

Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 15/05/2015

AUTORE: Massimo Luciani*

LE SALMERIE DELLA SCIENZA GIURIDICA

1. *Il Général.* – 2. *I fatti.* – 3. *Di alcuni gravi rischi.* – 4. *Che fare.*

1. Il Général

L'intendance suivra è frase comunemente attribuita a De Gaulle, che a sua volta si sarebbe ispirato a Napoleone Bonaparte. Il Général, per la verità, in un'intervista televisiva rilasciata a Michel Droit il 13 dicembre 1965, fra i due turni dell'elezione presidenziale, ha smentito di averla mai pronunciata, anzi di averla anche soltanto pensata¹, e si capisce bene perché. In un primo senso, quella frase avrebbe fatto riferimento ad un ipotetico precetto dell'arte militare, che avrebbe svincolato i movimenti dell'esercito da quello delle sue salmerie, consentendo al primo di muoversi non curandosi della presenza o meno delle strutture di supporto e contando esclusivamente sulle risorse del territorio di volta in volta occupato. In effetti, questa sembra essere stata sovente la strategia seguita da Napoleone e non si può dire che, alla lunga, abbia pagato: come dimostrano le vicende belliche della seconda guerra mondiale, anzi, chi l'ha pensata all'opposto (soprattutto gli americani) ha avuto ragione da vendere. In un secondo senso, non diretto e militare, ma traslato e politico, la frase indica un primato assoluto della *leadership* sulla base, curandosi le decisioni della prima delle prospettive future e non delle esigenze immediate della seconda, che dovrebbe semplicemente adeguarsi, e - appunto - seguire la propria guida politica come i carriaggi seguivano le truppe combattenti. Anche qui una frase infelice, come si vede, specie nell'imminenza di una competizione elettorale.

Bene. Di recente si è cercato di esportare la sostanza di quella frase dai domini dell'arte militare e della politica a quello del diritto. A compiere il tentativo è stato Gustavo

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Sapienza".

¹ L'intervista è accessibile al sito dell'Institut national de l'audiovisuel.

Zagrebel'sky in un articolo apparso su *La Repubblica* del 15 aprile 2015 con il titolo "La brutta figura di noi giuristi sullo scandalo dei vitalizi". Se la frase era infelice per l'arte della guerra e per la politica è infelicissima per la scienza giuridica. Trattandosi di un contributo giornalistico si sarebbe tentati di non dargli troppa importanza, ma l'autorevolezza di chi l'ha scritto e lo spirito dei tempi, che un articolo di questo genere non solo rispecchia, ma concorre ad alimentare, suggeriscono di fare altrimenti, prendendo spunto da questa occasione per invitare a discutere, una volta di più, sul ruolo dei giuristi (e in particolare dei costituzionalisti) nel mondo d'oggi.

2. I fatti

I fatti sono probabilmente noti. Viene posto, mediaticamente e politicamente, il problema dell'erogazione dei vitalizi (oggi pensioni) in favore degli ex-parlamentari che siano stati condannati per gravi reati. È di conseguenza avanzata l'ipotesi della sua cessazione, anche in forme assai nette: non legge, ma provvedimento dell'Ufficio di presidenza di ciascuna Camera; applicazione retroattiva; assenza di limite temporale della misura; estensione ai trattamenti di reversibilità, *etc.* A fronte della delicatezza della questione, il Collegio dei senatori questori chiede separati pareri a tre studiosi (*quorum ego*), che li rendono, con varie sfumature, ma tendenzialmente nel senso della necessità di un intervento legislativo e della doverosità del rispetto di alcuni limiti costituzionali. Ad essi si aggiungono altri cinque pareri, richiesti, di loro iniziativa, dai Presidenti dei due rami del Parlamento, orientati (anche qui con sfumature diverse) prevalentemente (ma non esclusivamente) in senso diverso. Qui sta l'*occasio* del commento giornalistico che ha sollecitato queste scarse riflessioni.

Il commento di Zagrebelsky si articola in vari passaggi:

a) è un caso «da non prendere sottogamba», dovendosi chiedere «se sia ragionevole che i parlamentari decaduti in conseguenza di condanna irrevocabile per reati di particolare gravità possano continuare a percepire il cosiddetto "vitalizio"; se, dunque, sia ragionevole sostenere, vita natural durante, coloro che dal Parlamento siano stati allontanati per una ragione di indegnità»²;

b) si tratterebbe di "cosa da non credere", di una "anomalia che sembra fatta apposta per giustificare e alimentare il già tanto diffuso pregiudizio anti-parlamentare che circola nel nostro Paese";

c) la questione "pareva facile. Invece no", perché «sono stati chiamati in causa i costituzionalisti e i loro "*pareri pro veritate*", e ciò che sembrava chiaro è diventato oscuro»;

d) anzi, "la questione sembrava chiara e ci si è rivolti al diritto per renderla confusa";

e) "i giuristi hanno espresso le loro verità e hanno sostenuto di tutto";

² Qui, in realtà, vi è un evidente equivoco (non l'unico, invero, dell'articolo in commento), dovuto a difetto di informazione o alla fretta del commento giornalistico, perché la misura prospettata riguardava tutti parlamentari condannati per certi tipi di reato e non solo quelli dichiarati decaduti.

f) di conseguenza, “come giuristi, non stiamo facendo una bella figura e nella brutta figura stiamo trascinando l’oggetto della nostra professione, il diritto e la Costituzione”;

g) infatti, “se tutto è giuridicamente sostenibile, allora i nostri argomenti sono perfettamente inutili”, alimentando, così, “l’idea corrente che i giuristi siano essenzialmente dei consulenti, e che il diritto, alla fine, non sia che un mezzo e, spesso, un mezzuccio”;

h) l’Autore ricorda d’essere “anch’egli giurista e costituzionalista” e per questo ritiene «gli sia lecito ricordare la reazione stizzita di Vittorio Emanuele III, al “*parere pro veritate*” di un famoso professore che aveva giustificato la legge che equiparava Mussolini al re»;

i) ammonisce che proprio “questo è il rischio dei giuristi quando le loro opinioni si offrono come merci sul banco d’un mercato, a disposizione degli acquirenti”;

l) gli argomenti dei perplessi sarebbero privi di fondamento (per ragioni che non mette qui conto ricordare);

m) “i giuristi di mondo sanno motivare qualsiasi cosa. Ma ci sono cose che ci si dovrebbe rifiutare di motivare”;

n) ci si dovrebbe solo chiedere se sia “ragionevole che persone decadute per avere commesso reati e che non possono essere ricandidate per avere disonorato la carica, continuino ad appartenere alla cerchia dei protetti, alla stessa stregua di coloro che, invece, l’hanno onorata”;

o) infatti, “questa è la domanda che i cittadini comprendono, alla quale le Camere devono una risposta. Gli argomenti dei giuristi seguiranno”.

È soprattutto questa sbalorditiva chiusa che non può passarsi sotto silenzio e merita una risposta. Trascuro, invece, tutto il resto: non mi interessa il merito della questione, né mi interessano i rilievi di Zagrebelsky su quello che a lui pare il mercato ortofrutticolo dei pareri giuridici. Il lettore è libero di crederci o meno, ma la decisione di scrivere queste note non è stata minimamente influenzata dall’aver avuto l’onore di rendere un parere sulla questione che ho rapidamente descritto. È l’esigenza di non accettare il discredito della scienza giuridica, il discredito del diritto costituzionale, che è stata determinante. Di discredito, infatti, si tratta.

La chiusa dell’articolo sembra chiara: quando dai cittadini sale una domanda, la risposta deve essere data. E se qualcuno nutre dubbi sull’esistenza di ostacoli giuridici può tranquillamente rimuoverli (i dubbi e gli ostacoli), perché, tanto, gli argomenti dei giuristi seguiranno. “seguiranno” mostra di possedere una valenza palesemente prescrittiva, non solo predittiva. Tanto, sia perché nel discorso giuridico anche l’uso di un tempo verbale può essere una di quelle “spie” della prescrittività delle quali parlava Tarello³, sia perché si evoca scortamente la frase di apertura di queste note: come le salmerie devono seguire le truppe combattenti, così i giuristi, docilmente, devono assecondare le indicazioni (moralì?) che vengono dalla pancia del Paese. Se così è (come chiaramente mi sembra che sia), ne derivano rischi molto gravi per i nostri studi e per chi li pratica, dei quali si dice appresso. Se così non è (se, dunque, v’è solo una predizione), vi sono rischi d’altro genere, ma essi pure assai insi-

³ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, 158 sgg.

diosi. Certo, è ben possibile che qualche giurista si conformi ai *desiderata* dell'opinione pubblica o di qualche potentato non in virtù d'un libero convincimento scientifico, ma per calcolo. Tuttavia quando ciò accade deve essere denunciato per quel che è – una patologia – senza accreditare l'idea che questa sia la normalità per tutti. Altrimenti è la legittimazione dell'intero ceto (*tout confondu*) che viene travolta.

3. Di alcuni gravi rischi

Zagrebelsky proclama il proprio essere giurista e costituzionalista. Nessuno potrebbe negarlo e, anzi, nessuno potrebbe negare ch'egli sia dei più influenti, in Italia e all'estero. Proprio per questo, però, cade in una contraddizione evidente, che qui va esaminata nella sua oggettività (non si tratta di una discussione che riguardi l'Autore del contributo giornalistico e chi scrive queste righe, ma di un nodo problematico che sfida l'intera comunità degli studiosi). Non ho riportato (perché, ripeto, il merito della faccenda, qui, non interessa) i rapidi argomenti ch'egli invoca a favore della tesi più ampiamente possibilista. Questi argomenti, tuttavia, sono enunciati. Ma come e in che misura potrebbero mai essere credibili se si tratta degli argomenti di un giurista? Se è vero che la scienza giuridica è l'*intendance* che, comunque, *suivra*, come è possibile prestare fede a ciò che è pur sempre un esercizio di quella medesima scienza? Quale mai legittimazione ad articolare un ragionamento minimamente credibile lo stesso Autore potrebbe invocare, una volta detto quel che ha detto? Ribadisco: egli non nega d'essere giurista, né afferma di non volerlo più essere, sicché è da giurista che parla. Da giurista come gli altri. Nella teoria dei carriaggi della scienza giuridica ci sarà qualcuno a cassetta e qualcuno giù a spinger le ruote bloccate dal fango, ma anche chi regge le redini sta fra le salmerie e la sua specialità è la logistica, non l'arte della guerra. Quale che sia la collocazione che l'Autore possiede, pertanto, a seguirne il ragionamento, la sua credibilità diventa la stessa del più modesto dei furieri, zappatori, cuochi o intendenti che compongono il corteo: zero.

Ora, poiché Gustavo Zagrebelsky ci ha dato alcuni dei contributi scientifici più raffinati della dottrina costituzionalistica della seconda metà del Novecento, dispiace ch'egli li screditi, *a posteriori*, in questo modo. Dispiace, ma è un problema che da suo diventa nostro quando il discredito si proietta non tanto sulla categoria dei giuristi (là finisce per essere un problema personale di ciascuno di noi), quanto sul loro prodotto. Sono giuristi anche i giudici, che fanno le sentenze e risolvono le controversie per mantenere la pace sociale: ragionare nel modo qui criticato significa - né più né meno - delegittimare non solo la dottrina, ma anche la giurisdizione (compresa quella costituzionale). Con quali rischi di sistema è agevole intendere.

Ma v'è un'altra, scientificamente più delicata, contraddizione. Chiudendo il Convegno del centocinquantenario dell'unità d'Italia, in Torino, nel 2011, Zagrebelsky presentò una relazione sul ruolo dei costituzionalisti, poi pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*⁴.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *I costituzionalisti*, in *Giur. cost.*, 2011, 3291 sgg.

L'assunto di fondo, quella volta, fu assai diverso. Allora (coerentemente con una concezione generale dello Stato costituzionale di diritto come sistema di garanzie, che sembra ora dissolversi)⁵, si criticava l'impostazione, propria del pensiero totalitario, che voleva "liquidare la funzione della scienza giuridica della costituzione in quanto scienza, e ridurla a prestazione di servizio"⁶. Oggi, se le parole hanno un senso, si dice il contrario. Solo che non è il totalitarismo a pretendere di conformare la scienza giuridica, bensì il populismo⁷. Anche allora il ragionare di Zagrebelsky non mi convinse per molti e non secondari aspetti⁸, ma colse bene nel segno quando proclamò il diritto e il dovere della scienza di essere libera e obiettiva. Quanto si dice ora non va in quella direzione e mette a repentaglio proprio quel diritto e quel dovere. Insisto: il *dictum* oggetto di queste considerazioni critiche ne è solo l'*occasione*, né il tema è il pensiero di chi lo ha pronunciato (la sua interna coerenza). La questione è quella della nostra scienza, del rapporto fra diritto e morale, dell'invasione del populismo, dell'opzione (soprattutto) fra costituzionalismo o neocostituzionalismo.

⁵ A vantaggio di una concezione dei rapporti fra diritto e morale in cui si afferma l'idea che la seconda debba prevalere quale che sia il prezzo da pagare in termini di sacrificio del primo.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *I costituzionalisti*, cit., 3293.

⁷ Qui occorre intendersi. Il nostro Autore ha lamentato un uso strumentale di questa parola, "scagliata contro l'avversario quando l'avversario pretende di dire qualcosa che può mettere in discussione chi ritiene di detenere il monopolio della democrazia" (G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in L. CANFORA - G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia*. dialogo a cura di G. Preterossi, Roma - Bari, Laterza, 2014, 114). Effettivamente, si tratta di lemma dai plurimi significati e talora nello stesso autore se ne trovano di difficilmente compatibili (penso ad A. ASOR ROSA, *Scrittori e popolo. Saggio sulla letteratura populista in Italia*, Roma, Samonà e Savelli, 1965, ove prima - p. 8 - si scrive che "non esiste ideologia populista senza il culto di valori, che hanno la loro radice profondamente confitta nella storia passata di un paese o di una nazione" e poi - p. 19 - che "l'uso del termine populismo è legittimo solo quando sia presente una valutazione *positiva* del popolo, sotto il profilo ideologico oppure storico-sociale oppure etico"). Questo, nondimeno, accade per tutti i termini che sono espressivi di concetti politici. Comunque, direi con Valentina Pazè che si tratta di "un termine relativamente recente, che compare per la prima volta negli anni ottanta dell'Ottocento, in Russia e negli Stati Uniti, e viene oggi usato per qualificare – in genere con una connotazione negativa – movimenti, partiti, ideologie che si appellano direttamente al popolo, rifiutando le mediazioni della democrazia rappresentativa e i vincoli costituzionali" (V. PAZÈ, *La demagogia, ieri e oggi*, in *Meridiana*, n. 77/2013, 1, e *ivi*, 9, l'osservazione che la demagogia, come l'intendevano gli antichi, è almeno uno degli "ingredienti" del populismo). E lo stesso nostro A., *Op. ult. cit.*, 120, afferma che "il messaggio del vero populista è: non sono l'illuminato [...], ma sto percorrendo la vostra strada, quella che è già in voi e ha solo bisogno d'essere messa in chiaro".

⁸ Per stare solo all'essenziale: non mi convinse quanto all'idea che il collateralismo con la politica, magari in forma di rapporto consulenziale, sia in sé spregevole (G. ZAGREBELSKY, *I costituzionalisti*, cit., spec. 3298 sgg.) e quanto all'idea che il modo per farsi sentire sia, per i costituzionalisti, solo l'uso degli "strumenti di comunicazione che raggiungono milioni di cittadini" (*ivi*, 3302).

Sulla prima (ricordato, a scanso di equivoci, che chi scrive non ha alcun rapporto consulenziale con alcun soggetto politico, e che le consulenze che rende sono professionali e libere), basterà ricordare il folgorante inizio della *Monarchia* dantesca: "*Longe nanque ab officio se esse non dubitet qui, publicis documentis imbutus, ad rem publicam aliquid afferre non curat*" (L. I, 2), che non esclude affatto che l'*afferre* consista in qualcosa di diverso dalla diretta attività politica. Sulla seconda, basterà la realistica considerazione che ben diversa è la posizione di chi può accedere, da editorialista o intervistato, ai grandi mezzi di informazione e di chi può contare solo sulla partecipazione al dibattito in rete, piccola voce tra i milioni (appunto) di altre che penosamente aspirano a farsi ascoltare.

4. Che fare

Nella scienza giuridica sono possibili opinioni diverse: è ovvio e sorprende che qualcuno possa scandalizzarsene. Quel che conta, però, è che, fortunatamente, queste opinioni devono essere argomentate e che il tribunale che le giudica, alla fine, è quello degli appartenenti alla comunità degli studiosi. Nella specie, chiunque potrà leggere i pareri che sono stati resi⁹ e valutare se e quanto siano argomentati, se la normativa positiva, la dottrina, i precedenti giurisprudenziali, siano riportati compiutamente e con onestà intellettuale. Il vero problema, semmai, sono i paradigmi del giudizio. Ed è questo il punto che mi interessa maggiormente.

La scienza giuridica, in particolare quella del diritto costituzionale, pare essere avviata su una china pericolosa. Elenco i punti che mi paiono maggiormente critici.

i) Un certo eclettismo metodologico di successo, nel quale si coniugano realismo giuridico, filosofia analitica, teoria dell'argomentazione, dottrina ermeneutica. Di qui è scaturita la prevalente teoria (o solo prassi?) dell'interpretazione giuridica, nella quale l'elemento testuale delle previsioni normative è costantemente svalutato, a rischio di quel tanto di certezza che è in grado di assicurare.

ii) La preferenza per il sostanzialismo, che impone di reperire la soluzione giuridicamente più "adatta" al caso. Sennonché, a dire cosa sia "adatto" non può che essere - di volta in volta - l'interprete, così alimentandosi un improduttivo e insopportabile soggettivismo.

iii) Il connesso convincimento che l'operatore del diritto sia in grado di stabilire ciò che è moralmente più "giusto", al di là del *quantum* di morale che ha trovato il proprio precipitato in positive norme giuridiche. Con la conseguente prevalenza della morale, come autonomamente identificata dall'interprete, sul diritto ch'egli dovrebbe applicare.

iv) Il non meno conseguente discredito per la forma, laddove, come ha osservato ripetutamente Natalino Irti, nei flutti tempestosi di un diritto positivo confuso e pluriverso, proprio e solo la forma ci può salvare¹⁰.

v) La diffidenza nei confronti della dommatica, magari da ridurre allo stato "liquido" o "fluido"¹¹, laddove solo il rigore della dommatica (se rettamente intesa - va da sé - e non ridotta a sterile esercizio intellettualistico) costringe alla serietà dell'argomentazione e può limitare l'ampiezza dei dissensi.

vi) Il singolare oblio dello statuto logico del costituzionalismo, che è scienza della fondazione del potere legittimo e - quindi - della sua limitazione, mentre oggi non pochi costituzionalisti tendono a rimuovere l'indagine sul potere (sui suoi meriti, sui suoi pericoli), non si sa se in quanto cosa "sporca" o questione *négligeable*.

vii) La tendenza attuale di una parte consistente della scienza giuridica alla subalternità nei confronti della giurisdizione, ora riducendosi all'esegesi dei suoi prodotti, ora riconoscendo al giudice la possibilità di esercitare un "«magistero» spirituale [...] del più alto signifi-

⁹ Ha assunto l'iniziativa di pubblicarli, infatti, il sito di Astrid.

¹⁰ N. IRTI, *Violenza "conforme alla legge" (da un carteggio Einstein - Freud)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 154.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 15.

cato”¹² e dimenticando quanto l’antica scienza giuridica fosse consapevole, al contrario, del proprio ruolo di guida culturale¹³.

Sono questioni assai delicate, che vanno affrontate con impegno teorico e saldezza di principi (ché è la conformità ai nostri principi che conta, non - direbbe Humboldt - la *Volksmässigkeit* del nostro dire o pensare). E’ opportuno che se ne discuta, legandosi stretti all’albero maestro della nostra comune nave, incuranti delle sirene del populismo che cantano, oggi, a gola spiegata.

¹² G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, nuova ed., Bologna, Il Mulino, 1988, 45.

¹³ Né, ragionando nel modo criticato nel testo, si fa un buon servizio alla stessa giurisdizione, apparentemente molto valorizzata, ma in realtà caricata di responsabilità ingestibili e di aspettative che non potrà mai realizzare per carenza di strumenti istituzionali. E, soprattutto, distratta dal delicatissimo compito che le spetta e del cui assolvimento tutti i cittadini sono quotidianamente grati: l’applicazione della legge.