

Prefazione

<<THE LEAST DANGEROUS BRANCH>>?

di Marta Cartabia*

Nel 1788 Alexandre Hamilton pubblicava il famosissimo Federalist Paper n. 78 dedicato al sistema giudiziario della nascente federazione americana. L'ordine giudiziario veniva definito come il meno pericoloso di tutti i poteri dello Stato, perché dotato solo della forza della persuasione, privo di ogni capacità di coercizione e di ogni possibilità di controllo del denaro pubblico. In quello scritto egli coniava una fortunata espressione – «the least dangerous branch» – che sarebbe poi stata ripresa da molti studi in materia di giudici e giurisdizione, non ultimo il famoso omonimo saggio di Alexandre Bickel¹.

La sua teoria esprimeva una convinzione diffusa in quell'epoca. Nell'Europa continentale già qualche decennio prima, Montesquieu, ne *Lo spirito delle leggi* (1748), argomentava in favore di un potere giudiziario privo di ogni creatività e politicamente *nullo*, incastonando questa concezione nella famosissima immagine del *juge bouche de la loi*.

Quale che fosse la portata reale del potere esercitato dai giudici nello stato liberale ottocentesco e negli sviluppi successivi dello stato costituzionale post-bellico, non si può negare che fino ad anni recenti la riflessione sul potere giudiziario è stata dominata da una concezione del giudice come titolare di una funzione neutrale, meramente attuativa delle norme poste dal legislatore, che si esplica nelle forme logico-matematiche del sillogismo giudiziale, priva di creatività e di discrezionalità e perciò poco “pericolosa”: «the least dangerous branch», appunto.

* Vicepresidente della Corte costituzionale

Nel continente europeo questa concezione della funzione giudiziaria si è accompagnata a un'idea "burocratica" del giudice: l'accesso alla magistratura avviene per concorso, normalmente subito dopo l'educazione universitaria e a seguito di una formazione specialistica. Una volta fatto ingresso nei ruoli della magistratura lì si svolge l'intera carriera del giudice, contrassegnata da diversi gradi di responsabilità in funzione dell'anzianità e del merito. Il giudice è un alto funzionario dello Stato, i cui compiti richiedono un elevato grado di preparazione tecnica, chiamato a svolgere i suoi compiti al riparo dalle interferenze degli altri poteri dello Stato e in particolare dal potere politico: di qui il ricco novero di garanzie approntate dai testi costituzionali a tutela della indipendenza della magistratura, intesa come corpo di giudici e come singolo magistrato.

Le Costituzioni contemporanee sono state molto attente a creare intorno alla magistratura una rete di protezione dalle interferenze esterne, per assicurarne l'indipendenza, nella convinzione che da lì potesse discendere – quasi come conseguenza implicita – la terzietà e l'imparzialità del giudice anche nella amministrazione della giustizia in merito alle singole controversie. Può essere significativo notare che nel testo originario della Costituzione italiana grande attenzione è stata dedicata all'indipendenza del giudice, nelle sue varie articolazioni interne ed esterne, soprattutto attraverso l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, mentre l'esplicitazione della terzietà e dell'imparzialità del giudice si deve solo alla più recente riforma dell'art. 111 Costituzione, apportata nel 1999.

Neutralità, indipendenza e imparzialità dei giudici sono stati considerati i pilastri portanti e inscindibili della funzione giudiziaria nello stato diritto.

Come spiegarsi, oggi, tanta "attenzione", e non sempre benevola, nei confronti dei giudici da parte delle istituzioni politiche? Perché tanti interventi legislativi sulla struttura delle corti, sui loro poteri, sulla durata in carica dei giudici, sulla loro retribuzione e sulla loro età pensionabile?

Il testo redatto da Guido Raimondi, che impreziosisce questo libro con importanti riflessioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza della magistratura, si apre con

una constatazione tanto elementare quanto decisiva: «parlare oggi di indipendenza della magistratura non è come farlo venti o anche dieci anni fa». L'Europa è teatro di cambiamenti importanti, che si riflettono in una «preoccupante pressione su aspetti importanti dello Stato di diritto».

Ciò che appariva una acquisizione consolidata – la distinzione tra *gubernaculum e iurisdictio*, «i due poli attraverso i quali si è dipanata la lunga storia del costituzionalismo», come scrive Giovanni Pitruzzella in questo volume – torna ad essere prepotentemente e problematicamente di attualità. Sia perché è ormai opinione condivisa che anche «il giudice partecipa ad un'attività creativa del diritto»² – come nota sempre Giovanni Pitruzzella, specie se questi svolge una funzione di *judicial review of legislation*, come precisa Francesco Viganò nel suo capitolo. Sia per le inedite interferenze, indirette e oblique, da parte del potere politico nei confronti della magistratura, che si stanno verificando con fenomeni acuti in alcuni paesi europei, ma con modalità potenzialmente riproducibili in ogni situazione. I contributi raccolti in questo pregevole volume danno conto dei pericoli e delle aggressioni che la magistratura e la sua indipendenza hanno subito anzitutto in Polonia e Ungheria, con i bei saggi di Ryszard Piotrowski e Gabor Halmai: l'esperienza di questi due Paesi, in modi e forme diverse fra loro, richiama al fatto che aspetti decisivi dell'organizzazione e del funzionamento del potere giudiziario sono nelle mani del potere politico, essendo definiti dalla legge. E per legge il potere politico può esercitare pressioni e imporre condizionamenti significativi sulle corti e sui giudici, incidendo sulle retribuzioni, sull'età pensionabile, sul numero dei componenti dei vari organi giudicanti, sulla durata del mandato, sui requisiti di accesso alla magistratura, ad esempio.

Di qui un coro di reazioni provenienti dalle più varie istituzioni europee, che stanno sviluppando sistemi di monitoraggio per la prevenzione e il contrasto delle degenerazioni dello Stato di diritto. È interessante notare la reazione sinergica da parte di varie istituzioni che si sta ampliando intorno a questa problematica: preservare il rispetto della *rule of law* e dei suoi equilibri tra istituzioni democratiche e magistratura non è compito che può essere svolto singolarmente da una singola istituzione, perché investe un problema di natura sistemica. Sicché, accanto agli impor-

tanti interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – efficacemente analizzati da Eleanor Spaventa in questo volume – non sono mancate le voci di altre istituzioni dell'Unione Europea e in particolare Commissione e, non ultimo, del Consiglio d'Europa, che grazie all'opera di monitoraggio capillare della Commissione di Venezia – *rectius*: dalla Commissione per la democrazia attraverso il diritto – ha colto precocemente i problemi che si stavano delineando. È a questa istituzione che si debbono in particolare preziosi documenti e linee guida per la verifica della tenuta della *rule of law* negli ordinamenti ad essa affiliati che, con il consueto spirito cooperativo e con l'autorevolezza che le deriva dalle sue modalità di azione incentrate sull'*expertise* tecnica dei suoi componenti, sono offerti a sostegno dell'azione di tutte le istituzioni, nazionali ed europee, coinvolte.

La strada intrapresa è quella da percorrere: neutralità, imparzialità e indipendenza dei giudici non possono essere preservate e promosse se non alimentando una cultura, civile oltre che giuridica, che stigmatizzi sul piano sociale e culturale ogni regressione rispetto a quelle acquisizioni che più di due secoli fa i padri del costituzionalismo moderno e contemporaneo ci hanno consegnato.

Milano, 22 giugno 2019

Note

¹ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale, 1986.

² Non si può non richiamare in proposito la profetica posizione di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.