

Il poco mite Zagrebelsky

Marco Olivetti, “Europa” 20 agosto 2012

Quello fra politica e giurisdizione è forse il principale conflitto che attraversa le democrazie liberali contemporanee. Mentre per il costituzionalismo post-rivoluzionario francese il giudiziario, sulla scorta di Montesquieu, era inteso come un potere nullo, pallido contraltare rispetto alla legge (espressione della volontà generale e della sovranità popolare), il secondo dopoguerra ha visto un forte arretramento della legislazione e della politica rispetto alla giurisdizione.

Vari fattori hanno spinto in questa direzione: dall’affermazione della rigidità costituzionale e del controllo di costituzionalità delle leggi a forme molto avanzate di autogoverno della magistratura, dal ruolo svolto dai giudici nel quadro dell’integrazione europea e del diritto internazionale regionale (Convenzione europea dei diritti dell’uomo) alla frammentazione delle domande sociali che la legge e la politica non riescono più a mediare.

Così il diritto legislativo ha arretrato inesorabilmente a vantaggio di quello giurisprudenziale: la crisi di legittimità della politica ha indotto molti attori sociali a cercare solo nella giurisdizione, indipendentemente, spesso, dalla legge, la risposta a istanze che la politica tardava a disciplinare. L’avanzamento della giurisdizione è oggi un dato costituzionale globale, al punto che non è mancato chi ha ragionato di un “governo dei giuristi” (Ran Hirschl, nel saggio *Towards Juristocracy*).

Nella vicenda italiana il dominio del positivismo giuridico ha a lungo attutito queste tendenze. All’inizio degli anni ‘70, però, in corrispondenza con l’avvento in magistratura di una nuova generazione di giudici, per lo più di estrema sinistra, è stato invocato un “uso alternativo del diritto”, da intendersi come via di trasformazione della società, facendo leva sulle contraddizioni della legislazione e tentando di applicare direttamente la Costituzione (o, meglio, alcune interpretazioni radicali di essa, di solito impennate sulla “rivoluzione promessa” dell’eguaglianza sostanziale).

Ma è solo negli anni ‘90 che – anche a fronte dell’esaurimento dei partiti politici nati dalla Resistenza e della torsione maggioritaria del sistema costituzionale – buona parte della cultura giuridica italiana ha abbandonato il positivismo giuridico e la centralità della legge per abbracciare un altro modo di concepire il diritto, molto più legato al caso concreto e alle concezioni della giustizia proprie delle parti di quel caso, e del singolo giudice. Il profeta di questa nuova stagione è stato Gustavo Zagrebelsky, con il suo noto saggio sul “diritto mite”, che dovrebbe appunto essere un diritto meno rigido, meno generale e astratto, e più casistico, più legato ai valori che emergono nella concreta realtà che i giudici si trovano davanti.

Il ventennio trascorso da allora ha offerto il contesto ideale per sviluppare questa visione del diritto, in cui la legislazione democratica ha un posto in fondo marginale: la lunga stagione berlusconiana ha indotto la cultura giuridica e la sinistra politica a cercare nella magistratura una sponda per fermare gli abusi segnati dalle numerose leggi *ad personam* spesso eversive dello stato di diritto, che hanno caratterizzato questo tempo. E la crisi profonda della politica che è seguita alla fine del berlusconismo ha offerto ragioni ulteriori per vedere nella giustizia il potere cui affidare l’ultima parola nei complessi conflitti che attraversano la nostra società.

L’immagine della magistratura che esce da questo scenario è quella di un potere senza limiti e che nessuno può limitare, in nome della sua indipendenza, costituzionalmente garantita. Così negli ultimi anni la giurisdizione si è fatta legge (caso Englaro), inchiesta parlamentare (il processo di Palermo sulla trattativa stato-mafia) e ora politica industriale del paese (Ilva di Taranto). In ciascuna di queste vicende è bene per un attimo allontanarsi sia dal merito delle questioni (fine vita, rapporto

Stato-mafia, equilibrio fra iniziativa economica, lavoro, salute e ambiente), sia dai vari profili tecnici delle controversie in questione (ciascuno invero assai complicato). Occorre chiedersi se su questi punti – e su molti altri che si potrebbero evocare – sia accettabile, in una repubblica democratica, che l'ultima parola spetti a funzionari statali non eletti e non responsabili, quali dopo tutto sono i giudici italiani. Scomparso dalla scena l'equivoco berlusconiano, la questione va al cuore del senso della politica democratica, del ruolo dei partiti e dell'amministrazione.

Per questi motivi è inaccettabile l'impostazione che sta alla base dell'articolo pubblicato ieri da *Repubblica* in cui Zagrebelsky denuncia l'esistenza di una «operazione di discredito, isolamento morale e intimidazione» dei magistrati di Palermo e invita il presidente della repubblica a rinunciare al ricorso per conflitto di attribuzione circa l'uso di alcune intercettazioni di conversazioni del capo dello stato. Inaccettabile perché alla base di esso c'è un radicale rovesciamento della realtà, come nel dialogo fra il lupo e l'agnello nella favola di Esopo. Al di là dei profili strettamente tecnici sulle intercettazioni (sui quali, forse, Zagrebelsky ha ragione, pur non credendoci fino in fondo, visto che dal suo articolo traspare la rassegnata convinzione che la Corte in fatto darà ragione al presidente) le cose stanno esattamente all'opposto di come Zagrebelsky le presenta.

Troppi sono i casi in cui grandi questioni di rilievo nazionale rischiano di essere sottratte alla dialettica democratica e consumate unicamente nella vicenda giurisdizionale, con il parlamento ed il governo obbligati ad assistere impotenti. Ciascuno dei tre poteri ha il suo spazio nello stato liberal-democratico e non sempre il processo è il luogo adatto alle necessarie mediazioni fra interessi generali (come nel caso Ilva) o a far emergere la verità (se la trattativa Stato-mafia non è un oggetto idoneo ad una commissione di inchiesta anziché ad un processo assai confuso e nella sua essenza politico c'è da chiedersi a cosa serva l'inchiesta parlamentare).

Un sistema nel quale gli altri poteri scompaiono e resta solo il giudice – un sistema che a tratti sembra essere il sogno dell'Italia dei valori e di un quotidiano come il *Fatto quotidiano* – non merita il nome di stato di diritto, ma quello di assolutismo giurisdizionale, nel quale il diritto che vediamo all'opera non è affatto “mite”.