

L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo

di Massimo Luciani

L'alternativa tra attivismo e deferenza del giudice interessa il diritto, ma non si fonda su precise categorie giuridiche. Semmai, essa rimanda all'autointerpretazione del giudice, alla posizione istituzionale ch'egli si riconosce e al tipo di rapporto ch'egli concepisce fra interpretazione e testo. In questa prospettiva, presenta criticità insormontabili la dottrina secondo la quale al giudice sarebbe consentito (e addirittura richiesto) assicurare la giustizia del caso singolo più che la corretta applicazione della legge. Resta però fermo il potere-dovere del giudice di adire la Corte costituzionale laddove tale applicazione producesse risultati illegittimi.

1. Stati d'animo, tratti caratteriali e ideologie / 2. Giudici o dispensatori di giustizia del caso singolo?

1. Stati d'animo, tratti caratteriali e ideologie

Attivismo e deferenza (del giudice), *judicial activism* e *judicial restraint*, non sono categorie giuridiche. Almeno, non lo sono più di ardimento e timidezza, di *boldness* e di *shyness*.

Ardimento e timidezza non sono senza effetti nel concreto farsi della giurisdizione: l'approccio alla re-giudicanda, all'udienza, all'escussione dei testi, alla scrittura della motivazione, non sarà mai il medesimo se il giudice è ardimentoso o timido, ma non per questo ci dedichiamo a sottili discettazioni sulla qualificazione dommatica dei due stati d'animo o tratti caratteriali, che per la scienza giuridica sono solo questo. Stati d'animo o tratti caratteriali, appunto.

Nel caso dell'attivismo e della deferenza, certo, si fa anche un passo oltre lo stato d'animo, oltre il tratto caratteriale, e si entra nel dominio dell'ideologia, ma non per questo si disegnano categorie che abbiano

una loro giuridica autonomia. Tutti i tentativi di definire con giuridica precisione l'attivismo e la deferenza del giudice sono infatti falliti e – anzi – sono logicamente destinati al fallimento.

i) Consideriamo come viene usualmente definita la deferenza.

L'idea di fondo è ch'essa sia una specifica declinazione del rapporto fra il giudice e la politica, che compare quando il primo si manifesta incapace di sottrarsi alla logica della seconda. Ma cosa significa? Non molto, in verità.

Per "politica" possiamo infatti intendere, almeno pel profilo della sua emersione istituzionale, sia l'indirizzo politico soggettivamente imputabile al Governo, sia l'indirizzo politico per come oggettivatosi in norme di legge o d'altra fonte. A quale politica ci si riferisce, allora, quando si parla di deferenza del giudice?

Il cinema, che frequentemente offre evocativi ammaestramenti anche al mondo del diritto¹, ce ne ha regalato uno assai significativo in *Amistad* (una

1. Vds., fra gli ormai numerosi scritti dedicati all'argomento, G. Rizzoni, *La democrazia al cinema. I dilemmi del costituzionalismo in sette film*, Meltemi, Milano, 2020 (II ed.) – che dedica un capitolo proprio al film *Amistad*, diretto da Steven Spielberg, del quale dirò più avanti.

pellicola, al contrario di quanto si crede, centrata meno sul razzismo che sul diritto e i suoi riti), che molto ci aiuta a comprendere la questione.

Il giovane giudice Jeremy Coglein viene scelto dal Presidente Martin Van Buren per giudicare lo spinoso caso degli africani della goletta “Amistad” (caso che, come è noto, giungerà sino alla Corte suprema, la quale, con una motivazione scritta da Story, darà torto all’Esecutivo)², sostituendo il magistrato precedentemente assegnato al caso. La ragione della scelta è semplice: il Governo degli Stati Uniti, per mantenere buoni rapporti diplomatici con la Spagna, vuole che sia negato ad alcuni africani lo *status* di uomini (nati) liberi e pensa di poter condizionare un giudice giovane (e ambizioso, suggerisce il film), qual è il prescelto. Il film, a questo punto, immagina che Coglein, nella finzione un cattolico di origini irlandesi, il giorno prima del verdetto vada in chiesa e reciti un appassionato *Confiteor*, così suggerendo agli spettatori ch’egli si stia preventivamente mondando del peccato che commetterà seguendo per interesse personale le indicazioni dell’Esecutivo. In una scena di rara intensità, invece, il giovane magistrato, sorprendendo tutti, ordina la liberazione degli africani ingiustamente considerati schiavi, dispone ch’essi siano riaccompagnati in Sierra Leone, rigetta le pretese del Governo federale, del Governo spagnolo e dei guardiamarina che avevano intercettato la goletta su cui si trovavano gli africani quando avevano toccato il suolo americano, ordina addirittura l’arresto (gridando, per sovrastare il tumulto dell’aula, «by federal marshals, on the charge of slave-trading») dei negrieri che la comandavano.

Cosa ha dimostrato, decidendo come ha deciso, il giovane magistrato (nella realtà si trattava di Andrew T. Judson e le cose non erano andate esattamente come immagina il film³)? È stato deferente o no, nei confronti della politica? La risposta, se si parte dalle premesse usuali, è impossibile. Certo, con coraggio e integrità morale, egli ha fatto valere appieno la propria indipendenza, ribellandosi alle lusinghe di un

Esecutivo che molto poteva condizionare la sua carriera: non è stato deferente, pertanto, nei confronti della politica intesa nel primo senso. D’altro canto, egli è stato pienamente rispettoso della politica oggettivata in norme, sia costituzionali che legislative (e internazionali): chiunque legga con lo sguardo rivolto appunto alle norme gli atti (assai corposi, invero) del successivo giudizio davanti alla Corte suprema non può non convincersi dell’esattezza già della decisione della Corte inferiore sullo *status* degli africani e sulle relative conseguenze, sicché il bravo Coglein è stato deferente (se intendiamo per “politica” quella oggettivata in norme). Come si vede, non se ne esce.

La deferenza, tuttavia, può essere intesa in un senso parzialmente diverso, cioè come una specifica declinazione del rapporto fra il giudice e il testo della norma⁴, come una manifestazione del rispetto che il primo presta al secondo. Anche qui, però, non si cava un ragno dal buco, perché quel che si fa quando si parla di deferenza in questa prospettiva non è altro che riproporre, con altre parole e da altra angolatura, le tradizionali alternative della teoria dell’interpretazione giuridica, senza aggiunger loro nulla di nuovo.

Stavolta è il teatro a offrirci delle indicazioni istruttive.

Porzia, nel *Mercante di Venezia*, sembra a prima vista il paradigma del giudice deferente nei confronti del testo normativo, ma non è così⁵. La deferenza che ostentatamente mostra è nei confronti delle norme *del* contratto, ma non nei confronti delle (preliminari) norme *sul* contratto, in particolare sulla sua interpretazione. Quelle norme sono salde e risalenti nella tradizione giuridica occidentale (non v’è certo bisogno di evocare il vigente art. 1362 cc, che Shakespeare non poteva ovviamente conoscere) e vogliono la valorizzazione della volontà delle parti, una volontà che Porzia intenzionalmente ignora, trascura, annichilisce. Porzia, l’astuta Porzia, è *stata* dunque e allo stesso tempo *non è stata* deferente. Non è un caso che possa essere trattata, ancora oggi, da paladina della giustizia sostanziale⁶ oppure (assai più

2. 40 U.S. 518; 10 L. Ed. 826.

3. In particolare quanto alla sostituzione da parte del Governo e alla parte della decisione di cui si parla nel testo, relativa all’arresto (in effetti non disposto) degli spagnoli Ruiz e Montes: cfr. W.A. Owens, *Black Mutiny. The Revolt of the Schooner Amistad*, Black Classic Press, Baltimora, 1997 (1953), pp. 237 ss. Le pressioni esercitate dall’Esecutivo, invece, sembra siano state reali.

4. Do per scontato, ma non ne saranno sorpresi i pochi che sanno come la penso, che la norma “esista” prima che il giudice, miracolosamente, la “crei”. Sul punto, si consentirà il rinvio al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.

5. Considerazioni sulla figura di Porzia più ampie di quelle accennate nel testo sono nel mio *Intervento* (alla presentazione di M. Cartabia e L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Il Mulino, Bologna, 2018), in *Riv. it. sc. giur.*, n. 9/2018, pp. 255 ss. Vds. anche, a dimostrazione dell’esistenza di due letture antitetiche di quella figura che sono date anche dai giuristi, L. Pepino e N. Rossi, *Il potere e la ribelle. Creonte o Antigone? Un dialogo*, EGA, Torino, 2019. Inutile sottolineare che la posizione critica di Rossi mi appare di gran lunga la più corretta.

6. M. Cartabia, *A due voci*, in M. Cartabia e L. Violante, *Giustizia e mito*, op. cit., p. 130.

convincentemente) come «an impostor» e «a hypocrite»⁷. Anche qui non se ne esce.

ii) Le cose non cambiano se passiamo all'attivismo. Come e più che nel caso della deferenza, del *restraint*, non solo è vero che «“judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways»⁸, ma anche che non c'è verso di sceglierne una condivisibile e corretta (io stesso ne assumerò fra poco una, ma consapevole dei suoi limiti intrinseci), perché pure qui è la stessa espressione da definire che è strutturalmente ambigua e giuridicamente inconsistente. La sua stessa storia lo dimostra ampiamente e non è nemmeno il caso di chiedersi quando essa sia comparsa (l'opinione più accreditata è che la sua diffusione si debba a un articolo di Arthur Schlesinger del 1947 sull'ideologia dei giudici della Corte suprema, allora presieduta da Vinson)⁹, perché quel che conta è che tanto la letteratura statunitense quanto quella – ancillare – europea o di altri Paesi è da decenni ricca di prove dell'impossibilità di darne una definizione giuridicamente accettabile.

Due idee, comunque, spiccano fra le altre (alcune delle quali sono a dir poco singolari: si pensi alla tesi che qualifica attiviste le corti che dichiarano frequentemente incostituzionali le leggi e deferenti quelle che lo fanno raramente, il che significa postulare irragionevolmente che simili statistiche abbiano un senso a prescindere dal contesto e dai contenuti delle leggi scrutinate).

La prima idea è che l'attivismo giudiziale si caratterizzi per l'impegno a realizzare alcuni obiettivi di progresso sociale, essenzialmente nel dominio dei diritti costituzionali. L'attivismo, pertanto, sarebbe il portato di un'ideologia “di sinistra”, mentre la deferenza sarebbe “di destra”. L'inconsistenza di questa opinione è evidente.

Anzitutto, è addirittura banale notare che non c'è nulla “di sinistra” nel confidare nel giudice anziché nelle istituzioni rappresentative (o in quelle partecipative, come il *referendum*) al fine di raggiungere obiettivi di progresso sociale. La magistratura (professionale) è un'istituzione aristocratica e non è affatto “di sinistra” servirsene come surrogato dell'azione politica o della lotta sociale pel solo fatto che

si è incapaci di condurle e di esercitare egemonia. Non solo. Come ha finemente colto Luigi Cavallaro¹⁰, è storicamente dimostrato che dottrine come quella dell'“uso alternativo del diritto” hanno prodotto l'esatto contrario di quel che intendevano ottenere, pacificamente accompagnando la logica profonda della ristrutturazione capitalistica che andava delineandosi già alla metà degli anni settanta (una ristrutturazione che oggettivamente voleva il depotenziamento della decisione politica dei parlamenti e il riflusso del soddisfacimento dei diritti nell'alveo di plurime e “dialoganti” giurisdizioni).

Inoltre, l'attivismo (facciamo conto che lo si possa minimalmente, per quanto insoddisfacentemente, definire almeno come un atteggiamento di uso disinvolto dei canoni ermeneutici al fine di raggiungere obiettivi pratici cari al giudice) non ha un colore predefinito. Infatti, quale che sia la nozione di attivismo in cui ci si riconosce, che ci sia un attivismo “di destra” è palese e viene dimostrato ogni giorno in tutte le esperienze giuridiche. Cito, per semplicità, un solo caso, cioè la sentenza della Corte suprema nel caso *Bush vs. Gore*, universalmente ritenuta un esempio paradigmatico di attivismo conservatore, e comunque non certo ascrivibile al filone delle pronunce pensose del progresso sociale. In realtà, «every form of judicial action bears some social consequences, if only for the parties involved»¹¹, il che significa che si può essere benissimo attivisti progressisti e attivisti conservatori, senza che l'una o l'altra cosa determini una qualsivoglia contraddizione.

Certo, è palese che per molti c'è un attivismo “buono” e un attivismo “cattivo”. Anzi, è palese che la qualificazione è “a singhiozzo”, nel senso che per i progressisti l'attivismo è buono se è progressista ed è cattivo se è conservatore, mentre per i conservatori è buono se è conservatore ed è cattivo se è progressista. Tutto questo, però, dipende dall'ideologia, non da un ragionamento che sia pur minimamente giuridico. Per quanto mi riguarda, ho in mente una ben diversa concezione del giurista, cioè – come non mi stanco di ricordare – quella luminosamente incarnata da un Maestro come Lodovico Mortara, il quale, dopo aver riconosciuto in una sentenza della Corte d'appello di

7. La cronaca del *New York Times* del 27 luglio 2016 riferisce in questo modo il contenuto della “sentenza” pronunciata da un collegio presieduto da Ruth Bader Ginsburg su un “appello” (parzialmente accolto) di Shylock, in un giudizio tenutosi prima a Venezia nel 2016 e poi a Washington nel 2017.

8. K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 92, n. 5/2004, p. 1443.

9. In questo senso, fra gli altri, K.D. Kmiec, *The Origin*, op. ult. cit., p. 1446.

10. L. Cavallaro, *Giurisprudenza. Politiche del desiderio ed economia del godimento nell'Italia contemporanea*, Quodlibet, Macerata, 2015, p. 119.

11. T. Henderson, *Social Change, Judicial Activism, and the Public Interest Lawyer*, in *Wash. Univ. Jour. of Law & Policy*, vol. 12, 2003, p. 39.

Ancona da lui presieduta (poi ovviamente cassata), all'alba del Novecento, il diritto di voto politico alle donne, all'incredulo giornalista del *Giornale d'Italia* che l'intervistava, chiedendogli cosa gli fosse mai passato per la mente, confessò d'essere sulla questione (così il felice titolo dell'intervista) «personalmente contrario», ma «giuridicamente favorevole»: lo Statuto parlava di «regnicoli» e il testo doveva essere rispettato, perché «regnicoli» non potevano che essere tanto gli uomini quanto le donne, per quanto la politica non fosse pane per i loro denti¹². Reclamo, pertanto, il diritto (anzi, il dovere) di dire che (a mio avviso, s'intende!) sentenze come *Bush vs. Gore* e *Obergefell vs. Hodges* sono entrambe, puramente e semplicemente, sbagliate perché disattendono sia la legge che la Costituzione, per quanto l'una sia attivista conservatrice e l'altra attivista progressista: il giurista che non usa un linguaggio di verità (non mi si dica che non si sa cosa quest'espressione filosoficamente significhi, perché è sin troppo chiaro almeno quale sia il suo *meaning* per il *common sense*), a me sembra, non assolve alla funzione sociale che gli è confidata.

L'altra idea principale dell'attivismo è quella che lo collega alla norma in modo speculare rispetto alla deferenza, sì che sarebbe attivista il giudice che si discosta dal testo e deferente quello che vi si attiene. Qui, però, basta rovesciare le osservazioni già fatte a proposito della dottrina sulla deferenza e non c'è nulla da aggiungere.

Insomma: attivismo e deferenza sono categorie sociologiche e segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche.

2. Giudici o dispensatori di giustizia del caso singolo?

Se le cose stanno così, insomma, dobbiamo tornare alla questione delle questioni, cioè a quella dell'autointerpretazione del giudice – mi riferisco al giudice solo per semplicità, perché il discorso riguarda appieno (*mutatis mutandis*) anche la magistratura requirente –, autointerpretazione che dipende dalla sua concezione della divisione dei poteri e dalla teoria dell'interpretazione giuridica in cui si riconosce.

Ora, escludo che in questa sede si possa anche solo sfiorare un tema di questa portata. Mi limito a un'osservazione di vita vissuta.

Conosco molti magistrati, tutti parimenti stimabili per qualità morali e intellettuali, che manifestano

(e confessano) di concepire e praticare atteggiamenti esattamente opposti nell'opera di amministrazione della giurisdizione. Il nodo è la giustizia sostanziale o del caso singolo: si deve fare di tutto (anche a costo di forzare o addirittura violentare le fonti da applicare) per dare al caso la soluzione più «giusta»? Oppure si deve restare un passo indietro, perché non spetta al giudice rendere *Giustizia*, ma solo esercitare la *giurisdizione*?

Confesso che, sebbene la prima tesi sia enunciata, ripeto, da magistrati rispettabilissimi (lasciamo perdere la dottrina, che può sostenere ciò che vuole visto che non ha il compito e la responsabilità di mettere in atto le proprie costruzioni intellettuali), non riesco proprio a comprendere come si faccia a dividerla.

Mi si consentano alcuni interrogativi, in apparenza impertinenti, ma in realtà semplicemente e sinceramente preoccupati. Chi dà al giudice la sicurezza di conoscere la soluzione «giusta», al di là di quella «legale», nel politeismo dei valori in cui siamo immersi? Cosa l'autorizza a pensare d'essere in grado da solo d'intendere le correnti profonde della società, per poi trarne ispirazione per decidere il caso singolo, quando quelle correnti restano spesso nascoste anche alla più raffinata e collettiva indagine scientifica? Quale fondamento, in ordinamenti come il nostro, avrebbe il reclutamento del giudice professionale una volta che questi si senta autorizzato ad agire da filosofo morale? Che certezza si può mai avere che i *propri* convincimenti morali siano quelli «buoni» o che anche semplicemente coincidano con quelli del corpo sociale? Per quale ragione non si trae insegnamento dalla paradigmatica esperienza della dottrina dell'interpretazione affermatasi nel nazionalsocialismo (che andrebbe studiata sui banchi d'università per vaccinare contro imprudenti scivolamenti «sostanzialistici»), tutta volta ad affermare il primato della giustizia del caso singolo?

La realtà è che tutte queste sono domande retoriche e che tutte reclamano risposte nettamente critiche. Nello Stato costituzionale di diritto, tuttavia, rifiutarsi di rendere giustizia nel caso singolo non è un problema, perché se il giudice ritiene che la regolazione legale del caso singolo sia ingiusta a causa della violazione di principi morali ha dalla sua uno strumento assai efficace: verificare se quei principi morali siano stati positivizzati (cioè, in senso proprio, se si siano fatti *diritto positivo*) in Costituzione e procedere, in caso affermativo, a promuovere un incidente di costituzionalità (in caso negativo, dovrebbe essere inutile dirlo, nell'esercizio della giurisdizione non si

12. Per la ricostruzione della vicenda, vds. N. Sbrana (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

può tenerne conto, pena l'intollerabile soggettivismo della decisione). Non ha, invece, lo strumento della distorsione del precetto normativo attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione che giunga a essere incurante del testo, così "dissimulando"¹³ la disapplicazione della legge cui il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., dovrebbe essere assoggettato. Nessuna forzatura, nessuna violenza ha ragione d'esser fatta: è l'ordinamento che incrocia legalità e legittimità e ne consente la riconciliazione attraverso il controllo di costituzionalità.

Il problema, allora, si sposta sulla giurisdizione costituzionale, perché è a lei che spetta dare le risposte, non essendole consentito – invece – porre le domande¹⁴. E qui l'impermeabilità nei confronti del suggestivo richiamo allo spirito dei tempi, agli equilibri della società civile, alle esigenze di legittimazione dal basso, dovrebbe essere assoluta. In questa prospettiva mi permetto di ribadire quanto già osservato in altra occasione, cioè che alcune tendenze recenti della nostra Corte, che parrebbe aver diffusamente recepito

la retorica dell'apertura alla società civile, sollecitano interrogativi sui loro possibili sviluppi, inducendo ad auspicare che la pratica mostri una prudenza maggiore delle dichiarazioni di principio. Ma sono cose che, appunto, ho già detto in commento alla recente riforma delle «Norme integrative» e che non è il caso di ripetere qui¹⁵.

Ripeto, invece, la citazione, già fatta altrove, di un decisivo passo di Rudolf von Jhering, tratto dalle pagine di *Der Kampf um's Recht* ch'egli dedicò proprio alla figura di quella Porzia che è l'eroina dei teorici della giustizia del caso singolo. L'astuzia della (falsa) giudice Porzia era servita, certo, a salvare Antonio, ma a che prezzo? Al prezzo altissimo della distruzione delle leggi di Venezia: «*Sein Recht [il diritto di Shylock] und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber*»¹⁶. Il diritto di Shylock e il diritto di Venezia sono una cosa sola. Distruggere il primo, per quanto a fin di bene, significa distruggere il secondo. Non è un prezzo che lo Stato costituzionale di diritto si possa permettere di pagare.

13. Lo nota, con opportuna durezza, L. Cavallaro, *Giurisprudenza*, op. cit., p. 125.

14. Salva l'ipotesi, statisticamente marginale, dell'autopromovimento della questione di costituzionalità. La formulazione da parte della Corte di domande al legislatore (con le sentenze monito o con la formula della doppia pronuncia utilizzata, da ultimo, nel caso del fine vita), ovviamente, è possibile, ma riguarda un ordine di rapporti ben diverso da quello di cui si dice nel testo.

15. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 402 ss. Già prima, nel corso di un seminario organizzato dalla stessa Corte costituzionale, avevo criticato le ipotesi dottrinali che sollecitavano il passo che poi sarebbe stato (imprudentemente, ritengo) compiuto con l'approvazione delle nuove «Norme integrative» – cfr. M. Luciani, *Intervento*, in Aa.Vv., *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali* (atti del seminario, Roma, 18 dicembre 2018), Giuffrè, Milano, 2020, pp. 133 ss..

16. R. v. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, G.J. Manz'schen Buchhandlung, Vienna, 1872, p. 64 (c.vo nell'orig.).