

**A proposito di un saggio di Giuseppe Valditara: “Giudici e Legge”<sup>\*\*</sup>**

*di Francesco Cavalla - Professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Padova*

**ABSTRACT:** In the framework of the death of legal positivism, the essay of Giuseppe Valditara “Giudici e legge” retraces the historical path that led Italian judges to acquire a role in the creation of the law on the basis of the interpretation of the Italian Constitution: this in contrast with the same Constitution, which states that judges are subject to the law. In such reconstruction, the Author examines the thought of relevant scholars as Zagrebelsky, Grossi and Perlingeri, together with many legal cases whose solutions show the attitude of the judges towards creating law. The Author highlights how such new role of the judges puts at risk our democracy and the sovereignty of the people. Following such a negative picture, the Author ends by emphasising the need for legal reforms, mostly regarding the Italian Constitutional Court and the Superior Counsel of Magistrates.

\*\*\*

Il positivismo giuridico è morto. Il problema è: cosa ne facciamo dei resti del diritto positivo. Questo discorso (o uno molto simile) circolava insistentemente nell’ambito di un convegno di privatisti molti e molti anni fa. Lo si potrebbe mettere come epigrafe al libro che qui si *presenta*.

Certo il positivismo (inteso come quella prospettiva che identificava principalmente il diritto nelle leggi formali dello Stato) è morto e, forse, non è mai esistito allo stato puro, nel senso che i giuristi di un tempo (non troppo) lontano assumevano a premessa dei loro giudizi non solo la lettera

---

\* Lavoro referato dalla Direzione della Rivista.

\*\* VALDITARA G., *Giudici e Legge*, Pagine, Roma, 2015.

della legge ma anche un insieme di premesse, valori, *topoi*, che in quella lettera non si trovavano. Però, legge scritta e premesse varie non scritte formavano un plesso di assunzioni comuni a pratici e studiosi del diritto che permetteva di raggiungere soluzioni diffusamente condivisibili per molti problemi relativi a casi concreti. In altri termini, la convinzione comune per la quale la prima fonte di produzione del diritto era da ravvisarsi nella legge dello Stato consentiva una accettabile realizzazione di quel valore, che va sotto il nome di “certezza del diritto”, che consiste nella relativa prevedibilità della qualificazione giuridica che un giudice avrebbe dato ad una determinata fattispecie concreta.

Ebbene questo modo di pensare al diritto se ne è andato. E così si è frantumata anche la norma positiva: nel senso che la legge dello Stato ha perso la sua positività; si è ridotta ad un testo che, quando si tratti di qualificare una fattispecie concreta, viene sbrindellato: se ne utilizzano lacerti, se ne cancellano parti, si introducono norme, criteri e significati non riconducibili alla volontà legislatrice dello Stato. Quello che resta del vecchio diritto positivo viene inserito in un nuovo edificio ben diverso da quello di origine. E chi è il soggetto di una simile operazione? Chi, smantellando ciò che si credeva l'ordinamento giuridico, sta dando vita ad un nuovo diritto positivo? Lo sanno tutti: si tratta dei giudici con le loro sentenze. Al vecchio imperativismo statale si è sostituito quello che a ragione è stato chiamato il nuovo imperativismo giudiziario.

Il diritto e quello che le corti dicono sia il diritto. È questo l'assunto fondamentale della più diffusa corrente di pensiero – il realismo giuridico – all'interno della teoria generale del diritto. Indipendentemente dalle sue espressioni culte, che il diritto sia “fatto” dai giudici è convinzione pressoché generale: alcuni la accolgono senza protestare, altri recriminano ma sono costretti ad adattarvisi; alcuni la giudicano genericamente pericolosa, altri non la giudicano ritenendola fatale.

Ma se, al di là delle opinioni soggettive più o meno giustificate, se si vuole veramente sapere cosa è successo, perché è successo, quali sono le motivazioni politiche e ideologiche della posizione assunta dai giudici e quale sia effettivamente l'esiziale pericolo che essa assume per lo stato democratico, se si vuole sapere il tutto in forma “scientifica” (che vale qui a dire con la massima precisione possibile nei concetti e nella ricostruzione dei fenomeni culturali e fattuali), allora bisogna assolutamente leggere e con grande attenzione, il libro di Giuseppe Valditara.

L'Autore – dopo aver riportato alcuni esempi nei quali il rapporto logico tra il dettato legislativo e l'interpretazione dello stesso adottata dal giudice rimane solo quello della contraddizione – affronta il tema della giustificazione delle posizioni attuali della magistratura. Vengono esaminate le dottrine di eminenti studiosi – Gustavo Zagrebelsky, Paolo Grossi, Pietro Perlingeri – che fondano le loro tesi su di una visione generale del diritto nell'attuale cultura e nella società contemporanea. Tratto comune del loro pensiero è la negazione che il diritto consista principalmente nella volontà dello Stato: tutti, pur con diverse visioni, concordano poi nell'assegnare al diritto il compito di costituire una mediazione tra interessi diversi presenti nella società e non adeguatamente rappresentati dall'organo legislativo. Tutti e tre, con motivazioni a ciascuno proprie, indicano nella Costituzione il testo del nuovo diritto positivo effettivamente rappresentativo delle esigenze profonde della società; in tale prospettiva la Costituzione non è vista come un fondamentale programma politico e l'enunciazione di valori determinati, ma viene intesa

come complesso di norme immediatamente efficaci, senza intermediazione alcuna, capace in ogni suo punto di trovare determinazioni precise per ogni caso particolare. E chi è il soggetto deputato ad applicare la Costituzione, assegnandole significati precisi, giudicando, integrando o censurando l'attività dell'organo legislativo? È il magistrato giudicante, custode unico dello spirito popolare e unico interprete dei valori fondanti dell'ordinamento giuridico, capace di produrre con le sentenze un nuovo diritto positivo efficace.

Nessuno può negare il valore culturale delle dottrine cui si è ora accennato: esse valgono indubbiamente a proporre meditate riflessioni sull'essenza del diritto e a formulare fondate critiche verso molti miti del vecchio positivismo, primo fra tutti quello del "giudice bocca della legge". Però l'impianto che sostiene le loro conclusioni desta notevoli perplessità, puntualmente messe in luce da Valditara. È quella proposta dalle prospettive citate la posizione assegnata alla Costituzione dai padri costituenti? Si può veramente sostenere che ci sia un modo di intendere valori fondativi della società costante dall'inizio ad oggi della nostra Repubblica? Non è forse vero che in uno Stato democratico l'organo deputato ad interpretare la volontà popolare, ad unificare le diverse tendenze in essa manifeste, è, ed è solo, il Parlamento eletto a suffragio universale? Come si fa, volendo salvaguardare l'assetto democratico dello Stato Italiano, ad assegnare una funzione nomopoietica ad un organismo, come la magistratura privo di qualsiasi anche parvente mandato popolare, formantesi per autogerminazione attraverso concorsi autogestiti? (Può forse la vittoria in un concorso conferire ad un uomo doti tali da far presumere che i suoi atti imperativi godano del consenso universale?).

Peraltro i giudici non sarebbero diventati i signori della legislazione ordinaria (espropriando quelle che per molti sono prerogative del Parlamento) senza l'intervento efficace dell'organo che la Costituzione stessa erige a suo garante e custode, cioè della Corte costituzionale. Valditara è puntuale ed efficace nel congiungere con una linea unica la serie di punti rappresentati da una serie di decisioni della Corte dal '57 ai giorni nostri: tutte convergenti – presupponendo l'immediata efficacia della Carta – verso un obiettivo finale. Che è quello di consentire (o forse, imporre) ai giudici ordinari l'"interpretazione adeguatrice" della legge. Il che significa che i giudici sono autorizzati direttamente, nella sentenza, senza il ricorso alla Corte Costituzionale, a pretermettere, modificare, sostituire con altra norma, ogni disposizione che sembri loro non conforme al (supposto) contenuto del dettato costituzionale.

A questo punto Valditara ricorda quello che ogni buon giurista deve sapere: e cioè che il diritto è quello che si interpreta; che la giurisprudenza deve essere sensibile ai mutamenti della società e non cristallizzarsi in se stessa; che il Parlamento d'altra parte produce una legislazione confusa e ipertrofica. Ma un conto è riconoscere la necessità dell'intervento interpretativo del giudice e un conto è assegnare a quest'ultimo una autentica funzione nomopoietica. Infatti il giudice produttore di leggi al di fuori o contro la volontà del Parlamento costituisce una grave violazione dei principi costitutivi dello stato democratico dei quali il fondamentale è quello della sovranità popolare: questa in Occidente si esercita attraverso un organo eletto a suffragio universale. (E con un opportuno excursus storico Valditara precisa bene cosa ha da intendersi per democrazia rappresentativa contrapposta ad una concezione totalitaria dello Stato).

La radice dell'eversione risiede nella pretesa del tutto ideologica di fare della Costituzione un testo immediatamente normativo per ogni caso particolare. È ideologica perché contro la logica: è ideologica perché è al servizio di una visione unilaterale dei conflitti sociali che nell'esperienza giuridica dovrebbero trovare composizione.

In primo luogo, come si diceva, si viola la realtà logica del dettato costituzionale il quale è fatto in gran parte di enunciazioni generali, programmatiche, soggette a molti modi di essere intese: sicché la determinazione di un loro significato specifico può essere fatta solo dall'organo legittimato a far valere le sue scelte soggettive; e questo organo, nello stato democratico è solo il Parlamento.

Ci si permetta di dire che quando si reputa che le norme della Costituzione sono immediatamente applicabili si infrange una regola logica fondamentale: ed è per questo che si fa un discorso ideologico e quindi ingannevole. La regola è che: da un principio non si può mai dedurre una e una sola conclusione univoca. Si "applica" un principio non con una deduzione, ma attraverso una sua determinazione; e per determinarlo bisogna prendersi la responsabilità di una serie di scelte: dirette ad assumere uno tra molti significati possibili e alcuni tra molti possibili aspetti della realtà. Se è lecito sospettare che una norma violi un principio (ed è quindi logico rivolgersi a chi è garante del principio stesso) non si può poi determinare il principio senza scelte soggettive che devono essere autorizzate come lo sono, nello stato democratico, quelle del Parlamento.

In secondo luogo il travisamento logico della Costituzione è stato perpetrato nel deliberato proposito di sovrapporre al Parlamento una ben precisa visione della società e del modo con cui deve trasformarsi. Qui Valditara è (mi si passi il termine poco scientifico) terribile: implacabile nel mostrare la direzione assunta dalle decisioni della Corte Costituzionale, a partire dall'attività di Gaetano Azzariti (prima presidente del tribunale per la difesa della razza, poi capo di gabinetto di Togliatti ministro della Giustizia nell'immediato dopoguerra, poi primo presidente effettivo della Corte Costituzionale). La progressiva attribuzione ai giudici di capacità creative risulta al servizio di un preciso progetto politico: diretto alla promozione di valori antitetici ai valori "proprietary", ossia a quei valori legati al profitto, nell'intento (tutto e solo dichiarato) di promuovere l'emancipazione delle classi subalterne. In termini simili si esprimevano – per avallare la separazione della giurisprudenza dalla legislazione – in convegni e documenti le correnti "di sinistra" della magistratura e gli esponenti del così detto "uso alternativo del diritto". Anche se nel tempo (sempre troppo tardi) la dottrina marxista ha perso attrattiva, resta che – come conclude drammaticamente Valditara – il progressivo riconoscimento alla magistratura di funzioni nomopoietiche rappresenta "un'operazione nei fatti eversiva giustificata da un ben preciso fine politico: modificare per via giudiziale l'ordinamento dello Stato in senso 'progressista' ... realizzando quel cambiamento normativo che le libere elezioni e le maggioranze parlamentari " non consentirebbero (182). È un'operazione eversiva dello Stato democratico.

Si può aggiungere che in tal modo si è attuata la più deleteria conseguenza dell'illuminismo giuridico: quale va sotto il nome di "giacobinismo", intendendosi per tale la dottrina che assegna ad una *élite* ristretta il compito di interpretare la volontà generale di un popolo, con la tacitazione conseguente di ogni dissenso.

Che fare? La funzione propria del giudice, che non è quella di creare diritto ma di mediare tra pretese opposte, non può di fatto essere imposta per legge. D'altra parte Valditara sa benissimo che non si può tornare ad una vecchia impostazione culturale positivista. Però è possibile e doveroso che il Parlamento eserciti le funzioni che in uno Stato democratico gli spettano: in questa direzione Valditara auspica una serie di riforme tra le quali, urgente, è quella della composizione della Corte Costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura.

Si può aggiungere che una notevole parte nel contrasto alla deriva "giacobina" della magistratura spetta agli avvocati e agli operatori giuridici in genere: che non restino supini di fronte alle decisioni più aberranti ma sappiano opporvi ogni mezzo logico e procedurale in loro possesso. E una responsabilità grande spetta indubbiamente a tutti gli uomini che nel Paese "fanno cultura": ai quali tutti, per prendere adeguata conoscenza dei gravi problemi dell'esperienza giuridica, gioverebbe la lettura del libro che qui si presenta.