

Giornate di studio sulla giustizia amministrativa

PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA DELLE DECISIONI GIURISDIZIONALI E DIRITTO ALLA SICUREZZA GIURIDICA

Castello di Modanella - Rapolano Terme / Siena

8 – 9 giugno 2018

ROBERTO BIN

Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale

1. Ringrazio innanzitutto dell'invito, che mi consente di affacciarmi ad una platea che non sono abituato incontrare: il che già mi fa molto piacere.

Il tema che mi è stato assegnato è "*Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*". Ho molto riflettuto con la conseguenza che si sono moltiplicati più i dubbi che le certezze in merito alla tesi implicita nel titolo, che ha una non celata valenza assertiva. Non sono molto sicuro che ci sia un diritto fondamentale alla sicurezza giuridica, e questo è il mio primo dubbio. Sarei quasi tentato di dire di no, che non c'è nessun diritto fondamentale alla sicurezza, per il semplice fatto che la sicurezza e la certezza del diritto sono, almeno nelle nostre coordinate storico-culturali, sinonimo di diritto - o, per dirla con Bobbio (*La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150) sono "un elemento intrinseco del diritto". Il diritto o è certo e prevedibile o non è.

Nello "Stato del diritto" – che riassume i tratti storici e più significativi della nostra filosofia dello Stato - essi sono i pilastri su cui si fonda l'intero sistema: dalle prime teorizzazioni di inizio '800 fino alle riflessioni più recenti, quando si parla di Stato di diritto si dice "è il mondo in cui la legge è certa e prevedibile, l'amministrazione è sottoposta a giurisdizione e i giudici sono indipendenti"; ma la prima qualità è la certezza del diritto, il resto ne è quasi una conseguenza (vedi l'ormai classico J. Finnis, *Natural law and Natural Rights*, Oxford - New York 1980, 272). Per questo chiedere se esiste un diritto fondamentale alla certezza del diritto è una domanda singolare, che però ha senso perché ci dà un'idea piuttosto chiara della situazione strana in cui versiamo oggi.

"Certezza" e "prevedibilità" sono miti fondativi della nostra immagine del diritto. Sono "miti", hanno ragione Kelsen, Tarello e tutti gli altri che hanno persino ironizzato su di essi. Ma dipende da che cosa stiamo considerando. Perché, se noi collochiamo la categoria della certezza del diritto sul piano della teoria generale è evidente che essa evapora in un mito; ma se ci poniamo al livello della pratica del giurista, la certezza è un presupposto di pensabilità del nostro mestiere: più kantiano di così non potrei essere!

Vediamo un po' meglio questa apparente contraddizione. Il mito – la certezza – si fonda su un'immagine onirica dell'ordinamento giuridico, la quale evoca, più che un'esperienza storica, un ricordo proustiano, il profumo di una *madeleine* che però forse non è mai esistita come l'immaginiamo. Siamo spesso vittime di questi dolci inganni, che ci fanno rimpiangere – inconsapevolmente per lo più - un mondo in cui la legge era davvero "la legge", il Parlamento un vero "Parlamento", il giudice un giudice nella pienezza di significato del termine. Appartiene alla condizione umana: quando finalmente raggiungiamo un ruolo che in passato ci appariva contornato da mistica bellezza ci troviamo in mano una realtà degradata, un'immagine frantumata. Come tutti i ricordi infantili. La nostra *madeleine*, con il cui inebriante profumo confrontiamo la realtà maleodorante di oggi, risale al mondo di 150 anni fa o forse più, che però era un mondo per molti versi orribile, di cui non accetteremmo più nessuna delle premesse: era un mondo in cui votava meno del 2% della popolazione, in cui il candidato deputato invitava a cena il suo collegio elettorale e in cui se la gente protestava e chiedeva di estendere il diritto al voto, il suffragio universale, il governo rispondeva mandando la cavalleria e ordinando di sparare

con il cannone contro i manifestanti. Sì, in quel mondo di cui non abbiamo alcun rimpianto, lì probabilmente la legge era certa: non guardava in faccia a nessuno, disponeva per chiunque o per nessuno. Ma era un mondo che per fortuna non è più il nostro, un mondo che per altro è entrato in crisi presto; già a fine secolo Santi Romano parlava della crisi dello Stato, e si riferiva proprio a quello Stato. Quel mondo che nel suo apogeo è durato qualche decennio – qualche decennio di sangue, ripeto - è in crisi da almeno 120 anni. Altro che le nostalgie proustiane, dovremmo un po' riflettere sull'esistenza di categorie di cui sentiamo l'inattualità come fosse una perdita.

2. È chiaro tuttavia che le esigenze di certezza e di prevedibilità sono esigenze fortissime e sono insite nel concetto stesso di legalità: perché se la legalità ha un senso – e per lo Stato di diritto indubbiamente lo ha - è legato alla certezza e alla prevedibilità, ed è connesso strettamente all'obbligo di motivazione delle sentenze. Per quale motivo le sentenze sono motivate se non per dar conto di un processo di giustificazione che necessariamente parte dallo schema normativo ma giunge a conclusioni che di per sé non offrono molte garanzie di essere “certe” o “prevedibili”? È per questo che esistono tre gradi di giudizio, perché nessuno può pretendere di avere l'interpretazione corretta e l'applicazione esatta della legge. Ho scritto un libretto qualche anno fa (*A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013) per cercare di spiegare come un processo sostanzialmente entropico e soggettivo, chiamato interpretazione giuridica, offra risultati almeno in qualche misura certi e prevedibili se visto come un'opera collettiva, un gioco giocato da molti. Ma in che termini questa prospettiva può giustificare che si parli di un “diritto fondamentale” alla certezza giuridica?

Fabio Francario ha appena appena citato le sentenze della Corte EDU che erigono la sicurezza giuridica a “diritto fondamentale”. Ma bisogna fare molta attenzione nel maneggiare la giurisprudenza EDU, per almeno due ragioni. Anzitutto perché le sentenze della Corte EDU colpiscono casi macroscopici, in cui sono le corti superiori - Corti costituzionali, Corti di Cassazione ecc. – a negare palesemente e in maniera non motivata il loro proprio precedente; sono pochi casi e casi quasi paradossali in cui diritti individuali, e in primo luogo la parità di trattamento, vengono manifestamente violati senza alcuna motivazione. Siamo al limite estremo, di fronte a decisioni che forse non possono neppure essere chiamate sentenze, costituendo casi esemplari di sviamento dalla funzione del giudizio e di violazione dell'obbligo di motivazione.

Ma c'è anche una seconda ragione per cui conviene prendere con le molle questa giurisprudenza della Corte EDU. Da dove la Corte di Strasburgo trae questo diritto? Quali ne sono le basi normative? Dall'art. 6, che riguarda il giusto processo, ma non tocca sicuramente il problema del precedente e dello *stare decisis*: oppure addirittura dell'art. 8, la tutela della vita privata: che è un vero cilindro del prestigiatore da cui la Corte EDU riesce a tirare fuori ogni genere di “diritti fondamentali”, dalla tutela dei libri giuridici dell'avvocato moldavo al diritto di una signora ad avere un congruo risarcimento per lo spandimento di acqua nella casa. Sono davvero begli esempi di “diritto certo” questi che vengono offerti da un organo che si autodefinisce giudice ma che della certezza del diritto ha una ben strana immagine. Dovrebbe amministrare una carta dei diritti nata per impedire che gli Stati democratici possano rifluire in ordinamenti totalitari, ritornare al fascismo e alla negazione dei diritti fondamentali; ed invece si occupa di questioni particolari che possono forse costituire casi specifici di deviazione dalla tutela *costituzionale* di un diritto soggettivo, casi cioè in cui il legislatore (o le pubbliche autorità) hanno fissato un punto di equilibrio tra diritti e interessi riconosciuti dal proprio ordinamento costituzionale che non si concilia con le opzioni del giudice di Strasburgo. Ma il legislatore, i giudici e le Corti costituzionali nazionali hanno dietro di sé una società e le sue istituzioni democratiche, una storia che ha generato una costituzione, mentre dietro alla Corte di Strasburgo che cosa c'è? Che cosa avvalorà le sue interpretazioni e i suoi arditi bilanciamenti tra interessi? Può esistere un “giudice costituzionale” – la Corte EDU si ritiene tale – senza una costituzione, una società politica e un legislatore democratico?

Non voglio insistere sul punto, dato che ho appena pubblicato un libretto sui diritti (*Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli) che dedica alla Corte EDU un capitolo alquanto critico. Ma mi preme indicare come la vestale del diritto fondamentale alla sicurezza giuridica sia in realtà parte cospicua di una prassi giudiziaria che della sicurezza giuridica è la negazione. Si potrebbe chiamare "il gioco delle tre corti" - ricordate quel gioco, credo di invenzione napoletana, delle tre carte, "questa vince, questa perde"? Perdo in Cassazione, non mi va bene in Corte costituzionale, allora vado alla Corte EDU, ma potrebbe essere anche la Corte di giustizia, e forse avviene il miracolo. Per questa via assicuriamo la certezza del diritto o il suo esatto opposto? Si tratta di una deriva molto pericolosa che diventa sempre più praticata.

Vorrei citare un caso recente, del 30 maggio 2018 – sentenza *Cafaro*, Cassazione lavoro, Bronzini relatore. Un caso grande quanto una capocchia di spillo, che riguarda l'ipotesi di derogare all'età massima di permanenza in servizio dei piloti d'aereo, ma per una sottocategoria particolare di piloti d'aereo: c'è di mezzo un DPCM - che la sentenza definisce "fonte primaria" perché richiamato dalla legge (e già per questo avrei bocciato lo studente che me lo avesse detto all'esame) – il quale sarebbe in conflitto con un regolamento dell'Unione Europea. Sembra porsi un banale problema di interpretazione, ma non è così: il giudice solleva una questione pregiudiziale per violazione del divieto di discriminazione in base all'età, divieto che viene imputato addirittura all'art. 21 della Carta di Nizza – come se non ci fosse un parametro costituzionale su cui basarsi, oltre che la direttiva europea contro le discriminazioni. È l'occasione che il giudice vuole cogliere per dire qualcosa sulla sent. 269/2017 della Corte Costituzionale, che aveva cercato di mettere un freno proprio alle spericolate prassi dei giudici ordinari di appellarsi – quando non addirittura a dare applicazione diretta – alla Carta dei diritti "saltando" il ricorso incidentale alla Corte costituzionale. Ma quello che ha affermato la Corte costituzionale è solo un *obiter dictum* contenuto in una pronuncia di rigetto, che quindi non mi vincola, dice l'ordinanza. Eppure è un giudice che appartiene alla magistratura italiana, retribuito dalla Repubblica italiana, ma che tranquillamente bypassa le regole poste dal nostro ordinamento, a partire dall'art. 101.2 Cost.: e questa brillante iniziativa raccoglie giubili e plausi dal blog di magistratura democratica.

3. Ci sono opzioni sorprendenti nelle prassi giudiziarie dei nostri tribunali. Che in una causa di lavoro – sia pure riferita alla categoria privilegiata dei piloti d'aereo – i giudici di magistratura democratica elogino lo sforzo del collega che riesce a aggirare l'eccezione di incostituzionalità, per affidare la tutela degli interessi del lavoratore alla Corte di giustizia, non può non stupire. La Corte di Giustizia è colpevole della distruzione dei diritti dei lavoratori, sistematicamente rimossi per assicurare piena espansione alle libertà del mercato, cioè agli interessi delle imprese. *Viking, Laval, Rüffert...* sono le perle del rosario che viene snocciolato ogni volta che si parla del trattamento indecente che la Corte di giustizia assicura ai lavoratori. Ciò nonostante magistratura inneggia ai giudici che aggirano la tutela costituzionale dei diritti e tirano in ballo la Corte di giustizia, pronti però a gridare allo scandalo la prossima volta che la Corte di giustizia ammetterà qualche altra severissima restrizione dei diritti dei lavoratori - purché ovviamente sia praticata senza "discriminazioni basate sulla nazionalità".

Con la spudoratezza di chi non pratica le aule giudiziarie mi pongo seriamente una domanda: è così che i giudici assicurano la certezza del diritto. Certe libertà che i giudici si prendono – libertà dal rigoroso rispetto del limite della legge – non andrebbero sanzionate? Attorno alla sicurezza giuridica si agitano problemi veri e falsi problemi: e questo mi sembra un problema vero, definire i margini dell'autonomia che deve – necessariamente deve – essere assicurata al giudice. Come si può reagire alla violazione del (presunto) diritto alla certezza del diritto? Se, come dicevo all'inizio, la certezza è qualità inseparabile dal diritto, come si deve reagire al comportamento di giudici che alimentano l'incertezza liberando le loro mani dal laccio della legge e dei principi della giurisdizione?

Questo mi sembra un problema serio: mentre non posso dire altrettanto della questione del precedente e dello *stare decisis*. Non nego che sarebbe bello operare in un sistema giuridico in cui i giudici ci garantiscano coerenza e continuità e si sentano parte di una comunità sufficientemente omogenea da garantire la prevedibilità delle loro decisioni: ma purtroppo quel

paese non è l'Italia. Perché manca una legge adeguata? No, perché manca la tradizione e non ci sono le premesse culturali. Sono sistemi che non si creano con la bacchetta magica del legislatore.

Quando devo spiegare ai miei studenti perché in Italia non si applichi la dottrina del precedente e perché la *Common Law* è diversa dalla *Civil Law*, mi limito a proiettare l'immagine evocativa della *Lincoln's Inn* di Londra, questa mirabile istituzione medievale dove studenti, avvocati, giudici studiano e lavorano insieme, residuo feudale tipicamente britannico della corporazione dei giuristi. Se noi non capiamo che cosa significhi la corporazione dei giuristi, non capiamo il sistema di *Common Law* britannico, perché su di essa si basa. La corporazione dei giuristi custodisce autorità e gerarchie, assicura la cooptazione dei giudici tra gli avvocati, garantisce continuità di pensiero e la generale convinzione che forse è meglio perdere la singola causa che incrinare il prestigio dell'istituzione cui si appartiene. Questa è l'origine e l'essenza della *Common Law* inglese (non di quella americana, che ha un'altra storia). Se noi facciamo un confronto tra la *Lincoln's Inn* e la nostrana "scuola Bassanini" capiamo tutto. Come si può pensare che esista una cultura del precedente in un paese dove le sotto-corporazioni dei giuristi si sono subito divise al solo comparire di un disegno – una vota tanto un disegno intelligente – del ministro Bassanini di istituire una scuola unica di formazione dei giuristi, come più o meno c'è da per tutto?

Non parliamo di finzioni, sul precedente nella giurisprudenza italiana non c'è da perdere neanche una parola. Noi – al solito – abbiamo pensato di sopperire alle tradizioni culturali con una riforma legislativa. La questione delle massime e dei principi generali di diritto affermati dalla Cassazione non c'entra niente con la dottrina dello *stare decisis*, è completamente sbagliato avvicinarla al problema del precedente. Michele Taruffo ha scritto delle cose preziose su questo (per es. *Precedente e giurisprudenza*, Napoli 2007; *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2018, 111 ss.), e chiarisce bene la distinzione fondamentale tra il precedente e le nostre massime: perché il precedente nasce dai fatti, non è un'astratta questione di principio. È partendo dal fatto che si giunge al precedente: il quale non è stabilito dalla corte superiore, non è da essa "enunciato" autoritativamente, ma è riconosciuto dal giudice inferiore (o successivo), dopo aver valutato l'analogia dei fatti che ha davanti con quelli che sono stati giudicati in precedenza; perché se l'analogia non c'è allora non c'è precedente, e se avverte qualche apprezzabile differenza, procede con il *distinguishing*. Insomma, è il giudice inferiore (o successivo) che accredita la autorità della decisione del giudice superiore (o precedente) e si adegua al vincolo dello *stare decisis*. La coerenza dello sviluppo giurisprudenziale non è imposta dall'alto, ma è perseguita da tutti i giudici come un "valore" che è meglio preservare, piuttosto che incrinarlo con pronunce che ribaltino il singolo precedente senza motivarne la necessità.

Noi abbiamo accreditato il mito del carattere giuridicamente vincolante del precedente nei sistemi di *Common Law* e poi abbiamo cercato di tradurlo in Italia attraverso norme di legge, sbagliando però completamente i termini della questione. La nostra esperienza è quella dell'operato del glorioso ufficio del Massimario, che stende le massime delle sentenze prescindendo di proposito dalle circostanze di fatto. Ai giovani giuristi - specie a quelli impegnati nel foro, quale sia il lato della sbarra in cui si trovano ad operare - dovrebbe essere rigorosamente vietato l'uso delle massime. Quante volte capita di vedersi produrre una sfilza di precedenti contrari e poi, lette le singole sentenze, verrebbe quasi voglia di ringraziare l'avversario per il lavoro fatto, perché le massime di diritto che lui ha usato sono la negazione di ciò che le relative sentenze dicono in quanto il "fatto" è diverso da quello in causa e quindi la sentenza citata pro può essere usata contro e viceversa.

4. Cosa c'entra il Massimario? Il Massimario c'entra, perché la sua necessità nasce da un record che non possiamo dimenticare: 50.000 sono le sentenze che la Cassazione produce ogni anno. Mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti non arriva mai oltre a 70 sentenze all'anno, la Corte suprema del Regno Unito viaggia sul centinaio di sentenze, noi viaggiamo sul livello 50.000. Possiamo avere qualcosa che assomiglia al precedente? In un libricino ormai risalente

(G. Moneta, *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova 1993) si citavano 867 casi di contrasto giurisprudenziale nella Cassazione civile nel solo quinquennio 1988-1992: possiamo davvero introdurre il principio del precedente giudiziario in Italia? Bene, se vogliamo introdurlo bisogna prima affrontare una riforma, decimiamo la Cassazione, stabiliamo che i giudici che la compongono sono dodici, per esempio, come nel Regno Unito. Dodici giudici possono far germogliare, con qualche anno di pratica, una cultura del precedente, anche se al prezzo di una cultura del taglio radicale dei ricorsi, del non accesso al terzo grado di giudizio, di un filtro di ammissibilità che non perdona: come negli USA. Non sarebbe una cosa da poco, ma col nostro numero di giudici e con il nostro numero di sentenze la cultura del precedente è fuori portata. Non cerchiamo lì la soluzione del problema della sicurezza giuridica, perché lì non la possiamo trovare.

A me piacciono norme tipo quella dell'art. 74 del Codice di Procedura Amministrativa, il ricorso motivazionale al precedente, che invece ho sentito qui criticare aspramente. L'uso motivazionale del precedente nei casi più semplici mi sembra si trovi sulla via giusta. È la via praticata da tutti i giudici, dalla Corte costituzionale *in primis*: le ordinanze di inammissibilità o di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale perché "la questione è già decisa" sono applicazione del proprio precedente, riduce l'onere di motivazione in assenza di motivi nuovi. Mi appare come una bella tecnica giurisprudenziale. Naturalmente chi perde e vede il suo ricorso respinto con tre righe di non-motivazione non lo riterrà affatto una bella tecnica di giurisprudenza, però lo è, è un modo per creare un embrione di uso minimale del precedente. E lo è anche l'art. 360 bis del Codice di Procedura Civile, che concede alla Cassazione di dichiarare inammissibile una questione già decisa. Andrebbe bene se fosse questo un modo serio per eliminare il contenzioso, semplificarlo, ridurre il numero delle sentenze. Perché finché viaggeremo su decine di migliaia di sentenze all'anno, lo *stare decisis* e il principio del precedente non potrà essere posto come un problema serio. Da una parte o dall'altra bisogna tagliare.

Il problema del precedente non mi sembra al momento un problema serio. Mentre sicuramente lo è - torno a dirlo - quello della reazione del sistema alle sentenze che vanno fuori dallo "sciame statistico". Lo sciame statistico vuol dire che più o meno i giudici interpretano le leggi allo stesso modo: ma poi c'è il giudice che vuole fare una sentenza che va fuori dallo sciame. Come lo si punisce? Uso la parola punire non per dire gli si debba attaccare lo stipendio, distruggergli la carriera, come voleva fare la legge ispirata da Silvio Berlusconi, ma come lo si possa neutralizzare. L'ordinamento qualche meccanismo lo avrebbe apprestato, attraverso gli organi di garanzia, Csm e Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa in primo luogo. Ma sono attrezzati per questo? I consigli giudiziari sono stati sterilizzati perché non si possono occupare di queste cose, gli avvocati vi sono convocati soltanto per questioni sostanzialmente gestionali. Perché gli avvocati non possono intervenire quando si tratti di giurisprudenza "gravemente anomala"? perché gli avvocati non pretendono di intervenire? Non essendo avvocato lo posso dire: perché sono un po' omertosi, a nessuno va di denunciare il suo giudice perché ha fatto una sentenza inaccettabile o perché si comporta male, visto che se lo ritroverà davanti in una prossima udienza; così come nessuno ha voglia di criticare la sentenza della Corte costituzionale se poi il prossimo mercoledì dovrà presentarsi in udienza. Avendo rinunciato a questa cospicua fonte di reddito, io lo posso dire apertamente: c'è omertà, e questa omertà dipende anche dalla cattiva fattura degli organismi di garanzia.

Non sarebbe una questione insuperabile, ma c'è una dolosa latitanza. Ricordo sempre ogni volta che posso, che questo è un paese talmente latitante, che accetta di tenersi tre dei quattro Codici fascisti, compreso il Codice Penale che dovrebbe incarnare – come insegnava Bricola - la tavola dei valori e dei disvalori fondamentali della Comunità sociale; un paese che si tiene una legge del Consiglio di Stato che risale al '24 e una sulla Corte dei Conti che è del '34, entrambe un po' modificate, ma fino a un certo punto e con alcune falle che secondo me sono insuperabili. Entrambi gli organi sono preposti al controllo dell'attività ordinaria del Governo, e su entrambi il Governo influisce pesantemente. La funzione consuntiva del Consiglio

di Stato è figlia di un'idea che la Corte suprema americana aveva duramente respinto con sdegno già nel 1793: quando George Washington, che non era l'ultimo né il meno affidabile dei politici americani, chiese ad essa un parere sul trattato con la Francia e con l'Inghilterra, che erano in guerra, il presidente della Corte John Jay scrisse un bigliettino di risposta in cui spiegava che "noi siamo un giudice e non un consulente, le due funzioni non sono compatibili". Eppure che esse coabitino nel nostro Consiglio di Stato: che parte dei suoi componenti sia di nomina governativa e non si distinguano per funzioni dai membri entrati per concorso, che il Presidente sia nominato dal Governo, tutto ciò non sembra indignare nessuno.

Siamo dolosamente colpevoli della scarsa attenzione legislativa, non già per l'ordinamento processuale - che è anche troppo spesso messo in discussione dal legislatore - ma per la disciplina dell'organizzazione della giustizia: a partire da una modellatura più precisa della separazione dei poteri - mi riferisco in particolare ai magistrati che entrano ed escono da incarichi politici, ma anche da quelli amministrativi - e degli organi di garanzia, non avvertiamo l'esigenza di assicurare modalità partecipazione di tutti gli operatori forensi alla gestione della giustizia, perché questa non è questione che riguarda solo i giudici e la loro sacrosanta autonomia, ma tutti coloro che operano nelle aule giudiziarie e - forse - anche noi comuni cittadini.

5. Alternando problemi veri e problemi falsi, ed avendo appena indicato un problema che mi sembra tremendamente vero, sfioro ora uno che non lo è tanto, anche se è spesso menzionato tra le cause dell'incertezza del diritto e dell'instabilità della giurisprudenza. Tale sarebbe la diffusione nel nostro ordinamento e nelle tecniche di motivazione delle sentenze di concetti come il bilanciamento degli interessi o la ragionevolezza.

È vero che il nostro ordinamento vive sempre più di principi e sempre meno di regole. È vero però che solo fino a un certo punto si tratta di una novità. Se cerchiamo un bell'esempio di principio, cosa ci può essere di meglio dell'art. 2043 del Codice Civile in tema di responsabilità aquiliana, che si fonda su termini indefinibili come 'causare' e 'danno ingiusto'; per non parlare poi delle clausole (la dottrina si è persa nell'aggettivazione: "generalì", "valutative" ecc.) quali la buona fede o la diligenza del buon padre di famiglia. Non è la costituzione né la legislazione più recente a farcire l'ordinamento di principi e di clausole generali (mi rifiuto di distinguere le una dalle altre), perché ci sono da sempre e da sempre aprono spazi sconfinati a quella che con un eufemismo potremmo chiamare "evoluzione giurisprudenziale". Ancora una volta l'incantevole ricordo della *madeleine* ci riporta ad una visione poco storica di quello che percepiamo come un ordinamento più "certo", sgretolato a causa soprattutto dell'avvento della Costituzione. Ci piaceva davvero un mondo senza la Costituzione e le sue ossimoriche enunciazioni di principio? Ci piaceva davvero un mondo senza il ricorso alla Corte Costituzionale, che destabilizza l'ordinamento perché annulla una legge di cui si asserisce il contrasto con un "vago" principio? Ci piaceva il mondo dominato da un principio, anzi un broccardo con cui si poteva chiudere qualsiasi discorso sulla ragionevolezza o la "giustizia" delle leggi: *dura lex sed lex*? Il mondo degli avvocati amerebbe davvero tornare alla *dura lex sed lex* anche se questo significherebbe lasciare il proprio cliente nelle mani del legislatore?

Non credo proprio, per noi sarebbe ormai del tutto inaccettabile. Uno dei fenomeni più interessanti degli ultimi anni, secondo me, ma meno studiati, è il radicamento della Costituzione nella società. Lo notò qualche anno fa il mio maestro, Sergio Bartole, intitolando un suo libro *La Costituzione è di tutti* (Il Mulino, 2012). Che cosa voleva significare? È semplice: che non c'è associazione omosessuale, associazione ambientalista, associazione vegana, associazione di parrucchieri e così via che non fondi la propria pretesa giuridica, le proprie rivendicazioni di diritti, nella Costituzione. È fantastico questo radicamento, non era certo immaginabile in passato; i nostri padri fondatori non ci avrebbero minimamente scommesso nel '48 che la Costituzione si sarebbe così profondamente radicata.

Che essa sia stata presa dal popolo come usbergo dei propri interessi e diritti, è un fenomeno eccezionale e molto significativo. Ci dice almeno due cose: primo che la società è disgregata, ma per constatarlo basterebbe affacciarsi alla finestra; l'altro è che la Costituzione

si presta a tutto, che dentro la Costituzione noi troviamo la radice delle nostre aspettative che, radicando in uno dei principi costituzionali, si trasformano in una pretesa di diritto che può essere rivolta al giudice. È vero che potremmo – anzi, dovremmo – rivolgerla in prima battuta al legislatore, perché è a lui che spetta il compito di modellare nelle leggi i nostri diritti; ma, si sa, il nostro legislatore è lento, deve superare mille obiezioni e mediare con altrettanti interessi. Se per caso un deputato “amico” presentasse per noi una proposta di legge per promuovere il nostro interesse, in Parlamento troverebbe schierati tutti gli interessi concorrenti e confliggenti e, se va bene, ne uscirà il solito compromesso, con tutti i suoi distinguo e le sue ambiguità. Se invece ci rivolgiamo al giudice abbiamo un evidente vantaggio, perché davanti al giudice la nostra richiesta di riconoscimento di un diritto non inciampa quasi mai in un vero contraddittore. La via giudiziaria alla tutela dei diritti è una porta attraente anche perché il canale politico non funziona bene: e forse è attraente anche perché il canale giudiziario è facile, se gli interessi che premono sono ben organizzati, se ne fa carico un’associazione di livello nazionale, si può scegliere nel territorio il giudice più sensibile agli interessi di quella particolare corporazione, puntando ad una sentenza che poi farà giurisprudenza. È giusto dire – come qui si è detto e ripetuto - che in Italia non vale la regola del precedente, ma anche questa non è una verità assoluta, perché una volta che si rompe in un foro “amico” il muro che si oppone al riconoscimento del nostro diritto, trovando il particolare profilo da far valere, la sentenza provoca un buco nella membrana della legge, fino allora applicata in senso contrario e preclusivo, potendo provocare un’eco di emulazione di vasto raggio. Il richiamo alla costituzione e il ricorso alla Corte costituzionale sono strumenti perfetti a tale scopo.

È un fenomeno molto interessante che in fondo non ci deve sorprendere, perché la natura pluralista è un connotato profondo della Costituzione, e se essa si è radicata l’ha potuto fare grazie proprio al suo pluralismo. Ma il pluralismo è anche origine di instabilità: come osservava con grande acutezza E.H. Levy (*An introduction to legal reasoning*, Chicago-London 1949, 58 s.), se tutti possono indicare in costituzione il fondamento dei propri diritti, questo può produrre una giurisprudenza incoerente e mina la stessa autorità del precedente, anche dove essa sia riconosciuta: alla fine l’appello al testo scritto finisce con essere un brillante strumento per rovesciare tutto quello che si è interpretato in passato inseguendo le richieste incoerenti della collettività.

La costituzione è ricca di principi e le persone li usano per fondare le loro multiformi richieste di riconoscimento di diritti, richieste che rivolgono ai giudici. I quali, per altro, non possono rifiutare di rispondere, perché sarebbe denegata giustizia. Il divieto del *non liquet* impedisce di rispondere a Beppino Englaro – mi riferisco al ben noto caso - "mi dispiace ma io non ho la legge da applicare al tuo caso": ha provato a farlo il Tribunale di Milano, ma in Cassazione hanno rovesciato la sua decisione, perché se non c’è una legge da applicare, ci sono pur sempre i principi costituzionali. La Costituzione è diritto o non è diritto? Questa è la domanda pregiudiziale che si pose la Corte Suprema nel 1803, nel famoso caso *Malbury vs. Madison*. Perché, se la costituzione è diritto, il giudice la deve applicare garantendone la prevalenza sulle altre fonti: il suo compito è applicarla e quindi inventare il diritto nel senso di ricavare dai suoi principi la “norma del caso” che la legge ordinaria non gli offre.

È una via che non può essere evitata, anche se è impervia. Ci sono sentenze che hanno cercato di non praticare quella strada, come la famosa sentenza sul matrimonio omosessuale della Corte Costituzionale (sent. 138/2010), che si può definire una sentenza “originalista” perché ricostruisce il concetto di famiglia dell’art. 29 Cost. in base a quello che è giusto supporre fosse il modello di famiglia dei nostri costituenti. È giusto affermare che spetta al Legislatore provvedere a fornire una disciplina adeguata ai tempi: certo, ma se non lo fa, o lo fa male, la forza del principio costituzionale spingerà in direzione di una progressiva evoluzione, come infatti è accaduto. Ordinanze di remissione sempre più mirate, sentenze che “forzano” lo schema legislativo attraverso l’interpretazione conforme a costituzione (o alla CEDU, o della Corte di giustizia dell’Unione europea): se il legislatore non usa a dovere la “discrezionalità legislativa” che giustamente gli spetta e gli viene riconosciuta, la lotta per i diritti non cessa. Certo, resta il rispetto del “vincolo negativo” posto dalla lettera della legge, dalla regola a cui

non si può derogare, con la conseguenza necessaria che, se si vuole rimuovere l'ostacolo, non c'è altra strada che sollevare la questione incidentale alla Corte Costituzionale.

C'è un punto però che non può essere trascurato. Se la nostra Costituzione è pluralista e tante pretese possono trovare in essa il principio su cui impennare la propria affermazione, ciò significa che i principi non vengono applicati quasi mai una alla volta: più principi assumono rilevanza nella risposta alla domanda di riconoscimento. Questo è del resto il motivo per cui la via parlamentare è così ardua, disseminata com'è di tanti ostacoli quanti sono i principi costituzionali che possono essere opposti al riconoscimento di un diritto. Compromessi si rendono necessari per ottenere una legge che compia un corretto bilanciamento tra principi e interessi diversi o opposti. Il bilanciamento spetta al legislatore, non c'è dubbio: quello che la Corte costituzionale può fare, su sollecitazione del giudice remittente, è valutare se il punto di bilanciamento fissato dal legislatore sia equilibrato e non annulli la protezione di uno degli interessi in gioco, violando così uno dei principi costituzionali in gioco. Se però è il giudice ordinario a cercare di rispondere al ricorrente, in assenza di una legge e senza poter investire la Corte costituzionale, qui nasce effettivamente un problema, perché si ritrova immancabilmente a dover compiere lui il bilanciamento tra diritti e interessi – come è successo nel caso Englaro. L'inerzia del legislatore giustifica che lui si avventuri a rispondere alla domanda del privato, per non denegare giustizia: ma il bilanciamento dei diritti non è di sua competenza, spetta al legislatore fissarlo e alla Corte costituzionale controllarne la accettabilità. Come dicevo poco fa, non c'è altra strada che sollevare la questione incidentale alla Corte Costituzionale. Sempre che ci sia qualcosa da impugnare. Questo è un problema interessante, ma affrontarlo ci porterebbe troppo in là.

6. La giurisprudenza della Corte Costituzionale è negli ultimi anni molto attenta a riaffermare il proprio ruolo: spesso la stampa, e talvolta anche qualcuno di noi, dice che lo fa per difendere se stessa; ma a me non preme che la Corte voglia difendere il suo ruolo, mi preme invece che la Corte stia difendendo l'ordinamento. Mi hanno persino dato del "sovranista", ma la mia difesa dell'ordinamento italiano non è la difesa di un ordinamento perché è italiano, è la difesa dell'ordinamento giuridico perché i suoi (pochi) elementi di certezza e di prevedibilità sono le condizioni della sicurezza giuridica di tutti. La minaccia è la moda, emersa nell'ultimo decennio tra i giudici italiani, di "saltare" il ricorso alla Corte costituzionale preferendo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – per non dire quella di stressare l'uso della CEDU e della relativa giurisprudenza – che mi allarma (e talvolta mi scandalizza) perché sta facendo perdere di significato il vincolo posto da una delle norme chiave del nostro ordinamento, l'art. 101.2 Cost., letto sempre più spesso come garanzia dell'autonomia dei giudici (anche dal precedente giudiziario), non come regola derivante dalla separazione dei poteri. Se avessimo tempo potrei intrattenervi sulle tecniche impiegate per trasformare il rinvio pregiudiziale in una macchina che produce norme ad effetto diretto che, in quanto tali, autorizzano il giudice – lo disse la Corte ormai tempo fa – a disapplicare la legge italiana per applicare invece una norma che lui stesso ha inventato con la cortese collaborazione della Corte di giustizia. Ma per fortuna di tempo non ce n'è.

Vorrei invece concludere toccando un problema vero, anzi, drammaticamente vero. Sinora, parlando di certezza e sicurezza del diritto in termini tanto problematici, abbiamo trascurato il convitato di pietra, il primo responsabile della incertezza giudica in Italia: il legislatore.

Credo che non esista al mondo un paese più dissennato del nostro nella scelta dei modi con cui si formano le leggi. Giustamente additiamo i paesi di *common law* come esempio di sistemi in cui vale la regola del precedente, ma dimentichiamo la stretta connessione, anche storica, tra tale regola del precedente e le modalità con cui il legislatore adempie al suo compito. È stata una lotta di potere secolare che ha portato all'una e all'altro. I giudici di *common law*, compatti - come si diceva - nella tutela corporativa dell'omogeneità della giurisprudenza, esibiscono una deferenza per la "sovranità" del Legislatore che a noi potrebbe sembrare persino patetica. Un complesso sistema di presunzione, palese soprattutto tra i giudici americani, porta

per esempio ad escludere che il legislatore abbia ignorato o voluto contraddire la Costituzione o addirittura se stesso disponendo contro la legge precedente: nessun giudice in Italia userebbe un'argomentazione del genere, perché sarebbe accolto dall'ilarità di tutti coloro che hanno pratica della *Gazzetta ufficiale*. Eppure presunzioni di questo tipo giustificano prassi di interpretazione conforme che stressano la lettera della legge, e persino ipotesi di abrogazione implicita – che per noi sono del tutto normali, ma lì vengono guardate con molta severità, perché fanno sembrare che il giudice-interprete possa prevalere sul Legislatore. Come si può pensare che il Legislatore ignorasse o, addirittura, abbia inteso violare le consuetudini inveterate delle Isole Britanniche? Non lo si può pensare, e allora procediamo pure ad un'interpretazione che sovverta il senso della legge!

Qual è la risposta del Legislatore a tanto ardire della corporazione dei giuristi? La risposta è ferrea, basta vedere come fanno le leggi in Inghilterra, che non è affatto il sistema in cui i giudici fanno quello che vogliono, ma è un sistema di diritto legislativo fortissimo, in cui le leggi sono articolate e riempiono pagine e pagine di clausole in cui si cerca di anticipare tutti i casi di possibile interpretazione dubbia e si dice come vanno risolti; e poi le leggi sono assistite da un fitto strato di atti di tipo regolamentare. La fattispecie legislativa è studiata e formulata nel dettaglio perché hanno capito che è così che si impongono le brache alla giurisprudenza e l'hanno capito perché è il retaggio di una lotta secolare attorno alla divisione dei poteri.

Per fare una legge, il governo inglese incomincia istituendo un *bill team*, un suo comitato di esperti che poi interfaccia il comitato di esperti della Camera dove il *bill* viene presentato: finché non raggiungono un accordo che soddisfi sia i tecnici e che il responsabile politico della proposta di legge, questa non va avanti. Ovviamente nel frattempo si è proceduto con le consultazioni, che spesso iniziano con la pubblicazione di *white papers* per aprire la discussione sulle linee portanti del progetto, prima ancora di formalizzarlo. Vogliamo parlare di come invece le facciamo noi leggi? E come le pubblichiamo?

Questa è un'altra questione spinosa. In Francia, dove non c'è un sistema molto diverso dal nostro, sono arrivati a 74 (o forse 75) Codici di settore, continuamente aggiornati: questo è un modo per produrre certezza che noi non riusciamo a imitare. Berlusconi aveva cercato di emulare Giustiniano emanando dei testi unici pomposamente chiamati "codici", e Calderoli, dopo aver bruciato migliaia di leggi che erano però già sicuramente abrogate implicitamente (qualcuno poteva pensare ancora in vigore la Legge 21 aprile 1861, n. 1, "che stabilisce la formola con cui devono essere intestati tutti gli atti intitolati in nome del Re"?), aveva inaugurato un'esperienza interessante, da tempo allo studio, cioè *Normattiva*, un sistema di ricerca delle leggi in vigore. Ma quanto è davvero affidabile? Ben poco, perché capire quali siano le leggi in vigore in Italia, dato che il legislatore non si preoccupa di cancellare espressamente le macerie legislative che lascia dietro di sé assai spesso inconsapevolmente, non è un compito semplice, anzi è quasi impossibile, è una missione incerta affidata ai giudici e alla funzione nomofilattica della Cassazione.

Il sistema di pubblicazione delle leggi non è affatto indifferente ma non è mai posto in discussione. Ciò che la seconda camera approva a notte fonda nella *bagarre* a cui è ormai ridotto il dibattito parlamentare viene poi pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* come legge dello Stato, che entra in vigore, al massimo, dopo 15 giorni. Il filtro tecnico è ridotto al minimo, per un patto scellerato tra i tecnici sopraffini di cui pure è dotato il parlamento e i politici che lo abitano gelosi delle loro prerogative. La legge viene pubblicata così com'è, e dopo sta agli interpreti capire cosa vuol dire, come si colloca nel sistema, attraverso quali procedure sarà fatta operare, quale ne può essere l'impatto legislativo, cioè quali leggi vengono cacciate e quali mantenute. Ogni volta in cui il legislatore non adempie al compito di abrogare espressamente le leggi superate lascia campo libero alla giurisprudenza, alla tanto vituperata vaghezza e incoerenza della giurisprudenza. In Inghilterra tutto ciò non sarebbe ammissibile, il primo compito del *bill team* è verificare l'impatto normativo della legge che si vuole varare.

Al massimo noi ricorriamo a soluzioni appariscenti ma inutili. Si è appena introdotto nell'art. 3 *bis* del Codice Penale, il "*principio di codificazione del diritto penale*": nessuna norma penale nuova può essere introdotta se non scritta nel codice. L'intento è giustissimo, ma la soluzione inadeguata: se la legge introduce una nuova norma penale senza scriverla nel codice

che faranno i giudici? Disapplicano una legge ordinaria sulla base di quello che dispone una legge ordinaria? Vogliamo ignorare la vecchia massima su cui si è formata la storia dei parlamenti moderni, *no parliament may bind its successors*? È servita a qualcosa la norma analoga introdotta nel c.d. *Codice del contribuente*? Invece che chiarezza, norme del genere alimentano il “gioco delle tre corti”, cioè quello che vorrebbero combattere, l'insicurezza giuridica. In America, quando esce una nuova legge, la pubblicano nell'*US Code*, che è curato e aggiornato da un apposito ufficio della Camera dei rappresentanti: e ciò dal 1926! Sarebbe così difficile avere il codice delle legislazioni italiane? Certo, molti bei problemi andrebbero risolti e infinite gelosie vinte, per questo è un problema serio.

Per superarlo basterebbe fare quello che non si è fatto bocciando la riforma costituzionale del 2016, cioè una legge organica. Uno dei nostri grossi problemi è l'appiattimento delle leggi ad un unico livello, il principio per cui *lex specialis derogat generali* è una vera catastrofe per la certezza del diritto. La più stupida delle leggi, il comma 1300 ecc. dell'ultima legge finanziaria, può demolire la più importante delle codificazioni senza forse neppure accorgersene. Basterebbe introdurre in Costituzione una piccola norma, come quella inserita dalla riforma dell'art. 81 “rafforzando” la legge ordinaria (ma votata a maggioranza assoluta) che disciplina i contenuti della legge di bilancio, per iniziare a proteggere i codici. Insomma, qualcosa si potrebbe e, soprattutto, si dovrebbe fare, invece di continuare a infarcire le leggi con clausole velleitarie che impongono vincoli all'abrogazione futura o si limitano a disporre brillantemente “sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente legge”.

E qui il pensiero non può non correre ai “tecnici della legislazione”, che riempiono gli uffici legislativi dei ministeri, in una buona parte giudici che preferiscono la vicinanza dei politici alla presenza nelle aule giudiziarie: quella “anticamera del potere” a cui Carl Schmitt rivolgeva uno dei suoi tanti strali critici (*Dialogo sul potere*, Milano 2012). Certe volte vorrei guardarli negli occhi questi tecnici e chiedere: perché? Prendo ad esempio la legge Severino: non sto parlando dell'ultima delle leggi, ma del testo unico (d.lgs. 235/2012) che dispone l'incandidabilità dei politici condannati per reati scandalosi: è un esempio che dovrebbe essere portato in giro per il mondo per dimostrare come *non* si devono scrivere le leggi, soprattutto leggi così delicate. Dispone l'art. 1 che non sono candidabili coloro che hanno subito condanne per gli articoli 51, commi 3 *bis* e *quater*, del codice di procedura penale. Si va a vedere il codice e si scopre che le norme a cui si rinvia riguardano le funzioni del PM e servono a individuare l'ufficio competente: per farlo rinviano a loro volta a una serie di articoli del codice penale e di leggi speciali che a loro volta rinviano ad altri atti legislativi. Non so chi sia il tecnico che ha suggerito questa bellissima tecnica, ma vorrei manifestargli tutto il mio orrore. Certezza del diritto? E cosa accade se una delle norme rinviate o delle norme rinviate dalle norme rinviate subisce una modificazione o un'abrogazione implicita? Inizieremmo a discutere se si tratta di un rinvio recettizio o formale, riferendo il problema alla prima, alla seconda e alla terza norma rinviate, in successione.

Qual è la conseguenza di questo tipo di legislazione se non la soppressione della legalità, cioè della premessa di un discorso sulla sicurezza giuridica e la prevedibilità del diritto? Non è vero – o non è vero fino in fondo – che questo tipo di legislazione consegna l'ordinamento in mano dei giudici, come può sembrare: lo consegna alla burocrazia (talvolta composta anche da giudici), quella che gestisce in prima fase e molte volte in unica fase l'applicazione delle leggi. Le burocrazie scrivono leggi fatte su misura della loro propria esigenza, così complicate da farle apparire indispensabili per interpretarle e attuarle, tramite circolari, pareri, responsi. Pensate a quel mondo fantastico di norme tecniche, pareri, linee guida che è prodotto dall'Anac, che pure della trasparenza dovrebbe occuparsi: una mole di prescrizioni che si è abbattuta sugli uffici delle amministrazioni pubbliche, creando panico. Si potrebbe molto discutere circa la natura di queste prescrizioni e la loro posizione nella gerarchia delle norme, ma le burocrazie di tutta Italia le assumono come fossero il Vangelo – anzi la Bibbia, che suscitava ben maggior terrore - salvo il problema di capirne il significato: significato che, evidentemente, non è così chiaro se la stessa Anac organizza corsi presso le università romane e milanesi per spiegare ai pubblici funzionari che cosa hanno scritto nei loro atti, impegnandovi (spero non a pagamento) i loro massimi vertici.

Ecco che cosa significa consegnare il potere in mano ai burocrati. Confesso spesso pubblicamente che non sono più in grado di leggere le leggi italiane: se ho un problema che riguarda, per esempio, la mia carriera universitaria devo telefonare a un burocrate che di diritto magari non ne sa molto, ma che mi ripete quello che hanno deciso in una riunione nazionale tra i loro uffici, magari in presenza di un funzionario del ministero: da cui escono le brillanti novità, come quella per cui il rimborso delle spese di viaggio a un collega che viene a fare una lezione, ovviamente gratuitamente, quel rimborso è tassabile come reddito. Mi viene da definirlo come un abigeato concettuale, ma – mi si assicura – è stato così deciso in una conferenza tra università interpretando un responso (palesamente inconfidente) dell'Agenzia delle entrate.

Consegnare l'ordinamento giuridico ai burocrati è una colpa indelebile della nostra politica. Come diceva Hannah Arendt (*Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 340 ss.), il governo della burocrazia è il peggior governo dittatoriale della storia: lei si riferiva alla burocrazia tedesca del Reich, ma il principio ha validità universale. La burocrazia non risponde a nessuno dei suoi atti, salvo l'intervento eventuale e difficile del giudice amministrativo o della Corte dei conti. Ma così si è deformato irrimediabilmente il tessuto normativo e diviene davvero difficile continuare a parlare di certezza e di sicurezza giuridica. In fondo è di un potere politico democratico e efficiente che abbiamo più bisogno anche per garantire questi sommi valori.