

FILOSOFIA
DEI DIRITTI
UMANI
PHILOSOPHY
OF HUMAN
RIGHTS

68
An. XXVI

PERIODICO SEMESTRALE

Lug-Dic 2024 – volume II



Anno 2024
Semestre II

@
aracne

Fascicolo 68
Volume II

Editore



via Colle Fiorito, 2

00045 Genzano di Roma (RM)

Copyright © MMXXV

ISBN 979-12-218-1960-1

ISSN: 1129-972X

Autorizzazione del Tribunale di Napoli n. 5051

Per ordini

Abbonamento annuo per l'Italia 65,00 euro

Abbonamento annuo per l'Estero 100,00 euro

Abbonamento benemerito 200,00 euro

Modalità di pagamento

Bonifico bancario intestato a:

Adiuvare S.r.l.

IBAN: IT 57 B 07092 38900 000001004504

Causale: abbonamento Filosofia dei diritti umani

Philosophy of Human Rights

I collaboratori sono pregati di inviare saggi o scritti inediti, o anche relazioni tenute ai convegni che non siano altrimenti pubblicati. Gli estratti saranno forniti solo su richiesta e a pagamento.

La Rivista si riserva il diritto dell'esclusiva dei titoli pubblicati per il periodo di un anno.

Sommario

| | | |
|---------------------|---|-----|
| 1. Editoriale | | |
| | <i>Intelligenza artificiale, individuo e socialità: una nuova frontiera per i diritti</i> | 4 |
| 2. Analisi | | |
| | Michel Troper <i>Il governo dei giudici, un vademecum</i> | 7 |
| 3. Saggi | | |
| | Laura Zavatta <i>Influenza sociale, meccanismi di conformismo e diritti</i> <i>Un'analisi integrata tra teorie classiche e prospettive contemporanee</i> | 23 |
| | Leone Melillo <i>Per una pedagogia sociale e politica di Giovanni Passannante</i> | 37 |
| | Leone Melillo <i>Vittorio Emanuele Orlando e la "questione romana", come dimensione civile del dibattito pedagogico</i> | 55 |
| 4. Argomenti | | |
| | Facundo Di Vincenzo <i>Cosificar el Estado para criticarlo.</i> <i>Hegel, Weber, Botana, Oszlak: Difusores de la comunidad disociada</i> | 67 |
| | Vincenzo Rapone <i>La Bibbia come opera letteraria e la questione dell'umorismo nel Libro Sacro.</i> <i>Le condizioni storiche filosofiche, politiche e giuridiche di un orientamento di lettura</i> | 71 |
| 5. Opinioni | | |
| | Anna Paola Lacatena <i>Bullshit bingo. Quando il banco bluffa su droghe e numeri</i> | 79 |
| 6. Parità di Genere | | |
| | Mario Cerbone <i>Organismi per la parità di genere e tutela contro le discriminazioni nei luoghi di lavoro</i> | 84 |
| 7. Note a Sentenza | | |
| | Raoul Perri <i>La partita europea del diritto al clima stabile e sicuro: la tutela del diritto alla salute nell'ordinamento italiano</i> | 91 |
| 8. Libri & Riviste | | |
| | Fabio Corigliano <i>Broken images. Un percorso tra immagine e scrittura</i> | 101 |
| 9. Rassegna Stampa | | |
| | Vincenzo D'Errico <i>Il ritorno di Donald. La rielezione di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti</i> | 112 |

Intelligenza artificiale, individuo e socialità: una nuova frontiera per i diritti

la filosofia dei diritti

La riflessione contemporanea sui diritti umani si trova oggi a un bivio cruciale. Alle tensioni storiche legate alla disuguaglianza economica, alla discriminazione sociale, alla crisi ecologica e allo scontro tra culture e identità, si aggiungono nuovi interrogativi provenienti da un presente sempre più attraversato da forze impersonali e automatismi decisionali, come quelli prodotti dall'intelligenza artificiale, dalla governance algoritmica e dai processi di iperconformismo sociale. In questa congiuntura, la filosofia dei diritti non può limitarsi a un'astratta difesa di principi, ma deve farsi esercizio critico e transdisciplinare, capace di interpretare il presente nella sua stratificazione storica, simbolica, giuridica e strutturale.

Si apre con la rubrica Analisi questo fascicolo 68 della nostra rivista *Filosofia dei diritti umani – Philosophy of Human Rights*, ospitando il saggio di Michel Troper, *Il governo dei giudici, un vademecum* (traduzione italiana di Vincenzo Rapone del testo francese *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*). Un contributo denso e provocatorio sul ruolo del giudice nelle democrazie costituzionali: secondo Troper, il giudice non è un semplice interprete del diritto, ma un vero e proprio attore politico, il cui potere risiede nella capacità di trasformare la norma attraverso l'interpretazione. Una tesi che introduce un terreno di riflessione decisivo per comprendere i rapporti tra diritto, politica e potere.

A seguire, il numero raccoglie voci e

sguardi diversi, in un dialogo serrato tra teoria e prassi, memoria storica e attualità politica, lettura giuridica e immaginazione filosofica. Le tensioni che attraversano il nostro tempo emergono da prospettive molteplici: dai meccanismi del conformismo alle pratiche pedagogiche alternative, dal ruolo dello Stato nella coscienza collettiva alle trasformazioni del sacro, fino alla disinformazione istituzionale e alla crisi climatica.

Il saggio di apertura, affronta un nodo fondamentale: quello dell'influenza sociale sui comportamenti individuali, e dei modi in cui tale influenza può erodere – o viceversa rafforzare – la capacità dei soggetti di esercitare i propri diritti. In un'analisi che coniuga le teorie classiche della psicologia sociale (Asch, Milgram, Sherif) con approcci più recenti e multidisciplinari, il saggio si prefigge di mostrare come i processi di conformismo siano al tempo stesso prodotti culturali, fenomeni cognitivi e dispositivi normativi. L'impatto di tali dinamiche è oggi amplificato dalla tecnologia, che attraverso i social media e i sistemi algoritmici costruisce "bolle normative" in cui il dissenso tende a dissolversi. È proprio in questa tensione tra appartenenza e autonomia che si gioca la partita più delicata dei diritti umani: quella della soggettività resistente.

Sul piano storico-pedagogico, Leone Melillo propone due esplorazioni controcorrente. La prima, dedicata a Giovanni Passannante, rilegge la figura del "regicida" anarchico non solo come simbolo di rivolta,

**Vittorio
Emanuele
Orlando**

ma come occasione per riflettere sulla pedagogia sociale e politica dell'insubordinazione. In un'epoca in cui la pedagogia tende spesso a normalizzare, Melillo recupera il potere trasformativo del dissenso, sottraendolo al silenzio della storia ufficiale. Il secondo saggio ruota attorno a Vittorio Emanuele Orlando e alla cosiddetta "questione romana", indagata come nodo pedagogico e civile, in cui il rapporto tra potere temporale, laicità dello Stato e educazione civica si intreccia con la formazione del cittadino moderno. Entrambe le analisi mostrano come l'educazione, se liberata dalla sua funzione adattativa, possa diventare strumento di emancipazione.

Nel contributo di Facundo Di Vincenzo, la questione dello Stato viene decostruita attraverso una genealogia filosofico-politica che include Hegel, Weber, Botana e Oszlak. L'autore propone una lettura originale della *cosificazione* dello Stato come forma di separazione tra struttura istituzionale e comunità. Lo Stato, lungi dall'essere una realtà neutra o razionale, diventa un "oggetto" ideologico, capace di perpetuare la dissociazione tra cittadini e potere. Tale prospettiva si rivela particolarmente feconda in un momento in cui la legittimità delle istituzioni democratiche è costantemente messa in discussione, sia da forze autoritarie sia da movimenti radicali.

Nel solco di una riflessione culturale e giuridico-politica, Vincenzo Rapone propone una lettura della Bibbia che rompe con la sua tradizionale sacralizzazione univoca. Analizzando la presenza dell'umorismo e della dissacrazione nel testo sacro, l'autore ne fa emergere una pluralità di sensi che sfida ogni interpretazione dogmatica. La Bibbia viene così restituita alla sua dimensione letteraria, storica e politica, come opera capace di parlare – con ironia e ambiguità – anche all'uomo contemporaneo. Un

approccio ermeneutico che invita a ripensare il rapporto tra testo, autorità e diritto.

Sul versante dell'opinione e del commento critico, il contributo di Anna Paola Lacatena intitolato *Bullshit bingo* rappresenta un esempio brillante di "discorso contro il discorso". Con taglio ironico e stile pungente, l'autrice smonta la narrazione ufficiale sulle droghe, mostrando come il linguaggio istituzionale e i numeri utilizzati nelle campagne di prevenzione siano spesso strumenti retorici più che informativi. Lacatena propone così una critica delle *narrazioni tossiche*, suggerendo che la lotta alla droga – come ogni politica pubblica – deve prima di tutto essere una lotta contro la disinformazione e l'ipocrisia.

La rubrica Parità di genere, curata da Mario Cerbone, prosegue il suo percorso critico su uguaglianza, discriminazioni e trasformazioni culturali, offrendo strumenti interpretativi per comprendere il rapporto tra identità, norme e diritti. In questo fascicolo, Mario Cerbone indaga magistralmente la funzione e l'efficacia degli organismi per la tutela contro le discriminazioni nei luoghi di lavoro. In un contesto normativo in continua evoluzione ma ancora segnato da forti resistenze culturali, il contributo offre una panoramica sulle opportunità e sui limiti degli strumenti attuali, invitando a riflettere su un approccio più radicale alla giustizia di genere, che vada oltre la logica meramente correttiva.

A seguire, la Nota a sentenza di Raoul Perri, *La partita europea del diritto al clima stabile e sicuro: la tutela del diritto alla salute nell'ordinamento italiano*, analizza una recente pronuncia giurisprudenziale che, nel solco del diritto europeo, affronta il delicato equilibrio tra tutela della salute e crisi climatica. La nota mette in luce le tensioni tra livelli normativi e l'emergere di un possibile nuovo diritto soggettivo: quello a vivere

**Cosificazione
dello Stato**

in un ambiente climatico stabile e sicuro. La riflessione dell'Autore mette in luce, infatti, come il diritto alla salute, nella sua dimensione costituzionale, sia oggi chiamato a misurarsi con nuove urgenze globali. In un contesto internazionale sempre più segnato dalle sfide del cambiamento climatico e dalla ricerca di strumenti giuridici efficaci per la sua mitigazione, il diritto si interroga sul proprio ruolo e sui propri limiti nella tutela dei beni fondamentali della persona.

L'arte della fuga

La rubrica Libri & Riviste ospita un contributo di particolare interesse: la recensione di Fabio Corigliano al saggio di Stefano Suozzi, *L'arte della fuga*, che esplora il tema dell'immagine e della scrittura in chiave estetico-filosofica. Il libro mette in discussione l'idea di presenza e di rappresentazione, interrogando la condizione dell'uomo contemporaneo in rapporto alla visibilità e all'evanescenza del senso. Una riflessione che, pur muovendosi nel campo estetico, ha risonanze profonde anche per il pensiero giuridico e politico.

Donald Trump

A concludere il fascicolo, la Rassegna stampa di Vincenzo D'Errico ci restituisce uno scenario globale in tumulto. La rielezione di Donald Trump segna una nuova fase del populismo reazionario, mentre la sua seconda vittoria su una candidata donna rivela la persistenza di una profonda frattura di genere nella politica americana. Sul versante europeo, le Olimpiadi di Parigi diventano un'arena di conflitti simbolici oltre che sportivi, tra rivendicazioni identitarie e proteste ambientali. Nel contempo, a Damasco, il crollo del regime di Bashar al-Assad apre nuovi scenari nel Medio Oriente, confermando quanto fragile sia oggi l'equilibrio geopolitico. Una sintesi attenta che ci ricorda quanto il diritto, anche nei suoi svi-

luppi più teorici, resti sempre legato al battito della storia.

In chiusura di questo editoriale, è necessario soffermarsi su un tema che attraversa ormai tutte le sfere della vita contemporanea, e che impone nuove domande alla filosofia dei diritti: l'irruzione dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali, relazionali e cognitivi dell'individuo.

L'IA non è più soltanto uno strumento tecnico, ma una vera e propria *forza normativa*, capace di influenzare scelte, comportamenti e rappresentazioni collettive. I sistemi algoritmici che regolano l'accesso all'informazione, al credito, al lavoro, alla visibilità sociale, sono oggi in grado di strutturare la vita in modo profondo, spesso opaco e incontrollabile. L'individuo si trova così esposto a nuove forme di *conformismo digitale*, in cui l'autonomia del giudizio è erosa dall'omologazione delle piattaforme e dalla personalizzazione artificiale delle esperienze.

Nel campo dei diritti, questo scenario apre questioni inedite: chi è responsabile per una decisione automatica discriminatoria? Quali tutele per un cittadino "profilato" algoritmicamente come pericoloso, inaffidabile o marginale? Come salvaguardare il diritto alla non conformità in un mondo in cui il dissenso può essere invisibilizzato o disattivato da un sistema di raccomandazioni?

Ma il problema non è solo tecnico. L'IA rimette in discussione la stessa idea di *socialità*, ridefinendo le forme dell'interazione, della fiducia, del riconoscimento reciproco. In una società sempre più "programmata", il diritto deve tornare a interrogarsi non solo su cosa è giusto, ma anche su cosa è *umano*.

L. Z.

Il governo dei giudici, un *vademecum*

Le gouvernement des juges, mode d'emploi, Les Presses de l'Université Laval, Laval 2006.
 Traduzione di Vincenzo Rapone



Michel Troper

Université Paris
 «Nanterre»

troper@u-paris10.fr

Michel Troper

**Common
 Law**

In Francia, l'espressione *governo dei giudici* ha una funzione retorica. È stata introdotta da Édouard Lambert, che ne ha fatto il titolo di un'opera che è rimasta celebre e che è stata impiegata per caratterizzare il ruolo della Corte Suprema degli Stati Uniti. Quest'espressione ha la funzione di designare, con una forte connotazione peggiorativa, il potere dei giudici, qualificato come eccessivo ed antidemocratico.

Allorché l'espressione equivalente, *Government by the Judiciary*, è poco diffusa negli Stati Uniti, è da sottolineare la circostanza che non vi sia in Francia opera di diritto costituzionale, il cui indice non sia inclusivo della voce *governo dei giudici* (*gouvernement des juges*). Questa differenza la si comprende con facilità: nel contesto della *Common Law*, non è affatto sorprendente che i giudici creino diritto, e che, in maniera del tutto conseguente, una loro parte rivesta un ruolo nel governo. Senza dubbio, si riflette sui fondamenti di un tale potere, ma lo si fa al di fuori del contesto.

In Francia, al contrario, è generalmente ammesso che, a partire da Montesquieu, il potere dei giudici sia nullo dal momento che la funzione del giudice è di trarre la semplice conclusione di un sillogismo, di cui la legge è la premessa maggiore e il fatto la premessa minore. Essendo la legge l'unica fonte di diritto, considerata tale in quanto espressione della volontà genera-

le, dal momento che emana dal popolo o dai suoi rappresentanti, un giudice che producesse diritto sarebbe visto come un'istituzione antidemocratica.

Se esiste in Francia un accordo generale sul carattere antidemocratico del governo dei giudici, i giuristi divergono sulla questione relativa alla conoscenza a quali condizioni sarebbe necessario considerare che un tale governo si realizza, e se il controllo di costituzionalità delle leggi è o meno una forma di governo dei giudici.

Per Lambert, lo si è visto, la risposta era affermativa, e, fino alla V Repubblica, vale a dire, finché un tale controllo non era istituito, quest'opinione era condivisa da numerosi giuristi e uomini politici. Nel corso dei lavori preparatori della Costituzione del 1958, un membro del Comitato Consultivo aveva proposto che il Consiglio Costituzionale fosse in grado di controllare la conformità delle leggi alla *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, ma questa istanza era stata respinta con la giustificazione che avrebbe istituito di fatto il governo dei giudici.

D'altro canto, dopo il 1958, e, soprattutto, dopo l'importante decisione del Consiglio Costituzionale del 1971 sulla libertà di associazione, con la quale si è riconosciuto con precisione il potere di controllare la conformità delle leggi al preambolo della Costituzione e a tutti i principi cui rinvia questo stesso preambolo, la grande mag-

Spettro del governo dei giudici

gioranza dei giuristi prese una posizione contraria: essi erano dell'avviso che il governo dei giudici fosse senza dubbio alcuno un'istituzione antidemocratica, ma che il controllo di costituzionalità delle leggi non costituisce una forma di governo dei giudici. L'espressione «spettro del governo dei giudici», da allora, viene generalmente impiegata per evidenziare come questa eventualità, in ogni caso, non si sia realizzata in Francia, e che è del tutto inutile far finta di inquietarsi. Quest'opinione riposa con tutta evidenza su un lavoro di definizione di governo dei giudici. Se questa strategia non funziona, la dottrina giuridica è costretta ad impiegarne altre, per sostenere che il controllo di costituzionalità delle leggi è perfettamente compatibile con la democrazia, così come si costituisce, nella forma moderna del bilanciamento dei poteri.

Esaminerò, dunque, in successione, le definizioni di governo dei giudici, e, poi, quelle di democrazia, e, infine, le tesi che presentano il governo dei giudici come un contropotere.

I. Governo dei giudici: il gioco delle definizioni

Al fine di sostenere che il controllo di costituzionalità delle leggi è del tutto diverso dal governo dei giudici, i costituzionalisti francesi utilizzano tre definizioni di questo concetto.

A. Il governo dei giudici latissimo sensu

Si può sorvolare con la più grande rapidità sulla prima definizione, che non si incontra tanto spesso nella dottrina giuridica, ma che invece appartiene al linguaggio comune. Si definisce *governo dei giudi-*

ci ogni situazione nella quale i magistrati, qualsiasi essi siano, corti costituzionali ma anche giudici ordinari o pubblici ministeri, sembrano disporre di un potere politico *eccessivo*, dal momento che avrebbero il potere di opporsi tanto a decisioni politiche, quanto a uomini politici.

Si parla così di governo dei giudici per caratterizzare il potere della Corte Suprema degli Stati Uniti all'epoca del New Deal, o quello dei «*petits juges*» in Italia e in Francia.

Esisterebbe un governo dei giudici, dal momento in cui questi ultimi fuoriescono dal loro ruolo «naturale», che dovrebbe, secondo questa concezione, limitarsi all'applicazione della legge ordinaria o della Costituzione, senza esercitare potere discrezionale, perché quest'esercizio rifletterebbe preferenze di natura politica.

Alcuni di coloro che impiegano questa definizione presuppongono una distinzione tra applicazione semplice e applicazione creativa, laddove altri sembrano ammettere che esiste in ogni giudizio almeno una parte discrezionale, ma che questo potere può essere esercitato in modo misurato, cosicché non c'è governo dei giudici, se non nel caso in cui le corti si esprimono contro la volontà degli eletti.

In realtà, si sa bene che questo presupposto è inaccettabile. Salvo casi assai rari, in cui regole di natura procedurale conducono a porre in essere un'applicazione meccanica della legge, come ad esempio in materia di contravvenzione alle norme che regolano la sosta delle automobili, c'è sempre un margine di valutazione, per il cui tramite la legge o autorizza il giudice a preferire una soluzione, o fissa degli standards assai vaghi (l'interesse generale, l'interesse del minore...), e che i termini che essa contiene devono costituire l'oggetto di un'interpretazione, che è, essa stessa, un atto di natura discrezionale.

B. Il governo dei giudici *stricto sensu*

Il concetto di governo dei giudici *stricto sensu* è impiegato a proposito dei soli giudici costituzionali, nella misura in cui esercitano il potere legislativo. Ma le definizioni concettuali di esercizio del potere legislativo sono numerose anch'esse, e possiamo considerare il governo dei giudici più o meno realizzato, a seconda che venga assunta l'una o l'altra tra loro.

Alcuni autori, a dire il vero assai rari, ammettono che i giudici esercitino effettivamente il potere legislativo nella misura in cui hanno il potere di interpretare la Costituzione, e questo dal momento che l'interpretazione è sempre una funzione della volontà, e colui che la interpreta può conferire al testo che gli viene sottoposto il significato che gli consentirà di ottenere la decisione auspicata. Così, Édouard Lambert, che riporta la formula del vescovo Hoadley, a sua volta spesso citato dai realisti americani:

Quando qualcuno ha un'autorità assoluta nell'interpretazione delle leggi scritte o orali, è egli stesso il legislatore per tutti i riguardi e per tutti gli scopi, e non il soggetto che per primo ha scritto quelle leggi e le ha pronunciate¹.

In queste condizioni, non c'è sistema di controllo di costituzionalità che non possa qualificarsi come governo dei giudici.

Ciò accade dal momento che la maggior parte degli autori preferiscono riservare questa definizione alle situazioni nelle quali il potere di valutazione delle corti è più importante.

¹ R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*; Cambridge 1977. p. 58. Cfr., Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis; l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois*, Paris 1921.

Così alcuni, come Léo Hamon, ritengono che ci sarebbe in Francia un governo dei giudici se il Consiglio costituzionale avesse la possibilità di autoeleggarsi, come era stato ipotizzato nel 1974. Ciò gli consente di considerare che, dal momento che l'autoelezione non esiste, non ci sia governo dei giudici, cosicché, «lo spettro è stato fugato»².

Léo Hamon riprende qui un argomento annunciato da Berlier nell'anno III, nel corso del dibattito sul progetto di Sieyès.

Sieyès ammette, nel suo *jury*, ricorsi individuali; il che mi sembra riproduca, più o meno, gli inconvenienti che risultano da decisioni spontanee; e, in effetti, se è sufficiente che un cittadino si presenti allo scopo di attivare il *jury* costituzionale in attività, non c'è legge alcuna che possa risultarne attaccata, e il *jury* costituzionale finirebbe con l'essere il più grande tribunale d'appello, aperto a chiunque. A partire da ciò, tutti gli atti delle altre istituzioni non avrebbero che un'esistenza fragile e sempre incerta. In una parola, è a questo *jury* che condurrà ogni specie di autorità, senza alcuna specie di equilibrio, costituendosi come un potere in grado di assorbire tutti gli altri³.

Tuttavia, si deve osservare che le corti supreme sono talvolta autorizzate a selezionare i casi che desiderano esaminare, mentre, in altri casi, sono subissate ogni anno da migliaia di casi, e che lo stesso Consiglio Costituzionale, se non può essere adito che

² L. Hamon, *Le juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir: le Conseil constitutionnel*, Paris 1987, pp. 174-175.

³ *Rapport au nom de la commission des Onze, séance du 24 thermidor an III, Moniteur*, t. 25, p. 476. È necessario sottolineare che d'altra parte Berlier non utilizza l'espressione «governo dei giudici», quanto, piuttosto, il concetto di governo dei giudici.

Édouard
Lambert

da un numero ristretto di autorità, esamina pressoché tutte le leggi importanti, e che i principi da lui posti pesano sul lavoro legislativo, anche se non interviene direttamente. Questi giudici supremi esercitano, dunque, un potere considerevole, laddove il criterio della loro costituzione autocratica non appare stringente.

Altri sono, invece, dell'avviso che il giudice costituzionale non disponga di un vero e proprio potere legislativo, se non nella misura in cui crea lui stesso quei principi che è tenuto ad applicare. Questi autori possono, a buon diritto, fare riferimento al primo Kelsen, per il quale il controllo di costituzionalità non doveva esercitarsi conformemente alle dichiarazioni dei diritti, perché questi testi sono necessariamente vaghi, e il giudice può liberamente interpretarli.

Teoria pura

È noto che l'autore della *Teoria pura* si è in seguito allineato ad una teoria realista dell'interpretazione, considerando che l'autorità che dispone di un potere d'interpretazione autentico disponga della stessa libertà, quale che sia la precisione del testo da interpretare. Ma la sua influenza su questo terreno si è esercitata principalmente nel primo periodo, ed ha trovato tesi concordanti negli scritti di Charles Eisenmann:

Se il giudice avesse di fatto il potere di enunciare lui stesso i principi da applicare, il governo dei giudici si sostituirebbe al potere legislativo. Sotto l'apparenza usurpata di giustizia e di regola di diritto, avremmo in realtà il soggettivismo più disordinato: il diritto naturale avrebbe ritrovato il proprio paradiso. Si tratterebbe dell'usurpazione di un'autorità giudiziaria, e la Corte avrebbe potere costituente⁴.

⁴ Citato in: L. Hamon, *cit.*, p. 281.

Tuttavia, l'ipotesi immaginata da Eisenmann è perfettamente realizzata, da una parte perché il controllo di costituzionalità si esercita in rapporto alle *Dichiarazioni dei diritti*, che possono in effetti essere interpretate e create nuovamente dai giudici, dall'altra, perché i preamboli rinviano a principi non scritti, come, ad esempio, in Francia, i principi fondamentali, riconosciuti dalle leggi della Repubblica, che tocca al giudice «definire», senza alcun controllo.

Bernard Chantebout⁵, conclude dunque a giusto titolo che i giudici dispongono certamente di un potere politico, per quanto egli non utilizzi che tra virgolette l'espressione *governo dei giudici*⁶.

L'interpretazione della costituzione, e soprattutto delle disposizioni di quest'ultima relativa alle libertà fondamentali non può che essere una funzione politica.

E aggiunge:

La decisione è politica per sua essenza; quando si tratta di determinare i principi fondamentali che reggono la società, di superare le contraddizioni che si presentano, nonché di definire con esattezza la loro portata, senza dubbio i testi costituzionali hanno la funzione di punti d'appoggio per il ragionamento, ma è la coscienza del giudice, vale a dire la rappresentazione che egli si fa dell'organizzazione sociale ideale, che determina la loro interpretazione. Ciò pone in termini problematici la questione della compatibilità del controllo costituzionale con la democrazia⁷.

⁵ B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris 1997, p. 60 ss.

⁶ Cfr., il titolo del paragrafo, pag. 60, *Il carattere politico della giurisprudenza: il governo dei giudici*.

⁷ Ivi, p. 62.

Più spesso, gli autori aggiungono un nuovo criterio: non è sufficiente perché si debba parlare di governo dei giudici, che il giudice disponga di un potere di rilievo nella determinazione di norme di riferimento. È necessario, inoltre, che queste norme non siano riconducibili a testi. Ora, il Consiglio costituzionale ha comunque cura di ricollegare a dei testi i principi da lui invocati. Quest'idea è espressa in misura rilevante in dottrina. Sarà sufficiente citare Guy Carcassone:

**Guy
Carcassone**

Le difficoltà giungono, e con esse qualche polemica, nella misura in cui regole e principi non figurano espressamente nella Costituzione, neanche nei testi cui il preambolo rinvia. Così, sul Consiglio grava il sospetto di poter estendere a sua discrezione il blocco di costituzionalità, sollevato in occasione della definizione. E di rendere così attuale lo spettro di governo dei giudici, ritualmente agitato da coloro che non sono soddisfatti della decisione... in realtà, si dimostra [che il Consiglio Costituzionale] ha la massima cura di fondare testualmente i principi che enuncia⁸.

In realtà, quello che non si comprende è: in cosa la pratica consistente nel collegare i principi ad un testo potrebbe costituire un limite reale? Nel caso francese, è il giudice stesso che decide di collegare i principi al testo. Nel migliore dei casi, si tratta dunque di autolimitazione. Può però scegliere ancora questo testo tra molti altri e può anche interpretarlo. Per prendere un esempio di collegamento ardito, il Consiglio Costituzionale ha dedotto il principio fondamentale dell'indipendenza dei professori titolari delle università, che dunque ha valore costituzionale, e lo ha collegato

ad un decreto-legge del 1936 sull'incompatibilità della funzione pubblica, che permetterebbe loro di esercitare una professione liberale o un mandato parlamentare contemporaneamente alla loro attività di insegnamento. Si converrà che questo collegamento, che non deriva da una vera e propria obbligazione, quanto, piuttosto, da una semplice pratica, non costituisce poi un limite molto costrittivo. Per altri, il criterio supplementare non è frutto del collegamento tra il principio applicabile e un testo, corrispondendo piuttosto all'uso che ne fa il giudice costituzionale. Non ci sarebbe in tal senso governo dei giudici, che se il giudice fa un cattivo uso del suo potere, vale a dire se lo impiega contro la volontà del legislatore. Scrive Philippe Ardant:

Cosa si produce se il giudice si comporta come se fosse al di sopra dei rappresentanti della Nazione, se è oltre la volontà della nazione? Si comprende che una tale situazione, se per caso dovesse prodursi, sarebbe intollerabile, potendo portare a gravi conflitti. Per definirla, si è forgiata l'espressione di governo dei giudici...⁹.

Dopo aver notato che l'accusa di governo dei giudici era dovuta in gran parte al ricorso ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica o alla nozione di errore manifesto di valutazione, l'autore lo scarta nei termini che seguono:

Evocare il governo dei giudici, in definitiva, è eccessivo. Al massimo, si può concedere che il Consiglio si è forse strutturato in una modalità in virtù della quale si è sostituito al legislatore, ma solo momentaneamente. È dunque necessario insistere

⁸ G. Carcassone, *La constitution*, Paris 1996, p. 248. Cfr., nello stesso senso, gli scritti di G. Vedel e J. Robert.

⁹ Ph. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 1998, p. 97.

Autolimitazione

sull'uso eccezionale, nonché sullo sfondo poco contestabile in generale su cui si è strutturata la sua azione¹⁰.

New Deal

D'altra parte, è precisamente in questo senso che è impiegata l'espressione *governo dei giudici* allorché si definisce la sottoposizione della Corte suprema alla politica del *New Deal*, intesa come «la fine del governo dei giudici»¹¹. È allora rassicurante constatare che non si dia se non nei periodi di crisi acuta, laddove invece, nelle situazioni normali, le corti costituzionali praticano il *Judicial restraint*, sforzandosi di rispettare le scelte politiche del legislatore.

Ardant

A dire il vero, Ardant ha cambiato quelli che sono i termini del problema. Chiedersi se esiste un governo dei giudici vuol dire chiedersi se i giudici hanno un potere di natura politica e non serve a niente, in tal senso, rispondere che l'uso che ne fanno è moderato.

Per altri ancora, le Corti costituzionali, anche se possono interpretare liberamente i testi oggetto di applicazione, vale a dire determinare le norme di riferimento, dal momento che non possono "autoeleggarsi", non possono essere considerate che autorità legislative parziali.

Ed è per questo che Jean Gicquel, dopo aver messo in evidenza che il Consiglio costituzionale rappresenta un'«autentico potere politico», può scrivere che:

questo potere, nella misura in cui è interamente attivo, non può essere qualificato come governamentale, perché non rappresenta che una facoltà di impedimento. Contribuisce ad equilibrare il motore principale, o a ristabilire, come nel 1974,

l'equilibrio del regime costituzionale¹².

Egli si ricollega in questo modo tanto alla celeberrima distinzione di Montesquieu tra facoltà di statuire e facoltà di esercitare un controllo ostativo, quanto alla teoria del legislatore negativo di Hans Kelsen. Quest'ultimo, in effetti, era dell'avviso che, se il giudice in un certo senso è un legislatore (perché «la decisione della Corte costituzionale che annulla una legge aveva il medesimo carattere di una legge che abroga un'altra legge. [Era] un atto negativo di legislazione»), nondimeno è un legislatore di altro tipo, dal momento che c'è una grande differenza tra fare una legge ed opporsi ad una legge già promulgata¹³. È dunque facile per questi autori scartare, ancora, la definizione di governo dei giudici, poiché, almeno in Francia, il Consiglio costituzionale non può svolgere ufficio di legislatore positivo.

Inoltre, possono esserci delle riserve su queste distinzioni. Esiste una incontestabile differenza tra il potere di promulgare anche una sola legge e quello di opporsi ad una legge già promulgata, ma quale differenza, però, c'è tra il potere di intervenire nella prima fase della procedura legislativa e quello di intervenire nella seconda?

Si ammette che non c'è differenza tra il potere di due assemblee legislative in un sistema bicamerale perfetto, quale che sia l'ordine nel quale queste assemblee si pronunciano. Entrambe devono fornire il proprio consenso affinché la legge sia promulgata, ed entrambe hanno un'influenza decisiva sul suo contenuto. È questo

¹² J. Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris 1997, p. 306.

¹³ *Le contrôle de constitutionnalité des lois; une étude comparative des constitutions austrienne et américaine*, ed. originale in «The Journal of Politics», vol. 4, pp. 183-200, trad. fr. di L. Favoreu, in «RFDC», 1990, pp. 17 ss.

¹⁰ Ivi, pp. 134-135.

¹¹ R. Pinto, citato in: L. Hamon, *op. cit.*, p. 99.

anche il caso di una corte costituzionale, lì dove essa sia investita della valutazione di leggi importanti. Il Parlamento, che dibatte e promulga la legge, sa che essa sarà esaminata più tardi, ed è chiamato ad anticipare la decisione del giudice, e, dunque, a conformarsi alla giurisprudenza. Successivamente, il giudice può validare o meno questa legge, come fa il presidente degli Stati Uniti quando oppone un suo veto. Egli può anche – ed è una facoltà sempre più utilizzata – decidere che non c'è conformità della legge al dettato costituzionale, se non a condizione che sia interpretata in un determinato modo.

Detto altrimenti, è in condizione di riscriverla. Dire che si è in presenza di un «legislatore negativo», o di un semplice fattore di impedimento, non è, dunque, che un vano tentativo di minimizzare un potere tanto importante quanto quello del Parlamento.

Resta allora un'ultima linea di difesa: adottare un concetto di governo dei giudici talmente stretto che si giunga a ritenere che nessun giudice costituzionale potrà rientrare in questa classificazione. Questa strategia, però, è anch'essa votata allo scacco.

C. Il governo dei giudici strictissimo sensu

Sulla base di una terza definizione, il governo dei giudici sarebbe quello nel quale i giudici non si accontentano di una partecipazione al potere legislativo, ma eserciterebbero il potere inteso nella sua totalità. Con l'espressione *governo dei giudici*, invece, il termine *governo* è considerato nel senso di potere totale, come nelle «forme di governo». Ci sarebbe dunque un governo dei giudici che costituirebbe una di queste forme, come se ci si trovasse in presenza, ad esempio, di una varietà

dell'aristocrazia.

Ci si rifà naturalmente all'argomento tradizionale, secondo il quale i guardiani della costituzione sarebbero in grado di impadronirsi della totalità del potere e che sarebbe necessario che fossero loro stessi sorvegliati. Così come non si può, pena una regressione all'infinito, sorvegliare i guardiani, si dovrebbe rinunciare al controllo di costituzionalità¹⁴.

Ma come potrebbero i giudici impadronirsi della totalità del potere? Prima, determinando attraverso l'interpretazione la norma costituzionale, poi, controllando la validità degli emendamenti alla costituzione destinati a sormontare le loro decisioni. È ciò che, precisamente, denuncia Lambert nel sistema americano.

Quest'ultimo si sofferma su un argomento invocato nel 1919 dagli avversari dell'emendamento con il quale si istituiva la proibizione dell'alcool: il potere di emendamento non equivale al potere di minare le basi stesse della Costituzione, in modo tale che, se il potere costituente derivato tentasse di minare queste basi, sarebbe compito del potere giudiziario di tenerlo nei limiti della sua competenza, annullandone l'emendamento¹⁵.

¹⁴ L'argomento è stato utilizzato da molti oratori nel corso dello svolgimento della Convenzione nel corso del dibattito sulla giuria costituzionale di Siéyès, e, soprattutto, da Thibaudeau. Ma è stato ripreso di recente da Edgar Faure, nel momento della revisione del 1974, nella forma dell'adagio latino: *quis custodiet ipsos custodes?* Questa formula, in realtà, è stata presa da un altro contesto:

Pone seram, cohibe; sed quis custodiet ipsos

Custodes? Cauta est, et ad illis incipit uxor.

(Giovenale, Satire, VI, 247).

Si tratta di un passo citato da Montaigne a proposito della castità e della gelosia (*Essais*, Libro III, capitolo V). Trasposta senza precauzioni, la formula significherebbe qui non, come si sostiene generalmente, che i giudici costituzionali potrebbero accaparrarsi con il loro movimento la totalità del potere, ma che potrebbero essere corrotti da coloro che sono incaricati di sorvegliare, cioè dai legislatori.

¹⁵ *Op. cit.* Con riferimento soprattutto al capitolo VIII, *La consolidation du gouvernement des juges. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des amendements à la constitution.*

Si ritrova la stessa idea in Maurice Hauriou, che scrive:

Il giudice americano si pone in maniera netta al di là della legge costituzionale e la giudica, perché, per lui, al di là di quest'ultima, si dà un insieme di principi superiori che sono di diritto naturale e che costituiscono una legittimità costituzionale alla quale la costituzione scritta deve lei stessa conformarsi. La costituzione primitiva è ritenuta conforme alla legittimità, ma, se ci sono degli emendamenti che successivamente se ne allontanano, dovranno essere dichiarati incostituzionali¹⁶.

È chiaro che si tratta di un fantasma, e che la Corte suprema degli Stati Uniti non ha mai neanche finto di controllare la validità degli emendamenti, ma precisamente la grande utilità di questo concetto di governo dei giudici consiste nel dimostrare come questo governo sia bel lungi dall'essere realizzato. È così, che Jean Gicquel, dopo aver citato l'argomento del *doyen* Vedel, sostiene:

se i giudici non governano, è perché in ogni momento il sovrano, a condizione di apparire nel pieno della sua maestà come costituente, può, in una sorta di corte di giustizia, bocciare i loro *arrêts*,

per poi stringere a titolo di conclusione:

Il Consiglio ha saputo bloccare la piega del governo dei giudici, che gli sarebbe stato fatale... attraverso il tema della sovranità costituzionale conseguentemente, il governo dei giudici non esiste in Francia, nella misura in cui solo il popolo e i suoi rappresentanti

¹⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, p. 26.

esprimono la volontà sovrana¹⁷.

Pertanto, non è impossibile che una corte costituzionale decida di controllare la validità delle leggi di revisione costituzionale, sia da un punto di vista formale, sia da un punto di vista materiale. Si può facilmente immaginare che una corte decida che sarebbe incostituzionale una legge che non fosse stata promulgata secondo la procedura richiesta o che minasse un principio che la clausola di revisione rende intangibile, come in Francia la forma repubblicana di governo, in Germania il principio di dignità o, altrove, lo stato di diritto. D'altronde la corte costituzionale italiana ha già posto in essere la minaccia di un esame di questo tipo, e la corte suprema indiana ha fatto in grande passo¹⁸.

Si constata, così, che la reale funzione delle diverse definizioni di governo dei giudici consiste, semplicemente, nel sostenere che esso non si è realizzato e di mettere in ridicolo coloro che, secondo una formula divenuta ormai di rito: «agitano lo spettro del governo dei giudici»¹⁹.

Così come non esistono gli spettri, si può facilmente dimostrare che coloro che li evocano sono soggetti *naïfs*, degli imbroglioni o dei nemici dello Stato di diritto.

Ma tutte queste definizioni riposano, lo si è visto, sulla base del presupposto che i giudici, soprattutto quelli costituzionali,

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 757-758.

¹⁸ La corte suprema dell'India ha annullato in due riprese proposte di emendamento alla costituzione; nel 1976 un emendamento che aveva validato un'elezione (Smt. Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain), nel 1980 (*Minerva Mills v. Union of India*), un emendamento con il quale si sopprimeva ogni limitazione al potere di revisione costituzionale, in modo tale che era divenuto possibile modificare la struttura fondamentale della Costituzione.

¹⁹ La formula «lo spettro del governo dei giudici» è impiegato da molti autori. La si trova, ad esempio, in J. Gicquel, *loc. cit.*, G. Carassone, *loc. cit.*, L. Hamon, *loc. cit.*, secondo il quale, nel 1974, dal momento che l'autoinvestitura del Consiglio costituzionale era stata respinta, lo «spettro era stato scartato» (p. 174, o T. Renoux & M. De Villiers, *Code constitutionnel*, Paris 1995, p. 466).

non dispongano di alcun potere discrezionale. Questo presupposto è manifestamente erroneo, soprattutto in ragione del potere di interpretazione che permette loro di imporre la supremazia della costituzione, determinandone il contenuto, ossia di controllare gli emendamenti alla costituzione alla luce dei principi sovra-costituzionali. Essi partecipano così all'esercizio del potere legislativo e del potere costituente e le loro decisioni hanno conseguenze per l'organizzazione e per il funzionamento della società, il che significa che il governo dei giudici esiste.

Da qui, due questioni: questo governo è compatibile con la democrazia? in che cosa si differenzia dal potere del legislatore o dal potere esecutivo?

II. Democrazia e governo dei giudici

Così come i giuristi francesi manipolano il concetto di governo dei giudici per provare a dimostrare che la sua realizzazione non si sia verificata, devono allo stesso modo manipolare quello di «democrazia» per conciliarlo col governo dei giudici, a seconda che intendano dimostrare che il governo dei giudici è necessario alla democrazia o è semplicemente compatibile con essa.

A. Il governo dei giudici è consustanziale alla democrazia?

L'argomento è semplice: secondo una delle migliori teorie della democrazia, quella di Hans Kelsen, essa è la realizzazione della libertà intesa nel senso di autonomia, vale a dire di una situazione nella quale ciascuno non è sottomesso che a delle norme poste da lui stesso, o, quan-

to meno, alle quali ha potuto prestare il suo consenso. Però, così come una perfetta autonomia non può essere realizzata, in questo caso, infatti, tutte le norme generali dovrebbero essere adottate all'unanimità, è necessario accettare il sistema che le si avvicina di più, quello, cioè, della maggioranza. Il sistema della maggioranza si giustifica per il tramite di un argomento che è di natura utilitaristica: pone la maggioranza degli individui in una situazione di autonomia o di eteronomia. La fuoriuscita da un tale sistema sarebbe costituita se ci si ponesse in un sistema di eteronomia, quindi, se una minoranza avesse il potere di sostituirsi a una minoranza, o se una maggioranza giungesse ad impedire alla minoranza di diventare essa stessa maggioranza. È necessario, dunque, prevedere delle procedure specifiche per assicurare la permanenza e le regole di formazione della maggioranza. È questa la funzione dei diversi controlli giurisdizionali e soprattutto di quello di costituzionalità.

Questa giustificazione potrebbe essere soddisfacente, se non si scontrasse con tre difficoltà di rilievo. Innanzitutto, essa è parziale. In questo modo, non si giustifica il controllo di costituzionalità, se non in rapporto a regole procedurali, includendo in questa categoria le leggi elettorali, o allo statuto delle minoranze politiche, ma in nessun caso in rapporto a dei valori o a dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali, infatti, non sono completamente assimilabili a regole del gioco democratico. Si può comprendere come sia necessario garantire la libertà di espressione per garantire alla minoranza la possibilità di diventare maggioranza, ma in cosa il diritto all'aborto può favorire il gioco democratico? Tutti i diritti fondamentali sono pertanto garantiti dal controllo di costituzionalità, laddove invece numerose regole di

**Hans
Kelsen**

natura procedurale non sono suscettibili di essere sanzionate dal giudice costituzionale.

D'altra parte, sarebbe necessario mostrare che il controllo di costituzionalità è non solo un modo possibile di assicurare il rispetto delle regole del gioco, ma, inoltre, che si tratta dell'unico modo per raggiungere questo risultato, e che è efficace. Si conoscono pertanto dei sistemi democratici, come quello della Gran Bretagna, che non prevedono in nessun modo né il controllo di costituzionalità e in cui le regole del gioco democratico sono tuttavia rispettate, laddove invece non lo sono sempre in quei sistemi che prevedono questo tipo di controllo.

Infine, e soprattutto, se è vero che il giudice dispone di un potere discrezionale, che esercita sulla base di preferenze di natura politica, nulla ci garantisce che impiegherà questo stesso potere per difendere la minoranza. È perfettamente concepibile, al contrario, che una corte, composta da una maggioranza politica, si metta al servizio di questa stessa maggioranza.

Si può allora tentare di sostenere una tesi più moderata, ossia smettere di avere la pretesa che il governo dei giudici sia necessario alla democrazia, e limitarsi a dire che è compatibile con essa.

B. Il governo dei giudici è compatibile con la democrazia?

Questa tesi implica che si adatti la definizione di democrazia nell'accezione di democrazia rappresentativa. È possibile allora reperire due diversi tipi di concezioni:

– Sulla base della prima, il popolo non esprime la sua volontà, se non per il tramite dei suoi rappresentanti. Ciò non significa che i rappresentanti avrebbero compe-

tenza nell'espressione della volontà generale, ma che tutti coloro che partecipano all'espressione della volontà generale devono essere considerati come dei rappresentanti. Si tratta di una concezione assai risalente, dal momento che era già quella della costituzione del 1791, che proclamava che i rappresentanti sono il corpo legislativo e il re, perché tutti e due partecipano alla formazione della legge, il primo perché vota i decreti, il secondo perché accorda loro la sua sanzione. La qualità di rappresentante non è legata dunque necessariamente all'elezione. Lo stesso ragionamento è facilmente applicabile anche al giudice costituzionale: se è ammesso che partecipi alla produzione di norme legislative, può essere considerato come un rappresentante²⁰.

– La seconda concezione riposa sulla giustificazione della supremazia della costituzione sulla legge. Senza dubbio, si dice, la legge è promulgata da rappresentanti ritenuti esprimere la volontà del popolo, ma questa presunzione non è assoluta. Essi infatti non la esprimono, se non nella misura in cui hanno agito in modo conforme alla costituzione. È questo il contenuto della famosa formula del Consiglio costituzionale francese, che recita: «la legge votata dal Parlamento non esprime la volontà generale che nel rispetto

²⁰ Tra gli autori che effettivamente hanno sostenuto questa tesi, cfr. D. Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, Paris 1999; e *La jurisprudence constitutionnelle; quelle «nécessité démocratique»?*, di G. Drago, G. François, B. Molfessis (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris 1999, pp. 377-382, con un mio commento e con la replica di D. Rousseau, *ivi*, pp. 377-382. La stessa idea è difesa da Pierre Rosanvallon, che scrive: «I rappresentanti del popolo sono certamente coloro che sono stati eletti. Ma non unicamente. Possono ugualmente essere considerati rappresentanti del popolo coloro che parlano, agiscono e decidono «in nome del popolo». È questo soprattutto il caso della magistratura, che sia ordinaria o costituzionale, ma anche quello, per estensione, del carattere che rivestono le molteplici autorità di regolazione» (P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée*).