



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2023

JACOPO VOLPI

La funzione giurisdizionale, fra diritto e politica
S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari,
2022, pp. 104

JACOPO VOLPI*

La funzione giurisdizionale, fra diritto e politica

S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 2022, pp. 104

I.

Il recente volume di Sabino Cassese si presenta come un'attenta analisi volta a sondare il complesso e articolato legame fra politica e magistratura, foriera di spunti di riflessione sia con riguardo all'attualità italiana¹, sia con riferimento ad alcuni aspetti maggiormente teorico-generalisti, come i rapporti fra poteri dello Stato o, ancora, il ruolo che la funzione giurisdizionale ricopre nell'ambito più ampio dei contesti di comunità.

L'Autore parte dalla constatazione di una attestata «dilatazione del ruolo dei giudici» e dal riscontro di una «crescente inefficacia del sistema giudiziario» (p. 6), che rinviano, generando la sensazione di una sorta di moto contraddittorio, per un verso, in ragione del primo aspetto, ad una posizione sempre più predominante della magistratura nelle dinamiche della società e, per altro verso, in virtù del secondo fenomeno, ad una fondamentale incapacità di rispondere, in modo adeguato, anche comparativamente ad altri Stati europei (come Francia e Germania), alla «domanda di giustizia» che emerge dai rivoli dell'esperienza sociale. Ciò si lega ad alcune questioni endemiche, caratteristiche della realtà italiana, quali, su tutte, la «crisi» del processo e la sua 'lentezza' sul piano burocratico-amministrativo (p. 7) e l'evaporazione del ruolo della politica che, «a corto di idee e programmi, ha delegato alla magistratura il controllo della virtù e la definizione stessa di cosa sia virtuoso, sottoponendosi anch'ess[a] a tale controllo e rinunciando alle immunità che i costituenti avevano introdotto» (p. 8), abdicando dinanzi alle proprie responsabilità e primarie funzioni.

La prima parte dell'opera («*La giudiziariizzazione della politica*») è appunto finalizzata ad indagare questo nesso problematico, che evidenzia la

* Dottorando di Ricerca in *Ordine giuridico ed economico europeo*, Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro (Ciclo XXXVI).

¹ M.R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984. Interessanti linee d'indagine sul piano sociologico si rintracciano, per quanto attiene al funzionamento dell'apparato giudiziario, ai rapporti fra magistratura e politica, nonché al problema dell'amministrazione della giustizia in Italia, in R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 183-204.

tendenza, da parte della funzione giurisdizionale, a invadere nuovi spazi decisionali, tradizionalmente ascritti alla sfera politica. Questo fenomeno ha generato, nella letteratura teorico-giuridica, l'impulso per l'elaborazione di un concetto, quello di 'Stato dei giudici'², volto proprio a caratterizzare questa espansione della funzione giudicante oltre i classici margini di operatività che pertengono alla natura del suo ruolo, tanto da determinare, secondo taluni³, il passaggio da uno Stato *di diritto* ad uno Stato *di giustizia*.

Storicamente, il potere giurisdizionale, infatti, non è sempre stato così preponderante. Se «negli ordinamenti giuridici di Antico Regime [...] vi era una funzione giudiziaria», era assente, invece, «un ordine giudiziario» (p. 15), tanto che la stessa funzione giurisdizionale rimaneva pienamente inglobata all'interno dell'esercizio delle competenze amministrative e legislativo-normative. Con la *Glorious Revolution* (1688-1689), e la diffusione del modello giuridico inglese nell'Europa continentale, si inizierà a pensare ad una autonomia della funzione giudiziaria, che in ogni caso non implicherà, almeno nel Vecchio Continente, una effettiva capacità di *indipendenza decisionale*: e ciò anche in ragione della altrettanto rilevante influenza del modello francese, che provocherà, seguendo lo storico del diritto Jacques Krynen, una «“sterilizzazione del potere giudiziario”» (p. 16), attraverso la sua configurazione come potere puramente 'nullo'. Sono, queste, le idee di Montesquieu, che transiteranno in forme più o meno simili all'interno dei 'prodotti' costituzionali del periodo rivoluzionario, e che subiranno poi una qualche modificazione, in Francia, solo con il «Consolato» e con «l'impero» (p. 19), esercitando pur sempre un peso decisivo nelle teorizzazioni del pensiero giuridico (francese ed europeo) dei decenni successivi, e che tenderanno a configurare il potere giudiziario come un potere più 'debole' rispetto agli altri poteri dello Stato.

L'ascesa del «potere dei giudici» (p. 21), secondo Cassese, è riconducibile ad alcune essenziali matrici. In primo luogo, si riconnette alla emersione della giustizia costituzionale ed alla attribuzione ai giudici «del

² B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, a cura di G. Stella, Mucchi, Modena, 2018; A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giustmoralisti*, Mimesis, Milano, 2019, in particolare pp. 215-242; ID., *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Mimesis, Milano, 2011. Per una riflessione sul governo dei giudici, sotto una più ampia angolatura filosofico-giuridica, cfr. M. LA TORRE, *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, DeriveApprodi, Bologna, 2023, pp. 161 ss.

³ J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012, pp. 229 e 415 ss. Concetto, quello di 'Stato di giustizia', come nota anche Cassese, ripreso da Carl Schmitt: cfr. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 211-244.

compito di giudicare le leggi» (pp. 23-24)⁴, che hanno istituito un ulteriore livello di sindacabilità da parte degli organi giurisdizionali, frammentando e parcellizzando il (pur sempre labile) confine fra diritto e politica. In secondo luogo, oltre a ricollegarsi ad un bisogno di riequilibrio generale sul piano dei rapporti fra politica e giustizia, la suddetta ascesa è stata altresì agevolata e favorita dalla «importanza crescente dello spazio pubblico e della *politique des droits*», dalla centralità assunta dai «nuovi mezzi di protezione dei diritti individuali», dalle «nuove vie d'accesso alla giustizia», nonché dalla capacità di «protezione degli interessi collettivi» (p. 24) e, dunque, in senso più generale, da un riassetto delle relazioni fra società e Stato. In terza istanza, l'evolversi, in termini espansivi, della funzione giurisdizionale (e del ruolo dei giudici) è stato facilitato dalla (ormai strutturale) debolezza cronica della politica rappresentativa: la generalità dei cittadini, infatti, fidandosi sempre meno degli «uomini politici», arriverebbe ad apprezzare maggiormente «l'indipendenza dei giudici» (p. 24) quale potere non subordinato alle tipiche logiche maggioritarie e ai loro occhi dotato di una dimensione sacrale o sacerdotale, ovvero, ancor più, quasi «profetica» od «oracolare» (*ivi*). Componente, quest'ultima, che contribuisce ad alterarne la fisionomia, rafforzandone, al contempo, la legittimità (giuridica, politica, morale). Infine, un altro elemento decisivo è rappresentato dall'arricchimento e dalla integrazione dell'offerta di giustizia: la magistratura, ad oggi, può giudicare una quantità più ampia di atti normativi, contenutisticamente diversi e posti su vari gradi dell'ordine gerarchico delle fonti del diritto⁵, potendosi spingere ben oltre i campi tradizionalmente riconducibili alla circoscritta attività applicativa di natura giurisdizionale.

⁴ In merito al dibattito sul giudizio delle leggi e, dunque, sulle differenti modalità di concettualizzazione della giustizia costituzionale si veda, a scopo introduttivo, il famoso dibattito fra Hans Kelsen e Carl Schmitt svoltosi fra gli anni Venti e i primi anni Trenta del secolo scorso: C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Giuffrè, Milano, 1981; H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Giuffrè, Milano, 1981. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. M. LA TORRE, *Il senso della norma*, cit., pp. 149-168.

⁵ Quantunque, giova notare, l'ordine gerarchico delle fonti del diritto sia stato messo, su più fronti, teoricamente, e pragmaticamente, in discussione, e tale disordine legittimi, entro un certo grado, la stessa possibilità di espansione del potere giurisprudenziale. Su tali questioni, cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; ID., *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino, Bologna, 2022. Sulla 'crisi' del diritto: AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. ROSSI, il Mulino, Bologna, 2010.

Oltre a queste fondamentali matrici, tuttavia, Cassese cita alcuni aspetti di carattere più teorico-dottrinale e ideologico-generale come, fra gli altri, «la rivolta contro il formalismo; non fermarsi ad una stretta interpretazione della legge; lo sviluppo da parte dei giudici dei principi generali del diritto [...]; il ricorso al diritto comparato con una grande libertà nella scelta delle norme; [...] la politica giudiziaria» (p. 25). Questi aspetti, giova notare, sono invero fattori che, di per sé, porterebbero ad una rivalutazione in senso positivo della funzione del diritto nell'ambito della società, consentendo una riscoperta delle matrici più strettamente 'sociali' e 'relazionali'⁶ del vivere giuridico, oltre un rigido formalismo o eccessivo dogmatismo giuspositivistico. L'esigenza antiformalistica, così come altre prospettive che cercano di mantenere fermo il legame connettivo fra diritto e società, infatti, nascono proprio con l'intento di riequilibrare le "forze in campo" nel mondo giuridico⁷, fornendo un punto di vista maggiormente aderente ai bisogni esistenziali degli individui, cui l'applicazione (cieca) della norma potrebbe implicare gravissime conseguenze, laddove tale applicazione non fosse guidata da una accorta e attenta disamina delle sfumature che il caso concreto richiede. L'esigenza della rivalutazione dell'attività dell'interprete e della sua responsabilità non aprirebbe, necessariamente, aree aggredibili in modo arbitrario dalla funzione giurisdizionale. Il fatto è, però, che tale discrezionalità si lega strettamente alla volontà di appropriazione di nuovi spazi di potere, la quale determina una trasfigurazione strutturale dello stesso procedere interpretativo. È il rapporto, dunque, fra politica e giustizia, in quest'ottica, che occupa un peso centrale, e che l'Autore rimarca laddove evidenzia altresì il ruolo cardinale svolto, in questi processi, dalla dottrina giuridica e dall'opinione pubblica (p. 25).

⁶ Cfr. A. LEVI, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Formiggini, Genova, 1914, ove si perviene ad un tentativo di fondazione della giuridicità, da una parte, attraverso la concettualizzazione dell'autonoma sfera del 'lecito' e l'articolazione della nozione di 'rapporto giuridico' e, dall'altra, a mezzo dell'aggancio alla dimensione specifica della socialità del diritto, quale categoria intermedia fra la sfera dei bisogni dell'ambito economico e quella dell'ideale universale afferente al dominio morale. La prospettiva leviana si articola e si approfondisce, poi, nelle opere successive: ID., *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Zanichelli, Bologna, 1920; ID., *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1924; ID., *Istituzioni di teoria generale del diritto*, 2 voll., Cedam, Padova, 1934-1935; ID., *Teoria generale del diritto* (1950), Cedam, Padova, 1967.

⁷ T. GRECO, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 181-217; A. TANZI (a cura di), *L'antiformalismo giuridico: un percorso antologico*, Raffaello Cortina, Milano, 1999.

In questa prospettiva, al potere dei giudici ⁸ ineriscono delle caratteristiche peculiari, che devono essere sottolineate e che aiutano a decifrarne, in modo più esaustivo, l'intrinseca 'morfologia'. Secondo Cassese, infatti, «il potere dei giudici è reattivo, non proattivo» (p. 27), essendo privo di azione autonoma. Per di più, il giudice non può rifiutarsi di decidere (divieto di *non liquet*) ed ha un potere circoscritto ai casi che gli vengono sottoposti (oltre a non poter svolgere alcuna funzione di compromesso o di compensazione). Al giudice, pertanto, non afferiscono tutte quelle qualità tradizionalmente attribuite all'idea di "potere" nei suoi tratti tipici, e il suo potere risulta caratterizzato da un insieme di limiti i quali, tuttavia – e qui risiede il punto nevralgico –, può riuscire formalmente ad *aggirare*. Le differenti modalità di "aggiramento" si possono realizzare, ad esempio, orientando la domanda di giustizia «attraverso l'offerta di giustizia» o esercitando la capacità di iniziativa in quei paesi «dove i pubblici ministeri appartengono al corpo dei magistrati e godono della stessa indipendenza» (p. 28). In tal senso, secondo Cassese, si pongono due questioni: in prima istanza, affiora la tematica relativa al controllo sull'attività giurisdizionale, e cioè l'identificazione del soggetto a cui spetta di valutare l'operato dei giudici quali decisori *di ultima istanza*; in secondo luogo, emerge, come nodo problematico, il complesso rapporto fra limitazione del potere e indipendenza: entro che termini l'eventuale limitazione del *potere* dei giudici implica, altresì, un vincolo e un limite per la loro *indipendenza*?

II.

La seconda sezione dell'opera («*Il governo dei giudici in Italia*») è volta ad analizzare le specificità della magistratura italiana, anche alla luce dei principi teorici espressi nella prima parte. Vengono riportati vari giudizi ed opinioni di diversi esponenti della magistratura, nonché taluni dati statistici, che sembrano appunto confermare la tendenza generale che le riflessioni teoriche dell'Autore avevano previamente delineato. In aggiunta, si evidenziano alcuni elementi e punti critici, i quali, però, non sono strettamente dipendenti dalla struttura in sé dell'ordine giudiziario: «la qualità delle leggi pessima», le «eccessive [...] figure di reato», l'elevato numero di avvocati o, ancora, «i magistrati selezionati male», le

⁸ Sulla figura del giudice in un'ottica teorico-giuridica, cfr. M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, pp. 9-51.

problematicità interne al Consiglio superiore della magistratura, «la Cassazione intasata da un numero abnorme di ricorsi» e «il carico di lavoro delle procure troppo alto a causa della obbligatorietà dell'azione penale» sono fra i principali difetti che l'Autore indica (p. 45). Questi aspetti, invero, come già accennato, non sono necessariamente correlati al potere giurisdizionale in sé, quanto, piuttosto – e ciò costituisce un elemento essenziale – prodotti *indiretti* della osmosi fra magistratura e politica, fra potere giudiziario e poteri esecutivo e legislativo.

Ad avviso di Cassese, una delle cause delle difficoltà a cui sta andando incontro la magistratura in Italia⁹ è identificabile proprio nella figura dei così detti «Magistrati ministeriali» (p. 47), che, esemplificando con chiarezza questa ambivalenza, descrive la presenza di magistrati all'interno delle strutture dipartimentali del Ministero della Giustizia. Si veda, ad esempio, «il capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria» che è «un magistrato e viene collocato fuori ruolo», venendo dunque «nominato dal governo», e, di conseguenza, «sottoposto al potere di indirizzo e controllo del ministro» (p. 48). Questo, a ben vedere, determina proprio una mancanza nella differenziazione dei ruoli: magistrati, scelti tramite pubblico concorso con il fine di esercitare la complessa arte del giudicare¹⁰, si trovano a svolgere funzioni amministrative che sono caratterizzate da un *telos* di diversa natura, precipuamente orientato a criteri di carattere gestionale.

Il connubio fra magistratura e funzioni amministrative si radica, storicamente, dopo i primi otto lustri dell'Unità d'Italia, trovando una via di sviluppo durante l'età giolittiana. In tale periodo, con una divisione e separazione¹¹ dei poteri piuttosto precaria e strutturalmente embrionale, «il personale di magistratura si impadronì del ministero [...], quando l'ordine

⁹ Sulla storia della magistratura in Italia: A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna, 2013.

¹⁰ Sul tema del 'giudizio', cfr.: M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989; R. VITI CAVALIERE, *Giudizio*, Guida, Napoli, 2009; F. CARNELUTTI, *Cosa è il giudizio?* (1948), in ID., *Arte del diritto*, a cura di D. CANANZI, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 49 ss.; S. SATTA, *La vita della legge e la sentenza del giudice* (1952), in ID., *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 2013, pp. 39-59; L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (1955), a cura di G. Pino, Roma Tre Press, Roma, 2021, in particolare pp. 79-128; A. LO GIUDICE, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, in AA.VV., *Dimensioni del diritto*, a cura di A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 249-272; A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milano, 2023.

¹¹ Per un'attenta analisi delle diverse interpretazioni e concezioni a cui può rimandare il concetto di 'separazione dei poteri', cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1-21.

giudiziario era considerato un “settore specializzato della pubblica amministrazione”» (p. 50), al fine di garantire «sbocchi aggiuntivi di carriera nel periodo della romanizzazione dello Stato», nonché, a livello istituzionale, per fungere «da schermo contro l’ingerenza governativa nella giustizia» (*ivi*).

A questa dinamica storica di influenza strutturale fra potere esecutivo e potere giudiziario si aggiungono ulteriori elementi problematici che attengono sia a dinamiche interne all’ordinamento giudiziario, sia a motivazioni esterne, soprattutto di carattere politico¹². Da un lato, infatti, si è assistito ad una mutazione implicita, secondo Cassese, del Consiglio superiore della magistratura che, da «organo di difesa dell’indipendenza», si è convertito in «“vertice organizzativo della magistratura”» (p. 57); d’altro lato, si è verificato un problematico fenomeno in virtù del quale la magistratura ha assunto un ruolo importante all’interno della *governance* del Paese, in ragione della mole, numericamente considerevole, di magistrati, sia all’interno del Parlamento nazionale che nelle posizioni apicali degli enti locali, generando quella serie di eventi che l’Autore ridefinisce come *giudiziarizzazione* della politica, favorita da un «politicizzazione endogena della magistratura» (p. 62).

A questi episodi, si accompagna un aumento quantitativo sul piano statistico dei magistrati in politica, che, se può avere argomenti favorevoli a suo sostegno – come, ad esempio, la necessità di non restringere la magistratura all’interno della propria *turris eburnea*, evitando che la stessa si chiuda in una dimensione corporativa –, può essere fomite di spiacevoli conseguenze: tra queste, ad esempio, il rischio che «la carriera politica sia costruita mediante l’esercizio della funzione giudiziaria (accusa o giudizio), alla ricerca di una “visibilità” acquisita mediante inchieste o giudizi spettacolari, e di consensi da parte dell’elettorato, o di partiti, o di fazioni» (p. 64).

La “crisi” non pertiene, però, solo alla struttura dell’ordine giudiziario ma concerne, altresì, la spesso caotica e poco razionale attività normativa del Parlamento che, legiferando continuamente in materia di giustizia, ha determinato, per quanto riguarda il settore penale, la moltiplicazione delle figure di reato, dando luogo al fenomeno di una “democrazia giudiziaria” che vede una «legge soggetta al giudice» (p. 74) ed in cui la eccessiva centralità della giurisprudenza ha fatto perdere solidità allo stesso principio

¹² Sul rapporto fra giustizia politica e magistratura, nella prima metà del Novecento, cfr. G. SCARPARI, *Giustizia politica e magistratura dalla Grande Guerra al fascismo*, il Mulino, Bologna, 2019.

di legalità e al concetto di riserva di legge, nella convinzione generale, sempre più diffusa, che «le norme si plasmino nel processo» (p. 75), nell'ottica di un radicale *law in action*¹³ che non ha alcuna cura per la dimensione genuinamente direttiva delle norme giuridiche, le quali, se non possono certo ridursi ad una rigida dimensione astratta, non possono neanche appiattirsi su una pura fattualità applicativa. Piuttosto, le regole – vivendo della loro 'processualità' normativa¹⁴, che rinvia al momento ermeneutico ed interpretativo quale fase decisiva per la costruzione di razionali criteri di giustizia orientati a precisi scopi sociali, a beneficio della collettività e dei singoli cittadini¹⁵ – si situano proprio in quel crinale fra astrattezza e concretezza in cui la responsabilità dell'interprete svolge un ruolo capitale.

III.

Quanto detto, suggerisce interessanti e significativi spunti teorici sotto molteplici angoli prospettici, che non si riducono alla mera realtà italiana ma coinvolgono, più nel complesso, la dimensione giuridico-statuale europea.

In primo luogo, emerge, negli odierni Stati (costituzionali) di diritto, una componente intrinsecamente giurisprudenziale che sembra richiamare i caratteri propri dello 'Stato giurisdizionale' di schmittiana memoria¹⁶. In essi, cioè, non vi è area che sia «immune dalla giurisdizione» (p. 77), invadendo, questa, ogni frammento del sociale, e venendo incontro, con i suoi strumenti, ad ogni esigenza scaturente dai contesti di società. Questa «moltiplicazione dei giudizi e delle sentenze» (*ivi*) provoca il rischio della mancanza di unitarietà e alimenta la possibilità di una frammentazione strutturale. Carattere accentuato, peraltro, dall'incidenza della

¹³ R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto*, trad. it. di G. Tarello, Sansoni, Firenze, 1963. Sul concetto di 'diritto in azione', si vedano altresì le riflessioni contenute in A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 2001, pp. 20 e 266.

¹⁴ Cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXX, 2001, pp. 493-507; ID., *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVIII, 2009, pp. 1899-1912. Più in generale, proprio sul ruolo 'inventivo' del giurista, nella fase di interpretazione, di attuazione e di applicazione della norma giuridica, oltre una ristretta visione legalistica: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

¹⁵ N. BOBBIO, *Umanità di un giudice*, in *Resistenza*, 16, 9, 1962, pp. 1-2, p. 1.

¹⁶ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 213.

giurisprudenza europea. Armonizzare questo sempre più variegato plesso di pronunce giurisprudenziali (nazionali e sovranazionali) risulta oltremodo arduo, generando il rischio di una confusione che, progredendo nel tempo, non sembra diminuire, e che, attraverso una sorta di circolo vizioso, continua ad autoalimentarsi, in virtù della moltiplicazione delle fattispecie e dell'ampia produzione di categorie e di istituti giuridici in grado di includere al loro interno ogni frangia del reale. L'emersione di nuove fattispecie fattuali, cioè, determina la necessità di un accrescimento e di un incremento quantitativo delle forme e degli schemi qualificativi, che, a loro volta, retroagiscono sulla stessa realtà sociale suggerendo rinnovate interpretazioni, destinate, presto o tardi, a comportare una rivisitazione complessiva di altri istituti giuridici, generando quel moto di proliferazione delle categorie¹⁷, che rappresenta una cifra ricorrente delle recenti analisi teorico-generalì e sociologico-giuridiche.

In secondo luogo, tutto questo fa nascere, per riflesso, un legittimo interrogativo circa lo 'stato di salute' di quel valore, connotato tipico dell'occidente giuridico, che suole denominarsi col termine di 'certezza del diritto'¹⁸. Il diritto, schiacciato nella sua componente puramente giurisprudenziale, se da una parte potrebbe valorizzare prospettive antiformalistiche aprendosi alle esigenze dei consociati, dall'altra aumenta i fattori di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni¹⁹. La consapevolezza, infatti, della natura interpretativa del diritto non deve condurre ad una obliterazione integrale della funzione

¹⁷ Sulla 'crisi' delle categorie giuridiche 'tradizionali': U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

¹⁸ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, Milano, 1968; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36, 1/1951, pp. 146-152.

¹⁹ La centralità della norma generale, quale modalità di direzione sociale attraverso la qualificazione di «classi di persone» e «classi di atti» è sottolineata da Herbert Hart: cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, p. 146 (corsivo nel testo). Sul rapporto fra diritto ed equità si vedano le analisi di Alf Ross, che pone in evidenza la dimensione ciclica delle fasi di maggiore o minore stabilità sociale, e le conseguenze che tali fasi producono sull'equilibrio fra il diritto posto e gli atti attuativo-applicativi: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 267. Con riferimento ai diversi momenti di maggiore o minore stabilità sociale si sofferma, citando l'opera di Cassese oggetto delle presenti riflessioni e sottolineando il ruolo degli organi giudiziari proprio nei periodi in cui prevale un certo grado di 'incertezza sociale', T. GRECO, *La solidarietà nel diritto. Sui fondamenti teorici dell'istituzionalismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, LI, 2022, pp. 31-56, p. 34.

direttiva dello stesso²⁰, che vive proprio attraverso la sua produzione di ‘senso’ a mezzo di una predeterminazione normativa, su un piano generale e astratto, delle norme valide. Quest’ultime, poi, “vivranno” – come poco sopra accennato – nella realtà sociale attraverso l’interpretazione che ne forniranno funzionari ed operatori (oltre ai semplici cittadini), ma, in fondo, vi dovrà essere sempre una base sostanziale, un nucleo semantico relativamente certo, che consenta di discriminare, almeno *a grandi linee*, i comportamenti leciti da quelli illeciti.

Infine – e ciò concerne specificamente la realtà istituzionale italiana –, l’insieme di questi processi mette in evidenza una scissione, una frattura decisiva fra momento regolativo e prassi politico-istituzionale, fra Costituzione ‘formale’ e Costituzione ‘materiale’²¹. Quest’ultima dicotomia, entrata oramai da decenni nel lessico quotidiano della teoria costituzionale e della filosofia del diritto pubblico, consente di sottolineare proprio la divaricazione fra la visione dell’ordine giudiziario prefigurata nella nostra Costituzione e il ruolo, diverso, che ha assunto negli ultimi anni. Come sottolineato infatti dall’Autore, nella Carta costituzionale si pensava alla magistratura come a «un corpo che amministrasse la giustizia, difeso da possibili interventi esterni, grazie alla sua indipendenza» (pp. 89-90). Tuttavia, un complesso di circostanze – fra cui le «debolezze del corpo politico» e la chiusura corporativa dell’organismo giudiziario (p. 90) – hanno modificato la Costituzione ‘materiale’, facendo acquisire al potere giudiziario, per converso, un ruolo inedito ed estremamente importante nel «sistema politico-costituzionale, a danno degli altri due poteri dello Stato» (p. 90). Ciò ha comportato l’esigenza e la necessità di una riflessione più attenta e maggiormente approfondita del ruolo che la magistratura ha assunto negli odierni Stati europei in ragione delle articolate dinamiche fra politica e giustizia ma, altresì, per i riflessi che tale fenomeno ha generato nella complessiva visione del diritto e dei suoi principali connotati teorici, su cui il brillante e intelligente volume di Sabino Cassese ci fornisce interessanti indicazioni per rinnovate traiettorie d’indagine e per profondi spunti di riflessione.

²⁰ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 159: «La vita del diritto consiste in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni di criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso» (corsivo nel testo).

²¹ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. Per una panoramica si vedano, almeno: M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia Constitucional*, 12/2011, pp. 21-30; M. GOLDONI, M.A. WILKINSON (a cura di), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.