

La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell'interesse dei cittadini e della giustizia

Roma, 18 dicembre 2017

Camera dei deputati

1. E' molto frequente, tanto sui mezzi di comunicazione quanto negli studi scientifici, la denuncia della crisi del diritto, dovuta sostanzialmente alla crescente incertezza dei confini tra il lecito, il consentito e l'illecito. Manca la ragionevole prevedibilità dei criteri che il giudice applicherà per la risoluzione di una controversia. I casi di processi inchiesta avviati e condotti con strepito dei mezzi di comunicazione, conclusisi poi con assoluzioni o proscioglimenti dopo danni irrisarcibili alla reputazione e alle risorse finanziarie degli imputati, uniti a ripetuti casi di condotte di magistrati incompatibili con l'etica della professione, hanno ridotto la fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione della giustizia, anche se a livelli certamente superiori alla fiducia nella politica. Ma nessuno dei due può trarre sollievo dalle condizioni dell'altro. La consapevolezza della crisi del diritto e della conseguente crisi della giustizia è fortemente radicata nella intera comunità nazionale.

Occorre uno scatto, un nuovo impegno, un cambiamento fondato sulla presa di coscienza della responsabilità che grava anche sulle magistrature, a partire dalle Alte Corti. Questa è la finalità del Memorandum che oggi discutiamo, questa è stata linea guida del nostro lavoro, durato cinque anni, e questa sarà la finalità che intendiamo perseguire con il lavoro successivo.

Sebbene siano in corso da tempo colloqui e incontri tra le diverse giurisdizioni, questa è la prima volta nella storia della Repubblica che tutti i vertici, uscendo dai particolarismi, prendono parte insieme a

un incontro pubblico per ricostruire le condizioni della tendenziale certezza delle interpretazioni a vantaggio dei cittadini e dell'intero Paese.

Sarebbe presuntuoso pensare che le giurisdizioni da sole possano risolvere tutti i problemi determinati dalle difficoltà dell'amministrazione della giustizia. Abbiamo perciò chiesto l'intervento di alcuni dei maggiori esponenti della nostra cultura giuridica, dell'avvocatura e della politica e lo chiederemo ancora nel prosieguo, consapevoli, come siamo tutti, che oggi nessun giurista può sottrarsi alle responsabilità che nascono dalle proprie specifiche competenze ed esperienze.

2. Per tentare di delineare soluzioni adeguate, il gruppo di lavoro ha ritenuto che fosse necessario investire innanzitutto la specifica responsabilità nomofilattica delle Alte Corti.

Quali fattori hanno determinato questa crisi? Alla radice ci sono certamente le difficoltà della politica e tuttavia questo continuo rinvio alla politica, pur non essendo sbagliato, ha un effetto liberatorio del tipo "siamo salvi, abbiamo il colpevole", ma non fa fare un passo avanti verso possibili soluzioni.

La politica è allo stesso tempo principio ordinatore e materia regolata. È espressione della sua sovranità il potere di definire i confini tra ordinamento politico e giurisdizione. Nelle democrazie contemporanee ordinamento politico e ordinamento giuridico sono confinanti; ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. L'ordinamento giuridico è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico. L'ordinamento politico è titolare del potere di delimitare i confini del giuridico attraverso la definizione delle fattispecie rilevanti per il diritto e delle regole di funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

La determinazione del confine è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del

comando alla tecnocrazia dei giuristi, in particolare dei magistrati, privi tanto di sovranità quanto di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione, e nell'abbandono da parte della politica del terreno della sovranità, cosa del tutto diversa dal terreno del potere, il giudice che, a differenza del politico, una risposta comunque è tenuto a dare, è a volte costretto ad andare oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto operandone invece una mediazione che può assumere un carattere politico.

Emanuele Severino ci ha ammonito: il diritto è destinato all'estinzione quando la politica non esercita le proprie funzioni ordinatrici.

Pertanto proprio la crisi della politica rischierebbe di trascinare con sé le sorti del diritto, se le magistrature, a partire dalle Alte Corti, non sentissero il dovere professionale di operare, nell'ambito delle proprie funzioni costituzionali, come regolatrici attraverso principi di autoorganizzazione.

Non si tratta di attivismo *giudiziario*, che consiste nella occupazione di spazi che spettano al Legislativo, come spiegò Arthur Schlesinger Junior, in un importante articolo sulla Corte Suprema pubblicato da Fortune, gennaio 1947.

Si tratta di attivismo *giurisdizionale*, che sta cioè dentro le funzioni proprie della giurisdizione, e che non comporta alcun superamento di confini costituzionali.

3. Quando si entra negli aspetti più specifici della crisi del diritto vengono chiamati in causa diversi fattori apparentemente scollegati tra loro. L'accumulo non regolato di leggi che tentano di disciplinare la stessa materia; il sovraccarico di domande che rende difficile l'organizzazione razionale delle risposte (penso, in particolare, alla giustizia tributaria in Cassazione per la quale occorrerebbero forse organi specializzati); l'incertezza del significato di molte le leggi, che appaiono sfuggenti come quelle anguille avvolte in drappi di seta di cui parlava Jeremias Drexel, un gesuita tedesco dell'età barocca.

Alla radice della nostra crisi del diritto c'è essenzialmente l'indebolimento dell'antica capacità regolatoria della legge.

Una parte non trascurabile delle leggi approvate negli ultimi anni si limita infatti, ad esprimere indirizzi, trascura la necessità di esprimere regole e disegna piuttosto il punto di intesa o di conflitto tra le parti politiche. La legge risulta così parte del sistema politico piuttosto che dell'ordinamento giuridico, e usa persino più la lingua della politica che quella del diritto.

La crisi è l'abbandono delle antiche certezze sociali, morali, economiche, politiche, e perciò anche giuridiche, per effetto delle grandi trasformazioni in corso nel mondo occidentale. Il termine crisi, qui non significa decadenza, significa passaggio. E' stato l'attuale Pontefice a dirci che non siamo di fronte ad un'epoca di cambiamenti, ma di fronte a un cambiamento d'epoca.

Il cambiamento d'epoca deve imporci comportamenti coraggiosi, adeguati al tempo nuovo, anche nel campo del diritto.

Siamo in una fase di passaggio, dobbiamo prenderne coscienza e l'approdo è incerto. Viene alla mente una nota riflessione di Kirkegaard: il cuoco ha preso il comando della nave e da quel momento dalla cabina del comandante non sono più arrivate indicazioni sulla rotta e sui porti da raggiungere; ogni mattina arriva soltanto il menu del giorno. Occorre fare in modo che i cuochi restino a svolgere le loro importanti funzioni nelle cucine.

Il problema non riguarda solo l'Italia, ma la gran parte dei paesi europei. La Germania ha votato il 24 settembre, ma non ha ancora un governo; l'Olanda ha impiegato più di 230 giorni, circa 8 mesi; la Danimarca ha un governo di minoranza; il governo rumeno appare travolto dalle accuse di corruzione; la Spagna è alle prese con la Catalogna, la Gran Bretagna con la Brexit e l'Irlanda.

Ogni Paese cercherà la propria strada. In Italia impedire un deperimento civile privo di approdi, dipende anche da noi, dalla nostra capacità di vivere la cittadinanza e l'etica della professione non come contemplazione del burrone, ma come capacità di superare

ristrettezze egoistiche e di animare doveri e responsabilità, a partire da noi stessi.

4. Siamo di fronte alla crisi del diritto per come lo abbiamo concepito negli ultimi due secoli; ma quello che abbiamo di fronte non è un non-diritto; quello che abbiamo di fronte è il diritto della crisi. Il diritto della crisi è costituito dal complesso di regole proprio delle fasi di passaggio, quando le novità premono, il vecchio si dimostra inadeguato e il nuovo fatica ad assumere una fisionomia precisa. Il sistema giuridico barcolla, non riesce a proporre un ordine, accoglie norme incerte nella loro applicabilità, si scompone in sottosistemi privi di coerenza. Si moltiplicano frammenti normativi, isole che sfuggono al meccanismo regola–eccezione, proprio dei sistemi consolidati.

Gli ordinamenti giuridici vivono nella storia e la storia ne condiziona i contenuti. Essi incorporano tutto ciò che di normativo producono la società, l'economia e la politica. Sono perciò aperti, modificabili e continuamente modificati. Pertanto le condizioni della politica, della società, dell'economia si riflettono inevitabilmente sullo stato del diritto e dell'amministrazione della giustizia.

Se le condizioni politiche, sociali ed economiche che generarono il diritto novecentesco sono state sostituite da nuove condizioni, è inutile remare contro corrente con il rischio di essere sospinti verso il passato, come ammoniva il Grande Gatsby.

Occorre prendere atto che il mondo sta cambiando e che il diritto incerto che sta di fronte a noi è il frutto di questa fase di cambiamento, che richiama alle proprie responsabilità tutto il mondo dei giuristi.

Dobbiamo porci con spirito nuovo nei confronti del cambiamento. Emergono continuamente nuove domande di giustizia e questo significa che permane la fiducia che il diritto possa continuare ad orientare i comportamenti della comunità, a prevenire e risolvere i conflitti.

La nuova domanda di giustizia va oltre le forme in cui il giuridico è stato fino ad oggi pensato e che porta la giurisdizione, l'avvocatura la dottrina a dover anticipare talvolta la stessa legislazione per operare in campi inesplorati, sulle giunture fondamentali del sistema sociale, economico e istituzionale. Disattendere questa istanza significherebbe scardinare le basi stesse della legittimazione del giudice già rese quanto mai fragili dalla precaria condizione della legislazione che è chiamato ad applicare. Ma nel contempo bisogna guardarsi dal travalicare i confini assegnati dalla Costituzione.

Cambia il rapporto tra legge e giurisdizione. In numerose sentenze la CEDU ha sottolineato il mutato rapporto tra giurisprudenza e legge. La giurisprudenza è intesa come una sorta di *longa manus* della nozione di *lex* come indicata nell'articolo 7 (*nulla poena sine lege*). Interpretazioni giurisprudenziali in *malam partem* sono state annullate perché imprevedibili da parte del cittadino sia nel caso *Contrada* sia nel più recente (17 ottobre 2017) caso *Navalnyye v. Russia*. Legge e giurisprudenza concorrono oggi più di ieri a determinare, in condizioni di pari responsabilità i contenuti specifici dell'ordinamento giuridico.

Emerge la necessità dello sforzo che magistrature e avvocatura, compiono per riportare a sintesi nei singoli casi un sistema giuridico nuovo, che non risponde più ai canoni novecenteschi. Non è un compito facile. Non basta neppure l'avanzatissimo dialogo processuale messo a punto e in continuo perfezionamento tra tutte le componenti del sistema di giustizia.

5. Né la denuncia, né la rassegnazione produrrebbero risultati. L'invocazione di una politica riordinatrice probabilmente resterebbe senza risposta perché proprio l'assenza di questa politica produce il disordine che si denuncia. E comunque il sopravvento di una politica riordinatrice di fronte a giurisdizioni che restassero indebolite nella loro reputazione, non produrrà ordine; produrrà subordinazione. E' quanto sta già accadendo, in forme diverse, ma

con le stesse finalità in Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca e Romania.

6. Impegnarsi a fronteggiare responsabilmente questa fase è necessario anche per definire un nuovo fondamento della legittimazione della magistratura. Se la legge è incerta, da quale nuova fonte le magistrature potranno attingere la propria legittimità? Tra i nuovi terreni emerge l'autoregolazione. E' quello che hanno fatto alcune procure della Repubblica in materia di conferenze stampa, intercettazioni telefoniche, avvisi di garanzia. Ed è quello, se non erro, che sta facendo la Procura Generale presso la Corte di Cassazione in materia di reati ambientali. Allo stesso modo si muovono le innovazioni introdotte nella Cassazione, nel Consiglio di Stato e nella Corte dei Conti per migliorare l'efficienza e la qualità delle decisioni.

Queste vicende dimostrano che le fasi di crisi possono paradossalmente essere le più ricche se le persone di buona volontà si impegnano a ricostruire un telaio di idee e di valori idoneo a gestire il passaggio verso un tempo nuovo. Nel nostro caso sono i giuristi, della cattedra, del foro, delle corti, che devono contribuire alla ricostruzione di un diritto capace di svolgere le proprie funzioni anche in fasi di cambiamento e di crisi. Il Memorandum che oggi presentiamo nasce dalla consapevolezza che sulle alte Corti grava la responsabilità della nomofilachia una responsabilità particolare, che non grava su altri organi e che ha lo scopo di costruire certezze e di riprendere le fila della legittimazione.

7. Il Memorandum, che è stato presentato al Capo dello Stato come comune dichiarazione di intenti, supera la dimensione della intesa preliminare tra i vertici e apre una fase nuova di discussione sugli stessi temi aperta a tutte le componenti del sistema di giustizia. Quindi va discusso come espressione e testimonianza di piena consapevolezza dei processi di trasformazione e della necessità di adeguare alla realtà del diritto contemporaneo anche

l'autoorganizzazione della funzione giurisdizionale. E' stato individuato il massimo e più urgente tema comune alle tre giurisdizioni superiori nell'esigenza di migliorare l'esercizio della funzione nomofilattica cercando di garantire la coerenza, la prevedibilità e la qualità delle decisioni.

La nomofilachia non è intesa come esercizio di autorità o conseguenza di una semplice investitura, ma frutto della capacità di conoscenza e di raccordo con tutte le componenti del sistema. L'organo nomofilattico si legittima dunque sulla base della capacità di portare di volta in volta a sintesi tutta questa molteplicità di esperienze e di fattori, nell'interesse del sistema di giustizia e della intera comunità e non solo del complesso giurisdizionale a cui appartiene.

L'obbiettivo di questa conferenza è dunque valorizzare una comune cultura della giurisdizione come fondamento di una nomofilachia non meccanica, non gerarchica, ma colta e plurale, condivisa tra tutte le componenti attive nel sistema giustizia.