

LORENZO ZILLETTI

LA GIURISPRUDENZA OGGI:
TRA TRACIMAZIONI ERMENEUTICHE E LEGITTIMAZIONE

Poche osservazioni, che convergono nel riconoscere il fenomeno della crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza, in danno del principio di legalità penale. Senza mezzi termini, Luciano Violante ha affermato che stiamo andando *inevitabilmente* verso un giudice di *common law*. Una prospettiva accarezzata da chi, non solo in curia, si inebria al calice del diritto floscio, senza più fattispecie, rimesso alla sensibilità (precomprensione) di un interprete oramai trasformato in autore. Invisa, al contrario, a coloro che colgono tutte le implicazioni di questo silenzioso ribaltamento di sistema, consumato a dispetto dell'art. 101, comma 2, Cost.

Il burocrate creativo, che si aggira disinvolto nel labirintico sistema multilivello delle fonti e che fabbrica la regola secondo proprie preferenze politiche e culturali, attingendo pezzetti di Costituzione ("officina" di diritti), fettine di Convenzioni internazionali ed inserti di giurisprudenza delle Corti europee, inquieta ancora – per fortuna – qualche magistrato. Quelli, e ne abbiamo ascoltati nel nostro convegno, che resistono alla tentazione di amministrare giustizia in base a valori personali e che guardano oltre il contingente, preconizzando un altro ineluttabile: prima o poi la politica riconquisterà la propria forza, liberandosi dal pesante condizionamento del potere togato, che da anni impedisce ogni seria riforma di ordinamento giudiziario. Sarà il tempo in cui non verranno più tollerate schizofrenie istituzionali e si porrà al giudice una secca alternativa: tornare (fin troppo) nei ranghi della metaforica bocca della legge o essere reclutato, anziché per concorso, tramite nomina o elezione, come avviene davvero nei sistemi di *common law*.

Insomma, o burocrate o creativo. E, in questo secondo caso, legittimato dal consenso popolare, secondo le più elementari regole della democrazia.

Che non siano traveggole, da profeti interessati a contrastare l'espansione sempre più smisurata del diritto giurisprudenziale (*rectius*: giudiziario), lo confermano diagnosi insospettabili, per le fonti da cui promanano.

Come osservato agli inizi del 2016 da Paolo Borgna, sulle pagine di un quotidiano nazionale, "*l'architrate dell'indipendenza dei magistrati è il capoverso dell'articolo 101 della Costituzione: 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge'. Ma se la legge non conta più nulla, a cosa serve l'indipendenza dei giudici?*".

L'autorevole magistrato torinese non lesina domande cruciali: *“Perché dei giudici, cui venga attribuito il potere di compiere scelte discrezionali che tipicamente appartengono alla politica, dovrebbero esser privi di legittimazione democratica? Ci sono grandi democrazie in cui il diritto giurisprudenziale conta più della legge. Ma in quelle democrazie i pubblici accusatori sono elettivi e i giudici nominati dal governo. Il modello di giudice che piace tanto ai fautori della ‘teoria dei diritti’, prima o poi, dovrebbe essere collegato (direttamente o indirettamente) con il principio della sovranità popolare”*.

Siamo ai fondamentali, anche se tra i corifei della prevedibilità e del formante giurisprudenziale scattano meccanismi di rimozione.

Utile, allora, un balzo indietro nel tempo, nientemeno che al 1946. Si stanno gettando le basi della Repubblica, in Assemblea costituente. Col suo primo intervento, nella seconda sezione della seconda sottocommissione, Piero Calamandrei affronta la questione del metodo di reclutamento dei magistrati. Le idee, come di consueto, sono adamantine: *“L’elezione dei magistrati rappresenta un metodo logico e coerente ove non esiste il sistema della legalità, laddove cioè il diritto non è formulato, cristallizzato nelle leggi ma vige il sistema del diritto libero. Ma nei Paesi europei, dove sussiste il principio della legalità – per cui la politica si trasforma in diritto attraverso gli organi legislativi ed i giudici debbono limitarsi all’applicazione della legge – il metodo elettivo sarebbe un controsenso”*.

Cacciare in soffitta il principio di legalità e consentire ad una *élite* di funzionari, priva di legittimazione democratica, di creare la regola e così – per riprendere Calamandrei – trasformare la politica in diritto, genera il *“controsenso”* del quale e nel quale ci dibattiamo.

Da qui dovrebbe prender le mosse, tra i componenti dell’ordine giudiziario, una seria riflessione sui limiti dell’interpretazione, che – come ama ricordare Gaetano Insolera – soltanto nella nostra disciplina è al massimo grado avviluppata e connessa col potere dell’uomo sull’uomo. Diversamente, se il piano continuerà a restare inclinato verso la *common law*, non resterà che adeguarsi, cominciando a guidare tutti a sinistra.