



Fascicolo n° 2/2026  
Data di pubblicazione: 05/05/2026

Autore: Mario Bertolissi\*

## Potere legislativo e Ordine giudiziario tra disposizione e norma\*\*

**Sommario:** 1. Al tempo della Costituente. – 2. Potere legislativo e Ordine giudiziario: una convivenza necessaria. – 3. Separazione e indistinzione dei poteri. – 4. Stato di diritto e positività delle norme. – 5. Il valore della persona e dei corpi intermedi. – 6. A proposito del costituzionalismo liberale e giacobino. – 7. L'avvocato. – 8. Il magistrato. – 9. Le istituzioni: politica e diritto. – 10. Garanzie costituzionali.

### 1. Al tempo della Costituente.

Il fattore tempo è tutto e niente. Modifica, incessantemente, la realtà e lascia indenni taluni elementi essenziali: quali sono, ad esempio, le fondamenta di una casa. Al pari della legge di gravitazione universale, che non è il caso di sfidare, lanciandosi da un pinnacolo, in attesa di un intervento miracoloso, che ovviamente non verrà. Per questo, è indispensabile separare il necessario dal superfluo; quel che deve esserci da ciò che può mancare oppure essere sostituito, senza danni, da un succedaneo. Da evitare la confusione, tipica di chi ritiene tutto fungibile: beatamente alternativo, a seconda delle circostanze, per puro interesse o disinteresse, secondo la logica della più brutale opportunità.

Ma l'essenziale è dato da un'esigenza di carattere strutturale. Corrisponde – se si guarda alle istituzioni – a una scelta di campo, all'interno della quale A non può mai corrispondere a B, in

---

\* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Padova.

\*\* Il presente contributo costituisce il primo capitolo di un più ampio saggio dedicato alla riforma costituzionale recentemente assoggettata a *referendum* approvativo-oppositivo, di prossima pubblicazione.

nome del principio di non contraddizione. Così, non può essere – come si dirà meglio tra breve – che il costituzionalismo sia liberale e, al tempo stesso, giacobino; attento, in primo luogo, alla persona, piuttosto che al potere, senza che nulla cambi.

Se si volge la memoria al passato – vale a dire, al biennio 1946-1947, in cui fu elaborato ed approvato il testo della Costituzione –, non si fatica a constatare che si sono affrontati, nel corso dei lavori della Costituente, due punti di vista di segno diametralmente opposto: l'uno, incentrato sulla persona; l'altro, orientato a dare prevalente rilievo all'ente pubblico. Vale a dire, alla politica e alle sue articolazioni istituzionali, riconducibili allo Stato-persona (non allo Stato-comunità). I suoi organi erano considerati espressione della volontà generale, uscita dalle urne. Volontà non comprimibile, non limitabile: né ad opera di una Corte costituzionale; né dalla Magistratura; né da corpi intermedi, quali potevano essere e sono le Regioni.

Questo orientamento dei partiti iscrivibili, di massima, nell'area della sinistra tradizionale era del tutto giustificato, viste le premesse accolte. Dopodiché, preso atto dell'esito delle elezioni politiche del 1948 – sconfitta del blocco storico e affermazione della coalizione guidata dalla Democrazia cristiana –, vi fu un'inversione drastica di posizioni, in nome della *Realpolitik*, che ha il dono di trasformare l'essenziale in superfluo e viceversa: a seconda delle opportunità e delle convenienze del momento.

Ci si può rendere ragione dell'accaduto sottoponendo a una sorta di verifica una citazione di un costituente illustre, quale fu Piero Calamandrei, che consente di saggiare la bontà di quel che si è annotato ed il fatto che, il più delle volte, esiti indesiderati sono dovuti ad *excessi*: al mancato rispetto del proprio ruolo, quando tutto non si risolve nell'affermazione della personale ed insindacabile volontà, ma nel riuscire a far coesistere (kantianamente) ciascun punto di vista con quello altrui. Frutto, come si sa, di un confronto dialettico: il quale è, per definizione, civile e rispettoso. È di chi “non ragiona in modo schematico, semplicistico, meccanico, ma coglie e valorizza le contraddizioni”<sup>1</sup>.

Ebbene, si è ricordato – a proposito di quel costituente – che avrebbe voluto “eliminare direttamente la quota laica”, poiché “sognava un Csm davvero di ‘autogoverno’, cioè interamente formato da membri scelti dai magistrati”<sup>2</sup>. Senonché – è qui che viene in gioco la parte più istruttiva: come si dice, il bello –, “chi ha impedito all'autogoverno della Magistratura di affermarsi in pieno nel nostro progetto, non sono stati tanto gli argomenti dei colleghi, sostenitori della opinione contraria, quanto è stato Sua Eccellenza il Procuratore Generale Pilotti”<sup>3</sup>, il quale aveva mancato, in pendenza della proclamazione dell'esito del *referendum* sulla forma di governo monarchica o repubblicana, di rendere omaggio al Capo provvisorio dello Stato, Enrico De Nicola.

<sup>1</sup> *Il piccolo Rizzoli Larousse*, Rizzoli Larousse, Milano, 2004, *ad vocem*.

<sup>2</sup> M. TRAVAGLIO, *Perché no*, PaperFIRST, Roma, 2026, 68.

Colgo l'occasione per precisare, fin d'ora, che, nel corso dell'esposizione, preoccupato più del senso e del significato del mio discorso, che della vanitosa compiacenza di talune idee, mi sforzerò di evitare giudizi, censure ed affermazioni caustiche; essendo convinto che è indispensabile ritornare al ragionamento pacato, ancorché vigoroso, visto che – come si dice – siamo tutti sulla stessa barca.

<sup>3</sup> On. Piero Calamandrei, Assemblea costituente, 4 marzo 1947.

Aggiunge Calamandrei – come amava fare, con sguardo “presbite”<sup>4</sup> – che, “nel suo caso, la indipendenza della Magistratura non ha nulla a che vedere perché essa viene in giuoco quando il magistrato giudica, e non quando nelle relazioni sociali si comporta come un maleducato”<sup>5</sup>. Ed è a questo proposito che si impone, su ogni altra formale e sostanziale preoccupazione, l’esemplare monito della Corte costituzionale, la quale ha affermato che “l’indipendenza della Magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale”<sup>6</sup>.

È un assunto, che stronca sul nascere quel che è accaduto nel corso della campagna referendaria, avendo essa resi palesi limiti inaccettabili, propri di una falsa dialettica, che ha umiliato ed umilia le istituzioni.

## 2. Potere legislativo e Ordine giudiziario: una convivenza necessaria.

È indispensabile, infatti, che, nell’affrontare un qualunque problema, a maggior ragione quando se ne pongono in discussione le basi, se ne indichino i presupposti, allo scopo di evitare un procedere ondivago, che finisce per tradursi in solenni contraddizioni: non tanto di natura teorica, quanto fattuale. Perché le istituzioni sono, innanzi tutto, *corpi sociali*, la cui azione rappresenta, prima d’altro, il riflesso di modi di pensare e di prassi comportamentali via via collaudate nel tempo.

Non a caso, si è ricordato, con esemplare chiarezza, che “I concetti sono intessuti nei fatti dell’esperienza e i fatti s’intessono nei valori non solo etici, ma anche religiosi. Come i termini e i concetti empirici sono ‘carichi’ di teoria, così i concetti teorici sono ‘carichi’ di esperienza; anzi sono configurabili come punti di condensazione dell’esperienza stessa, ad alto contenuto semantico e concettuale”<sup>7</sup>.

Questo frammento consente di cogliere il significato più penetrante, ancorché meno evidente, di ciò che stabilisce l’articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, che non va considerato né superfluo, né privo di normatività: se della normatività si ha una concezione alta, valoriale e non meramente descrittiva. D’altra parte, se, a prima vista, si può essere indotti a credere che riguardi il dato oggettivo: l’attività dell’interpretare<sup>8</sup>; ove lo si legga con un minimo di attenzione, ci

<sup>4</sup> Ivi.

<sup>5</sup> Ivi. Di più: “ma tra qualche decina d’anni vi sarà ancora la Magistratura, degna della Italia rinnovata e degna di quel pieno autogoverno, senza il quale essa non può garantire con imparzialità la vita di una vera democrazia”. È un passo, che va letto unitamente a *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, con una introduzione di P. Barile, Ponte alle Grazie, Milano, 2001, ove si spiega quale è l’idea di avvocato e di magistrato condivisa da Piero Calamandrei: l’una e l’altra, da tempo, più eccezione che regola.

Quanto a Massimo Pilotti, fu, tra l’altro, il primo Presidente della Corte di giustizia delle Comunità europee (poi Corte di giustizia dell’Unione europea).

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 168/1963.

<sup>7</sup> M. CAMBULA, *Dall’uso scientifico all’uso filosofico della ragione. Un itinerario di ricerca tra fisica e filosofia oggi*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Meloni*, Gallizzi, Sassari, 1988, 65.

<sup>8</sup> La rubrica dell’articolo è “Interpretazione della legge”.

si accorge che il vero destinatario del precetto è il giudice, dal momento che l'autore del testo ha di fronte a sé la questione posta dal binomio disposizione-norma<sup>9</sup>, significante-significato. Ed è quest'ultimo ciò che conta, dal momento che l'essenza della politicità si colloca, risolutamente, nella definizione del significato e, quindi, nella formulazione della norma<sup>10</sup>.

Infatti, l'articolo 12, 1° comma, dispone che “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”. A sua volta, il 2° comma afferma che, “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”<sup>11</sup>.

Questa previsione non è uscita improvvisamente dalla mente di Giove, al pari di Minerva. Rappresenta l'epilogo di una vicenda, al tempo stesso, complessa e semplice, la cui ragion d'essere la si può ricapitolare con alcune sintetiche ed efficaci considerazioni di Tommaso Moro: santo sì, ma, soprattutto, a lungo uomo di governo e giudice. In tale veste, ebbe a notare quanto fosse raccomandabile “stringere i legami con i giudici (...) ci sarà certamente un magistrato disposto a escogitare un espediente (...) il più semplice dei casi potrà essere rimesso in discussione, ed i fatti più evidenti messi in dubbio”; perché è data “l'opportunità di interpretare”<sup>12</sup>. Tutto è rimesso alla retta coscienza dell'interprete, sensibile oppure no alle sirene del potere<sup>13</sup>.

Dunque – come si è accennato –, in gioco c'è il *potere*, che può essere esercitato a fin di bene oppure no, alla luce del mero diritto positivo oppure di una serie di valori (cui corrisponde – per dirla in breve – una data e, talora, ben definita visione del mondo), che ciascuno ha in sé e porta con sé, consapevole o meno che sia. Valori (alcuni preferiscono parlare di interessi), inevitabilmente caratterizzati da una imprescindibile (e, di per sé, insindacabile) soggettività. Il che rappresenta una sorta di *habitat* comune, teatro di convergenze e di contese, a seconda dei tempi, dei personaggi coinvolti, della rilevanza e della forza degli antagonismi.

Ciò spiega perché “tutto l'articolo 12, secondo la sua lettera, riguarda il giudice e concerne il suo compito di decidere le controversie e del come deciderle, applicando e interpretando la legge”<sup>14</sup>. In particolare, allorché ci si trova di fronte non a una “precisa disposizione di legge”, ma a

<sup>9</sup> Per gli opportuni chiarimenti, v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1984, 39 ss.

È il caso di precisare che, oggi, si ama (molte volte per costrizione) evitare riferimenti bibliografici, indesiderati dal lettore. Tuttavia, è bene non scostarsi almeno da un rigore minimale, che esclude improvvisazioni e banalità.

<sup>10</sup> Per alcune essenziali annotazioni, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 97 ss.

<sup>11</sup> Di fondamentale importanza, R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1974, 194 ss.

<sup>12</sup> T. MORO, *Utopia*, Newton Compton, Roma, 1994, 36.

<sup>13</sup> Il che può verificarsi anche all'interno di ordinamenti illiberali: v., in proposito, P. SHORT, *Putin. Una vita, il suo tempo*, Marsilio, Venezia, 2022, per taluni significativi esempi. Ovviamente, tutto è pregiudicato se la nomina è politica.

<sup>14</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 444.

un “caso dubbio”: che è ciò che accade, ormai, troppo di frequente<sup>15</sup>. Comunque sia, andando a ritroso, “I precedenti storici immediati degli articoli 12 disp. prel. c.c. 1942 e 3 disp. prel. c.c. 1865 (...) si trovano negli articoli 14 e 15 del codice albertino, entrato in vigore il 1° gennaio 1838 (...), e negli articoli 6 e 7 c.c. austriaco del 1811”<sup>16</sup>. Sono – questi – enunciati successivi alla Rivoluzione francese; tuttavia, dotati di significativi precedenti, la cui ragion d’essere erano, come sono, l’attività di governo e la correlata funzione normativa.

Il *dies a quo* – volendo indicare un inizio convenzionale – risale al XVII secolo, nel corso del quale si va strutturando lo Stato moderno. La regola era: il caso preciso esclude l’interpretazione, la sua assenza la impone. Le fonti erano molteplici, ma eccellevano “i testi romani del *corpus iuris*”<sup>17</sup>, affidati all’interpretazione dei tribunali e dei dottori della legge. “Queste idee, questa prassi della *interpretatio*, implicavano la idea della funzione creativa dell’interprete, al di là del ‘caso deciso dalla legge’”<sup>18</sup>: dunque, al di là e a prescindere da una decisione politica dell’autorità. In questo contesto, il detto *in claris non fit interpretatio* “non era una banalità”<sup>19</sup>.

Un cambio di passo si dà con la creazione dei Grandi tribunali (secoli XVI e XVII), chiamati ad operare in un “nuovo contesto storico”, contraddistinto dal fatto che si sono andati configurando “rapporti fra un tribunale dello Stato e le ‘leggi’ romano-canoniche ricevute in questo Stato o quelle emanate dal principe o sovrano legislatore”: “il caso espressamente e chiaramente deciso dalla legge diventa il limite all’attività interpretativa dei tribunali”; mentre, là dove assente, opera l’interprete “con una grande libertà, mediante il gioco *rationes-auctoritates*”<sup>20</sup>.

Certo, l’evoluzione del sistema è avvenuta attraverso percorsi articolati nel tempo e complessi. Ma, in questa sede, rimane essenziale – ed assorbente – l’obiettivo di chiarire quale è la corrente carsica (non evidente in sé e trascurata da quanti hanno dibattuto circa la portata della riforma costituzionale recentemente assoggettata a *referendum ex art. 138* della Costituzione) che attraversa il rapporto legge-giurisdizione: affatto neutrale e carico di implicazioni istituzionali. Infatti<sup>21</sup>, nel porre “il divieto di *interpretatio* e la riserva imperiale del testo giustiniano, (...) il re istituisce *avant lettre* qualcosa di simile al *référé législatif* della rivoluzione francese”: suo tramite, “Il re attua una rigida divisione dei poteri, quale era intesa da Montesquieu e quale venne poi intesa dai rivoluzionari”<sup>22</sup>.

È un aspetto del problema, che non va sottovalutato, se si intende cogliere, per quel che sono, le radici di una *naturale contesa*, che diviene perniciosa quando se ne esasperano i caratteri. Per questo, è opportuno ricordare – a chi lo sa – che “Il *Tribunal de Cassation*, istituito con decreto 27 no-

<sup>15</sup> Il fenomeno ha assunto dimensioni patologiche, come è dato constatare leggendo, ad esempio, *Educare alla legalità*, Nota pastorale della Commissione ecclesiale Giustizia e pace, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1991.

<sup>16</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disp. prel. cod. civ.*, cit., 445.

<sup>17</sup> Ivi, 447.

<sup>18</sup> Ivi, 449.

<sup>19</sup> Ivi, 450.

<sup>20</sup> Ivi, 452.

<sup>21</sup> Per taluni passaggi intermedi, v., ivi, 454-457.

<sup>22</sup> Ivi, 457: “spetta al potere legislativo (unito qui all’esecutivo) il fare le leggi e l’interpretarle, non appena una controversia non si possa decidere con un testo espresso di legge per il caso o (per la mera deduzione) con un testo espresso su casi simili; spetta ai giudici l’applicare meccanicamente le leggi”.

vembre-1° dicembre 1790, ebbe come compito quello di garantire l'osservanza della legge mediante la cassazione o annullamento delle sentenze contenenti *une contravention express au texte de la loi*<sup>23</sup>. È noto che un simile sistema – ideale piuttosto che reale – fu travolto dalla sua “abolizione, che avvenne con l’emanazione del *code civil*”, il cui articolo 4 restituì “ai giudici il potere di interpretare la legge”<sup>24</sup>, il cui raggio d’azione è stato definito, quindi, dall’articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale e dei suoi specifici precedenti.

Comunque sia, questo articolo – si è concluso –, “secondo la sua lettera e la sua storia”, si propone di “risolvere il problema dei poteri (e doveri) del giudice di fronte al legislatore (rapporti fra il potere giudiziario e quello legislativo)”<sup>25</sup>. Senza dimenticare che se, da un lato, il citato articolo 12 pone delle limitazioni a carico di un’interpretazione che si può sovrapporre alla *voluntas legis*, alterando, in tal modo, la stessa forma di governo; d’altro lato, “esso stabilisce (anche) il potere-dovere del giudice di interpretare la legge, contro le limitazioni che nella sua cennata storia gli vennero variamente imposte”<sup>26</sup>.

### 3. Separazione e indistinzione dei poteri.

Quando dagli assunti teorici, riconducibili molto spesso a premesse opinabili e ad eventi datati, si scende sul terreno dei fatti, che inglobano eventi previsti ed imprevisi, riconducibili al più vario genere di interessi ed attese, spesso largamente condizionati dal contingente, ci si avvede che quel che viene separato, disarticolato e diviso possiede un’anima sola: al pari del corpo, rispetto alle membra di cui si compone. Sotto questo profilo, leggi, atti dell’esecutivo e decisioni dei giudici operano secondo una direzione comune, che è quella di conservare in vita, il più a lungo possibile, ciò che si definisce, sinteticamente, istituzione. Tra questi tre elementi costitutivi di un fenomeno unitario, vi può essere cooperazione oppure contraddizione; equiparazione oppure no, perché prevale la prevaricazione, che la storia ha avuto modo di rivelare costantemente.

In ogni caso – come si è avuto occasione di ricordare –, “il problema della divisione dei poteri interessa direttamente la libertà del cittadino”<sup>27</sup>. In quale modo e sotto quale profilo, però, non è irrilevante, dal momento che ciascuno di essi deve rimanere, necessariamente, all’interno del proprio alveo, senza pretendere di sostituirsi. “E la libertà, direttamente interessata dal principio in questione, acquista il volto della sicurezza sul proprio futuro; sul fatto che queste sono le leggi; che il governo applicherà solo queste leggi; che il magistrato non si trasformerà mai in legislatore, ma si limiterà a decidere sul caso concreto in base a queste leggi. Là, dove non c’è la divisione dei poteri, può capitare di tutto; il cittadino è in balia di chi detiene il potere politico che è libero di legiferare come gli pare e piace, di applicare o non applicare le leggi a seconda che abbia o non

<sup>23</sup> Ivi, 459.

<sup>24</sup> Ivi, 463 e 464.

<sup>25</sup> Ivi, 473.

<sup>26</sup> Ivi, 474.

<sup>27</sup> M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, 332.

abbia un interesse politico a farlo, e può decidere sui singoli casi in base a criteri politici, cioè indipendentemente dalle leggi vigenti”<sup>28</sup>.

Il che equivale ad affermare che la legge, dal punto di vista del legislatore, è un atto di autolimitazione; dal punto di vista del giudice, è un atto di eterolimitazione, da realizzare attraverso un’interpretazione rispettosa di criteri, che la rendono adeguata alla lettera e alla *ratio*. Perché, al di là di una serie alluvionale di distinzioni e di spiegazioni, questo è ciò che resta: *narra mihi factum, dabo tibi ius*, valorizzando la “dimensione sapienziale del diritto”<sup>29</sup>.

È all’interno di questo insieme di coordinate che trova collocazione quel che, molto spesso, accade, allorché il giudice sente dentro di sé la vocazione alla giustizia. Allora, “si avverte che, pur quando il giudice è obbligato a decidere secondo legge, se la soluzione data da questa al caso non gli sembra giusta, egli molte volte, per non dire il più delle volte, resiste alla legge, più o meno apertamente, cercando di adattarla in modo che gli permetta di decidere secondo giustizia”<sup>30</sup>. Quando è determinato alla giustizia. Ma quando è sollecitato dal potere, per le ragioni più varie, ivi compresa quella – da cui non vanno esenti neppure i porporati – denominata *carrierismo*? Che sta nelle mani del Consiglio superiore della magistratura?<sup>31</sup>

Viene alla luce un fattore nascosto, che riguarda, appunto, il potere e lo Stato. A tale riguardo – si può osservare –, “Se il sistema di potere politico istituzionalizzato, che è preposto all’organizzazione della società, è unico, nel senso che, solo come tale e perché tale, costituisce quella realtà unitaria che si chiama Stato, parlare, all’interno di quest’unità, di divisione o separazione dei poteri, è improprio, perché, se presi alla lettera, questi termini renderebbero impossibile proprio quell’unità che è, invece, indispensabile all’esistenza dello Stato”<sup>32</sup>. Unità, che genera una concentrazione di forze tendenti verso un nucleo centrale, denominato potere, al quale pare adattarsi, preferibilmente, il termine *distinzione*. Ma distinzione in che senso?

Di per sé, oggettivamente, le tre funzioni sono distinte anche nello Stato assoluto. Dunque, parlare di distinzione di funzioni non basta, poiché l’essenziale sta nella *distinzione di organi*. Ciascuno di essi è titolare di una *competenza esclusiva* ad esercitare la funzione assegnata dalla Costituzione: il che comporta una *distinzione dei poteri*<sup>33</sup>. Esistono eccezioni, che “si giustificano esclusivamente con necessità di carattere pratico”. Necessità, che determinano – sul piano concettuale – una conseguenza di grande rilievo, dal momento che coinvolgono “l’organizzazione dello Stato” e il suo funzionamento. Ciò significa che “il principio non va considerato in sé e per sé, indipendentemente dalla società organizzata, ma va considerato all’interno di essa e come parte di essa”<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Ivi, 332-333.

<sup>29</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, 5.

<sup>30</sup> F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 296, il quale prosegue così: “Un giurista che non tenga conto di ciò, chiude gli occhi alla realtà del diritto; ma se li tiene aperti non può non constatare che ciò che è di là dalla legge reagisce su questa anche fuori dai casi in cui il giudice può giudicare secondo equità, onde si deve veramente ammettere che la legge è immersa in una atmosfera, dalla quale trae, come dall’aria il nostro organismo, l’alimento necessario alla vita”.

<sup>31</sup> D’ora in poi, Csm.

<sup>32</sup> M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, cit., 334.

<sup>33</sup> Ivi, 334-335.

<sup>34</sup> Ivi, 335.

Per quanto questo genere di discorsi possa risultare indigesto alla *communis opinio*, attardata su posizioni tradizionali più di quanto occorra, esso non fa altro che porre in luce ciò che caratterizza qualunque società politicamente organizzata, la quale (più precisamente, i suoi supremi organi) tende a perseguire e a realizzare una *stabilità generale*: che è propria di qualunque ordinamento. Tant'è vero che è un fine desumibile da ogni vicenda storico-istituzionale, la quale registra la contestuale attività dei tre poteri, concentrati o separati che siano.

Infatti, “Se nello Stato assoluto sono indistinti e nella dogmatica dello Stato democratico sono distinti, nello Stato in quanto Stato sono distinti e indistinti al tempo stesso. Parlare, in uno Stato democratico, solo di distinzione, significa trascurare il fatto che lo Stato democratico non può mai vanificare le esigenze che esso ha in quanto semplicemente Stato”: come stanno rivelando, manifestamente, preoccupate dichiarazioni circa i rischi di una rapida involuzione autoritaria. “Quest’ultima affermazione consente di intravedere il rapporto che esiste tra la distinzione e il disconoscimento della Ragion di Stato come fonte di diritto, da un lato, e l’indistinzione e il riconoscimento della Ragion di Stato come fonte di diritto, dall’altro”<sup>35</sup>.

In altre parole ed in estrema sintesi – concepite evitando la narrazione descrittiva di vicende malintese –, “*Il fenomeno giuridico comincia come fatto politico, si esplica come realtà normativa e termina, ancora una volta, come fatto politico. Ai confini della società organizzata, e come salvaguardia della sua stessa possibilità di esistenza, sta la politica: le norme sono in funzione di essa; e, in caso di conflitto, devono cedere il passo ad essa*”<sup>36</sup>. Chi si oppone, in queste condizioni, opera come agente politico, ancorché reputi – in buona o cattiva fede, poco importa – di avvalersi dello schermo della giurisdizione. È semplicemente inevitabile. Lo sconcerto non è rappresentato da questo dato di fatto, istituzionale e costituzionale, ma dalla circostanza di ignorarlo: che è il vero elemento destabilizzante, sorretto da dissertazioni c.d. in punta di diritto, che finiscono per assegnare un rilievo esorbitante ad aspetti, addirittura, insignificanti. Come è l’attestarsi in posizioni degne di un indovino.

#### 4. Stato di diritto e positività delle norme.

Ammettiamo, per un istante, che la vocazione al bene sia la regola. Che i più operino all’insegna di quel che si ama definire bene comune: che “È il bene di quel ‘noi-tutti’, formato da individui, famiglie e gruppi intermedi che si uniscono in comunità sociale. Non è un bene ricercato per sé stesso”<sup>37</sup>. Ammettiamo tutto questo. Tuttavia, dobbiamo riconoscere che c’è spazio anche per l’egoismo, che si nutre e si alimenta di fattori antagonisti, i quali – sul versante istituzionale – sono destinati a rifluire in atti di normazione: di legislazione, in senso stretto, quando si è in

<sup>35</sup> Ivi, 336.

<sup>36</sup> Ivi, 338.

<sup>37</sup> BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, n. 7. Non è una provocazione, ma una sollecitazione a una vita serena: da leggere e meditare la *Regola di san Benedetto*, Monastero S. Scolastica, Subiaco, 2006, e *Imitazione di Cristo*, Editrice Anicla, Conegliano, 2016, che non è di Tommaso Hemerken da Kempis, ma poco importa.

presenza di una precisa disposizione; di legislazione, in senso lato, quando l'esito normativo rappresenta il prodotto dell'interpretazione del giudice oppure di una pubblica amministrazione: entrambi – classicamente – riconducibili a ciò che Montesquieu considerava atti di esecuzione della legge.

Ebbene, ove si consideri il nostro tempo e si tenga conto dei continui richiami dell'esigenza di conservare e rafforzare lo *Stato di diritto*, non v'è dubbio che, in proposito, regna incontrastata la più grande e sconcertante confusione. Sia perché ci si dimentica – vera e propria ironia – che fu considerato tale, addirittura, lo Stato fascista: “lo Stato fascista è nel senso più preciso e più *alto* Stato di diritto”<sup>38</sup>. Sia perché pare ignota la circostanza che la nozione di Stato di diritto è di matrice kantiana, estranea a tutto ciò che è riconducibile al positivismo giuridico. Il che spiega le contraddizioni e gli spasimi conseguenti di chi fa di questo metodo la lente, attraverso la quale leggere un'esperienza, che – invariabilmente ed inevitabilmente – gli sfugge, obbligando il giurista di turno a manipolazioni retoriche di fatti incontestabili: quali sono le opposte visioni di chi opta per il *ius quia iustum*, piuttosto che per il *iustum quia ius*. È qui che si inserisce il differente modo di intendere lo Stato di diritto: kantianamente oppure no, con tutte le ambiguità che ne seguono.

Dunque – con l'intento di essere adamantino –, “L'espressione Stato di diritto significa, letteralmente: Stato soggetto al diritto, Stato che opera solo in conformità al diritto. Ma, dal punto di vista rigorosamente normativistico, questa spiegazione dice assai poco, perché, una volta stabilito che per diritto si devono intendere le norme giuridiche positive, qualunque Stato che operi in conformità alle norme da esso poste in essere, siano queste anche inique e liberticide, può, a giusto titolo, fregiarsi della qualifica di Stato di diritto”<sup>39</sup>.

Si tratta di un'ambiguità che va spiegata, anche in funzione di quel che è accaduto in questi, non certo felici, tempi densi di equivoci. Va spiegata, ricordando che “La sovranità, prima che fosse attribuita allo Stato, era attribuita alla persona fisica del Sovrano. Il passaggio dalla sovranità personale del principe o monarca alla sovranità dello Stato, inteso come persona giuridica, avviene attraverso la *mediazione della dottrina di Kant sullo Stato di diritto*”<sup>40</sup>.

Al fondo, una distinzione essenziale: tra azione interna (alla singola persona, rilevante sul piano morale) e azione esterna (rilevante sul piano dei rapporti tra soggetti e, quindi, giuridico). Ad essa, ne segue una ulteriore: quella tra libertà interna (riguarda l'autonomia della coscienza e della volontà di ciascuno) e libertà esterna (la quale esige che tutte le libertà, operanti nel campo delle relazioni intersoggettive, coesistano pacificamente). Pertanto, è essenziale “la pacifica coesistenza delle libertà esteriori”<sup>41</sup>. Per limitarsi ad un solo esempio, “L'azione del furto (...) è un'azione contraria alla libertà esterna”; mentre è conforme ad essa ogni azione che concorre a inverare nella società una “coesistenza pacifica”, in forza di “una norma universale della ragione”, concepita

---

<sup>38</sup> Così, Donato Donati, ripreso da G. FALCON, *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 2015, 61. Di lì a qualche mese, fu privato della sua cattedra in forza delle leggi razziali: v. D. DALL'ORA, *La Facoltà giuridica patavina fra le due guerre*, in *Quaderni per la storia dell'Università di Padova*, n. 36 (2003), spec. 92.

<sup>39</sup> M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, cit., 323-324.

<sup>40</sup> Ivi, 324.

<sup>41</sup> Ivi, 325.

come “norma universale di diritto, cui devono conformarsi i singoli ordinamenti positivi, per essere ordinamenti secondo ragione e non secondo arbitrio”<sup>42</sup>.

Ma come mai leggi liberticide – quelle razziali ne sono un’evidenza estrema – possono essere considerate fonti normative valide ed effettive? Non certo nell’ottica kantiana dello Stato di diritto, il quale ha subito una mutazione genetica, destinata a generare non poche contraddizioni, là dove questa formula non spiega, ma occulta, ciò che dovrebbe essere estraneo a una nozione, almeno decente, di questa forma di Stato. Tuttavia, la dimostrazione è semplice.

Infatti, i giuristi si sono limitati a tradurre “nel loro linguaggio concettuale questa condizione di subordinazione dello Stato al diritto” sostituendo – avendola ritenuta equivalente – la “norma universale di diritto” (conforme alla “norma universale della ragione”) con “il sistema normativo vigente”. In tal modo, il diritto universale lo si è fatto coincidere con il diritto positivo e lo Stato fascista, pure esso, è stato definito Stato di diritto<sup>43</sup>.

Ciò che va sottolineato, in ogni caso, è che “lo Stato di diritto era (...) a servizio esclusivo dell’idea di libertà individuale. Che di esso si può, perciò, parlare in questo contesto solo se il sistema normativo prevede il riconoscimento e la tutela di tale idea, cioè di quei diritti fondamentali che saranno poi chiamati diritti civili e diritti politici”<sup>44</sup>. È evidente, allora, che si colloca altrove chi ritiene che “Un innocente è un colpevole che l’ha fatta franca”<sup>45</sup>. Al pari di chi esalta il ruolo del pubblico ministero e deprime quello dell’avvocato, in nome di una presunzione, che sembra configurarsi come di colpevolezza, piuttosto che di non colpevolezza, come vorrebbe, invece, l’articolo 27, 2° comma, della Costituzione<sup>46</sup>.

Non la pensava così Piero Calamandrei, il quale era dell’opinione che “il giudice e l’avvocato” dovessero costituire “due termini inscindibili”, legati da una “relazione di reciprocità che passa tra queste due forze, nell’equilibrio delle quali si riassumono tutti i problemi, giuridici e morali, dell’amministrazione della giustizia”<sup>47</sup>. Distanze abissali, rispetto ai convincimenti del “tenebroso Fouquier-Tinville”, il quale – giudice nel 1792 nella Francia rivoluzionaria – si chiedeva: “*pourquoi des témoins?*”. Salvo ricredersi, quando fu lui ad assumere la veste di imputato<sup>48</sup>.

Il che dimostra l’irriducibilità del costituzionalismo giacobino al costituzionalismo liberale: perché il primo è un discorso sul potere, il secondo sulla persona.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Ivi, 325 e 326.

<sup>44</sup> Ivi, 326-327.

<sup>45</sup> È l’opinione del magistrato Piercamillo Davigo, citata da A. SALLUSTI, *Il Sistema colpisce ancora. Come salvare la magistratura italiana dal vizio delle correnti e dalle mani dei politici*, Rizzoli, Milano, 2026, 165, nel corso di un’intervista a Luca Palamara.

<sup>46</sup> M. TRAVAGLIO, *Perché no*, cit., *passim*.

<sup>47</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., XXIII. Di questo illustre personaggio si ama riprendere frammenti da ampi ed argomentati contesti, prescindendo dalla sua visione di insieme di tutto ciò che è riconducibile alla persona e alla sua dignità. Sicché, chi è propenso a buttare alle ortiche tutto ciò che ha a che fare con un sistema di garanzie (in una parola, con il c.d. garantismo) è opportuno prenda atto di questo suo pensiero, reso esplicito in occasione del giorno in cui fu approvata la Costituzione, il 22 dicembre 1947: “nella nostra Costituzione c’è qualcosa che va al di là delle nostre persone, un’idea che ci ricollega al passato e all’avvenire, un’idea religiosa, perché tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell’uomo ma la perpetuità dei suoi ideali”.

<sup>48</sup> S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, 19.

## 5. Il valore della persona e dei corpi intermedi.

Per evitare mortali fraintendimenti, dovuti all'uso di termini e di categorie generali astratti, che confondono tra loro premesse e conclusioni, è opportuno riassumere consolidate vicende ed altrettanto consolidati insegnamenti, riprendendo un illuminante frammento di Antonio De Viti De Marco: “i nostri costituzionalisti, invece di studiare la storia del paese in cui il popolo ha sostenuto lotte secolari per conquistarsi [le] libertà, hanno preferito dedurle dalle elencazioni filosofiche dei professori tedeschi di diritto pubblico, che erano pagati per legittimare sotto formule liberali il regime assolutistico”<sup>49</sup>. È un'operazione che è continuata nel tempo, anche perché il formalismo giuridico ha consentito di mascherare, attraverso le parole, una realtà immutata: all'interno della quale ha finito per conservare un'intatta vocazione liberticida chi respinge una concezione del diritto prossima all'*hominis ad hominem proportio* di derivazione dantesca. Così, ci si è riciclati – politici e giuristi, innanzi tutto – nel nome della Repubblica, che tutto accoglie, metabolizza e rimuove<sup>50</sup>.

Per intendere rettamente il dato istituzionale relativo a ciò che rappresentano la persona ed i corpi intermedi, in un'ottica che dà essenziale risalto all'articolo 2 della Costituzione<sup>51</sup>, è preferibile ricorrere all'insegnamento di chi si è meritato questo elogio: “la nuova opera del professor Silvio Trentin (...) diviene un esempio sublime: esempio di indipendenza di pensiero, d'energia morale indomabile, di alta virtù critica, di fedeltà, senza compromessi, né riserve, al puro ideale del Diritto”<sup>52</sup>. Per parte sua, aveva creduto di dover evocare un pensiero di Pascal: “Io credo solo alle storie i cui testimoni si farebbero sgozzare”<sup>53</sup>.

È in simili contesti e alla luce di questo genere di testimonianze – espressione di un rigore morale addirittura feroce – che si può parlare di primato della persona e difesa della sua dignità. Al confronto, le dissertazioni sul principio personalistico<sup>54</sup> possono definirsi afone, in quanto non

<sup>49</sup> Sta in S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Donzelli, Roma, 1998, 55-56.

<sup>50</sup> Tra i tanti, senza tema di smentite, M. SERRI, *I redenti. Gli intellettuali che vissero due volte. 1938-1948*, Corbaccio, Milano, 2005; M. BONI, “*In questi tempi di fervore e di gloria*”. *Vita di Gaetano Azzariti, magistrato senza toga, capo del Tribunale della razza, presidente della Corte costituzionale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022; G. OLIVA, *45 milioni di antifascisti. Il voltafaccia di una nazione che non ha fatto i conti con il Ventennio*, Mondadori, Milano, 2024.

Ho letto con piacere il testo di quanto Giuliano Amato ha detto il 23 aprile 2026, nel corso della ricorrenza della prima seduta pubblica della Corte costituzionale, a proposito della discutibile figura del giudice Gaetano Azzariti. Quanto a me stesso, ne ho segnalata quella che, benevolmente, definisco una anomalia, non priva di conseguenze.

<sup>51</sup> Stabilisce che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Il dato del riconoscimento eccita, più che altro, la parte emotiva dello studioso; il quale, se osserva ed indaga la realtà, è costretto a ritenere che il nostro diritto pubblico è permeato da logiche contrarie: per quanto riguarda sia la persona, sia i corpi intermedi.

<sup>52</sup> F. GENY, *Prefazione all'edizione francese* di S. TRENTIN, *La crisi del Diritto e dello Stato*, prima edizione italiana, a cura di G. Gangemi, Gangemi editore, Roma, 2006, 52.

<sup>53</sup> S. TRENTIN, *La crisi del Diritto e dello Stato*, cit., 53.

<sup>54</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padova, 1975, 155 ss.

provano nulla, perché nulla è stato testimoniato con il rischio della propria vita e delle proprie libertà. Mentre – è Silvio Trentin che scrive –, “A dire il vero, queste pagine sono state concepite e redatte in condizioni assolutamente eccezionali: sono il frutto dei rari momenti liberi che mi sono stati consentiti, in una cittadina della provincia francese, da una vita spesso difficile, in cui tutte le ore utili mi venivano sottratte in anticipo dalle inesorabili necessità del lavoro materiale”<sup>55</sup>.

Già allora – nel 1935 –, aveva avuto modo di svelare una profezia: “La crisi di questa epoca che in un certo senso potrebbe, al pari di tante altre nel passato, avere la sua origine profonda e lontana nella tecnica, in una sorta di stregoneria della tecnica per cui lo strumento, essendosi emancipato dall’uomo, non facendo più corpo con lui, avendo insomma superato la dimensione umana, sembra pretendere, per così dire, l’asservimento del suo creatore”<sup>56</sup>: vale a dire, dell’uomo. D’altra parte, “l’involucro giuridico della vita sociale subisce docile l’impronta effimera di ogni corrente che di volta in volta, violenta o insidiosa, sbocca alla superficie”<sup>57</sup>: è il diritto positivo, che sta nelle mani degli “adoratori dei testi”; vale a dire, di coloro, la cui “visuale non oltrepassa mai i limiti arbitrari stabiliti dall’onnipotenza del legislatore di fatto”<sup>58</sup>. Questa la prospettiva di chi ama il potere e lo esercita per sé, dando vita a un “conformismo cieco e servile”<sup>59</sup>.

Non c’è spazio – se non del tutto casuale – per la persona. E “bisogna saper indovinare le cose dietro le loro cangianti espressioni verbali, toccare la sostanza sotto la coltre spesso ingannatrice delle apparenze”<sup>60</sup>. Apparenze – costrutti privi di radicamento nella storia, nelle dinamiche caratterizzanti l’azione di ogni potere ed ordine –, che sembrano sovrastare ogni cosa, in questo infelice tempo della nostra vita, là dove hanno preteso di confondere essere e dover essere; ciò che è accaduto ed accade, con narrazioni improbabili; un testo normativo per ciò che dispone, con una serie opinabilissima e variabile di ipotesi, concepite all’interno di una visione (di visionari) unitaria e lineare dell’esperienza<sup>61</sup>.

Mentre, non è così. Infatti, “Il pensiero giuridico, come del resto ogni manifestazione sistematica del pensiero – soprattutto quando è diretto ad elaborare delle idee generali, delle visioni d’insieme, delle direttive a carattere universale – si lascia spesso trascinare – senza averne sempre

<sup>55</sup> S. TRENTIN, *La crisi del Diritto e dello Stato*, cit., 53. È appena il caso di ricordare che Silvio Trentin, professore ordinario di diritto pubblico, decise di lasciare l’insegnamento e l’Italia al comparire delle c.d. leggi fascistissime; fu esule in Francia per diciotto anni e fu tra i fondatori del movimento *Giustizia e Libertà*. Rientrato in Italia il 13 settembre 1943, morì il 12 marzo 1944. La giuspubblicistica – salvo qualche eccezione: mi riferisco a Feliciano Benvenuti e a Fulvio Cortese, oltre che a me stesso, di cui v. *Libertà e “ordine delle autonomie”*. *La lezione di Silvio Trentin*, Jovene, Napoli, 2010 – si è disinteressata del suo insegnamento, improntato al realismo e alla ragion d’essere degli istituti; critico determinato di ogni costruzione astratta, ideata per servire chi è al potere.

<sup>56</sup> Ivi, 57.

<sup>57</sup> Ivi, 58-59.

<sup>58</sup> Ivi, 59.

<sup>59</sup> *Ibidem*, nota 3.

<sup>60</sup> Ivi, 69.

<sup>61</sup> Chi è stato contrario alla legge costituzionale da ultimo assoggettata a *referendum* ha delineato, in via meramente ipotetica, scenari, che vedevano, quale unico sbocco, la dissoluzione della Repubblica. Dimentichi del fatto che l’evoluzione di un ordinamento, espressione di una società politicamente organizzata, segue linee traverse, in larga misura imprevedibili, di fronte alle quali vale la forza delle proprie convinzioni, il disinteresse, nobili motivazioni ideali. A prescindere dai giochi di potere e dai retropensieri.

coscienza – dal bisogno di realizzare ‘ad ogni costo’ quelle idee di unità, di semplicità, di immobilità al quale tende ogni conoscenza; gli succede così di dimenticare, a volte, che questo ideale, come notava Geny, non sembra poter essere raggiunto che a spese della verità, sempre essenzialmente varia, complessa e mobile”<sup>62</sup>.

È una considerazione, che apre la strada al molteplice e, con ciò, al dubbio, piuttosto che alla certezza. Ai fatti, piuttosto che alle teorie. All’*ex post*, piuttosto che all’*a priori*. Con la conseguenza – ove si guardi al tema in esame –, che non vanno né trascurate, né ignorate le vicende complesse, che hanno avuto riguardo all’Ordine giudiziario e, in particolare, al Csm. Esiste, in proposito, una vasta letteratura. Esistono prese di posizione e giudizi, della cui fondatezza può essere lecito, in astratto, dubitare; faticosamente ed in assenza di cause giustificative<sup>63</sup>, se si pensa che sono di Piero Calamandrei e Costantino Mortati.

Ad entrambi si può riferire l’approccio al “mondo morale. È realizzando la conoscenza del mondo morale che l’uomo arriva a prendere coscienza del proprio essere”<sup>64</sup>. So bene che non sono pensieri di questo genere che hanno dominato la contesa referendaria. Ma, forse, è proprio per una tale ragione che la miseria del dire e contraddire ha raggiunto vette inimmaginabili, dense di esternazioni tonanti, il cui contenuto si può dire si identifichi con il loro rimbombo; assente la benché minima percezione del fatto che “La legge morale è un postulato della ragione”<sup>65</sup>.

Assente ogni “amore per la libertà”<sup>66</sup>, ogni parte (fazione, appartenente alla maggioranza o alle minoranze) contende intorno al “*Diritto di fatto*, il cosiddetto diritto positivo (...). È questo diritto positivo che appare oggi scalzato dai suoi tradizionali supporti ed è il mistero della sua probabile evoluzione che interessa i giuristi. In verità la sua caratteristica più saliente è quella di essere estremamente mobile e vario, di aderire ai fatti, quali che siano, e di seguirne, docile, le incessanti vicissitudini, di non rifiutare neppure di ridursi a volte ad una semplice sovrastruttura, ad un epifenomeno innestato nella brutale realtà della vita economica, per quanto sfrenate ne siano le manifestazioni”<sup>67</sup>.

È quel che ha auspicato non si verificasse la Corte costituzionale con la sentenza n. 245/1984 – per mano del suo redattore, Livio Paladin –, la quale ha avuto cura di ricordare che “là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo”<sup>68</sup>.

Certezza del diritto e buon governo sono ciò che rende attuale e non ipotetico uno *status*: sia di ogni persona, sia di ogni corpo intermedio; perché entrambi, per vivere e sopravvivere, hanno bisogno della linfa della libertà. Per questo, lo Stato “deve sempre più organizzarsi come un *ordine*

<sup>62</sup> Ivi, 74.

<sup>63</sup> Come si avrà modo di osservare *sub* II e III.

<sup>64</sup> S. TRENIN, *La crisi del Diritto e dello Stato*, cit., 87.

<sup>65</sup> Ivi, 92.

<sup>66</sup> Ivi, 103.

<sup>67</sup> Ivi, 121.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. n. 245/1984, in *Le Regioni*, n. 1/1985, 180.

delle autonomie (...). Il problema esterno dello Stato è proprio quello di insediare lo Stato nella Società, è quello di impedire che l'ordine di integrazione implichi la sparizione, l'annientamento degli ordini integrati<sup>69</sup>.

Inutile dire che tutto questo ha, quale termine di riferimento, una parola soltanto: *giustizia*<sup>70</sup>. La quale – come stabilisce l'articolo 101, 1° comma, della Costituzione – “è amministrata nel nome del popolo”: che non è una categoria giuridica astratta, ma un insieme di persone che lavorano, producono e – diciamolo francamente – consentono a legioni di parassiti di condurre, alle loro spalle, una vita per questo indecente<sup>71</sup>. Per questo, l'Ordine giudiziario dovrebbe essere concepito – e i suoi componenti pensarsi e identificarsi così – come un servizio pubblico, il cui tratto caratteristico ed essenziale (coincide con un privilegio) è di essere, sempre, *super partes*. Quando giudica, non quando incrimina.

## 6. A proposito del costituzionalismo liberale e giacobino.

C'è un'equazione, che è priva di fondamento: la formula chi – giacobino da sempre: per mentalità, usi e costumi<sup>72</sup> – ora si definisce liberale. Salvo contraddirsi, quando esaspera i contrasti tra politica e Magistratura, con toni che – lo confesso amaramente – hanno il sapore della più ruvida delle contese ideologiche. Il fatto è che tutto ciò non è privo di conseguenze, perché concorrono ad accentuare il processo di decomposizione delle istituzioni ed allontanano gli elettori dalle urne. E c'è chi, addirittura, vorrebbe rendere il voto obbligatorio: bulgaro, appunto, non credo sia sinonimo di liberale.

Comunque sia, l'argomento merita un semplice cenno. Infatti, è sufficiente riprendere qualche affermazione particolarmente eloquente, ad esempio, della *Corte suprema federale del Canada*. Chiamata dal Governo a rendere un parere relativamente alla secessione del Québec, ritenne di dover riassumere, quale premessa, in poche parole, i tratti caratterizzanti il diritto costituzionale canadese. Li individuò nel federalismo, nella democrazia, nel costituzionalismo e nel primato del diritto, nel rispetto dei diritti delle minoranze<sup>73</sup>.

Ciò che mi preme ricordare, è quel che afferma a proposito del “buon funzionamento di una democrazia”. Secondo la Corte, essa “esige un processo permanente di discussione”. Un confronto di opinioni argomentate – si badi –, non di insulti. Ed aggiunge: la Costituzione stabilisce quale è la forma di governo e, allo scopo, prevede che vi siano assemblee legislative democratiche

<sup>69</sup> S. TRENTIN, *La crisi del Diritto e dello Stato*, cit., 198 e 199.

<sup>70</sup> Ivi, 142.

<sup>71</sup> Così, dalla lettura combinata di P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, X, e di M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, Napoli, 2012.

<sup>72</sup> Rinvio alla lettura delle annate '70-'80 del secolo scorso, ad esempio, delle riviste *Politica del diritto*, *Democrazia e diritto*, nonché di *Quale giustizia?*. Dice niente l'espressione “uso politico del diritto”? E chi furono i c.d. pretori d'assalto? Nulla da dire sul loro operato e sugli obiettivi perseguiti. Ma che simili prospettive siano prive di presupposti ed irrillevanti nella definizione dei rapporti politica-giurisdizione, francamente, mi pare insostenibile.

<sup>73</sup> Parere del 20 agosto 1998, n. 49.

camente elette ed un esecutivo responsabile nei loro confronti (ritiene vi debba essere un governo, la cui legittimazione riposa, in definitiva, sugli orientamenti dell'opinione pubblica, messi a fuoco attraverso “la discussione e il confronto delle idee”).

L'esigenza di costituire maggioranze, tanto a livello federale quanto a livello provinciale, per sua stessa natura, presuppone compromessi, negoziati e deliberazioni. Risolutivo è quel che segue ed identifica la *forma mentis* di chi è liberale: non assertivo, ma dialogante. “Nessuno ha il monopolio della verità e il nostro sistema si fonda sul convincimento che le migliori soluzioni dei problemi pubblici verranno dal mercato delle idee. Ci saranno inevitabilmente voci dissenzienti. Un sistema democratico di governo è obbligato a prendere in considerazione queste voci dissenzienti, e dovrà tenerne conto e dare ad esse risposte con le leggi che tutti i membri della collettività debbono rispettare”<sup>74</sup>. Considerazioni – queste – in linea con le idee di chi suggeriva di agire, sempre, a livello istituzionale con “umiltà minoritaria”<sup>75</sup>.

Tale è la limpidezza di queste annotazioni che ci si può limitare alla ripresa di un pensiero, di per sé eloquente, di un autorevole costituzionalista, il quale ha osservato che “L'ispirazione giacobina si è spesso stratificata e, talvolta, sbiadita, ma attraversa tuttora, al di là dei tanti aggiornamenti fin qui effettuati, tanta parte della cultura costituzionalistica italiana e continentale”<sup>76</sup>.

La più limpida delle configurazioni la si trova in questo micidiale ragionamento del convenzionale Malin, intento ad arringare i suoi concittadini di Troyes. Disse loro che “*La Loi et le Peuple étaient souverains, que la Loi était le Peuple, que le Peuple ne devait agir que par la Loi, et que force resterait à la Loi*”<sup>77</sup>. Per chi non ne avesse inteso il senso, ecco la traduzione letterale: disse loro che “La Legge e il Popolo erano sovrani, che la Legge era il Popolo, che il Popolo non doveva agire che attraverso la Legge, e che la forza sarebbe rimasta in capo alla Legge”. Con esclusione – prospetticamente – di ogni sindacato del giudice sull'azione politica (si pensi al *référé législatif*) e, men che meno, di un sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi (come qualcuno avrebbe voluto fosse escluso dall'Assemblea costituente).

È evidente che si può volere e disvolere a comando. Ma, a comando, non si può essere, comunque, coerenti, dal momento che un istituto non vale l'altro e la logica, più concreta che astratta, non arretra di fronte alle distorsioni concettuali.

---

<sup>74</sup> Ivi, n. 68. Non ci vuole molto a capire che tra istanze individuali e istanze riferibili ai corpi intermedi esiste un legame strettissimo. Cosicché, il depotenziamento delle autonomie regionali porta con sé un indebolimento dei presidi di libertà. I giacobini, comunque, sono dislocati dovunque: sono – per dirla con linguaggio attuale – i talebani di sinistra, di destra e anche di centro.

<sup>75</sup> On. Piero Calamandrei, Assemblea costituente, 4 marzo 1947.

<sup>76</sup> A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 8. Dello stesso parere, Paolo Grossi, in una serie molteplice di scritti.

<sup>77</sup> H. DE BALZAC, *Une ténébreuse affaire*, in *La comédie humaine*, V, Paris, 1966, 500.

## 7. L'avvocato.

Anche se il dibattito sul tema giustizia pare ignori del tutto la figura dell'*avvocato*, chi non è, di certo, un avventuriero del sapere ha ritenuto di dover – per così dire – unire avvocato e magistrato a un medesimo destino: che è di perseguire e realizzare la giustizia<sup>78</sup>. D'altra parte, come è possibile parlare dell'uno e dell'altro oppure di uno soltanto di questi necessari protagonisti del processo, senza chiedersi quali sono i caratteri essenziali di ciascuno? Sono variabili indipendenti, ad esempio, l'estrazione sociale, la cultura, la competenza e una personale visione del mondo, che può guardare, piuttosto che all'umile utente della giustizia, al potere e al relativo, innegabile fascino? Non ho dubbi che la Costituzione si rivolge, essenzialmente, alla persona e alla sua dignità; e che vi sono avvocati e giudici, che vivono di questa irrinunciabile attrazione. Analoga a quella che si è materializzata all'Hotel Champagne?<sup>79</sup>

Che cosa, dunque, spetta all'avvocato e che cosa al giudice (ivi compreso il pubblico ministero, in nome della tanto sbandierata cultura della giurisdizione)? “Quando si parla di avvicinare la giustizia al popolo non si vuol dunque far discendere i giudici dal loro seggio e mandarli in giro tra la gente, come pellegrini annunziatori del diritto. Questa funzione è invece essenzialmente riservata agli avvocati: il popolo può non conoscere il suo giudice, ma deve conoscere il suo avvocato e aver fede in lui come in un amico liberamente scelto”<sup>80</sup>. E l’“avvocato (...) porta nelle impassibili aule della giustizia l'irrequieto fervore della carità”<sup>81</sup>.

A una condizione: bisogna aver fede nella giustizia e ritenere quindi – è, al tempo stesso, premessa e conclusione – che il giudice sia “terzo e imparziale” (ai sensi dell'articolo 111, 2° comma, della Costituzione). L'imparzialità – e, quindi, la fiducia che ne deriva – rappresenta l'epilogo di un riscontro, documentato dai fatti, soprattutto quando “dalla decisione dipende la vita di un uomo, la felicità di una famiglia”<sup>82</sup>. Allora, l'avvocato si rivolge ai giudici, “guardandoli negli occhi da pari a pari, con quelle parole semplici con cui la coscienza dell'uomo si rivolge fraternamente alla coscienza del suo simile per convincerlo della verità”<sup>83</sup>. Allora, l'avvocato è convinto che “La giustizia c'è, bisogna che ci sia, voglio che ci sia. Voi, giudici, dovete ascoltarci”<sup>84</sup>: “sia bandita la universale ingiustizia, che è regola eterna di tutta la vita”<sup>85</sup>.

Giustizia è “parola disadorna”<sup>86</sup>, il cui “senso” è – per così dire – generato da “una misteriosa e chiaroveggente virtù di intuizione”<sup>87</sup>, esclusa quando il giudice è attratto dall'idea di “fare una

<sup>78</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit. I più ne estraggono frammenti; qualcuno leggicchia; raramente ci si sofferma pensosi, con l'intento di cogliere le implicazioni di una esposizione, che pare, a prima vista, leggera.

<sup>79</sup> Essa si iscrive come vicenda riconducibile al c.d. caso Palamara.

<sup>80</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., XXX.

<sup>81</sup> Ivi, XXXI.

<sup>82</sup> Ivi, 4.

<sup>83</sup> Ivi, 9.

<sup>84</sup> Ivi, 16.

<sup>85</sup> Ivi, 15.

<sup>86</sup> Ivi, 166.

<sup>87</sup> Ivi, 172.

bella motivazione”<sup>88</sup>. È una parola, che interroga la coscienza sia del giudice, sia dell’avvocato. Ed è un tormento, rimosso da chi crede nelle “inesorabili esigenze della logica giuridica e delle ragioni di ordine generale, che consigliano il mantenimento, per quanto possibile, della uniformità della giurisprudenza, garanzia della certezza del diritto e dell’uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge”<sup>89</sup>.

Tuttavia, è ben altro che conta. Infatti, “Affinché non vacilli la fede nella giustizia, non deve neanche esser possibile il sospetto che la libertà personale degli umili valga meno di quella dei potenti”<sup>90</sup>. Può accadere, però, che il tribunale ragioni altrimenti e rimproveri l’avvocato “per quella frase ‘volta a turbare la serenità del giudice, che è chiamato ad applicare la legge senza lasciarsi commuovere dalle conseguenze della sua giustizia’”<sup>91</sup>. Se così fosse – ma, se talvolta accade, è un’eccezione –, “tutta la cattedrale della giustizia, che mi sono costruita nel cuore, crollerebbe d’un tratto”<sup>92</sup>.

Certo, non va mai persa di vista la cruda realtà. Essa ci svela che “È bene che [il giudice] non si accorga che la funzione che la nostra società assegna alla giustizia è spesso quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici”<sup>93</sup>. Tutto, però, può essere temperato proprio dalla giustizia, quando la medesima diviene “un fluido vivo, che circola nelle formule vuote delle leggi come il sangue nelle vene”<sup>94</sup>: perché “Il linguaggio della burocrazia è un gergo di pigri e sfiduciati autonomi: quello della giustizia è l’umana parlata della gente semplice”<sup>95</sup>. Perché “giustizia vuol dire comprensione: ma la via più diretta per comprendere gli uomini è quella di avvicinarsi ad essa col sentimento”<sup>96</sup>.

È un punto di osservazione e di sperimentazione del diritto – che si fa esperienza –, il quale consente di percepire il significato ultimo del “ricorrere ai tribunali”. Può essere sintomo di litigiosità. Può essere “prova di ferma risolutezza nel difendere l’ordine sociale contro i sopraffattori, e di sana fiducia nell’amministrazione della giustizia”<sup>97</sup>.

Allora, lo “Stato (...) trova nella difesa del diritto la sua più alta espressione (...), la sua ragion d’essere più essenziale”<sup>98</sup>. È per questo che “in ogni processo, anche in quelli civili, si esplica non un giuoco atletico, ma la più gelosa ed alta funzione dello Stato”<sup>99</sup>. Dunque, “il processo non è un palcoscenico per gli istrioni; né una vetrina per mettervi in mostra le mercanzie; né un’accademia di conferenzieri; né un salotto di sfaccendati che si scambiano motti di spirito; né un circolo di giocatori di scacchi; né una sala di scherma... – ...né un dormitorio... – continuò timidamente il

---

<sup>88</sup> Ivi, 174.

<sup>89</sup> Ivi, 181.

<sup>90</sup> Ivi, 235.

<sup>91</sup> Ivi, 254.

<sup>92</sup> Ivi, 256.

<sup>93</sup> Ivi, 273.

<sup>94</sup> Ivi, 260.

<sup>95</sup> Ivi, 263.

<sup>96</sup> Ivi, 351.

<sup>97</sup> Ivi, 145.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Ivi, 31.

professore” di procedura, chiosando il giudice<sup>100</sup>. Ciò che fa “funzionare il processo” è un “gioco di forze psichiche”<sup>101</sup>, che rappresentano la sostanza di due parzialità contrapposte (lo è anche il pubblico ministero), nel cui “giusto mezzo” si colloca “la decisione imparziale, sintesi chimica di due contrapposte parzialità”: vale a dire, la pronuncia del giudice<sup>102</sup>.

È “il dibattito” – che consiste in una “discussione” – “di due avvocati contrapposti, destinati ad assorbir dall’aria tutte le intemperanze polemiche per lasciare il giudice isolato in un’atmosfera di serenità”, che dispiega una “azione purificatrice (...) sulla coscienza del giudice”<sup>103</sup>. Dibattito scandito dall’oralità, “che vorrebbe dire semplicità, celerità e lealtà nelle relazioni tra avvocati e giudici”, perché “l’oralità è l’espressione della fiducia (...), mentre la scrittura è l’espressione della diffidente cautela”<sup>104</sup>. Infatti, “l’oralità (...) vuol dire espressione schietta e semplice del proprio pensiero” ed essa non va confusa con “l’oratoria, intesa come arte retorica di ricoprire il proprio pensiero sotto le parole”<sup>105</sup>. Indispensabili “Gli studi giuridici”, che “devon servire a sciogliere il pensiero: quando questo sia agile e pronto, l’eloquio si scioglie da sé”<sup>106</sup>. D’altra parte, *rem tene, verba sequuntur*. Il che serve ad evitare – se non sempre, almeno in numerose circostanze – che “L’arringa degli avvocati” sia “considerata da molti giudici come un periodo di vacanza mentale: il giudice torna ad essere spiritualmente presente nell’aula quando l’avvocato si siede”<sup>107</sup>.

Soprattutto quando in gioco ci sono vantaggi economici – di lavoratori, preferibilmente pubblici, o di pensionati –, gli interessati accedono a Palazzo della Consulta oppure si aggirano nei suoi dintorni, ansiosi di assistere, in un modo qualunque, all’udienza e di ascoltare i loro avvocati: suggestionati – i clienti – dal fatto che “l’ascoltare gli argomenti altrui provoca l’irreprimibile bisogno di confutarli”<sup>108</sup>. Così, l’avvocato finisce per trovarsi tra l’incudine e il martello: perché “I giudici amano gli avvocati discreti e laconici, i clienti li vogliono verbosi e prepotenti”. Salva la circostanza “che anche il giudice, quando per qualche sua controversia personale diventa giudicabile e ha bisogno di un difensore, cade nella stessa aberrazione dei clienti profani”<sup>109</sup>. È una conseguenza, naturale e scontata, che è dell’uomo e delle sue angustie. Di fronte a chiunque, allora, “sento che gli schemi astratti non servono più: bisogna uscir dalla generica indifferenza professionale che vorrebbe appagarsi delle approssimazioni, e avvicinarsi con rispettoso desiderio di comprensione al caso individuale, che non è comparabile con alcun altro, perché ogni creatura umana è unica, ed ogni dolore è nuovo”<sup>110</sup>. La disponibilità a capire, però, non deve mai prevalere sul rigore, ad un tempo, professionale e morale<sup>111</sup>.

---

<sup>100</sup> Ivi, 111.

<sup>101</sup> Ivi, 118.

<sup>102</sup> Ivi, 122.

<sup>103</sup> Ivi, 122 e 123.

<sup>104</sup> Ivi, 205.

<sup>105</sup> Ivi, 84.

<sup>106</sup> Ivi, 76.

<sup>107</sup> Ivi, 78.

<sup>108</sup> Ivi, 87.

<sup>109</sup> Ivi, 127.

<sup>110</sup> Ivi, 371.

<sup>111</sup> Ivi, 36.

Chi è, allora, l'avvocato? È colui che rivolge “un garbato inchino [al] presidente burbanzoso che [gli] toglie la parola”<sup>112</sup>. Non è “colui che, parlando ai giudici come se fosse in cattedra, li indispettisce colla ostentazione della sua sapienza e li affatica con desuete astruserie dottrinali”<sup>113</sup>. È colui che indossa “la toga, uguale per tutti”<sup>114</sup>, e che “deve cercare unicamente di proiettare la sua virtù chiarificatrice sui fatti e sugli argomenti della causa, e di mantenere nell'ombra la propria persona”<sup>115</sup>. È “il momento dinamico della giustizia”<sup>116</sup>; colui che deve “trovar gli argomenti”<sup>117</sup>; ma qualche giudice lo considera uno dei “mali necessari del processo”<sup>118</sup>. È “come un bersagliere”<sup>119</sup> e, nel loro insieme, gli avvocati sono “sensibilissime antenne della giustizia”<sup>120</sup>, che hanno “il dovere di farsi capire”<sup>121</sup>, con umiltà<sup>122</sup>: tant'è che “il carattere di un avvocato” lo si percepisce da “come sa stare in udienza al banco della difesa”<sup>123</sup>. È *vir bonus, tecendi peritus*<sup>124</sup>, votato a un “duro e austero ufficio”<sup>125</sup>. “Avvocato sommo è colui che riesce a parlare in udienza con la stessa semplicità e la stessa schiettezza con cui parlerebbe al giudice incontrato per via”<sup>126</sup>.

Di avvocati, comunque, ve ne sono di vario genere: non c'è che l'imbarazzo della scelta “nella zoologia forense”<sup>127</sup>. Ecco, dunque, l'*advocatus merus* (il semplice avvocato), l'*advocatus explorator seu commendator* (l'avvocato “di corridoio” o “di cerimonia”), l'*advocatus ad pompam seu luminar fori* (cui “è riservata la funzione, finale e meramente decorativa, di ripetere oralmente in udienza gli argomenti scritti nelle comparse dal semplice avvocato, suo collega di difesa”)<sup>128</sup>. Per tutti, vale un consiglio: “Difendi le cause con zelo; ma non esagerare. La troppa dottrina, l'eccezionale sfoggio di citazioni di autori, il raffinato virtuosismo dialettico stancano il giudice. Se scrivi troppo, non legge; se parli troppo, non ascolta; se sei oscuro, non ha tempo di cercar di capirti”<sup>129</sup>.

---

<sup>112</sup> Ivi, 34.

<sup>113</sup> Ivi, 35.

<sup>114</sup> Ivi, 39.

<sup>115</sup> Ivi, 40.

<sup>116</sup> Ivi, 48, mentre il giudice è “il momento statico”.

<sup>117</sup> Ivi, 49.

<sup>118</sup> Ivi, 52.

<sup>119</sup> Ivi, 54, mentre il giudice è come un “alpino”.

<sup>120</sup> Ivi, 55.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Ivi, 56.

<sup>123</sup> Ivi, 58.

<sup>124</sup> Ivi, 76.

<sup>125</sup> Ivi, 81.

<sup>126</sup> Ivi, 85.

<sup>127</sup> Ivi, 99.

<sup>128</sup> Ivi, 99-100.

<sup>129</sup> Ivi, 102. Si potrebbe concludere così: “Disse, sospirando, quell'avvocato, quando ebbe la notizia di aver perduto una causa alla quale aveva dedicato sei mesi di zelantissime fatiche – Non l'ho difesa abbastanza male per meritare di vincerla”.

## 8. Il magistrato.

Comunque si voglia intendere la funzione dell'avvocato, è certo che essa deve misurarsi – costantemente – con l'umiltà. Inevitabile, dal momento che egli si sottopone al giudizio altrui, avendo a disposizione la parola e lo scritto. Inevitabile, altresì, perché non è inusuale sentirsi dire che “la legge è legge”, anche “se questa scusa dell'ossequio alla legge non sia molte volte una ipocrisia per far passare l'ingiustizia sotto il mantello della legalità”<sup>130</sup>. È a questo punto che avvocati e magistrati finiscono per camminare su un terreno comune e per essere avvinti da una sorta di necessità fatale: che è quella di “cercar di introdurre nelle formule spietate delle leggi la comprensione umana della ragione illuminata dalla pietà”<sup>131</sup>. Chi – l'uno e l'altro – si sottrae a questo imperativo categorico non è né avvocato, né giudice: è un faccendiere, vale a dire uno che si occupa di affari o traffici spesso non troppo chiari.

D'altra parte, se vale per l'avvocato quel che si è andati dicendo, vale, a maggior ragione, per il *giudice*, la spiegazione data, da Piero Calamandrei, quando ha concluso che “Il titolo resta immutato: e con più convinzione di prima”<sup>132</sup>. Infatti, egli ha considerato figure irreprensibili di magistrato: “Egli era tutto preso dai problemi della ricerca della verità nel processo penale: l'errore giudiziario era la sua ossessione”<sup>133</sup>; “era la pietà umana dalla quale egli non sapeva concepire separata la sua funzione di giudice. Per lui ogni giudicabile era un problema umano, non un caso giuridico: un uomo vivo, non una formula”<sup>134</sup>; “Dacché servo lo Stato nell'amministrazione della giustizia non ho fatto mai nulla di contrario alla mia coscienza”<sup>135</sup>.

Certo, il dissenso è ammesso. Tuttavia, “mi convinco sempre di più che tra il rito giudiziario e il rito religioso esistono parentele storiche più strette di quanto non indichi la uguaglianza della parola. Chi conducesse uno studio comparativo del cerimoniale liturgico e delle forme processuali, rilevarebbe nella storia un certo parallelismo di evoluzione: quasi si direbbe che con egual curva, nelle aule giudiziarie e nelle chiese, la religione sia degenerata in conformismo”<sup>136</sup>. Soprattutto, in indifferenza, che rappresenta una fase ulteriore dello sviluppo – una evoluzione ancor più negativa – del conformismo stesso. Mentre – nell'ottica di una nobile ed elevata concezione dell'una e dell'altra – è parso doveroso notare che l'“ordine giudiziario (...) non è un ramo della burocrazia ma un ordine religioso”<sup>137</sup>, che “si onora non con l'adularl[o], ma con l'aiutarl[o] sinceramente ad essere all'altezza della sua missione”<sup>138</sup>. Del resto, era ammirata – il predicato verbale al passato

---

<sup>130</sup> Ivi, 299.

<sup>131</sup> Ivi, XI-XII.

<sup>132</sup> Ivi, X. Il riferimento è, naturalmente, a “Elogio dei giudici”.

<sup>133</sup> Ivi, XII.

<sup>134</sup> Ivi, XIV.

<sup>135</sup> Ivi, XVI.

<sup>136</sup> Ivi, 249.

<sup>137</sup> Ivi, XIII.

<sup>138</sup> Ivi, 251.

è un atto dovuto – “l’austera intimità di questo ufficio, in cui il giudicare implica in ogni istante di fare i conti con la propria coscienza”<sup>139</sup>.

Coscienza è una parola ricorrente, impegnativa; che non lascia scampo ed impone al giudice di essere fedele a sé stesso. Consapevole che “la difficoltà del giudicare non consiste tanto nel trovar la conclusione, che può essere affare da sbrigarsi in giornata, quanto nel trovar poi con più lunga meditazione le premesse di cui quella conclusione dovrebbe, secondo il volgo, esser la conseguenza”. Con ciò, “si vuol dire soltanto che, nel giudicare, l’intuizione e il sentimento hanno assai spesso più larga parte di quello che dall’esterno non sembri: non per niente, direbbe qualcuno, sentenza deriva da sentire”<sup>140</sup>. Dunque, il giudice – nel decidere – è condizionato dal suo stato d’animo, dimodoché “Non sempre sentenza ben motivata vuol dire sentenza giusta; né viceversa”<sup>141</sup>, perché “giudice ottimo è quello in cui, sulla cauta cerebralità, prevale la pronta intuizione umana”<sup>142</sup>, di certo, non alla portata dell’intelligenza artificiale. Intuizione, che può essere sopraffatta da altri fattori: infatti, “molte volte i motivi dichiarati sono molto diversi da quelli veri” e “la motivazione ufficiale non è che uno schermo dialettico per nascondere i veri moventi, di carattere sentimentale o politico, che hanno portato il giudice a giudicare così”<sup>143</sup>.

Chi è, allora, il giudice? “Il giudice è un avvocato rallentato e purificato dall’età (...) è ciò che resta, quando si son tolte all’avvocato tutte quelle virtù esteriori per cui il volgo lo ammira (...). Il sistema inglese, nel quale i più alti magistrati sono scelti tra gli avvocati anziani, è la conferma pratica di questo trapasso psicologico”<sup>144</sup>. L’“inerzia”, piuttosto che l’“agire”, è una qualità del giudice, perché “agire vorrebbe dire prendere partito”<sup>145</sup>, mentre egli “deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze, e forse le bassezze, dell’uomo”<sup>146</sup>. Tuttavia, “Nel giudicare non conta l’intelligenza, la quale basta che sia normale per poter arrivare a capire, come incarnazione dell’uomo medio, *quod omnes intellegunt*; conta soprattutto la superiorità morale, la quale dev’essere tanta da far sì che il giudice possa perdonare all’avvocato di essere più intelligente di lui”<sup>147</sup>. In ogni caso, l’avvocato deve praticare l’umiltà: così, “quando egli veste la toga, m’inchino a lui con sincero senso di ossequio, perché vedo in lui l’idea della sua funzione: rispetto il giudice non per quello che è, ma per quello che dovrebbe essere”<sup>148</sup>. Peraltro, “Grave peccato per il giudice è la superbia; ma forse è una malattia professionale”. In ogni caso, è raro che “rinunci al privilegio inebriante (anche se a lungo andare

---

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Ivi, 170 e 171.

<sup>141</sup> Ivi, 174.

<sup>142</sup> Ivi, 175.

<sup>143</sup> Ivi, 185.

<sup>144</sup> Ivi, 47.

<sup>145</sup> Ivi, 48.

<sup>146</sup> Ivi, 49.

<sup>147</sup> Ivi, 55.

<sup>148</sup> Ivi, 57. “Ma anche al giudice non sarebbe disdicevole (ma è assai più rara) l’umiltà di fronte all’avvocato: perché questi, anche se come difensore vale poco, rappresenta dinanzi al giudice l’idea altrettanto augusta della difesa”.

pericoloso) di avere sempre ragione”<sup>149</sup>. Come grave è “addormentarsi” in udienza, anche quando “il sonno dei giudici sia premeditato”<sup>150</sup>.

In controluce, un pericolo, che consiste in “un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica”<sup>151</sup>. Realisticamente, “difficile è per il giudice trovare il giusto punto di equilibrio tra lo spirito di indipendenza verso gli altri e lo spirito di umiltà verso sé stesso”<sup>152</sup>. Stella polare è un “forte senso di virile dignità: quel senso che impone di ricercar nella propria coscienza, più che nei comandi altrui, la giustificazione del proprio agire, e di assumere in pieno, a viso aperto, la responsabilità”<sup>153</sup>. Quando accade, “Il dramma del giudice è la solitudine”<sup>154</sup>, cui potrebbe ovviare a caro prezzo: riducendo “il decidere” a “una pratica di ordinaria amministrazione”. Ma “Il giudice che si abitua a rendere giustizia è come il sacerdote che si abitua a dir messa”<sup>155</sup>.

Il processo ed il giudizio sono la traduzione in pratica di questi modi di essere e di agire, tra loro alternativi, secondo la logica dell'*aut-aut*. Si concentrano, in modo particolare, nell'udienza pubblica e nel suo essere utile oppure no. Molto spesso – a ragione o a torto –, chi giudica ama il silenzio e può rivolgersi all'avvocato con queste parole: “Ho bell'e capito: lei è uno di quegli avvocati che quando cominciano a parlare, vuol farci sapere anche le virgole”; ripagato con un “Signor presidente, non ho altro da dire”<sup>156</sup>. È accaduto che “Parlavo da cinque minuti in udienza (...) vedo che il presidente (che evidentemente non voleva darsi la pena di seguire il mio discorso) mi faceva colla destra, riunendo insieme le punte delle cinque dita come le foglie di un carciofo, raccomandazioni mimiche di brevità (...). Mi fermai e dissi: – Veda, signor presidente, se io stessi leggendo una pagina scritta, potrei accontentarla, mettendomi a leggere un rigo sì e uno no. Ma, dovendo improvvisare, è inevitabile che nel mio discorso un minimo di filo logico ci sia. Mi voglia perdonare”<sup>157</sup>. Esistono modi ulteriori e diversi per scoraggiare l'oratore quando non si vuol ascoltare, non si intende interrogare, ci si ostina a sopportare. Un peso, che non dovrebbe essere un peso; e, se lo è, non è, certo, un bene.

Non lo è, perché il giudice può determinarsi diversamente, se si convince che il “dialogo vivo e spezzato” non deve essere “sostituito dal monologo”; che “lo stimolo vivificante delle obiezioni” non deve essere “abolito o differito”; che non deve ridursi a questo l’“oratoria forense”<sup>158</sup>. Se così fosse, non paradossalmente, anche l'avvocato riuscirebbe a “trovar nel silenzio la conciliazione del dovere di lealtà verso il giudice col dovere di patrocinio verso il cliente”<sup>159</sup>. Ne è offerto

---

<sup>149</sup> Ivi, 59 e 61.

<sup>150</sup> Ivi, 107.

<sup>151</sup> Ivi, 269-270.

<sup>152</sup> Ivi, 281-282.

<sup>153</sup> Ivi, 343.

<sup>154</sup> Ivi, 347.

<sup>155</sup> Ivi, 348.

<sup>156</sup> Ivi, 42-43.

<sup>157</sup> Ivi, 95.

<sup>158</sup> Ivi, 72.

<sup>159</sup> Ivi, 75.

un esempio, che tronca sul nascere ogni obiezione, tratto da un'udienza svoltasi alle Sezioni unite della Corte di cassazione.

“Questo presidente (...), uomo di altissimo valore intellettuale e morale [è un tratto non insignificante], ma di modi un po' bruschi ed irruenti, non veniva mai in udienza senza aver profondamente studiato sui fascicoli i ricorsi portati in discussione [ed anche questo conta non poco]: di ogni causa egli conosceva a perfezione tutti i particolari di fatto e di diritto; in modo che quando si accorgeva che un difensore divagava o tentava di scivolare sui punti scabrosi, l'interrompeva dopo due minuti per richiamarlo alle questioni essenziali”<sup>160</sup>. Ed ecco il seguito: “Gli avvocati che lo conoscevano si erano abituati a questa discussione dialogata (...). Ma chi, non conoscendolo, veniva in udienza col suo discorso filato e bell'e pronto, rimaneva senza fiato sotto quella grandinata di interrogazioni”. In questa scomoda situazione venne a trovarsi “Un avvocato di provincia”, accintosi a “discutere un ricorso”, dopo aver iniziato “solennemente la recitazione di una sua arringa preparata da mesi, e imparata a memoria”<sup>161</sup>. Infatti, “Il presidente lo fermò subito a metà dell'esordio, invitandolo a concentrare il suo discorso sul punto essenziale della causa”. Invito frainteso, perché l'avvocato equivocò: “Mi si impedisce di fare il mio dovere. Protesto e rinuncio alla parola”<sup>162</sup>. Risolutiva – della questione di allora e delle sorti di ogni udienza pubblica, ivi compresa quella che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale – è la risposta del presidente, con la quale spiegò all'avvocato la differenza che passa tra “parlare e capire”<sup>163</sup>. È ciò che rende autorevoli; e, se c'è autorevolezza, ci sarà anche rispetto<sup>164</sup>.

## 9. Le istituzioni: politica e diritto.

Processo e giudizio vanno concepiti in termini rigorosi, poiché l'irrompere di elementi esterni ad essi, se, da un lato, possono ampliare le conoscenze, d'altro lato, possono alterarne i caratteri e la funzione essenziale, che è sempre una ed una sola: quella di rendere giustizia alle parti, qualunque sia la parte. Possono disturbare anche “Eleganti questioni di diritto: inutili parentesi di bravura e di agilità, buone soltanto a guastare la umana chiarezza del tema, simili a quelle acrobatiche variazioni con cui certi virtuosi di violino amano imbrogliare a metà il filo della sonata”<sup>165</sup>.

Di più: “le leggi sono formule vuote, che il giudice volta per volta riempie non solo colla sua logica ma anche col suo sentimento. Prima di applicare una legge, il giudice come uomo è portato a giudicarla (...). L'interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta: entro

---

<sup>160</sup> Ivi, 65.

<sup>161</sup> Ivi, 66.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> Ivi, 66-67.

<sup>164</sup> Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha partecipato, per la prima volta nel corso dei suoi due mandati, a una seduta ordinaria del Csm, presiedendolo: allo scopo di richiamare al rispetto reciproco i supremi organi dello Stato. In particolare, per quanto riguarda il Csm. Tuttavia, la prima ed essenziale domanda da porsi è: perché non si porta rispetto al Csm?

<sup>165</sup> Ivi, 162.

questo margine chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice<sup>166</sup>. È una notazione, che ha racchiuse in sé non poche e trascurabili implicazioni, tanto più rilevanti se in causa è chiamata la Corte costituzionale, dal momento che “è difficile che il giudice nell’interpretare la legge (che vuol dire ripensarla e farla rivivere in sé), riesca a distaccarsi da sé, fino al punto di non far entrare nel giudizio, anche senza accorgersene, le proprie opinioni politiche, la sua fede religiosa, la sua condizione economica, il suo ceto sociale, le sue tradizioni regionali o familiari, e magari i suoi pregiudizi e le sue fobie<sup>167</sup>”.

Questi ultimi rilievi – tra i quali si segnala il riferimento espresso alle *opinioni politiche* – meritano qualche puntualizzazione, che può anche sorprendere: certamente, i contendenti referendari. Infatti, Calamandrei ha preso, quale termine di riferimento, la monarchia costituzionale, la dittatura fascista e la repubblica democratica<sup>168</sup>. Ed ha ricordato – con grande senso pratico – che “I giudici, nel sistema della legalità, devono per forza essere legalitari: una volta assuefatti a un sistema di legalità, rimangono affezionati a questo anche quando esso è caduto; e ci vogliono molti anni prima che si accorgano che quel sistema è stato rovesciato e che la illegalità di allora è divenuta la legalità di oggi<sup>169</sup>”.

“Durante il fascismo”, il cliente sentiva l’esigenza, talvolta, “di associare al patrocinio, ‘per rinforzo’, un luminare fascista”: molto spesso, un mediocre servitore del regime<sup>170</sup>. “Durante il fascismo vi sono stati, più che non si pensi, magistrati eroici, disposti a perdere il posto e magari ad affrontare il confino, pur di difendere la loro indipendenza<sup>171</sup>”.

Riferite alla vigenza della Costituzione del 1947-1948 sono, invece, queste differenti affermazioni, sulla cui portata – innanzi tutto, istituzionale – è opportuno riflettere. “Ma, in verità, il magistrato che si serve della motivazione della sua sentenza per questi sfoghi politici, scambiando il seggio di giudice con un palco da comizio, cessa di esser magistrato<sup>172</sup>”; “Nel sistema della legalità, fondato sulla divisione dei poteri, la giustizia deve essere rigorosamente separata dalla politica. La politica viene prima della legge: è il travaglio da cui nasce la legge. Ma quando la legge è nata, il giudice non deve vedere che questa<sup>173</sup>”; “Il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di aver la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L’opinione pubblica è convinta (e forse non a torto) che prender parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare alla imparzialità nella giustizia<sup>174</sup>”; “Verrebbe voglia di dire che per un magistrato mantenere la sua indipendenza sia più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia<sup>175</sup>”.

---

<sup>166</sup> Ivi, 214.

<sup>167</sup> Ivi, 237.

<sup>168</sup> Ivi, 213.

<sup>169</sup> Ivi, 215.

<sup>170</sup> Ivi, 216.

<sup>171</sup> Ivi, 220.

<sup>172</sup> Ivi, 236.

<sup>173</sup> Ivi, 236-237.

<sup>174</sup> Ivi, 239.

<sup>175</sup> Ivi, 240.

Campane a morto e un *De profundis* per l'Ordine giudiziario della Repubblica. D'altra parte, un altro costituente – Costantino Mortati – ebbe a certificare questo esito non edificante: “Si verifica così questo risultato paradossale che un organo creato per garantire l'indipendenza della magistratura diventi potente strumento della sua politicizzazione”<sup>176</sup>. Così, quanto all'operato del Csm, esattamente cinquant'anni fa.

Quindi, prima di divergere dal processo e dal giudizio, alla ricerca di una sospirata legittimazione dal basso, è opportuno che i magistrati – di ogni ordine e grado – rispondano a un *Questionario per un esame di coscienza*<sup>177</sup>, di carattere preventivo, perché costoro – al pari dell'avvocato e di ogni persona umana – appartengono alla specie dell'essere finito, suggestionabile, emotivo, fallibile. Le cui debolezze non debbono essere nascoste o ridimensionate. Quel che ci rivela la quotidianità è l'esatto contrario: prove muscolari, cui è estraneo l'intelletto. Da *intelligere*, che significa capire.

## 10. Garanzie costituzionali.

Se il costituzionalismo è di matrice liberale, è evidente che il potere – qualunque potere – incontra dei limiti<sup>178</sup>. Lo abbiamo potuto constatare, in questi tempi, quanto agli Stati Uniti d'America. Infatti, la Corte suprema federale ha ricordato al Presidente Donald Trump che la Costituzione esige, quanto alla fiscalità, una deliberazione facoltizzante del Congresso<sup>179</sup>. A conferma di una circostanza incontestabile: vale a dire, che il Giudice delle leggi rimane un presidio certo della necessaria conformità a Costituzione dell'operato di qualunque potere (legislativo ed esecutivo) e ordine (giudiziario).

Infatti – per chi non è uso a maneggiare fonti normative oppure ritiene di poterne fare a meno oppure di dimenticarle –, l'articolo 134 della Costituzione prevede che la Corte decida sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi); sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; nonché sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica.

Dunque, un primo filtro è dato dalla promulgazione delle leggi e dalla emanazione degli atti aventi forza di legge da parte del Capo dello Stato (ai sensi dell'articolo 87 della Costituzione). Il secondo – essenziale – è rappresentato dal fatto che “L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi dell'istanza con cui fu sollevata la questione, dispone

<sup>176</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova, 1976, 1283.

<sup>177</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 299-300.

<sup>178</sup> Per tutti, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 2011, e ID., *Nel segno della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 2012.

<sup>179</sup> M. VALSANIA, *La giornata nera di Donald Trump: la Corte suprema boccia i suoi dazi*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 febbraio 2026, 2, e C. COTTARELLI, *Ai confini del potere*, in *Corriere della Sera*, 23 febbraio 2026, 1 e 19.

l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso" (ex articolo 23, 2° comma, della legge n. 87/1953).

Ora, a differenza di quel che accade, quando l'eccezione proviene da una delle parti in giudizio, il giudice dell'imputazione penale o della controversia civile o amministrativa (entrambe possono essere avviate ad arte) può contestare la legittimità costituzionale di una legge (anche costituzionale) o di un atto avente forza di legge ed ottenere una declaratoria di illegittimità costituzionale oppure un atto di annullamento in sede di conflitto di attribuzione. Sicché, se le cose stanno in questi termini, è lapalissiano (e, magari, onesto) ricordare che la Costituzione, se modificata, di per sé, rimane un pezzo di carta; che, in genere, sono indispensabili atti normativi primari (quelli poc'anzi menzionati) di attuazione; che della loro legittimità può essere chiamata ad occuparsi la Corte costituzionale, la quale ha lasciato nelle mani dei giudici un potere di interdizione di vasta portata, requisito e filtro per la remissione alla Corte medesima, dato dall'interpretazione costituzionalmente orientata (o conforme a Costituzione)<sup>180</sup>. Un significativo esempio è offerto dalle vicende relative alla c.d. autonomia differenziata: dal 2001 nulla, come è reso esplicito dalla sentenza n. 192/2024. Si è decomposta la Repubblica?

Ma c'è dell'altro. I giudici della Corte sono quindici, cinque dei quali provengono dalle supreme Magistrature (tre dalla Corte di cassazione; uno, rispettivamente, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti). Ogni giudice dispone di tre assistenti, in prevalenza magistrati ordinari e amministrativi. Gli uffici legislativi dei ministeri e della Presidenza del Consiglio dei ministri pullulano di magistrati. Il ministero di Giustizia (di via Arenula) è nelle mani dei magistrati. Qualche timida richiesta dell'avvocatura di accedervi è stata respinta al mittente. Dunque, la Magistratura presidia tutto: la Costituzione, le leggi e gli atti aventi forza di legge, i regolamenti e un'ulteriore serie di atti normativi e no. *Democrazia a rischio?*

Forse sì, ma le ragioni più preoccupanti rimangono – per convenienza od altro – sottotraccia. È sufficiente soffermarsi su un paio di frammenti, che narrano quel che accade nella Capitale, ove si compie il *grand tour* del potere. “Il *tour* base comprende: presidenza della Repubblica, un paio di giudici rappresentativi della Corte costituzionale, l'avvocato generale dello Stato, il presidente della Corte dei conti e il presidente del Consiglio di Stato”<sup>181</sup>. È il viaggio, che deve compiere un ministro, se intende realizzare qualcosa che si è ripromesso di fare: perché “Il vero potere è il potere dell'accesso”<sup>182</sup>.

Infatti, “Il *grand tour* non è solo questione di etichetta. È sostanza del potere. Ci sono ministri che lo rifiutano. Chi per alterigia, chi per ritrosia caratteriale, chi perché ritiene di avere incombenze più importanti. Errore. Se ne accorgeranno presto, quando la Ragioneria generale dello Stato li farà attendere mesi per una firma senza la quale un decreto a cui tengono molto e che hanno

---

<sup>180</sup> Giovanni Amoroso, *Relazione del Presidente*, Palazzo della Consulta, Roma, 11 aprile 2025, 3, ha denunciato un fatto preoccupante, quale è la “contrazione del numero delle ordinanze di rimessione nell'arco degli ultimi venti anni”. Preoccupante, perché la facoltà, attribuita all'autorità giurisdizionale, di rivolgersi alla Corte, riguarda l'“esigenza di tutela dei diritti fondamentali?”. Se si comprime, si riduce l'area di tutela dei *cives*.

<sup>181</sup> *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da G. Salvaggiulo, Feltrinelli, Milano, 2020, 91.

<sup>182</sup> *Ivi*, 90.

strombazzato *urbi et orbi* non può entrare in vigore. O quando l'Avvocatura generale dello Stato licenzierà un parere che interpreta una riforma fortemente voluta dal ministro in senso contrario alle sue intenzioni. Incidente all'ordine del giorno. E nemmeno il ministro più avveduto e competente può evitare di incapparvi<sup>183</sup>.

*Stato di diritto? Stato costituzionale?* Certo che no, ma è preferibile tacere. Non senza conseguenze, però, visto quel che accade al dovere costituzionale di votare. L'articolo 48 arranca e non ci sono significativi segnali di ripresa: anche per i *referendum*<sup>184</sup>. In controtendenza, la consultazione del 22 e 23 marzo 2026, che ha registrato un'affluenza del 58,9% degli aventi diritto<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> Ivi, 92.

<sup>184</sup> V. già A. SCHIAVONE, *Non ti delego. Perché abbiamo smesso di credere nella loro politica*, Rizzoli, Milano, 2013.

<sup>185</sup> I contrari sono stati il 53,2%. V., in proposito, le osservazioni di un giornalista sobrio ed acuto: di M. FRANCO, *I segnali del voto*, in *Corriere della Sera*, 24 marzo 2026, 1 e 40, nonché di A. POLITO, *I patrioti della Carta*, ivi.

**Titolo [En]:** Legislative Power and the Judicial Order Between Statutory Provision and Legal Norm.

**Abstract [It]:** Al pari di qualunque enunciato, anche quello, di cui all'art. 101, 2° co., Cost., secondo il quale “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”, si presta a differenti letture. È intuitivo, però, cogliere in esso l'esistenza di uno *status*: vale a dire, di una condizione, di fatto prima che di diritto, che individua un perimetro comune, all'interno del quale debbono necessariamente convivere Potere legislativo e Ordine giudiziario.

Il primo (eletto) elabora disposizioni; il secondo (non eletto) estrae norme. Sono le contraddizioni tra le une e le altre – che possono manifestarsi allorché l'Ordine giudiziario prescinde, oltre il ragionevole, dai criteri stabiliti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale – a far lievitare tensioni, destinate ad assumere un rilievo politico.

La risoluzione dei conflitti sta nell'esercizio del *self-restraint* da parte di entrambi gli attori-contendenti: come ha rivelato il contrasto relativo alla riforma costituzionale recentemente assoggettata a *referendum* approvativo-oppositivo.

**Abstract [En]:** Like any normative statement, Article 101(2) of the Italian Constitution, which provides that “judges are subject only to the law”, is open to different interpretations. It is nonetheless intuitive to discern within it the existence of a status, that is, a condition, factual before it is legal, that delineates a common sphere within which the legislative power and the judiciary must necessarily coexist.

The former (elected) enacts statutory provisions; the latter (unelected) derives legal norms. It is the contradictions between the two – liable to emerge when the judiciary departs, beyond reasonable limits, from the interpretative criteria set out in Article 12 of the “Disposizioni sulla legge in generale” – that cause tensions to escalate, eventually assuming political significance.

The resolution of such conflicts lies in the exercise of self-restraint by both institutional actors, as evidenced by the dispute concerning the constitutional reform recently submitted to a confirmatory-oppositional referendum.

**Parole chiave [It]:** Potere legislativo; ordine giudiziario; disposizione; interpretazione; norma.

**Parole chiave [En]:** Legislative Power; Judicial Order; Statutory Provision; Interpretation; Legal Norm.