

prof. GÜNTER HIRSCH  
Presidente del Bundesgerichtshof

VERSO UNO STATO DEI GIUDICI?  
A proposito del rapporto tra giudice e legislatore  
nell'attuale momento storico<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: I. I giudici prendono il potere? – II. Soggetti alla legge, vincolati al diritto. – III. Di fatto, non di diritto, la legge è autorità suprema per il giudice. – IV. La legge può essere più saggia del legislatore. – V. Lo Stato dei giudici è la concretizzazione dello Stato di diritto. – VI. Giudice e legislatore: simbiosi con flessibile divisione del lavoro. – VII. La europeizzazione della legislazione conduce alla europeizzazione della interpretazione. – VIII. Il giudice – servitore o pianista?

Da quando, nel 1959, uscì la monografia di RENÉ MARCIC “*Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*” è diventata un’abitudine la messa in guardia contro “l’oligarchia giudiziaria” (*oligarchischer Richterstaat*)<sup>1</sup>. Allo stesso tempo diventano sempre più forti le critiche nei confronti del legislatore, che sommerge il paese con un’inondazione di norme, che non raggiungerebbero più il cittadino e che talvolta sarebbero di dubbia qualità e avrebbero imprevedibili conseguenze<sup>2</sup>.

La critica secondo cui i giudici – come si suppone – non vogliono più svolgere il ruolo loro assegnato dalla Costituzione (ovvero, come ebbe a dire PHILIPP HECK nel 1914, essere servitori della legge), non è nuova. Un breve “intervento” del sottoscritto sulla *Zeitschrift für Rechtspolitik* (“*Der Richter wird’s schon richten*”)<sup>3</sup> ha tuttavia acceso il dibattito intorno al rapporto del giudice con il legislatore. Esso viene citato soprattutto da B. RÜTHERS E C. MÖLLERS a conferma della loro tesi, secondo cui i giudici vogliono sciogliersi dallo stretto vincolo alla legge e l’equilibrio istituzionale deve essere spostato a favore del terzo potere<sup>4</sup>.

\* Scritto pubblicato in *Juristenzeitung*, 2007, 853 col titolo *Auf dem Weg zum Richterstaat?* Traduzione a cura di *Kolis Summerer*, assegnista di diritto penale presso l’Università di Bologna.

<sup>1</sup> Si veda, in particolare, RÜTHERS, *Juristenzeitung* 2002, 365 e *ivi*, 2006, 958.

<sup>2</sup> L’istituzione di un autonomo consiglio per il controllo delle norme presso la Cancelleria, decisa nell’estate 2006 dal *Bundestag*, è espressione di questa tendenza; al riguardo, merita una lettura B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, 2006.

<sup>3</sup> *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, 161.

<sup>4</sup> RÜTHERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28.12.2006; IDEM., in *Juristenzeitung*, 2006,

## I. I giudici prendono il potere?

La discussione sul confine tra competenze legislative e giudiziarie è antica almeno quanto la divisione dei poteri. A partire da MONTESQUIEU (1748), lo Stato si regge su un equilibrio costantemente minacciato nel quale i tre poteri si controllano e si limitano reciprocamente. Tuttavia, secondo MONTESQUIEU tra i tre poteri quello dei giudici è “*en quelque facon nulle*” (quasi pari a zero), poiché i giudici sarebbero soltanto bocca della legge, nulla più (“*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”)<sup>5</sup>. A questa famosa citazione ritorna la mente quando si sentono o si leggono le lamentele, secondo cui i giudici si sottraggono sempre più allo stretto rispetto della legge e alla volontà del legislatore.

Così, si lamenta “il proliferare del diritto giurisprudenziale”, che in sostanza sarebbe un “atto di politica del diritto” (e perciò non più di giurisprudenza); i giudici avrebbero la tendenza, sulla base delle proprie idee di giustizia e per mezzo di adeguate strategie di “interpretazione”, o meglio di integrazione, a scostarsi da esistenti valutazioni legislative, cioè a rifiutare il rispetto della legge”; strumento del rifiuto sarebbe il metodo “oggettivo” di interpretazione, secondo cui alla reale volontà del legislatore sarebbe riconosciuto soltanto un ruolo secondario, mentre alle “idee soggettive dei giudici si aprirebbero ampie possibilità di imporsi, quasi a piacere”<sup>6</sup>.

Se la critica fosse giusta, la Germania si troverebbe in una crisi costituzionale; lo Stato di diritto fondato sulla divisione dei poteri sarebbe in pericolo.

Una “prova certa di quanto la Repubblica federale si sia già trasformata da uno Stato di diritto in uno Stato dei giudici” è individuata da RÜTHERS nella “accanita lotta dei capi di partito per il monopolio nell’elezione dei giudici”<sup>7</sup>. Questa sarebbe, a prescindere dalla correttezza, solamente una conferma del fatto che “capi di partito” credono di poter influenzare la giurisprudenza attraverso l’elezione di determinati giudici nelle corti federali. Ma ciò sarebbe una falsa credenza, quanto meno per il *Bundesgerichtshof*.

Alcuni rinvergono una ulteriore prova di ciò nell’“intervento” del Presidente del *Bundesgerichtshof*: persino al più alto rappresentante della giustizia ordinaria il vincolo del giudice alle leggi sembrerebbe davvero non piacere<sup>8</sup>;

958; IDEM., *ivi*, 2007, 556, 559; MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, libro XI cap. 6.

<sup>6</sup> Si veda, in particolare, RÜTHERS, in *Juristenzeitung*, 2002, 365.

<sup>7</sup> RÜTHERS, in *Juristenzeitung*, 2002, 365, 371.

<sup>8</sup> MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

egli rifiuterebbe di vedere i giudici come “servitori della legge” (laddove lo stesso re prussiano Federico II si considerava “primo servitore dello Stato”)<sup>9</sup>.

## II. Soggetti alla legge, vincolati al diritto

Dietro questa cortina fumogena, un solido ancoraggio costituzionale lo si trova nell’art. 20, comma 3, *Grundgesetz* (d’ora in poi *GG*) dove si afferma con ammirevole concisione e pregnanza, che la giurisprudenza è “vincolata alla legge e al diritto”. Non si tratta di una tautologia. La formula, come ha stabilito il *Bundesverfassungsgericht*, mantiene ferma “la consapevolezza che, in generale, legge e diritto di fatto coincidono, ma non necessariamente e non sempre”<sup>10</sup>. Questa norma costituzionale è la reazione all’amara esperienza nazionalsocialista, dalla quale abbiamo appreso che possono esistere leggi ingiuste, “che l’ordinamento positivo e l’idea del diritto possono divergere”<sup>11</sup>. Con ciò, la Costituzione respinge un “positivismo legislativo privo di valori” e offre la possibilità di preferire il principio della giustizia materiale alla validità della legge positiva<sup>12</sup>. “In altri termini, la Costituzione conosce l’alto valore, ma anche i limiti del diritto tradotto in legge”<sup>13</sup>. Lo “Stato di diritto”, come sappiamo dai tempi di *Tacito*, è appunto qualcosa di diverso dallo “Stato delle leggi”.

Tuttavia, un’altra norma costituzionale (art. 97, comma 1, *GG*) sancisce che i giudici sono “indipendenti e soggetti soltanto alla legge” (cioè allo stesso tempo indipendenti e dipendenti)<sup>14</sup>. Questa formulazione si discosta di fatto dal vincolo del giudice “alla legge e al diritto” di cui all’art. 20, comma 3, *GG*. A prescindere dal fatto che l’art. 20, comma 3, *GG*, in quanto “norma fondamentale dello Stato”, ha rango più elevato rispetto all’art. 97, comma 1, *GG*<sup>15</sup>, quest’ultima disposizione ha per scopo la garanzia costituzionale della indipendenza del giudice e non mette in dubbio la fondamentale differenza fra

<sup>9</sup> RÜTHERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28.12.2006.

<sup>10</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 286; MÖLLERS attribuisce erroneamente questa citazione al Presidente del *Bundesgerichtshof* (loc.ult.cit.).

<sup>11</sup> HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 20, VI, n. 53.

<sup>12</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 3, 232.

<sup>13</sup> DI FABIO, in *Handbuch des Staatsrechts* (a cura di ISENSEE-KIRCHHOF), 3. ed., II, § 27, n. 26.

<sup>14</sup> Non corrisponde al vero l’affermazione di RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2006, 958, 959) che nell’“intervento” del Presidente del *Bundesgerichtshof* (*Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, 161) non sarebbe citata la norma costituzionale dell’art. 97, comma 1 *GG*, così importante per il tema in discussione.

<sup>15</sup> Cfr. HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 97, I, n. 5.

diritto e legge. Rimane dunque la constatazione che, in vigenza della Costituzione, nessun giudice, richiamandosi al suo vincolo alla legge, può rassicurarsi con il fatto che – ipoteticamente – una evidente violazione dell’idea di giustizia sia consentita o imposta in una legge.

Già uno sguardo al passato tedesco vieta di postulare qualsiasi vincolo assoluto alla legge, posto che la strada che condusse allo Stato nazionalsocialista era lastricata di leggi e ordinanze (basti pensare soltanto alla legge speciale – *Ermächtigungsgesetz* – che, di fatto, consegnò la Costituzione nelle mani di Hitler, e alle leggi razziali di Norimberga, che privarono gli ebrei dei diritti civili, introducendo fra l’altro la fattispecie di infamia razziale - *Rassenschande*). Ciò non significa certamente che i giudici nel Terzo *Reich* siano responsabili soltanto di aver obbedito a leggi ingiuste; piuttosto, nessuno mette in dubbio che, richiamandosi alla volontà del *Führer* ed al sano sentimento del popolo, talune pronunce giurisprudenziali abbiano finito col fare un’applicazione perversa anche di leggi ineccepibili per uno Stato di diritto<sup>16</sup>.

### III. *Di fatto, non di diritto, la legge è autorità suprema per il giudice*

Nonostante il principio fondamentale espresso nell’art. 20, comma 3, *GG*, secondo il quale il vincolo del giudice alla legge è limitato, questi non può “abbandonare il sentiero del rispetto della legge semplicemente con la giustificazione che l’idea di giustizia esiga appunto qualcosa di diverso”<sup>17</sup>. Così come egli non può tradire il diritto con la legge, egli non può svuotare la legge richiamandosi alla sua morale privata. Ci troviamo al di là sia del diritto naturale sia del positivismo giuridico.

La Germania è uno Stato di diritto con solide basi e con un differenziato sistema di tutela giuridica. La legislazione è democraticamente legittimata, essa è sottoposta a controlli costituzionali estremamente efficaci da parte del

<sup>16</sup> Così, a ragione, per es. RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2007, 556, con ulteriori riferimenti; l’accusa di RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2006, 958, 959) e di MÖLLERS (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006), secondo cui il Presidente del *Bundesgerichtshof* contribuirebbe ad una “gigantesca polverizzazione della storia”, che affermerebbe che il positivismo giuridico sarebbe stato la vera causa della prassi dell’ingiustizia nello Stato dell’ingiustizia (egli non conoscerebbe “la lezione storica”) è assurda (cfr. i numerosi riferimenti alla sua posizione riguardo alla ingiustizia del nazionalsocialismo in GODAU-SCHÜTTKE, *Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland*, 2005, così come, in particolare, in *Beiträge zum Widerstand 1933-1945*, HANS VON DOHNANYI, 2003, 13 ss.).

<sup>17</sup> HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, Art. 20, VI, n. 53; cfr. anche HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., 1995, 87.

Presidente della Repubblica (che deve esaminare la legittimità costituzionale delle leggi prima della loro promulgazione e che, come l'esperienza ha dimostrato, prende questo compito sul serio), del *Bundesverfassungsgericht* così come dei più di 21.000 giudici (che non possono né applicare né respingere una legge ritenuta incostituzionale, dovendo sottoporla allo scrutinio del *Bundesverfassungsgericht* ai sensi dell'art. 100 GG).

L'idea alla base dell'art. 20, comma 3, GG, che la legge scritta e il diritto non scritto possano divergere e che per il giudice non esista pertanto un vincolo assoluto alla legge, costituisce dunque condizione di uno Stato di diritto; che la condizione non si realizzi, è nella natura dello Stato di diritto.

Di fatto, il problema sta al di sotto del principio costituzionale che esclude un vincolo assoluto del giudice alla legge; tuttavia si può cogliere in esso un riflesso di tale principio. La questione è: dove si situano i confini della interpretazione giudiziale delle leggi e della evoluzione del diritto? quando e quanto il giudice può (o deve) allontanarsi dall'evidente significato letterale della legge e dalla volontà del legislatore attraverso l'interpretazione e il completamento della norma, di quali metodi egli deve servirsi?

Il metodo della interpretazione della legge è il criterio della concreta applicazione del diritto (*Rechtsfindung*). La questione fondamentale è se, scopo della interpretazione sia l'accertamento e il rispetto della reale volontà del legislatore o invece il significato normativo della legge. Questa dicotomia della cosiddetta teoria soggettiva e oggettiva ha contraddistinto la relativa letteratura giuridico-filosofica e metodologica del 19° e 20° secolo ed è legata a grandi nomi (WINDSCHEID, RADBRUCH, ENNECCERUS, NIPPERDEY, HECK, LARENZ, CANARIS). Gli attuali attacchi contro la giurisprudenza si basano, in sostanza, sul rimprovero di una errata scelta di metodo: quella dei tribunali federali si risolverebbe in uno strumento di potere (!) per la conservazione e la trasformazione dell'ordinamento giuridico; i giudici agirebbero sistematicamente a piacere, con attenzione ai risultati e smontando la reale volontà del legislatore determinerebbero "il passaggio da un democratico Stato di diritto ad un oligarchico Stato dei giudici"<sup>18</sup>.

#### IV. La legge può essere più saggia del legislatore

Il metodo interpretativo può decidere l'esito di una controversia giuridica. La sua scelta perciò non è uno strumento neutro, non vincolante per la con-

<sup>18</sup> Così RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2002, 365 e *ivi*, 2006, 958.

creta applicazione del diritto; la scelta ha piuttosto valore giuridico. Nella giurisprudenza tedesca si è affermato il metodo oggettivo, secondo il quale la volontà del legislatore storico deve essere considerata un aspetto fondamentale nella interpretazione, ma in caso di contrasto deve cedere in favore di criteri oggettivo-teleologici. Decisiva per la interpretazione di una legge è in definitiva la volontà oggettivata del legislatore, volontà che però di regola coincide con l'intenzione problematicamente orientata del legislatore. Vale ancora la classica definizione di SAVIGNY, secondo cui l'interpretazione è "la ricostruzione dell'idea interna alla legge", sicché per lui non si trattava delle idee puramente soggettive delle persone coinvolte nel procedimento legislativo, bensì di ciò che deve essere disciplinato dalla legge.

Se il legislatore non è riuscito a formulare in modo adeguato la propria intenzione, se dà luogo ad errori o idee sbagliate o se il processo di invecchiamento di una legge ha fatto sì che questa non corrisponda più alla attuale concezione dei valori o alle esigenze dell'odierno traffico giuridico, allora la teoria oggettiva offre ai giudici la possibilità di scostarsi dalla volontà soggettiva del legislatore storico. In questo senso, vale proprio la affermazione di GUSTAV RADBRUCH e del *Bundesverfassungsgericht*, che la legge può essere talvolta più saggia del legislatore<sup>19</sup>.

### V. Lo Stato dei giudici è la concretizzazione dello Stato di diritto

Questa idea che la legge possa essere più saggia di coloro che la crearono non è (forse) la vera menzogna dei giudici, perché nasconde il fatto che essi si ritengono più saggi del legislatore? Non si tratta in realtà della "ratio iudicii", spacciata per "ratio legis"?<sup>20</sup>

Vero è che, di fatto, il giudice è impegnato con la sua personalità e con tutta la sua soggettività (la sua "pre-comprensione") nella individuazione del diritto applicabile<sup>21</sup>. Ma egli non può semplicemente porre la propria concezione di giusto e sbagliato al posto di quella del legislatore, egli non è libero nell'interpretare il diritto in senso evolutivo. Egli deve individuare lo scopo della legge, il *telos* ad essa immanente, egli deve ricercare ciò che il legislatore per-

<sup>19</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 36, 362; cfr. al riguardo FOERSTE, *Juristenzeitung*, 2007, 122, 124.

<sup>20</sup> Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 178, nota 160; KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2. ed., 2005, 115; SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. ed., 2001, *Introduzione*, n. 65.

<sup>21</sup> Fondamentale ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970.

seguiva mediante la disciplina in vista della soluzione di un problema concreto, egli deve orientare la propria decisione a scelte di valore di natura giuridica fondamentale. In breve: il giudice è vincolato a determinati metodi di applicazione del diritto così come a indicazioni costituzionali. Che questa cornice dell'accertamento valutativo dia spazio ad "elementi di volontà" costituisce un dato immanente al sistema, non criticabile dal punto di vista costituzionale<sup>22</sup>. Nei casi in cui dalla legge non si può ricavare alcuna risposta alla questione giuridica posta ("lacuna nella legge"), in cui la scelta legislativa di valore deve essere attualizzata (ad esempio, considerare il convivente come componente della famiglia secondo la disciplina della locazione) o non abbia trovato nella legge un sufficiente, leggibile riflesso, l'applicazione della legge costituisce il vero e proprio onere, non il piacere dell'essere giudice<sup>23</sup>.

In dottrina è controverso se una interpretazione giudiziale possa spingersi anche ad ignorare un univoco e intenzionale ordine legislativo (*contra legem*)<sup>24</sup>. A prescindere dal fatto che questo non sarebbe più un atto di interpretazione della legge, ma la negazione della legge, nella prassi esso resta privo di rilevanza. La *lex*, alla quale è vincolato il giudice, non comprende soltanto la norma scritta, ma anche la omogeneità valoriale e la completezza dell'ordinamento nel suo complesso. Le leggi sono segnate dalle idee del legislatore, che è sempre legato ad un orizzonte conoscitivo condizionato al tempo ed al contesto. È compito naturale del giudice realizzare lo scopo della legge e i valori, che il legislatore intendeva con essa esprimere ("volontà oggettivata del legislatore", "contenuto normativo della legge"). Anche se abbandona il terreno del diritto scritto, ciò non significa che egli abbia abbandonato il terreno del *Grundgesetz*. Non sempre agire al di fuori della legge significa agire contro la legge.

I critici del praticato metodo interpretativo dubitano che proprio i giudici siano chiamati ad assumere, come parametro per l'interpretazione, la volontà oggettivata del legislatore (che in verità sarebbe la loro volontà, che essi attri-

<sup>22</sup> *Entscheidungen des Bundeverfassungsgerichts*, vol. 34, 287, in *Juristenzeitung*, 1973, 662, 665, con nota di KÜBLER.

<sup>23</sup> Riguardo alla competenza del giudice a reagire ad un "cambiamento di valori", v. FOERSTE, *op.cit.*, 125; RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2002, 365,369) accusa i giudici federali di provare "piacere per la possibilità creativa politico-giuridica".

<sup>24</sup> Cfr. al riguardo NENNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. ed., 2005; CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. ed., 1983 (in particolare, p. 139 ss., „lacuna teleologica“); KRAMER, *op.cit.*, (in particolare, p. 169); ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre – eine Einführung*, 10. ed., 2006 (in particolare, p. 65 s., „lacuna di valutazione“).

buiscono alla legge). Il metodo interpretativo oggettivo implicherebbe “il metodico volo cieco di coloro che applicano il diritto al di là dei confini delle competenze costituzionali, la mascherata pretesa dei giudici di legiferare contro la legge e la Costituzione”. Essa trasformerebbe i tribunali da servitori delle leggi a padroni dell’ordinamento<sup>25</sup>.

La caricatura della permanente e strutturale pretesa di legiferare da parte della nostra giurisprudenza misconosce sia la realtà sia la situazione costituzionale. Chi altri, se non il giudice, nello Stato di diritto basato sulla divisione dei poteri è chiamato nel singolo caso concreto a trovare la risposta del diritto a conflitti di valore, anche quando la legge tace (ad esempio, sulla questione se accertamenti anonimi della paternità legittimino la contestazione di paternità)<sup>26</sup> o non ha tenuto il passo con l’evoluzione (ad esempio, la notifica sostitutiva ai coinquilini)<sup>27</sup>. Perché è contrario alla Costituzione il fatto che il giudice, nei limiti indicati, non fonda la decisione della controversia su ciò che il legislatore (i funzionari dei ministeri? il servizio stampa? un ministro? dei deputati? un capo di governo nel consiglio federale?) voleva dichiaratamente disciplinare con la norma (probabilmente in passato), ma su ciò che corrisponde alla “*ratio legis*” attraverso una “interpretazione creatrice”<sup>28</sup> conforme a Costituzione? “La interpretazione di una norma di legge a lungo andare non può sempre fermarsi al significato assegnatole al momento della sua formazione... il giudice non può sottrarsi ad un possibile conflitto della norma con la concreta idea di giustizia in una società in cambiamento facendo riferimento all’immutato significato letterale della legge; egli è costretto ad una più libera utilizzazione (!) della norma giuridica, se non vuole mancare al suo compito di *ius dicere* (*recht-sprechen*)”<sup>29</sup> La individuazione del diritto applicabile non è un atto di “archeologia interpretativa”<sup>30</sup>. La legge è comunque in molti casi un “dominio del morto sul vivo”; questo dominio dovrebbe essere relativizzato mediante una applicazione evolutiva del diritto, che incroci così passato e presente<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2002, 365, 366, 368.

<sup>26</sup> *Bundesgerichtshof (in Zivilsachen)*, 162, 1 ss., in *Juristenzeitung*, 2005, 624, con nota di ANSGAR OHLY.

<sup>27</sup> *Bundesgerichtshof*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, 1562 s.; al riguardo, NENNER, *op.cit.*, 155.

<sup>28</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 287, in *Juristenzeitung*, 1973, 662, 665, con nota di KÜBLER.

<sup>29</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 288, 289, in *Juristenzeitung*, 1973, 666, con nota di KÜBLER.

<sup>30</sup> KRAMER, *op.cit.*, 119.

<sup>31</sup> EHRlich, *Die juristische Logik*, 2. ed., 1925, 160; KRAMER, *op.cit.*, 120.



Il concetto di Stato dei giudici non acquista alcuna valenza negativa, ma al contrario costituisce la concretizzazione dello Stato di diritto. “Nello Stato di diritto il carico principale della responsabilità per la libertà del singolo e per il benessere comune grava sul giudice” (RENÉ MARCIC, 1957, il quale concepisce il passaggio dallo Stato delle leggi allo Stato dei giudici come progetto di una “moderna teoria politica della democrazia”).

In uno Stato di diritto la competenza dei giudici ad interpretare e sviluppare il diritto non è rivolta contro il legislatore, meno che mai costituisce un potere usurpato, bensì patrimonio specifico del terzo potere e parte integrante della divisione dei poteri.

Poiché una norma non può rimanere pietrificata in un mondo che si trasforma costantemente, deve mutare continuamente il suo contenuto. Così, per esempio, le leggi di polizia mantengono immutato da oltre un secolo il concetto centrale di “ordine pubblico”. Un tempo fumare in pubblico era considerato altamente contrario all’ordine, mentre non era tale la condotta del cittadino che avesse svuotato la spazzatura in strada<sup>32</sup>. Dopo che l’interpretazione si è trasformata nel suo contrario, il pendolo probabilmente torna di nuovo indietro.

Chi se non il giudice dovrebbe essere chiamato in base alla Costituzione a determinare attraverso i metodi giuridicamente riconosciuti di applicazione del diritto il mutato contenuto di una legge sì da renderlo effettivo nella realtà giuridica? Proprio la sua indipendenza, garantita dalla Costituzione, e il suo vincolo alla legge e al diritto hanno predestinato il giudice, quale “servitore della giustizia”, a realizzare nella sua decisione il contenuto oggettivo della legge. “La Costituzione vuole entrambe le cose allo stesso tempo: un giudice rispettoso della legge, quale strumento di democrazia, ma col correttivo della sua autonomia di pensiero, al fine di contrastare sviluppi pericolosi per la libertà e per l’ordinamento<sup>33</sup>. Per questo lo Stato di diritto è sia Stato dei giudici sia Stato delle leggi.

## VI. *Giudice e legislatore: simbiosi con flessibile divisione del lavoro*

Vale la pena riflettere sul perché il legislatore, cioè colui al quale i tribunali negherebbero il rispetto e che detronizzerebbero come signore legittimo dell’ordinamento giuridico per mettersi al suo posto, non protesta contro la

<sup>32</sup> ERBEL, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1972, 475, 476.

<sup>33</sup> DI FABIO, *op.cit.*, n. 26.

afferzata “presa di potere” da parte del terzo potere e la conseguente violazione costituzionale o non adottati contromisure. Forse perché legislazione e giurisprudenza convivono d’accordo in una simbiosi per la garanzia istituzionale dello Stato di diritto, il cui rapporto interno non è delimitato staticamente, ma deve adattarsi a situazioni di volta in volta mutate?

Occorre essere consapevoli che, in un mondo in continua trasformazione, mutano i compiti assegnati al legislatore e con essi anche il rapporto del primo potere nei confronti del terzo. Le condizioni sociali, tecniche, scientifiche ed economiche si modificano così rapidamente che il legislatore non è sempre in grado di seguirle, e in determinati casi neppure deve. Risulta facile criticare un legislatore che, esposto alla “fame di norme di una moderna società industriale”, in presenza di vincoli politici di coalizione e di sistema, deve trovare compromessi (politici) per complesse esigenze sociali di regolamentazione, che spesso sono in continuo movimento. Ciò non scusa certo una prassi, in cui venga presentato il progetto di una “legge sulla delega dei compiti di controllo dell’etichettamento della carne di manzo” o in cui sembri giustificato il motto (*Baron Rothschild*): “L’ignoranza delle leggi tributarie non libera dall’obbligo di pagare le tasse – la conoscenza certamente sì”. La nostra cultura legislativa è di fatto piuttosto sofferente – i concetti di sovraregolamentazione e insufficiente valutazione delle conseguenze (eclatante per esempio nelle leggi *Hartz IV*) possono bastare.

Vero è però anche che ogni norma è costantemente immersa nel contesto dei rapporti sociali e delle concezioni politiche sulle quali deve intervenire; il suo contenuto può ed eventualmente deve modificarsi con essi<sup>34</sup>. Quanto più velocemente i rapporti cambiano facendosi più complessi, tanto maggiore è la necessità di un adattamento giudiziale delle norme. Il legislatore odierno concede – volente o nolente – più spazio alla integrazione, all’adattamento e all’evoluzione delle sue leggi attraverso i giudici, della cui competenza tecnica, indipendenza personale e apertura ai principi dello Stato di diritto non è consentito dubitare seriamente. Il diritto dei giudici è il correlato di una mutata cultura legislativa, immanente al nostro Stato di diritto<sup>35</sup>. L’assunto ha incon-

<sup>34</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 288, in *Juristenzeitung*, 1973, 666, con nota di KÜBLER.

<sup>35</sup> Cfr. STEINER, *Anwaltsblatt*, 2004, 673, 674: “Oggi il *Bundesgerichtshof* ha più parola del legislatore riguardo alle questioni giuridiche di inizio e fine vita. I diritti fondamentali hanno – con determinati limiti – reso il giudice, ed in particolare il giudice della revisione, il signore della legge, così come hanno anche legittimato l’intervento, spesso percepito come dominio straniero, del *Bundesverfassungsgericht* nella giurisprudenza civile e penale.”

trato l'approvazione del *Bundesverfassungsgericht*, il quale ha accettato tutte le fondamentali impostazioni teoriche e pratiche della interpretazione ed evoluzione giudiziale del diritto (fino alla "individuazione creatrice del diritto applicabile" attraverso i giudici). I giudici e la società devono convivere con il "dolore del confine" tra una consentita individuazione creatrice del diritto applicabile e una vietata creazione del diritto.

Per il resto, il diritto dei giudici lascia naturalmente del tutto impregiudicato il primato del legislatore. Questi resta libero, con un tratto di penna, di togliere fondamento alle interpretazioni creative o evolutive dei tribunali.

Nella realtà giuridica, il diritto giurisprudenziale si giustifica proprio come richiamo a un omesso intervento legislativo avvertito come necessario (così, per esempio, in relazione ad importanti questioni di diritto del lavoro); i tribunali, talvolta, si sentono addirittura autorizzati ad appellarsi al legislatore, richiamandolo alle proprie responsabilità affinché chiarisca legislativamente questioni bisognose di una regolamentazione (così, ad esempio, il *Bundesgerichtshof* riguardo alle prassi informali di patteggiamento)<sup>36</sup>. Esistono, infine, prove innumerevoli che il legislatore, proprio di fronte a questioni difficili e politicamente controverse – spesso per ragioni comprensibili – confida nel fatto che i tribunali facciano chiarezza e sappiano trovare un contenuto decisorio appropriato e conforme ai principi dello Stato di diritto in presenza di leggi regolanti compromessi di dubbio significato. Così, in occasione delle critiche mosse dai lavoratori al compromesso raggiunto *in extremis* con legge generale in materia di parità di trattamento, critiche che rimarcavano l'incompatibilità di tale legge con le direttive EU, il ministero della giustizia rese noto che "Nel dubbio i giudici devono interpretare le disposizioni in modo conforme al diritto europeo". Orbene, è normale interpretare una legge interna in maniera conforme al diritto europeo, ma raccomandare ai giudici di correggere la legge, in caso di norme nazionali in contrasto con direttive europee, significa attribuir loro un ruolo che va ben al di là.

Evidentemente, il legislatore non soltanto dimostra di non aver alcun problema circa i metodi interpretativi e di applicazione del diritto dei giudici, ma addirittura muove dal presupposto che tra primo e terzo potere sia necessaria una divisione dei compiti mutevole nel tempo.

<sup>36</sup> *Bundesgerichtshof* in *Juristenzeitung*, 2005, 628, con nota di SEHER.

## VII. *La europeizzazione della legislazione conduce alla europeizzazione della interpretazione*

Di particolare importanza per il rapporto tra giudice e legislatore è tuttavia un aspetto che straordinariamente è stato finora del tutto trascurato dai teorici del metodo: la europeizzazione della legislazione e della interpretazione della legge<sup>37</sup>.

Sono passati i tempi in cui i giudici, nell'ambito di un sistema giuridico nazionale chiuso, dovevano semplicemente interpretare le norme del legislatore interno. Nello spazio giuridico della Comunità europea una pluralità di atti giuridici tedeschi (secondo rilevamenti citati dal ministero della giustizia, l'84% nell'arco temporale 1998-2004) si basa su indicazioni di diritto comunitario. Ciò spinse HERZOG a parlare recentemente sulla "*Welt am Sonntag*" di un "declino del potere del legislatore tedesco"<sup>38</sup>. Questo spostamento verso Bruxelles avviene di regola con il consenso dei governi e parlamenti nazionali.

Quando il legislatore nazionale traduce indicazioni di diritto comunitario (in particolare, direttive) in diritto nazionale, non può più realizzare la sua autonoma volontà creatrice, o, perlomeno, può farlo soltanto entro limiti assai ristretti. In questi casi, la "volontà del legislatore" si limita ad eseguire l'ordine comunitario, vale a dire un diritto stabilito da un terzo.

In questa maniera, il metodo interpretativo "soggettivo", ovvero la ricerca della "reale volontà del legislatore" allo scopo di chiarire la disposizione di una legge, è semplicemente venuto meno per ampi settori della legislazione nazionale.

Determinante per la interpretazione di atti giuridici nazionali, che recepiscono diritto comunitario, è piuttosto il contenuto della norma comunitaria; nel caso di direttive, dunque, la "interpretazione conforme alla direttiva". Se questo contenuto non è evidente, il giudice deve interpretare la norma comunitaria oppure sottoporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia (art. 234, comma 2, 3 Trattato CE). Questa interpretazione segue indicazioni di diritto comunitario, non metodi nazionali. Poiché il metodo della interpretazione è parte integrante dell'ordinamento giuridico, l'interpretazione di diritto comunitario partecipa della prevalenza del diritto comunitario<sup>39</sup>. Secon-

<sup>37</sup> Questo aspetto è del tutto assente nella critica di RÜTHERS alla prassi interpretativa giurisprudenziale (v. *Juristenzeitung*, 2006, 958; ID., *Juristenzeitung*, 2002, 365).

<sup>38</sup> *Welt am Sonntag* del 14.01.2007 (insieme a GERKEN).

<sup>39</sup> *Bundesverfassungsgericht*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2001, 1267; pubblicata anche in *Europäische Grundrechte*, 2001, 150).

do la giurisprudenza della Corte di giustizia vincolante per i giudici, il diritto comunitario va interpretato in modo prioritario in base all'“*effet utile*” della norma, deve essere cioè prescelta la interpretazione che permetta di realizzare in modo più efficace lo scopo della disposizione<sup>40</sup>. Diversamente, la ricerca della volontà del legislatore comunitario è destinata, di regola, a fallire già soltanto per il fatto che esso non è rintracciabile e la comunità non ha (ancora) un classico organo legislativo.

Una volta che il legislatore ha recepito le indicazioni comunitarie, l'interpretazione da parte del giudice acquista ancora particolare rilevanza, poiché il legislatore nazionale spesso ha uno scarso margine di manovra, in parte ridotto fino a zero. L'adattamento degli effetti normativi dell'atto comunitario alle particolari condizioni nazionali, che il legislatore in questi casi non può effettuare con la norma astratta, spetta alla capacità interpretativa del giudice nella decisione del caso concreto (a meno che egli non debba lasciare l'interpretazione alla Corte di giustizia in base all'art. 234, comma 3, Trattato CE). In questo senso, il legislatore ha le mani legate, non il giudice.

Il grande studioso di diritto pubblico e costituzionale KONRAD HESSE scrisse nel 2001 nel libro genealogico della dottrina costituzionalistica che essa “vive delle idee di un mondo che non è più il nostro e che, come vediamo sempre più chiaramente, ha trovato il proprio declino nei profondi cambiamenti del 20° secolo. La storia è passata sopra alle sue fondamenta, finora considerate come consolidate parti costitutive della dottrina dello Stato e della Costituzione”<sup>41</sup>.

Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per la teoria del metodo.

### VIII. *Il giudice – servitore o pianista?*

Particolare sdegno ha suscitato presso alcuni l'affermazione nell'intervento richiamato in apertura di questo scritto, che tra legislatore e giudice intercorre un rapporto simile a quello fra padrone e servo (l'immagine risale al grande teorico del metodo PHILIPP HECK - 1914): affermazione corretta solo in parte; immagini più calzanti sarebbero quelle del pianista e del compositore; il giudice interpreta le indicazioni vincolanti del legislatore con un margine di

<sup>40</sup> Riferimenti in ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 1997, 129 ss.; v. anche *Pechstein-Drechsler*, in RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre*, 2006, § 8, n. 36.

<sup>41</sup> HESSE, in *Die Welt des Verfassungsstaates*, 2001, 11, 13.

manovra, ma non può falsare il pezzo; d'altra parte, i *media* talvolta sparano sul pianista, anche quando dovrebbero mirare al compositore. MÖLLERS, ad esempio, vede minacciati in questo modo i pilastri dello Stato ("In un Paese, in cui un giudice vorrebbe essere *Horowitz* e l'altro *Rubinstein*... i giudici sono una minaccia per la libertà")<sup>42</sup>. RÜTHERS teme addirittura che un giudice-interprete rappresenti un grande pericolo quanto l'anacronistico giudice del positivismo<sup>43</sup>.

I giudici sono servitori del popolo, nel cui nome pronunciano sentenze. Essi servono il nostro Stato di diritto vivificando nella realtà giuridica la lettera morta della legge; essi aiutano il *Sollen* a diventare *Sein*. Cosa potrebbe desiderare di meglio il legislatore, che sia quello nazionale o quello europeo, se non che le sue leggi vengano interpretate con la stessa abilità con cui *Horowitz* e *Rubinstein* hanno interpretato *Chopin*? Non aveva già rilevato *Savigny* che l'interpretazione delle leggi è un'arte che – al pari di ogni arte – in fondo non si può imparare o trasmettere con delle regole?<sup>44</sup> E non si adatta forse al giudice la descrizione del buon pianista dataci da *Horowitz*? "Suonare il piano richiede ragione, cuore e mezzi tecnici. Ogni componente dovrebbe svilupparsi in egual misura. Senza ragione sarà un fiasco, senza tecnica un amatore, senza cuore una macchina".

<sup>42</sup> MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

<sup>43</sup> RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2006, 958, 960; per l'immagine del pianista/compositore v. anche FOERSTE, *op.cit.*, 122, 129; ROELLECKE, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 30.01.2007; SCHWÖBBERMAYER, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, 66.

<sup>44</sup> L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer incomincia la sua arringa finale nel caso C-11/06 del 20.03.2007 citando che vi sarebbero tre tipi di giudici, gli artigiani, "che a mani nude producono sentenze in serie e in grezze quantità", gli artisti artigiani, "che utilizzano la mano e il cervello e si sottomettono ai metodi interpretativi tradizionali, che immancabilmente conducono a tradurre senz'altro la volontà del legislatore" e gli artisti, "che con l'aiuto delle mani, della testa e del cuore aprono ai cittadini orizzonti più ampi, senza voltare le spalle alla realtà e alle circostanze concrete".