera con la bilancia come la spada di Brenno, la giurisprudenza lascia libera la bilancia di misurare il 'peso' ("soppesare") delle argomentazioni pro o contro una determinata soluzione, nella loro relazione concreta (sempre eccedente l'astratta previsione legislativa). Entrambe, tuttavia, giurisprudenza e politica hanno a che fare con la sfera della pratica. E perciò la ragione di cui si parla è sempre una ragion pratica in senso aristotelico. La ragione della buona risoluzione, tra le diverse possibili, dentro la contingenza (problematicità) delle relazioni umane. Il fine

di tale ragione non è la Verità (assoluta da ogni contingenza) ma la risoluzione 'retta' di un problema relazionale. La politica opera come Alessandro: taglia il nodo con la spada; la giurisprudenza cerca di scioglierlo mantenendo il legame sociale. Ciò naturalmente impone al giudice un legame fortissimo con le effettive determinatezze storiche in cui opera. Impone cioè, nell'orientarsi alla decisione, ponderazione e argomentazione sulla base di ascolto e dialogo con la società all'interno della quale opera (cose tutte estranee ormai all'attività dei parlamenti e degli esecutivi che li guidano). Dunque ai giudici spetta un grande potere – in senso lato politico. Potere fragile, però, che può anche degenerare in una declinazione castale. Ma essere componente di una casta non è il destino del giudice. Per il tipo di formazione e selezione che lo legittima potrebbe essere proprio, come auspicava Tocqueville, quell'aristocrazia necessaria acché la democrazia si conservi sana.

Acocella *Quando fosse lo stesso Parlamento ad emanare una norma in contrasto con la legalità sostanziale (fino al punto da invocare, come fece lo stesso Mortati, in termini di* superlegalità costituzionale) *essa verrebbe garantita, secondo la Costituzione, dagli organi preposti alla custodia della coerenza delle norme con i principi costituzionali. Ma quando questo abuso venisse perpetrato da un corpo separato e mai chiamato a rispondere delle proprie iniziative ed interpretazioni (la disciplina della responsabilità dei giudici è chimera mai afferrata dalla legislazione), non resterebbe dunque alcuna tutela efficace per il cittadino o per le stesse istituzioni politiche?*

De Sanctis Questa domanda tocca un punto molto delicato del potere del giudice (la tutela effettiva dei diritti dei cittadini) che già Montesquieu individuava come la cifra della sua importanza 'costituzionale'. E tuttavia – in linea generalissima, non interessata ai casi particolari - proprio la mutazione ordinamentale dallo Stato di diritto legislativo allo Stato di diritto costituzionale, come già accennato, impone una diversa relazione tra il giudice e le norme costituzionali, che non sono più mediate dal potere legislativo (che vincolerebbe quello giudiziario alla legge

ordinaria), ma si rivolgono direttamente al giudice e proprio a garanzia di quei diritti che sono (o si vorrebbe fossero) sottratti alla disponibilità delle mutevoli, ove non tiranniche, 'maggioranze'. Ciò comporta che sia il potere legislativo sia quello giudiziario siano attuatori e interlocutori diretti della Costituzione. E, in base a tale nuova relazione con le norme costituzionali, il giudice non può più essere (ove lo fosse mai stato) titolare di un "potere nullo" per soggezione incondizionata alla legge (come avveniva quando le Costituzioni si rivolgevano esclusivamente al legislatore). Il suo potere, fondandosi sulla 'legalità' superiore della Costituzione, gli impone una funzione da deuteragonista, concorrente con quella legislativa. Dunque il legislatore e il giudice, nel nuovo assetto costituzionale, cooperano, in maniera a volte armonica a volte conflittuale, alla realizzazione e all'attuazione del 'dettato' della Costituzione. Il giudice e il legislatore, in questa mutata articolazione dell'ordinamento giuridico, sono posti in una relazione dialogica in cui tecnicamente a nessuno spetta l'ultima parola. Da ciò discende che anche la funzione 'critica' che il vecchio positivismo 'legicentrico' escludeva dalla giurisprudenza (dei giudici e dei giuristi), affidandolo alla politica considerata esterna ed etrogenea a quella, viene introiettata nell'ordinamento. In tale contesto costituzionale non dovrebbe avere più senso parlare dei giudici (dalla Corte costituzionale alla pretura) come di un 'corpo separato' – separato, semmai, oggi, in Italia e non solo, appare proprio il 'corpo' politico che si oggettiva nel legislativo e nell'esecutivo. Al di là delle questioni relative alle possibili sanzioni connesse alla responsabilità dei giudici, su cui non sono in grado di prendere una posizione netta sulla opportunità o meno di una simile regolamentazione, non credo che il potere del giudice sia 'absolutus'. I diversi gradi di giudizio, il controllo di Cassazione, il ruolo della dottrina giuridica, il vincolo del precedente, il dialogo tra le Corti, nonché la libera stampa e l'opinione pubblica (sul presupposto che la prima sia veramente libera e la seconda veramente pubblica) rappresentano un limite a quel potere tanto più efficace quanto più la democrazia è in buona salute. Senza, qui, voler nemmeno sfiorare la problematica della post-democrazia, è la patologia del tessuto democratico (che in Italia sembrerebbe

configurare, per alcuni, una sorta di 'repubblica giudiziaria') che determina gli eccessi del 'potere del giudice' o (in caso di rigida subordinazione ad altri poteri) le sue deficienze. Se dunque partiamo dal presupposto oggettivo che lo Stato di diritto costituzionale in cui abita la democrazia occidentale poggia su una doppia (ambivalente?) legittimità, vale a dire sulla sovranità del popolo e sui diritti fondamentali, dobbiamo anche ammettere che tra le due possa esserci, oltre l'auspicata convergenza o addirittura sinergia, anche divergenza e frizione (anche il costituzionalismo proto-moderno, per altro, nasce da una *humus* diversa da quella da cui si sviluppa la democrazia che ne adotta i principî). La sovraesposizione del potere giurisdizionale (e, anche, per certi versi, del sapere giuridico) a cui assistiamo oggi è, soprattutto, l'esito dell'indebolimento della volontà politica collettiva, talché la giustizia si offre come luogo di esigibilità della democrazia di fronte al discredito delle istituzioni politiche e alla depressione dello spirito pubblico. E parlo chiaramente della giustizia nel suo complesso e non di quella parte iperprotagonista che in Italia è rappresentata dai Pubblici Ministeri e che per altro, altrove (es tradizione anglo-sassone), non rientra pienamente nel puro potere giudiziario. Il centro di gravità della democrazia si è spostato verso la giustizia: i suoi metodi, le sue argomentazioni, il suo vocabolario (trasparenza, motivazione, imparzialità, contraddittorio, ecc.) appaiono più credibili dell'esercizio della volontà politica. Tale tendenza ha accentuato un profilo a sua volta connaturato alla struttura ambivalente della democrazia costituzionale: la difesa dei diritti individuali e collettivi di cui i cittadini si sentono titolari al di là della loro soggettività politica attiva e che vogliono veder tutelati davanti a un'autorità imparziale. Ma, si badi bene, altro è la tutela giurisdizionale dei diritti – funzione coessenziale alla democrazia costituzionale – altro è la sfiducia nella rappresentanza politica, che ha generato un atteggiamento di sorveglianza 'giudiziaria' dei cittadini sull'operato dei loro rapprentanti, ben descritto da Pierre Rosanvallon in termini di "controdemocrazia".

Acocella *Lei ha descritto nella citata* Lectio *la condizione del potere giudiziario americano nella concezione di Tocqueville, che sembra una raccomandazione riferita al complesso rapporto tra politica e magistratura nei nostri tempi: «Il giudice, invece, deve operare in un ambito non di pertinenza politica; egli, infatti, opera su un piano diverso da quello del "potere legislativo" (decisioni politiche), il piano "separato delle decisioni giuridiche. Qui, il giudice non deve porsi in contrasto con la volontà della legge, perché il suo "potere" consiste proprio nel dar voce al diritto che abita la legge, indipendentemente dalla politica che la decide. Nel pronunciare le parole della legge il giudice non le ripete in uno spazio vuoto di potere, perché già tutto occupato dal potere legislativo che decide la volontà del popolo sovrano; egli le ripete nello spazio del diritto».*

De Sanctis Il brano riportato nella domanda, scelto con grande finezza, tocca il punto nevralgico della posizione di Tocqueville nei confronti dell'universo giuridico (anglo-)americano. Egli è infatti un magistrato allevato in un milieu ormai determinato dalla codificazione e da una concezione strettamente esegetica o legolatrica dell'attività del giudice e del giurista (alla Sorbona i giuristi si vantano di insegnare il 'Codice' non il diritto civile, diritto che affermano di non sapere cosa sia) nei confronti della legge, considerata unica fonte del diritto vigente. Già solo questo precedente culturale spiega la meraviglia del giovane magistrato al cospetto di un'attività giudiziaria obbediente più alla propria tradizione normativa che non al dettato legislativo (affidato alle mutevoli 'maggioranze' parlamentari). Ma l'elemento a mio avviso importante nell'analisi di Tocqueville è il valore politico dell'autonomia del giudice americano. Tocqueville applica al diritto giurisprudenziale lo stesso criterio di giudizio che adopera per la religione. Questa gli appare - e proprio nella sua separatezza radicale dalla politica –la prima delle istituzioni politiche americane, perché sarebbe in grado di dare alla libertà l'abitudine a limiti e confini; limiti e confini che, strutturando la mentalità profonda del cittadino, diventano preziosi in una sfera politica in cui tutti sono coinvolti e in cui tutto sembra permesso al popolo-sovrano. Da un'angolatura spostata lo stesso procedimento abbraccia

l'attività giudiziaria intesa principalmente come limite (che Tocqueville chiama giuridico) al dominio (o tirannia) della maggioranza; e ciò il corpo dei giudici americani l'ottiene non facendo direttamente politica, schierandosi per un interesse o per un gruppo o per una parte, ma restando scrupolosamente (come i sacerdoti americani) entro i limiti della propria funzione. Giurisdizione e religione sono, per Tocqueville, le principali istituzioni politiche americane proprio perché fanno la politica fuori dell'agone politico finalizzato all'esercizio effettivo del potere sovrano.

Acocella *Non a caso la sua riflessione, oltre che a Tocqueville, ritorna con insistenza a Montesquieu quale pensatore dello Stato di diritto contemporaneo e dello stesso principio di legalità. Proprio nella* Lectio *lei mette in luce gli elementi essenziali della concezione democratica: «Il potere del giudice, infine, diventa "pressocché nullo", secondo Montesquieu, nelle repubbliche (spc. democratiche) dove la legge si può configurare come la volontà generale della società che (in uno spazio geografico di dimensione appropriata alla sua struttura omogenea, e, comunque, inferiore a quello idealmente occupato da una monarchia) detta la legge a sé stessa. Ma che significa "nullo"? Qui, il potere del giudice non ha da arbitrare tra i diversi poteri che innervano la società, perché gli "individui" che deve giudicare sono titolari, e, dunque, al tempo stesso autori e destinatari delle leggi che vanno applicate omogeneamente a ciascuno di essi; leggi che, nelle repubbliche, governano al posto degli uomini, e, pertanto, richiedono una attività legislativa vigile e continua, che non si limiti a poche e generalissime "leggi fondamentali"». Una sintesi mirabile, la quale significa, dunque, che se la politica legislativa è debole, il giudice è forte. E finisce per legiferare?*

De Sanctis Certamente l'interrogativo con cui si chiude la domanda mette a nudo l'impossibilità di lasciar sussistere lacune di potere nella cooperazione delle funzioni di governo: dove l'uno arretra l'altro avanza, nella meccanica elementare dei poteri politici. Nella recente storia italiana abbiamo visto la magistratura chiamata, con risultati alterni, a

riempire tali lacune in diverse occasioni. Tuttavia Montesquieu, quando differenzia la funzione giudiziaria nelle diverse forme di governo, pensa che ciò sia necessario in ragione della eterogeneità di assetti sociali che vanno dai più elementari (dispotismo) ai più semplici (repubblica, spc. democratica) ai più complessi (monarchia) ognuno bisognoso di una diversa attività giudiziaria: solo una società molto semplice (allocata in uno spazio piccolo, dove nella piena e reciproca visibilità gli stessi uomini sono autori e destinatari delle leggi, es. la *polis* che ne è archetipo o la *civitas* repubblicana) può permettersi un giudice *bouche de la loi*. Ma dove, invece, le società sono complesse e diffuse su ampi spazî– ossia dotate di una molteplicità di strutture, articolazioni, parti, gruppi, organizzazioni e relativi diritti – la legge è nell'impossibilità di "tutto prevedere" o regolare, e di conseguenza il giudice deve necessariamente 'dire il diritto', nel senso inglese del *law finding*, nella risoluzione delle controversie. Le nostre democrazie, alcune delle quali ancora gelose custodi delle ultime vestigia della monarchia, sono assolutamente incomparabili, per complessità e pluralismo, alle democrazie a cui pensava Montesquieu; mentre sono molto vicine a quell'assetto sociale e spaziale che Egli considerava caratteristico, ma anche naturale, delle monarchie come forme intermedie tra impero e città. Naturale perché a quel grado di complessità sociale e di estensione spaziale si dava, al tempo, solo la monarchia come forma effettiva di governo. Pertanto il problema di Montesquieu non è quello di scegliere tra repubblica (democratica o aristocratica) e monarchia, ma quello di distinguere, per i grandi Stati europei, tra monarchia buona e monarchia cattiva. Tra monarchia dispotica e monarchia costituzionale. Ecco perché, per capire bene che cosa pensa il Magistrato di La Brède sul potere creativo o meno del giudice, bisogna guardare non al giudice delle democrazie *d'antan* (eccezioni trascurabili per l'osservatore politico del tempo) ma al giudice che opera nelle società complesse, differenziate e pluraliste (come le democrazie attuali), dove non può permettersi di essere *bouche de la loi.*