

«SE VOLETE CHE IL DIRITTO CONQUISTI IL
PRIMATO, È NECESSARIO ISTITUIRE UN TRIBUNALE»

La giurisdizione della *Paulskirche* e la nostra

WINFRIED HASSEMER

Chi si appella al diritto ha bisogno di giurisdizione, ovvero di tribunali; ne ha bisogno sulla base della loro organizzazione interna e nell'ambito del contesto in cui essi operano. Ciò viene ricordato¹ da Carl Georg von Wächter², esponente del «Quarantotto» tedesco, membro del Parlamento e del Consiglio dei quindici³, ma soprattutto uno tra i principali promotori della Costituzione di Francoforte. Durante gli anni 1848/49 risultava fuor di dubbio — così afferma von Wächter — che una confederazione tedesca fondata sul diritto presupponesse in

¹ Cfr. l'espressione di Wächter in F. v. Holtzendorff-E. Bezold (a cura di), *Materialien der deutschen Reichs-Verfassung. Sammlung sämtlicher auf die Reichs-Verfassung, ihre Entstehung und Geltung bezüglichen Urkunden und Verhandlungen, einschließlich insbesondere derjenigen des constituierenden Norddeutschen Reichstags 1867*, E.G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, Berlin 1873, II, p. 577. In relazione al contesto di queste rappresentazioni della costituzione, risalenti agli anni 1848/49, e ai personaggi che lo animarono, vedi J.-D. Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung*, Luchterhand, Neuwied-Kriftel-Berlin 1998², pp. 111 ss.

² Eberhard Schmidt considera von Wächter come uno tra i maggiori esponenti di una concezione liberale, legata alla prospettiva dello Stato di diritto, del diritto penale e uno tra i più significativi dogmatici penalisti dopo Feuerbach e Binding. Cfr. E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1965³, § 263 e ss.

³ Per ulteriori indicazioni vedi Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, cit., pp. 35 ss.

ogni caso l'istituzione di un tribunale federale, «presso il quale appellarsi anche contro la confederazione stessa»⁴.

1. LA COSTITUZIONE DI FRANCOFORTE

In queste parole appare compiutamente formulato il contributo della Costituzione elaborata presso la *Paulskirche* di Francoforte per lo sviluppo della giustizia in Germania. Si tratta di un apporto riconducibile all'affermazione di due principi fondamentali: la certezza del diritto⁵ e l'indipendenza dei giudici⁶. Tali principi scaturivano dall'idea⁷ che la giurisdizione nello Stato moderno non andasse intesa come applicazione deduttiva di un diritto naturale preconstituito, ma potesse essere conquistata e unificata solo sul piano politico⁸.

1.1. *Certezza del diritto*

La filosofia del diritto europea considera da secoli la certezza del diritto come polarità costitutivamente in tensione con la concreta attività giurisdizionale. Questo principio prevede — riprendendo le parole di Gustav Radbruch⁹ — la «certa» riconoscibilità delle proposizioni giuridiche, la «certa» dimostrabilità dei fatti rilevanti per l'applicazione della norma e la «certa» applicabilità del diritto posto. Tutto ciò non basta evidentemente a garantire un diritto giusto; il diritto può essere al contempo certo e palesemente ingiusto, come noi tutti sappiamo bene. Tuttavia senza le garanzie appena ricordate non vi può essere in alcun modo giustizia giuridica: la certezza è una condizione necessaria ma non sufficiente della giustizia del diritto.

⁴ F. v. Holtzendorff-E. Bezold (a cura di), *Materialien der deutschen Reichs-Verfassung*, cit., p. 577.

⁵ Vedi *infra* 1.1.

⁶ *Infra*, 1.2.

⁷ *Infra*, 1.3.

⁸ A partire da questo punto di vista la *Paulskirche* deriva la conseguenza che i tribunali devono essere aperti al popolo. Vedi *infra*, 1.4.

⁹ G. Radbruch, *Der Zweck des Rechts* (1937), in Id., *Gesamtausgabe*, Müller, Heidelberg 1990³, III, pp. 39 ss., p. 45.

Essa racchiude in sé quella porzione costitutiva dell'idea di diritto la cui realizzazione è attesa prima di tutto dall'attività giurisdizionale. Va da sé che la giurisdizione — così come ogni uomo e ogni istituzione che abbia a che fare col diritto — è parimenti condizionata dal principio di giustizia e dalla radice contrattualistica del diritto, il cui fine resta la realizzazione del bene comune. È altrettanto vero, tuttavia, che in una società come la nostra niente e nessuno ha il dovere necessario, così come invece la giurisdizione, di rendere certe le proposizioni giuridiche, la prova dei fatti e l'esecuzione del diritto. Di più: anche nell'ipotesi di leggi dettate da una volontà divina, senza la certezza della loro applicazione e quindi senza una giurisdizione, tali leggi non avrebbero alcun valore. Solo grazie ai tribunali, alla loro organizzazione interna e al contesto in cui operano, trova piena realizzazione il diritto. Se si desidera quindi che il diritto acquisti un primato regolativo nella società, è necessario istituire dei tribunali.

1.2. Indipendenza dell'amministrazione della giustizia

Se vi è giurisdizione, questa deve pronunciare il diritto — prosegue von Wächter — anche contro coloro i quali l'hanno istituita o presso i quali essa opera. La giurisdizione è chiamata in altri termini a sciogliere con risolutezza e in maniera definitiva i vincoli col potere che l'ha chiamata in vita e che la alimenta. La funzione giurisdizionale deve identificarsi cioè con un «tribunale federale», presso il quale sia possibile appellarsi al diritto anche «contro la confederazione stessa». Allo stesso modo le pronunce dei giudici deve risultare in grado di condannare i potenti in qualsiasi momento, qualora essi se lo meritino. Tale distacco dalle forme di esercizio del potere, chiamato a durare nel tempo, è riconducibile al principio di «indipendenza». Con questo termine indichiamo l'altra polarità, accanto alla certezza del diritto, che si pone in tensione con la sfera della giustizia, un rapporto questo che spetta alla giurisdizione preservare.

Forse la tensione non è qui facilmente percepibile così come in riferimento alla certezza del diritto. Potrebbe essere notato da taluni che l'indipendenza dell'amministrazione della giustizia non è nulla di più o di diverso dal ben noto principio di divisione dei poteri, applicato al campo giurisdizionale. Ciò non è del tutto falso ma rischia di fare più confusione che chiarezza.

La giurisdizione non è indipendente solo per il fatto che tutti gli uomini buoni — o anche solo i giudici — vogliono con risolutezza che essa sia tale. L'indipendenza della giustizia, al di là di ogni buona intenzione, è un dato istituzionale, al quale anche i migliori propositi devono lasciare il passo. Decisiva in tal senso è l'appropriata istituzione della funzione giurisdizionale, una sua adeguata garanzia e la permanenza di una sua ferma difesa. Determinanti risultano quindi, in primo luogo, criteri oggettivi, non intenzioni soggettive.

Questa garanzia obbiettiva dell'indipendenza dei giudici è irrinunciabile, proprio perché i giudici ed i tribunali sono sotto molteplici aspetti e in maniera ineliminabile contigui al potere. Per quanto i giudici non esercitino direttamente una forma di potere, infatti, la reale consistenza delle leggi è affidata alla loro attività interpretativa. Solo grazie all'interpretazione giuridica le leggi acquistano vita ed un profilo preciso; il legislatore inoltre può contenere e correggere la rielaborazione giudiziale dei suoi prodotti solo a posteriori ed in maniera approssimativa. Ogni correzione legislativa, infatti, viene riaffidata alla fantasia e alla forza creativa del giudice, e così via secondo un moto infinito¹⁰.

Che i giudici e i tribunali siano resi indipendenti sotto il profilo materiale e personale costituisce una conquista tanto grande quanto inesorabilmente esposta a minacce. La sua grandezza sta nel fatto che il detentore del potere, capo di stato o esecutivo, vede sussistere accanto a sé una istituzione il cui intervento non è da lui prevedibile e non può essere pilotato dall'esterno. Le minacce derivano dalla medesima considerazione: una giurisdizione indipendente costituisce infatti una spina conficcata nel cuore del potere, una spina che può essere estratta solo a prezzo di sangue.

La *Paulskirche* ha compreso tutto ciò. La sua opera viene lodata¹¹ perché ha attribuito forma compiuta al principio di indipendenza. I costituenti di Francoforte hanno previsto la riduzione della sfera di competenza della giurisdizione militare all'ambito dell'esercito¹² e

¹⁰ Ho descritto in maniera più completa questo processo in *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in A. Kaufmann (a cura di), *Rechtstheorie*, Müller, Karlsruhe 1971, pp. 27 ss.

¹¹ D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1975, p. 6.

¹² *Costituzione di Francoforte* (FRV) § 176 II.

soppresso i fori privilegiati¹³. La funzione giurisdizionale è stata concepita in tal senso come attività propria dello stato, con la conseguente soppressione delle giurisdizioni patrimoniali¹⁴. I tribunali speciali sono stati dichiarati illegittimi, è stato affermato il principio del «giudice naturale»¹⁵ mentre illegittima è stata dichiarata la giustizia di gabinetto e quella ministeriale¹⁶. Il potere giudiziario risultava così affidato ai soli tribunali¹⁷. Venne infatti sottratta alla polizia ogni funzione di giurisdizione penale ed eliminate le funzioni giurisdizionali prima affidate all'amministrazione pubblica¹⁸. In tal modo amministrazione della giustizia e amministrazione pubblica furono separate e rese autonome una rispetto all'altra¹⁹. Si tratta di un catalogo di provvedimenti veramente audace e completo, in grado di difendere la giustizia dalle aggressioni del potere politico.

Vigore e avvedutezza caratterizzano anche la disciplina prevista al § 177 della Costituzione di Francoforte, posto a garanzia dell'indipendenza personale del giudice²⁰. I cambiamenti nelle dotazioni dei giudici, intese nel senso più ampio del termine, venivano fatte dipendere dalla legge e dai precedenti provvedimenti dei tribunali²¹. In tal modo la *Paulskirche* riconosceva e ammetteva le già ricordate minacce che incombono sulla magistratura: un giudice così equipaggiato era in

¹³ FRV § 176 I.

¹⁴ FRV § 174. Vedi anche il § 167 n. 1.

¹⁵ «Nessuno può essere sottratto al suo giudice naturale. I tribunali speciali sono vietati» (FRV § 175 II).

¹⁶ FRV § 175 I 2.

¹⁷ «Il potere giudiziario viene esercitato autonomamente dai tribunali» (FRV § 175 I 1).

¹⁸ FRV § 182.

¹⁹ FRV § 181.

²⁰ Küne, *Reichsverfassung*, cit., parla a p. 354 di una «garanzia che riflette al massimo grado i principi dello Stato di diritto».

²¹ «Nessun giudice può, se non in seguito a pronuncia del tribunale o in base al diritto, essere allontanato dal suo ufficio oppure danneggiato in rapporto al suo rango o al suo stipendio.

Una sospensione non può essere decretata se non in seguito a decisione giudiziale.

Nessun giudice può contro il suo volere, se non in seguito a decisione giudiziale o nel casi e nelle forme previste dalla legge, essere trasferito in altra sede oppure essere messo a riposo».

grado di riconoscere e sopportare nel tempo le provocazioni provenienti dal potere.

Solo per quanto riguardava la regolamentazione della nomina dei giudici i tempi non sembravano ancora maturi: accanto al modello tradizionale, che prevedeva una nomina effettuata dal legislativo o dal signore territoriale, vennero discusse delle proposte a carattere radicale, orientate a favore dell'elezione popolare dei giudici inferiori oppure alla nomina delle magistrature superiori da parte di quelle inferiori²². La *Paulskirche* non è riuscita qui a predisporre alcuna regolamentazione²³. Sarebbe spettato alle generazioni successive evidenziare con chiarezza la forza dirompente racchiusa in questa alternativa in ordine alla garanzia di indipendenza dei giudici.

1.3. *Un accordo sulla giustizia*

Il peso che doveva acquistare la giurisdizione e il suo assetto costituzionale per un pensiero come quello articolato e sostenuto dalla Costituzione di Francoforte, diventa percepibile in tutta la sua portata nel momento in cui si tiene presente il contesto filosofico e teorico-giuridico del tempo, che influenzò considerevolmente anche la riflessione entro la *Paulskirche*. La considerazione di fondo che informava questo orizzonte di pensiero può essere così sintetizzata: il diritto non può essere sempre ricavato da una realtà data, ma costituisce il risultato della lotta e dell'accordo; esso in tal senso non ci precede, ma ci viene affidato. Il diritto inoltre non può essere dedotto da principi sovraordinati, ma viene creato — assieme a quegli stessi principi — da coloro che intendono essergli soggetti. Se queste considerazioni sono corrette²⁴, allora la questione della giurisdizione guadagna il centro della vita comune, catalizzando l'attenzione del costituente.

²² Questo modello sarebbe chiaramente entrato in contraddizione con le tendenze della *Paulskirche* di sottoporre al controllo popolare anche il ceto dei giuristi: vedi *infra*, 1.4.b.(2).

²³ Sui particolari vedi Kühne, *Reichsverfassung*, cit., pp. 357 ss.

²⁴ Ho sviluppato questi assunti sotto il profilo della teoria delle norme in *Tatbestand und Typus*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, pp. 96 ss. e in *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Athenäum, Frankfurt/M. 1973, pp. 27 ss., ricollegandomi qui ai compiti della legislazione e alla filosofia politica dell'Illuminismo.

1.3.1. *Filosofia del diritto*

Sotto il profilo filosofico-giuridico, la questione cruciale diventa allora rinvenire e fondare le norme giuridiche vincolanti. Ad assumere il ruolo di protagonista è qui innanzitutto il legislatore.

La *Paulskirche* non disponeva di un diritto naturale a cui appellarsi. I principi giuridici validi in ogni tempo e presso ogni cultura — ovverosia le verità giusnaturalistiche relative ai criteri di giustizia — avevano perso la loro forza persuasiva, da ultimo in seguito alla critica rivolta dall'idealismo tedesco²⁵ contro la possibilità di formulare giudizi sui valori a carattere universale e contenutistico. La credenza in norme la cui validità risultasse indipendente dal mutare della storia e dalle differenze tra i popoli si era eclissata. Anche qualora tali norme fossero realmente esistite, le facoltà umane non sarebbero state in grado di riconoscerle.

In rapporto a disposizioni del tipo «fai il bene», «evita il male» oppure «ad ognuno il suo» era possibile intendersi anche al di là delle differenze epocali e culturali, a condizione tuttavia che restasse aperto il contenuto del «bene», del «male» e del «proprio». Per questa epoca — così come per la nostra, d'altra parte — il diritto poteva assumere un carattere concreto, abbandonando così l'empireo celeste, solo se privato di ogni tratto contenutistico. Sciolto dall'astrattezza giusnaturalistica, esso diventava tuttavia muto di fronte alle richieste e alle esigenze concrete del tempo. Già in seno alla *Paulskirche*, pertanto, il diritto doveva essere pensato come una grandezza storica, come un'entità che acquista validità solamente qui ed ora. È evidente che l'espressione «qui ed ora» non va intesa in senso puntuale: essa può rinviare a costruzioni giuridiche molto articolate, la cui vita si prolunga per secoli in ambiti culturali anche molto estesi. Resta il fatto che una riserva di fonti giuridiche valide immediatamente e incondizionatamente non era più a disposizione.

Tale assunto rivoluzionava la posizione del legislatore, mutando in maniera fondamentale i suoi compiti. Al posto di una innocua deduzione di norme concrete da norme astratte, subentrò la necessità di

²⁵ Le linee principali di tale critica, così come le sue deviazioni, possono essere ritrovate in A. v. Bogdandy, *Hegels Theorie der Gesetze*, Alber, Freiburg (Breisgau)-München 1989, III, pp. 191 ss. e pp. 229 ss.

fondare entrambe, o meglio di creare *ex novo* tutte e due queste specie di norme²⁶.

In presenza di una riserva di leggi naturali, il legislatore si limitava a servirsi di essa, ad attingere da una fonte di norme vincolanti in ogni tempo e cultura, di rango sovraordinato rispetto alle norme positive. Al legislatore spettava quindi il mero compito di prolungare il diritto fino alla realtà concreta. Egli doveva tutt'al più vigilare affinché il contenuto delle norme naturali non andasse perduto o travisato durante il processo di concretizzazione normativa. Si trattava di un dovere a cui era facile ottemperare: esso richiedeva solamente la fedeltà formale al procedimento deduttivo, il quale consentiva di tradurre il generale nel particolare, di procedere dall'alto verso il basso. La giustificazione di questo modo di operare era semplice ed efficace. Fin tanto che la credenza in un diritto naturale sopravviveva, lo splendore di questo diritto si infondeva senza impedimento nel legislatore, il quale poteva limitarsi a tradurre l'immagine in leggi concrete. Attraverso questa traduzione egli non trasferiva nelle leggi positive solamente il contenuto del diritto naturale, ma accanto ad esso anche la sua inopugnabile pretesa di giustizia. Se la traduzione era fedele, la legge era senza dubbio giusta, mentre il legislatore era protetto da ogni critica rivolta contro il suo operato.

Venuta meno la fede nel diritto naturale, l'attività legislativa non risultava più riducibile ad un mero procedimento deduttivo: le norme giuridiche, cessata la loro discesa dall'empireo celeste, dovevano essere cercate qui sulla terra, ovvero trovate, fondate e giustificate. Tale impresa è stata coronata da successo. Non senza molte ombre, la via comune verso una costruzione e legittimazione terrena della legislazione giunse a rinvenire il proprio fondamento in coloro che ne rappresentavano i destinatari. I modelli di accettazione, consenso, riconoscimento, così come i meccanismi contrattuali, pur con tutte le differenze del caso, portavano ad espressione il fatto che la volontà generale di chi era sottoposto al diritto doveva essere formulata dalla legge, e che la legge poteva trovare legittimazione soltanto identificandosi con tale volontà.

A partire da questo orizzonte filosofico-giuridico e teorico-statale è possibile valutare l'importanza fondamentale acquistata dalla figura

²⁶ Sulla fondazione contrattualistica della giustizia politica in Hobbes, Kant e Rawls, vedi C. Höffe, *Ethik und Politik*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1979, pp. 195 ss.

del legislatore, così come l'urgenza di promulgare una costituzione, la quale guidasse il legislatore non solo liberando il suo orizzonte d'azione ma anche fissandone i confini, ovvero sottoponendo la sua attività al controllo pubblico²⁷. I confini della libertà venivano così fissati non da una legge eterna, ma da un legislatore storico, che appariva in larga misura fallibile. La volontà di chi risultava soggetto al diritto costituiva il fondamento della legge giusta, la costituzione la sua misura, mentre l'attività giurisdizionale diventava l'occhio e il braccio operativo del controllo di giustizia. Solo la giurisdizione — in quanto custode della costituzione — garantiva infatti concretamente la salvaguardia del testo costituzionale²⁸; essa poteva tuttavia assolvere tale compito solo se effettivamente garantita contro l'intervento di forze estranee²⁹. Costituiva quindi un urgente interesse per la libertà civile l'istituire una giurisdizione e il renderla indipendente.

1.3.2. *Teoria del diritto*

Sotto il profilo teorico-giuridico, il punto focale di attenzione era costituito invece dal modo corretto di rielaborare le disposizioni giuridiche in sede applicativa. Il ruolo di protagonista, pertanto, è qui assunto in primo luogo dalla giustizia.

Discipline come la teoria del diritto e la dottrina del metodo si occupano dei medesimi problemi affrontati dalla filosofia del diritto e dalla teoria dello Stato³⁰, ma ad un livello diverso. Le questioni fondamentali sono qui riconducibili all'esigenza di una decisione in ordine alle controversie e al potere decisionale di coloro che applicano il diritto. La teoria del diritto e la dottrina del metodo sviluppate all'epoca della *Paulskirche* fornivano a tali questioni la medesima risposta sotto il profilo strutturale.

Se il punto di vista filosofico-giuridico negava l'esistenza di un diritto naturale intelligibile, aprendo nuovi spazi di intervento per il

²⁷ Sul passaggio da una fondazione del diritto a carattere giusnaturalistico ad una a carattere costituzionale, e sulle sue conseguenze sotto il profilo della giurisdizione vedi J. Limbach, *Zukunftsfähige Maßstäbe für das verfassungspolitische Denken*, in «Das Parlament», 3-4, 16.1.1998.

²⁸ In questo senso, vedi *supra*, 1.1.

²⁹ *Supra*, 1.2.

³⁰ *Supra*, 1.3.a.

legislatore, allo stesso modo il punto di vista teorico-giuridico del XIX secolo negava l'esistenza di leggi capaci di prefigurare la decisione del giudice in maniera tale da consentire a quest'ultimo di rinvenire la soluzione del caso *more geometrico*, ovvero secondo un procedimento deduttivo a carattere meramente formale³¹. Tanto la filosofia quanto la teoria del diritto dell'epoca non potevano notare che i piani sovraordinati nella costruzione per gradi dell'ordinamento giuridico fornissero delle indicazioni sufficientemente complete e precise per determinare le decisioni relative al piano immediatamente inferiore. Di fronte a questa impossibilità, tali discipline aprivano dei nuovi spazi di intervento creativo: la filosofia del diritto nel campo della legislazione, la teoria del diritto nel campo della giurisprudenza.

Alla luce dell'esperienza dei giudici nella rielaborazione dei testi di legge, quanti parteciparono in nome della giurisprudenza pratica alla vivace discussione teorico-giuridica del tempo negarono ogni seguito alla dottrina radicale secondo cui la legge in quanto tale poteva e doveva essere sufficiente per decidere il caso. Si faceva appello piuttosto al senso obbiettivo della legge contro la volontà soggettiva del legislatore, mettendo in campo i bisogni e le esigenze peculiari del tempo (comprese chiaramente in contrapposizione a quelle del legislatore storico). Si trattava, per l'osservatore esperto, di un segnale orientato in maniera ineludibile verso l'autonomia del giudice, per quanto apparisse assurda l'idea che l'attività giudiziale potesse facilmente «sottrarsi» alla legge.

Il punto di vista offerto dall'ermeneutica³² su questi temi, teso a sottolineare l'incompletezza strutturale delle disposizioni di legge nella guida dell'azione del giudice, è diventato ormai un'opinione

³¹ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt/M. 1986, in particolare nella parte II («Ermeneutica giuridica e controllo del giudice»), pp. 39 ss. ha mostrato e *documentato* come l'idea secondo cui lo spirito del tempo della *Paulskirche* intendeva il giudice come un semplice apparato meccanico di sussunzione non corrisponde né alla prassi né con la teoria del diritto propria dell'epoca. Su von Wächter vedi *ivi*, pp. 167 ss.

³² Per una rapida esposizione e sviluppo dei principali problemi vedi W. Hassemer, *Juristische Hermeneutik*, in «ARSP», 72 (1986), pp. 195 ss.

comune nella teoria del diritto e nella dottrina del metodo, un'opinione continuamente confermata dai fatti³³.

Si è oggi dissolta l'illusione di un programma normativo realizzato attraverso la legge e compiutamente assiomaticizzato, capace di offrire la soluzione per ogni caso, e che spetta al giudice semplicemente attuare — sempre che tale illusione sia mai esistita al di fuori degli angusti tavoli di lavoro degli studiosi. Il giudice sa — proprio il giudice fedele alla legge —, e la teoria glielo conferma, che la sua decisione non può sussistere solo in virtù della legge. La legge si concretizza in rapporto alla particolarità della situazione di fatto, e la precomprensione giudiziale guida tale processo di concretizzazione in maniera ineliminabile. Ciò che alla fine diventa diritto non si produce attraverso una deduzione formale, che nulla aggiunge alla legge, ma anche in virtù del contributo creativo, a carattere contenutistico, fornito dal giudice.

Questa consapevolezza era presente in seno alla *Paulskirche*³⁴. I costituenti di Francoforte avevano compreso che le finalità di politica del diritto da essi perseguite rappresentavano anche degli obiettivi politici, per i quali era necessario lottare. Avevano pure compreso che la volontà politica e le sue acquisizioni potevano essere fissate in maniera stabile nel caso venisse redatta una costituzione accessibile a tutti, e qualora un guardiano dotato di forza fosse in grado di vigilare su di essa, difendendola dalle prevedibili tempeste. La *Paulskirche* ha dato vita cioè ad una giurisdizione, dotandola di un carattere indipendente.

1.4. *Il popolo in giudizio*

1.4.1. *Produzione giuridica dal basso*

Legislazione intesa come produzione di leggi da parte di chi vi è sottoposto attraverso l'azione dei suoi rappresentanti, e non come deduzione monocratica di norme legislative da un diritto naturale sovra-

³³ A. Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Beck, München 1994, pp. 53 ss.

³⁴ Cfr. Kühne, *Reichsverfassung*, cit., p. 191 ss.

ordinato³⁵; giurisdizione intesa come creazione di diritto guidata dalla legge e non come prodotto di una deduzione formale³⁶ — questo è il significato dell'espressione «produzione giuridica dal basso». L'attenzione era qui rivolta in maniera privilegiata al diritto concreto, ovvero al processo di formulazione della legge e alla decisione relativa al caso singolo. Da un lato venivano certo prefigurate le linee guida ed i limiti generali della produzione giuridica, ma non l'atto giuridico in quanto tale. La filosofia e la teoria del diritto del tempo, che non mancarono di esercitare la loro influenza sulle risoluzioni della *Paulskirche*, hanno attribuito al processo di individuazione del diritto un carattere aperto e materiale, l'hanno trasferito dal palazzo all'assemblea, dalle aule governative alla sfera pubblica, rivelando e sviluppando — si potrebbe anche dire — il suo carattere politico.

Solo alla luce di questo progetto teorico il programma relativo alla legislazione e alla giurisdizione assumeva un volto completo. Nel caso invece l'attenzione venga rivolta alla prassi istituzionale e ci si interroghi quindi sulle possibilità di realizzazione concreta di tale progetto, è necessario fare un passo ulteriore e definitivo, che conduce a mettere in rilievo la posizione di chi è sottoposto al diritto e alla giurisdizione. Lo spirito che informava la filosofia e la teoria del diritto della *Paulskirche* aveva un carattere pubblico, era lo spirito della partecipazione e della controllabilità diffusa, almeno sul versante della giurisdizione. Questo spirito convocava quindi il popolo in giudizio.

1.4.2. *Tre vie*

La Costituzione di Francoforte riconduce la giurisdizione al popolo lungo tre itinerari distinti: essa apre la giurisdizione al popolo, rende quest'ultimo parte attiva al suo interno e apre nuove vie di accesso per la ricerca del diritto.

(1) *Essa apre la giurisdizione al popolo*

La Costituzione francofortese mette fine ai processi di tipo inquisitorio, disponendo a livello procedurale la pubblicità e l'oralità del di-

³⁵ Vedi *supra*, 1.3.a.

³⁶ Vedi *supra*, 1.3.b.

battimento³⁷. Essa introduce cioè nella procedura penale il modello processuale accusatorio³⁸. In tal modo viene stabilito ciò che poco prima, in alcuni stati tedeschi, aveva già assunto forza di legge³⁹ sulla scorta del modello francese e grazie alle spinte provenienti dal dibattito in favore della riforma⁴⁰.

È facile osservare come il vecchio processo inquisitorio fosse diventato anacronistico al tempo della *Paulskirche*. Colpa e sentenza venivano determinati attraverso un procedimento che ricordava da vicino una ricetta segreta per iniziati, in ogni caso sottratta alla conoscenza pubblica ed a quella degli inquisiti. Chi era in suo possesso svolgeva la sua professione nel proprio ufficio e non avevano bisogno di nessun altro per portare a compimento la sua opera. Quanto risultava tecnicamente necessario per l'accertamento dei fatti veniva raccolto e consultato; lo stesso valeva per gli accusati. L'accertamento e il giudizio erano affidati ad un unico soggetto, e non sembrava esserci motivo per procedere in maniera diversa: solo i giuristi comprendevano la loro arte, i terzi finivano qui solo per disturbare.

Questo modo di amministrare la giustizia costituiva la propaggine degenerare dello stato assolutista e divenne da ultimo intollerabile in seguito alla persecuzione dei demagoghi. Il giudice appariva qui come il galoppino del potere statale, la giustizia assumeva i tratti di una minaccia oscura, lontana e imprevedibile rivolta contro la libertà civile⁴¹. Pubblicità, oralità e processo accusatorio costituivano le risposte della *Paulskirche*. Ciò apriva la giurisdizione al popolo: il procedimento diventava accessibile a tutti, nelle aule dei tribunali si parlava forte e chiaro e la trama processuale veniva intessuta passo per passo, mentre i momenti comprensivi e di giudizio si giocavano non negli atti ma sulla scena del dibattimento⁴². L'introduzione del pro-

³⁷ «Il procedimento giudiziale deve essere pubblico e orale. Eccezioni relative alla pubblicità sono fissate dalla legge in ordine all'interesse dei costumi (*Sittlichkeit*)» (FRV § 178).

³⁸ FRV § 179 I.

³⁹ Sugli sviluppi della riforma del processo penale in Francia e negli stati tedeschi vedi Schmidt, *Strafrechtspflege*, cit., §§ 284 ss., pp. 287 ss.

⁴⁰ Cfr. Kühne, *Reichsverfassung*, cit., pp. 372 ss.

⁴¹ Cfr. Schmidt, *Strafrechtspflege*, cit., § 248.

⁴² Sulle peculiarità della comprensione scenica nel processo vedi la mia *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München 1990, pp. 122 ss.

cedimento accusatorio e l'istituzione dell'avvocatura di stato costituisce un momento memorabile per processo penale tedesco, che conserva intatta fino ad oggi la sua fondamentale importanza.

Poiché con l'istituzione del pubblico ministero si instaurava un confronto dialettico strutturale all'interno della giustizia, il contraddittorio tra i diversi punti di vista, le argomentazioni e gli atteggiamenti processuali diventò un positivo carattere distintivo del procedimento giudiziale. Il giudice penale si trasformò in una controparte professionale, assumendo così un ruolo attivo sotto il profilo argomentativo e procedurale, nel caso egli svolgesse appieno i propri compiti. Ciò che ha trovato compimento nella difesa penale professionale odierna è stato introdotto con l'avvocatura di stato centocinquanta anni fa: si tratta di una concezione procedurale che ricerca la verità e la giustizia non nelle segrete del potere ma nella luce del foro, non attraverso l'indagine di uno solo ma mediante un contraddittorio governato da regole. Appare evidente, pertanto, che grazie a questa riforma fu possibile parlare per la prima volta di un effettivo controllo dell'azione giudiziale.

(2) *La Paulskirche fa partecipare il popolo all'attività giurisdizionale*

La Costituzione di Francoforte prevedeva il ricorso alle corti d'assise per i casi penali più difficili e per i delitti politici⁴³, e intendeva affidare l'amministrazione della giustizia civile anche nelle mani di giudici popolari esperti⁴⁴. In tali disposizioni taluni potrebbero scorgere facilmente una sfiducia costituzionale nei confronti del ceto dei giuristi, che in altri luoghi del testo della *Paulskirche* — basti pensare alla garanzia di indipendenza dei giudici⁴⁵ e alla riconfigurazione del procedimento quale «produzione giuridica dal basso»⁴⁶ — era stato considerato con tanta attenzione. Tale ipotesi interpretativa non coglie tuttavia nel segno. L'attenzione privilegiata della

⁴³ «Le corti d'assise sono sempre chiamate a giudicare i casi penali difficili e tutti i delitti politici» (FRV § 179, II).

⁴⁴ «L'amministrazione della giustizia civile, in relazione a casi che investono ambiti professionali particolari, va esercitata o co-esercitata da giudici competenti in materia ed eletti liberamente dal relativo ambito professionale» (FRV § 180).

⁴⁵ Cfr. *supra* 1.2.

⁴⁶ Cfr. *supra* 1.3.b, 1.4.a.

Paulskirche non era rivolta ai giuristi ma alla giurisdizione: si tratta di due cose del tutto differenti (per quanto ciò non sia spesso condiviso dall'opinione distorta dei giuristi). La *Paulskirche* non intese dar vita ad alcun «governo dei giudici» né a tribunali autonomi; per questo essa non prevedeva l'elezione dei giudici da parte di altri giudici⁴⁷. I costituenti miravano ad una giurisdizione costituzionale, non subordinata ad altre istanze ed a cui ricorrere quale *ultima ratio*. Per questo la Costituzione di Francoforte ha chiamato il popolo a prender parte all'attività giurisdizionale, al fine di controllare l'operare dei giuristi⁴⁸. Per taluni ciò può rappresentare una soluzione dolorosa; si tratta tuttavia di un esito direttamente conseguente.

«Produzione di diritto dal basso» - intesa qui come uno dei caratteri peculiari della Costituzione di Francoforte⁴⁹ — non significa infatti «produzione di diritto da parte dei giuristi», quanto piuttosto «produzione giuridica da parte di tutti noi». Ciò è tanto più significativo in riferimento ad un'epoca come quella della *Paulskirche*, nella quale al ceto dei giuristi, in base a buoni motivi e ad un'esperienza consolidata, veniva associato non il termine di «libertà» ma quello di «potere». In seguito all'eclissi del diritto naturale⁵⁰, intendere l'accordo sulla giustizia come una modalità per fondare il diritto significava richiamare l'attenzione non sui giuristi quanto piuttosto su chi risultava sottoposto al diritto. Questo modo di intendere la sfera giuridica trova cittadinanza laddove appaia possibile una creazione del diritto a carattere non professionale⁵¹. Allo stesso modo ovunque sia necessario non perdere d'occhio l'attività dei giuristi, oppure giudicare i delitti politici⁵², lì il popolo deve partecipare al dibattito ed alla decisione. Va sottolineato, tuttavia, che la *Paulskirche* prevedeva ancora una moderata partecipazione popolare alla giurisdizione.

⁴⁷ Vedi *supra* 1.2., alla fine.

⁴⁸ In tal senso anche Kühne, *Reichsverfassung*, cit., p. 379.

⁴⁹ Cfr. *supra* 1.4.a.

⁵⁰ Cfr. *supra* 1.3.b.

⁵¹ FRV § 180.

⁵² FRV § 179 II 2.

zione. E se la ragione di ciò stesse nel fatto che al tavolo dei costituenti sedevano così tanti giuristi⁵³?

(3) *La costituzione di Francoforte apre nuove strade per la partecipazione popolare alla giurisdizione*

L'appiglio ultimo a cui la *Paulskirche* ancorava la giurisdizione era costituito dal tribunale imperiale. Esso esercitava «la giurisdizione di competenza dell'impero»⁵⁴, sulla carta assai estesa⁵⁵. All'interno di tale competenza ricadono anche diritti dei cittadini che attirano la nostra attenzione. Il tribunale imperiale decideva infatti sulle «liti tra i cittadini tedeschi dovute alla violazione di diritti garantiti dalla costituzione imperiale»⁵⁶, oppure in relazione a «istanze motivate da negata o impedita giustizia, qualora le vie per adire in giudizio previste dalla legislazione regionale siano esaurite»⁵⁷. Siamo qui di fronte, in altri termini, a delle eccezioni di costituzionalità a carattere individuale. Questo strumentario di garanzie viene completato dal diritto di petizione. Il § 159 I della Costituzione di Francoforte attribuisce ad ogni cittadino tedesco «il diritto di rivolgere richieste o reclami in forma scritta alle autorità competenti, alle rappresentanze popolari ed al consiglio imperiale», mentre il II comma estende l'esercizio di tale diritto anche alle «corporazioni» ed a «pluralità di individui riuniti in associazioni»⁵⁸.

Queste disposizioni appaiono moderne, e di fatto lo sono. Il diritto di petizione sancito dalla *Paulskirche* è stato trasferito nella nostra

⁵³ Sui raggruppamenti politici del *Vormärz* e partecipanti ai moti rivoluzionari vedi H. Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Deutscher Taschenbuch, München 1990, II, pp. 94 ss.

⁵⁴ FRV § 125.

⁵⁵ FRV § 126. «Sulle questioni di competenza del tribunale imperiale statuisce in maniera esclusiva e autonoma il tribunale imperiale stesso» (FRV § 127).

⁵⁶ FRV § 126 g I.

⁵⁷ FRV § 126 h.

⁵⁸ «Questo diritto può essere esercitato dai singoli cittadini, dalle corporazioni e da una pluralità di individui riuniti in associazione; per quanto riguarda l'esercizio e la marina militare ciò è consentito nei limiti delle norme disciplinari» (FRV § 159 II).

Legge fondamentale senza subire limitazioni⁵⁹, mentre il problema di sussidiarietà tra tribunali regionali e federali sopra ricordato continua ad occupare il nostro tavolo di lavoro⁶⁰. Il ricorso individuale al tribunale costituzionale assume tuttavia nel testo una consistenza maggiore di quella concessagli nella realtà. Già la Costituzione di Francoforte aveva previsto per tali ricorsi una disciplina più precisa, affidata al legislatore imperiale⁶¹, e ciò suona ad un orecchio esperto come contraddittorio e motivo di limitazione del diritto stesso. Tale sospetto non era infondato. Quale portata ed estensione abbia assunto il ricorso costituzionale individuale nella prassi concreta resta fino ad oggi un quesito senza risposta per la ricerca storiografica⁶².

Per quanto non sia più possibile evidenziare tutte le dimensioni concrete delle garanzie giuridiche predisposte dalla *Paulskirche*, e sebbene alcune di queste garanzie siano state polverizzate dalla prassi successiva, appare ad ogni modo chiaro che la Costituzione di Francoforte creò un nesso di collegamento tra la giurisdizione ed il popolo⁶³. Il superamento della certezza giusnaturalistica (che alla fine si riduceva ad un'autocertezza), lo smascheramento del deduttivismo formale in capo all'attività del legislatore e del giudice (che alla fine nascondeva con l'illusione e l'inganno la forza decisionale reale), i canali di produzione del diritto dal basso — tutto ciò rende l'assetto giurisdizionale previsto dalla *Paulskirche* un modello per l'amministrazione democratica della giustizia.

2. E NOI?

Le considerazioni fin qui sviluppate sono ben note e traggono alimento senz'altro dai dati di fatto. Manca tuttavia la risposta ad una domanda ulteriore: cosa significa per noi tutto questo? Vi sono pur

⁵⁹ «Ognuno ha il diritto di rivolgere per iscritto, da solo o insieme con altri, delle petizioni o dei reclami alle autorità competenti e alla rappresentanza popolare» (GG § 17).

⁶⁰ Vedi la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 15.10.1997.

⁶¹ «La disciplina specifica relativa all'estensione del diritto di petizione e ai modi del suo esercizio è riservata alla legislazione imperiale» (RFV § 126 g II).

⁶² Indicazioni ulteriori in Kühne, *Reichsverfassung*, cit., pp. 198 ss.

⁶³ Limbach, *Zukunftsfähige Maßstäbe für das verfassungspolitische Denken*, cit.

sempre, infatti, un paio di notazioni di contorno che consigliano una certa circospezione nel fare della Paulskirche un modello da seguire.

2.1. *La «rivoluzione fatale»*

Si è soliti indicare gli eventi scatenati dalla *Paulskirche*, o che in essa sono culminati, come una «rivoluzione»⁶⁴. L'assemblea di Francoforte ha provocato infatti dei cambiamenti storici che non era in grado di controllare completamente, ma che ad ogni buon conto le possono essere imputati in base ad un'equivalenza storico-causale, ovvero, più semplicemente, perché senza gli avvenimenti del 1848/49 tali cambiamenti non si sarebbero realizzati. Ci si può tuttavia chiedere se la *Paulskirche* debba rispondere di tali mutamenti anche dal punto di vista di una causalità adeguata, ovvero se sussista tra di essi un collegamento non solo esterno. Tale domanda coinvolge in realtà molti altri fattori storici, che questa pretenziosa teoria causale si propone di ordinare. In occasione di una «rivoluzione», tuttavia, quesiti del tipo «l'uso della forza o della sopraffazione sono ad essa direttamente riconducibili?», oppure «tali fenomeni degeneri possano sconfiggerla?», rimarranno per sempre senza una risposta certa.

A questo proposito i primi di maggio del 1998 ha aperto i battenti, presso il museo giudaico di Vienna, una mostra dal titolo «La rivoluzione fatale del 1848»⁶⁵. L'iniziativa ha reso noto al grande pubblico che il 1848 non condusse solamente alla parificazione religiosa, eliminando il divieto di unioni matrimoniali tra ebrei e cristiani, e consentendo inoltre a numerosi rappresentanti della comunità ebraica di prendere parte alla *Paulskirche*. A questa data epocale sono legate conseguenze devastanti per la comunità ebraica europea, come ad esempio volantini propagandistici e sommosse popolari antisemite. Era infatti opinione diffusa che gli ebrei, in quanto banchieri «tollerati», fossero equiparabili all'alta nobiltà, dal momento che parteggiavano a favore del primato della proprietà privata⁶⁶, oppure perché

⁶⁴ In tal senso, con numerose indicazioni ulteriori, Boldt, *Verfassungsgeschichte*, cit., II, pp. 54, 92 ss., 144 ss., 158 ss.

⁶⁵ Seguo qui le indicazioni di Jürgen Kaube in «FAZ», 3.4.1998, p. 44.

⁶⁶ J. Limbach, *Kritische Bürgerloyalität ist das Lebenselixier der Demokratie*, in «FR», 8.4.1998, p. 7.

non soddisfacevano gli stretti criteri di appartenenza fissati dal processo di «nazionalizzazione degli uomini»⁶⁷. Siamo qui di fronte ad una mera equivalenza storica oppure ad una vera e propria causa adeguata? La *Paulskirche* risulta sconfessata da questi e da altri esiti equivoci, a cui ogni rivoluzione può dar luogo? Ciò priva di valore il testo della Costituzione di Francoforte?

Costituisce motivo di riflessione anche una questione ulteriore, dibattuta in maniera accesa fin da allora: le iniziative della *Paulskirche* «naufgarono» oppure no⁶⁸? Il successo o il fallimento non sono certo un fattore marginale in rapporto ad una rivoluzione: si tratta di un'alternativa centrale, che condiziona tra l'altro la possibilità di apprendere qualcosa da un evento storico di questa portata.

Si potrebbe sostenere che la spinta rivoluzionaria risultava esaurita già il 28 aprile 1849, allorquando il re di Prussia Federico Guglielmo IV rifiutò l'investitura imperiale. Se per taluni questo avvenimento riveste un carattere secondario, deve essere ricordato che in seguito ad esso la *Paulskirche* venne immediatamente sciolta, mentre i suoi rappresentanti si rassegnarono al fatto che i corpi legislativi successivi avrebbero tenuto conto della Costituzione di Francoforte solo in maniera marginale, al punto che cento anni più tardi testimoni insospettabili come Theodor Heuss e Carlo Schmid avrebbero archiviato la *Paulskirche* come un «evento leggendario» o come un'esperienza appartenente all'«altro ieri».

2.2. *L'utopia concreta*

Ciò non provoca in me, in realtà, un senso di irritazione. La ragione, probabilmente, sta nel fatto che la *Paulskirche* non suscita il mio interesse in quanto puro dato storico, oppure come fonte di storia dogmatica. È assente in me il demone storiografico che induce lo studioso ad indagare quali leggi successive recepirono o meno una qualche disposizione della Costituzione di Francoforte, e secondo quali itinerari. Personalmente considero questa Costituzione come un testo e tento di apprendere qualcosa da essa. Ciò può sembrare più

⁶⁷ Cfr. L. Gall, *Die dunklen Seiten von 1848*, in «Spiegel», 7 (1998), pp. 54 ss.

⁶⁸ Indicazioni ulteriori sui passi riportati di seguito sono presenti in Kühne, *Reichverfassung*, cit., pp. 48 ss., pp. 65 ss.

semplificistico di quanto lo sia in realtà. Molti sono infatti i presupposti e le implicazioni di un atteggiamento di questo tipo.

Il contesto storico e la fortuna di un *corpus* costituzionale sono chiaramente significativi, dal momento che caratterizzano il testo, condizionando la sua comprensione. Ma questo documento assume per noi un'importanza diversa di riflesso alla sua maggiore o minore influenza sui testi successivi? Si tratterebbe certo di un atteggiamento troppo ingenuo ed eccessivamente scrupoloso. La Costituzione di Francoforte ci stimola ad un impegno minore se valutata alla luce della personalità dei suoi redattori oppure in rapporto alle aspettative che ad essa erano associate? Si tratterebbe anche qui, dal mio punto di vista, di una posizione troppo superficiale o addirittura puerile, incapace di dar conto dei significati di un testo costituzionale.

La Costituzione di Francoforte può rappresentare per noi, al contrario, una sorta di «utopia concreta»⁶⁹: sufficientemente ardita da promuovere un'immagine positiva del futuro, sufficientemente precisa da indicare la via giusta per le riforme, così come i limiti a cui esse devono sottostare. Questo testo può stimolarci a riflettere sul nostro modello di giustizia, consentendoci di scoprire cose nuove su di esso.

Un intento di questo tipo non si risolve nella proposta di trasferire le disposizioni della *Paulskirche* nel nostro tempo; si tratterebbe di una soluzione inadeguata, vista la complessità dei testi costituzionali e del contesto normativo in cui essi si inseriscono. Fuorviante sarebbe pure l'idea di recepire l'assetto della giustizia previsto dalla *Paulskirche* al modo di una copia fotostatica; con ciò risulterebbe smarrita la vitalità e le spinte di cambiamento che hanno animato i centocinquanta anni trascorsi dalla sua formulazione. Il punto di vista ermeneutico, che già ci ha consentito in precedenza di chiarificare il rapporto tra legge e pronuncia giudiziale⁷⁰, appare anche qui significativo: il testo costituzionale della *Paulskirche* non costituisce una sorta di rete cognitiva da gettare sulla realtà contemporanea, come se esso ne istruisse la comprensione oppure consentisse di attribuire ad essa una forma diversa. La Costituzione francofortese ci stimola piuttosto ad osservare la realtà che ci circonda con un occhio diverso, non alterando le peculiarità del

⁶⁹ In accordo col significato qui attribuito, Lamartine intende l'utopia come una «verità anticipata»: cfr. De Vigo-Tsatso, *Bericht über den Vertrag von Amsterdam*, in «EuGRZ», 1998, p. 76.

⁷⁰ Cfr. *supra*, 1.3.b.

nostro assetto giuridico ma facendole piuttosto emergere dal confronto col testo in questione. Muovendo dalla giurisdizione della *Paulskirche* giungiamo cioè a considerare il presente in maniera nuova e ricerchiamo il denominatore comune tra lo spirito del 1848 e quello del 1998, i loro spazi di incontro e le loro diversità.

2.3. *Il momento di rottura*

Di una comunanza in senso negativo dobbiamo tenere conto quando ci interroghiamo sulla forza propulsiva del cambiamento, sulle aspirazioni associate ad una nuova costituzione, sull'impeto che conduce alla rottura e alla trasformazione. Si tratta di potenzialità che proliferavano in seno alla *Paulskirche*. La sua epoca era certo segnata da profonde diversità e opposizioni di interessi, da pressioni demografiche, da schieramenti sociali e ideologici che talora si confrontavano fino allo spargimento di sangue⁷¹. Ma era pure presente un testo costituzionale, il quale tenne unito un nucleo forte all'interno di questo panorama composito, attribuendo ad esso forza decisionale. Si trattava di una forza capace, almeno per breve tempo, di produrre effetti consistenti e tangibili⁷². La Costituzione di Francoforte fu portatrice di un messaggio forte e chiaro: l'assetto della giustizia poteva cambiare radicalmente volto.

Al tempo presente non noto una situazione di questo tipo. Vedo piuttosto una serie di grossi ostacoli ad ogni processo di trasformazione. Discutiamo da così tanto tempo ed in maniera così sterile di una riforma del potere giudiziario, rivoltando da una parte all'altra le stesse opinioni, che l'impressione alla fine diventa una sola: il confronto in quanto tale appare preferibile ad una sua conclusione positiva. Nel caso infatti la riforma si realizzasse, essa darebbe luogo in ogni caso a dolorosi rimpianti⁷³.

⁷¹ Molto materiale è offerto da D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988, pp. 175 ss., richiamati anche da Limbach, *Kritische Bürgerloyalität*, cit., p. 7.

⁷² Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 92 ss., pp. 142 ss.

⁷³ Ho fatto un resoconto di questa tendenza generale e dei suoi fattori particolari nella primavera del 1996, di fronte all'unione dei giudici del Land Hessen. Faccio qui riferimento a quella relazione, ora pubblicata in *Wirtschafts- und Medienrecht in der Demokratie. Freundesgabe für Friedrich Kübler*, Müller, Heidelberg 1997, pp. 87 ss.

Le trasformazioni nel campo della giurisdizione vengono presentate non in maniera attiva ma passiva, non vengono cioè dischiusi nuovi orizzonti, ma difese le antiche roccaforti. Si preferisce proteggere quanto vi è di peggiore, anziché realizzare qualcosa di meglio. (Non intendo naturalmente alimentare in questa sede il vento della tempesta; è certo utile perlustrare accuratamente i nuovi territori prima di insediarsi. Ritengo semplicemente che le conoscenze in questo campo siano ormai da lungo tempo sufficienti per agire: abbiamo già riflettuto e ponderato abbastanza. Le nostre mancanze in ordine ad una riforma della giustizia sono legate all'incapacità di prendere una risoluzione, non di valutare le alternative).

L'ostacolo più consistente ad una riforma della giurisdizione degna di questo nome è costituito dall'obbligo, caratteristico della nostra epoca, di considerare le riforme con gli occhiali dell'economia. L'obiettivo di un cambiamento, a cui l'amministrazione odierna della giustizia si lega o si lascia associare, prende il nome di «riduzione dei costi»: appare necessario diminuire almeno un po' i posti in organico, i tempi, la spesa, ma anche l'attribuzione di diritti. Una riforma risulta dunque buona quando è in grado di farci risparmiare.

Va da sé che questo non è un problema peculiare del nostro assetto della giustizia e che anche il potere giudiziario non può sottrarsi all'esigenza generale di una riduzione dei costi. Risulta pure plausibile il fatto che la riduzione dei tempi della giustizia costituisca un'occasione unica per eliminare radicalmente le tracce del passato, rendendo l'attività giurisdizionale non solo più economica ma anche migliore. Ciò nonostante considero preferibile riconoscere nella semplificazione, nell'accelerazione dei tempi e nella prontezza dell'azione giudiziaria dei valori non solo economici ma anche giuridici.

Focalizzare l'attenzione sulla sola componente economica in questo ambito produce una riduzione dell'orizzonte problematico che alla lunga diventerà difficile tollerare. Ciò appare particolarmente evidente considerando lo sfondo in cui operò la *Paulskirche*. Una riforma tesa al risparmio non apre porte nuove, casomai le chiude (anche nel caso si tratti delle porte giuste). Per trasformare l'assetto della giustizia abbiamo bisogno di un discorso ad ampio raggio⁷⁴, che sperimenti

⁷⁴ Cfr. *ivi*, pp. 105 ss., laddove vengono elencati i fattori che all'interno di tale discorso andrebbero tematizzati.

nuovi metodi di lavoro e affronti temi quali l'europeizzazione dell'attività giurisdizionale, la composizione extragiudiziale delle controversie e i canali di comunicazione tra le professioni giuridiche. Proprio in questi ambiti abbiamo bisogno di passi concreti in direzione di una riforma. Non si tratta di un problema di risorse economiche; entra qui in gioco la volontà e la capacità di dar vita ad una giustizia adeguata al presente.

2.4. *Contraddittorio*

La *Paulskirche* ci lascia un'eredità assai utile, a mio modo di vedere: alla luce del carattere storico del diritto⁷⁵ e del potere decisionale nelle mani dei giudici⁷⁶, essa articolò un modello di giustizia basato sul contraddittorio, che poneva al suo centro la dialettica strutturale tra le parti in giudizio. Faccio qui riferimento all'eliminazione della giurisdizione di gabinetto e del processo inquisitorio, cui corrisponde l'introduzione del procedimento accusatorio e l'istituzione del pubblico ministero⁷⁷. Con ciò non trovava solamente realizzazione il principio di separazione dei poteri; queste innovazioni costituivano la palese conseguenza del carattere aperto assunto dai programmi giuridico-decisionali e la condizione necessaria per il controllo delle pronunce giudiziali. Attraverso tali provvedimenti chi era colpito da azione giudiziaria si trasformava in parte processuale, garantita mediante i diritti di intervento. Da allora non accettiamo più un procedimento giudiziario segreto e consideriamo la posizione soggettiva delle parti in causa come un indicatore della cultura processuale propria dello Stato di diritto.

Ma tutto ciò appare ancora valido ai giorni nostri? Non ci stiamo muovendo in direzione opposta, e cioè verso una dilatazione della parte documentale in tutti i tipi di procedimento, verso l'eliminazione del diritto di intervento dell'accusato (considerato quale impedimento ad una giustizia efficiente) e verso il patteggiamento in ambito penale?

Oggi si saluta come un passo avanti significativo — proprio in Hessen — il tentativo di formalizzare il *deal* tra tribunale, difesa e

⁷⁵ Cfr. *supra*, 1.3.a.

⁷⁶ Cfr. *supra*, 1.3.b.

⁷⁷ Cfr. *supra*, 1.4.b.(1).

pubblico ministero, riconducendolo entro una procedura che ben poco tiene conto del carattere orale e pubblico del dibattimento. È chiaro infatti che questo espediente procedurale costituisce un attacco frontale alle garanzie di oralità e pubblicità, pregiudicando oltretutto la partecipazione del popolo alla giustizia, così fermamente caldeggiata dalla *Paulskirche*⁷⁸. Non si deve considerare tutto ciò come un mero fenomeno di contorno, che nella prassi del procedimento penale odierno può essere trascurato o dimenticato.

Il patteggiamento⁷⁹, frattanto, domina l'intera scena procedurale del cosiddetto «diritto penale moderno»⁸⁰. Il riferimento va qui a settori quali l'economia, l'ambiente e il traffico di droga, nei quali, in base all'opinione comune, i procedimenti penali non possono essere portati a termine. Ciò a causa della complessità che affligge i presupposti del diritto penale materiale. Si rinuncia qui, in altri termini, a mettere in atto e a concludere il processo secondo le regole tradizionali, impedendo alle parti formali di svolgere un ruolo materialmente paritario. Senza voler sapere come si sono svolti «realmente» i fatti, la verità processuale viene concordata e la giustizia pattuita evitando di interpellare gli accusati oppure dei giudici laici. Il «trucco» del patteggiamento, la sua promessa, consiste nel limitare l'oralità, la pubblicità e la collaborazione dei non-giuristi al processo. Ciò vale anche nel caso si tenti di limitare questo *deal* e di ricondurlo entro i binari del procedimento principale. Anche un patteggiamento limitato contraddice l'orizzonte giuridico prefigurato dalla *Paulskirche*.

L'ulteriore impulso fornito dalla *Paulskirche* in direzione di una giustizia improntata al contraddittorio vorrei formularlo in forma interrogativa, dal momento che la sua corretta collocazione mi è meno chiara rispetto ad altri punti. La prima domanda potrebbe essere la seguente: il pubblico ministero, in quanto figura istituzionale, ha realizzato compiutamente quel potenziale che possedeva nella prospettiva dello stato di diritto al momento della sua fondazione?

I ministri della giustizia prussiani von Savigny e Uhden avevano affermato — in un promemoria del 1846, il cui contenuto fino ad oggi

⁷⁸ Cfr. *supra*, 1.4.b.(2).

⁷⁹ Per un rapido sguardo su questo tema vedi C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München 1995²⁵, § 15 A II.

⁸⁰ Vedi W. Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Müller, Heidelberg 1996², pp. 3 ss., 9 ss., 16 ss.

non è stato contestato da nessuno — che il pubblico ministero deve «essere autorizzato, in quanto guardiano della legge, ad operare contro gli imputati fin dall'inizio del procedimento, in maniera tale che ovunque venga fatto ossequio alla legge»⁸¹. In base ad una dottrina fino ad oggi incontestata, il pubblico ministero gode di un duplice carattere: egli è un'autorità giudiziaria e al contempo una magistratura inquirente⁸², ovvero un organo autonomo dell'amministrazione della giustizia, la cui attività risulta orientata «unicamente al valore del diritto», «ai criteri di verità e giustizia»⁸³. Da qui il significato delle disposizioni legislative che non attribuiscono al pubblico ministero il ruolo ed il carattere di parte⁸⁴. Esiste un ramo della giustizia che risulta maggiormente caratterizzato da una commistione potenziale tra la possibilità di intervento attivo e il senso generale di giuridicità?

Inizialmente la *Paulskirche* aveva concepito la figura del pubblico ministero quale organismo esterno nel processo di ricerca della verità e della giustizia, come perturbatore dei meccanismi inquisitori, come grimaldello per scardinare il dominio degli accertamenti di parte. La sua azione risulta oggi però straordinariamente sbiadita. La nuova cultura della difesa penale, segnata da un lato dal consistente intervento professionale a favore dei diritti dell'imputato, dall'altro dalla progressiva trasformazione della sicurezza interna in funzione di polizia, attanaglia il pubblico ministero, erodendone i caratteri originari. Egli ha perduto un ruolo rilevante sia sotto il profilo della libertà civile che dal punto di vista della sicurezza pubblica, ovvero rispetto ad entrambi i poli della politica criminale moderna. Il pubblico ministero ha inoltre assunto una posizione di secondo piano di riflesso alla concentrazione nelle mani della polizia delle tecnologie di accertamento dei fatti, le quali, da quando la distinzione tra intervento in situazione di pericolo (*Gefahrenabwehr*) e azione penale vera e propria viene sistematicamente cancellata, hanno ulteriormente assottigliato quel potenziale di azione e chiarificazione che ancora gli rimaneva.

⁸¹ *Promemoria* del 23.3.1846; sui contenuti e sul contesto in cui si inserisce tale testo vedi Schmidt, *Strafrechtspflege*, cit., § 289.

⁸² K. Peters, *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, Müller, Heidelberg 1985⁴, § 23 II.

⁸³ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 10, 8.

⁸⁴ StPO §§ 160 II, 296 II, 301, 365.

Non è giunto dunque il tempo di attribuire al pubblico ministero, così come al difensore penale e alla polizia, una posizione sistematica entro la cornice dello stato di diritto, un ruolo che solo a lui spetta assolvere? Non rappresenta una condizione necessaria a tal fine il rendere autonomo il pubblico ministero dalle direttive impartite dal ministro della giustizia, perlomeno in rapporto ai casi concreti⁸⁵? La Costituzione di Francoforte, a cui dobbiamo le linee generali di questo modo di intendere la giustizia, non ha configurato il pubblico ministero come una sorta di cenerentola nell'ambito della giustizia, ma ha riposto in lui grosse speranze. A questa figura istituzionale, in una parola, spettava il compito di caratterizzare in maniera nuova, di dare impulso e rafforzare l'idea di giuridicità in un'epoca segnata dall'insicurezza, dalla paura nei confronti delle sopraffazioni e dall'esigenza di giustizia.

2.5. *Spirito di solidarietà*

Vi è un'espressione che caratterizza l'epoca della *Paulskirche*, la quale risulta al contempo oscura e gravida di promesse, al punto da conservare, o meglio riconquistare oggi un grande fascino. L'espressione è «spirito di solidarietà». A quel tempo tale termine rinviava alla «genuina virtù civile», in contrapposizione agli «interessi egoistici o individuali»⁸⁶.

In questa parola insistono dunque l'idea di una riconciliazione (in particolare quella tra diritti e doveri) e al contempo una promessa, quasi essa portasse ad espressione il legame che tiene insieme una società minacciata dalla frantumazione⁸⁷. Anche la dottrina dello stato risponde ad una esigenza di questo tipo quando sottolinea⁸⁸ che il prin-

⁸⁵ K. Rudolph, *Die politische Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft*, in «NJW», 1998, pp. 1205 ss.

⁸⁶ K. von Rotteck, voce *Gemeingeist*, in K. v. Rotteck-K. Welcker, *Staatslexicon*, Brockhaus, Leipzig 1862³, VI, pp. 284 ss.

⁸⁷ U. Frevert, *Gab es ein «goldenenes Zeitalter» der deutschen Bürgerlichkeit?*, in «FR», 10.2.1998, p. 20.

⁸⁸ È diventata famosa in tal senso l'espressione di Böckenförde secondo cui lo Stato delle libertà vive di presupposti che non può garantire da solo. Cfr. W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Id.*, *Staat-Gesellschaft-Freiheit*, Suhrkamp. Frankfurt/M. 1976, pp. 42 ss., 83 ss.

cipio di libertà può trovare realizzazione «se chi ne gode favorisce dei comportamenti che sostengono nel complesso il bene comune, in base a dei vincoli sociali ulteriori rispetto a quelli generati dallo stato»⁸⁹, oppure quando sottolinea che lo stato «attraverso i diritti di libertà crea delle opportunità per i cittadini il cui sfruttamento egli non regola, ma si attende da essi»⁹⁰. Troviamo qui formulato infatti il presupposto dei diritti fondamentali, non il contenuto del diritto costituzionale⁹¹.

Il concetto di solidarietà sembra fornire una spiegazione convincente ad un problema fondamentale che caratterizza dolorosamente le società moderne, i cui effetti si riflettono in buona parte anche sulla giustizia. Mi riferisco al dissolversi della base extragiuridica dei valori giuridici e allo sbriciolarsi delle norme sociali. Ma anche all'affermarsi nei fatti di modelli egoistici di comportamento, che ostacolano i processi di autocomprensione normativa in seno alla vita comune. Oppure più semplicemente al fatto che chi trae vantaggio indebito dal lavoro altrui considera normale il proprio atteggiamento e vi è sempre qualcuno che raccoglie ove non ha seminato.

La filosofia e la sociologia del diritto riconducono questa serie di fenomeni al concetto di «erosione normativa»⁹², e molti intravedono in ciò un anatema del nostro tempo, sia che lo si guardi da sinistra che da destra. Quanto per i conservatori equivale al dissolversi dei costumi e del decoro, per i progressisti rappresenta una minaccia contro la società civile. Ma nella sostanza non si tratta di considerazioni molto diverse tra loro⁹³. Al dibattito stimolato dal comunitarismo, relativo alla domanda se possiamo sopravvivere senza una forte virtù pregiuridica, partecipano tutte le parti politiche⁹⁴.

⁸⁹ P. Kirchhof, *Der demokratische Rechtsstaat — die Staatsform der Zugehörigen*, in Kirchhof.-J. Isensee (a cura di), *Handbuch der Staatslehre der Bundesrepublik*, Müller, Heidelberg 1997, IX, § 221, n. 13.

⁹⁰ *Ivi*, n. 59.

⁹¹ *Ivi*, n. 60.

⁹² M. Frommel-V. Gessner (a cura di), *Normenerosion*, Nomos, Baden-Baden 1996.

⁹³ G. Frankenberg, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 1996, pp. 208 ss., con molte indicazioni ulteriori.

⁹⁴ A. Honneth (a cura di), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Campus, Frankfurt/M. 1992; M. Brumlik (a

Si tratta di un dibattito in cui entrano in gioco le basi della nostra convivenza civile, senza le quali le regole giuridiche non possono continuare a sussistere. Tali regole trovano infatti a loro fondamento la capacità della maggior parte degli uomini di riconoscere gli altri come titolari di uguali diritti, e la disposizione a rispettare tali diritti allo stesso modo dei propri⁹⁵. Muovendo dallo stato di natura⁹⁶, dalla guerra latente di tutti contro tutti⁹⁷, non è possibile costruire un sistema giuridico; è necessaria l'esperienza diffusa che gli uomini possono vivere bene tra loro grazie al reciproco riconoscimento, e l'incrollabile risolutezza nell'ordinare giuridicamente la vita comune sulla base di questo presupposto. Questo è il significato del termine «spirito di solidarietà».

Coinvolta dai processi di erosione normativa, la giustizia non vede soltanto minato il suo oggetto, vale a dire le norme statali e la loro implementazione nella vita di tutti i giorni. Il rispetto delle norme sostenuto dalla minaccia di coazione diventa tanto meno realizzabile quanto più si affievolisce la convinzione personale che le norme vadano rispettate. Anche la giustizia viene minacciata in maniera specifica da questo fenomeno; per questo la sua tematizzazione diventa necessaria. Si richiede e pretende dalla giustizia di tappare i buchi creati dall'erosione normativa. In riferimento a fenomeni quali la corruzione e le violenze su giovani e bambini, ma anche a molestie della quiete pubblica quali il chiedere l'elemosina o il far rumore nelle piazze⁹⁸, spetterebbe al diritto e ai tribunali ricomporre i processi di socializzazione, impiantare e rendere effettive le norme sociali, fornire l'educazione genitoriale, stimolare una sensibilità interumana per la sofferenza altrui e per la proporzionalità nei comportamenti. Attra-

cura di), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Fischer, Frankfurt/M. 1993, W. Kersting, *Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1997.

⁹⁵ Punta l'attenzione sulla scomparsa della figura del *citoyen*, assorbita da quella del *bourgeois*, J. Willms, *Statt Mitte Junk*, in «FAZ», 7./8.3.1998.

⁹⁶ Sullo stato di natura nella filosofia di Hobbes e Kant vedi R. Harzer, *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft. Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, lang, Frankfurt am Main-Berlin 1994, pp. 30 ss., 76 ss., 89 ss.

⁹⁷ Descritta in maniera convincente da O. Höffe, *Immanuel Kant*, Beck, München 1983, pp. 227 ss.

⁹⁸ Vedi su questo il mio contributo *Über Sprayer, die gestorte Bevölkerung und den Ruf nach Strafe*, in «FZ», 18.10.1997, p. 14.

verso la coercizione legale ci aspettiamo la rinascita delle virtù sociali, che sono invece il presupposto di un ordine giuridico.

Agli uomini che prefigurarono l'assetto della giustizia in seno alla *Paulskirche* questi problemi non potevano essere estranei. La loro epoca era segnata da una complessa e radicale trasformazione sociale, da un'esplosione demografica, dalla povertà delle masse e da trasformazioni nelle gerarchie sociali⁹⁹. Ciò non si esaurisce senza una rivoluzione che coinvolga anche le norme sociali. Per questo non è presente nella Costituzione di Francoforte — a differenza, per esempio, di quella di Weimar¹⁰⁰ — alcuna disposizione giuridica tesa a creare lo spirito di solidarietà.

Dal mio punto di vista si trattava di una scelta saggia, che può esserci d'aiuto.

È fuor di dubbio che lo spirito di solidarietà costituisca l'*humus* a prescindere dal quale un ordinamento giuridico non può sopravvivere. Ciò almeno nelle società democratiche, che articolano le proprie scelte in base al consenso delle cittadine e dei cittadini. Senza un consenso generale attorno al diritto, senza un'ampia fiducia nei suoi confronti, in assenza di stima verso la giuridicità, il diritto alla lunga non può trovare concretizzazione: la coazione non è la regola ma l'eccezione, essa fornisce una stampella per casi sfortunati a carattere isolato. È pure fuori discussione che il diritto partecipi alla creazione dello spirito di solidarietà. Esso può infatti soddisfare le aspettative di giustizia, rafforzando in tal modo la fiducia nella giuridicità. Il diritto può tuttavia anche corrompere lo spirito di solidarietà: basti pensare a sistemi imperscrutabili come quello del diritto tributario. È questo il caso di un insieme di regole giuridiche percepito come fonte di disuguaglianze, che fornisce di sé l'immagine di una trappola normativa, non di un sostegno per la vita comune.

Le contraddizioni subentrano a parer mio laddove l'esercizio della giustizia assume improvvisamente il compito di ricucire il tessuto sociale di fronte all'eclissarsi dello spirito di solidarietà. Questo è diventato un uso del diritto assai diffuso, che alla lunga finirà col nuocere non solo alla giustizia ma anche alla solidarietà stessa. Certamente anche il diritto ed i tribunali influenzano il senso di legalità: se ad esempio un reato non viene punito adeguatamente, ciò indebolisce

⁹⁹ Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, cit., pp. 175 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., II, pp. 239 ss.

la fiducia nella consistenza della forza giuridica¹⁰¹. Tuttavia la legalità e la fiducia nel diritto vengono alimentate in maniera preordinata da fonti diverse dall'applicazione della legge. Tali fonti vengono oggi dimenticate di fronte al bisogno irrefrenabile di divieti e punizioni. Dobbiamo imparare nuovamente a distinguere tra strumenti a breve e a lungo termine atti a stimolare lo spirito di solidarietà: non possiamo perdere di vista quelli a lungo termine a causa della ricerca affannosa di un rimedio immediato.

Appare in tal senso opportuna — anche in riferimento a tutti i reati associati alle violenze su giovani e bambini — la differenziazione degli interventi di recupero che il diritto penale minorile — in base all'opinione comune degli esperti¹⁰² e a partire dal movimento per il tribunale dei minori¹⁰³ — ha elaborato rispetto al diritto penale generale. Risulta pure opportuno che le associazioni sportive, siano esse a carattere comunale o religioso (anche in riferimento ai loro requisiti giuridici), guadagnino la nostra fiduciosa speranza e non subiscano invece il pegno dei mezzi repressivi, oppure che la ricerca di nuove forme criminogene in seno alle famiglie o al mercato del lavoro non possa essere impedita¹⁰⁴. Proprio il caso del diritto penale minorile lascia intendere come ogni processo di sostituzione di norme sociali attraverso norme giuridiche, per quanto animato dalle migliori intenzioni, debba essere ben ponderato: è possibile infatti che gli strumenti giuridici non si sostituiscano ad uno spirito di solidarietà in disfacimento ma lo distruggano definitivamente. I presupposti, i contenuti e gli effetti di questi strumenti risultano infatti completamente diversi da quelli delle norme sociali che essi dovrebbero aiutare a rinascere¹⁰⁵.

¹⁰¹ Frommel, *Die Feindbilder werden immer diffuser*, in «FR», 21.3.1998.

¹⁰² P.-A. Albrecht, *Jugendstrafrecht*, Beck, München 1993², §§ 4 ss.; A. BÖHM, *Einführung in das Jugendstrafrecht*, 1996³, § 1; F. Schaffstein-W. Beulke, *Jugendstrafrecht*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln 1998¹³, § 1.

¹⁰³ *Ivi*, §§ 4 ss.

¹⁰⁴ Cfr. su questo punto il contributo di Coulmas (in «FAZ», 15.4.1998, p. 43) sulla relazione più recente del Consiglio Centrale Giapponese per l'educazione, pubblicato dal Ministero per l'educazione di quel paese.

¹⁰⁵ H.-G. Krause *et alii*, «*Schließt sie weg, die kriminellen Kids*», in «FAZ», 20.3.1998.

2.6. *Opinione pubblica*

Se la pubblicità del processo costituisce il principio sancito dalla *Paulskirche* che più di ogni altro ha tagliato radicalmente i ponti con la tradizione giuridica precedente, esso è al contempo quello che oggi comprendiamo meno. Certo il nostro mondo ha assunto un volto «pubblico» non immaginabile dalla *Paulskirche*. Entrano qui in gioco non solo le garanzie di libertà di opinione, informazione e stampa, ma anche ed in maniera altrettanto rilevante le tecnologie della comunicazione e dell'informazione. Tali fattori hanno aperto un ventaglio talmente ampio di opportunità, che la questione più rilevante diventa oggi il garantire la difesa della *privacy*¹⁰⁶. Al contempo gli strumenti di difesa giudiziale hanno assunto una consistenza tale che taluni, a mo' di caricatura, tratteggiano lo stato di diritto come lo stato delle vie legali¹⁰⁷.

Tuttavia non credo che sia stata abbandonata la linea indicata dalla costituzione di Francoforte¹⁰⁸. Vorrei mostrare ciò attraverso due esempi connessi in maniera non esclusiva ma certo privilegiata, nelle loro espressioni più intense, con la giustizia penale. Mi riferisco al ruolo dei giudici laici, al rapporto tra la giustizia e l'opinione pubblica.

L'enfasi con cui la *Paulskirche* insisteva per un'apertura dei tribunali ai giudici laici¹⁰⁹ è coglibile ancora oggi. Essa si batteva a favore di una «produzione giuridica da parte di noi tutti», e dunque per il controllo dei giuristi, tendenzialmente sospettati di tenersi lontani dagli interessi del popolo. Di questi slogan, tuttavia, non resta oggi pressoché nulla.

La storia del rapporto tra giudici popolari ed esercizio della giustizia assomiglia a quella dei due figli del re, che mai potevano incontrarsi perché separati da un braccio d'acqua troppo profondo. La

¹⁰⁶ Su questo punto W. Hassemer, *Die Chancen der Privatheit angesichts neuer Kontrollbedürfnisse und Informationstechnologien*, Verein für Bewährungshilfe und Soziale Arbeit, Wien 1997, in particolare pp. 28 ss. e 38 ss.

¹⁰⁷ Sul punto S. Heitmann, *Auch die Jusiz muß rechnen*, in Id., *Die Revolution in der Spur des Rechts*, Reuter & Klöckner, Hamburg 1996, pp. 67 ss.; vedi anche Detjen, *Verfassungsverständnis und Verfassungsdiskussionen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, in «Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung das Parlament», 15-16 (1997), pp. 3 ss.

¹⁰⁸ Vedi *supra*, in particolare I.4.

¹⁰⁹ Vedi *supra*, I.4.b.(2).

storia dei giudici popolari si risolve così nella vicenda della loro progressiva eliminazione.

In ambito penale, le corti d'assise caddero vittima negli anni Venti degli interessi orientati alla riduzione dei costi e alla professionalizzazione della giustizia¹¹⁰. Ciò è stato salutato fino ai giorni nostri come un passo avanti in ordine «alla sicurezza ed all'attendibilità della giurisprudenza». I giudici laici correrebbero infatti il pericolo «di giudicare secondo l'istinto»¹¹¹, oppure di non saper dominare «una dogmatica giuridica che diventa sempre più complessa e raffinata»¹¹². In riferimento alla giurisdizione sociale¹¹³ e nell'ambito del diritto sull'agricoltura¹¹⁴, il tribunale costituzionale tedesco ha dovuto difendere i giudici popolari dagli attacchi portati alla loro indipendenza personale. Si trattava di un fenomeno alimentato, in fin dei conti, dall'opinione comune secondo cui solo dei giuristi di professione dispongono di un sufficiente disinteresse nei confronti degli esiti di un procedimento. Non vi sono ricerche affidabili e ad ampio raggio sull'argomento, né un loro sviluppo ci sembra oggi urgente.

In riferimento ai giudici popolari abbiamo infatti intrapreso la via contraria rispetto a quella prefigurata dalla *Paulskirche*. Ci battiamo oggi strenuamente per una professionalizzazione del personale giudiziario e consideriamo gli obiettivi della democratizzazione, della vicinanza al popolo e della prevenzione generale non raggiungibili attraverso questo strumento. Nutriamo inoltre una sfiducia di fondo nei confronti dei giudici laici proprio perché sono laici: non riusciamo così a vederli come uno strumento per migliorare la giustizia¹¹⁵.

Nella cornice del dibattito contemporaneo questo è un giudizio ormai senza appello. Vigè la considerazione di fondo che il popolo può ricevere il diritto solamente dalle mani di un parlamento eletto legittimamente e da giuristi scelti in maniera altrettanto legittima. In caso di necessità, inoltre, vi sono sufficienti possibilità di ricorrere in

¹¹⁰ *Emminger-Verordnung*, 4.1.1924.

¹¹¹ K. Peters, *Strafprozeß*, Müller, Heidelberg 1985, § 18, II, 1.

¹¹² Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., § 7, n. 15.

¹¹³ BVerfGE 27, 312 (pp. 319 ss.).

¹¹⁴ BVerfGE 42, 206 (pp. 298 ss.).

¹¹⁵ Sintomatico in tal senso H.-H. Kühne, *Strafprozeßlehre*, Müller, Heidelberg 1993⁴, § 4, IV.

appello (la qual cosa chiaramente conduce di nuovo a privilegiare i giuristi di professione).

Può darsi, tuttavia, che questa cornice sia troppo angusta e troppo poco permeabile ad istanze diverse. L'esigenza espressa dalla *Paulskirche* di «far entrare» il popolo nei tribunali nasconde dietro di sé, prima di tutto, l'esperienza negativa del processo inquisitorio e della giustizia di gabinetto, istituti centrati proprio sull'attività dei giuristi di professione. Si tratta di un'esperienza, tuttavia, che per noi non conserva più alcun valore. Sicuramente le aspettative nei confronti di un contributo utile da parte dei giudici laici sono diventate più esili alla luce della crescente complessità del nostro sistema giuridico. Ma dietro l'esigenza espressa dalla *Paulskirche* si nasconde una considerazione che la storia della giustizia fino al 1998 non ha reso obsoleta né irrilevante: mi riferisco alla questione dei limiti democratici della professionalizzazione giuridica.

In seno alla *Paulskirche* non era sentita la necessità di un dibattito attorno al ruolo dei giudici popolari, perché il fondamento della loro istituzione era stato già ampiamente discusso dalla pubblicistica del tempo¹¹⁶. Il ricorso ad essi traeva alimento dal desiderio di rafforzare il rapporto tra chi era soggetto al diritto e chi invece portava ad esecuzione tale soggezione. I giudici popolari erano considerati vicini al popolo, avevano il compito di controllare i giudici di professione innanzitutto nelle fasi probatorie e nei procedimenti di adeguamento del diritto (*Rechtsfortbildung*). Il loro compito si risolveva così nell'impedire l'autonomizzarsi della sfera giuridica e quindi il suo allontanarsi da coloro per i quali essa conservava validità.

Non posso abbozzare in questa sede alcuna teoria della partecipazione alla giurisdizione né prendere in considerazione le obiezioni contro i membri laici nei tribunali. È chiaro tuttavia che la giurisdizione laica, così come concepito oggi, funziona male e non costituisce una facile soluzione ai problemi esposti. Mi sembra ad ogni buon conto altrettanto chiaro che il rapporto tra giustizia e sfera pubblica non funziona in maniera corretta.

¹¹⁶ Su questo punto e sulle considerazioni successive vedi Kühne, *Rechtsverfassung*, cit., pp. 359 ss.

La veemenza con cui ampi settori dell'opinione pubblica si sono scagliati¹¹⁷ contro il *Kruzifix-Beschluß* del Tribunale costituzionale tedesco¹¹⁸ è dovuta evidentemente non solo alla convinzione diffusa che relativamente a questo caso fosse stata presa la decisione sbagliata. La situazione diventa chiara alla luce di una convinzione ulteriore: il Tribunale costituzionale si sarebbe infatti allontanato dal comune sentire popolare. Il vigore con cui molti criticano la giustizia di fronte agli atti di violenza perpetrati nei confronti dei bambini — prima di tutto in Belgio, ma anche nel nostro paese e in altre nazioni dell'Europa occidentale —, una giustizia che avrebbe qui dimenticato il suo dovere di perseguire i colpevoli, stando di fatto dalla loro parte, rende evidente come ampie fasce della popolazione non credano più che il diritto difenda i cittadini in maniera uguale e attendibile. La facilità con cui risulta oggi possibile denunciare i giudici penali perché troppo permissivi, ritorcere i diritti degli indagati contro gli interessi delle persone offese, oppure mettere tra parentesi la presunzione di non colpevolezza in occasione di «intercettazioni ambientali nelle abitazioni di delinquenti abituali», ci insegna perlomeno che la giustizia penale non riesce a rendere comprensibili all'opinione pubblica le regole che devono essere rispettate sia oggi, in base al diritto, che domani, in base ai principi dello stato di diritto.

Tutto ciò trasmette l'immagine di una giustizia ormai incapace di dialogare con l'opinione pubblica, o che perlomeno invia un messaggio che giunge a noi deformato. La funzione giudiziaria, non a caso, è caduta sotto il sospetto generale di non risolvere le questioni che le vengono sottoposte nella maniera e nei tempi opportuni, le regole procedurali vengono ancora percepite come degli impedimenti ad un efficace funzionamento della macchina giudiziaria, i criteri mutuati dall'economia o dall'efficientismo prendono il posto di quelli ispirati alla giustizia, mentre il tono della critica all'apparato giudiziario è diventato minaccioso.

Va da sé che tali sviluppi negativi non possono essere scongiurati immediatamente e senza residui migliorando i rapporti tra giustizia e opinione pubblica. Le anomalie appena ricordate, infatti, non trovano fondamento soltanto nell'alterazione della comunicazione, ma anche

¹¹⁷ Ciò è documentato e criticato da R. Lamprecht, *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden 1996, pp. 39 ss.

¹¹⁸ BVerfGE 93, 1.

nel fatto che la giustizia compie degli errori. Non esiste d'altra parte una vera alternativa alla professionalizzazione: la complessità del nostro sistema giuridico rispecchia quella dell'ambiente in cui esso è inserito. Non è semplice a tal riguardo fare marcia indietro. È anche chiaro, tuttavia, che la giustizia deve riconquistare e curare il legame con le cittadine ed i cittadini, un rapporto diretto per il quale la *Paulskirche* si era battuta fermente. Ciò nel caso essa non intenda naufragare in tempi brevi.

Una giustizia che non è più in grado di spiegare alla gente i propri procedimenti ed i propri risultati non tiene fede ai compiti che le sono affidati. In tal senso è opportuno che i membri dell'ordine giudiziario ed i tribunali curino meglio i rapporti con i mezzi di comunicazione, che il legislatore conceda alla persona offesa un posto opportuno nell'aula del tribunale mediante diritti di intervento a livello processuale, che gli addetti ai tribunali mostrino mediante programmi testimoniali di comportarsi meglio nei confronti di questi uomini, prendendo sempre in considerazione le loro difficoltà. È positivo poi che i difensori penali eleggano il rapporto di mandato a oggetto di formazione e ricerca, oppure che aumenti il numero dei giornalisti esperti in questioni giuridiche. Ci si può aspettare che i mezzi di comunicazione si facciano portavoce più che in passato di ciò che accade nelle aule dei tribunali¹¹⁹ e che l'informazione giuridica, grazie alle nuove tecnologie, si estenda ulteriormente¹²⁰. Questo a patto di non ledere in alcun modo i diritti della personalità e le irrinunciabili peculiarità del processo.

Dobbiamo continuare su questa strada. Il vecchio appello a favore di una maggiore diffusione dell'educazione giuridica — la quale aiuterebbe non solo l'amministrazione della giustizia — deve in tal senso essere nuovamente preso in considerazione. Sarebbe pure degna di riflessione teorica e pratica una collocazione dei giudici laici adeguata ai nostri tempi. La formazione dei giuristi, infine, non deve limitarsi a ripercorrere teorie e concetti: essa deve allargare il proprio sguardo agli spazi che circondano la giustizia, nei quali quest'ultima si trova collocata e dai quali essa in larga parte dipende.

¹¹⁹ Gounalakis, *Kameras im Gerichtssaal*, in *Freundesgabe für Kübler*, cit., pp. 173 ss.

¹²⁰ Hoffmann-Riem, *Das Fachbuch in das Cyberspace?*, in *Freundesgabe für Kübler*, cit., pp. 201 ss.

La *Paulskirche* ha al riguardo ancora molto da dirci.

(Traduzione dal tedesco di Damiano Canale)