

Le corti supreme in Svezia: Da funzionari amministrativi a giudici “veri”?

di Mauro Zamboni

Abstract: Supreme courts in Sweden: From civil servants to “real” judges? – This work evaluates the political, legal, and *stricto sensu* administrative reasons behind the Swedish case, namely the idea of the supreme courts not as independent actors but rather as incorporated within the public administration. However, a recent trend shifts the position of the supreme courts within the Swedish constitutional architecture closer to a more judicial core, *i.e.* a body with the primary duty of defending and safeguarding the law also against the executive and legislative powers.

Keywords: Supreme Courts; Sweden; Welfare state; Separation of powers; constitutional system.

2637

1. Premessa

Per molti lettori, il titolo di questo lavoro sembrerà una domanda alquanto retorica (se non assurda). Dal momento che le corti supreme in un paese sono al vertice del sistema giudiziario, dovrebbe essere alquanto ovvio che i membri di tali corti siano dei veri e propri giudici, o almeno mirino a operare in quanto tali, ovvero si posizionino come un soggetto terzo con il compito di interpretare il diritto da applicare alle controversie tra attori privati e/o pubblici. Infatti, una delle caratteristiche di una forma democratica dello stato, che consideri lo stato di diritto come un suo principio cardinale, è appunto l'idea che i cittadini (tra gli altri) possano trovare nell'organismo giudiziario una parte imparziale per risolvere le controversie tra loro ed altri cittadini o tra loro e le autorità pubbliche.¹

Tuttavia, se si osserva più da vicino tale consenso sommario circa una “naturale” connessione fra democrazia e il posizionamento della corte suprema come un soggetto terzo, si può vedere come sotto la superficie la situazione sia in realtà più complessa e articolata, sia da un punto di vista generale che più specificatamente nel caso svedese. Da una prospettiva più ampia, il compito specifico delle corti supreme, cioè l'essere l'interprete autorevole del diritto, impone loro di collocarsi in una posizione intermedia nella mappa istituzionale di

¹ In tal senso, si veda T. Jagland, *State of democracy, human rights and the rule of law: Populism - How strong are Europe's checks and balances? - Report by the Secretary General of the Council of Europe*, 2017, 17-19, disponibile a <https://edoc.coe.int/en/an-overview/7345-pdf-state-of-democracy-human-rights-and-the-rule-of-law.html>.

una democrazia che sia basata sullo stato di diritto. Tali corti tendono ad occupare contemporaneamente diverse arene: quella giuridica (in quanto autorità ultime nello stabilire quale sia il diritto valido); quella politica (in quanto, nell'esercizio delle loro funzioni, spesso limitano e/o espandono lo spazio operativo degli attori politici e dei loro strumenti legislativi); e infine l'arena sociale in senso lato (attraverso il loro ruolo di adattamento dei regimi normativi ai costanti cambiamenti delle realtà socio-economiche).² Per tale motivo, come anche sottolineato nell'acceso dibattito tra molti studiosi (giuridici e non), la questione circa la natura "puramente giudiziaria" delle corti supreme è lungi dall'essere risolta semplicemente dal fatto che tali corti siano al vertice dell'ordine giuridico.³

Spostando l'attenzione al caso svedese, l'assunzione che "naturalmente" le corti supreme siano "giudiziarie" diventa ancora più tenue. Sia nel dibattito politico che in quello giuridico, in Svezia tradizionalmente si ritiene, quasi senza opposizione, che i tre poteri nel paese scandinavo siano quello legislativo, quello esecutivo ed infine i mezzi di informazione. Tale affermazione ha due risvolti, uno positivo e l'altro negativo. Dal punto di vista positivo questa asserzione sottolinea un dogma fondamentale alla base dell'idea svedese di democrazia, vale a dire la necessità di proteggere la libertà dei media e la libertà di espressione in generale (arrivando al punto di dedicare due delle carte costituzionali a tale scopo).⁴ Tuttavia, questa affermazione solleva anche alcune domande sul cosa essa non includa: il potere giudiziario non è considerato come uno dei pilastri fondamentali dell'architettura costituzionale svedese.⁵

Pertanto, non dovrebbe sorprendere il fatto che nel paese scandinavo le corti supreme siano tradizionalmente considerate (e si considerino) parte integrante di uno degli altri pilastri, ossia l'amministrazione pubblica. L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di indagare sulle ragioni per le quali una democrazia pienamente matura come quella svedese, che per la maggior parte degli standard soddisfa i criteri principali per uno stato di diritto, sia riuscita a prosperare basandosi solo su due dei tradizionali pilastri dello stato di diritto, vale a dire il potere politico (o legislativo) e l'apparato amministrativo (o esecutivo). Questo studio circa il posizionamento istituzionale delle corti supreme in Svezia potrebbe a prima vista apparire non molto interessante per un pubblico internazionale,

² In tal senso, si vedano H. M. Kritzer, *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*, in N. Maveety (Ed), *The Pioneers of Judicial Behavior*, Ann Arbor, 2003, 409 ("Le corti producono legislazione, ma questo non fa di loro dei legislatori; le corti amministrano, ma ciò non fa di loro degli amministratori"); e M. Zamboni, *The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework*, Oxford, 2007, 160.

³ In tal senso, si vedano ad esempio C. Guarnieri e P. Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002, 68-76; e M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1981, 28.

⁴ In tal senso, si vedano *Freedom of the Press Act (1766)* e *Fundamental Law on Freedom of Expression (1991)*, disponibili a <http://www.riksdagen.se/en/how-the-riksdag-works/democracy/the-constitution/>.

⁵ In tal senso, si veda O. Petersson, *Report from The Democratic Audit of Sweden 1999: Democracy the Swedish Way*, Stoccolma, 1999, 27 ("Non è un caso che in Svezia siano i mezzi di informazione quelli ai quali solitamente venga assegnato il ruolo di terzo potere. Le corti non contano.").

essendo tale paese sempre stato considerato come “vivere una vita propria” a causa del suo isolamento nelle regioni del Nord Europa. Tuttavia, lo scopo implicito di questa presentazione è quello di introdurre riflessioni di carattere più generale: estrapolare dal caso svedese considerazioni che potrebbero essere applicabili ad altri paesi europei per quanto riguarda la questione se una corte suprema con un carattere pienamente giudiziario sia una *conditio sine qua non* per ogni democrazia.

Dopo aver brevemente presentato nella prima parte una distinzione ideal-tipica e analitica tra “funzionario amministrativo” e “giudice” (in relazione ai loro ruoli nell’ordinamento giuridico), questo lavoro procederà nella seconda parte ad investigare le ragioni politiche, giuridiche e *stricto sensu* amministrative dietro il caso svedese, vale a dire all’idea che le corti supreme non siano attori indipendenti ma piuttosto siano considerate una parte dell’amministrazione pubblica. In particolare, saranno esaminati tre fattori che favoriscono tale anomalia (almeno dal punto di vista dei sistemi giuridici occidentali): un apparato statale altamente integrato e interconnesso come richiesto dal modello svedese dello stato sociale; la mancanza di un’adeguata separazione dei poteri (connessa anche all’assenza di una corte costituzionale); ed infine il particolare sistema di carriera previsto per i giudici che vogliono sedere nelle corti supreme svedesi. Nella terza parte verrà quindi esposta una tendenza recente che sta spostando, sebbene non in modo lineare, la posizione delle corti supreme nell’architettura costituzionale svedese in una locazione più vicina all’ideale di quale sia la funzione di un organo giudiziario. In particolare, forze endogene (ad esempio, un clima politico più conflittuale) ed esogene (ad esempio, l’importanza crescente della produzione giuridica degli organi giudiziari dell’Unione Europea) sembrano avere spostato le corti supreme svedesi più vicino all’ideale di essere un terzo pilastro dell’architettura costituzionale, ovvero un organismo con il compito primario di difendere e salvaguardare il diritto sia nei confronti del potere esecutivo che nei confronti di quello legislativo. Infine, nella quarta parte di questo lavoro verrà presentata una considerazione più generale: che il “pieno” posizionamento delle corti supreme all’interno della cultura giudiziaria non sia un requisito istituzionale essenziale per ogni democrazia; piuttosto, che a tal fine l’indipendenza (o meno) della pubblica amministrazione in generale dal potere legislativo svolga un ruolo più importante.

2. Una linea di separazione (alquanto grossolana) fra funzionari amministrativi e giudici

Prima di iniziare l’analisi, è necessario offrire alcuni chiarimenti circa la terminologia utilizzata in questo lavoro. Come si vedrà in seguito, la maggior parte della discussione ruota attorno al posizionamento (o meno) delle corti supreme svedesi tra gli enti pubblici a carattere amministrativo e, di conseguenza, circa la questione se i giudici di tali corti vengano considerati (e si considerino) come

funzionari amministrativi, piuttosto che “veri” giudici. In questo lavoro, l’assunto di base è che il *funzionario pubblico* sia chiunque “serva il pubblico” e sia retribuito direttamente dallo stato o da un ente locale; in tale definizione di funzionario pubblico rientrano quindi anche i giudici.⁶ Un *funzionario amministrativo* invece fa parte del servizio pubblico (quindi è un funzionario pubblico), ma costituisce una categoria molto più ristretta in quanto identifica il personale che lavora nella pubblica amministrazione, ovvero in quell’apparato dello stato specificamente dedicato alla “gestione dei programmi pubblici”.⁷

A questo riguardo, in una forma di stato democratica si possono identificare diversi punti di divergenza tra la figura ideale del giudice, in particolare se operante in una corte suprema, e quella del funzionario amministrativo. In primo luogo, dal punto di vista istituzionale, il compito principale del funzionario amministrativo è di attuare le direttive promulgate dagli organi legislativi, ad esempio sotto forma di leggi od altri strumenti normativi. Il compito principale di un giudice è invece quello di valutare (e in caso sanzionare) se le varie disposizioni normative siano rispettate, sia nei confronti dei privati che dei funzionari amministrativi. In altre parole, mentre lo scopo del funzionario amministrativo è quello di trasformare la politica in azioni concrete, il giudice ha il dovere di risolvere le controversie a cui tali trasformazioni potrebbero dare o danno luogo.⁸

In secondo luogo, da una prospettiva strutturale, la differenza nei compiti primari significa che il giudice e il funzionario amministrativo tendono ad essere posizionati in posti diversi rispetto agli organi legislativi. Il funzionario amministrativo è considerato (e spesso considera sé stessa o sé stesso) come la mano esecutiva dei politici che siedono nei parlamenti nazionali; invece il giudice, in particolare se al vertice del sistema giudiziario (ad esempio, in una delle corti supreme), tende ad essere collocato (e a collocarsi) al di fuori di tale relazione. Idealmente ella o egli mira ad operare come un arbitro esterno a tutte le interazioni tra attori pubblici e privati, assicurando che questi processi operino entro i limiti del diritto, in particolare nel ruolo d’interprete ultimo del diritto vigente.⁹

Questa distinzione non è solo di carattere ideal-tipico (cioè, non direttamente correlata alle realtà quotidiane), è anche piuttosto approssimativa e (per molti aspetti) abbastanza grossolana. Ad esempio, tenta di dipingere all’interno della stessa immagine e con gli stessi colori (vale a dire sotto l’etichetta di democrazie “occidentali” o “di ispirazione occidentale”), realtà costituzionali e politiche piuttosto variegate e diverse. Ad esempio, si dovrebbero considerare le profonde differenze sia negli aspetti strutturali che in quelli istituzionali tra le corti supreme

⁶ In tal senso, si veda J. C. N. Raadschelders, *Changing European Ideas about the Public Servant: A Theoretical and Methodological Framework*, in F. Sager e P. Overeem (Eds), *The European Public Servant: A Shared Administrative Identity?*, Colchester, 2015, 20-26.

⁷ In tal senso, si veda R. B. Denhardt, J. V. Denhardt e T. A. Blanc, *Public Administration: An Action Orientation*, 7ª ed., Belmont, 2014, 2. Ma si vedano anche A. Massey, *Civil Service Systems: Introduction and Scope of the Book*, in A. Massey (Ed), *International Handbook on Civil Service Systems*, Cheltenham, 2011, 3-4 (circa la mancanza di una definizione universale, a causa di variabili di natura istituzionale e nazionale).

⁸ In tal senso, si veda A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, 241.

⁹ In tal senso, si veda Barak, *The Judge in a Democracy*, *supra* a 56.

del Regno Unito e quelle della Germania, in particolare nelle loro relazioni con gli organi legislativi.¹⁰

Nonostante tali diversità e limitazioni, tali caratteristiche ideal-tipiche che qualificano la figura del giudice, in particolare al più alto livello, come distinta dal corpo dei funzionari amministrativi nell’architettura costituzionale, possono essere un utile strumento analitico. Queste proprietà sono in qualche modo funzionali all’obiettivo a cui ogni architettura giuridica e costituzionale operanti in una democrazia dovrebbe ambire: a costruire un sistema dove i politici eletti nel parlamento, nel mentre rappresentino il popolo e abbiano a loro disposizione l’intero apparato amministrativo, vedano comunque il loro agire sempre sottoposto al controllo dei guardiani del diritto, ovvero degli organi giudiziari.¹¹ In breve, queste caratteristiche che distinguono un giudice da un funzionario amministrativo dovrebbero essere considerate come ideali che, tuttavia, possono funzionare nella pratica come fari a cui ogni democrazia occidentale o di ispirazione occidentale dovrebbe mirare, seppur provenendo da direzioni diverse e seguendo percorsi dissimili.

3. I giudici nelle corti supreme svedesi come funzionari amministrativi

Tenendo presente questa distinzione approssimativa e ideal-tipica tra la figura del giudice e quella del funzionario amministrativo, è interessante notare che le corti supreme svedesi, vale a dire, sia la Corte Suprema Amministrativa (in svedese, *Högsta Förvaltningsdomstolen*) sia la Corte Suprema ordinaria (in svedese, *Högsta Domstolen*), sono considerate (e si considerano) all’interno del discorso giuridico e costituzionali come parte della più ampia amministrazione pubblica. Come sottolineato da numerosi giuristi svedesi, in tali corti i giudici tendono ad operare come un’estensione dell’amministrazione pubblica nelle istanze più elevate del sistema giuridico piuttosto che come un soggetto terzo nelle controversie tra attori pubblici e privati.¹² Ciò non significa che le corti supreme tendano a pronunciare decisioni a favore della pubblica amministrazione; più precisamente, significa che i giudici si considerano revisori interni degli enti pubblici a carattere amministrativo (diretti a costruire una “buona amministrazione” secondo i criteri stabiliti dal legislatore) piuttosto che degli arbitri esterni (con il compito di stabilire i vincitori e i perdenti nelle controversie giuridiche, sulla base del diritto vigente).¹³

Un classico esempio di questo posizionamento istituzionale delle corti supreme svedese all’interno dell’amministrazione pubblica è riscontrabile in una serie di sentenze sull’evasione fiscale prodotte dalla Corte Suprema

¹⁰ In tal senso, si veda Guarnieri e Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* a 45-65.

¹¹ In tal senso, si veda A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000, 28.

¹² In tal senso, si veda R. Lavin, *Domstol och administrativ myndighet*, Stoccolma, 1972, 7-9.

¹³ In tal senso, si vedano J. Reichel, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Stoccolma, 2006, 336; e SOU, *Domaren i Sverige inför framtiden: utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete*, Stoccolma, 1994, 48.

Amministrativa. La legge in vigore (*Legge contro l'evasione fiscale*, 1995:575) ha una formulazione abbastanza generica e, in una certa misura, utilizza appositamente una terminologia vaga allo scopo di coprire il maggior numero possibile di evasioni fiscali (sia presenti che future). Poiché questo è l'obiettivo della legislazione, l'Agenzia delle Entrate svedese, nel suo ruolo di ente pubblico, ha attuato la legge in un modo piuttosto ampio. Essa ha incluso schemi legali elaborati dai contribuenti, i quali, benché ufficialmente creati per altri scopi, abbiano avuto in realtà l'elusione fiscale come loro "vero scopo" (riducendo il reddito imponibile totale). In molti casi, la Corte Suprema Amministrativa ha seguito la linea dell'Agenzia delle Entrate, in questo modo (implicitamente) considerando le decisioni di tale agenzia come autorevoli quando si tratta di identificare la "vera intenzione" del legislatore. Ad esempio, la Corte Suprema Amministrativa ha in alcuni casi semplicemente copiato e incollato nella *ratio decidendi* delle proprie sentenze parti dei documenti di policy prodotti dall'Agenzia delle Entrate.

I giudici della Corte Suprema Amministrativa non si considerano quindi come gli interpreti esterni della lettera della legge, ma invece come revisori interni dell'interpretazione offerta dall'agenzia pubblica. Questo atteggiamento da parte della Corte Suprema Amministrativa è ancora più peculiare in quanto riguarda questioni fiscali. In Svezia, in tale settore vi è un buon potenziale di manovra da parte degli organi giudiziari quali veri interpreti della legislazione fiscale soprattutto dal momento che il discorso costituzionale utilizza il principio costituzionale di legalità nelle vicende tributarie, *nullum tributum sine lege*, in modo piuttosto restrittivo delle operazioni che l'agenzia pubblica possa mettere in atto. Casi simili e un simile modus operandi possono essere rilevati anche nella Corte Suprema ordinaria, ad esempio quando si osserva la regolamentazione del mercato finanziario e le opinioni espresse al riguardo dall'Autorità di Vigilanza Finanziaria svedese (in svedese, *Finansinspektionen*).¹⁴

Va inoltre notato (anche se questo non sarà studiato in questo lavoro) come questo posizionamento (da parte dei giudici e degli attori esterni) delle corti supreme fra gli enti pubblici a carattere amministrativo, a sua volta, abbia alimentato un altro fenomeno: la percezione da parte degli enti pubblici veri e propri di non essere semplicemente "esecutori", ma anche "interpreti" autorevoli della legge. È piuttosto comune che gli enti pubblici producano e pubblichino autonomamente sui propri siti web documenti di policy in merito a come le varie disposizioni legislative dovrebbero essere interpretate dai destinatari dei servizi amministrativi. Come accennato in precedenza, tali documenti di policy sono usati spesso dalle corti supreme come base giuridica per le loro decisioni, come se fossero documenti giuridicamente vincolanti (quando si tratta di interpretazione legislativa). In altre parole, esiste una percezione del ruolo dei giudici come un'agenzia di *compliance* per quanto riguarda le decisioni della pubblica amministrazione, il che a sua volta stimola gli enti pubblici a carattere

¹⁴ In tal senso, si veda ad esempio T. Ingvarsson, *Allmänna råd och jämkning av borgensåtaganden*, in *Svensk Juristtidning* 867-876 (2008).

amministrativo ad operare non solo come agenti esecutivi, ma anche come organi quasi-giudiziari.¹⁵

L'idea che i giudici che siedono nelle corti supreme considerino sé stessi (e siano considerati dal mondo esterno) come un prolungamento della pubblica amministrazione, ha origini estremamente complesse e articolate. Tuttavia, è possibile delineare almeno tre ordini di motivi fondamentali (interconnessi e che si rafforzano reciprocamente), relativi a fattori di natura politica, legale e puramente amministrativa.

Come prima serie di ragioni, si può indicare la versione svedese o “socialdemocratica” dello stato sociale.¹⁶ L'obiettivo principale di questo modello politico consiste nel trasformare lo stato nella “casa del popolo” (in svedese, *folkhemmet*), vale a dire, nel mettere lo stato ed il suo apparato al servizio dei cittadini, che dovrebbero sentirsi “a casa” quando si tratta di interagire con le autorità pubbliche.¹⁷ Come passo fondamentale, questo modello richiede la costruzione di “una casa”, ovvero la creazione di un apparato pubblico estremamente articolato che, attraverso una profonda integrazione e coordinamento di tutte le sue componenti, possa realizzare l'uguaglianza sociale ed economica di tutti i cittadini. Il diritto ed i suoi attori sono ritenuti e utilizzati come parti essenziali di tale costruzione, ma sono considerati come aventi una natura “morbida”. Tale espressione significa semplicemente che all'interno del concetto svedese dello stato sociale, l'attuazione degli ideali di benessere nella società deve essere effettuata principalmente utilizzando strumenti normativi giuridici, ad esempio la legislazione fiscale.¹⁸ Tuttavia, al fine di essere utilizzati per implementare un tale valore non-giuridico (ovvero il modello economico-politico di welfare), gli strumenti, la cultura e gli attori giuridici devono necessariamente essere “ammorbiditi”. Il discorso giuridico ed i suoi attori principali devono essere disposti a vedere i loro principi e dogmi basilari modellati o piegati in tutti i casi in cui tali paradigmi giuridici vengano in conflitto con

¹⁵ In tal senso, si vedano H. Wenander, *Sweden: Deference to the Administration in Judicial Review. Paper presented at The XXth Congress of International Academy of Comparative Law, 2018, Fukuoka, Japan, 2017, 3-4*, disponibile a lup.lub.lu.se/search/ws/files/70151047/Wenander_Sweden_Deference_to_the_Administration_in_Judicial_Review.pdf (dove l'autore traccia una breve storia delle radici del cosiddetto modello svedese di amministrazione); e ad esempio SOU, *En uthållig demokrati! Politik för folkstyrelse på 2000-talet -Demokratiutredningens betänkande*, Stoccolma, 2000, 132, (dove la commissione parlamentare svedese evidenzia come caratteristica specifica del modello amministrativo svedese la funzione giudiziaria degli enti pubblici a carattere amministrativo).

¹⁶ In tal senso, si vedano G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990, 27; E. Ferragina e M. Seeleib-Kaiser, *Welfare regime debate: past, present, futures*, in *Policy & Politics* 583-611 (2011); e A. Bergh, *The Universal Welfare State: Theory and the Case of Sweden*, in *Political Studies* 749-754 (2004).

¹⁷ In tal senso, si vedano E. Åsard e W. Lance Bennet, *Democracy and the Marketplace of Ideas. Communication and Government in Sweden and the United States*, Cambridge, 1997, 86 e 91-95.

¹⁸ In tal senso, si vedano V. Aubert, *The Rule of Law and the Promotional Function of Law*, in G. Teubner (Ed), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlino, 1986, 32-39; J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, 1998, 405-407; e H. V. Dean, *The Juridification of Welfare: Strategies of Discipline and Resistance*, in A. Kjonstad e J. Wilson (Eds), *Law, Power and Poverty*, Bergen, 1997, 3-27.

principi di natura non-giuridica, come indicati dagli attori politici attraverso la legislazione e come attuati dai funzionari amministrativi.¹⁹ Ad esempio, come visto in precedenza, i giudici della Corte Suprema Amministrativa svedese devono essere pronti a vedere il loro dogma di legalità in materia fiscale “sacrificato” sull’altare degli ideali politici e sociali di redistribuzione attraverso la tassazione, come interpretati e attuati dall’Agenzia delle Entrate svedese nel tentativo di scoprire tutti i redditi nascosti in complessi schemi fiscali.²⁰

L’incorporazione degli organi giudiziari all’interno di un sistema fortemente integrato per promuovere l’attuazione di valori sociopolitici è stata anche consolidata da una delle cause (o uno degli effetti) del successo in Svezia di un modello di welfare state così fortemente integrato. Il modello svedese è radicato in (o, secondo altre interpretazioni, ha creato) un paesaggio con un livello relativamente basso di conflitti politici, sociali ed economici. A sua volta, tale ambiente si basa sull’idea (e, almeno fino a poco tempo fa, anche sulla realtà) che la maggior parte dei principali attori pubblici e privati sia concorde sui valori fondamentali da attuare attraverso questo sistema politico e le sue leggi.²¹ È facile capire come, a differenza di altri sistemi con maggiori tensioni, in questo paesaggio di valori omogenei sparisce la necessità di avere un’alta corte che operi come un soggetto terzo, cioè come un “esplicatore della legge” locato in una posizione indipendente fra una moltitudine di interpretazioni e implementazioni potenzialmente contrastanti e divergenti.²²

Per quanto riguarda la seconda serie di motivi per cui le corti supreme svedesi operano come funzionari amministrativi anziché come organi giudiziari indipendenti, questi sono collegati all’architettura e al discorso costituzionale svedese, che a loro volta sono il risultato di uno stato sociale con componenti legislative, amministrative e giudiziarie fortemente integrate. Partendo dall’architettura costituzionale svedese, una delle sue componenti principali è, a differenza della maggior parte dei paesi facenti parte delle cosiddette democrazie in stile occidentale, il rifiuto del principio di divisione dei poteri, avendo invece la Svezia adottato il principio della divisione delle funzioni. Tradizionalmente, gli attori giuridici hanno assunto una posizione interpretativa piuttosto rigida per quanto riguarda il primo articolo di una delle carte costituzionali svedesi (lo Strumento di Governo, 1974, articolo 1: “*Tutto il potere pubblico in Svezia deriva dal*

¹⁹ In tal senso, si vedano A. Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stoccolma, 1995, 46-47; e D. Bjerstedt, *Tryggheten inför rätten*, Lund, 2009, 40-42; e ad esempio K. Uggerud, *Uønskede menneskerettigheter? Om statens muligheter til og strategier for å unngå eller svekke menneskerettigheter på områder der staten har sterke særinteresser*, in *Retfærd* 21-45 (2000).

²⁰ In tal senso, si veda ad esempio J. W. F. Sundberg, *High-tax imperialism*, 2^a ed., Stoccolma, 2000.

²¹ In tal senso, si vedano B. Rothstein e L. Trägårdh, *The State and Civil Society in a Historical Perspective: The Swedish Case*, in L. Trägårdh (Eds), *State and Civil Society in Northern Europe: The Swedish Model Reconsidered*, New York, 2007, 235; e F. Lagergren, *På andra sidan av välfärdsstaten – en studie politiska idéers betydelse*, Stoccolma, 1999, 181.

²² In tal senso, si vedano J. Lindvall e B. Rothstein, *Sweden: the Fall of the Strong State*, in *Scandinavian Political Studies* 49-50 (2006).

popolo ... È realizzato attraverso una forma di governo rappresentativa e parlamentare e attraverso l'autogoverno locale.”). Di conseguenza, il Parlamento (vale a dire il principale attore legislativo) è considerato l'unico vero potere (essendo l'unico che rappresenti “il popolo”) che, a sua volta, delega le altre due funzioni (giudiziaria ed esecutiva) alle corti ed agli enti pubblici a carattere amministrativo.²³

È quindi naturale che le corti, operanti in questo tipo di architettura costituzionale, non percepiscano sé stessi (e non siano percepiti dagli altri attori giuridici) come un potere autonomo (il cui obiettivo sia valutare se gli attori pubblici e privati operino in conformità con il diritto). Invece, le corti, compresi le corti supreme, si considerano come organi ausiliari, che servono a rivedere le azioni di attori pubblici e privati affinché si adattino alla volontà del più alto (e unico) potere, ovvero il Parlamento. In altre parole, a causa della confutazione del principio della separazione dei poteri, i giudici, compresi quelli che siedono negli scranni più elevati, tendono a operare non come soggetti terzi, ma come parte degli organi esecutivi. I giudici diventano quindi funzionari amministrativi miranti a soddisfare, per quanto possibile, la volontà del popolo come espressa dall'unico potere, ovvero quello legislativo.²⁴

Come altro fattore che contribuisce a far sì che i giudici delle corti supreme si considerino funzionari amministrativi piuttosto che “veri” giudici, si deve aggiungere una caratteristica del sistema svedese che influisce direttamente sul discorso costituzionale nazionale: la mancanza di una corte costituzionale vera e propria e una procedura di costituzionalità delle leggi ordinarie alquanto debole. Come hanno dimostrato diversi studi comparativi e storici, la presenza di una forte corte costituzionale produce di solito onde strutturali nell'intero sistema legale che rafforzano gli organi giudiziari.²⁵ In particolare, una corte costituzionale accresce la legittimità di un controllo “giudiziario” generalizzato del lavoro politico, vale a dire, un senso condiviso da tutti i giudici (anche a livelli inferiori) che uno dei loro compiti principali sia il controllo, come attori esterni, affinché gli attori privati e, cosa ancor più importante, pubblici operino in conformità con il diritto.²⁶ Lasciando da parte le ragioni storiche e istituzionali di tali “carenze” nel paese scandinavo, la mancanza di un'adeguata corte costituzionale (con la sua forza autolegittimante per l'intero corpo giudiziario come custode del diritto) ha portato nel discorso giuridico svedese ad una svalutazione del ruolo costituzionale delle corti supreme nel settore del diritto pubblico (ad esempio, nella loro attenzione alla protezione dei diritti intangibili individuali) a favore della loro funzione

²³ In tal senso, si vedano H. Strömberg e B. Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 26^a ed., Stoccolma, 2014, 95; e J. Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, Alphen aan den Rijn, 2011, 15.

²⁴ In tal senso, si vedano M. Sjöberg, *Den långa vägen till en generell regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut*, in G. Regner, M. Eliason e H.-H. Vogel (Eds), *Festskrift till Hans Ragnemalm*, Lund, 2005, 302; e T. Bull e F. Sterzel, *Regeringsformen: en kommentar*, 3^a ed., Stoccolma, 2015, 259 e 275-278.

²⁵ In tal senso, si veda Sweet, *Governing with Judges*, *supra* a 116-124.

²⁶ In tal senso, si veda Sweet, *Governing with Judges*, *supra* a 114-115.

amministrativa (ad esempio, concentrandosi principalmente sulla ricerca della “vera” intenzione del legislatore di fronte a questioni legislative poco chiare).²⁷

Per quanto riguarda il terzo motivo dietro la percezione delle corti supreme svedesi come parte integrante della pubblica amministrazione, questo ha un carattere puramente amministrativo, cioè, si basa sullo specifico sistema di carriera che un giudice deve seguire per divenire un candidato a tali corti. La diffusa e consolidata politica di reclutamento è che un giudice che voglia concorrere per una posizione in una corte suprema abbia maggiori possibilità nel caso in cui possa mostrare un’esperienza lavorativa di alcuni anni all’interno del Ministero di Giustizia (in svedese, *Justitiedepartementet*) o (in minor misura) negli Uffici Governativi (in svedese, *Regeringskansliet*).²⁸ Questo requisito è di solito giustificato con l’idea che, nel trascorrere alcuni anni all’interno del Ministero di Giustizia, il candidato alla corte suprema avrà avuto la possibilità di acquisire una conoscenza più approfondita di tutti gli aspetti della legislazione, non solo la sua interpretazione, ma anche la sua creazione (dal momento che è di solito il Ministero di Giustizia il luogo all’interno dell’apparato statale in cui vengono redatti gli atti legislativi) e la sua attuazione (poiché il Ministero fa parte della struttura esecutiva dello stato).²⁹

Tale ragionamento potrebbe anche essere corretto, ma questo prerequisito di aver prestato servizio per alcuni anni tra i funzionari amministrativi lascia evidenti tracce nel modo in cui i futuri giudici della corte suprema vedono sé stessi e la loro posizione sulla mappa dell’apparato statale. Un giudice entra nella corte suprema con forti legami con l’apparato amministrativo. In primo luogo, lei o lui durante il suo tempo presso il Ministero di Giustizia ha sviluppato reti professionali e personali sia all’interno di quella struttura che negli altri settori che costituiscono il nucleo dell’amministrazione statale. Ancora più importante, il futuro giudice della corte suprema è di solito pesantemente influenzato dalla cultura amministrativa che permea i suoi anni di lavoro all’interno della pubblica amministrazione. Lei o lui tendono ad avere la prospettiva del funzionario amministrativo, piuttosto che quella giudiziaria, quando si avvicinano questioni giuridiche: lei o lui cercano di trovare la soluzione che attui nel migliore dei modi la volontà del legislatore piuttosto che, nelle parole di H.L.A. Hart, risolva tali questioni “dalla prospettiva interna al sistema giuridico”.³⁰

²⁷ In tal senso, si vedano A. Lagerqvist Veloz Roca, *Utvecklingslinjer inom svensk offentlig rätt under de senaste hundra åren*, in K. Källström e J. Öberg (Eds), *Juridisk Tidskrift – Jubileumshäfte*, Stoccolma, 2007, 49-50; K. Tuori, *Vilken vikt bör i rättstillämpningen läggas vid lagstiftarens synpunkter och signaler i och utanför lagstiftningsärendet?*, *Det 39. nordiske juristmöde i Stockholm 2011*, 2011, 790, disponibile a <http://jura.ku.dk/njm/39/789-796-vilken-vikt-bor-i-rattstillampningen-korref-tuori-red.pdf/>; e W. Warnling-Nerep, *Till frågan om legalitet och retroaktivitet i svensk rätt*, in *Juridisk Tidskrift* 837-838 (2009).

²⁸ In tal senso, si vedano H. von Sydow, *Rättsstatens rötter – reformer av domarutnämningar*, Lund, 2007, 46-49 e 55-57; e K. Fast, *Regeringsrådets oberoende och roll*, Stoccolma, 2001.

²⁹ In tal senso, si veda B. Bengtsson, *Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt*, in Å. Frändberg (Ed), *Festskrift till Stig Strömholm*, Vol. 1, Uppsala, 1997, 09.

³⁰ In tal senso, si vedano H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 55-56; e Guarnieri e Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* a 9-11 (circa le differenze fondamentali fra giudici e gli altri poteri dello stato, specialmente nella questione di vincoli procedurali).

Questa prassi nel processo di reclutamento per le corti supreme svedesi, una politica che avvicina i giudici alla mentalità dei funzionari amministrativi, è stata rafforzata da una procedura di reclutamento utilizzata sino alla riforma costituzionale del 2011 e che consentiva raramente ad un candidato esterno alla cultura amministrativa di raggiungere tali corti. Fino a quella data, i giudici per entrambi le corti supreme erano stati nominati dal governo, in una procedura chiusa e non competitiva e senza una preparazione formale da parte di un organo esterno. Lungi dall'essere un'intrusione del potere politico nel processo di reclutamento, la prassi costituzionale era che i giudici in carica delle corti supreme indicassero i loro futuri pari al governo, che quasi sempre accettava tali “suggerimenti”.³¹

Il concorso di questi tre motivi (sistema politico, struttura costituzionale e prassi amministrativa) ha fatto sì che i giudici che siedono nelle corti supreme svedesi tendano a considerarsi e ad agire come funzionari amministrativi piuttosto che come soggetti terzi nella valutazione delle questioni giuridiche che arrivino a tale istanza. Tuttavia, è necessario sottolineare che questo posizionamento tra i funzionari amministrativi, cioè tra gli attori con il compito primario di attuare la volontà politica come espressa nella legislazione, non rende le corti supreme svedesi maggiormente “politiche”.³²

Innanzitutto, almeno in un sistema democratico pienamente compiuto come quello svedese, il settore amministrativo tende da un punto di vista istituzionale ad essere indipendente dal governo: è composto principalmente da burocrati di carriera, che vengono assunti per meriti professionali piuttosto che essere nominati od eletti.³³ Inoltre, il loro mandato istituzionale supera di solito i frequenti cambiamenti di leadership politica e le loro carriere si basano sulle loro prestazioni professionali, vale a dire, sulla misurazione dei risultati secondo criteri interni all'apparato amministrativo (ad esempio, la loro efficienza) piuttosto che esterni (ad esempio, l'affiliazione politica).³⁴

In secondo luogo, la depoliticizzazione della funzione amministrativa svedese (ovvero la sua solida autonomia dal controllo dei partiti politici) è anche rafforzata da una caratteristica del sistema giuridico che distingue fortemente la relazione tra la funzione legislativa (sia del Parlamento che del governo) e le agenzie pubbliche (vale a dire, l'apparato amministrativo al di fuori dei

³¹ In tal senso, si veda von Sydow, *Rättsstatens rötter*, supra a 10-14.

³² In tal senso, si veda F. Sterzel, *Författning i utveckling: konstitutionella studier*, Uppsala, 1998, 47-50.

³³ In tal senso, si veda J. Reichel, *Svenska myndigheter som EU-myndigheter*, in K. Källström e J. Öberg (Eds), *Juridisk Tidskrift – Jubileumshäfte*, supra at 104-105 (circa il modello dualista svedese, ove esiste una divisione sia organizzativa che di responsabilità fra governo ed amministrazione).

³⁴ In tal senso, si veda B. M. Jones, *Sweden*, in J. Kingdom (Ed), *The Civil Service in Liberal Democracies: An Introductory Survey*, Oxon, 1990, 153. Ma si vedano anche C. Dahlström e A. Sundell, *Budgetary Effects of Political Appointments, Paper presented at 7th ECPR General Conference, Bordeaux, France, September 4-7, 2013*, 2013, 10-11, disponibile a <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/fcd89d7b-851d-4e0c-a076-e66300e98f72.pdf> (ove l'amministrazione svedese viene considerata come parzialmente autonoma dalle influenze strutturali del sistema politico).

dipartimenti). La carta costituzionale svedese dello *Strumento di Governo* afferma chiaramente il divieto di “guida ministeriale” (in svedese, *ministerstyre*) sugli enti amministrativi nell’esecuzione del loro compito principale, ovvero l’attuazione della legge.³⁵ Per varie ragioni storiche, politiche e strutturali (che non possono essere discusse qui), questo divieto è fermamente rispettato sia dai (spesso riluttanti) politici, che dagli enti pubblici a carattere amministrativo che, infine, dai tribunali amministrativi.³⁶

In Svezia l’influenza politica sull’amministrazione pubblica in generale è quindi piuttosto limitata, rendendo (in pratica) tale paese un sistema a due poteri, in cui le pratiche amministrative tendono ad avere uno status quasi-legislativo in molte aree del diritto pubblico e privato, dal controllo dei mercati finanziari alle questioni di welfare. Di conseguenza, il posizionamento delle corti supreme come molto vicine (se non all’interno) dell’area degli enti amministrativi non implica la “politicizzazione” del loro lavoro e della loro cultura, ma piuttosto il loro essere considerate una componente all’interno dell’assai indipendente e potente amministrazione pubblica svedese.

4. Le cose stanno (forse) cambiando

2648

Come appare ora, il panorama svedese è quindi piuttosto chiaro: i giudici che siedono nelle corti supreme tendono a percepire sé stessi, e ad essere identificati dagli altri attori, come funzionari amministrativi e ad operare in quanto tali (cioè, mirando a trovare il modo migliore per attuare il vero significato dell’intenzione del legislatore), piuttosto che come “veri giudici” (vale a dire, concentrandosi sulla valutazione della legge applicabile a una controversia giuridica). Tuttavia, negli ultimi anni, segnali piccoli ma importanti (e che si rafforzano a vicenda) indicano che questo posizionamento all’interno della pubblica amministrazione potrebbe cambiare, e che le corti supreme potrebbero avvicinarsi invece ad un ruolo maggiormente giudiziario, vale a dire ad operare come soggetto terzo nelle dispute tra attori pubblici e privati.

Innanzitutto, negli ultimi anni le attività delle corti supreme (in particolare, ma non esclusivamente, della Corte Suprema ordinaria) sono state caratterizzate da una propensione piuttosto marcata all’attivismo giudiziario, cioè una situazione in cui “le corti impongono una soluzione giudiziaria su una questione che dovrebbe in realtà essere oggetto di una risoluzione politica”, ad esempio disattivando in

³⁵ In tal senso, si veda *Strumento di Governo, Capitolo 12, Art. 2*: “Nessuna autorità pubblica, compreso il Parlamento, può determinare come un’autorità amministrativa possa decidere in un caso relativo all’esercizio di poteri pubblici nei confronti di una persona o di un’autorità locale o in relazione all’applicazione della legge”; e anche *Strumento di Governo, Capitolo 7, Art. 3* e *Capitolo 12, Art. 1*.

³⁶ In tal senso, si veda A. Jonsson, *Förvaltningens självständighet och förbudet mot ministerstyre: en analys av konstitutionsutskottets betänkanden från 2000 till 2005*, in L. Marcusson (Ed), *God förvaltning -ideal och praktik*, Uppsala, 2006, 174-177.

pratica una legislazione emanata correttamente.³⁷ È quindi facile capire come questa nuova apertura da parte delle corti supreme le stia spostando in maniera più accentuata verso un ruolo da terza forza nel panorama costituzionale. Diventando attivisti, i giudici che siedono nelle corti superiori sono guidati dall’idea che il loro ruolo principale non sia quello di trovare la vera intenzione degli organismi legislativi né quello di riesaminare il lavoro svolto dagli enti pubblici a carattere amministrativo. Le corti supreme, invece, mirano ad operare direttamente come guardiani del sistema giuridico, nel quadro generale del diritto vigente. In altre parole, con l’attivismo giudiziario i giudici si posizionano come un soggetto terzo in cerca di soluzioni a questioni giuridiche fondamentali, che non siano state contemplate dagli organi legislativi e/o la cui regolamentazione all’interno delle pratiche amministrative possa essere considerata come inesistente o (da una prospettiva giuridica generale) insoddisfacente.³⁸

In secondo luogo, l’entrata della Svezia nell’Unione Europea (nel 1995) e il ruolo svolto dalle corti europee hanno notevolmente incrementato il processo di “indurimento” del diritto nel paese scandinavo, cioè il procedimento che rendere le norme giuridiche più difficili da plasmare a seconda dei valori non-giuridici (ad esempio politici o finanziari) che tali norme siano destinate ad attuare nella società. In particolare, l’appartenenza all’ordinamento giuridico europeo ha evidenziato nel discorso giuridico svedese la natura inalienabile e assoluta di alcuni diritti individuali e il corrispondente obbligo incondizionato di operare a loro protezione (o di non interferire nella loro attuazione) da parte dei soggetti pubblici, in primis (ma non solo) da parte dell’apparato amministrativo.³⁹ Questa influenza ha contribuito a una crescita più generale negli ambienti giuridici, politici e sociali svedesi di una “cultura dei diritti soggettivi”, dove tali diritti sono ora visti in un senso più anglo-americano. I diritti soggettivi sono pertanto considerati come qualità giuridiche assegnate ai singoli e che devono essere protette soprattutto da parte del potere giudiziario, indipendentemente da ciò che le disposizioni legislative nazionali prescrivano o da che cosa indichino le pratiche amministrative.⁴⁰ In questa situazione, e parallelamente al ruolo che il potere

³⁷ D. L. Anderson, *When Restraint Requires Activism: Partisan Gerrymandering and the Status Quo Ante*, in *Stanford Law Review* 1570 (1990). In tal senso, si veda anche F. Werksäll, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, in *Svensk Juristtidning* 1 (2014).

³⁸ In tal senso, si veda ad esempio J. Kleineman, *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism*, in *Juridisk Tidskrift* 526-527 (2015).

³⁹ In tal senso, si vedano T. Bull, *Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen*, in *Svensk Juristtidning* 216-244 (2017); U. Bernitz, *Europarättens genomslag i svensk rätt - var står vi idag?*, in *Juridisk Tidskrift* 480 (2010); e J. Hirschfeldt, *Domstolarna som statsmakt - några utvecklingslinjer*, in *Juridisk Tidskrift* 19 (2011); W. Warnling-Nerep, *Juridiska personer som bärare av mänskliga rättigheter: Ett möte mellan näringsrätt och förvaltningsrätt*, in *Juridisk Publikation* 85-89 (2010); T. Risse, M. Green Cowles e J. Caporaso, *Europeanization and Domestic Change: Introduction*, in M. Green Cowles, J. Caporaso e T. Risse (Eds.), *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*, Ithaca, 2001, 3 (dove l’uropeizzazione viene definita come “il processo di influenza derivante dalle decisioni prese in sede europea e aventi un impatto sulle politiche e le strutture amministrative dei paesi membri”).

⁴⁰ In tal senso, si vedano B. Rothstein, *Välfärdsstat, förvaltning och legitimitet*, in B. Rothstein (Ed), *Politik som organisation*, Stoccolma, 2010, 57; R. H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, in *Journal of Legal Studies* 727 (1998);

giudiziario ha nelle realtà anglo-americane, alle corti supreme è imposto più che mai il compito di operare come un organo giudiziario veramente indipendente, al fine di garantire l'attuazione di tali diritti, in particolare in relazione alle azioni delle altre autorità pubbliche. Vale la pena ricordare che questa cultura dei diritti ha iniziato a fare capolino non solo nella Corte Suprema Amministrativa, ma anche nella Corte Suprema ordinaria in aree tradizionalmente non connesse dall'idea di diritti soggettivi, almeno nel discorso giuridico svedese, ad esempio, in materia di diritto commerciale o di diritto contrattuale.⁴¹

Si può osservare anche un terzo segnale, di natura più politica e parzialmente derivante dall'appartenenza all'Unione Europea, che spinge le corti supreme svedesi in posizioni più vicine a un ruolo "giudiziario" nell'architettura costituzionale. Come molti altri paesi nell'Europa occidentale, la Svezia viene sempre più considerata come avviata su un percorso che la porta a divenire un sistema post-welfare.⁴² Lasciando da parte una discussione approfondita su quello che possa caratterizzare tale sistema, è tuttavia necessario richiamare l'attenzione sul fatto che la società post-welfare ha come uno dei suoi dogmi centrali un'idea forte dello stato di diritto (o "rule of law").⁴³ Ciò implica un allontanamento dal modello tradizionale svedese dello stato sociale e dalla sua idea di base che gli attori giuridici (e in particolare gli organi giudiziari) dovrebbero considerare e utilizzare il diritto (in primis quello legislativo) come strutturalmente morbido nei confronti dei valori espressi dall'ambiente politico (e implementati dall'apparato amministrativo). In un sistema post-welfare, al contrario, i discorsi politici, sociali ed economici sono percepiti dai giudici come generalmente soccombenti in caso di conflitto con i principi giuridici fondamentali, sia quelli esplicitamente rintracciabili nelle carte costituzionali che quelli ricavati dal sistema giuridico nel suo complesso. In altre parole, nel sistema post-welfare si suppone che valori non-giuridici si fermino e cedano il passo a principi giuridici generali quali la certezza del diritto o l'uguaglianza di fronte alla legge, ma anche quando incontrino principi giuridici di natura privata, come "buona fede" o "uguaglianza tra parti

M. A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, 1993, 13; e R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londra, 1997, 90-94.

⁴¹ In tal senso, si veda ad esempio M. Schultz, *Rights Through Torts: The Rise of a Rights Discourse in Swedish Tort Law*, in *European Review of Private Law* 305-333 (2009).

⁴² In tal senso, si vedano S. E. Olsson Hort, *Sweden: Towards a 21st Century Post-Modern People's Home*, in P. Koslowski e A. Føllesdal (Eds), *Restructuring the Welfare State: Theory and Reform of Social Policy*, Berlino, 1997, 332-336; C. Agius, *Sweden's 2006 Parliamentary Election and after: Contesting or Consolidating the Swedish Model?*, in *Parliamentary Affairs* 594-596 (2007); e J. Reichel, *Den svenska förvaltningsmodellen i det europeiska samarbetsprojektet*, in I. Mattson e E. Sjögren (Ed), *Statsförvaltningen efter 20 år i EU*, Stoccolma, 2016, 57-82, disponibile a http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2016/om-offentlig-sektor-28_statsforvaltning-eu.pdf (circa l'entrata della Svezia nell'Unione Europea e di come essa abbia cambiato radicalmente le modalità di uso e considerazione del diritto all'interno dell'amministrazione svedese in una direzione post-welfare).

⁴³ In tal senso, si vedano T. Wilhelmsson, *Contract and Equality*, in *Scandinavian Studies in Law* 153 (2000); e G. Skapska, *Facing Past Human Rights Abuse: A Way from a Liquid to a Solid Society*, in J. Prihan (Ed), *Liquid Society and Its Law*, Aldershot, 2007, 115-129.

contraenti”.⁴⁴ Di conseguenza, nei sistemi post-welfare i giudici operano come un vero soggetto terzo nelle questioni giuridiche: il loro obiettivo principale è quello di valutare le dispute giuridiche non in relazione alla politica o alle pratiche amministrative, ma piuttosto in relazione ai sistemi di regole e principi fondamentali che costituiscono il sistema giuridico.⁴⁵

Per quanto riguarda la quarta componente indicante uno spostamento delle corti supreme svedesi verso un ruolo maggiormente giudiziario, questa si riferisce ai cambiamenti che hanno avuto luogo con la riforma costituzionale del 2011. Tra le molte innovazioni, la riforma ha introdotto una nuova procedura di reclutamento anche dei giudici ai livelli più alti nel sistema giudiziario.⁴⁶ In particolare, il processo è divenuto concorrenziale (vale a dire, viene diffuso pubblicamente un bando per le posizioni vacanti alla cui assegnazione può concorrere chiunque) ed è sotto la competenza di un’ autorità indipendente, vale a dire il Consiglio Giudiziario (in svedese, *Domarnämnden*), dove 5 dei 9 membri sono (o sono stati) giudici ordinari. Questa commissione riceve proposte dalle corti supreme circa la graduatoria dei partecipanti, ma tali suggerimenti non sono assolutamente vincolante (come è stato dimostrato più volte nel corso di questi anni); al contrario, le indicazioni al Governo da parte del Consiglio Giudiziario su quali candidati siano da considerarsi come maggiormente competenti, sebbene non vincolanti, hanno un notevole peso, sia informale che formale (richiedente, ad esempio, che il Governo debba consultare nuovamente il Consiglio nel caso in cui stia considerando di nominare qualcuno non indicato da tale commissione).

Questo sistema ha portato con sé due novità, entrambe rafforzanti l’idea delle corti supreme come organi giudiziari propri ed indipendenti. Innanzitutto, la riforma dell’intera procedura di assegnazione ha mandato un chiaro segnale, immediatamente percepito dai giudici (sia all’interno che all’esterno delle corti superiori), che è stata rafforzata l’indipendenza istituzionale delle corti supreme svedesi all’interno dell’architettura costituzionale (in particolare in relazione ai partiti politici).⁴⁷ In secondo luogo, poiché il nuovo sistema si basa su una competizione aperta, esso ha incoraggiato fin dal primo giorno la partecipazione di candidati operanti al di fuori del modello tradizionale di “giudice formato nel Ministero di Giustizia”. In particolare, negli ultimi anni un numero relativamente alto di candidati provenienti dal settore privato (ad esempio, avvocati di grandi studi legali) o dal mondo accademico (ad esempio, professori di diritto penale o di

⁴⁴ In tal senso, si vedano Å. Frändberg, *The Law-State. An Essay in General Jurisprudence*, 1993 (manoscritto); Å. Frändberg, *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära*, Stoccolma, 2005, 251-263; e J. E. Fleming, *Getting to the Rule of Law*, New York, 2011, 96.

⁴⁵ In tal senso, si vedano ad esempio A. Hultqvist, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen*, Stoccolma, 1995, 3-7; C. Carlson, *Rätten att inte lämna ut uppgifter vid beslut om tredjemansrevision*, in *Juridisk Tidskrift* 418-420 (2012-2013); e R. Pahlsson, *Likhet inför skattelag – likhetsprincipen och konstruktionen av jämförbarhet i skatterätten*, Uppsala, 2007, cap. 3.

⁴⁶ In tal senso, si veda *Strumento di Governo, Capitolo 11, Art. 6 e Legge (2010:1390) circa la nomina dei giudici ordinari*.

⁴⁷ In tal senso, si veda SOU, *En reformerad grundlag 2008:125*, Stoccolma, 2008, 319-323.

diritto costituzionale) hanno partecipato con successo a tali concorsi.⁴⁸ Di conseguenza, questa nuova procedura pubblica di reclutamento ha portato nelle corti supreme svedesi giuristi di spicco le cui culture professionali (e reti) sono piuttosto lontane dal mondo dei funzionari amministrativi.

Infine, vi è un'indicazione di carattere più generale e sociale di come il posizionamento delle corti supreme in Svezia forse possa in un prossimo futuro avvicinarsi all'ideale di essere degli organi giudiziari *tout court*. Le atmosfere politiche, sociali e economiche nel paese scandinavo sono cambiate notevolmente nell'ultimo decennio, divenendo maggiormente conflittuali. La frammentazione della comunità (o, più precisamente, l'affiorare di pezzi di comunità precedentemente tenuti nascosti in maniera forzosa) ha costretto il mondo giuridico svedese ad un riposizionamento.⁴⁹ Oggi, l'arena giuridica si trova nel mezzo di una pluralità di sistemi di valori, che spesso si trovano in concorrenza (se non in conflitto) l'uno contro l'altro nel tentativo di ottenere il riconoscimento delle loro istanze in campo giuridico. Un caso classico di tale situazione è il dibattito tra sostenitori e critici del finanziamento pubblico delle scuole religiose private.⁵⁰ Come effetto immediato, il bisogno di giudici che operino come veri "soggetti terzi" al vertice del corpo giudiziario è sentito ancora più forte. In un tale clima di conflitti di sistemi di valore, le corti supreme devono spesso posizionarsi al di fuori dei vari sistemi politici, economici, culturali, sociali e amministrativi al fine di decidere quale sistema di valori debba essere difeso, una decisione basata esclusivamente sul diritto vigente (e non, ad esempio, sull'intenzione spesso confusa degli organi legislativi o delle pratiche spesso contraddittorie sviluppate dai vari enti pubblici a carattere amministrativo). Come recentemente sottolineato in un editoriale congiunto dei presidenti sia della Corte Suprema Amministrativa che della Corte Suprema ordinaria svedesi, il mondo giuridico non è solo al centro di questa battaglia senza fine tra diversi sistemi di valori.⁵¹ Ancora più importante, il diritto positivo svedese è considerato e utilizzato dalle corti supreme come punto

⁴⁸ Ad esempio, per quanto riguarda il 1° aprile 2019, 6 degli attuali 16 membri della Corte suprema ordinaria hanno avuto una carriera professionale (in larga misura) al di fuori della pubblica amministrazione (sia in studi legali che nel mondo accademico). In tal senso, si veda <http://www.hogstادمstolen.se/Justitierad/>. Il tribunale amministrativo supremo presenta la stessa esatta distribuzione tra i giudici con una carriera principalmente non-amministrativa e giudici con un background professionale amministrativo. In tal senso, si veda <http://www.hogstafortvaltningsdomstolen.se/Justitierad/>.

⁴⁹ In tal senso, si vedano L. Wennberg e A. Pylkkänen, *Intersektionalitet i rätten -en metod för att synliggöra det osynliggjorda*, in *Retfærd* 12-28 (2012); Lindvall e Rothstein, *Sveden, supra* at 55-56; e B. Wennström, *EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap*, in *Juridisk Tidskrift* 447-448 (2009-2010).

⁵⁰ In tal senso, si vedano ad esempio H. Bernitz, *En icke-konfessionell skola -Ett förbud mot ensidig påverkan och indoktrinering*, in *Juridisk Tidskrift* 566-579 (2017); e H. I. Roth, *Är religion en mänsklig rättighet?*, Stoccolma, 2012, 177-213. In tal senso, si veda anche M. Weber, *Politics as Vocation*, in M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, Abingdon, 2009, 95 (circa il ruolo centrale che il discorso giuridico ha "nell'esprimere" i vari sistemi di valore).

⁵¹ In tal senso, si veda M. Melin e S. Lindskog, *Domstolarnas oberoende behöver stärkas*, in *Svensk Juristtidning* 245-251 (2017); e una simile posizione espressa da vari esponenti del mondo politico, <http://www.dagensjuridik.se/2018/11/sverige-ar-inte-immunt-har-ar-fyra-punkter-att-oka-domstolarnas-oberoende>.

di collegamento fra tali sistemi con il ruolo decisivo di offrire (almeno nelle sue intenzioni) criteri “oggettivi” per determinare quale sistema di valori debba prevalere ed avere una rilevanza legale.⁵²

Nonostante le sopraccitate numerose indicazioni circa un possibile spostamento delle corti supreme dalla cultura della pubblica amministrazione in quella “realmente” giudiziaria, non si dovrebbe sopravvalutare la vera forza di tali segnali. Se, da una parte, tutti questi suggerimenti potrebbero indicare una possibile evoluzione nel posizionamento istituzionale e culturale delle corti supreme svedesi, la realtà, d'altra parte, mostra come questi massimi organi giudiziari abbiano ancora un piede e mezzo nel mondo della pubblica amministrazione. In generale, come sottolineato da molti studiosi, nel mondo occidentale il discorso giuridico e i suoi attori sono caratterizzati da un'inerzia strutturale: la cultura giuridica di solito presenta un certo grado di rigidità verso l'innovazione e il riposizionamento degli attori sulla mappa del diritto.⁵³

Più specificamente, per quanto riguarda il caso della Svezia, sono ancora piuttosto forti due dei fattori che hanno tradizionalmente spinto le corti supreme verso il polo amministrativo. In primo luogo, la separazione delle funzioni (anziché la separazione dei poteri) è ancora un dogma all'interno del discorso costituzionale svedese e non ci sono indicazioni che tale assioma possa svanire nel prossimo futuro (a meno di inaspettate, e non pianificate, riforme radicali delle carte costituzionali).⁵⁴ In secondo luogo, nonostante il tentativo (attraverso la riforma costituzionale del 2011) di allargare il reclutamento dei giudici della corti supreme a settori del mondo giuridico diversi da quelli dei tradizionali giudici di carriera, si può osservare che la maggior parte dei giudici nelle corti supreme proviene tuttora dalle fila dei giudici professionisti.⁵⁵ Inoltre, rimane ostinatamente come uno dei criteri selettivi fondamentali la politica di reclutamento che predilige coloro che abbiano avuto periodi di esperienza lavorativa all'interno del Ministero di Giustizia.

⁵² Come affermato chiaramente da molti autori socio-giuridici, il diritto moderno rimane un indicatore cruciale della capacità della società di mantenere l'integrazione sociale e preservare la coesistenza pacifica di una pluralità di sistemi di valore. In tal senso, si veda ad esempio M. Deflem, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, 2008, 224; oppure M. Hertog, *Rescuing Living Law from Jurisprudence*, in *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought* 150 (2012). Ma si veda anche B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2^a ed., Londra, 2002, 420.

⁵³ In tal senso, si vedano E. A. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht, 1998, 212-224 (in particolare circa la distinzione fra inerzia e inerzia strutturale); R. A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, 2004, 153-158; e A. Marciano e E. L. Khalil, *Optimization, path dependence and the law: can judges promote efficiency?*, in *International Review of Law and Economics* 72-82 (2012).

⁵⁴ In tal senso, si veda ad esempio T. Otter Johansson, *Regeringens styrning av förvaltningsmyndigheterna efter den 1 januari 2011*, in *Svensk Juristtidning* 834 (2012). Ma si veda anche J. Nergelius, *Grundlagsmodeller och Maktindelning*, in E. Amnå (Ed), *Maktindelning*, Stoccolma, 1999, 122-124 (dove l'autore esprime una posizione più ottimistica circa un futuro spostamento della Svezia verso un sistema di divisione dei poteri).

⁵⁵ In tal senso, si vedano E. Exelin, *Domstolarnas oberoende och självständighet*, 2014, 190, disponibile a http://www.rattsfonden.se/pdf/domarens_oberoende_2014.pdf; e B. C. Smith, *Judges and Democratization: Judicial Independence in New Democracies*, Londra, 2017, 1.

5. Conclusioni

Per concludere questo breve lavoro circa il posizionamento delle corti supreme svedesi all'interno del panorama amministrativo, si potrebbe facilmente affermare (come spesso accade quando si tratta di questo paese scandinavo) che la particolare storia della Svezia e la sua locazione piuttosto isolata permettono questo tipo di eccezioni. Inoltre, la stessa voce critica potrebbe anche aggiungere che il caso svedese, a causa dello specifico contesto storico e istituzionale in cui si è sviluppato, non offre un grande contributo al discorso europeo e globale sul ruolo delle corti supreme in relazione agli altri poteri. Queste critiche sono certamente corrette, ma c'è almeno una considerazione circa la situazione svedese che può avere un carattere generale e che può essere utilizzata per trarre conclusioni applicabili alla maggior parte dei sistemi giuridici occidentali. Quando si affrontano le situazioni critiche in molti paesi europei (ad esempio, Russia, Polonia o Ungheria), spesso viene lanciato un allarme: le riforme volte a trasformare i giudici delle corti superiori in funzionari amministrativi “di per sé” mettono in pericolo uno dei componenti giuridici essenziali di una forma di stato democratica.⁵⁶

2654

Mentre questa critica può essere corretta per tali realtà, si dovrebbe anche sottolineare che la sua validità non è dovuta ad una connessione ontologica tra la democrazia come forma politica di organizzazione e una cultura pienamente giudiziaria nelle corti superiori (ovvero il posizionamento come soggetto terzo anche nei confronti dell'apparato amministrativo). Il caso svedese mostra come sia possibile avere una democrazia compiuta anche con corti supreme che non siano provviste di giudici “purosangue” e invece abbiano giudici operanti come funzionari amministrativi. In altre parole, questa stranezza scandinava suggerisce che possa esistere un divario ontologico tra la forma di stato democratica e una delle componenti dell'architettura istituzionale giuridica che tradizionalmente è collegata a questo sistema politico, vale a dire una corte suprema pienamente posizionata all'esterno degli enti pubblici con compiti amministrativi. Le valutazioni critiche delle recenti tendenze all'interno di alcuni paesi europei dovrebbero quindi essere valutate ponendo la relazione di dipendenza tra le corti e l'apparato amministrativo all'interno di un contesto più ampio: una cultura di dipendenza della pubblica amministrazione in generale verso i poteri legislativi. In altre parole, nonostante la globalizzazione del diritto, dei suoi modelli istituzionali e del discorso giuridico, come evidenziato da molti studiosi, le circostanze storiche

⁵⁶ In tal senso, si vedano ad esempio International Federation for Human Rights, *Hungary: Democracy under Threat –Six Years of Attacks against the Rule of Law*, 2016, disponibile a www.refworld.org/docid/5825f72a4.html, 15-21; e Hungarian Helsinki Committee, *Most Pressing Issues of the Hungarian Law on Administrative Courts and Relevant International Standards –For the Venice Commission regarding its visit to Budapest on 4-5 February 2019*, 2019, disponibile a https://www.helsinki.hu/wpcontent/uploads/HHC_VC_Prep_doc_4_5_Febr_2019-FINAL.pdf; e D. P. Kommers, *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary*, in P. H. Russell e D. M. O'Brien (Eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*, Charlottesville, 2001, 137 (indicando il posizionamento delle corti al di fuori della funzione pubblica come un passo fondamentale nel processo di democratizzazione della Germania).

e politiche “locali” continuano a svolgere un ruolo rilevante al fine di avere una migliore e più completa comprensione di un determinato sistema costituzionale.⁵⁷ Il rischio di perdere il carattere democratico di un certo sistema una volta che le corti supreme siano incorporate nel potere esecutivo può essere reale in casi come la Russia o l’Ungheria. Queste sono realtà in cui, a causa dei contesti storici e istituzionali, i politici tendono ad avere un controllo più diretto sull’amministrazione in generale e quindi, indirettamente, sui giudici.⁵⁸ Tuttavia, guardando al caso della Svezia e alla sua forte cultura amministrativa di indipendenza dal potere legislativo, tale pericolo non si è materializzato negli ultimi decenni.⁵⁹

Si potrebbe usare il caso degli organi giudiziari nella Repubblica Popolare Cinese come un controesempio confermando la rilevanza dei fattori “locali”. Almeno fino al 2006, i giudici erano considerati una parte integrante della pubblica amministrazione e venivano indirizzati in documenti ufficiali come funzionari amministrativi *tout court*.⁶⁰ A seguito di una serie di riforme, oggi le figure giudiziarie sono separate istituzionalmente e funzionalmente dalla pubblica amministrazione molto più delle loro controparti svedesi. Tuttavia, a causa della coesistenza di altri fattori contestuali (ad esempio, una cultura storica dell’amministrazione come direttamente al servizio dei poteri politici), non molti oserebbero affermare che l’architettura costituzionale cinese genera organi giudiziari maggiormente indipendenti dai politici (e quindi un livello più alto di democrazia di stile occidentale) che di quella svedese.

In definitiva, forse la misurazione reale del livello di democrazia in un determinato ordinamento giuridico dovrebbe avere come criterio principale non il grado in cui le più alte cariche giudiziarie operino come una terza forza rispetto agli altri poteri, ma piuttosto il livello di quanto il settore pubblico in generale (cioè, comprese le corti) sia istituzionalmente e giuridicamente indipendente dai poteri politici.

⁵⁷ In tal senso, si vedano R. Hirschl, *From comparative constitutional law to comparative constitutional studies*, in *International Journal of Constitutional Law* 1-12 (2013); e Venice Commission, *Report on Judicial Appointments*, 2007, para. 5-6, disponibile a [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)028-e) (“In alcune delle democrazie più stagionate esistono sistemi in cui il potere esecutivo ha una forte influenza sulle nomine giudiziarie. Tali sistemi possono funzionare bene in pratica e consentire un potere giudiziario indipendente in quanto l’esecutivo è frenato dalla cultura e dalle tradizioni giuridiche. Le nuove democrazie, tuttavia, non hanno ancora avuto la possibilità di avere sviluppato tali tradizioni, che possono prevenire questi abusi. Pertanto, almeno nelle democrazie di recente formazione, sono necessarie esplicite disposizioni costituzionali dirette alla prevenzione degli abusi politici nella nomina dei giudici da parte di altri poteri statali”).

⁵⁸ In tal senso, si veda ad esempio A. Körösenyi, *Government and Politics in Hungary*, Budapest, 1999, 212-216.

⁵⁹ In tal senso, si veda Nergelius, *Constitutional Law in Sweden*, *supra* at 84.

⁶⁰ In tal senso, si veda ad esempio K. Blasek, *Rule of Law in China: A Comparative Approach*, Berlino, 2015, 69.