Attacchi ai giudici e ipocrisie reciproche

di Pier Luigi Portaluri

professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Salento

1. Il titolo di questo convegno prospetta, sia pur nella forma dubitativa, che siamo di fronte a una situazione – per così dire – univettoriale: c'è un attaccante/aggressore, di regola il potere politico; e c'è un attaccato/aggredito, invariabilmente il magistrato.

Ciò che si legge nelle più varie fonti informative conferma che in molte, troppo parti del mondo i togati si trovano in una situazione difficilissima, che si sostanzia in un bivio drammatico: o asservirsi ai mutevoli detentori del potere politico; o esercitare la loro funzione naturale di *contropotere* subendo però le pressioni e le minacce più disparate e pesanti, inclusa quella di essere uccisi.

L'Italia ha purtroppo conosciuto queste tragedie: parlo, ovviamente, degli anni di piombo nei quali il terrorismo fascista e brigatista insanguinò il Paese. E delle stragi di mafie, che pure portarono all'assassinio di molti magistrati.

Se Dio vuole, quei periodi terribili sono alle nostre spalle, anche se le conseguenze velenose che hanno disseminato nella società e nelle istituzioni sono ancora ben percepibili, sopra tutto per quanto riguarda il fenomeno mafioso.

La realtà italiana, però, è oggi diversa dal passato. E, per fortuna, molto distante da quella che si registra in quei Paesi in cui non vige un regime democratico vero e proprio: mi riferisco chiaramente alle democrature, dove il grado di rappresentatività delle istituzioni di governo è bassissimo o nullo. Tralascio ovviamente i regimi autoritari, dove la questione dell'indipendenza magistratuale non può neanche lontanamente porsi.

È a queste situazioni gravissime che si riferisce – credo – il convegno.

Ma, ci tengo a ripeterlo, per noi italiani quel titolo dev'esser letto in un senso molto più ampio e – se vogliamo – molto più disteso. Sopra tutto, descrivendo un'interazione fra politica e magistratura non *univettoriale*, ma – per fortuna! – *antiparallela*.

Un'interazione antiparallela, in vero, consiste in una relazione dinamica in cui due forze o entità agiscono simultaneamente lungo la stessa identica linea o direzione, ma in versi opposti: una contro l'altra.

In questa tipologia di relazione vi sono quindi due elementi fondamentali: a) una *interazione*, cioè una coesistenza di due soggetti nello stesso teatro o agone pubblico, per cui le forze che essi esprimono non sono isolate, ma – contrastandosi – s'influenzano a vicenda; b) *antiparallela*, poiché l'azione del primo soggetto è ordinata ad attaccare il secondo, mentre contemporaneamente quest'ultimo attacca il primo.

C'è scontro diretto, in somma: le loro azioni non seguono percorsi diversi, ma si muovono sullo stesso "binario relazionale", puntando l'una verso l'altra.

Le intensità di questi attacchi reciproci, ovviamente, possono differire in uno spazio-tempo determinato: non è quindi pensabile che le forze vettoriali antiparallele siano *opposte*, cioè che si annullino a vicenda, sempre e comunque. Possono avere durata, intensità e scenari diversi: la sostanza dello scontro, infatti, resta solo e soltanto politica (grazie al cielo!)

Piaccia o meno ad alcuni osservatori un po' – non voglio dire faziosi – prevenuti: i magistrati italiani sono certamente attaccati; ma – ripeto: per fortuna! – attaccano a loro volta, o quanto meno rispondono benissimo, colpo su colpo. In breve: la magistratura italiana è un corpo molto potente. Per taluni, anche troppo.

Ma adesso è il momento delle considerazioni di sistema, anche per non perdere di vista il quadro complessivo: servirà, credo, ad evitare allarmi ingiustificati e iperpolitici che mi capita purtroppo di leggere su alcuni siti di associazioni magistratuali estere; li spiegano – lo spero – non

precomprensioni poco illuminate o *Bannkreise* molto nebbiosi, ma una conoscenza dei fatti che parrebbe abbastanza ridotta. Ne farò un altro cenno, più preciso, fra qualche pagina.

Questi allarmi, aggiungo, scontano pure una trascuratezza criticabile verso i rischi narrati nella favola celeberrima e plurimillenaria di Esopo, il *Ποιμὴν παίζων* (*Pastore scherzoso*): «Ὦ ἄνδρες, βοηθεῖτε, λύκος· λύκος ἐμπέπτωκε τοῖς προβάτοις» («O uomini, aiuto, un lupo: un lupo si è avventato sulle pecore!)». La morale la conosciamo tutti: «Ὁ λόγος δηλοῖ ὅτι τοῦτο κερδαίνουσιν οἱ ψευδόμενοι, τὸ μηδὲ τὰ ἀληθῆ λέγουσιν αὐτοῖς πιστεύειν» («La favola mostra che guadagnano questo, coloro che non dicono il vero: il fatto che poi non si creda loro quando dicono cose vere»).

2. Veniamo, dicevo, alle osservazioni di sistema.

La separazione dei poteri è una conquista grande e faticosa della civiltà occidentale, come pure una delle espressioni principali della sovranità popolare.

Ma è da tempo in crisi. O forse non è mai stata declinata in purezza: la Storia e la vita amano le ibridazioni piene di vita, non il gelo irreale degli schemi astratti.

È tramontata (l'alba è stata sempre differita, meglio) la visione illuministica – ingenua o ipocrita – per cui il giudice sarebbe "bocca della legge", cioè applicatore neutrale della norma al caso da decidere: in realtà – lo conferma un autorevole giurista italiano, Giovanni Fiandaca – «la stessa interpretazione penalistica ha carattere in qualche modo "creativo", […] influenzata dalla sensibilità *lato sensu* politica persino dei singoli giudici-interpreti».

S'inserisce qui la "svolta della Costituzione": la sua irruzione resistita (ricordate l'«ostruzionismo della maggioranza», di cui parlava il grande Piero Calamandrei?) nell'ordinamento italiano. In disparte idolatrie interessate e feticismi di comodo, essa – chiarisce ancora Fiandaca – ha un volto duplice: è legge politica, ma anche norma vincolante «da quando il potere di interpretarla e applicarla viene assunto pure dalla giurisdizione. Sicché, i valori e i principî politici su cui fonda l'assetto costituzionale» sono parimenti giuridici: «per farli valere, è necessario il concorso sia della legislazione sia della giurisdizione». In uno Stato di diritto, tuttavia, il conflitto tra potere politico e giudiziario è fisiologico, essendo tenuti entrambi a osservare la legge. E la stessa Costituzione – ci ricorda il Nostro – «ha non da ora smarrito la funzione di additare direzioni evolutive da seguire». Chi ha quindi l'ultima parola in caso di contrasto? Non c'è risposta: secondo Maurizio Fioravanti, grande storico del pensiero giuridico, la transizione dallo *Stato di diritto della tradizione* allo *Stato costituzionale del presente* vede un assetto *a sovranità indecisa*. Nel primo modello v'era una gerarchia fra la Carta, la legge e – più in basso – il giudice: che quindi non "vedeva" la Carta, se non attraverso la legge attuativa. Nel secondo, il giudice si smarca e applica direttamente la Costituzione, la cui genericità fa sì che «l'opzione tra possibili scale gerarchiche risenta di condizionamenti politico-culturali che stanno a monte».

La Carta non può quindi essere sbandierata a memento inequivoco del buono e del giusto, per cui ancora Fiandaca ne illustra gli effetti sul giudice-interprete: non essendo più «servitore passivo del legislatore», costui accresce la propria discrezionalità – e il proprio potere – interpretando la legge in base a principî costituzionali che «possono essere letti in un'ottica più conservatrice o più progressista a seconda dei punti di vista».

Ecco il punto. Quand'è che l'interpretazione trasmoda in libertinaggio ermeneutico, pronto a ignorare la legge? Quando, cioè, essa regredisce a mera proposta regolativa che il giudice-decisore – trasformandosi «da interprete di una musica altrui in compositore in proprio» (sempre Fiandaca) – è libero di non accettare? Secondo il giusfilosofo Giorgio Pino, «l'interprete compie molteplici scelte, […] in larga misura di natura etico-politica».

Più o meno nascosta, la verità storica è che questo rapporto fra i due poteri, nei Paesi a democrazia matura, è sempre connotato – perdonatemi l'ossimoro – da *eccessi fisiologici*: i quali attingono vette di acuzie patologica solo in momenti isolati della storia politico-istituzionale di ogni singola realtà. Sin troppo facile, in Italia, il riferimento agli anni celebri (o famigerati, secondo punti di vista) di Mani pulite.

Eccessi in questa direzione, che minano la separazione dei poteri, si riassorbono – prosegue Fiandaca – con un «riorientamento culturale della magistratura volto a contenere la libertà ermeneutica»: ma solo se muterà pure «il modo di operare del potere politico e l'interazione tra quest'ultimo e il potere giudiziario».

3. C'è un aspetto ulteriore in questa lunghissima contesa fra potere politico e giurisdizionale.

Come tutti sappiamo, l'ingresso nell'Unione europea, il cui diritto prevale su quello degli Stati membri, pone ulteriormente in crisi la separazione dei poteri: i giudici interni possono infatti ignorare ("disapplicare", nel nostro giuridichese orribile) la legge statale se la ritengono in contrasto con l'ordinamento UE. Questa, però, è una valutazione non priva di discrezionalità, e quindi esposta a insidiosi soggettivismi interpretativi da parte dei togati.

Recenti risposte al problema hanno padri certamente nobili, ma destano preoccupazione: si vorrebbe concepire la sovranità come spettante non solo al popolo (e quindi agli organi democraticamente eletti), ma anche – quantomeno per la tutela dei diritti fondamentali – alla magistratura. La quale in questo modo si vedrebbe riconosciuto un ruolo di *contropotere sovrano*, volto a proteggere i principî costituzionali da azioni in maggiore o minore misura violative che fossero commesse – *á la* Schmitt – dai mutevoli detentori del potere politico.

È, come ho detto, un disegno già noto alla nostra cultura istituzionale. Sentiamone direttamente le voci, anche critiche. Nel suo *Repertorio di fine secolo* Stefano Rodotà sosteneva che «l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo»; ma subito precisava, così moderando la portata dell'affermazione: «questo non significa che la magistratura diventa tramite (o addirittura protagonista) di esplicite politiche "di minoranza", così violando le regole di base di un sistema rappresentativo. La sua funzione è diversa: quella di dare attuazione piena a diritti riconosciuti, di offrire legittimazione, e quindi tutela, a interessi nuovi nel quadro di valori fondamentali già definiti [...]. In questo senso si può dire che il sistema giudiziario si realizza come "sede di rappresentanza", come luogo espressivo della pluralità di posizioni che si manifestano nella società».

Ancora indietro: fine anni '60. Alcuni togati – come Raffaele Bertoni – escono dalla corrente progressista di Magistratura Democratica, proprio in dissenso rispetto al «mito della palingenesi sociale realizzata anche nei tribunali». Per chi invece rimane – ad esempio, Domenico Pulitanò – l'ordinamento giuridico ammette sue letture «eterodosse, minoritarie, anche ferocemente avversate, purché radicate in punti di vista socialmente significativi e, *in qualche misura*» ricollegabili al testo della legge, poiché «la creatività dell'interpretazione e applicazione del diritto [...] deve pur sempre essere una "creazione sociale" quanto più possibile comunitaria».

Un magistrato e giusfilosofo, Uberto Scarpelli, contestò duramente questa visione parlando di «democrazia totalitaria», che «si affida a un rapporto diretto fra il portatore del potere ed il popolo, all'intuizione che il portatore del potere abbia della volontà generale [...]. Nel nostro caso, un po' curiosamente, il portatore di potere che intuisce, oltre la legge, la volontà generale e sa di sicuro (senza indicare nessuna tecnica per controllare la sua credenza) che il consenso del popolo è con lui, non è il capopopolo cui siamo abituati a pensare in simili casi, bensì un magistrato entrato in carriera attraverso un regolare concorso e regolarmente stipendiato».

Perplesso era anche Sergio Pappalardo, l'iniziatore degli studi su questa importante corrente di sinistra, fondamentale per l'autoriflessione di categoria: «operando, in sostanza, un rifiuto del principio della separazione dei poteri a favore dell'unità della sovranità popolare [gli esponenti di Magistratura Democratica: *n.d.r.*] ponevano il giudice a rappresentanza di quella sovranità. Lo Stato non viene così più scorto come un comitato di affari della classe borghese ma, alla stessa stregua di Rousseau, come struttura comunitaria, e alla legge scritta viene anteposta, così come faceva il filosofo ginevrino, una legge "incisa nei cuori". Di tale legge e dell'*ethos* sociale che la pervade il giudice viene – ai sensi di tale concezione – autoelettivamente designato quale interprete privilegiato».

Non condivido queste letture, che mi appaiono estreme. Perché potremmo risalire ancora il corso della storia. Ci ritroveremmo in un altro Stato, in un dodicennio nero: con gli *stessi* metodi di costruzione del rapporto fra *Richtertum* e *Volk*, anche se in un quadro opposto di valori. Orribili. Fra

masse disumane col braccio levato in alto. Interpretare la giurisdizione come partecipe della sovranità può rivelare radici oscure.

4. La questione vera – la montagna che dantescamente «n'apparve, [non] bruna per la distanza» – a mio avviso consiste nel tipo di Stato di diritto che vogliamo per l'Italia e l'Occidente nel XXI secolo, visto nell'ottica della separazione dei poteri e – più in particolare – del *Judicial Lawmaking*: costruito, cioè, a partire dai limiti al potere dei giudici di creare diritto andando oltre, o addirittura contro, la legge. Siamo, inutile nasconderlo, su di un piano inclinato. In crisi è l'idea stessa di Costituzione e di legalità, entrambe stravolte da un uso troppe volte ipocrita e strumentale: ridotte al ruolo di santini, di immaginette sacre brandite per coprire disinvolture interpretative a fini politici e di potere, nobili o meno che siano.

Lo ripeto. Il quadro, almeno da questo punto di vista, è diventato ancora più incerto con l'apertura (anche) del nostro ordinamento giuridico al diritto dell'Unione europea, che prevale su quello degli Stati membri. Risultato: qualunque giudice può ignorare una legge del suo Stato se decide – in base a criteri abbastanza elastici – che essa è in contrasto con ciò che ha stabilito l'UE. Lo abbiamo visto nella emblematica vicenda del centro in Albania per l'accoglienza dei migranti, in cui – ancora una volta – non è stato per nulla chiaro chi attaccava e chi era attaccato: sarò poco perspicace, ma in quella vicenda non trovo nessun reale *naming and shaming* a danno di un giudice, né mi pare che l'esecizio indipendente delle funzioni giudiziali sia (addirittura!) «*jeopardized*» da attacchi contro singoli magistrati (chi lo scrive dovrebbe tener conto dell'etimo – tanto fascinoso, quanto denotante esizialità – di quell'antico lemma…).

La partita, insomma, in certi momenti sembrerebbe ruotare intorno alla "conquista", da parte della magistratura (intesa nell'integralità dei componenti: quindi giudici e pubblici ministeri, insieme), di una quota di sovranità o – se si preferisce – di legittimazione democratica *diretta*: che sarebbe in questo modo condivisa (*rectius*, contesa) con gli organi rappresentativi, cioè col Parlamento. Il giudiziario otterrebbe così, almeno di fatto, il riconoscimento della sua funzione di contropotere sovrano, deputato – nella costituzione materiale del nuovo millennio – a tutelare i diritti fondamentali nel caso in cui essi fossero minacciati dalla "dittatura della maggioranza". Non mi stanco di ripeterlo: il controllo giudiziario è e deve essere per definizione contro-maggioritario. Ma quando vanifica una legge, deve essere consapevole di vanificare nello stesso tempo la volontà dei rappresentanti del popolo. Di qui la necessità di un avvedutissimo *self restraint* giudiziario: è sempre praticato, in Italia? Ammetto di non avere una risposta. Sia assolutamente chiaro: la stessa domanda, con la stessa mia incertezza nel rispondere, vale anche per l'azione del potere politico. Ma se questo è vero, ne viene che è molto parziale ragionare di attacchi in senso univettoriale e non antiparallelo, come dicevo sopra.

Sul piano dell'architettura costituzionale si pone qui la questione della separazione delle carriere.

Al di là dei suoi effetti benefici di distanziamento verso lo scivoloso e oscuro sentimento di colleganza che unisce le due componenti togate, essa ha questo di positivo: scindere il *Judiciary* non significa affatto indebolire l'indipendenza dei p.m., poiché questo timore (secondo me, infondato) è semplicemente uno dei tanti pretesti vacui usati nel tempo per opporsi ai tentativi di riforma (come la «cultura della giurisdizione», entità misteriosa e mercuriale). Significa, invece, bloccare o quantomeno un nuovo e per me preoccupante modello di separazione di poteri. O, forse, verso la sua stessa fine, a vantaggio del potere che – almeno in Italia – si mostra emergente: quello giurisdizionale.

Nei circoli più o meno esoterici dei giuristi proposte del genere circolano ormai da molto tempo. Si dice, per esempio, che il buon vecchio Montesquieu avrebbe oramai fatto il suo tempo; che la separazione dei poteri sarebbe quindi un arrugginito arnese ottocentesco da smaltire al più presto; nelle attuali società, con le loro esigenze complesse e contraddittorie, la decisione proveniente dal Parlamento democraticamente eletto, cioè la legge, sarebbe solo un fastidio, un incidente di percorso che si interpone fra il popolo e il suo vero interprete: il giudice. Il quale, di conseguenza, non sarebbe più tenuto a individuare la regola per decidere un caso cercandola nel quadro delle norme esistenti, ma potrebbe invece crearla in base al suo personale sentire: chiamando poi tutto questo "legalità", o interpretazione della legge conforme alla Costituzione (sulla cui equivocità mi limito a rinviare alle

considerazioni magistrali di Massimo Luciani, un importante giurista oggi giudice costituzionale in quota a un partito di sinistra, il PD – Partito Democratico).

Dare legittimazione democratica sovrana in senso stretto al giudice è insomma un'operazione non priva di insidie, sopra tutto in realtà come quella italiana in cui la magistratura non sempre trabocca di sane «virtù passive»; non sempre pratica cioè in misura adeguata la cristianissima strada del *self restraint*: l'astensione dalle spire della tentazione, che qui assume il sembiante malioso dell'attivismo marcatamente interventista anche nei *media* e nelle istituzioni estranee al mondo della giustizia.

Desidero riferire un caso di significativo. Parlando in un convegno di giudici contabili Alfredo Mantovano, un importante uomo delle istituzioni (Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio nel Governo di centrodestra della premier Giorgia Meloni) ha fatto alcune considerazioni sul rapporto fra legge e giudice nell'epoca del costituzionalismo multilivello. Le riassumo. Anzitutto, il principio di legalità – in base al quale il potere pubblico (politico o giurisdizionale che sia) deve esercitarsi nei limiti stabiliti dalla legge, quale espressione della sovranità popolare – va difeso, poiché insidiato dal principio (poco o punto provvisto di confini e cancelli, dunque ineffettivo) di "giuridicità". L'arrivo del diritto europeo – che prevale su quello interno, pur provenendo «da una fonte non direttamente rappresentativa della sovranità popolare» – ha aggravato la situazione: i giudici possono ignorare ("disapplicare", in giuridichese) la legge italiana se la ritengono in contrasto con l'ordinamento UE. Valutazione non priva di discrezionalità, e quindi esposta al rischio di incontrollabili soggettivismi magistratuali: la vicenda dei migranti provenienti da cc.dd. paesi sicuri – sostiene Mantovano – ne è un esempio. Occorre grande *self restraint* giurisdizionale, onde «recuperare il valore fondamentale del collegamento fra la norma che deve vincolare i pubblici poteri e la volontà popolare, da cui deriva la forza vincolante della norma».

Gli ha risposto Giovanni Fiandaca, anche lui garantista a tutto sesto, con un intervento sulla stampa: il quale non esclude «che così argomentando Mantovano [...] auspichi un ritorno allo stato legislativo ottocentesco (a parte, forse, qualche nostalgico vagheggiamento)».

Interrompo per un attimo Fiandaca. A me pare, invece, che l'ancoraggio alla legge – ovviamente nel contesto multilivello del XXI secolo – sia di beneficio per impedire un altro ritorno: al diritto giurisprudenziale addirittura premoderno, quando – prendo da Ferrajoli – «il diritto applicato dai giudici era formato non soltanto e neppure prevalentemente dalle leggi ma anche e soprattutto dai precedenti, dalla dottrina giuridica e da quello che veniva ritenuto il "diritto naturale"».

Gli ridò la parola: prosegue andando al cuore della questione, che è la «concezione della sovranità nel contesto di una democrazia costituzionale». Pone una domanda secca: essa «va ancora intesa come spettante esclusivamente al popolo e ai suoi organi rappresentativi?». Non pochi studiosi – la sua risposta – «tendono a reinterpretare la sovranità democratica in maniera "dualistica", cioè fondata sulla sovranità popolare e al tempo stesso sulla tutela dei diritti fondamentali da parte del potere giudiziario. Approccio che consente di ritenere più compatibili (o meno incompatibili) principio democratico e giurisdizione costituzionale, con l'attribuzione a quest'ultima della funzione (cosiddetta contromaggioritaria) di salvaguardare i principi costituzionali, tenendoli al riparo dalle fluttuazioni delle contingenti maggioranze politiche».

Credo che questo sarebbe un assetto molto problematico, dunque da evitare. Ci tornerò.

5. Tutto inizia, a bene vedere, con una «stagion lieta» leopardiana: è il tempo del «disgelo costituzionale», in cui la nostra Carta è finalmente letta come insieme di principî e regole precettivi, che il potere politico e quello giurisdizionale sono pertanto chiamati ad attuare.

Ma se le considerazioni che ho fatto sin qui sono fondate, ne deriva – con riferimento agli assetti magistratuali sia interni alla categoria – che è necessaria una netta distinzione delle funzioni e delle carriere di giudice e p.m. Gli esiti referendari del marzo scorso non devono essere la pietra tombale sulla questione.

Uso le parole di Luigi Ferrajoli, celebre magistrato fondatore della citata corrente di Magistratura Democratica, poi cattedratico autorevole: quella separazione serve per evitare che giudice e p.m. siano legati da «una ambigua solidarietà», che cioè il feticcio «cultura della giurisdizione» occulti

una deprecabile, comune «cultura dell'inquisizione». Alcuni *caveat* per entrambi. Evitino «derive creazioniste»: non abusino dell'interpretazione "secondo i valori" per ergersi contro la legge, dandole un significato che le è affatto estraneo («*völlig außerhalb*», dice Kelsen). E si liberino dall'«attivismo, il protagonismo e il narcisismo»; dalla «tentazione di sostituire la legittimazione garantista con la legittimazione impropria del consenso popolare, che mina alle radici la credibilità della giurisdizione, la sua imparzialità e la sua indipendenza»; dalla «supponenza» e dall'«arbitrio», talvolta: poiché «la figura del giudice "stella" è la negazione del modello garantista della giurisdizione».

Due – ci dice ancora Ferrajoli – sono infatti le conquiste della modernità: il positivismo e poi il costituzionalismo, che subordina la politica ai valori racchiusi nelle Carte, «ai diritti fondamentali e ai principi della pace e dell'uguaglianza». Entrambi, però, presuppongono la separazione dei poteri: pietra angolare minacciata proprio da quei disinvolti creazionismi giurisdizionali, i quali erodono la solidità stessa della Costituzione. Ne viene un «grave effetto decostituente», antigarantista nella sua autoreferenzialità corporativa; pericolosamente reazionario, aggiungo, perché causa un «ribaltamento in sopraordinazione della subordinazione dei giudici alla legge».

Solo tenendo ben ferma la separazione dei poteri lo Stato può aprirsi all'inusitata categoria dell'*Unrecht*: della legge, cioè, illegittima in quanto incostituzionale, cui il giudice non è sottoposto se non nel senso di doverla deferire alla Consulta.

Questo assetto deve essere difeso anche a costo di intraprendere un vero e proprio *Kulturkampf*, per usare un'espressione cara a Luciani. Ma si tratta di un modello tuttavia annebbiato, negli ultimi trent'anni, da eccessi – lo dico a sazietà – *speculari*. Vettori antiparalleli, non univettoriali. Attacchi reciproci, non del solo potere politico contro quello magistratuale. Si pensi – prosegue Ferrajoli – all'«indebita invasione di campo» fatta dal *pool* di Mani pulite (che ho ricordato), spalleggiato da «un'adesione incondizionata» della sinistra, «all'insegna dello strano principio del rispetto e della fiducia aprioristica nella magistratura»; seguiranno le «aggressioni ai medesimi magistrati da parte delle destre».

Occorre una «restaurazione» piena di progresso, un garantismo nuovo: le cui sfide travalicano ormai i confini nazionali. Raggiungono la dimensione planetaria, onde la necessità d'un costituzionalismo mondiale che assicuri – un giorno, forse – effettività alla pace e ai diritti umani previsti nelle Carte internazionali, aggiogando «i poteri altrimenti selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali», che ci spingono verso catastrofi ecologiche o nucleari.

6. È il terreno di gioco che va cambiato. Il *competence creep* della magistratura, cioè l'acquisizione progressiva di potere mediante erosione a proprio favore di spazi sottratti al Parlamento o al governo, può essere contenuto confidando nell'autolimitazione? E, allo stesso modo, è utile lamentarsi di quel creazionismo giurisdizionale che applica norme inesistenti facendolo in modo generico e meramente assertivo?

La questione c'è, e anzi è poco più che bimillenaria. In tutti gli ordinamenti. Dalle parti di Trump, per esempio, la Corte suprema in più occasioni ha funzionato – e molto bene! – come vera e propria opposizione giudiziaria, come contropotere giuridico. È storia risaputa, in somma.

Non è facile rimettere «ogni cosa al suo posto», come dice Massimo Luciani nel suo libro omonimo.

Qualche punto fermo possiamo però metterlo.

Anzitutto, si dovrebbe evitare quella infeconda litania piagnucolosa che accusa genericamente il potere togato di voler fare il legislatore senza avere alcuna rappresentatività democratica.

Messa così, la risposta che viene dal potere giudiziario è tanto semplice quanto corretta (e quindi vincente): le norme di legge non riusciranno mai a fornire la regola per decidere ogni singolo caso, per cui qualunque giudice, qualunque sentenza, dovrà riempire gli spazi bianchi (le "lacune") che ne derivano. Scacco matto.

La partita sta altrove. Il fenomeno del "*legislating from the bench*", del "legiferare dallo scranno", durerà quanto la civiltà umana, sia chiaro. Si tratta allora di rendere più difficili le esondazioni magistratuali (con i conseguenti attacchi al potere politico, cui corrispondono sempre quelli speculari), di ridurne al massimo la portata.

I modelli utilizzati per queste tracimazioni sono noti. Vediamone alcuni. I giudici più attivisti cercano spesso di "nascondersi" dietro masse normative poco chiare (come il diritto dell'Unione europea nel caso "albanese" dei migranti) per presentare le loro sentenze come atti di stretta applicazione della legge: come se si trattasse, cioè, di una deduzione obbligata e inevitabile, dove in realtà sarebbero state possibili altre interpretazioni, molto meno dirompenti. Oppure sfruttano il "silenzio", cioè gli spazi dell'ordinamento non coperti da regole giuridiche, per creare regole funzionali a determinati obiettivi "politici" (così parrebbe nel caso Loro Piana). O, ancora, considerano la norma di legge, se sgradita nei suoi contenuti, alla stregua di un avversario, un'entità resistente da debellare con tutti i mezzi: mediante forzature interpretative, disapplicazioni, *etc.*

Passatemi l'esempio molto *naïf*. Il creazionismo giudiziario è un po' come il colesterolo. Necessario e inevitabile. L'ecosistema istituzionale non può farne a meno.

Ma c'è quello "buono" e quello "cattivo". È quindi inutile, anzi dannoso, dolersene senza fare distinzioni: si offre al potere togato la possibilità di difenderne la versione meno tollerabile, occultandola dietro il paravento di quella indispensabile.

L'azione di contenimento e quindi di riequilibrio deve essere invece mirata, calibrandola soltanto sulla prima, quella deteriore. Più di vent'anni fa si tentò – in modo affatto grossolano – di fermare questi eccessi prevedendo per legge la responsabilità disciplinare del magistrato che interpreti le norme in modo creativo o «palesemente e inequivocabilmente contrario alla lettera e alla volontà della legge». Che malizia (se accettiamo la tesi secondo cui si sarebbe trattato del primo passo per conculcare l'indipendenza del giudice)! E comunque: che ingenuità! Una norma di tal fatta, satura di concetti giuridici indeterminati, sarebbe stata prontamente interpretata al ribasso, riducendone al massimo la portata e lo spazio applicativo. Giustamente, sottolineo.

La strada pervia è solo quella politica. Si devono sospingere le corti a essere più trasparenti, pretendendo che le sentenze pesantemente creative si fondino su di una motivazione particolarmente esaustiva: che dia piena contezza del percorso logico-giuridico seguito, con le conseguenti critiche – anche particolarmente secche e incisive (ma sempre altamente rispettose) – da parte della politica e dell'opinione pubblica.

Credo che sia questa l'idea profonda di legalità.

Parto da lontano: concediamoci qualcosa di razionalista e di lirico al tempo stesso. È come nelle giornate col cielo quasi coperto da nuvole ventose. Un po' d'azzurro. E infinite sfumature di grigî. Mutevoli.

Quelle nubi esistono, inutile fingere il contrario. Anzi, assicurano la vita: «*genitabilis aura favoni*», diceva Lucrezio, il grande epicureo.

La questione che dobbiamo affrontare – indecidibile – si mostra simile.

La purezza mistica del sereno è invocata dandole un nome tanto ampio, quanto vacuo: «legalità».

Ma a seconda delle convenienze si ama pure dimenticarla, quell'azzurrità legalistica: esisterebbe solo il gioco passeggero delle perturbazioni. Violento e arbitrario, talvolta. Sempre poco prevedibile. Fra i molti suoi appellativi scelgo *Wertjurisprudenz*, *giurisprudenza dei valori*.

«Legalità», allora. Chi se ne ammanta è in realtà un ingenuo; o un ipocrita. *Nomina nuda tenemus*: ricordate certamente la chiusa celeberrima de *Il nome della rosa*, il capolavoro di Umberto Eco. Che poi è un emistichio dal *De contemptu mundi* di Bernard de Cluny. Ma nessun nome è più nudo di quello. Più ambiguo. È soltanto un semplicissimo e insignificante stampo, ammoniva Calamandrei: vi si può fondere oro, come anche piombo. A quale metallo si riferiscono alcuni vigorosi – e mediaticamente ingombranti – suoi sostenitori? Non è dato saperlo, non è mai specificato. Dietro la «legalità», purtroppo, non c'è quasi nulla: un insieme di parole – la «legge» – uscite da grandi fabbriche autorizzate a produrle (Parlamento si chiama, da noi, la principale di queste manifatture complicate). Sono spesso prodotti di qualità scadente e con ingranaggi mancanti; se mettiamo insieme i vari rotismi, funzionano ancora peggio.

Come maneggiare questi arnesi abbastanza malriusciti? Come garantire, in somma, la «legalità»? Uscendo anzi tutto dall'ipocrisia e ammettendo che la legge, presa in sé, non è quasi mai uno strumento autosufficiente. È impossibile adoperarla in modo automatico: parole vaghe, spazi vuoti,

contraddizioni interne. Serve quindi un manovratore esperto: "l'organo dell'applicazione", lo definiscono i giusfilosofi. Che sappia colmare quelle lacune, dia un solo senso alle indeterminatezze, sciolga le contraddizioni. Un giudice, di frequente; o un amministratore pubblico. Comunque un essere umano (o un algoritmo: ma non è troppo diverso), più o meno consapevole delle sue emozioni; con i suoi valori morali, religiosi, politici. Le sue precomprensioni. Di nuovo, i suoi *Bannkreise*.

Dopo essere stato maneggiato da ognuno di questi applicatori, il prodotto-legge sarà cambiato altrettante volte rispetto a quello originale, quello uscito dalla fabbrica. Di quale «legalità» allora si potrà in realtà parlare, se non di quella che ognuno di essi – in questo o quel caso concreto – avrà soggettivamente inteso essere tale? Questo processo – chiamiamolo interpretativo – è (e sarà sempre) ineliminabile. Nulla di male, sia chiaro. Ma a una condizione. L'interprete non dovrebbe mai tentare di spacciare per «legalità» *sic et simpliciter*, oggettiva, ciò che invece è solo il frutto della sua percezione valutativa: della sua personale idea di «legalità». Non si nasconda pertanto dietro una inesistente «legalità» *tout court* con lo scopo ben dissimulato di affermare il suo mondo interiore – intessuto di fedi, credenze, desideri – mediante l'autorità oggettivante della legge. Esercizio salubre di sana educazione civica è il diffidare sempre di chi prova a farlo, magari strumentalmente catafratto della Costituzione. Credo quindi preferibile – la cosa non sembri paradossale – l'atteggiamento opposto. Del giudice che, invece di occultare (magari per un senso malinteso di trasparenza e terzietà) i valori lato o *stricto sensu* politici cui si ispira nel decidere, li riveli in modo aperto: per esempio, sui social; o – dice argutamente Luigi Lombardi Vallauri – elencandoli tutti in un foglio da affiggere, ben in vista, alla porta del suo ufficio.

È vieta militanza, questa? È tradire l'alta funzione della *iurisdictio*? Solo se si ignorano parole di legge indiscutibilmente chiare e univoche: quando siamo – avverte Natalino Irti – innanzi a «cancelli» invalicabili da qualunque interprete.

Il cielo sempre azzurro e sgombro esiste solo nelle favole. Come la «legalità», se sognata – o gabellata – in forma pura. Assoluta e assolata. I suoi tanti applicatori non possono che coprirla – è inevitabile – con le tante nuvole delle loro passioni. Però ammetterlo, riconoscerlo, è fondamentale. Se ne gioverebbero la trasparenza, la prevedibilità e la sindacabilità – giuridica e sopra tutto democratica – di ogni decisione: l'interpretazione, non dimentichiamolo, è un sottile insidioso esercizio di potere.

7. Saliamo ancora. Percorriamo un sentiero su di un crinale in alto. Il cammino richiede equilibrio per ogni passo: cadere lungo i versanti è un attimo. La teoria generale del diritto oggi è lassù, nel pericolo. Tutto fu nel dopoguerra. Devastati dai totalitarismi, gli ordinamenti europei si ricompongono intorno alla forma-funzione dello Stato costituzionale. Cambia l'idea stessa del *giuridico*: i valori racchiusi nelle Carte divengono, da morale evanescente, diritto vigente.

Un progresso civile dai costi elevati. Le disposizioni costituzionali, cariche di principî sfuggenti, distruggono il mito dello Stato fondato su norme applicabili col meccanismo sussuntivo. Allo schema oggettivante della *fattispecie*, del decidere per sillogismi, subentra – dice Herbert Hart – il fluttuare in un mare di giudizi di valore controversi: i principî sono deità rissanti. Ne vengono – continua il giurista inglese – due immagini estreme: l'incubo e il nobile sogno.

L'incubo. Le Costituzioni hanno trasformato in diritto ciò che è politica, per cui il giudice si politicizza: diviene organo imprevedibile e pericoloso di «crypto-legislation».

Il nobile sogno: «la credenza, forse la fede («the belief, perhaps the faith»), che [...] sia ancora possibile fornire una spiegazione e una giustificazione della comune aspettativa delle parti in causa che i giudici applichino ai casi che li riguardano il diritto vigente e non creino nuovo diritto per la risoluzione di tali casi, neanche quando la formulazione di specifiche disposizioni costituzionali, legislative, o dei precedenti rilevanti, sembra non essere in grado di fornire una guida precisa».

Occorre un cammino semitale, che fronteggi il *Nightmare* senza vagheggiare le sirene del *Noble Dream*.

Il metodo ermeneutico esalta – nella loro specificità irriducibile – la normatività del caso e della persona soggetta al giudizio, ma resta un dubbio che esprimo con le parole di Giuseppe Zaccaria: «in un contesto nel quale è la stessa inarrestabile globalizzazione del diritto a rendere cruciale il lavoro ricostruttivo ed interpretativo dei giudici, il recupero del valore della certezza come valore assoluto

diviene nient'altro che mera utopia»; per cui – si domanda – «il primato dell'interpretazione può avere per effetto [...] la nascita di una "comunità giudiziaria", sostanzialmente autoreferenziale e perciò capace di sottrarsi a qualsiasi direzione o controllo, se non al suo stesso interno?». Rifacendosi al Rodotà del *Repertorio di fine secolo*, la risposta negativa è recisa, pur nella sua difficilissima condivisibilità: «l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo».

Onde l'assioma. «Più che alla legge il giudice è dunque soggetto alla Costituzione», cioè – osservo – alle immagini che egli ne scorge: in ultimo, a sé stesso. Subito il contrappunto serenante dello stesso Zaccaria: «il fisiologico spazio di valutazione che la ricostruzione dei fatti porta con sé, accresciuto dall'incertezza e dalla mancata precisazione di un contenuto di disvalore tipico, si amplia ulteriormente, dischiudendo all'interprete uno spazio rilevantissimo ed indefinito, destinato ad introdurre nuove fattispecie. Sia per alcuni giudici sia per alcuni pubblici ministeri il rispetto dei termini per le indagini preliminari ed il controllo effettivo del rispetto delle leggi da parte del giudice delle indagini preliminari finiscono per diventare elementi secondari rispetto alla celebrazione di processi mediatici insensibili al principio della durata ragionevole del processo [...] Esorbitando nel suo potere, il giudice rischia di divenire così non colui che colma delle lacune, ma il giudice moralizzatore e giustiziere».

Nobilmente Zaccaria esorta in somma il decisore – pur confuso da una «gerarchia assiologica mobile» – al «negoziato con la storia».

8. Tocca ora alla danza dei valori.

La tempesta è finita. Riprendono gli studi. Come in un piccolo Comune bavarese, Ebrach. Nel dopoguerra ci va più volte Carl Schmitt, ormai bandito dall'accademia ufficiale a causa della sua compromissione nazista.

L'invito viene dall'allievo Ernst Forsthoff, che vi tiene seminari annuali privati, celebri per il livello dei partecipanti. Per l'incontro del '59 Schmitt scrive *La tirannia dei valori*. Un saggio pieno di sarcasmo dolente e di timore insopito nei confronti del giurista – cioè del giudice – il quale si erga ad «attuatore immediato» di valori senza riflettere sui rischi che ciò comporta: sopra tutto quando questo ruolo di «valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore» si traduca, appunto, nello stabilire «una gerarchia di valori nella forma di sentenze». L'attacco è alla «Legge fondamentale» della neonata Repubblica federale tedesca: un articolato colmo di principi-valori che devono essere attuati dal legislatore, dall'amministrazione pubblica e sopra tutto dalla magistratura. Le norme che li racchiudono, sebbene alte e nobili, sono per forza di cose vaghe: si generano così spazi di potere discrezionale che può trasmodare in arbitrio.

Qui devo evocare la riflessione di Pietro Perlingieri: «La razionalità è pura logica; la ragionevolezza, invece, non è soltanto logica, non è neutrale, né è strettamente consequenziale, in quanto implica una valutazione connotata in funzione di una pluralità di qualificanti interessi e valori»; ne viene che «non ogni soluzione razionale è anche ragionevole». Costruito così, il sistema non può che affidare al giudice il compito – fondamentale – di realizzare le utopie magnifiche della Costituzione.

A questo modello è connaturale il rischio di sconfinamenti, magari giustificati da un'asserita capacità del giudice di decidere in base a valori desunti arcanamente dalle correnti profonde della società. Il risultato di giustizia, cioè la sentenza, deve fondare solo sul diritto interpretato alla luce dei principî costituzionali, e non sul consenso della comunità, magari conseguito attraverso sovraesposizioni mediatiche.

Resto sul pensiero di Perlingieri, il quale sa di percorrere un cammino di crinale quando esorta sì il giurista a «cogliere soluzioni adeguate alle peculiarità del caso»: ma restando assiso «in un contesto culturale conforme alla filosofia della vita rinvenibile nelle fonti, formali e sostanziali, del diritto». Il monito è nel senso della visione equilibrata e complessiva che – partendo dalla concreta vicenda di vita – armonizzi valori, interessi, principî con le norme di diritto positivo, il cui significato non deve peraltro essere una gabbia semantica.

Ecco perché occorre prendere le distanze da una lettura della giuridicità come individuazione della regola del caso concreto nell'ambito di larghissimi criteri orientativi del decidere, desunti da

occasionali vestimenti costituzionali di connessioni – tanto pulsanti quanto insondabili – fra giudice e collettività. Ancora il Maestro, con nitore concettuale: la sentenza «non è altro che il risultato di un controllo di ragionevolezza, di congruenza, di adeguatezza della soluzione alla luce del complesso (regole-princípi) della normativa del caso concreto»; non deve quindi separare «un diritto per regole» da «un diritto per princípi», ma «garantire il rispetto della identità del sistema ordinamentale nella sua unitarietà [...] senza condizionamento alcuno dai concetti di "condivisione", di "consenso o accettabilità sociale"».

Non posso che consentire, quindi, con la sua lezione di realismo, quando ci ricorda che «la cultura espressa dall'ordinamento e quella vivente nel Paese reale possono di fatto non coincidere». Il tentativo – inevitabile – di armonizzarle vulnera la certezza del diritto: «una ragionevole utopia», la definisce. Da perseguire comunque, per evitarne altre – come quella del *Kampfjurist*, cioè del giurista combattente, o del giudice militante – che contribuirono a trascinarci negli autoritarismi più tragici.

9. Il percorso di queste mie "isole di riflessione" sta per concludersi. È tempo di raccogliere i pensieri finali.

Principio con una bella e totalmente condivisibile frase-manifesto, che prendo da un libro recentissimo di Giuliano Scarselli: «La magistratura è esattamente la sua indipendenza, nient'altro». Ne discende – prosegue – che la giurisdizione è «l'attuazione ultima [...] dei diritti soggettivi dei cittadini da parte di soggetti indipendenti e terzi, [...] con una discrezionalità limitata all'interpretazione della legge»: il giudice deve resistere alle sirene dell'"oltrenorma", prescindendo dalla nobiltà dei valori che egli intende tutelare.

Scarselli non nasconde che applicando i principî costituzionali «il giudice può interpretare anche oltre la legge»: per cui «se un tempo il rapporto tra legislazione e giurisdizione era nel senso che il legislatore fissava il precetto giuridico e la giurisdizione ne imponeva il rispetto, oggi il rapporto è che la giurisdizione ne impone il rispetto nella misura in cui lo considera congruo con dei valori generali che ella stessa determina». Cambia in somma l'equilibrio tra il legislativo e il giudiziario: il giudice acquista «un potere che non dovrebbe avere», e che ha «significato politico».

I valori interiori che sospingono il togato – sopra tutto se politicamente orientato a sinistra – nella direzione di prendere le difese del soggetto debole e sottoprotetto non sono affatto da criticare, a mio avviso: «ma tutto questo – precisa opportunamente Scarselli – deve avvenire sul piano del diritto sostanziale, non su quello processuale, e deve essere fatto dai poteri legislativi ed esecutivi, non da quello giudiziario».

Come si vede, la "questione dell'interpretazione" – se preferite: la battaglia ermeneutica, piena di attacchi reciproci – si trova soffocata fra due ipocrisie speculari.

V'è chi abusa dell'interpretazione "secondo i valori", dando alla legge un significato che le è estraneo: gabella per interpretazione letterale o costituzionalmente orientata l'esito di «derive creazioniste», sostituendo «la legittimazione garantista con la legittimazione impropria del consenso popolare, che mina alle radici la credibilità della giurisdizione, la sua imparzialità e la sua indipendenza» (così. Luigi Ferrajoli).

E c'è chi teme senza motivo il "governo dei giudici": se una sentenza ostacola il detentore di potere rappresentativo, parla strumentalmente di politicizzazione della magistratura. Che invece – lo ripeto – è e deve essere un contropotere. Di per sé.