

Intervento alla Tavola rotonda

Roberto Bin

La crisi della legalità è da tempo sotto gli occhi di tutti. Un fenomeno che solo di recente ha invaso il tradizionale *sancta sanctorum* della legalità, il diritto penale, ma da tempo preoccupa tutti coloro che hanno a che fare con il sistema giuridico. Le cause e gli effetti sono stati acutamente esaminati in questo convegno, per cui quello che posso aggiungere è poco: mi concentrerò solo su alcuni profili che mi sembrano meritevoli di attenzione.

1. Il primo riguarda, si potrebbe dire seguendo lo schema del Convegno, il “formante legislativo”. C’è un problema, direi tipicamente italiano, su cui si pone troppo raramente l’attenzione: è il modo insopportabilmente sciatto con cui si scrivono le leggi.

Non voglio riferirmi alle imperfezioni delle tecniche di redazione degli atti, il c.d. *drafting*, che è un tema elegante che ha attratto anche troppa attenzione in passato. C’è qualcosa di molto più allarmante. A causa delle perversioni del procedimento legislativo; per l’abuso della decretazione d’urgenza e della legislazione dell'emergenza; in conseguenza del *pactum sceleris* per cui gli ottimi funzionari parlamentari “rispettano” le decisioni del corpo politico e il corpo politico riconosce le competenze tecniche dei funzionari purché essi non pretendano di immischiarsi nei testi che vengono licenziati dalle Camere; per il ruolo abusivo che i supposti “tecnici” hanno assunto negli uffici legislativi dei ministeri; e forse anche per altre ragioni ancora più gravi, è venuto a smarrirsi quello che è uno dei presupposti dello Stato di diritto: la conoscibilità del precetto legislativo.

Da qualche anno collaboro con un organismo dell’ONU che svolge indagini sullo stato della *rule of law* nel mondo: al solito si tratta di compilare pagine su pagine di questionari. Tutto sembra semplice e confortante all’inizio: da noi i giudici non sono minacciati e ricattati dal potere politico, nelle questure non si applica sistematicamente la tortura, gli avvocati non sono uccisi per strada se difendono i dissidenti politici. Ma poi arrivano alcune domande imbarazzanti: nel tuo Paese le leggi sono pubblicate, chiare e conoscibili, c’è certezza dei precetti e delle sanzioni, l’affidamento dei cittadini è assicurato dalla comprensibilità dei doveri e dalla stabilità dei diritti? Possiamo rispondere che le nostre leggi sono chiare, certe, stabili

e conoscibili? Quante volte ci capita di doverci rivolgere agli apparati burocratici per venire a capo di veri e propri *rebus* normativi, per capire, per esempio, quale sia il nostro *status* previdenziale o quali tributi dobbiamo versare? Devo confessare che da anni non riesco a capire cosa contengano le leggi finanziarie o i "decreti omnibus"; da parecchio tempo mi sfugge il significato normativo di buona parte delle leggi e decreti-legge pubblicati in G.U., perdendomi nel sistema dei riferimenti incrociati, delle aggiunte o cancellazioni di singole parole, nel gioco ad incastro dei rinvii, nei termini "tecnici" e nei neologismi burocratici, nei rimandi ai regolamenti attuativi, agli "atti ministeriali senza valore regolamentare" o ai criteri definiti da qualche corpo tecnico che "legifera" fuori da ogni limite di competenza e da ogni responsabilità politica (posso citare il Garante della *privacy*?).

La conseguenza è che mi devo rivolgere agli uffici, i cui titolari a loro volta alzano il telefono e chiamano un collega del ministero. E così, per telefono o in qualche riunione "orizzontale" tra funzionari "che ne sanno", viene a chiarirsi quale sia la norma d'applicare. Siamo ritornati al responso del Principe, un Principe anonimo, burocratico, irresponsabile: cioè esattamente ciò contro cui lo Stato di diritto ha voluto opporsi sin dall'origine, perché è la negazione della legalità, della legittimazione del potere legislativo, della responsabilità politica, di ogni presupposto della *rechtsstaatlichkeit*.

Dietro a tutto ciò c'è qualcosa di più della semplice sciatteria. C'è il disprezzo per il Parlamento e le sue "lungaggini"; l'idea che la legge sia uno strumento da evitare, se possibile, o da usare sottobanco, da scrivere con linguaggio criptato, in modo da sottrarla al controllo dei politici e dell'opinione pubblica; la preferenza per cose fatte in via amministrativa e "tecnica", non attraverso il pubblico dibattito; e la convinzione che le cose devono essere governate dal centro, che nulla deve muoversi se non è diretto dai ministeri e dai loro uffici. Il centralismo, la burocrazia, il corporativismo dei tecnici portano al governo di Nobody, come denunciava anni fa Hannah Arendt, il più tirannico di tutti. Il trionfo dell'anticamera del potere – così la chiamava Carl Schmitt - a cui il potere politico cede il passo, adeguandosi alla logica dell'emergenza, della gestione in deroga, del decreto-legge omnibus, della finanziaria "in articolo unico", del maxi-emendamento che salta l'iter parlamentare, schiaccia il dibattito parlamentare sotto il peso della questione di fiducia, precipita sull'ordinamento – su tutti noi – con disposizioni illeggibili, scoordinate, prive di rubrica, i cui effetti – e non parlo degli effetti sociali o economici, ma quelli strettamente giuridici, quelli che operano attraverso l'abrogazione e la deroga –

richiedono lunghe e cabalistiche operazioni interpretative. Qualcuno mi può spiegare per quale esigenza tecnica, per esempio, il decreto legislativo 235/2012, il decreto attuativo della "legge Severino", per individuare i delitti per cui si commina l'eccezionale sanzione dell'ineleggibilità, rinvia all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale che, nel definire le funzioni attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, rinvia ad una serie di articoli del codice penale? Immagino che *tecnicamente* il rinvio sia preciso, ma le leggi – leggi di questa straordinaria importanza politica, sono scritte per i "tecnici"? E se in seguito una delle norme richiamate viene modificata, che si dirà della norma richiamante di secondo grado, che si tratta di un rinvio formale o materiale? Lo dovremo chiedere ai "tecnici" o si dovrà intervenire con una legge di interpretazione autentica? In materia penale, sempre che si tratti davvero di una sanzione penale? Nel vivo dello scontro politico? Dovremmo sentirci dare la risposta dopo un paio di anni dalla Corte EDU?

Anche noi, il "formante dottrinale", portiamo quota di responsabilità di questo processo degenerativo. Non siamo abbastanza netti nell'opporci, nel denunciare i risultati di questa deriva, nell'evidenziarne le cause e suggerire i rimedi. Perché i rimedi ci sono, e sono gli stessi che all'origine dello Stato di diritto hanno portato alla codificazione del diritto. Non voglio ritornare sul tema della codificazione penale (per quanto consentitemi di dire che è vergognoso che la legge che incarna la tutela dei valori essenziali della comunità, quelli che legittimano l'*extrema ratio* della sanzione penale, siano ancora gli stessi del fascistissimo codice Rocco). C'è qualcosa di molto più semplice e privo di complicazioni filosofiche. Si tratta del modo con cui le leggi vengono pubblicate ed entrano in vigore. Basterebbe una semplice legge, che sostituisse la vecchia legge 839/1984 che regola la pubblicazione degli atti normativi: basterebbe che essa dicesse che gli atti entrano in vigore solo a seguito dell'inserimento del loro testo nel "codice delle leggi italiane". Spetterebbe al "codice" risolvere tutti i problemi di richiami tra atti, modifiche, integrazioni, abrogazioni. Troppo complicato? Certo, ma la complicazione devono risolverla gli apparati dello Stato, non essendo tollerabile che essi la trasferiscano sui cittadini. Che ci fanno le schiere di "tecnici" (tra cui un numero spropositato di magistrati, retribuiti come tali) "imboscati" nei ministeri?

2. Il secondo punto su cui vorrei intervenire riguarda invece la questione della "tutela multilivello" dei diritti. Su ciò vorrei aggiungere al dibattito due osservazioni

che forse suoneranno ad alcuni un po' conservatrici, se non reazionarie, ma che toccano aspetti assai equivoci del tema.

La prima riguarda la teoria del *maximum standard* o della “tutela più intensa” dei diritti. Siamo tutti abbondantemente usi a trattare la tematica dei diritti alla luce della teoria e della giurisprudenza sul bilanciamento (tra interessi, diritti, principi, valori ecc.). Ma quello che sembra sfuggire a molti è la semplicissima conseguenza della metafora del bilanciamento: che i diritti sono a somma zero; esattamente come i piatti della bilancia, se uno sale l'altro scende

Se questa che a me sembra un'ovvietà risulta alquanto indigesta ai miei colleghi costituzionalisti – che pure vedono ogni giorno diritti “fondamentali” bilanciati (ossia limitati) da ragioni di bilancio, per non citare altri terreni tipici di scontro tra interessi in materie “difficili” come l'aborto, la libertà di espressione, il diritto di proprietà – capisco che possa sembrare ostica a chi si occupa di diritto penale. Ma ciò solo perché siamo incrostati di detriti ideologici che il liberalismo ha depositato. Il diritto penale nasce come prima difesa storica dei diritti, la protezione delle persone e dei loro beni dalla violenza privata e dal sopruso dell'uomo sull'uomo. Lo Stato – il sovrano di Hobbes – è chiamato a garantire i diritti minacciati dal *lupus*: è proprio da questo che nasce la teoria (ma più che una teoria era un grido di battaglia) del *Rechtsstaat*. Secoli di cultura liberale hanno offuscato le origini e portato a concepire la tutela dei diritti esclusivamente come rivendicazione contro lo Stato. In questa prospettiva opera la Corte EDU e in essa trova collocazione la teoria del *maximum standard*. E dei diritti della vittima, nonché degli interessi della collettività chi se ne occupa? Chi bada a inserirli sull'altro piatto della bilancia?

La risposta è obbligata: questo è il compito del legislatore. Alla legge spetta il potere di fissare i punti di bilanciamento tra gli interessi in gioco: non alla Corte costituzionale né ai giudici. La Corte costituzionale controlla che il bilanciamento tracciato dalla legge non sia irragionevole, non violi i dettami della proporzionalità ecc. Ai giudici è sempre delegato il compito del bilanciamento in concreto, valutare gli elementi che la stessa legge indica quando parla di pericolo, gravità del danno, proporzionalità della sanzione ecc. (la Corte costituzionale ha sempre censurato le leggi che impediscano al giudice di adempiere a questo fondamentale compito). La Corte Edu e la Corte di giustizia come entrano in questo quadro?

Questo è il secondo punto: i giudici sono funzionari dello Stato e devono applicare le leggi dello Stato, come prescrive l'art. 101.2 Cost. La Costituzione e le

leggi dello Stato dicono al giudice se e in che misura devono “tener conto” delle norme di altri ordinamenti, a cui lo Stato aderisce in forza di trattati di cui la legge ha ordinato l’esecuzione, trattati che indicano gli organi deputati a emanare le norme e le procedure relative.

Il principio di attribuzione delimita i poteri di quegli organi: esso è contenuto in una fonte subcostituzionale "autorizzata" dall'art. 11 Cost., e potrà operare ovviamente solo nell'ambito e nei limiti dell'ordinamento costituzionale. Vale il classico brocardo di Ulpiano: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Il legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell'art. 11 Cost., non può attribuire alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente e ciò vale per tutto ciò che è "vincolato" dalla Costituzione. A sua volta l'art. 117.1 Cost. ha introdotto un obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare gli obblighi derivanti dalle norme dell'UE e tanto basta ad accreditare un preciso obbligo degli interpreti a interpretare il diritto interno in conformità con il diritto europeo, purché ciò non comporti violazione della costituzione, perché altrimenti l'unica soluzione è impugnare la legge davanti alla Corte costituzionale. La dottrina dei controlimiti indica esattamente questo: la "cessione di sovranità" opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*.

Non è una questione puramente teorica. Corte EDU, Corte di giustizia e Corte costituzionale sono custodi ciascuna del proprio ordinamento, e questi sono ordinamenti separati, ognuno fornito della sua specifica “carta” dei diritti, di specifici principi e specifici criteri di priorità. Fa bene la Corte costituzionale ad opporsi agli “sconfinamenti” della Corte Edu, quando questa pretende di fissare il punto di bilanciamento tra gli interessi ragionando sullo specifico della carta che applica e pretendendo di imporlo anche agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Questi sono legati alla propria carta costituzionale e ad essa devono essere fedeli.

Le “carte dei diritti” non sono affatto equivalenti. Quella dell’Unione europea è ancora intrisa di mercato e assai poco attenta ai diritti fondamentali: i quali entrano in considerazione come parametro di valutazione della legislazione interna

agli Stati, come giustificazione delle eventuali compressioni delle “quattro libertà”, ma nulla più. La CEDU è il frutto della guerra fredda e intende fissare un argine al rischio di rigurgiti totalitari e al pericolo comunista ribadendo la sacralità delle libertà e dei diritti liberali. La Costituzione italiana è tutt'altra cosa, è stata la geniale invenzione che ha consentito di deporre le armi di una guerra civile che non si era mai spenta in Europa dalla Rivoluzione francese in poi: in essa i diritti sociali non cedono di fronte ai diritti “liberali”. Questo spiega perché la nostra Corte abbia sviluppato, quantomeno dalle c.d. sentenze gemelle (348 e 349/2007), una giurisprudenza ostile nei confronti delle tentazioni della Cedu di pronunciare *ultra vires*. La dottrina e la giurisprudenza dovrebbero comprendere che così la Corte difende la nostra costituzione e la nostra storia: non per una deprecabile forma di nazionalismo o di provincialismo, ma perché è così che si difendono le conquiste dello Stato democratico e sociale, ormai stretto d'assedio dall'economia di mercato. Il *maximum standard* o il “livello più elevato di protezione” sono spiegazioni dottrinali di un fenomeno che non è affatto privo di conseguenze negative per la tutela dei diritti. Tutto dipende dalla risposta alla domanda: di quali diritti? Questo è il punto.

3. Il terzo e ultimo punto che vorrei toccare riguarda il “formante giurisprudenziale”. Giustamente Francesco Viganò insisteva sulla funzione del precedente, come stabilizzazione della *regula iuris* che la giurisprudenza frappone tra disposizione legislativa e caso. Il problema è quale distanza separi la *disposizione* dal *caso* a cui essa va applicata: problema che si fa sentire soprattutto negli *hard cases*, in cui aspetti inediti della nostra vita, evidenziati di solito dal progresso scientifico e tecnologico (i classici temi dell'inizio e della fine della vita forniscono esempi a iosa), cercano una disciplina non ancora fornita dalla legge ma pur sempre ricollegabile ai sommi principi dell'ordinamento costituzionale. Lì la giurisprudenza è chiamata a colmare gli spazi, coniugando i *principi* ai *fatti*: ciò capita in tutto il mondo, anche se certamente in campo penale con una frequenza e un'evidenza minore di quel che accade in campo civile (si pensi alle intricate vicende del caso Englaro e allo sforzo dalla Cassazione per venirne a capo).

È indubbio che in questi casi, e non solo in questi però, la funzione nomofilattica è di importanza cruciale, trattandosi di assicurare “l'uguaglianza del diritto obiettivo”, come scriveva Calamandrei. Se ciò non accade non è certo per via della non obbligatorietà del precedente nel nostro ordinamento. Sulla vincolatività del precedente s'agita più di un equivoco. Se il precedente è percepito come

obbligatorio nei paesi anglosassoni ciò deriva non da una regola espressa, ma dalla struttura gerarchica del sistema giurisdizionale e da un forte substrato culturale. Culturale in senso antropologico, fatto di una consapevolezza tradizionale del ruolo e della funzione dei giuristi, della loro formazione comune, degli interessi comuni che ne fanno una corporazione che, difendendo la forza del precedente, difende il proprio potere. In Italia tutto questo manca. Avvocati e notai non hanno voluto che la formazione dei giuristi fosse unitaria, legata alle università (che, da parte loro, assai spesso hanno sdegnato la pratica forense) decretando il fallimento delle c.d. "scuole Bassanini"; il pluralismo e il particolarismo fanno sì che la magistratura si divida per "orientamento culturale" e che l'interpretazione delle leggi sia percepito come mestiere individuale e non collettivo; il sistema giudiziario è policentrico, ogni giudice essendo in grado di esprimere in ultima istanza la volontà del potere (uso le parole che la legge impiega per definire l'organo abilitato a stare in giudizio per conto del potere giudiziario nei conflitti di attribuzione). Al posto del precedente si è così pensato di introdurre, come strumento autoritario di preservazione della funzione nomofilattica della Cassazione, la massima e il "principio di diritto", che con il precedente nulla ha a che fare, come ben ha illustrato nei suoi scritti Michele Taruffo.

C'è un dato strutturale che impedisce un efficace svolgimento della funzione nomofilattica e impedisce di fatto l'affermazione dell'autorità di precedente. Dove esso conta davvero, le corti "apicali" fanno poche sentenze: la Corte suprema degli Stati Uniti decide 70/80 casi all'anno, meno dell'1% di quelli che le vengono proposti; la Corte suprema del Regno Unito ha deciso poco più di 400 casi dalla sua istituzione, nel 2009. La nostra Corte di cassazione viaggia con una produzione di circa 50.000 sentenze all'anno: come si fa immaginare che si formi una cultura del precedente in tali condizioni? Il precedente formula una *ratio decidendi* in relazione alla specificità del caso deciso, nel cui perimetro esaurisce la sua forza: massime e "principi di diritto" sono invece passi di letteratura giuridica, scritte astraendo dal caso e immortalando una considerazione astratta attorno ad una questione di diritto a sua volta espressa in termini astratti. Il precedente impone lo studio del caso giudicato, per valutarne affinità e diversità dal caso da decidere; la massima riassume giudizi astratti, che al più possono risultare utili ad un'affrettata ricerca giuridica. C'è senz'altro una differenza culturale alla base di tanta diversità, ma anche i numeri hanno il loro peso: come si fa a venire a capo delle *rationes decidendi* di centinaia o migliaia di casi?

C'è una relazione inevitabile tra la quantità di decisioni e le dimensioni dell'organo giudicante. La Corte suprema americana e quella britannica hanno pochi componenti, nove giudici la prima e dodici la seconda: comunque meno del *numero di sezioni* della nostra Cassazione. La Cassazione francese, che ha un numero di magistrati comparabile al nostro, non a caso produce un numero di sentenze comparabile ai nostri. I numeri contano indubbiamente, e questo dovrebbe far meditare. Se riducessimo il numero dei giudici di Cassazione a – per dire – 15 (come quelli della Corte costituzionale) che accadrebbe? Quello che accade dove l'organo ha dimensioni così ristrette è una durissima ma inevitabile selezione dei casi da decidere. È quanto è accaduto in Germania e Spagna di fronte al dilagare dei *ricorsi diretti di costituzionalità*: è intervenuta una legge che ha consegnato al giudice costituzionale il potere di selezionare drasticamente i ricorsi da istruire. La selezione si compie sulla base del "*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*" (§ 93a BVerfGG) o – che è lo stesso – della "*especial trascendencia constitucional*" (art. 49.1 e 50.1b della emendata *Ley Orgánica 2/1979*): non a caso in entrambi gli ordinamenti il tasso di ricorsi diretti ammesso del giudice costituzionale è drasticamente sceso al fatidico 1%, alla dimensione nota all'esperienza statunitense! Se ciò accadesse in Italia, salirebbe un coro di protesta contro il grave *vulnus* alla tutela giurisdizionale dei diritti; ma il nostro modo di tutelare i diritti non provoca un gravissimo *vulnus* alla legalità e alla certezza del diritto?

4. Possiamo imputare la crisi della legalità in Italia a complesse ragioni filosofiche o al clima mediterraneo. Ma vi sono cause a noi vicine e da noi dipendenti. Gli organi politici hanno delegato la scrittura delle leggi alle sacrestie burocratiche – spesso, troppo spesso infarcite di magistrati che, invece di fare i giudici (funzione per la quale sono retribuiti), spendono buona parte della loro vita lavorativa nelle stanze del potere legislativo o di quello esecutivo. I "tecnici" parlano un linguaggio curiale che noi stessi – o almeno io e molti colleghi che conosco – non siamo in grado di comprendere. Perché non c'è nulla da comprendere, bisogna semplicemente possedere le chiavi del *rebus* ed essere disposti a perdere tanto tempo a risolverlo.

Il legislatore per altro ha rinunciato ad adeguare gli apparati giudiziari e le leggi che li guidano alle nuove complessità, quali i rapporti con gli ordinamenti CEDU e UE. Il compito di regolarli è assolto dalla giurisprudenza, ma evidentemente non dovrebbe essere delegato ad essa un compito squisitamente legislativo. Il legislatore non si preoccupa neppure di fornire gli strumenti utili agli organi giurisdizionali.

Prendiamo la Corte costituzionale, ad esempio: il suo ordinamento processuale è del 1953, risale quindi a tre anni prima che la Corte iniziasse a funzionare e non è mai stato adeguato all'esperienza. La Corte non ha strumenti per regolare gli effetti delle proprie sentenze, né il legislatore ha provveduto ad aggiornare la sua cassetta degli attrezzi. Da qui una tipologia di pronunce (penso alle c.d. sentenze "additive di principio" o a quelle che cercano di limitare i propri effetti "pro futuro") che non infonde alcuna certezza nel sistema giuridico, ma anzi lo destabilizza.

I giudici ordinari devono venire a capo di un sistema giuridico troppo complicato: anzi, di tre ordinamenti diversi, ognuno con proprie carte fondamentali e con propri organi giurisdizionali che ne salvaguardano la *primauté*. Servitori di tre padroni che spesso litigano e per lo più non si parlano (il c.d. *dialogo tra le Corti* è una pietosa menzogna cerca di nascondere sotto un mantello irenico una situazione di conflitto latente), trovano nella dottrina pochi schemi teorici capaci di guidarli verso risultati interpretativi accettabili. Anzi, proprio la dottrina caldeggia fughe in avanti e irresponsabili inviti ad azzardi interpretativi che rendono troppo imprevedibile la elaborazione della norma da applicare e troppo invogliante la prospettiva di disapplicare la legge italiana, liberandosi del saldo ormeggio disposto dall'art. 101.2 Cost.

La funzione nomofilattica della Cassazione è travolta dall'enorme carico di lavoro che la Corte suprema ha accettato di svolgere, se non addirittura ha attirato sulle proprie spalle in modo da giustificare la dilatazione dei propri organici. Se persino alle sezioni unite capita di cambiare opinione nell'arco di poche settimane, quale livello di coerenza e di prevedibilità ci si può attendere dal complesso della giurisprudenza? E se questa è la condizione in cui i giudici si trovano a lavorare, non si può rimproverarli di cedere alla tentazione di abbandonare la loro funzione per ripiegare su incarichi di tipo politico o burocratico.

La legalità è difficile, è un principio che da sempre deve affrontare sfide durissime. Per affrontarle bisognerebbe attrezzarsi; ma in Italia purtroppo si fa esattamente l'opposto. E quello che è più grave, ci stiamo rassegnando.