

Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino?

(a proposito dell'ord. 334/2008)

Roberto Bin

L'esito era scontato, essendo il ricorso privo di qualsiasi fondamento giuridico. A voler pensare bene, esso è frutto di un errore. Ecco di che si tratta, lo sbaglio è ben compendiato in questo passo:

“Si è detto che si tratta di denegata giustizia: ebbene, si denega la giustizia quando vi sia una norma dell'ordinamento che viene evocata. Ma qui non c'è nessuna norma, perché - come dice il diritto romano, che è molto inferiore al diritto dei giorni nostri, quasi inesistente - ubi lex voluit dixit, ubi non voluit non dixit”.

Tutto nasce da qui, da un imperdonabile equivoco del sen. Cossiga. Ex Presidente della Repubblica dedito, anziché alla difesa delle istituzioni, al loro “picconamento” quotidiano; ex professore incaricato di diritto costituzionale, sempre respinto dal mondo scientifico e accademico, Cossiga si è fatto promotore di una levata di scudi delle Camere contro la Cassazione e la Corte d'appello milanese, ree soltanto di aver rispettato il divieto di *non liquet*, di rifiutare di rispondere alla domanda del ricorrente in assenza di una chiara norma di legge. Invece di ignorare la proposta del senatore, magari con un sorriso imbarazzato, senatori e deputati ne hanno discusso seriamente e a lungo, hanno chiesto un parere illuminato della Commissione affari costituzionali, e alla fine l'hanno approvata con l'astensione “collaborativa” del principale gruppo di opposizione. Già, quando si tratta di difendere le prerogative parlamentari, l'unità corporativa suggerisce di evitare troppe divisioni: come mostrano – per limitare la citazione al più recente degli episodi – le decisioni della Giunta delle elezioni e delle immunità sul caso Di Girolamo - il senatore eletto in una circoscrizione estera dichiarando falsamente di risiedervi, che la Giunta, rifiutata al giudice precedente l'autorizzazione all'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare degli arresti domiciliari¹, con voto unanime mantiene al suo posto in attesa di sollevare l'eccezione di incostituzionalità della norma che prescrive l'obbligo di residenza².

Onore va alle poche voci di dissenso. Per esempio, nella Relazione di minoranza alla Commissione, i sen. Ceccanti e Pardi avevano correttamente impostato il tema: *“l'assenza di una disciplina specifica delle scelte di fine vita determina comunque di fatto la possibilità per l'autorità giudiziaria – tenuta a*

¹ Resoconto sommario n. 6 del 24/06/2008.

² Si veda il Resoconto sommario n. 15 del 07/10/2008.

decidere in forza del divieto di non liquet – di accedere a interpretazioni diverse delle norme vigenti, sia pure nel rispetto dei parametri ermeneutici di cui all'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. Qualora volesse limitare tale possibilità, ben potrebbe il Parlamento disciplinare la materia in esame, evitando così l'elevazione di un conflitto interorganico che allo stato appare meramente ipotetico"³. Cioè esattamente quello che oggi risponde la Corte con la sua ordinanza.

Come Gino Gorla⁴ ha spiegato, il divieto di “denegare giustizia” contenuto in norme come l'art. 12 delle “Preleggi” - norme che risalgono la tradizione dei codici (e, ben più indietro, alla novella 125 di Giustiniano⁵) - non svolge il ruolo di disciplinare l'interpretazione dei testi normativi, ma quello di regolare i reciproci rapporti tra il potere legislativo e il potere giudiziario. L'art. 4 del *Code civil* disponeva con chiarezza che “*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”: di questo spirito è erede il nostro art. 12, che non minaccia punizioni (il fascismo forse aveva un rispetto, almeno formale, per la magistratura che oggi si è perso), ma indica al giudice il percorso da seguire per rispondere a chi invoca giustizia, nei casi in cui non riesca a trovare il *casus legis*. Sotto questo profilo, la disposizione delle “Preleggi” fa sistema con l'art. 101.2 Cost., che fissa il vincolo che lega il giudice alla legge.

Insomma, che i giudici siano tenuti a individuare la norma di diritto da applicare al caso concreto sottoposto alla loro cognizione non è frutto dell'ideologia usurpatrice della Cassazione, ma specifica prescrizione di legge. Anzi è addirittura un principio che “fa sistema” con con gli altri principi costituzionali: “*modern law proceeds from a prohibition of denying access to the law as well as from a duty to give reasons –both of which are in conformity with the concept of the democratic constitutional state*”⁶. Né si può obiettare che il giudice dovrebbe astenersi dal decidere in materie “eticamente sensibili”, sulle quali è acceso il contrasto di opinioni. Vale proprio l'opposto: il diritto serve a comporre i conflitti, e il ragionamento giuridico attraverso cui si svolge la motivazione della sentenza ha proprio il compito di raffreddare le emozioni delle parti⁷.

³ Senato, Doc. XVI n. 1-bis

⁴ Cfr. in particolare *I precedenti storici dell' art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* 1969, V, 112 ss.

⁵ ..che ordinava ai giudici “*perfecte examinare causam et quod sibi iustum atque legitimum visum sit iudicare*”: cfr. A. M. RABELLO, *Non Liquet - From Modern Law to Roman Law*, in *Israel Law Rev.* 1974, 63 ss., 82.

⁶ F. MULLER, *Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of Structuring Legal Theory*, in *11 Stellenbosch L. Rev.* (2000), 426 ss., 433.

⁷ “*Whatever we select as the legal rules in this area will have strong emotional consequences for the parties involved, and it is precisely for this reason that these legal analytics are important*”: G. COHEN, *The Constitution and the Rights Not to Procreate*, in *60 Stan. L. Rev.* (2007-2008), 1135 ss., 1139.

Ovviamente ciò non significa che non sia opportuno l'intervento del legislatore, tutt'altro. Bene farebbe il parlamento ad intervenire, ed anzi l'ordinanza della Corte termina con un invito esplicito, più esattamente, con un invito e un monito: *"il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti"*. Perché il problema è proprio questo: si tratta di approvare una legge che sia rispettosa dei principi e dei diritti costituzionali, e non sia l'ennesima disciplina che, in nome di "principi non negoziabili" professati da alcuni, pretenda di imporli a tutti, opprimendo la sfera di autonomia che l'art. 2 della Cost. riconosce ad ognuno. Ma forse ai fanatici (e agli opportunisti) fa più comodo che il problema resti irrisolto, che il contrasto tra valori rimanga senza mediazione, che i "principi" non scendano ad alcun negoziato, così si può continuare ad alimentare il clima da crociata. Se per caso i giudici, trovandosi costretti loro malgrado ad esercitare la funzione ad essi affidata, cercano di trovare nel sistema normativo le *rationes* sulla cui base decidere, si cerca di bloccarli ricorrendo alla Corte. E se infine la Corte rigetta questo tentativo strumentale e avventato, allora si fa come il sen. Quagliariello, che sui giornali accusa la Corte di aver preso una "decisione pilatesca"⁸.

Ma, si sa, lui è un grande estimatore del sen. Cossiga, con cui ha firmato la mozione che ha innescato l'avventura del conflitto di attribuzioni: ritiene che le sue "picconate" siano state "un contributo indispensabile" per superare i limiti politici del nostro paese⁹. Giudizi da storico, quale lui è: per cui gli si può anche perdonare di prendere lucciole per lanterne quando cita, come precedente rispetto a cui la Corte "smentisce se stessa", la sent. 285/1990¹⁰; la quale, come è evidente, non c'entra nulla con l'ordinanza di oggi, riguardando un caso in cui la Corte ha riconosciuto la fondatezza (e preventivamente l'ammissibilità) del conflitto mosso contro la Cassazione che aveva *esplicitamente disapplicato* una legge regionale *vigente* (oltretutto questa pronuncia, come ben si sa, è stata seguita da una copiosa e ferrigna giurisprudenza che ha sistematicamente bloccato qualsiasi tentativo di provocare un giudizio della Corte stessa su ipotesi anche lontanamente riportabili ad errori *in iudicando*). Meno perdonabili sono altri commenti azzardati, come quello di Marco Olivetti, che risulta essere docente di diritto costituzionale (anche per responsabilità di chi scrive, lo devo ammettere) e ciò nonostante scopre con sorpresa e sdegno che vi sono persino sentenze (come quella della vituperata Cassazione) che configurano la abominevole fattispecie di "creazione di nuovo

⁸ *Corriere della sera*, 9 ottobre 2008.

⁹ Così si legge nel suo *blog*: www.gaetanoquagliariello.it.

¹⁰ *Corriere della sera*, 10 ottobre 2008.

diritto da parte di un giudice”¹¹. Non farebbe bene ai nostri giuristi militanti la lettura rilassante di qualche classico, che so, di Kelsen per esempio? “*Soltanto l’erronea identificazione del diritto con la legge*”, vi troverebbe scritto¹², può offuscare l’evidenza che la funzione giurisdizionale “è produzione di diritto nel vero senso della parola”.

Restano alcuni fatti. Quasi mille tra senatori e deputati hanno perso ore e ore del loro tempo prezioso (in più di un senso), non per discutere di una legge equilibrata e rispettosa dei principi costituzionali, ma per convincersi dell’opportunità del conflitto di attribuzioni contro i giudici; le Camere hanno speso danaro pubblico per retribuire avvocati disposti ad affrontare l’impervio compito di stendere un ricorso palesemente infondato; la Corte ha dovuto spendere del tempo a trattare del ricorso, anche se non ha potuto far altro che rigettarlo *in limine litis*. E tutto ciò ha scavato, del tutto inutilmente e gratuitamente, un altro solco tra i poteri dello Stato, lungo quel delicato crinale che, per ragioni costitutive, nello Stato di diritto separa la politica dal diritto – crinale che in Italia rischia ormai di diventare una trincea rispetto alla quale anche la Corte costituzionale è sollecitata sempre più spesso a scegliere il campo in cui schierarsi. Il che ci fa anche intendere con quale spirito il Parlamento proceda da un po’ di tempo alla nomina dei “propri rappresentanti” in essa.

¹¹ *Avvenire*, 10 ottobre 2008.

¹² *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, 109.