

**Filippo Gallo**, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014.

Si può ancora affermare che la magistratura sia un ordine e che i giudici siano soggetti alla legge, come si afferma nella nostra Costituzione, oppure si deve ammettere che, nella realtà, i giudici costituiscano un 'potere' in grado di affiancarsi a quello propriamente legislativo, talora sovrastandolo?

A questo attualissimo interrogativo tenta di dare una risposta, su solide basi storiche, il volumetto di F. Gallo, il quale costituisce – per espressa indicazione dell'A. – l'ampliamento, con identico titolo, di una conferenza tenuta la scorsa primavera presso l'Accademia delle Scienze di Torino.

Aprono l'opera alcune precisazioni preliminari, come l'osservazione che la funzione giurisdizionale è contemplata pressochè da tutte le costituzioni moderne. In quella italiana, la Magistratura è considerata un 'ordine', mentre in altre è ritenuta un 'potere'. Tra le due definizioni sussistono, come è ovvio, abissali differenze. Uno degli obiettivi di fondo del saggio è rappresentare, meglio, svelare l' 'ideologia' della soggezione del giudice alla legge. Secondo tale visione, 'ideologica' poichè, secondo l'A., basata su una consuetudine pacificamente e acriticamente ac-

cettata, la funzione del giudice si ridurrebbe – per espressa volontà legislativa – all'applicazione della legge al caso concreto, attraverso una mera operazione sillogistica scevra da qualsivoglia elemento di discernimento personale.

Alla stessa visione 'ideologica' è ispirata, ad esempio, la credenza, diffusissima, che il diritto possa essere 'naturale', laddove – osserva l'A. – la componente artificiale, direi quasi 'manuale' dello *jus*, era già stata percepita e teorizzata nell'esperienza giuridica romana (celebre, al riguardo, la definizione del diritto tramandata da Celso figlio).

Altro dogma 'ideologico' a cui l'A. non riconosce alcun carattere scientifico è quello, di matrice hegeliana, secondo il quale lo Stato è una manifestazione di Dio nel mondo. Per quanti credono alla sua esistenza, Dio non ha alcun elemento artificiale; lo Stato, viceversa, è un elemento artificiale, poichè sussiste insieme ai cittadini che lo compongono: «la divinizzazione dello stato è mera ideologia: essa esiste solo nella mente di chi la propone e di coloro che la condividono» (8). La visione hegeliana dello stato ha senza dubbio ascendenze tipicamente giustiniane: le leggi emanate dall'Imperatore presentano un carattere sacrale e lo stesso imperatore, assistito dalla divinità, tratta gli individui al pari di sudditi, non cittadini.

Esaurita questa premessa, l'A. focalizza l'attenzione sul panorama legislativo italiano e sulle interpretazioni possibili dell'art. 104, comma

1, Cost. La Magistratura – osserva l’A. – può essere, in astratto, ritenuta un ‘potere’ oppure (e questa è stata la scelta operata dai nostri Costituenti) un ‘ordine’. La lettera, invero non chiarissima, del dettato costituzionale è stata, nei decenni a seguire, oggetto di molteplici interpretazioni dottrinali. L’A., in particolare, sottopone a critica il pensiero del processualista Giovanni Verde.

Quest’ultimo congettura che i costituenti avessero in realtà in mente di configurare la Magistratura come un ‘potere neutro’, distinto dagli altri tradizionali unicamente per la mancanza di responsabilità politiche e di governo.

Pur avendo colto – sottolinea l’A. – la problematicità del rapporto tra i giudici e la legge, risolto, sin dalla *legum permutatio* giustiniana, nel senso della soggezione dei primi alla seconda, Verde non sembra approdare a conclusioni corrette, nel momento in cui identifica il ‘potere’ con l’ ‘ordine’ e attribuisce al primo la qualifica di ‘neutro’, a tal fine escogitata (ed assente nel testo costituzionale).

Del resto – rileva l’A – la ‘soggezione del giudice alla legge’, se letteralmente e acriticamente intesa, conduce al paradosso per cui, considerando anche la possibile formazione consuetudinaria del diritto, i giudici sono sottoposti alle norme emanate dai rappresentanti eletti dal popolo, ma possono non esserlo a quelle poste diret-

tamente da esso attraverso un comportamento concludente reiterato nel tempo e non vietato.

La riformulazione del tenore dell'art. 101 Cost. proposta dal Verde, insomma, sembra andare «oltre il segno», poichè presuppone, in completa opposizione con il sistema concretamente disegnato dalla nostra Costituzione, una condizione di spiccata, assoluta indipendenza ed autonomia dei giudici. Essa implica, soprattutto, la collocazione, in posizione di sumpremazia, del 'caso' sulla legge. L'A., sul punto, osserva come la 'soggezione dei giudici alla legge' è stata assunta invece dai nostri Costituenti probabilmente nel significato ideologico derivato dalla *legum doctrina* giustiniana.

Ma la migliore soluzione del rapporto tra il giudice e la legge – secondo lo Studioso, il quale ha dedicato molti studi all'argomento – rimonta all'esperienza romana del diritto pretorio. Il pretore, pur nella necessaria soggezione all'editto e alle norme generali e astratte contenute nelle *leges*, assicurava caso per caso il perseguimento del *bonum* e l'*aequum*, correggendo, come è noto, grazie all'*imperium*, il rigore e l'arretratezza dello *ius civile*. Ma – osserva l'A. – un recupero integrale di tale esperienza giuridica, specie con riguardo alla 'creatività' della funzione giudicante, non appare agevolmente proponibile, in questo momento storico, nel nostro ordinamento.

In cosa si concretizza, allora, oggi, la soggezione del giudice alla legge? Nel saggio si osserva che essa, nel senso in cui è intesa al livello ufficia-

coniuntamente agli elementi qualificanti e caratterizzanti che distinguono, tra loro, i sistemi giuridici» (60).

La auspicata valorizzazione, insomma, di questo fondamentale momento di riforma di Giustiniano permette – conclude l'A. – da un lato di recuperare le origini della soggezione del giudice alla legge (nel caso di specie: alla volontà normativa insita nell'*os Imperatoris*); e, dall'altro, consente di cogliere più attentamente i tratti di discontinuità emersi rispetto al diritto classico (in primo luogo: il dissolversi della 'artificialità' del diritto). [Annalisa Triggiano].

sull'argomento<sup>1</sup> – mostra perdurante disattenzione al rilevante fenomeno di politica legislativa, peraltro testualmente menzionato nella costituzione giustiniana *Omnem*, con cui Giustiniano riformò gli studi giuridici.

Secondo la *legum doctrina* giustiniana, sostituita da Giustiniano all'*ars iuris*, le *leges* non sono più una delle fonti del diritto ma costituiscono esse stesse il diritto. E, a sua volta, la *legum permutatio* non è stata compresa a fondo nella sua portata rivoluzionaria, tanto che gli stessi Commissari giustiniani, attraverso il sintagma in parola, hanno tentato di giustificare una pretesa continuità dello sviluppo del diritto romano da Romolo a Giustiniano (tra i romanisti del Secolo scorso, anche Riccobono ha rivendicato, ricorda l'A., una continuità tra diritto classico ed epoca giustiniana).

Ma – osserva l'A. – la portata della *legum permutatio* non può essere disconosciuta, a dispetto della 'rimozione' di essa avvenuta nei secoli successivi al tramonto della civiltà romana (56 ss.).

La *legum permutatio*, a ben vedere, «ebbe quale oggetto centrale la visione generale del diritto

<sup>1</sup> F. GALLO, *La 'legum permutatio' giustiniana rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione. Introduzione al tema*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Guzman Brito*, a cura di P. Ignacio Carvajal, M. Miglietta, Alessandria, 2011, 527 ss.; nonchè, su questa Rivista, ID., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*, III, 2010.

le nel nostro sistema, presuppone la preesistenza delle prescrizioni normative rispetto ai casi da decidere. Eppure, storicamente, la preesistenza delle norme rispetto al caso non costituisce una regola fissa, almeno fino all'avvento di Giustiniano (30 ss.). L'A. si diffonde, dunque, in una breve ricostruzione del sistema giustiniano.

L'Imperatore, infatti, allo scopo di limitare la *prolixitas litium* e di eliminare ogni possibile antinomia normativa, promuove l'obbligo di ricorrere al 'lume imperiale' in ogni caso di ritenuta lacuna normativa o incertezza interpretativa (tale sistema ispirerà, molti secoli dopo, il 'référé législatif' d'Oltralpe, poi tramontato con l'esperienza napoleonica).

Ma il meccanismo si rivela fallimentare, tanto che Giustiniano, attraverso la Novella 125, cambiando decisamente rotta prescrive a tutti i giudici dell'impero di non ricorrere più al lume imperiale per le cause ad essi sottoposte, bensì di esaminarle *perfecte*, decidendo autonomamente ciò che ad essi appariva *iustum legitimumque*.

Una prima conclusione, dunque, può essere tratta: Giustiniano non riesce – rileva l'A. – nel tentativo di ridurre i giudici alla 'bocca della legge' e di sradicare le lungaggini processuali. L'ideologia della soggezione del giudice alla legge, così radicata nella nostra esperienza giuridica, è estranea a molte esperienze giuridiche, sia passate che attuali.

A questo punto, l'A. si sofferma, con riguardo a queste ultime, sul 'common Law' (40 ss.). Il giudice resta il principale organo di produzione del diritto, attraverso le sue sentenze. Egli – come è noto – non è soggetto alla legge, lo è rispetto ai precedenti giudicati, ma non per questo – rileva l'A. – risulta, nei sistemi giuridici di matrice anglosassone, compromessa l'indefettibile necessità della certezza del diritto.

Per quello che riguarda l'esperienza giuridica romana, l'A. ritorna sull'artificialità del diritto scolpita nella definizione celsina dello *ius* come *ars boni et aequi* (43 ss.). L' 'artificialità' del diritto secondo Celso concerne sia la 'produzione' che il 'prodotto': «il genere prossimo del *ius* è individuato nell'*ars*, avente ad oggetto la sua produzione intesa in senso ampio, abbracciante cioè tutte le attività che ad esso danno vita. La differenza specifica, rappresentata col binomio *bonum et aequum*, concerne sia la produzione che il prodotto» (42).

Il diritto pretorio, insomma, si colloca chiaramente nella prospettiva dell'artificialità del diritto, ed emerge, in esso, una considerazione del giudice che è ben lungi dall'essere configurabile come 'soggezione'.

Ma l'attenzione alle complesse componenti della 'artificialità' e praticità del diritto (il *ius*, il *bonum*, e l'*aequum*) pare essere, storicamente, andata perduta, tanto nei sistemi di 'civil Law' quanto in quelli di 'common Law'.

Nei primi, il diritto tende ad essere circoscritto alle norme generali; nei secondi, alle sentenze.

All'opposto, la riduzione della funzione giudiziaria a mera applicazione della legge ha avuto illustri teorizzatori. Montesquieu, nella sua celebre teoria della divisione dei poteri, mutua la fortunata, ma distorta, immagine del giudice 'bocca della legge' dalla *legum permutatio* giustiniana. Eppure – nota l'A. – la riduzione menzionata appare assai difficile da realizzare, in base, principalmente, a due elementi.

Il primo è quello del linguaggio: ogni testo è suscettibile di varia interpretazione e dunque è impossibile costringere gli enunciati nella griglia di un unico, e permanente, significato. Il secondo è quello della natura stessa delle sentenze emanate dai giudici: esse sono, appunto, prodotte da menti e ragionamenti estremamente mutevoli: in breve – chiosa l'A. – la sentenza «non è una sorta di stampo della norma applicata» (48).

Ma, allora – si chiede, tornando al diritto romano, l'A. – come mai nella tradizione romanistica si è completamente persa di vista la sussunzione del diritto nel genere *ars* e, con essa, la percezione della sua 'artificialità'? Una delle cause più probabili – osserva lo Studioso – è determinata dalla 'rimozione' della *legum permutatio* operata da Giustiniano.

La stessa scienza romanistica – nota amaramente l'A., che ha condotto studi approfonditi