

Il ruolo del giudice dalla legittimazione democratica della giurisdizione alla democrazia giurisdizionale *

di Luca Longhi – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Telematica Pegaso

ABSTRACT: This paper analyses the role of the judge and judicial power in Italian system in the light of the idea of jurisdictional democracy that can be deduced from the overall structure of the Constitution.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 101 Cost. nella prospettiva dell'art. 1 Cost. – 3. Oltre la legittimazione democratica della giurisdizione. – 4. Il riconoscimento costituzionale del ruolo dell'avvocato nell'ottica della valorizzazione del pluralismo giudiziario e della natura *sovrana* della funzione giurisdizionale. – 5. La missione istituzionale della magistratura di fronte ai rischi del populismo giudiziario. – 6. A mo' di conclusioni. Le responsabilità del magistrato nell'attuazione di una compiuta democrazia giurisdizionale.

1. Introduzione

La funzione giurisdizionale costituisce, com'è noto, fin dall'elaborazione della teoria della separazione dei poteri¹, una delle funzioni fondamentali dello Stato.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

In ossequio a tale impostazione concettuale e al fine di assicurarne uno svolgimento autonomo e imparziale, si sarebbe indotti a inquadrarla in un'ottica avulsa dagli altri poteri, come se occupasse uno spazio a sé nell'ambito dell'ordinamento giuridico e nel panorama stesso del diritto costituzionale.

Tuttavia, da un'attenta lettura del titolo IV, parte II della Carta, si evince una visione della giurisdizione diversa e più profonda da quella che una certa vulgata sembrerebbe attribuirle, maggiormente integrata nel tessuto costituzionale rispetto a quanto non possa apparire *prima facie*.

Nel presente contributo, valorizzando il concetto – più volte richiamato dalla dottrina – di «legittimazione democratica della giurisdizione»² (nell'accezione ed entro i limiti in cui detta espressione può ritenersi lecita nel nostro ordinamento, beninteso) e anche tenuto conto degli scenari di riforma *in itinere* (si pensi al progetto di riforma dell'art. 111 Cost.³), si cercherà di sfatare alcuni luoghi comuni che tradizionalmente caratterizzano il dibattito in materia (in relazione, ad esempio, all'impegno politico diretto da parte dei magistrati) e di indicare, se possibile, nuove prospettive di analisi del fenomeno giuridico in questione.

In particolare, partendo proprio dal concetto di legittimazione democratica della giurisdizione, si cercherà, attraverso una rivisitazione delle disposizioni costituzionali più rilevanti in materia, di rintracciare un denominatore comune che consenta di ragionare – in una dimensione di effettività – di una vera e propria democrazia giurisdizionale, mettendo a fuoco il ruolo e i doveri del magistrato e responsabilizzando maggiormente anche gli altri attori coinvolti a vario titolo nell'amministrazione della giustizia⁴, in ossequio ad un principio pluralista.

¹ Si veda, *in primis*, C.L. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois* (1748), trad. it., Milano, 1989. Si tratta, evidentemente, di una semplificazione di un tema molto più complesso che non può essere compiutamente affrontato in questa sede, non rientrando nell'oggetto specifico del presente contributo.

² L'espressione è utilizzata, ad esempio, da R. ROMBOLI, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *Foro it.*, 2006, 51.

³ Il testo del ddl 1199 presentato in Senato il 4 aprile 2019 prevede che all'art. 111 Cost., dopo il secondo comma sono inseriti i seguenti: «Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. L'avvocato ha la funzione di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il diritto inviolabile alla difesa. In casi tassativamente previsti dalla legge è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale.

L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza».

⁴ *A contrario*, a ribadire la complessità del problema e la non equivalenza tra i concetti di giurisdizione e magistratura, si consideri anche, ad esempio, che all'ordine giudiziario appartengono pure magistrati che svolgono attività non giudiziaria, distaccati presso altri organi e amministrazioni (Ministeri, Corte costituzionale, ecc.), ma pur sempre sottoposti ai poteri del CSM.

Solo in questa prospettiva, si potrà comprendere, ad esempio, che la giurisdizione, viste tutte le peculiarità previste dagli artt. 101 ss. Cost. che si cercherà di osservare analiticamente in questa sede, non costituisce appannaggio esclusivo della magistratura (intesa come ordine giudiziario) e che, ad ogni buon conto, all'esercizio della funzione – che per il suo carattere *sovrano* può essere costruita come vero e proprio potere⁵ (vedi *infra*) – deve potersi accompagnare un correlativo assetto di responsabilità legato ad un corretto svolgimento della missione (*là où est la responsabilité, là est le pouvoir*⁶).

2. L'art. 101 Cost. nella prospettiva dell'art. 1 Cost.

Punto di partenza obbligato per una riflessione organica in materia non può che essere rappresentato dall'art. 101 Cost., che costituisce una riproduzione in scala dell'art. 1 Cost., in quanto scolpisce i profili della sovranità (popolare) con riferimento agli orizzonti della giurisdizione.

Considerato che la giurisdizione esprime una delle funzioni fondamentali dello Stato (quella attraverso la quale cresce e si sviluppa il c.d. diritto vivente), si può ritenere che l'art. 101 Cost. rappresenti una riscrittura – evidentemente, più complessa e meno *politica* – dell'art. 1 Cost., fotografando efficacemente nuove dimensioni della sovranità in senso democratico da un'angolazione congeniale al giurista di diritto positivo.

Il doppio richiamo – rispettivamente al popolo (co. 1) e alla legge (co. 2) – ivi contenuto esprime in maniera inequivocabile il senso della sopra evocata legittimazione democratica della giurisdizione, riconducendo pienamente quest'ultima, per i motivi di ordine sistematico che ci si accinge ad illustrare, nell'alveo della sovranità (art. 1 Cost.).

Preliminarmente, occorre rilevare che il soggetto logico del primo comma dell'art. 101 Cost. è costituito dalla giustizia e non dalla funzione giurisdizionale *tout court*, rappresentando la prima

⁵ Sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 10. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 498, considerate proprio le diverse articolazioni della giurisdizioni previste dall'ordinamento costituzionale, parla di potere giurisdizionale solo «in senso riassuntivo», intendendo, cioè, le autorità giudicanti di qualunque genere, in antitesi con gli altri poteri dello Stato.

⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, 832.

verosimilmente un'entità diversa e più ampia rispetto alla mera funzione statutale singolarmente intesa.

Non è un caso, del resto, che, proprio in una disposizione che funge da *incipit* per il titolo IV dedicato alla magistratura, nella quale è evocato un concetto così alto – la giustizia, appunto (*Dike*)⁷ – sia contenuto il richiamo al popolo, depositario della sovranità e titolare del potere costituente.

Ma vi è di più. Il fatto che la giustizia sia amministrata «*in nome del popolo*» esprime anche il senso di una rappresentanza, che si può definire *istituzionale*⁸, che non può non trovare rispondenza nelle altre disposizioni costituzionali e, in fin dei conti, nell'inquadramento generale della giurisdizione come scaturente dal nostro ordinamento.

In caso contrario, si rischierebbe di svuotare di significato tale rappresentanza, riducendo la disposizione di cui al primo comma dell'art. 101 Cost. ad una formula sterile o, peggio, di confonderne i contorni con gli altri tipi di rappresentanza democratica previsti dall'ordinamento (quella politica, ad esempio).

Il secondo comma dell'art. 101 Cost., affermando che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», se da un lato puntella (grazie all'avverbio *soltanto*) quell'indipendenza che sarà esplicitata dal successivo art. 104, dall'altro stabilisce pur sempre un vincolo di soggezione del quale il giudice non può fare a meno di tenere conto nell'esercizio della propria funzione.

Nel quadro del sistema delle fonti ridefinito dallo Stato costituzionale di diritto, tale vincolo di soggezione non può, evidentemente, essere attenuato al punto da vedere azzerato il valore della legge nel nome di un non meglio precisato disegno di attuazione della Carta repubblicana⁹, non

⁷ Per una ricostruzione delle radici metagiuridiche di tale concetto, si veda il recente M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 7 ss.

⁸ Sul punto, si veda S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *www.federalismi.it*, 12 settembre 2018, 37 ove viene ripresa l'antica teoria di C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Annali dell'Università di Macerata*, vol. XI, Padova, 1937, 218 ss.

⁹ Sull'idea che i magistrati siano portatori di un indirizzo politico, orientato alla promozione di valori costituzionali in sede di applicazione del diritto (c.d. giurisprudenza alternativa), si veda G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti XII Congresso nazionale magistrati italiani* (Gardone Riviera, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, 7 ss. Il Congresso di Gardone fu la sede nella quale emerse con prepotenza una nuova concezione del ruolo del giudice, contrapposta alla tradizionale visione di mero «custode della legge», nonché una nuova visione della funzione giurisdizionale stessa, concepita come funzione «ordinante e costruttiva» e non già servente rispetto alla funzione legislativa. Una visione che stabiliva un nuovo equilibrio nei rapporti tra il giudice e la legge, anche in relazione al principio di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost., suscettibile di produrre un senso d'insicurezza da parte del cittadino nei confronti del servizio-giustizia e, dunque, un *vulnus* al valore della certezza del diritto, così come originariamente concepita. Tuttavia, l'aumento dei poteri del giudice, espresso da tale posizione, fu, in larga misura, dipeso dallo stesso legislatore, il quale in tante materie (si pensi alla materia del lavoro o anche all'ambito minorile) aveva sovente lasciato amplissimi margini discrezionali alle valutazioni del giudice o,

costituendo la Costituzione e la legge due termini necessariamente antitetici e sussistendo, del resto, sufficienti garanzie nell'ambito dell'ordinamento per la verifica della conformità a Costituzione delle leggi.

D'altronde, l'osservanza alla Costituzione e alle leggi costituisce un dovere di tutti i cittadini, al quale a maggior ragione non possono sottrarsi gli stessi giudici, in ragione delle funzioni specifiche ad essi attribuite (cfr. art. 54 Cost.).

Ad ogni buon conto, anche nel secondo comma dell'art. 101 Cost. è racchiuso, sia pure in via mediata, quel collegamento con la sovranità popolare, costituendo la legge un'espressione privilegiata della volontà generale (cfr. comb. disp. artt. 70 e 48 Cost.).

3. Oltre la legittimazione democratica della giurisdizione

Nella prospettiva indicata dall'art. 101 Cost. per i motivi sopra illustrati, si può riflettere sull'evoluzione della legittimazione democratica della giurisdizione e sul valore stesso degli istituti disciplinati dal titolo IV, avuto riguardo ad alcuni argomenti di ordine sistematico.

Dall'esame di tali disposizioni discende, come si avrà modo di osservare, un'idea più ampia (e non per questo meno rigorosa) di giurisdizione, comunque integrata nella trama costituzionale, oltre il segno di una mera legittimazione giuridica – intesa quale fondamento giustificativo – per approdare all'effettivo concreto svolgimento della funzione nei circuiti di produzione del diritto vivente.

Non è un caso, ad esempio, che, diversamente da quanto avviene nel linguaggio corrente, in Costituzione i termini «giustizia» (art. 101), «giurisdizione» (art. 102) e «magistratura» (art. 104) siano adoperati in sedi ben precise e in sequenza logica, ad evidenziare la diversa valenza semantica di ciascuno, non priva, come si vedrà, di effetti concreti ai fini che qui vengono in rilievo.

In particolare, in rigoroso ordine decrescente, per giustizia si intende il concetto; per giurisdizione la funzione; per magistratura l'ordine di appartenenza.

comunque, aveva lasciato per una lunga stagione (perlomeno, per il primo decennio) gran parte della Costituzione completamente inattuata.

Nella prima trova spazio il popolo, sia pure in una dimensione ideale, attraverso il doppio richiamo sopra osservato di cui ai due commi dell'art. 101 Cost.

Nella seconda – contrariamente a quanto si è comunemente indotti a ritenere – pure si registrano delle tutt'altro che trascurabili aperture allo Stato-comunità, mediante, ad esempio, la previsione della partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura alle sezioni specializzate (art. 102, co. 2) e, soprattutto, della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia nei casi e nelle forme previste dalla legge (art. 102, co. 3).

Nella terza, infine, si individua pur sempre un significativo punto di contatto tra lo Stato-apparato (l'ordine, appunto) e lo Stato-comunità attraverso l'affermazione del principio del concorso (art. 106, co. 1), quale strumento *democratico* di selezione dei cittadini idonei ad una funzione tanto importante e delicata.

Questi elementi sistematici consentono di inquadrare – nell'accezione e con le controindicazioni che si avrà cura di sottolineare *infra* – la giurisdizione (nel senso puro dell'attività di *iuris dictio*) in una prospettiva democratica, ben oltre il profilo statico della sua legittimazione, spingendosi in ogni aspetto del suo concreto svolgimento.

Si tratta, come si cercherà di dimostrare, di uno sforzo intellettuale non certo fine a se stesso, scaturendo da questo il tentativo di definire una visione della funzione del tutto coerente con i doveri e le responsabilità che essa comporta, necessario contraltare agli onori che giustamente derivano dall'assunzione del ruolo di giudice all'interno della società.

Una siffatta lettura dello spessore democratico rivestito dalla giurisdizione – in quanto dimensione fondamentale della sovranità statale – potrà aiutare a collocare nella giusta luce la correlativa funzione, nel contesto di quei pesi e contrappesi previsti dall'architettura costituzionale e senza cedere agli eventuali sbilanciamenti cui potrebbero indurre i rinnovati rapporti di forza nella nostra società¹⁰.

¹⁰ Sul punto, si veda G. MORBIDELLI, *Magistrati e politica tra separazione ed equilibrio dei poteri*, in S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 50 ss.

4. Il riconoscimento costituzionale del ruolo dell'avvocato nell'ottica della valorizzazione del pluralismo giudiziario e della natura *sovrana* della funzione giurisdizionale

Accanto alle disposizioni contenute nella sezione I del titolo IV, parte II Cost. (artt. 101-110), sommariamente richiamate nei paragrafi che precedono, si segnalano all'interno del disegno costituzionale ulteriori elementi utili a definire la giurisdizione nella prospettiva *democratica* sopra indicata.

Si tratta di elementi che, complessivamente considerati, consentono di osservare il fenomeno da un'angolazione idonea a coglierne la stretta interrelazione con il concetto di sovranità.

In quest'ottica, si potrà comprendere che la funzione giurisdizionale così come l'ordine giudiziario – pur con le evidenziate specificità rispetto agli altri poteri tradizionali – non rappresentano affatto delle realtà avulse dal resto dell'ordinamento, ma, al contrario, risultano pienamente integrate nei circuiti democratici, costituendo uno dei più significativi punti di contatto tra Stato-apparato e Stato-comunità rintracciabili nella nostra architettura costituzionale.

È il caso della presidenza del Consiglio superiore della magistratura, attribuita, ai sensi degli artt. 87, co. 10 e 104, co. 2 Cost., al Presidente della Repubblica, rappresentante dell'*unità nazionale* (art. 87, co. 1 Cost.)¹¹.

Al dato, già di per sé assolutamente rilevante, della c.d. eteropresidenza, si aggiunga che, all'interno della compagine consiliare, i Costituenti hanno previsto la partecipazione, nella misura di un terzo dei componenti, di professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati con almeno quindici anni di esercizio, eletti dal Parlamento in seduta comune (art. 104, co. 4), ovverosia di giuristi di diversa estrazione, portatori di un diverso, ma altrettanto rilevante, bagaglio di cultura giuridica in coerenza con un criterio pluralista.

Questo elemento, oltre a riequilibrare, com'è evidente, le istanze corporative dell'ordine, costituisce anche un visibile punto di raccordo tra la magistratura e gli altri attori che partecipano, a vario titolo, al concreto svolgimento della funzione giurisdizionale: la dottrina e l'avvocatura¹².

¹¹ Cfr. G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 ss.; A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quad. cost.*, 1985, 5 ss.; L. ARCIDIACONO, *La presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, II, Milano, 1988, 35 ss.

Il fatto, poi, che l'investitura di tali componenti provenga dal Parlamento rappresenta un'ulteriore riprova del collegamento che la giurisdizione presenta con il concetto di sovranità¹³ – sia pure con i tratti peculiari che si è cercato qui di mettere in rilievo – e, in fin dei conti, con la società stessa.

In ossequio a tale prospettiva, appare chiaro che la giurisdizione non è da intendersi quale prerogativa esclusiva dell'ordine giudiziario – per tacere qui del tema delle giurisdizioni speciali che non rientra nell'oggetto specifico delle presenti riflessioni¹⁴ – dovendosi considerare, ad esempio, l'indispensabile ruolo rivestito in materia dall'avvocatura¹⁵ (e, in misura diversa, dalle stesse facoltà giuridiche).

Si consideri, peraltro, che, ai sensi dell'art. 106, co. 3 Cost., «su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori», il che vale a ribadire il senso di una partecipazione allargata alla giurisdizione mediante un'apertura – sia pure limitata – ad altre categorie di giuristi estranei alla magistratura ordinaria e selezionati con altri criteri.

Da questo punto di vista, il progetto di riforma dell'art. 111 Cost., che prevede l'inserimento del ruolo dell'avvocato in Costituzione (seppur in una versione attenuata rispetto ad altre prospettazioni ipotizzabili¹⁶), lungi dal rappresentare una mera rivendicazione di categoria, costituirebbe un

¹² Su quest'idea, si veda M. DI LAURO, *Il foro civile dal codice a oggi*, in C. DE SETA (a cura di), *La Rete dei Saperi nelle università napoletane da Federico II al duemila* [2], Napoli, 2018, 274, che denuncia la rottura del collegamento virtuoso tra dottrina e foro che aveva apportato un grande contributo alla nostra cultura giuridica nel secolo scorso.

¹³ Sin dai tempi della sovrapposizione concettuale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, sulla quale si veda T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una "democrazia giudiziaria"?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 maggio 2016. Sull'idea che il potere giudiziario rappresenti una manifestazione del potere sovrano dello Stato in quanto complemento della sua funzione legislativa, si veda G. CHIARELLI, *Sovranità* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 1052.

¹⁴ Sul tema dell'unità della giurisdizione, si veda M. DEVOTO, *Ordinamento giudiziario* (voce), in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 2000, 5 ss.

¹⁵ Da ultimo, la Consulta, nella sentenza n. 173/2019, ha avuto modo di ribadire la «diretta inerenza» della professione forense all'amministrazione della giustizia (punto 3.1.3.3. considerato in diritto) e ancora la finalità degli ordini forensi «di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale» (punto 3.2. considerato in diritto).

¹⁶ Desta perplessità, nello spirito della modifica dell'art. 111 Cost., la previsione nel testo del ddl 1199 di casi, tassativamente previsti dalla legge, in cui sarebbe possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, potendo rappresentare tale deroga un depotenziamento del senso dell'intero disegno di legge costituzionale.

doveroso riconoscimento della funzione svolta al servizio del cittadino, nel quadro del c.d. giusto processo¹⁷.

Del resto, su un piano strettamente simbolico-formale, l'avvocato vedeva già ampiamente riconosciuto il proprio rilievo costituzionale, mediante i plurimi richiami alla categoria contenuti rispettivamente nell'art. 104 cit., nell'art. 106, co. 3 cit. e nello stesso art. 135 Cost. in tema di composizione della Corte costituzionale.

Pertanto, il progetto di riforma dell'art. 111 Cost. rappresenterebbe soprattutto la consacrazione del suo ruolo processuale a beneficio del cittadino, in un'ottica di potenziamento dell'effettività della tutela giurisdizionale (diritti di azione e di difesa) ex art. 24 Cost.

Proprio l'art. 24 Cost. – significativamente collocato nella prima parte della Carta, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini – esprime, in maniera inequivocabile, quel concetto di democrazia giurisdizionale che si è evidenziato osservando l'art. 101 Cost., facendo emergere con chiarezza che veri *titolari* della giustizia sono i cittadini e che la stessa deve essere amministrata nel loro interesse (ovverosia, nell'interesse generale).

Basti considerare che l'art. 24 Cost. assicura dimensioni fondamentali dell'accesso alla giustizia (diritto di azione, diritto di difesa, difesa gratuita dei non abbienti, riparazione degli errori giudiziari) che concorrono anch'esse in misura decisiva a riempire di contenuti democratici e di giustizia materiale il fenomeno giurisdizionale.

Sullo stesso solco si colloca, evidentemente, il successivo art. 25, che, affermando la garanzia del giudice naturale e il principio di legalità, consolida ancor più l'idea che sia il cittadino il vero centro di gravità della giurisdizione, facendo idealmente corpo con gli artt. 101 ss. propriamente dedicati alla materia.

Proprio l'affermazione del principio di legalità – in uno alla riserva di cui al primo comma del medesimo art. 25 – evidenzia un'assoluta coerenza con il disposto di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost., ribadendo il *ruolo* della legge e la sua necessaria funzione di garanzia nell'ambito dell'ordinamento¹⁸.

¹⁷ Sull'argomento si vedano In particolare, si vedano le relazioni di M. LUCIANI, *L'avvocatura e la Costituzione* e G. ALPA, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, tenute in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del CNF (Roma, 9 febbraio 2018), in www.consiglionazionaleforense.it.

¹⁸ Su quest'idea si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, *passim*.

5. La missione istituzionale della magistratura di fronte ai rischi del populismo giudiziario

Alla luce del quadro sopra ricostruito (sia pure, evidentemente, a grandi linee) e tenuto conto del pieno inserimento della funzione giurisdizionale – e della magistratura stessa – nel modello democratico definito dalla Costituzione, occorre riflettere sul tipo di rappresentanza cui dà vita l'amministrazione della giustizia nel nostro sistema.

Il disposto di cui al primo comma dell'art. 101 Cost. riflette appieno tale relazione di rappresentanza istituzionale, dovendo la funzione essere amministrata in nome del popolo (come espresso, peraltro, dall'intestazione delle sentenze quotidianamente emesse nelle nostre aule di giustizia).

Il principio affermato dal primo comma dell'art. 101 Cost. impone un collegamento saldo – ancorché apparentemente invisibile – tra giurisdizione e popolo che costituisce uno dei pilastri fondamentali dello Stato democratico di diritto.

Un filo sottile, considerati i caratteri peculiari della funzione esercitata, da cui dipende la tenuta dell'intero impianto ordinamentale: in particolare, la natura di potere diffuso¹⁹ (art. 107, co. 3 Cost.) e *neutro* (artt. 101 e 104 Cost.)²⁰ notoriamente rivestita dalla giurisdizione fa sì che il magistrato – pur con il proprio bagaglio tecnico e deontologico – debba assicurare il miglior andamento possibile alla giustizia che è chiamato ad amministrare, senza concessioni a personalismi che non troverebbero, del resto, alcuna ragion d'essere nel nostro sistema (si veda, ad es., l'art. 5 l. n. 633/1941 in tema di sottrazione degli atti ufficiali dello Stato, ivi comprese le decisioni giudiziarie, dalla protezione del diritto d'autore²¹).

D'altronde, l'attività di *ius dicere* – anche a voler giustamente abbandonare l'antica concezione del giudice *bouche de la loi* – postula, in primo luogo, l'applicazione del diritto e solo

¹⁹ Che fa sì che ogni magistrato possa essere considerato come espressione della sovranità del potere giudiziario. In questi termini, M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, III, 24.

²⁰ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, 258. Montesquieu lo definiva addirittura come potere invisibile e nullo («*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*» (*L'Esprit des Lois*, XI, cap. VI).

²¹ Ai sensi del quale, sono sottratti alla disciplina delle opere protette i «testi degli atti ufficiali dello stato e delle Amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere».

eventualmente un contributo creativo, in una misura peraltro necessariamente limitata (*iudex sub lege*)²².

Tale rappresentanza – geneticamente diversa dalla rappresentanza politica, sebbene, come osservato, non meno rilevante nei circuiti democratici di legittimazione del potere – conferisce valore ad una disposizione costituzionale che ha conosciuto sin qui una sofferta e limitata applicazione, il terzo comma dell'art. 98 Cost., sulla possibilità di stabilire con legge limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per alcune categorie, tra cui i magistrati²³.

Solo alla luce di una lettura della disposizione coerente con il complessivo disegno costituzionale, si può comprendere appieno la *ratio* della (eventuale) limitazione al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, che, in ragione dell'ufficio (nel contempo, delicato e prestigioso) ricoperto, vedrebbero ampiamente soddisfatte le proprie legittime esigenze di rappresentanza nell'ambito della società, ben potendo sopportare – in linea astratta – il sacrificio del distacco dalla politica attiva a fronte dei vantaggi connessi allo *status (ubi commoda, ibi et incommoda)*.

Diversamente, considerata la disciplina vigente (ben più permissiva rispetto alle possibilità offerte dall'art. 98, co. 3 cit.) e la piega assunta nel nostro Paese perlomeno a partire dall'instaurazione della c.d. seconda Repubblica, si assiste ad un diffuso protagonismo sulla scena pubblica da parte di magistrati ed ex-magistrati, il che – nella prospettiva costituzionale della separazione dei poteri seguita in questa sede – non può non dare luogo ad un cortocircuito democratico (nei termini di un'indebita sovrapposizione di rappresentanza politica ed istituzionale).

Ed invero, non si può ignorare che il magistrato che si iscriva a un partito – o, a maggior ragione, che si candidi a una carica politica elettiva – debba gran parte della propria notorietà (in taluni casi, vera e propria *popolarità*) alla funzione precedentemente svolta, che, per sua stessa natura, richiede assoluta imparzialità e indipendenza (cfr. artt. 104 e 111 Cost.).

Pertanto, considerata la circostanza che i magistrati, in ragione dell'attività esercitata, già svolgono una delicata funzione di rappresentanza per i motivi appena osservati, non si può certo ritenere che l'eventuale previsione di una limitazione del loro impegno politico *lato sensu* inteso

²² Sul punto, si veda G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Studi in onore di Massimo di Lauro*, Padova, 2012, 371.

²³ Sul punto, si veda S. CURRERI, *Le "convergenze parallele" tra diritto del magistrato ad assumere cariche politiche e divieto di iscrizione e militanza partitica*, in *Studium iuris*, n. 2/2019, 147 ss.

possa costituire un sacrificio inaccettabile o peggio una compressione dei relativi diritti (l'elettorato passivo, ad esempio).

Si consideri, peraltro, che – a prescindere dalle previsioni disciplinari in materia (art. 3, lett. h) d.lgs. n. 109/2006), che attuano in maniera assai sbiadita la riserva contenuta nell'art. 98, co. 3 Cost. – i diritti politici dei magistrati (e, più in generale, la loro libertà di manifestazione del pensiero ai sensi dell'art. 21 Cost.) trovano ampio riconoscimento anche nel sistema correntizio che da sempre caratterizza la categoria e che pure meriterebbe una riflessione in altra sede per le contraddizioni che è suscettibile di generare²⁴.

E quand'anche una tale restrizione dovesse comportarne una certa limitazione dei diritti politici – e ciò lo si esclude per il ragionamento appena sviluppato – si tratterebbe di un'opzione del tutto ragionevole, nel quadro del bilanciamento tra poteri dello Stato e in un'ottica di valorizzazione dei doveri costituzionali (artt. 2, 4, 54, 101), che incombono, anche e soprattutto, ad una categoria investita di una così alta funzione.

Del resto, la giurisdizione, in quanto funzione fondamentale dello Stato, reclama nel suo svolgimento assoluta imparzialità e assenza di condizionamenti; pertanto, un impegno politico militante da parte del magistrato, oltre a snaturarne il comportamento (dovendo questi imparare ad acquisire, ad esempio, quella *spes* che la formula tradizionale «*sine spe ac metu*» gli inibiva), finirebbe per gettare ombre – fosse solo a livello potenziale²⁵ – sul suo precedente operato.

A ciò si aggiunga che lo *status* di magistrato, per come è definito dalla Costituzione, dovrebbe rivelarsi del tutto incompatibile con la ricerca del consenso, dovendo, come osservato, la rappresentanza da questi incarnata incanalarsi, per effetto del combinato disposto degli artt. 101, co. 1 e 106, co. 1 Cost., su tutt'altri binari, assolutamente distanti dagli indici di gradimento *popolare*.

Invece, l'attuale quadro normativo e le tendenze tutt'ora in corso che vedono una larga partecipazione di magistrati alla scena politica presentano elementi di criticità tali da configurare,

²⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La ANM e le «correnti» della magistratura. La tutela dei diritti e degli interessi professionali dei magistrati e la tutela politica degli interessi della giustizia*, in S. MERLINI (a cura di), cit., 153 ss. e, da ultimo, S. CASSESE, *Politica e toghe, bloccate le porte girevoli*, in *Corriere della Sera*, 11 giugno 2019.

²⁵ Sul valore anche simbolico dell'apparenza di imparzialità per i magistrati, si veda R. MANFRELOTTI, *La moglie di Cesare e l'Uomo Ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 306 ss.

perlomeno in astratto, i rischi di un *populismo* giudiziario²⁶, che nulla avrebbe a che vedere, evidentemente, con quella democrazia giurisdizionale tratteggiata in questa sede e che, anzi, di quell'idea costituirebbe proprio l'assoluto tradimento.

6. A mo' di conclusioni. Le responsabilità del magistrato nell'attuazione di una compiuta democrazia giurisdizionale

Nell'attuale quadro normativo e in un contesto sociale nel quale la magistratura vede decisamente accresciuto il proprio peso specifico rispetto al passato²⁷, per scongiurare i rischi e le contraddizioni sopra evidenziate occorre fare appello anche al senso di responsabilità dei singoli magistrati, perché si allineino ai doveri che, in maniera esplicita o implicita, incombono alla delicata funzione cui sono chiamati, assicurandole un corretto svolgimento nell'interesse dei cittadini.

Tali aspetti vanno considerati in aggiunta ai profili della responsabilità – disciplinare, civile, penale, erariale – che tradizionalmente connotano la figura del magistrato (e che non si è potuto compiutamente affrontare qui), proprio tenuto conto delle peculiarità che riguardano la funzione da questi ricoperta.

I doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio, previsti dall'art. 1 d.lgs. n. 109/2006, debbono trovare necessariamente un'eco nei doveri costituzionali, in ragione proprio della specificità e della delicatezza della funzione svolta.

Pertanto, il già richiamato art. 54 Cost., in tema di dovere di osservanza alla Costituzione e alle leggi, va letto in collegamento con le garanzie del giusto processo previste dall'art. 111 Cost., in relazione ai doveri del magistrato.

In particolare, il sesto comma dell'art. 111 Cost., sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, fissa, in una certa misura, dei doveri ermeneutici per il magistrato, richiamandolo ad

²⁶ Per un inquadramento sistematico delle diverse dimensioni giuridiche del populismo (anche di quello giudiziario), si veda A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo. Costituzionalismo e modelli complessi tra popolo, territorio e governo*, Napoli, 2019 (in corso di pubblicazione).

²⁷ Sull'argomento si vedano R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974, 8 ss. e A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, 107 ss.

un esercizio di coerenza nello svolgimento della funzione giudicante e ponendo il cittadino al riparo dal pericolo di arbitrii.

In questa disposizione si può anche leggere il valore costituzionale della certezza del diritto, da intendersi non più nella dimensione monolitica dell'assolutismo giuridico, ma quale presidio di civiltà e soprattutto argine alla deriva dell'*incalcolabilità*, a più riprese denunciata dalla dottrina negli ultimi tempi²⁸.

Accanto ai doveri di fedeltà di cui all'art. 54 Cost., vengono in rilievo anche gli stessi doveri di solidarietà previsti dagli artt. 2 e 4 Cost., sia pure con riferimento specifico alla figura del magistrato.

È evidente, del resto, che anche l'attività svolta dai magistrati – tanto più visto il carattere di funzione fondamentale dello Stato – debba poter rappresentare un fattore di progresso in senso materiale e spirituale per tutta la società, nello spirito delle disposizioni costituzionali richiamate.

Quest'affermazione – evidentemente, densa di implicazioni, che non si è potuto qui esplorare per intero – pone lo spinoso tema dei rapporti tra il giudice e la comunità, complicato ulteriormente dalle continue evoluzioni dei comportamenti umani in seno alla società²⁹.

Non si può certamente negare – al di là delle singole fattispecie disciplinari – che il magistrato debba rappresentare, per i motivi illustrati nei paragrafi che precedono, un'espressione virtuosa della comunità, sintonizzato sulla realtà eppure estraneo ad ogni forma, seppure potenziale, di condizionamento (politico, mediatico, ecc.), coltivando, ad esempio, quel riserbo e quell'equilibrio che gli sono imposti dall'art. 1 d.lgs. n. 109/2006.

Ecco perché in uno scenario caratterizzato da un accresciuto peso sociale della magistratura, tanto più alla luce della crisi dei partiti cui si assiste da alcuni decenni ormai, sarebbe opportuno, nel superiore interesse ad una corretta amministrazione della giustizia, che i magistrati restassero fedeli alla *prestigiosa*³⁰ missione affidata loro senza cedere al richiamo della politica e seguitando a prestare nelle proprie vesti di appartenenza il prezioso apporto alla società che è richiesto loro.

²⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 80 ss.; A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 123 ss.

²⁹ Si pensi all'uso dei *social network* da parte dei magistrati, che ha suscitato un recente intervento del Presidente Mattarella alla Scuola superiore della magistratura di Scandicci (5 aprile 2019). Sull'argomento, si veda L. LONGHI, *I magistrati e l'uso dei social. Appunti sulla deontologia professionale di categoria nell'era della comunicazione di massa*, in *Rass. dir. pubbl. europeo (online)*, n. 1/2019.

³⁰ Si pensi al riferimento al prestigio dell'ordine giudiziario contenuto nel vecchio art. 18 r.d. n. 511/1946, abrogato per effetto del d.lgs. n. 109/2006.

D'altronde, la giurisdizione, per i motivi più volte ribaditi in questa sede, è una funzione per definizione *impopolare* (si pensi, ad esempio, al divieto di *non liquet* che rende la domanda di giustizia assolutamente ineludibile e, per ciò stesso, *tragica*³¹), non dovendo certamente l'attività di applicazione del diritto mirare a compiacere i gusti della gente ed essendo, come osservato, la rappresentanza che essa esprime ispirata a principi del tutto distanti dalle logiche del consenso.

In caso contrario, la complessa architettura costituzionale in materia – mai del tutto realizzata in una dimensione di effettività – che si è cercato di ricostruire nel presente contributo, rischierà di cedere, vedendo definitivamente tramontare quell'originaria aspirazione alla democrazia giurisdizionale a vantaggio dell'instaurazione di un populismo giudiziario e vedendo, in tal modo, sgretolarsi un altro fondamentale pilastro della sovranità statale.

³¹ Sull'argomento si vedano le illuminanti considerazioni di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 44 ss.