

Diventare giurista

Il diritto come lavoro e passione

28 Novembre 2012

Luciano Butti

[estratto dal libro [Diventare giurista](#), Filodiritto Editore, Bologna 2012]

III. Alcune grandi domande intorno al diritto

«Sappiamo così poco del diritto che dal sostantivo nessuno è stato in grado di ricavare l'aggettivo. (...) Si dice "giuridico", e così si prende in prestito ancora dai Romani»[1]. A cosa serve la legge? A rendere la società più stabile ed a favorirne lo sviluppo – risponde Tony Honoré, professore di diritto ad Oxford[2] – essenzialmente perseguendo quattro obiettivi:

- stabilire regole di comportamento, divieti e sanzioni;
- facilitare gli accordi privati fra le persone;
- prevedere meccanismi idonei a decidere nel caso concreto il significato della legge ed a valutare se sia stata violata;
- organizzare i meccanismi di governo delle varie istituzioni.

Non ho qui la presunzione di presentare le grandi questioni della legge, ma soltanto alcune di esse, scelte senza un criterio preciso, che non sia quello di avere qualcosa da raccontare. Avrete tempo per riflessioni più ordinate. Ora dovete soltanto cercare di capire se si tratta di temi che possono suscitare il vostro interesse, in mancanza del quale sarebbe difficile sopravvivere a quello che vi aspetta durante e dopo gli studi giuridici. Non sarà per voi un compito semplicissimo: benché infatti la legge sia ovunque intorno a noi e accompagni le nostre vite dalla culla alla tomba[3], la maggior parte delle persone ha un'idea estremamente vaga del suo significato e dei suoi meccanismi[4]. Sapete già certamente se vi piacciono il latino o la matematica. Probabilmente, invece, non sapete ancora se vi può interessare il diritto: mi auguro di aiutarvi a capirlo.

1. Leggi giuste e leggi ingiuste

Il tempo nostro è proprio il tempo della critica, cui tutto deve sottostare. Vi si vogliono comunemente sottrarre la religione per la sua santità e la legislazione per la sua maestà; ma così esse lasciano adito a giusti sospetti, e non possono pretendere quella non simulata stima, che la ragione concede solo a ciò che ha saputo resistere al suo libero e pubblico esame

(I. Kant, Critica della ragion pura, edizione del 1781[5])

Socrate giustificò il proprio rifiuto di fuggire dal carcere – uno tra i più famosi rifiuti della cultura occidentale[6] – con la famosa affermazione: «Le Leggi sono le Leggi, non sono né giuste né ingiuste».

Oggi la situazione è a prima vista un po' più complessa, per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, nella maggior parte dei Paesi democratici (e certamente in Italia), esiste una categoria di leggi che lo stesso ordinamento giuridico considera "ingiuste", prevedendo perciò un meccanismo espressamente finalizzato alla loro cancellazione. Si tratta prima di tutto delle leggi contrastanti con le norme fondamentali dello Stato, raccolte nella Costituzione, che, per lo meno in Italia, è "rigida", in quanto

può essere modificata solo attraverso una procedura “aggravata” rispetto a quella che è necessaria per approvare una legge ordinaria. La cancellazione di queste leggi – “ingiuste” in quanto contrastanti con la Costituzione – è compito della Corte costituzionale[7], di solito su richiesta di un giudice il quale, in uno specifico processo di sua competenza, avrebbe dovuto fare applicazione di una norma sospetta di “incostituzionalità”.

Con l’avvento e lo sviluppo dell’Unione europea, è entrata in gioco anche un’ulteriore e per certi aspetti analoga categoria di norme “ingiuste”, quelle che contrastano con il diritto comunitario. Anche in questo caso esiste un organo giurisdizionale deputato alla verifica della conformità dei diritti nazionali con il diritto europeo, e questo organo è la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con sede a Lussemburgo. Diversamente però dalla nostra Corte costituzionale, la Corte di Giustizia non può direttamente cancellare le leggi nazionali contrastanti con quelle europee, ma deve avviare un meccanismo più complesso, normalmente basato su una iniziale dichiarazione di inadempienza di uno Stato membro rispetto al diritto comunitario: dichiarazione che può poi condurre, in una successiva e complicata fase, anche ad una sanzione pecuniaria a carico dello Stato inadempiente, la cui entità è rapportata alla durata dell’inadempimento.

In secondo luogo è maturata, soprattutto dopo i totalitarismi del ventesimo secolo ed il successo di alcune importanti battaglie nonviolente basate sulla “disobbedienza”[8], la convinzione che, per evitare la “banalità del male”[9], sia necessario appunto disobbedire alle leggi gravemente ingiuste. Con un atteggiamento nello stesso tempo mite e determinato, che in qualche modo richiama il famoso «Preferirei di no» («I would prefer not to»), ripetutamente e testardamente pronunciato dal protagonista di un famoso romanzo (Bartleby) di Herman Melville. Nulla di completamente nuovo, peraltro, se si pensa al conflitto fra Creonte, il quale difendeva la legge scritta, e Antigone, che si appellava alla pietà ed alla giustizia degli dei[10]: accettando esplicitamente le conseguenze della propria ribellione e così avviando la storia millenaria dell’obiezione di coscienza[11].

Tuttavia, l’esistenza di procedure finalizzate ad eliminare dall’ordinamento alcune leggi “ingiuste” non indebolisce la “rule of law”; anzi, ne rafforza il ruolo e l’importanza.

Da un lato, infatti, i compiti della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia sono stabiliti proprio dalle leggi, le quali modernamente si preoccupano anche di stabilire meccanismi (che noi giuristi però preferiamo chiamare “procedure”) finalizzati a correggere i propri più evidenti difetti. Grazie al controllo di costituzionalità delle leggi, possiamo dire che, nella maggioranza degli Stati costituzionali, «il principio di legalità, caposaldo dello Stato di diritto, si sia esteso, sia salito di un piano»[12].

D’altro lato, la disobbedienza civile non rifiuta, ma anzi in qualche maniera esalta il ruolo della legge, anche di quella ingiusta: perché il vero nonviolento non mira ad aggirarla – non evade né elude clandestinamente le regole di un fisco che considera ingiusto, per esempio – ma a porne in evidenza le carenze, sottoponendosi alle conseguenze della loro trasparente ed anzi pubblicizzata violazione (come nel caso della “disobbedienza fiscale” contro le spese militari).

Pertanto l’affermazione di Socrate con la quale questo capitolo si apre è ancora fondamentale. Singole leggi possono infatti essere ingiuste, ma la supremazia della legge è ancor oggi il miglior argine che l’umanità abbia saputo mettere a disposizione di ciascun individuo contro la molesta invadenza del potere. Perciò, «per il popolo, combattere in difesa delle leggi è necessario come difendere le mura»[13].

Naturalmente, l’interpretazione delle leggi – che deve avvenire attraverso precise tecniche, chiamate anche “argomenti interpretativi”[14] – terrà in grande considerazione i fondamentali concetti di giustizia. E ciò tanto più avverrà in quei Paesi (come ad esempio l’Inghilterra) che, mancando di una Costituzione scritta (e

dunque anche di una Corte costituzionale), devono affidare all'applicazione della legge da parte dei giudici anche il compito di correggerne gli eccessi o le incongruenze[15].

In sintesi, seguendo l'insegnamento di un ex Presidente della nostra Corte costituzionale, occorre evitare un doppio rischio di "totalitarismo giuridico"[16]: quello che riduce il diritto alla sola giustizia e quello che lo riduce alla sola legge scritta. Quest'ultimo consente i peggiori abusi sotto il formale permesso della legge scritta; il primo consente analoghi abusi in nome di un'etica fondamentalista.

2. Diritti, democrazia e potere

Non seguirai la maggioranza per agire male

(Bibbia, Libro dell'Esodo)

Se qualcuno mi rimprovera e mi domanda perché non sono ricorso ai tribunali regolari, posso dire solo questo: in quell'ora io ero responsabile del destino del popolo tedesco ed ero quindi il suo giudice supremo (Hitler, discorso del 13 luglio 1934 al Reichstag, citato in G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 35)

Conoscete qualcuno che sia oggi contrario alla democrazia?

Eppure questo concetto nacque, nella Grecia classica, come «un modello negativo, una disgrazia da scongiurare»[17] – o anche «una stravaganza di pochi e... una vergogna»[18] – a causa dei difetti attribuiti al popolo e della elevata probabilità di successo dei demagoghi. Tanto che, per esempio, nella Lega del Peloponneso la regola della maggioranza, pure affermata in teoria, subiva un'eccezione, consistente nell'esistenza di qualche impedimento da parte degli Dei o degli Eroi: «si può pensare a qualcosa di più significativo ed anche di più poetico che invocare il mito per sciogliere l'uomo dalla tirannia della maggioranza?»[19]. Ed anche nei secoli successivi, sino alla reazione democratica contro i totalitarismi del Novecento, la Costituzione migliore era considerata quella in grado di combinare elementi diversi, fra i quali anche (ma non soltanto) aspetti di democrazia.

Oggi, quanto meno in Occidente, nessuno più discute la democrazia, consistente, in prima e superficiale approssimazione, nell'attribuzione della sovranità e del potere al popolo e – pertanto – alla maggioranza del popolo. Piuttosto, ci viene autorevolmente rimproverato di avere una concezione esclusivamente "occidentale" della democrazia[20].

Di fronte ai concetti apparentemente scontati, il giurista deve tuttavia sviluppare un riflesso condizionato di approfondimento, di dubbio e persino di sospetto. Chiediamoci perciò in primo luogo che cosa sia il "potere". Esso viene normalmente definito come la capacità di ottenere obbedienza da altri. Dunque la democrazia – intesa come potere della maggioranza – è la capacità della maggioranza di ottenere obbedienza dalla minoranza. Un certo grado di democrazia (così intesa) è indispensabile per far funzionare la società; ma un eccesso di questa democrazia è la inevitabile premessa per intollerabili soprusi in danno delle minoranze di ogni genere (minoranze politiche, religiose, culturali, artistiche, di orientamento sessuale, ecc.).

Non possiamo perciò evitare di riflettere sui problemi inevitabilmente derivanti dal concetto più semplice e primitivo di democrazia, consistente nell'attribuzione ad una maggioranza del potere di decidere. In quale modo un tale potere può essere compatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, di tutti gli individui, anche coloro il cui modo di pensare e le cui propensioni sono profondamente diversi da quelli della maggioranza?

Ancora una volta, dobbiamo ringraziare il diritto, con il suo corredo di istituzioni, di procedure e di distinzioni. E persino di attese e di lentezza. La protezione dei diritti fondamentali infatti non si realizza – non si può realizzare – attraverso la democrazia primitiva (potere della maggioranza), ma attraverso

istituzioni, normalmente non elettive, specificamente preposte a questo compito. I Tribunali. Le Corti costituzionali. Gli altri organi costituzionali di garanzia (come, nel nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica). Le Autorità indipendenti. Le Banche centrali. Gli organismi tecnico-scientifici dello Stato[21]. Le istituzioni sopranazionali. Tutti organismi che rendono sofisticata la democrazia e che spesso traggono la propria legittimazione dalla particolare competenza dei componenti piuttosto che dal “voto popolare”, invece acriticamente considerato da tutti i demagoghi (dei quali ancor oggi è purtroppo piena la nostra politica) come il solo criterio di distinzione del giusto dall’ingiusto.

Grazie al diritto, vi sono fortunatamente molte cose che, in una democrazia sofisticata, la maggioranza non può fare (anche se spesso ci prova). Non può calpestare i diritti della minoranza politica, non può privilegiare un credo religioso, un modo di pensare, un orientamento sessuale sugli altri. Non può irragionevolmente interferire con la libertà dell’individuo, nemmeno per renderlo (secondo la maggioranza) migliore. Persino in una spietata dittatura il tiranno normalmente non osa rendere espressamente lecite attraverso una legge le proprie peggiori azioni: come è stato efficacemente detto, «nessuna legge ha mai espressamente autorizzato l’Olocausto»[22].

Inoltre, come segnala efficacemente Francesco Galgano, «il principio di maggioranza vale solo per le decisioni reversibili», non invece per le scelte (come alcune di quelle in tema di energia e ambiente) che «toccano la definizione stessa del futuro dell’umanità»[23].

Per tutte queste ragioni un giurista consapevole si insospettisce quando sente parlare di giudici eletti dal popolo (e perciò probabilmente[24] espressione della maggioranza). Poi accetta di discutere anche questo tema (i giuristi devono dubitare di tutto, come, grazie alla compagnia del proprio “genio astuto”, Cartesio sapeva fare[25]; e devono sempre prendere in considerazione la possibilità di cambiare idea); e magari si convince che, per particolari ragioni, in un ambito molto ristretto, per un tempo contenuto, si può anche accettare un giudice elettivo. Ma il sospetto e la sensazione di disagio rimangono. Normalmente l’elezione dei giudici viene presentata come un meccanismo utile ad assicurare che la giustizia venga amministrata anche dalla “gente comune”, piuttosto che soltanto da un ceto professionale che rischia di divenire autoreferenziale. Se davvero questa fosse la finalità perseguita, vi è da chiedersi per quale ragione non si prediliga, invece dell’elezione, il sorteggio[26], magari all’interno di un elenco comprendente i cittadini dotati di alcuni requisiti, quali l’incensuratezza ed un minimo titolo di studio (sistema questo che viene utilizzato in Italia per scegliere i giudici popolari che affiancano quelli togati in alcuni processi penali particolarmente importanti). Insomma, la mia convinzione è che l’amministrazione della giustizia sia destinata a servire la democrazia anche limitandone l’ambito di intervento, e che perciò debba rimanere quanto possibile distante da meccanismi che – come il voto popolare – della democrazia e della raccolta del consenso sono tipici.

Ai giuristi del resto interessa maggiormente – deve interessare maggiormente – la tutela di un singolo individuo diverso dagli altri che non la pretesa della maggioranza di decidere anche per lui. Siamo infatti degli snob, e dobbiamo essere fieri di esserlo e di rimanerlo. Per questo la società ha tanto bisogno di noi, anche quando siamo costretti a renderci antipatici per difendere i legittimi diritti di chi è da quasi tutti considerato – spesso a ragione, qualche volta a torto – indifendibile.

[1] F. Galgano, Tutto il rovescio del diritto, Giuffrè, Milano, 2007, 4.

[2] Cfr. T. Honoré, About law. An introduction, Oxford University Press, Oxford, 1995, 1-2.

[3] Cfr. N. Bobbio, Teoria generale del diritto, Giappichelli, Torino, 1993, 6.

- [4] Cfr. sul punto A.W. Brian Simpson, *Invitation to Law*, Blackwell Publishing, Oxford, 1988, 3-7.
- [5] Su questa citazione occorre qualche precisazione. L'affermazione riportata nel testo fu infatti inserita da Kant solo nella prefazione all'edizione del 1781 della *Critica della ragion pura*. Il passaggio venne invece rimosso nelle successive edizioni, quando la morte di Federico II faceva già presagire la svolta autoritaria della Prussia. Traggio queste informazioni, nonché la citazione riportata nel testo, da A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia. Figure della menzogna nella storia del pensiero occidentale*, Bruno Mondadori, Milano, 2001, 351.
- [6] «Tutta la filosofia occidentale nasce attorno alla scena» di questo processo (A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia*, cit., 165).
- [7] La quale in tal modo funge da «mediatore tra pluralismo dei valori d'una società e sordità dei testi legislativi» (così P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 91).
- [8] Il riferimento è naturalmente rivolto, in primo luogo, alle idee ed all'azione del Mahatma Gandhi.
- [9] Cfr. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, London, 1994.
- [10] Rinvio in proposito alla bella introduzione di M.G. Ciani alla tragedia di Sofocle (Marsilio, Venezia, 2000).
- [11] Oggi peraltro in alcuni settori riconosciuta dalle leggi – perciò in qualche modo depotenziata. Cfr. per esempio la legge n. 194 del 1975, in tema di obiezione di coscienza verso la interruzione volontaria della gravidanza, e – in passato – la legge n. 230 del 1998 sulla obiezione di coscienza al servizio militare (da alcuni anni peraltro non più obbligatorio).
- [12] R. Bin, *Lo stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004, 51.
- [13] Diogene Laerzio, citato da L. De Crescenzo, *Panta rei*, Mondadori, Milano, 1994, 199.
- [14] Efficacemente sintetizzati, riprendendo le sistematica proposta dal giurista Giovanni Tarello in G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, il Mulino, Bologna, 2008, 62-64.
- [15] Può apparire a prima vista singolare che in un Paese da lungo tempo “democratico” come la Gran Bretagna non esista una Costituzione scritta: per la spiegazione di questo fenomeno cfr. V. Onida, *La Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, 12 ss., nonché C. Barnard, J. O'Sullivan e G. Virgo, *What about Law? Studying Law at University*, Hart Publishing, Portland, 2007, 142 ss. In Gran Bretagna il rispetto dei precedenti giudiziari è uno dei cardini della “rule of law”. Tuttavia nel 1966 la House of Lords, rovesciando il proprio precedente orientamento, ha deciso di non considerarsi in futuro vincolata dai propri precedenti, qualora l'applicazione dei medesimi possa risultare ingiusta o impedire un appropriato sviluppo del diritto: *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234. Ciò nondimeno, i Lords hanno esercitato in seguito la facoltà di distaccarsi dai propri precedenti solo con grande auto-limitazione: giungendo ad ammettere di avere in alcuni casi confermato un precedente che essi stessi consideravano apertamente errato, pur di non innovare rispetto alla tradizione. Ci vuol tutta l'audacia dei Lords, per scrivere una cosa di questo genere!
- [16] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 34.
- [17] G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, 4.
- [18] J. Dunn, *Il mito degli uguali. La lunga storia della democrazia*, Università Bocconi Editore, Milano, 2006, 6.
- [19] E. Ruffini, *Il principio maggioritario: profilo storico*, Adelphi, Milano, 1976, 12. Questo testo contiene un inquadramento storico e teorico del principio maggioritario ancora fondamentale.

[20] A. Sen, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Mondadori, Milano, 2004.

[21] Recentemente la Corte costituzionale ha notevolmente valorizzato l'importanza della scienza ed il ruolo degli organi tecnico-scientifici nazionali e internazionali, chiarendo che, in materia di tutela della salute, «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali» (elaborazione spettante agli «organi tecnico-scientifici») prevale sulla «pura discrezionalità politica dello stesso legislatore» (sentenze 26 giugno 2002, n. 282 e 17 marzo 2006, n. 116).

[22] T. Honoré Tony, *About law. An introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 108.

[23] F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, il Mulino, Bologna, 2008, 233.

[24] Negli U.S.A. i giudici dei singoli Stati (non quelli federali) e i procuratori distrettuali sono normalmente elettivi. Tuttavia i giudici vengono di solito scelti fra gli avvocati più rinomati e – anche in ragione del loro personale prestigio – riescono talora a mantenere un buon grado di autonomia e indipendenza. Il sistema elettivo dei giudici americani è comunque attualmente in discussione, anche a seguito di una sentenza del giugno 2009 della Corte Suprema federale: cfr. sul punto S. Nesper, *Denaro e giustizia: come si fa ad avere un giudice indipendente?*, in *federalismi.it* n. 13/2009, 1 luglio 2009.

[25] Sul metodo cartesiano – dubitare di tutto – e sul “genio astuto” che si divertiva a ingannare il filosofo in ogni circostanza, cfr. L. Ferry, *Vivere con filosofia. Trattato di filosofia a uso delle nuove generazioni*, Garzanti, Milano, 2007, 127.

[26] Persino le Moire – le dee del destino – per decidere la durata della vita di ogni mortale, si avvalevano per di più del sorteggio (cfr. L. Ferry, *Imparare a vivere. La saggezza dei miti*, Garzanti, Saggi Corsari, Milano, 2012, 77-78): a significare che, in determinate circostanze e quando è in gioco l'essenziale, il caso può essere una forma di giustizia superiore al conteggio dell'opinione prevalente.

[estratto dal libro [Diventare giurista](#), Filodiritto Editore, Bologna 2012]

III. Alcune grandi domande intorno al diritto

«Sappiamo così poco del diritto che dal sostantivo nessuno è stato in grado di ricavare l'aggettivo. (...) Si dice “giuridico”, e così si prende in prestito ancora dai Romani»[1]. A cosa serve la legge? A rendere la società più stabile ed a favorirne lo sviluppo – risponde Tony Honoré, professore di diritto ad Oxford[2] – essenzialmente perseguendo quattro obiettivi:

- stabilire regole di comportamento, divieti e sanzioni;
- facilitare gli accordi privati fra le persone;
- prevedere meccanismi idonei a decidere nel caso concreto il significato della legge ed a valutare se sia stata violata;
- organizzare i meccanismi di governo delle varie istituzioni.

Non ho qui la presunzione di presentare le grandi questioni della legge, ma soltanto alcune di esse, scelte senza un criterio preciso, che non sia quello di avere qualcosa da raccontare. Avrete tempo per riflessioni più ordinate. Ora dovete soltanto cercare di capire se si tratta di temi che possono suscitare il vostro interesse, in mancanza del quale sarebbe difficile sopravvivere a quello che vi aspetta durante e dopo gli studi giuridici. Non sarà per voi un compito semplicissimo: benché infatti la legge sia ovunque intorno a noi e accompagni le nostre vite dalla culla alla tomba[3], la maggior parte delle persone ha un'idea estremamente vaga del suo significato e dei suoi meccanismi[4]. Sapete già certamente se vi piacciono il latino o la matematica. Probabilmente, invece, non sapete ancora se vi può interessare il diritto: mi auguro di aiutarvi a capirlo.

1. Leggi giuste e leggi ingiuste

Il tempo nostro è proprio il tempo della critica, cui tutto deve sottostare. Vi si vogliono comunemente sottrarre la religione per la sua santità e la legislazione per la sua maestà; ma così esse lasciano adito a giusti sospetti, e non possono pretendere quella non simulata stima, che la ragione concede solo a ciò che ha saputo resistere al suo libero e pubblico esame

(I. Kant, Critica della ragion pura, edizione del 1781[5])

Socrate giustificò il proprio rifiuto di fuggire dal carcere – uno tra i più famosi rifiuti della cultura occidentale[6] – con la famosa affermazione: «Le Leggi sono le Leggi, non sono né giuste né ingiuste».

Oggi la situazione è a prima vista un po' più complessa, per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, nella maggior parte dei Paesi democratici (e certamente in Italia), esiste una categoria di leggi che lo stesso ordinamento giuridico considera “ingiuste”, prevedendo perciò un meccanismo espressamente finalizzato alla loro cancellazione. Si tratta prima di tutto delle leggi contrastanti con le norme fondamentali dello Stato, raccolte nella Costituzione, che, per lo meno in Italia, è “rigida”, in quanto può essere modificata solo attraverso una procedura “aggravata” rispetto a quella che è necessaria per approvare una legge ordinaria. La cancellazione di queste leggi – “ingiuste” in quanto contrastanti con la Costituzione – è compito della Corte costituzionale[7], di solito su richiesta di un giudice il quale, in uno specifico processo di sua competenza, avrebbe dovuto fare applicazione di una norma sospetta di “incostituzionalità”.

Con l'avvento e lo sviluppo dell'Unione europea, è entrata in gioco anche un'ulteriore e per certi aspetti analoga categoria di norme “ingiuste”, quelle che contrastano con il diritto comunitario. Anche in questo caso esiste un organo giurisdizionale deputato alla verifica della conformità dei diritti nazionali con il diritto europeo, e questo organo è la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con sede a Lussemburgo. Diversamente però dalla nostra Corte costituzionale, la Corte di Giustizia non può direttamente cancellare le leggi nazionali contrastanti con quelle europee, ma deve avviare un meccanismo più complesso, normalmente basato su una iniziale dichiarazione di inadempienza di uno Stato membro rispetto al diritto comunitario: dichiarazione che può poi condurre, in una successiva e complicata fase, anche ad una sanzione pecuniaria a carico dello Stato inadempiente, la cui entità è rapportata alla durata dell'inadempimento.

In secondo luogo è maturata, soprattutto dopo i totalitarismi del ventesimo secolo ed il successo di alcune importanti battaglie nonviolente basate sulla “disobbedienza”[8], la convinzione che, per evitare la “banalità del male”[9], sia necessario appunto disobbedire alle leggi gravemente ingiuste. Con un atteggiamento nello stesso tempo mite e determinato, che in qualche modo richiama il famoso «Preferirei di no» («I would prefer not to»), ripetutamente e testardamente pronunciato dal protagonista di un famoso romanzo (Bartleby) di Herman Melville. Nulla di completamente nuovo, peraltro, se si pensa al conflitto fra Creonte, il quale difendeva la legge scritta, e Antigone, che si appellava alla pietà ed alla giustizia degli dei[10]: accettando esplicitamente le conseguenze della propria ribellione e così avviando la storia millenaria dell'obiezione di coscienza[11].

Tuttavia, l'esistenza di procedure finalizzate ad eliminare dall'ordinamento alcune leggi “ingiuste” non indebolisce la “rule of law”; anzi, ne rafforza il ruolo e l'importanza.

Da un lato, infatti, i compiti della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia sono stabiliti proprio dalle leggi, le quali modernamente si preoccupano anche di stabilire meccanismi (che noi giuristi però preferiamo chiamare “procedure”) finalizzati a correggere i propri più evidenti difetti. Grazie al controllo di costituzionalità delle leggi, possiamo dire che, nella maggioranza degli Stati costituzionali, «il principio

di legalità, caposaldo dello Stato di diritto, si sia esteso, sia salito di un piano»[12].

D'altro lato, la disobbedienza civile non rifiuta, ma anzi in qualche maniera esalta il ruolo della legge, anche di quella ingiusta: perché il vero nonviolento non mira ad aggirarla – non evade né elude clandestinamente le regole di un fisco che considera ingiusto, per esempio – ma a porne in evidenza le carenze, sottoponendosi alle conseguenze della loro trasparente ed anzi pubblicizzata violazione (come nel caso della “disobbedienza fiscale” contro le spese militari).

Pertanto l'affermazione di Socrate con la quale questo capitolo si apre è ancora fondamentale. Singole leggi possono infatti essere ingiuste, ma la supremazia della legge è ancor oggi il miglior argine che l'umanità abbia saputo mettere a disposizione di ciascun individuo contro la molesta invadenza del potere. Perciò, «per il popolo, combattere in difesa delle leggi è necessario come difendere le mura»[13].

Naturalmente, l'interpretazione delle leggi – che deve avvenire attraverso precise tecniche, chiamate anche “argomenti interpretativi”[14] – terrà in grande considerazione i fondamentali concetti di giustizia. E ciò tanto più avverrà in quei Paesi (come ad esempio l'Inghilterra) che, mancando di una Costituzione scritta (e dunque anche di una Corte costituzionale), devono affidare all'applicazione della legge da parte dei giudici anche il compito di correggerne gli eccessi o le incongruenze[15].

In sintesi, seguendo l'insegnamento di un ex Presidente della nostra Corte costituzionale, occorre evitare un doppio rischio di “totalitarismo giuridico”[16]: quello che riduce il diritto alla sola giustizia e quello che lo riduce alla sola legge scritta. Quest'ultimo consente i peggiori abusi sotto il formale permesso della legge scritta; il primo consente analoghi abusi in nome di un'etica fondamentalista.

2. Diritti, democrazia e potere

Non seguirai la maggioranza per agire male

(Bibbia, Libro dell'Esodo)

Se qualcuno mi rimprovera e mi domanda perché non sono ricorso ai tribunali regolari, posso dire solo questo: in quell'ora io ero responsabile del destino del popolo tedesco ed ero quindi il suo giudice supremo (Hitler, discorso del 13 luglio 1934 al Reichstag, citato in G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 35)

Conoscete qualcuno che sia oggi contrario alla democrazia?

Eppure questo concetto nacque, nella Grecia classica, come «un modello negativo, una disgrazia da scongiurare»[17] – o anche «una stravaganza di pochi e... una vergogna»[18] – a causa dei difetti attribuiti al popolo e della elevata probabilità di successo dei demagoghi. Tanto che, per esempio, nella Lega del Peloponneso la regola della maggioranza, pure affermata in teoria, subiva un'eccezione, consistente nell'esistenza di qualche impedimento da parte degli Dei o degli Eroi: «si può pensare a qualcosa di più significativo ed anche di più poetico che invocare il mito per sciogliere l'uomo dalla tirannia della maggioranza?»[19]. Ed anche nei secoli successivi, sino alla reazione democratica contro i totalitarismi del Novecento, la Costituzione migliore era considerata quella in grado di combinare elementi diversi, fra i quali anche (ma non soltanto) aspetti di democrazia.

Oggi, quanto meno in Occidente, nessuno più discute la democrazia, consistente, in prima e superficiale approssimazione, nell'attribuzione della sovranità e del potere al popolo e – pertanto – alla maggioranza del popolo. Piuttosto, ci viene autorevolmente rimproverato di avere una concezione esclusivamente “occidentale” della democrazia[20].

Di fronte ai concetti apparentemente scontati, il giurista deve tuttavia sviluppare un riflesso condizionato di approfondimento, di dubbio e persino di sospetto. Chiediamoci perciò in primo luogo che cosa sia il “potere”. Esso viene normalmente definito come la capacità di ottenere obbedienza da altri. Dunque la

democrazia – intesa come potere della maggioranza – è la capacità della maggioranza di ottenere obbedienza dalla minoranza. Un certo grado di democrazia (così intesa) è indispensabile per far funzionare la società; ma un eccesso di questa democrazia è la inevitabile premessa per intollerabili soprusi in danno delle minoranze di ogni genere (minoranze politiche, religiose, culturali, artistiche, di orientamento sessuale, ecc.).

Non possiamo perciò evitare di riflettere sui problemi inevitabilmente derivanti dal concetto più semplice e primitivo di democrazia, consistente nell'attribuzione ad una maggioranza del potere di decidere. In quale modo un tale potere può essere compatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, di tutti gli individui, anche coloro il cui modo di pensare e le cui propensioni sono profondamente diversi da quelli della maggioranza?

Ancora una volta, dobbiamo ringraziare il diritto, con il suo corredo di istituzioni, di procedure e di distinzioni. E persino di attese e di lentezza. La protezione dei diritti fondamentali infatti non si realizza – non si può realizzare – attraverso la democrazia primitiva (potere della maggioranza), ma attraverso istituzioni, normalmente non elettive, specificamente preposte a questo compito. I Tribunali. Le Corti costituzionali. Gli altri organi costituzionali di garanzia (come, nel nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica). Le Autorità indipendenti. Le Banche centrali. Gli organismi tecnico-scientifici dello Stato[21]. Le istituzioni sopranazionali. Tutti organismi che rendono sofisticata la democrazia e che spesso traggono la propria legittimazione dalla particolare competenza dei componenti piuttosto che dal “voto popolare”, invece acriticamente considerato da tutti i demagoghi (dei quali ancor oggi è purtroppo piena la nostra politica) come il solo criterio di distinzione del giusto dall'ingiusto.

Grazie al diritto, vi sono fortunatamente molte cose che, in una democrazia sofisticata, la maggioranza non può fare (anche se spesso ci prova). Non può calpestare i diritti della minoranza politica, non può privilegiare un credo religioso, un modo di pensare, un orientamento sessuale sugli altri. Non può irragionevolmente interferire con la libertà dell'individuo, nemmeno per renderlo (secondo la maggioranza) migliore. Persino in una spietata dittatura il tiranno normalmente non osa rendere espressamente lecite attraverso una legge le proprie peggiori azioni: come è stato efficacemente detto, «nessuna legge ha mai espressamente autorizzato l'Olocausto»[22].

Inoltre, come segnala efficacemente Francesco Galgano, «il principio di maggioranza vale solo per le decisioni reversibili», non invece per le scelte (come alcune di quelle in tema di energia e ambiente) che «toccano la definizione stessa del futuro dell'umanità»[23].

Per tutte queste ragioni un giurista consapevole si insospettisce quando sente parlare di giudici eletti dal popolo (e perciò probabilmente[24] espressione della maggioranza). Poi accetta di discutere anche questo tema (i giuristi devono dubitare di tutto, come, grazie alla compagnia del proprio “genio astuto”, Cartesio sapeva fare[25]; e devono sempre prendere in considerazione la possibilità di cambiare idea); e magari si convince che, per particolari ragioni, in un ambito molto ristretto, per un tempo contenuto, si può anche accettare un giudice elettivo. Ma il sospetto e la sensazione di disagio rimangono. Normalmente l'elezione dei giudici viene presentata come un meccanismo utile ad assicurare che la giustizia venga amministrata anche dalla “gente comune”, piuttosto che soltanto da un ceto professionale che rischia di divenire autoreferenziale. Se davvero questa fosse la finalità perseguita, vi è da chiedersi per quale ragione non si prediliga, invece dell'elezione, il sorteggio[26], magari all'interno di un elenco comprendente i cittadini dotati di alcuni requisiti, quali l'incensuratezza ed un minimo titolo di studio (sistema questo che viene utilizzato in Italia per scegliere i giudici popolari che affiancano quelli togati in alcuni processi penali particolarmente importanti). Insomma, la mia convinzione è che l'amministrazione della giustizia sia

destinata a servire la democrazia anche limitandone l'ambito di intervento, e che perciò debba rimanere quanto possibile distante da meccanismi che – come il voto popolare – della democrazia e della raccolta del consenso sono tipici.

Ai giuristi del resto interessa maggiormente – deve interessare maggiormente – la tutela di un singolo individuo diverso dagli altri che non la pretesa della maggioranza di decidere anche per lui. Siamo infatti degli snob, e dobbiamo essere fieri di esserlo e di rimanerlo. Per questo la società ha tanto bisogno di noi, anche quando siamo costretti a renderci antipatici per difendere i legittimi diritti di chi è da quasi tutti considerato – spesso a ragione, qualche volta a torto – indifendibile.

[1] F. Galgano, *Tutto il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, 4.

[2] Cfr. T. Honoré, *About law. An introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 1-2.

[3] Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 6.

[4] Cfr. sul punto A.W. Brian Simpson, *Invitation to Law*, Blackwell Publishing, Oxford, 1988, 3-7.

[5] Su questa citazione occorre qualche precisazione. L'affermazione riportata nel testo fu infatti inserita da Kant solo nella prefazione all'edizione del 1781 della *Critica della ragion pura*. Il passaggio venne invece rimosso nelle successive edizioni, quando la morte di Federico II faceva già presagire la svolta autoritaria della Prussia. Traggo queste informazioni, nonché la citazione riportata nel testo, da A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia. Figure della menzogna nella storia del pensiero occidentale*, Bruno Mondadori, Milano, 2001, 351.

[6] «Tutta la filosofia occidentale nasce attorno alla scena» di questo processo (A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia*, cit., 165).

[7] La quale in tal modo funge da «mediatore tra pluralismo dei valori d'una società e sordità dei testi legislativi» (così P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 91).

[8] Il riferimento è naturalmente rivolto, in primo luogo, alle idee ed all'azione del Mahatma Gandhi.

[9] Cfr. H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, London, 1994.

[10] Rinvio in proposito alla bella introduzione di M.G. Ciani alla tragedia di Sofocle (Marsilio, Venezia, 2000).

[11] Oggi peraltro in alcuni settori riconosciuta dalle leggi – perciò in qualche modo depotenziata. Cfr. per esempio la legge n. 194 del 1975, in tema di obiezione di coscienza verso la interruzione volontaria della gravidanza, e – in passato – la legge n. 230 del 1998 sulla obiezione di coscienza al servizio militare (da alcuni anni peraltro non più obbligatorio).

[12] R. Bin, *Lo stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004, 51.

[13] Diogene Laerzio, citato da L. De Crescenzo, *Panta rei*, Mondadori, Milano, 1994, 199.

[14] Efficacemente sintetizzati, riprendendo le sistematica proposta dal giurista Giovanni Tarello in G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, il Mulino, Bologna, 2008, 62-64.

[15] Può apparire a prima vista singolare che in un Paese da lungo tempo “democratico” come la Gran Bretagna non esista una Costituzione scritta: per la spiegazione di questo fenomeno cfr. V. Onida, *La Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004, 12 ss., nonché C. Barnard, J. O'Sullivan e G. Virgo, *What about Law? Studying Law at University*, Hart Publishing, Portland, 2007, 142 ss. In Gran Bretagna il rispetto dei precedenti giudiziari è uno dei cardini della “rule of law”. Tuttavia nel 1966 la House of Lords,

rovesciando il proprio precedente orientamento, ha deciso di non considerarsi in futuro vincolata dai propri precedenti, qualora l'applicazione dei medesimi possa risultare ingiusta o impedire un appropriato sviluppo del diritto: Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234. Ciò nondimeno, i Lords hanno esercitato in seguito la facoltà di distaccarsi dai propri precedenti solo con grande auto-limitazione: giungendo ad ammettere di avere in alcuni casi confermato un precedente che essi stessi consideravano apertamente errato, pur di non innovare rispetto alla tradizione. Ci vuol tutta l'audacia dei Lords, per scrivere una cosa di questo genere!

[16] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*. Intervista su etica e diritto, Laterza, Roma-Bari, 2007, 34.

[17] G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007, 4.

[18] J. Dunn, *Il mito degli uguali*. La lunga storia della democrazia, Università Bocconi Editore, Milano, 2006, 6.

[19] E. Ruffini, *Il principio maggioritario: profilo storico*, Adelphi, Milano, 1976, 12. Questo testo contiene un inquadramento storico e teorico del principio maggioritario ancora fondamentale.

[20] A. Sen, *La democrazia degli altri*. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente, Mondadori, Milano, 2004.

[21] Recentemente la Corte costituzionale ha notevolmente valorizzato l'importanza della scienza ed il ruolo degli organi tecnico-scientifici nazionali e internazionali, chiarendo che, in materia di tutela della salute, «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali» (elaborazione spettante agli «organi tecnico-scientifici») prevale sulla «pura discrezionalità politica dello stesso legislatore» (sentenze 26 giugno 2002, n. 282 e 17 marzo 2006, n. 116).

[22] T. Honoré Tony, *About law*. An introduction, Oxford University Press, Oxford, 1995, 108.

[23] F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*. Storia del principio di maggioranza, il Mulino, Bologna, 2008, 233.

[24] Negli U.S.A. i giudici dei singoli Stati (non quelli federali) e i procuratori distrettuali sono normalmente elettivi. Tuttavia i giudici vengono di solito scelti fra gli avvocati più rinomati e – anche in ragione del loro personale prestigio – riescono talora a mantenere un buon grado di autonomia e indipendenza. Il sistema elettivo dei giudici americani è comunque attualmente in discussione, anche a seguito di una sentenza del giugno 2009 della Corte Suprema federale: cfr. sul punto S. Nesper, *Denaro e giustizia: come si fa ad avere un giudice indipendente?*, in *federalismi.it* n. 13/2009, 1 luglio 2009.

[25] Sul metodo cartesiano – dubitare di tutto – e sul “genio astuto” che si divertiva a ingannare il filosofo in ogni circostanza, cfr. L. Ferry, *Vivere con filosofia*. Trattato di filosofia a uso delle nuove generazioni, Garzanti, Milano, 2007, 127.

[26] Persino le Moire – le dee del destino – per decidere la durata della vita di ogni mortale, si avvalevano per di più del sorteggio (cfr. L. Ferry, *Imparare a vivere*. La saggezza dei miti, Garzanti, Saggi Corsari, Milano, 2012, 77-78): a significare che, in determinate circostanze e quando è in gioco l'essenziale, il caso può essere una forma di giustizia superiore al conteggio dell'opinione prevalente.

TAG: *articoli privati, articoli professionisti, costituzionale, pubblico, Ordinamento forense*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori,

titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.