



18 DICEMBRE 2019

La frammentazione del processo
decisionale e l'equilibrio costituzionale
tra i poteri

di Alessandro Sterpa

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Tuscia

La frammentazione del processo decisionale e l'equilibrio costituzionale tra i poteri^{*}

di Alessandro Sterpa

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Tuscia

Sommario: Premessa. **1.** Dal potere ai poteri. **2.** La dimensione “frazionata” del potere normativo. **3.** La dimensione “plurale” del potere giudiziario. **4.** Dalla divisione (lineare) all'equilibrio (circolare) dei poteri.

Premessa.

Con il termine “potere” si indica la capacità di determinazione unilaterale; “in senso specificamente sociale, e cioè in rapporto alla vita dell'uomo in società, il potere si precisa e diventa, da generica capacità di operare, capacità dell'uomo di determinare la condotta dell'uomo”¹.

Se si guarda al potere pubblico in quanto tale, indipendentemente dallo strumento con il quale opera (la mera forza piuttosto che il consenso, il comando puntuale oppure la regola generale, etc.), ciò che rileva è la capacità di essere utilmente esercitato. Il potere non ammette analisi in potenza, ma unicamente in atto e, dunque, ha necessità di esprimersi e di affermarsi nella misura in cui “è in quanto esiste, e, per ciò, la determinazione della essenza del potere si risolve nella determinazione del potere nel suo esistere”².

Proprio per questo ordine di ragioni il diritto scompone il *potere* e lo declina al plurale frazionandolo nell'istante stesso in cui esprime l'ordine giuridico attraverso l'adozione della Costituzione cosicché il potere costitutivo (oltre quello costituente) è sottoposto ad una dinamica di limitazione³.

Il potere pubblico, nei sistemi istituzionali contemporanei, è limitato in quanto è frammentato e la propria capacità concretamente conformante opera attraverso una pluralità di soggetti e di strumenti stabilizzando il risultato della scissione costituzionale del concetto giuridico (non più unitario) di potere. In queste nostre riflessioni si intende ragionare sull'impatto che le condizioni attuali di formazione e concretizzazione della decisione del potere pubblico hanno sulla dinamica relazionale tra i tradizionali

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ M. STOPPINO, *Potere*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004, p. 740. Il concetto di potere è ampiamente esaminato dalle scienze sociali che hanno provato a definirne i caratteri specifici per evitare, come ammonisce N. LUHMANN, di “compiere un errore ricorrente, quello, cioè, di sovraccaricare il concetto di potere di elementi caratteristici di un processo di influenza inteso in senso molto ampio ed indefinito” (*Potere* (1975) tradotto in *Potere e complessità sociale*, il Saggiatore, Milano, 2010, p. 1).

² P. BIONDI, *Sudi sul potere* (1965), Soveria Mannelli, Rubettino, 2004, p. 33.

³ Non solo nel nostro ordinamento come noto esistono limiti alla revisione costituzionale (Corte cost., sent. n. 1146 del 1988) ma gli stessi diritti umani sono “riconosciuti” dall'art. 2 Cost. in quanto pre-esistenti alla Carta.

poteri dello Stato (legislativo o meglio normativo, esecutivo e giudiziario)⁴; una dinamica, questa, che appare aver abbandonato da tempo una logica di divisione *lineare* ed essere invece sempre più caratterizzata da uno sviluppo *circolare*⁵.

1. Dal potere ai poteri.

Il costituzionalismo opera in un contesto di avviata frammentazione del potere nella misura in cui il potere antropizzato (ossia collocato in forme relazionali di tipo sociale) ha di per sé già perduto – come diremo – il carattere unitario che lo caratterizzava originariamente. Quello che il costituzionalismo statuale realizza quindi è qualcosa di ben più complesso della mera frammentazione: fornendo alla divisione e all’equilibrio tra i poteri dello Stato una cornice di regolazione, impedisce che l’accrescimento di un potere comprometta il dispiegamento della libertà umana.

Certo, l’istanza della “limitazione del potere fuoriesce dagli orizzonti della statualità, per confrontarsi con la rete delle interdipendenze dello “*stato costituzionale cooperativo*”⁶. La scelta politica e giuridica di dividere il potere che ha trovato nella statualità della Francia rivoluzionaria la prima solida formalizzazione⁷ affiora anche a livello europeo; se, da un lato, infatti, l’espressione formale “divisione dei poteri” non è presente nell’art. 2 Trattato dell’Unione Europea, vi è senza dubbio compresa, stante il legame inscindibile con i valori espressamente elencati quali, in particolare, quello dello Stato di diritto⁸.

⁴ Nell’ampia dottrina in materia di divisione dei poteri, cfr. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1979 e vol. II, 1984; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1990, *ad vocem*; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri, oggi*, in *Dir. Soc.*, 2003, pp. 226 e ss.; F. BASSI, *Il Principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica*, Giuffrè, Milano, 1965; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966.

⁵ In questo senso B. CARAVITA, Roma locuta, causa finita? *Spunti per un’analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale in federalismi.it*, n. 15/2018, spec. pp. 4-5.

⁶ P. RIDOLA, richiamando P. Häberle, in *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale, Nomos*, n. 2 del 2018, pp. 2-3.

⁷ Come recita la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino (1789) “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione” (art. 16). Cfr. da ultimo C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 2016 che esamina con un approccio innovativo il rapporto tra la dinamica relazione dei poteri negli Usa e nel continente europeo.

⁸ “L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”. Sul legame della definizione in questione con la divisione dei poteri, cfr. le riflessioni di T. RUSSO, *Commento all’art. 2*, in C. CURTI GIALDINO, a cura di, *Codice dell’Unione europea*, Napoli, Simone, 2012, pp. 53-61. La Carta dei Diritti dell’Unione europea (2012) prevede un Titolo VI Giustizia che, tra l’altro, precisa “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge” (art. 47). Nella Convenzione europea dei diritti umani (Cedu), all’art. 10 si fa riferimento alla necessità di garantire “l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario” oltre che la noto principio di un giudice “indipendente e imparziale” (art. 6).

In ogni modo ad oggi è ancora su base statale che si annida giuridicamente la principale protezione dall'accentramento del potere⁹ attraverso un articolato sistema di regole che è divenuto permeabile alle previsioni europee¹⁰. Tant'è che è proprio nella dimensione nazionale che si appalesano le attuali dinamiche populiste e sovraniste che in più casi impattano proprio sull'equilibrio tra i poteri¹¹.

La suddivisione del potere, dicevamo, è una condizione che coesiste con la socialità umana: quest'ultima, fondando le relazioni su rapporti di forza (naturali o artificiali), sperimenta le condizioni materiali affinché il potere non torni nella sua forma originaria pre-umana. Per questa ragione l'esercizio di "uno dei poteri" anche quando tenderà al massimo rafforzamento non potrà mai coincidere con "il potere" puro ed unitario – concetto estraneo alla esistenza umana – che si è manifestato unicamente nel momento in cui un Dio o un evento ha creato la materia inerte e l'essere vivente¹². Certamente potrà esserci (e c'è storicamente stato) un potere giuridicamente definito come "assoluto" ma, a prescindere dal manifestarsi di un diritto di resistenza, sarà sempre in potenza contenibile attraverso gli strumenti ri-fondativi di un ordine giuridico (di un nuovo patto o contratto) quali la rivolta, la rivoluzione e la guerra¹³.

⁹ Come preconizzava M. S. GIANNINI, "le due forme odierne dello Stato pluriclasse fra cinquanta anni saranno sostituite da forme molto più sofisticate, in cui le istituzioni della rappresentanza politica saranno contornate da molte altre istituzioni rappresentative delle valenze tecniche, le quali avranno assunto potere politico molto maggiore rispetto ad oggi; che ne frattempo gli Stati si saranno ridotti a membri di ordinamenti superstatuali sempre più potenti; che i pubblici poteri interni si saranno ridotti a pochi ma fortemente coesi. Qualcuno forse dirà che queste sono utopie; eppure si va nella loro direzione" (in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, Cedam 1988 e ss. ora in Id., *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 138).

¹⁰ Cfr. il voto del settembre del 2018 con il quale il Parlamento europeo ha evidenziato che "esiste un evidente rischio di violazione grave, da parte dell'Ungheria, dei valori sui quali è fondata l'Unione" in Ungheria (*Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL))*). L'art. 7 del TFUE, infatti, prevede questa procedura ogni qualvolta siano a rischio di pregiudizio i valori dell'Unione quali espressi dall'art. 2 TFUE ("L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini"). Negli ultimi mesi, l'Unione europea è intervenuta anche sull'attività normativa della Polonia in materia di funzione giurisdizionale ritenuta foriera di pregiudicare l'indipendenza del potere giudiziario e con essa la garanzia dello "Stato di diritto"; tanto da portare il Paese membro ad annunciare una revisione delle norme in questione (Cfr. CGUE, *Ordonnance de la Vice-Présidente de la Cour* del 19 ottobre 2018).

¹¹ Si concesso rinviare a A. STERPA, *Il teorema di Pitagora: come si rapportano Costituzione, populismo e sovranismo?*, in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE, a cura di, *Questioni costituzionali ai tempi del populismo e del sovranismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 11 e ss..

¹² Cfr. G. TONELLI, *Genesi. Il grande racconto delle origini*, Roma, Feltrinelli, 2019.

¹³ Si rimanda alle riflessioni di A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006 e *Diritto di resistenza e Costituzione: diritti oppositivi, contropoteri costituzionali, prassi democratiche del popolo*, in B. PEZZINI, S. ROSSI, a cura di, *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, Franco Angeli, 2016, pp. 197-217. Sul conflitto tra *ius* e *lex* e le figure di Edipo, Antigone e Creonte, ora M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, Il Mulino, 2018.

La forma unitaria del potere dunque la si riscontra esclusivamente nelle teorie relative alla creazione del mondo e alla *onnipotenza* di un soggetto supremo (quale può essere un Dio) allorché nel momento in cui il potere si afferma – nel suo primo ed unico caso – lo fa in forma pura e in modo istantaneo ed unitario¹⁴. Solo in quell'istante il potere mantiene una dimensione unitaria che non giustifica alcuna relazione né con i destinatari né con altri poteri perché in quel momento non esiste alcuna articolazione materiale o temporale che presieda alla sua estrinsecazione¹⁵.

L'istante che conferma l'esistenza del *potere puro* è però al tempo stesso anche l'ultimo della propria esistenza. Nel momento in cui promana e crea il mondo nella sua immagine rappresentativa, infatti, il potere cessa per sempre di avere le caratteristiche originarie e, abbandonata la propria purezza, è tenuto a rapportarsi con il mondo nella misura in cui il potere esercitato determina una implicita dimensione relazionale e una qualche forma di divisione endemica.

Il potere esiste nella misura in cui conforma a volontà qualcosa di diverso da sé stesso e, per questo, presuppone lo schema dialettico tra “*ego*” e “*alter*”¹⁶: è proprio l'*alter* che giustifica l'esistenza del potere nella sua accezione umana. L'*alter* deve comunque conservare una forma di autonomia che anche se non è disobbedienza al potere può consistere in una forma di accettazione del potere stesso: se annichilisse l'*alter* non sarebbe altro che un potere assoluto negativo.

Il potere indivisibile, dunque, cessa di esistere appena si manifesta come potere creativo che esprime la realtà da assoggettare al potere stesso; è esistito nella sua capacità di negare l'*alter*, quindi in forma del tutto negativa, ma appena ha creato l'*alter* ha dato il via alla sua dinamica relazionale e alla sua inevitabile articolazione.

In altre parole, una volta uscito dalla mente o dalla “particella” di Dio, il potere assume un carattere plurale e relazionale; si trasforma in prima istanza nel potere naturale ossia nella capacità di prevalere sulla base delle caratteristiche degli esseri viventi. Nel caso degli animali il potere si basa sulla forza (*in primis* fisica), sulla posizione nella catena biologica di ciascuna specie e sulla capacità di sopravvivenza in contesti competitivi, anche in presenza di “forme di convivenza organizzata” (gruppi, branchi o colonie); nel caso umano, il potere si connota di caratteri propri nella misura in cui “il potere dell'uomo sull'uomo”

¹⁴ Il potere di Dio è descritto nel Vangelo secondo Giovanni come principio ed unicità dell'essere. “*In principio era il Verbo, [1] il Verbo era presso Dio, [2] e il Verbo era Dio. Egli era in principio presso Dio: tutto è stato fatto per mezzo di lui, e senza di lui niente è stato fatto di tutto ciò che [3] esiste*” (Giovanni, 1.1); così nella cultura ebraica il mondo è creato dall'autolimitazione di Dio che rinuncia ad essere il tutto, mentre la cultura islamica è impostata sull'attività creativa di Allah.

¹⁵ Con buona pace di chi, come T. HOBBS (*Il Leviatano*, 1651), costruisce la figura di un nuovo Dio titolare della sovranità intesa come potere indipendente e puro frutto della cessione del proprio potere da parte dell'uomo.

¹⁶ P. BIONDI, *op. cit.*, pp. 34 e ss.

progressivamente cessa di essere relazionato alla natura e si atteggia a potere artificiale che si “umanizza”¹⁷.

Inizialmente, certo, il potere antropizzato si basa sulla forza anche fisica e pur esercitato tra uomini mantiene caratteri di tipo naturalistico¹⁸; successivamente, però, con il passaggio del potere alla forma artificiale (prima mitologica o divinizzata e finalmente della norma giuridica) il potere (ormai pubblico) diventa tema della scienza del diritto che lo esamina – in particolare – sotto il profilo della legittimazione e del consenso, ma anche con riguardo alla sua articolazione organizzativa e diacronica, nonché appunto con riferimento al suo esercizio nei confronti del destinatario piuttosto che con attenzione ai tentativi di “ri-accentramento”.

Attraverso il diritto il potere pubblico ha assunto progressivamente forme stabili nella misura in cui *il potere dell'uomo sull'uomo* non si fonda più su elementi naturali (mera forza) ma su elementi artificiali (regole e forme di convivenza): è divenuto al tempo stesso produttore e oggetto delle regole giuridiche.

Risultano analizzabili due piani distinti di divisione del potere pubblico: il primo attiene al rapporto tra chi lo detiene e chi lo subisce, l'altro riguarda invece i titolari dei diversi poteri, le rispettive forme di esercizio e i loro rapporti reciproci.

Il primo piano del ragionamento riguarda il rapporto tra comando e obbedienza; “il comandare trova la sua realtà nell'obbedienza, ma l'obbedienza ha una sua logica ed una sua realtà [...] per cui l'atto che consegue al comando nasce come realtà originale dalla intima dialettica della individualità del governante e del governato”¹⁹. Detta scissione è necessaria per ogni esercizio del potere ma non è la sola; quando al comando (puntuale e diretto per l'appunto) subentra la norma giuridica, che invece è generale e astratta e pretende attuazione, la divisione del potere assume la seconda maggiore evidenza: assistiamo infatti al più rilevante frazionamento dei ruoli tra i soggetti titolari del potere.

La traslazione del potere nella norma giuridica (ossia nella regola generale che attende una materializzazione) produce la scissione tra la definizione formale della scelta politica (disposizione scritta) e l'applicazione della norma giuridica. In questo modo il potere pubblico formalizzato si caratterizza per un esercizio dilazionato nel tempo e frammentato per quanto concerne i soggetti coinvolti. Nel momento stesso in cui la decisione non si traduce in immediatezza effettiva del condizionamento umano, essa posticipa la realizzazione dell'ordine costruito dalla volontà del potere e lascia ad un'altra fase e ad altri

¹⁷ C. SCHMITT parla di umanizzazione del potere: “il potere non proviene né da Dio né dalla natura, ma piuttosto da un patto che gli uomini stipulano tra loro” (*Dialogo sul potere*, (1954), Genova, Il melangolo, 1990, p. 34).

¹⁸ “La forza che non tenda a determinare e non determini il consenso, ma sia diretta solo ad ottenere ed ottenga effetti pratici diretti, non pone nemmeno il problema della qualificazione del fatto come diritto. La forza si pone, in sé e per sé, come assoluta indeterminazione e si dissolve, senza residui, nella “pura” naturalità” (P. BIONDI, *op. cit.*, p. 146).

¹⁹ P. BIONDI, *op. cit.*, p. 46. Sul tema cfr. S. MILGRAM, *Obbedienza e autorità* (1974), Torino, Einaudi, 2003.

soggetti il compito della concretizzazione: si tratta della scissione tra assunzione della scelta normativa ed effettività/osservanza della decisione²⁰. Un fenomeno, questo, tipico delle forme di organizzazione del potere di tipo costituzionale e pluralistico nella misura in cui alla figura monocratica che raccoglieva l'immediatezza del potere si sostituiscono una pluralità di figure che concretizzano la sua frammentazione soggettiva e diacronica.

Verrebbero meno molte delle ragioni storiche che hanno rappresentato il fondamento del costituzionalismo se il potere pubblico anche così frammentato non tendesse a superare l'articolazione dello spazio di azione (pur attraverso organi, è comunque esercitato dall'uomo) per via della naturale tendenza ad affermarsi continuamente per consolidare la propria esistenza.

Proprio per evitare l'accentramento (o meglio i tentativi di accentramento) del potere pubblico, le Costituzioni fissano e proteggono la divisione dei poteri assegnando a ciascuno di essi compiti differenti (connessi ma mai del tutto fungibili) e nel caso suddividono lo stesso "tipo" di potere tra più soggetti (con più organi statali, sovranazionali e autonomi).

Senza poterci addentrare nell'analisi teoretica e normativa dei poteri nella *governance* multilivello, possiamo certamente assumere il quadro di un potere normativo che adotta le norme generali e astratte mentre gli altri due (esecutivo e giudiziario) applicano i dettati normativi in via amministrativa con l'adozione di decisioni che garantiscono l'incidenza della norma sul mondo reale. L'esecutivo, certo, ha il compito di amministrare sulla base di quelle norme (nonché – in certi casi – di integrarle) e il potere giudiziario di garantirne l'effettività nel caso si presentino ostacoli alla loro applicazione²¹. Il potere pubblico "dell'uomo sull'uomo" tende dunque a dispiegarsi sul modello della linea retta che muove dalla decisione e continua fino all'effetto concreto (applicazione spontanea o coatta) che manifesta nel reale l'esercizio e dunque l'esistenza del potere.

Che i compiti del potere esecutivo e di quello giudiziario siano teoreticamente connessi (se non addirittura in parte teleologicamente comuni pur diversi nell'*iter* e negli esiti formali) è cosa ben nota, come confermano alcune delle ricostruzioni teoretiche che tengono unite *gubernaculum* e *iurisdictio* o che tuttora tendono a ricondurre la magistratura ad una forma pur particolare di pubblica amministrazione. "In realtà, le differenze che esistono fra la struttura del "processo" e quella del procedimento amministrativo o della procedura parlamentare non rendono l'attività giurisdizionale, in sé per sé considerata, molto diversa da

²⁰ Qui il rinvio obbligatorio alle teorie sul rapporto tra diritto e sua osservanza o sua effettività (intesa come validità ed efficacia); cfr. H. KELSEN, *Il fondamento della validità del diritto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1957, pp. 497-511 oltre che in *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 2000, pp. 101 e ss.. Sul tema, cfr. A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

²¹ Cfr. P. PASQUINO, *Uno e trio, Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1994; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

quella che per applicare le norme ai fatti viene normalmente compiuta dai funzionari non giudiziari o anche da quella dei privati: ciò che la distingue è soprattutto la circostanza che l'applicazione giudiziale delle norme è destinata a sostituirsi all'applicazione compiuta dagli altri soggetti (della quale essa opera perciò un controllo) oppure riguarda norme la cui applicazione è riservata al giudice (come è il caso di quelle che comminano sanzioni penali)”²².

Il potere esecutivo, da parte sua, è oggi caratterizzato dalla “scissione” tra indirizzo politico e amministrazione in senso stretto e non costituisce un *unicum* per ruolo e funzione, ma ha una componente creativa di diritto ed una meramente applicativa. Si tratta di due componenti che si sono scisse e riarticolate nella misura in cui – tra l'altro – si sono divisi i ruoli tra indirizzo e gestione e sono sorte amministrazioni c.d. “indipendenti”. Così il tradizionale potere esecutivo si è diviso assimilandosi in parte al compito tipico del normativo (organi politici che adottano regole) e in parte a quello del giudiziario (amministrazione che applica le regole).

Non è un caso che nell'analisi delle forme di Stato contemporanee si osserva un crescente processo di “confusione” tra gli organi (e gli atti come nel caso della motivazione della legge²³) che formalizzano tradizionalmente i due poteri: si pensi alla sempre più decisiva capacità del Governo di condizionare le attività (anche legislative) tipiche del Parlamento. Rispetto al passato, è evidente, le democrazie contemporanee sono caratterizzate da una tendenza alla contrazione degli elementi distintivi tra il ruolo del Parlamento e quello dell'esecutivo, sia quando si costruiscono forme di governo di tipo presidenziale o semi-presidenziale, sia quando le forme parlamentari razionalizzano in modo decisivo le tendenze assembleari; per non parlare dei processi di integrazione europea che sono caratterizzati da una forte vocazione intergovernativa nella produzione normativa e all'accrescimento delle fonti del diritto di origine governativa.

Oggi dunque la riflessione sul rapporto tra i poteri dello Stato sembra dover fare i conti con l'abbandono del modello tripartito lineare di potere per aderire invece all'idea da un lato che le forme effettive del

²² A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giurisdizione: nozioni fondamentali* (L'ordinamento giudiziario, Bologna, Il Mulino, 1974) ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, vol. I, p. 13.

²³ Come ricorda N. LUPO, la motivazione sostanzia un onere e un appesantimento per la funzione legislativa (*Sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più vincolato*, in F. FERRARO e S. ZORZETTO, *La motivazione delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 48); Si pensi al tema delle leggi provvedimento piuttosto che alla crescente riflessione sulla motivazione della legge, piuttosto che alle ipotesi giuridiche di responsabilità soggettiva per i componenti del Parlamento che adottano una specifica norma. Sulla motivazione della legge, cfr. Corte cost., sent. n. 379 del 2004 nella quale si precisa che non esiste un obbligo costituzionale, ma neppure un divieto, alla motivazione della legge e sent. n. 14 del 1964 (“recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto”); cfr. C. DEODATO, *La motivazione della legge. Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà* in *federalismi.it*, n. 14 del 2004.

potere siano ormai due (porre le disposizioni normative da un lato e applicarle dall'altro)²⁴. Potere come produzione delle fonti formali del diritto da un lato, potere come applicazione (amministrativa e giurisdizionale) del diritto dall'altra, ma la sintesi rispetto alla precedente tripartizione non significa minore frammentazione del potere²⁵.

Al proprio interno queste due forme del potere risultano ampiamente articolare tanto da collocare il potere in un "circuito" decisionale che produce un risultato finale non necessariamente identico a quello voluto dal soggetto che ne avvia l'esercizio. I poteri dello Stato sono inseriti in un *modello circolare* che conferisce ai propri rapporti reciproci condizioni di mutabilità e differenziazione che annoverano anche elementi di fungibilità parziale e sostituzione temporale. La frammentazione del potere – questo è il punto – ha reso inutilizzabile il modello lineare di esercizio del potere, costringendolo ad operare in uno schema pluralistico che condiziona l'esercizio stesso del potere.

Il potere, nella sua dimensione giuridica, è dunque investito da un necessario processo di pluralizzazione che pone in relazione tra loro i poteri in modo mutevole nel tempo e condizionato da molteplici fattori: in questo senso poco ci dice la dimensione meramente lineare e statica (la divisione) tra i poteri se non si indaga la ben più complessa dimensione dinamica e circolare (l'equilibrio) tipica delle società pluraliste.

L'equilibrio tra i poteri risente della capacità di ciascun potere di essere tale verso i destinatari (ossia il potere sugli individui) ma anche della capacità di ciascun potere di relazionarsi determinando e condizionando gli altri poteri; potremmo definire questo secondo aspetto "il potere sui poteri". Si tratta di un tema che merita oggi rinnovata attenzione alla luce del fatto che la Costituzione non si limita a dividere i poteri ma determina anche molte delle condizioni che interessano il loro mutevole equilibrio.

Il rapporto tra i poteri, infatti, è esso stesso una questione di potere.

2. La dimensione "frazionata" del potere normativo.

La Costituzione italiana, anche alla luce dell'esperienza fascista, distingue i poteri senza mai nominarli singolarmente in modo espresso se non indirettamente²⁶ e dedica una attenzione differenziata alla

²⁴ In questo senso G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in in A. APOSTOLI, M. GORLANO, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, spec. pp. 182 e ss..

²⁵ Non necessariamente "Il tre è il numero dell'equilibrio, come tutta la scienza costituzionale dimostra. Il due è il numero del conflitto, dello scontro volto a sopraffare l'altro" (G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere*, Torino, Einaudi, 2012, p. 42).

²⁶ Come noto, un sensore dell'esistenza dei poteri può essere rintracciato unicamente nell'art. 104, comma 4, della Costituzione allorché si precisa che "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere". Si pongono la domanda se la magistratura sia un ordine o un potere N. ZANON e F. BIONDI in *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014, pp. 21 e ss.; cfr. anche B. CARAVITA, a cura di, *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

rispettiva disciplina: se da un lato il potere legislativo e quello giudiziario sono ampiamente regolati direttamente nella Carta, il potere esecutivo e la pubblica amministrazione sono solamente abbozzati lasciando alla legge e allo sviluppo del principio di legalità (quindi alla politica) l'onere di completare il quadro normativo, peraltro in una dialettica, mai risolta definitivamente dalla dottrina, di accostamento e di allontanamento del giudice dal modello del “funzionario”²⁷.

La Costituzione costruisce un potere legislativo altamente invasivo – almeno sulla carta – del processo decisionale pubblico nella misura in cui prevede ampie riserve di legge (assolute e relative), un ruolo centrale della legge ordinaria (finanche con una riserva di legge di assemblea *ex art. 72*, comma 4, Cost.), un ridotto ruolo per la decretazione d'urgenza (così nell'idea dei Costituenti) e dei referendum, nessun originario riferimento alla diretta titolarità della potestà regolamentare dell'esecutivo nazionale, garanzie e guarentigie dei parlamentari (artt. 67 e 68), Governi del tutto sottoposti al Parlamento in ragione del rapporto fiduciario ma anche per il fatto che il Parlamento possa votare contro una proposta governativa senza esiti pregiudizievoli per l'esecutivo (art. 94), una pubblica amministrazione sottoposta al principio di legalità (97) e lo stesso potere giudiziario sottoposto “soltanto” alla legge (101)²⁸.

Insomma, la Costituzione – nella logica positivista – sembra costruire l'equilibrio tra i poteri attorno alla centralità della legge (quindi della scelta politica che diventa norma generale e astratta nella fonte di rango primario) che è certamente posta nelle condizioni di vincolare gli altri due poteri (fatte salve le competenze della Corte costituzionale). Centralità della legge, dunque, che va letta come centralità del Parlamento e quindi delle forze politiche (in origine dei partiti in senso stretto ossia dei tre o quattro

²⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il processo e la funzione giurisdizionale*, in M. FIORAVANTI, a cura di, *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 79 e ss..

²⁸ La centralità della “riserva di legge” contenuta nell'art. 101, comma 2, Cost. è sottolineata da N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in A. PISANESCHI e L. VIOLINI, a cura di, *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grotanelli de' Santi*, Milano, Giuffrè, 2007, che ricorda come “nella visione tradizionale, la soggezione del giudice soltanto alla legge non solo caratterizza lo *status* di indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni, non solo è sintesi efficace di gran parte dell'esperienza giuridica e istituzionale vissuta dalla cultura continente europea *post* rivoluzione francese, ma ha sempre avuto un'importanza decisiva nella ricostruzione tradizionale dei rapporti tra funzione giudiziaria e responsabilità. [...] Nella nostra tradizione, tal disposizione rivela che l'indipendenza funzionale del giudice non equivale all'arbitrio, ma ha senso solo nell'ambito di ciò che la legge prevede” (p. 658). Sul senso di indipendenza come soggezione alla legge cfr. M. DOGLIANI, *Garanzie di indipendenza della magistratura* in L. LANFRANCHI, a cura di, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, IEI, 1997, pp. 51 e ss e A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 31 e ss.; cfr. anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008. Il Presidente della Repubblica G. NAPOLITANO, intervenendo al CSM (14 febbraio 2008) citò una pronuncia della sezione disciplinare per ricordare che “il principio di soggezione soltanto alla legge, lungi dal riconoscere un potere arbitrario, costituisce per il magistrato un vincolo che gli impedisce di finalizzare o condizionare la propria attività a obiettivi diversi da quelli della affermazione del diritto” (*Sulla giustizia*, Roma, IPZS, 2012, p. 34).

maggiori partiti) che rappresentano la sovranità popolare²⁹. La giustizia è amministrata in nome del popolo (e su delega o per conto del popolo) e il popolo si esprime con la legge. In nome della legge appunto non esiste una riserva di amministrazione³⁰.

Proviamo a ragionare muovendo dalla condizione attuale del potere normativo ossia quello i cui titolari compiono le scelte che determinano l'indirizzo politico attraverso l'adozione delle fonti del diritto (quali atti contenenti norme giuridiche) nella misura in cui, come abbiamo detto, i tradizionali poteri legislativo ed esecutivo sono tra loro connessi in una sorta di bipartizione rispetto al potere giudiziario.

Il potere normativo è oggi frammentato in senso verticale (ossia tra fonti primarie e secondarie) e in senso orizzontale fra tre legislatori (quello statale, quello regionale e quello europeo) e fra tre regolatori di ultima istanza (regolamenti statali, regionali e degli enti locali).

L'autonomia (intesa come politica quindi normativa) di cui sono titolari le Regioni costituisce un fattore di frammentazione (e di differenziazione) dal momento che esiste una duplice dimensione relazionale per cui un ordinamento giuridico è autonomo e può quindi differenziarsi nelle proprie scelte di autogoverno. Grazie all'autonomia la Regione si differenzia (potenzialmente) da una normativa omogenea a livello nazionale ossia dotata di una scala di azione più ampia ma anche dalle scelte delle altre Regioni³¹.

La frammentazione, in ogni caso, si incontra (o meglio si scontra) con i crescenti elementi di uniformità presenti nel sistema giuridico (derivanti anche dai vincoli sovranazionali che si impongono alla Repubblica) tesi a garantire un eguale sistema di diritti e doveri a tutti i cittadini ovunque residenti, piuttosto che per assicurare macrovariabili finanziarie ed economiche (controllo della spesa pubblica e concorrenza) e per tutelare l'applicazione del diritto europeo.

Non è dunque semplice definire scelte normative all'interno di un sistema complesso di "doppio" federalismo nel quale neppure lo Stato (che è stato sovrano) riconosce autonomia al proprio interno e deve fare i conti con gli obblighi assunti nel processo federale in cui è inserito in sede di Unione europea. Nell'era del tramonto della sovranità e della diffusione del potere³² neppure in Italia, dove lo Stato sta

²⁹ Schema, questo, che resta inalterato con la legge regionale anch'essa frutto della sovranità popolare (Corte cost., sent. n. 106 del 2002).

³⁰ Cfr. comunque le osservazioni di D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.

³¹ "Si avrà autonomia politica in tutti i casi in cui sarà possibile differenziarsi, sul piano politico, da un'entità omogenea o sovraordinata" (I. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni*, in «Riv. Trim. Dir. Pub.», 1956, p. 108). Per i plurimi aspetti teorici si rinvia a M. S. GIANNINI (Id., *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)* in «Riv. Trim. Dir. Pub.», 1951 e Id., *Autonomia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1959) e S. ROMANO (Id., *Autonomia* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983). p. 108).

³² Il riferimento è N. IRTI (*Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in «Diritto e società», n. 3-4, 2009, pp. 465 e ss.). Il presupposto dello "spezzettamento del potere" guida da ultimo il lavoro di B. CARAVITA-F. FABRIZZI-A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 2019.

ripristinando a scapito delle Regioni l'esercizio del potere statale eroso in quota parte dall'Unione europea, si assiste ad una ripresa della capacità decisionale unitaria del potere.

La moltiplicazione dei centri di produzione normativa - frutto del naturale svolgimento dell'autonomia territoriale sub-statale e del consolidamento delle competenze dell'Unione europea - non ha rafforzato il potere normativo ma lo ha anzi collocato all'interno di un complesso percorso di dialettica tra i diversi livelli di governo che ne ha indebolito la capacità decisionale formale aprendo la strada all'accrescimento del ruolo della giurisdizione (*in primis* quella della Corte costituzionale³³ oltre che di quella europea³⁴).

Da un lato assistiamo ad un "legislatore sempre più vincolato"³⁵, dall'altro la tradizionale "legge parlamentare" ha lasciato spazio ad un uso maggiormente incisivo di altre fonti ossia delle fonti regionali (dal 2001 del tutto equiparate a quelle statali, pur senza le ampie competenze immaginate quando è entrata in vigore la legge cost. n. 3 del 2001), delle norme europee (cresciute in quantità e spessore con il Trattato di Lisbona dal 2009, ma anche delle decisioni giurisprudenziali della Corte europea dei Diritti e della Corte di Giustizia) nonché – per quanto rimane in capo allo Stato – degli strumenti normativi del Governo.

Si tratta di temi noti agli studiosi e che, guardati con riferimento al rapporto tra i poteri dello Stato, hanno indebolito il potere normativo (quindi politico) da un lato e rafforzato l'intervento diretto del giudice dell'altro nella misura in cui quest'ultimo determina, ad esempio, il rapporto tra legge statale e legge regionale, disapplica il diritto interno contrastante con quello europeo, può accedere all'interpretazione pregiudiziale, prende atto delle decisioni europee direttamente applicabili e compone un quadro normativo spesso contraddittorio ed indeterminato nel quale circolano principi e valori da bilanciare ragionevolmente. Mentre la normativa primaria e secondaria tende a frammentarsi, infatti, non egual cosa accade ai principi e ai valori ossia a quelle previsioni di contenuto precettivo che mantengono una unitarietà assiologica della comunità nazionale (nella Costituzione) ed europea (nei Trattati e nelle tradizioni costituzionali comuni), pur non caratterizzando gli Statuti regionali³⁶.

³³ Sia consentito rinviare a A. STERPA, *Il pendolo e la livella. Il "federalismo all'italiana" e le riforme*, Torino, Giappichelli, 2015.

³⁴ Cfr. le riflessioni di F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo*, *federalismi.it*, n. 15 del 2019.

³⁵ N. LUPO parla di "carattere sempre più "costretto" e, al contempo, "precario" dell'attività legislativa" (*Sulla motivazione della legge...*cit., p. 50).

³⁶ Come noto, per la Corte costituzionale, alle previsioni inerenti valori, principi, diritti e doveri contenute negli Statuti regionali "anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto" (sent. n. 372, ma nello stesso senso n. 378 e n. 379 del 2004).

A ben vedere allora è lo stesso modello dello Stato nazionale moderno che pone al centro della “decisione” la legge (per garantire lo Stato di diritto nel rispetto della Costituzione) ad essere investito di cambiamenti tali da rendere la dialettica tra i poteri sempre più caratterizzata dalla crescente rilevanza del ruolo svolto dal potere giudiziario nei confronti del più generale potere normativo.

Attraverso la “dequalificazione della legge” (oltre che della sua ormai pluri-denunciata “crisi”)³⁷ il momento giudiziale assurge a “diritto valido” (per usare le parole di Alf Ross³⁸) in un crescente quadro di espansione della logica del diritto vivente e della cultura del realismo giuridico³⁹; una “dequalificazione” che origina all’esterno della legge attraverso la moltiplicazione delle fonti del diritto che sottraggono spazio alla legge e all’interno della legge ossia nell’ambito dell’incapacità di quest’ultima di occupare pienamente lo spazio normativo sul quale interviene (si pensi alla logica negoziata delle leggi tra i diversi livelli di governo).

Per dirla con Schmitt, dunque, siamo davanti alla “inesorabile e intrinseca dialettica di potere e di debolezza, nella quale ogni potente incorre”⁴⁰. La debolezza⁴¹, nel nostro caso, è del sistema di produzione normativa ossia del legislativo e dell’esecutivo.

Non meno degno di attenzione, inoltre, è un secondo aspetto ossia quello della difficoltà con la quale la legge riesce, anche quando c’è, ad incidere sulla realtà sociale. Non è solo un tema di (impossibile) qualità⁴² della legislazione (Comitato per la legislazione, Air, Vir sono stati ipotesi di rimedi e non rimedi reali) a rendere le leggi “oscuri” (per dirla con Michele Ainis⁴³), “non chiare”⁴⁴ e quindi incerte nella loro applicazione, ma soprattutto un bicameralismo nazionale (residuo storico nel contesto mondiale) che offre quasi sempre maggioranze politiche diversamente stabili – se non proprio del tutto diverse – tra i

³⁷ In questo senso riflette anche M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2012.

³⁸ “La concezione della scienza del diritto presentata in questo libro si fonda sul presupposto che il principio di verifica debba essere applicato anche a questo campo di conoscenza: che cioè alla scienza del diritto debba essere riconosciuto il carattere di scienza empirica sociale. [...] Noi riteniamo [...] che il contenuto reale delle proposizioni della scienza giuridica si riferisce alle azioni delle corti in certe circostanze. [...] Questa disposizione è una direttiva al giudice” (A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, Einaudi, 2001, p. 39).

³⁹ Da ultimo, cfr. le riflessioni di V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice*, Torino, Giappichelli, 2018 che pur centrate sulla figura di Jerome Frank, organizzano la riflessione sul realismo giuridico in modo complessivo.

⁴⁰ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere* (1954), Genova, Il melangolo, 1990, p. 20.

⁴¹ Come ricorda N. ZANON, rileggendo Bruno Leoni, “nelle democrazie contemporanee, è cambiata la posizione del potere giudiziario nell’ambito del sistema istituzionale: il suo ruolo e la sua *auctoritas* si sono enormemente accresciuti, anche per le insufficienze degli altri poteri” (*Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo “La libertà e la legge” di Bruno Leoni*, in *Quad. Cost.*, n. 1 del 2018, p. 261).

⁴² N. LUPO, *L’impossibile qualità della legge, specie con i procedimenti attuali*, in M. CAVINO, L. CONTE, a cura di, *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 229 e ss..

⁴³ ID., *La legge oscura*, Bari-Roma, Laterza, 2010.

⁴⁴ F. PIZZETTI, *Chiarezza, comprensibilità, accessibilità delle norme come problema di costituzionalità sostanziale negli ordinamenti policentrici*, in E. SORTINO, a cura di, *L’ordinamento delle autonomie locali*, Bergamo, CEL, 1996.

due rami; con una Camera eletta da tutti i cittadini maggiorenni ed un Senato per il quale votano ben 3,5 milioni di persone in meno (i maggiori di 25 anni), oltre che con elettorati passivi diversi (per il Senato 40 anni)⁴⁵ e sistemi elettorali difformi (quello per il Senato deve essere, per disposto costituzionale *ex art.* 57, su “base regionale”) le leggi non possono che essere scritte “non bene”⁴⁶. E leggi scritte “non bene” sono la fonte principale di spostamento della decisione politica dall’adozione della norma alla sua applicazione.

E tutto ciò sempre che il legislatore sia in grado di decidere: nei casi di omissione giustiziabile, di confusione legislativa o di semplice mancanza di regole primarie nulla vieta al giudice di applicare finanche i principi costituzionali (da ultimo, sent. n. 2 del 2018 della Corte costituzionale, ma anche il c.d. “Caso Cappato” di cui all’ord. n. 207 del 2018 e al comunicato del 26 settembre 2019), sempre che le praterie lasciate libere dalla legge non siano occupate da indicazioni di *soft law* (regole tra privati⁴⁷, linee guida e circolari spesso non facilmente riconducibili allo stretto scrutinio di rispetto del principio di legalità)⁴⁸. D’altronde, come ricorda Onida, “i principi costituzionali [...] non sono altro che principi di giustizia, e fare giustizia vuol dire assumere decisioni conformi alle caratteristiche del caso concreto e ai principi costituzionali”⁴⁹.

Non è solo l’età della (de)codificazione⁵⁰ ad indebolire la capacità previsionale della norma, ma soprattutto il concorso di una pluralità di disposizioni nel definire una fattispecie astratta e l’articolata procedimentalizzazione della decisione normativa.

La criticità della qualità delle norme si è sensibilmente aggravata per la concorrenza di una serie di processi in atto: la difficoltà a definire il rapporto tra legge statale e regionale e il forte ruolo della giurisprudenza costituzionale, la capacità delle fonti sopra-costituzionali e sub-legislative di integrare e definire il contenuto normativo primario, la crescente complessità del contesto in cui opera la legge (nell’esercizio della delega legislativa⁵¹, nella conversione del decreto-legge per la ricerca dei consensi in aule dove le

⁴⁵ Cfr. il disegno di legge costituzionale (XVIII leg.) approvato dalla Camera dei Deputati in prima lettura (AC1511) e nel corso della seconda metà del 2019 in corso di esame al Senato della Repubblica (AS 1440).

⁴⁶ Le mancate riforme costituzionali del 2006 e del 2016, accomunate dalla volontà di rafforzare la capacità decisionale del segmento Parlamento-Governo, bocciate dai referendum *ex art.* 138 Cost., hanno lasciato il quadro costituzionale immutato.

⁴⁷ A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss Press, 2015.

⁴⁸ A. SOMMA, *Soft law sed law: diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell’Europa dei mercati e nella distruzione dell’Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3/2008, pp. 437 ss.

⁴⁹ V. ONIDA, *La cultura e la formazione dei magistrati*, in S. MERLINI, a cura di, *Magistratura e politica*, Firenze, Passigli Editori, 2016, p. 115. Per l’A. politica e giurisdizione sono due vie per tendere alla giustizia, ma “il formalismo è il vizio che può condurre alla ingiustizia concreta quando, in nome di una pretesa autosufficienza della regola, si dimenticano i fatti, la realtà, le persone, le circostanze concrete” (p. 113).

⁵⁰ Il riferimento è all’opera *L’età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁵¹ Da ultimo Corte cost. sent. n. 251 del 2016.

maggioranze sono deboli, nella trattativa Stato-Regioni in sede di ricorsi *ex art.* 127 Cost., nel rapporto con le fonti del diritto dell'Unione europea e delle pronunce), ma anche perché le maggioranze di Governo dal 1992 sono, in Parlamento, del tutto instabili perché legate (per la sopravvivenza) a pochi voti particolarmente al Senato⁵².

La disposizione normativa giunge sul tavolo dell'interpretazione, dove siedono i soggetti che applicano le previsioni, in una forma molto debilitata.

E proprio l'interpretazione, con gli strumenti che accompagnano l'esegesi⁵³, costituisce il terreno principale di misurazione del rapporto tra il potere normativo (legislativo-regolamentare) legittimato (direttamente o indirettamente) dal popolo e il potere giudiziario che quel diritto applica⁵⁴.

Se dovessimo misurare la distanza tra disposizione e norma con una unità di misura, essa rappresenterebbe con valori più alti il potere più incisivo del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto posto, in una forchetta idealmente misurabile tra un estremo (il giudice bocca della legge o leone sotto il trono) da un lato e il giudice creatore di diritto dall'altro⁵⁵.

Il circuito decisionale prodromico alla scelta politica è oggi talmente articolato da produrre una condizione di debolezza dei due soggetti che esercitano la funzione normativa e una corrispettiva crescita del ruolo della giurisdizione all'atto di applicare, dopo averlo interpretato, il diritto⁵⁶: è questa crescita di potere compatibile con il disegno della Costituzione?

⁵² Dal 1994 la durata dei Governi è mediamente cresciuta rispetto alla prima fase repubblicana (11 mesi contro 9) ma sono spesso cambiate maggioranze da un governo ad un altro e anche quando (2001) il governo ha potuto contare su una lunga durata (addirittura solo due governi molto simili e con lo stesso Presidente del Consiglio nell'intera legislatura quinquennale) i fattori di frammentazione sono derivati dalla composizione variegata dalle coalizioni.

⁵³ Finanche di tipo psicologico: cfr. A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMINATI (*Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, Il Mulino, 2017) secondo i quali la razionalità umana è limitata in particolare dalle "scorciatoie del pensiero" e dalla trappola cognitiva euristica (pp. 29-35).

⁵⁴ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁵⁵ "Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina" come sostiene P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Roma, Laterza, 2017, pp. 124-125; P. BONINI, *La norma stabilisce la politica o la sceglie il giudice?* in G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE, a cura di, *Questioni costituzionali ai tempi del populismo e del sovranismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 125 e ss..

⁵⁶ Muovono proprio dalla "crescita del ruolo del potere giudiziario" le riflessioni di A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale* in R. TONIATTI, M. MAGRASSI, *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali*, Padova, Cedam, 2011, pp. 17 e ss..

3. La dimensione “plurale” del potere giudiziario.

L’originario disegno costituzionale è caratterizzato da una flessibilità che lascia impregiudicati molti scenari di evoluzione, anche quelli meno rassicuranti dal punto di vista costituzionale proprio perché è costruito intorno ad un doppio presupposto: perdurante forza e centralità dei partiti nel Parlamento dove i rappresentanti della Nazione approvano le leggi e giudice sottoposto soltanto alla legge – tendenzialmente chiara e esaustiva – che è tenuto ad applicare⁵⁷.

Non a caso in dottrina chi ha inteso ampliare i margini di intervento del potere giudiziario nel sistema decisionale ha cercato di scalfire proprio la centralità della legge e del sistema parlamentare. Come è stato sostenuto, ad esempio, nella Costituzione italiana la forma di governo parlamentare monista a forte ruolo del pluralismo dei partiti “comporta che il principio della separazione dei poteri non possa venir assunto come canone fondamentale di organizzazione dello Stato”⁵⁸ e la magistratura, in ragione della qualificazione tecnica, è in grado di intervenire per razionalizzarla tanto quanto il Presidente della Repubblica⁵⁹. Per questa dottrina il potere giudiziario sarebbe dotato di quelle qualità tecniche che lo collocano nel sistema politico (l’A. utilizza proprio l’espressione *politico*) per cui “se è [...] indubbio che anche l’attività degli organi giudiziari deve essere considerata come una forma di esercizio della sovranità popolare nella quale la Costituzione indica la fondamentale forma di legittimazione dei pubblici poteri (come del resto chiaramente risulta dall’art. 101, 1 comma), è chiaro altresì che le caratteristiche tecniche dell’attività giudiziaria e la necessità di garantire l’indipendenza dei giudici consentono ed in certa misura impongono il ricorso a strumenti diversi da quelli impiegati per assicurare il vincolo tra Corpo elettorale e Parlamento, tra Parlamento e Governo, ecc...”⁶⁰.

Questo approccio dottrinario è anche frutto del fatto che la Costituzione ha introdotto un’impostazione innovativa (affermatasi faticosamente) rispetto al passato in materia di potere giudiziario, scardinando due degli elementi caratterizzanti del regime pre-repubblicano ossia “il rifiuto dell’autogoverno e la strutturazione gerarchica e piramidale della magistratura”⁶¹; come noto, si poneva allora con forza, dopo l’esperienza fascista, il tema della indipendenza dei giudici dall’esecutivo⁶² e proprio attraverso i magistrati

⁵⁷ Come ricorda anche F. BIONDI, (*La responsabilità dei giudici*, Milano, Giuffrè, 2006), l’attività dell’Assemblea costituente fu in continuità con l’approccio giuspositivista precedente l’esperienza pre-repubblicana soprattutto per l’“esaltazione del valore della certezza del diritto come fattore essenziale di garanzia di libertà e dignità dell’individuo” (p. 73).

⁵⁸ A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 62.

⁵⁹ *Idem*, p. 63.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁶¹ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in L. VIOLANTE, *Legge diritto giustizia*, Annali 14, Storia d’Italia, Torino, Einaudi, 1998, pp. 713 e ss..

⁶² Tema, questo, che è ampiamente trattato dall’Assemblea costituente anche in intere giornate di dibattito.

(in parte proveniente dal periodo fascista) si costruì la *pax* nazionale dopo la fine del regime⁶³ anche attraverso l'indulto⁶⁴.

Non dimentichiamo che nel secondo “dopo Guerra” la funzione giurisdizionale ha costituito la sede del contrasto tra tendenze di innovazione e di conservazione nell’ordinamento repubblicano: si pensi al ruolo della Corte di Cassazione rispetto al rapporto delle norme pre-repubblicane con la Costituzione (sentenza Marcianò), sia con riguardo alla capacità delle norme costituzionali di abrogare o meno le leggi previgenti che con riferimento alla natura precettiva dei principi e all’annullamento delle fonti primarie da parte della Corte costituzionale (sent. n. 1 del 1956)⁶⁵.

Il “potere giudiziario” – quindi – è stato il protagonista della transizione costituzionale ma l’espressione “potere giudiziario”, di converso, non è presente in Costituzione, se non in negativo allorché l’art. 104, comma primo, Cost. prevede che “*la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”: se gli altri sono definiti poteri ciò comporta che lo sia anche la magistratura⁶⁶? Le norme si accostano al potere giudiziario per sineddoche, per metonimia o per simmetria degli istituti disciplinati, lasciando sullo sfondo l’interezza mai puntualizzata di questo potere.

Nella fase finale della discussione in Assemblea costituente si decise di impiegare l’espressione “*La magistratura*” per descrivere il Titolo IV (parte seconda) respingendo emendamenti tesi ad impiegare termini diversi e, in due proposte, proprio l’espressione “*Il potere giudiziario*”⁶⁷. Prevalsero, per usare le parole del deputato Grassi, le esigenze di eutimonia del testo costituzionale: per gli altri poteri dello Stato, infatti, erano state scelte espressioni che enunciano gli organi (“*Il Parlamento*”, “*Il Governo*”) ovvero la funzione esercitata (quella legislativa⁶⁸) e non il potere di cui sono titolari. Per certi versi, dunque, si scelse un’espressione “concreta” riferita agli organi attivi del potere evitando “formulazioni astratte”⁶⁹.

⁶³ Come ricorda F. DAL CANTO, numericamente molto ridotte furono le condanne per i magistrati collusi con l’esperienza fascista, (*L’ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 35, cfr. anche le opere già citate).

⁶⁴ Sia quello del 1946 che quello del 1953 (riguardante i reati nei tre anni post-bellici). Cfr. M. FRANZINELLI, *L’amnistia Togliatti*, Roma, Feltrinelli, 2006.

⁶⁵ “Corte, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni non è ammessa alcuna impugnazione: art. 137, terzo comma, Cost.)” (Corte cost., dec. n. 102 del 2008).

⁶⁶ Il 25 novembre 1947, l’Assemblea costituente approvò per divisione il testo prima unitario del primo comma ossia prima “*la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente*” e poi la precisazione “*da ogni altro potere*” e respinse un emendamento che proponeva “*la magistratura costituisce un potere autonomo e indipendente, retto da un proprio consiglio*” (Nobili).

⁶⁷ Cfr. processo verbale della seduta del 20 novembre 1947 dell’Assemblea Costituente. Da notare che all’atto dell’insediamento della seconda sezione la discussione iniziò proprio sul “potere giudiziario” e il relatore Calamandrei e proprio il “potere giudiziario” è uno dei due argomenti trattati (l’altro è la Corte costituzionale); cfr. resoconto sommario del 5 dicembre 1946. Le altre due proposte furono dei relatori Leone e Patricolo.

⁶⁸ Parallelamente per la magistratura di fa riferimento alla funzione giurisdizionale.

⁶⁹ Così il deputato Laconi (“Tutti i Titoli contengono un richiamo concreto a determinati organi; questo sarebbe l’unico Titolo che introdurrebbe una formulazione astratta”, 20 novembre 1947).

Esito simile per le norme di merito contenute nel Titolo dove l'attenzione è centrata sugli organi più che sulla funzione. I lavori dell'Assemblea costituente ci raccontano della complessa discussione in seno alla seconda sottocommissione (seconda sezione) della Commissione Ruini. Calamandrei, Leone e gli altri componenti trattarono modalità formali diverse per giungere a “definire”, citandolo, il potere giudiziario. Si discusse, ad esempio, sull'inserimento di una sua vera e propria definizione allorché si contrapposero due testi differenti, una dei quali prevalse in quella sede ma – pur presente nel progetto della Commissione – non compare nel testo finale approvato in Assemblea.

Il testo formulato dalla Commissione dei 75, infatti, iniziava il Titolo IV proprio con la previsione “*la funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo*”. Sul legame tra “sovranità” (della Repubblica o del popolo?) e potere giudiziario i componenti della seconda sottocommissione discussero proprio nel senso del rapporto tra l'attività dei magistrati e le norme giuridiche anche alla luce del fatto che il medesimo art. 94 prevedeva anche che “*I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza*”.

Non a caso, nel medesimo progetto vi era inizialmente anche il tentativo di arginare il ruolo del giudice alla applicazione della norma senza che ciò investisse la definizione delle norme stesse rimessa al potere politico; tentativo, questo, formalizzato da un comma poi escluso dal testo finale approvato dall'Assemblea. L'art. 3, comma 1, della proposta della relazione Calamandrei prevedeva infatti di esplicitare in Costituzione che “*la interpretazione delle leggi con efficacia generale ed astratta è di competenza esclusiva del potere legislativo*”. Una espressione, questa, che echeggiava il contenuto dell'art. 73 dello Statuto Albertino secondo il quale “*l'interpretazioni delle leggi in modo obbligatorio per tutti spetta esclusivamente al potere legislativo*”.

Tuttavia la seconda sezione rinviò l'esame della previsione alla seconda commissione⁷⁰ e alla fine questo testo fu espunto dalla proposta di Costituzione della Commissione.

Comparve anzi nel progetto della Commissione l'art. 104 che sul rapporto tra legge e decisione giurisprudenziale muoveva dal fronte opposto del ragionamento ossia dalla garanzia della giurisdizione: “*Le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia ed indulto. // L'esecuzione di una sentenza irrevocabile non può essere sospesa se non nei casi previsti dalla legge*”.

Il concetto di potere dello Stato, dunque, si disloca sullo sfondo o in profondità rispetto al testo costituzionale in lavorazione, senza definirsi compiutamente anche se – non potendo essere altrimenti –

⁷⁰ Cfr. processo verbale della seduta della seconda sezione della seconda sottocommissione del 13 dicembre 1946 e L. DE BERNARDIN, *Ordinamento giurisdizionale*, in A. CELOTTO, a cura di, *Il coordinamento finale della Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, pp. 203 e ss.

si affaccia ed emerge nella discussione tra i Costituenti. Tant'è che Ruini, nella relazione del febbraio 1947, puntualizzò che “per adempiere il mandato, che esercita in nome del popolo, la magistratura è autonoma e indipendente. Non è soltanto un «ordine»; è sostanzialmente un «potere» dello Stato; anche se non si adopera questo termine, neppure per gli altri poteri, ad evitare gli equivoci e gli inconvenienti cui può dar luogo una ripartizione teorica, ove sia interpretata meccanicamente”⁷¹.

Va detto che conseguenza sistemica che deriva dalla scelta della Costituente di non definire e identificare un “potere giurisdizionale” e di centrare le previsioni costituzionali sui soggetti che svolgono la funzione (ossia i magistrati) comporta che se si ritengono necessari dei “correttivi” per gestire dal punto di vista costituzionale i rapporti tra i poteri dello Stato (per garantirne l'equilibrio), il principale oggetto di queste misure non possono che essere gli organi ossia i magistrati (o il loro organo di autogoverno). Intervenire sul potere giudiziario, dunque, è possibile nella misura in cui si esercita la potestà legislativa e si disciplina lo *status* dei magistrati con conseguente spostamento dell'attenzione normativa dal potere in senso lato ai suoi organi in senso stretto⁷².

La cosa rileva ancora più nella misura in cui, pur essendo l'impianto costituzionale ispirato al principio di unicità della giurisdizione, il sistema è senza dubbio oggi caratterizzato da un pluralismo giurisdizionale⁷³ che mostra rinnovati elementi di articolazione sovranazionale⁷⁴. Al sistema nazionale, già snodabile anche per l'emersione di nuovi potenziali “organi giudicanti”⁷⁵, si sono affiancati i giudici dell'Unione europea, quelli che garantiscono la tutela sovranazionale dei diritti (*in primis* la Corte europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali) e quelli che sovrintendono ad ordinamenti autonomi ultra- o extra-statali (si pensi ai giudici sportivi o alle forme di arbitrato internazionale), senza che si affermi sempre un ordine predefinito⁷⁶.

⁷² Cfr. la proposta di inserire in Costituzione un riferimento all'Avvocato si muove su questo presupposto (“Il processo è una realtà con più attori: quello che conta è che ciascuno eserciti le proprie prerogative in una condizione di autonomia e indipendenza. Ora, rafforzare la posizione dell'avvocato può essere un beneficio per la stessa magistratura proprio perché consoliderebbe la complessiva autonomia della giurisdizione da ogni altro potere. Non vedo davvero quali controindicazioni possano esserci nel riconoscimento esplicito del ruolo del difensore”, M. LUCIANI, 5 marzo 2018).

⁷³ Il rinvio è alla riflessione di A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra “attuazione” e “adeguamento” della Costituzione*, Napoli, Jovene, 1995.

⁷⁴ Cfr. S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 3 del 2007, pp. 609 e ss..

⁷⁵ Il riferimento è da ultimo alla questione della qualificazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come giudice *a quo* (Corte cost., sent. n. 13 del 2019).

⁷⁶ Si pensi al rapporto tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello europeo, alle teorie dei c.d. “contro-limiti” e alla articolata giurisprudenza costituzionale (sent. n. 348 e 349 del 2007, piuttosto che n. 238 del 2014).

4. Dalla divisione (lineare) all'equilibrio (circolare) dei poteri.

Come abbiamo detto, il “potere degli uomini sugli uomini”, pur formalizzato in schemi artificiali (il diritto) e non più fondato sulla natura, tende comunque ad espandersi e detta espansione trova argine nella elaborazione intellettuale assiologicamente orientata e storicizzata dal costituzionalismo.

Il piano della divisione dei poteri, però, è cosa diversa dal loro equilibrio. La Costituzione italiana ha apprestato una serie di misure tese a garantire la divisione dei poteri ma al tempo stesso ha introdotto norme che riguardano i singoli tradizionali poteri o altri poteri (come il Presidente della Repubblica) che ne interessano l'attività e i reciproci rapporti.

La mera divisione non garantisce di per sé il vero obiettivo del costituzionalismo ossia l'equilibrio tra i poteri, intendendo per equilibrio la garanzia che i poteri, svolgendo ciascuno attività distinte e non fungibili, non sostanzino una coagulazione di quel potere che il processo di antropizzazione ha diviso per l'eternità affidando al costituzionalismo la definizione non di un equilibrio pur che sia, ma di un equilibrio orientato alla tutela della libertà dell'individuo.

Il concetto di divisione, dunque, è statico e nulla dice sul rapporto concreto che tra le parti del potere pubblico si instaura; nulla dice, ad esempio, se l'equilibrio è paritario ossia neppure ci dice se l'equilibrio avviene con sacrificio eccessivo di uno o più poteri.

Tentiamo di identificare i piani di sviluppo di questo equilibrio individuando gli strumenti costituzionali che permettono ad un potere di resistere all'altro ed evitarne la riduzione di capacità conformante se non addirittura l'assoggettamento⁷⁷.

Il primo elemento è senza dubbio costituito dalla forma di governo intesa come capacità decisionale del sistema politico-normativo sia a livello statale che regionale.

Come spiega Pizzorusso, infatti, il rapporto originario tra i poteri si sosteneva senza permettere ad uno dei due di prevalere perché il sistema dei partiti era talmente forte da garantire, nell'instabilità formale dei Governi, una stabilità sostanziale di classe dirigente politica nei decenni. Se non che non solo si indebolisce la classe politica (per eventi storici come la fine della contrapposizione ideologica globale e per patologie del sistema nazionale), ma proprio quando ciò accade, all'inizio degli anni 90 del secolo scorso, si interviene a livello costituzionale su una delle principali barriere che presidiavano l'esercizio incrociato di un potere su di un altro. Nel 1993 si modificò l'art. 68 Cost. (abrogando in particolare l'autorizzazione a procedere nei confronti del Parlamentare) con il risultato di esporre in modo immediato

⁷⁷ Cfr. B. CARAVITA, S. CECCANTI, M. CECCHETTI, I. NICOTRA, A. POGGI, G. M. SALERNO, N. ZANON nel dibattito sul tema “*Il difficile equilibrio tra politica e magistratura: per un dibattito all'interno dei principi costituzionali?*” in *federalismi.it* n.16 del 2008. Sul tema del ruolo dei magistrati in politica, cfr. M. GIANNELLI, *A proposito del persistente divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati eletti*, in *federalismi.it*, n. 9 del 2018 e Corte cost., sent. n. 170 del 2018.

i componenti delle Camere all'azione diretta di un altro potere. Un evento, come ha ricordato Luciano Violante, che si colloca in quel corso dell'esperienza repubblicana in cui, per scelta politica o per incompatibilità con la Costituzione, “sono cadute, una dopo l'altra, tutte le misure che la politica aveva sollevato a protezione di sé stessa”⁷⁸.

Parallelamente l'indebolimento della capacità decisionale statale si arricchiva di un rinforzato livello regionale di normazione (sia per legittimazione diretta degli organi politici che per potenziale spazio di competenze) che però non riusciva a costruire un percorso alternativo o sostitutivo davanti al declino della politica nazionale nonostante la rinnovata forza costituzionale derivante dalle riforme del 1999-2001 che avevano ampliato sulla carta l'autonomia politica regionale e si erano definite regole che garantivano (fatti salvi gli interventi del potere giudiziario) stabilità ai governi regionali. La giurisprudenza costituzionale, come noto, ha chiuso tutti gli spazi per l'emersione di una concreta dinamica politica regionale riducendo l'autonomia normativa e finanche evitando l'emersione di una tavola di valori o di diritti e doveri locale.

Il secondo aspetto – al primo connesso – riguarda la capacità normativa del Parlamento (più in generale del binomio Parlamento-Governo) che, come noto, è stata negli ultimi venticinque anni demolita e ampiamente ridotta da due concause combinate. La debolezza delle maggioranze decisionali in uno dei due rami del Parlamento durante tutta la c.d. “seconda Repubblica” (ma anche nella presenta “terza”) con conseguente scadimento della qualità formale delle decisioni e forte instabilità sostanziale dei Governi; ma soprattutto, l'incidenza del diritto dell'Unione europea che ha spostato dagli atti interni nazionali (leggi o altro) alle amministrazioni e alle Corti (attraverso l'applicazione) la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale.

Ne consegue che terreno privilegiato di analisi dell'equilibrio tra i poteri è divenuta proprio la produzione normativa lungo la linea che corre dalla scelta politica, passa per la sua formalizzazione, segue nella norma e nella decisione-applicazione; il potere giudiziario ha conquistato spazio a scapito del potere politico (legislativo ed esecutivo) nella misura in cui la norma giuridica somiglia sempre più ad una “profezia” dall'incerto esito⁷⁹.

⁷⁸ Il riferimento, oltre all'art. 68 Cost., è al segreto di Stato, al segreto d'ufficio, alla giurisdizione sulle forze di polizia e sulle forze armate e contemporaneamente è emersa una nuova generazione con una impostazione culturale innovativa rispetto al tradizionale mondo della magistratura (L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, spec. pp. 39-41); di recente il tema è stato ripreso da A. CHIRICO, *Fino a prova contraria*, Venezia, Marsilio, 2017, spec. pp. 22 e ss. Sulla dinamica dei conflitti tra magistratura e politica, da ultimo, F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. pp. 129 e ss..

⁷⁹ L'idea della norma giuridica come “profezia” appartiene ad un'ampia letteratura e in particolare a molti studiosi di filosofia del diritto; cfr. S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI, *Il diritto come profezia. Il realismo americano. Antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

Come ha ricordato Natalino Irti, “il nesso fra tutela giurisdizionale e applicazione della legge ha carattere storico non logico: come fu istituito in epoche di rigore e coerenza normativa, così può essere destituito e sciolto in epoche di crisi, quando il sovrano si ritira o tace”⁸⁰.

Davanti alla legge (alla quale il giudice è sottoposto) l’attività interpretativa, come noto, può assumere connotati simili alla creazione di diritto (il c.d. diritto vivente, il c.d. diritto giurisprudenziale)⁸¹ anche agendo attraverso un “neocostituzionalismo”⁸² che (nella complessa dialettica tra divieto di *non liquet* e riemersione del *referé legislatif*⁸³) permette ai valori, ai principi⁸⁴, ai diritti e doveri⁸⁵ di precipitare nella decisione per colmare, completare e condizionare il quadro decisionale del giudice se non addirittura al giudice di farsi portavoce di istanze della collettività⁸⁶.

L’interpretazione, e con essa la certezza del diritto, rappresenta l’ambito nel quale si muove il rapporto tra gli ordinamenti giuridici in una pluralizzazione delle fonti del diritto e dei giudici⁸⁷ che rende la stessa interpretazione molto più complessa e meno “unilateralmente pietrificabile” di quanto potesse avvenire nel passato⁸⁸. Ciò nella misura in cui, come rileva Caravita, attualmente “la fase giudiziaria è solo un momento degli articolati processi decisionali, che in realtà assumono un inevitabile andamento circolare. Ed è totalmente indifferente se ci si trova in un ordinamento di *civil law* o di *common law*: la globalizzazione, l’internazionalizzazione, la regionalizzazione delle regolamentazioni fanno sì che inevitabilmente le tecniche di raccordo tra diritto scritto e diritto di derivazione giurisprudenziale siano sempre più vicine”⁸⁹. Certo, la Corte costituzionale ha chiarito che “al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può [...] dipendere, nel disegno costituzionale,

⁸⁰ N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e società*, 2009, p. 479.

⁸¹ Cfr. le riflessioni di N. LIPARI ora raccolte in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017.

⁸² S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001 e ID., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2 del 2008, pp. 405 e ss..

⁸³ Cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi...*cit., spec. p. 171.

⁸⁴ Sul diritto per principi, G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 102 e ss. nonché A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007.

⁸⁵ Su interpretazione e diritti fondamentali, N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, Roma, Edizioni Studium, 2004, pp. 63 e ss..

⁸⁶ A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale...*cit., pp. 33. e ss..

⁸⁷ Secondo G. ZAGREBELSKY, “in mancanza di un giudice, cioè di un soggetto terzo, estraneo agli interessi in causa, cioè un soggetto imparziale e disinteressato, non c’è applicazione del diritto; anzi non c’è diritto” (*La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 162).

⁸⁸ Cfr. F. RIGANO, *Il giudice e il “diritto sconfinato”: molteplicità delle fonti e delle giurisprudenze e certezze giudiziarie*, in A. APOSTOLI, M. GORLANO, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 79 e ss.. Per usare le parole di S. CASSESE, “né spade, né feluche, ma toghe”: “in un mondo senza regole generali e principi primi ordinatori, ma pieno di ordini giuridici settoriali, oltre che nazionali, e senza autorità gerarchicamente sopraordinate ad altre, ma ricche di conflitti, come può essere assicurata un’armonia o almeno la convivenza? Intervengono qui i giudici” (ID., *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009, p. 31).

⁸⁹ Roma locuta, causa finita? *Spunti per un’analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale* cit..

da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)” (sent. n. 230/2012) e più recentemente ha anche precisato che “una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso” (sent. n. 115/2018).

L’articolato percorso teoretico che ha affrontato la dogmatica dell’interpretazione (la norma è già nella disposizione ovvero è creata?), storicamente incentrato sulla funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione e segnato dalle molteplici strade del rinvio pregiudiziale⁹⁰, dell’interpretazione conforme⁹¹, passando attraverso le scelte del Giudice delle leggi incluse quelle di restituire gli atti al giudice *a quo* piuttosto che decidere la questione sottoposta (cfr. sent. n. 111/2016⁹²), unitamente alla conferma della possibilità per il giudice amministrativo di annullare gli atti contrari a Costituzione (sent. n. 2/2018) e alla revocazione, disegnano una complessità in altre fasi storiche impensabile e arricchita anche dal rapporto con “le altre Corti” (Lussemburgo e Strasburgo).

Calamandrei sulla divisione del lavoro nel diritto ricordava che “l’attività dei giuristi, come tecnici dell’applicazione delle leggi, si distingue per metodo per studi, per *forma mentis*, dall’attività di coloro che, invece che ad applicare ai casi della vita il diritto già formulato nelle leggi vigenti, si adoperano a creare il diritto nuovo”⁹³; oggi, diversamente, esistono elementi che preannunciano un modello circolare di contaminazione tra chi pone le norme, chi le interpreta e chi le applica fatto di fonti del diritto e giurisprudenza nazionali, europee e sovranazionali; un modello, però, che deve fare i conti con la portata dell’art. 101 Cost. che vuole il giudice sottoposto soltanto alla legge oltre che con l’art. 25 Cost.

Per queste ragioni la riflessione deve investire il rapporto tra i poteri in particolare rispetto al dualismo tra potere che pone le norme (circuiti legislativi-esecutivi) e potere che le applica in modo coercitivo e definitivo (giudiziario e amministrazione).

Il potere normativo pur formalizzato da buona parte di due dei tradizionali poteri (legislativo ed esecutivo, nazionali, autonomi e sovranazionali) non è per questa ragione più forte; anzi, la loro unione è la somma di due diverse debolezze, ossia due sub-poteri associati a due organi e quindi organizzati *ab origine* in modo da manifestare definitivamente la scelta politica, come abbiamo provato ad analizzare pur nella necessaria brevità di queste riflessioni.

⁹⁰ Operabile anche dal giudice costituzionale (Corte cost., sent. n. 102 del 2008).

⁹¹ Al diritto dell’Unione europea (G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012) e alla Costituzione (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 2016).

⁹² Cfr. G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale* in *Consulta on line*, n. 2/2016.

⁹³ *Fede nel diritto* (1940), Bari-Roma, Laterza, 2008, p. 71.

Dall'altra parte c'è il potere giudiziario che è – almeno così è costituzionalmente pensato – un potere diffuso, per sua natura incapace di verticalizzarsi e di trovare in un organo il soggetto che rappresenta la volontà definitiva del potere pubblico; tuttavia non pare azzardato scovare segnali di diverso avviso se pensiamo ad esempio al *memorandum* sul dialogo tra le giurisdizioni⁹⁴ che senza dubbio è un tentativo di sistematizzare un quadro frammentario.

Il sistema costituzionale, che in origine contava sulla forza dei partiti e del Parlamento produttori di decisioni politiche e norme giuridiche per garantire un equilibrio, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dell'organizzazione istituzionale, sembrerebbe pretendere oggi un rapporto più saldo tra legislativo ed esecutivo per equilibrarsi con il giudiziario il cui ruolo è divenuto più determinante per le ragioni che abbiamo rapidamente esposto; non si tratta di una strada obbligata per riequilibrare il sistema considerato che si potrebbe anche costruire con una nuova legittimazione del potere giudiziario, uscendo dalla logica (preminentemente) concorsuale per l'accesso alla magistratura e così bilanciare il sistema non sul rapporto tra i poteri ma operando sulla loro legittimazione. In questo secondo caso occorrerebbe chiedersi se un potere che assume un ruolo decisionale che interessa la norma posta e non solo la sua applicazione debba avere una legittimazione democratica (diretta o indiretta) e una qualche forma di responsabilità (politica o giuridica); ciò nella misura in cui non può esistere un potere che pone di fatto regole senza una forma di coinvolgimento della sovranità popolare e neppure può esistere un potere senza una responsabilità (per richiamare le parole di Zanon)⁹⁵.

Secondo Montesquieu, “negli Stati dispotici non v'è legge: il giudice è egli stesso la regola. Negli Stati monarchici v'è una legge: laddove è precisa, il giudice la segue; laddove non lo è, ne ricerca lo spirito. Nel governo repubblicano, è nella natura stessa della Costituzione che i giudici seguano la lettera della legge. Non è lecito interpretare una legge a danno di nessun cittadino, quando si tratta dei suoi beni, del suo onore, o della sua vita”⁹⁶. Oggi il tema si arricchisce della dinamica populista, nella quale da un lato la decisione del giudice è vista alternativamente come soluzione adeguata di fronte alla frustrazione delle pretese di giustizia ritenute ostacolate dal legislatore (dalla classe politica che il populismo intende abbattere, si pensi al c.d. “populismo penale”) oppure come freno all'applicazione della volontà giusta “del popolo sovrano” e alla sua sete di giustizia; tant'è che l'esperienza istituzionale in alcuni Paesi anche europei ci avverte che sono in atto rischiosi processi di dis-equilibrio attraverso l'affermazione di poteri

⁹⁴ Consultabile, con nota di B. CARAVITA, in *federalismi.it*, n. 11 del 2017.

⁹⁵ “Se è la legge a contenere le decisioni politiche complesse, che il giudice è semplicemente incaricato di invertere nei singoli casi sottoposti al suo giudizio, la sua attività di mera applicazione non può che essere sostanzialmente esente da responsabilità” (N. ZANON, *La responsabilità dei giudici* cit., p. 658). Sul tema cfr. i lavori di F. BIONDI e in particolare ID., *La responsabilità dei giudici* cit., G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, Cacucci, 2018, spec. pp. 57-72 e in connessione con l'azione interpretativa spec. pp. 95-105,

⁹⁶ *Lo spirito delle leggi*, 1748, Libro VI, Capitolo 3, (Milano, Rizzoli, 1999, vol. I, p. 225).

autocratici o che comunque operano minando l'indipendenza della magistratura⁹⁷, mentre in altri il crescente ruolo della decisione giurisdizionale sembra in grado di paralizzare il processo decisionale democraticamente legittimato.

Gli ordinamenti giudici, di fronte alla crescita del ruolo del giudice nella dinamica di estrinsecazione del potere pubblico, sono dunque costretti alla ricerca non di un *equilibrio qualsiasi*, dunque, ma di un *equilibrio costituzionalmente compatibile* tra i poteri; un equilibrio destinato, proprio perché inserito in una dinamica circolare, ad essere tendenzialmente mutevole e flessibile ma comunque orientato alla tutela della libertà umana nella misura in cui, come è stato ricordato, “tra Stato costituzionale e qualunque «padrone del diritto» c'è una radicale incompatibilità”⁹⁸.

Tant'è che nella ricerca dell'equilibrio sono impegnati proprio i poteri interessati: il soggetto che pone le norme (si pensi al legislatore ordinario e a quello costituzionale) e quello – un giudice – che ne controlla la legittimità costituzionale che sono chiamati insieme ad *equilibrare l'equilibrio*. Un compito reso ancor più complesso dalla costante emersione di soggetti in grado di utilizzare le vie giurisdizionali di dialettica tra i poteri: si pensi alla costante espansione del novero dei soggetti ai quali è consentito sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale. Un elemento, questo, che conferma il doppio processo in atto: la polarizzazione tra due attività tipiche del potere pubblico (adozione delle fonti del diritto e applicazione delle regole) e la crescente frammentazione dei soggetti legittimati ad invocare la titolarità costituzionale di un “pezzo di potere” (fino, da ultimo, il singolo Parlamentare, Corte cost., ord. n. 17 del 2019⁹⁹).

⁹⁷ Cfr. nota 11 per i casi di Polonia e Ungheria, ma cfr. anche la vicenda della Turchia.

⁹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 213.

⁹⁹ Cfr. I. A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, in *Osservatorio AIC*, n. 5 del 2019.