

Natalino Irti

professore emerito nell'Università di Roma 'La Sapienza'  
socio nazionale dell'Accademia dei Lincei

### Le ragioni del tema

Il discorso introduttivo è affidato all'autorevole parola della prof.ssa Marta Cartabia. Io mi restringerò, con estrema sobrietà, a chiarire il senso del tema, oggi proposto dalla Scuola Superiore della Magistratura.

1.

Forse il tema 'Il giudice e lo Stato di diritto' sarebbe apparso ovvio, quasi esercizio scolastico, privo di problemi e di inquieti turbamenti, in altre epoche della storia europea: penso alla Germania guglielmina, agli ardui anni della Repubblica di Weimar; ed anche all'Italia liberale, durata a un dipresso dal 1860 al 1915.

Il concetto di Stato di diritto, elaborato da filosofi e giuristi, e poi diffuso nella generale cultura del XIX secolo, era ormai fermo e incontroverso. Stato di diritto è lo Stato, che si sottopone al suo proprio diritto e si svolge nella razionalità di taluni principî: riduzione del diritto alla legge; separazione dei poteri; legalità dell'azione amministrativa. E' un quadro storico-ideologico, che, stringendo il giudice al tenore linguistico delle leggi, permette la previa calcolabilità della decisione giudiziaria.

In quegli anni lontani, ed ancora oggi in taluni manuali scolastici, si narrava, per

metafora dello Stato di diritto, l'aneddoto famoso di Federico di Prussia; il quale, provando con le proprie truppe a violare le terre e l'industria di un mugnaio di Sans-Souci in quel di Potsdam o, secondo altre fonti, a ordinare la demolizione del mulino per il molesto stridio delle pale, si sentì rispondere un rifiuto e un monito: 'ci sarà pure un giudice a Berlino'. Federico il Grande non poteva sottrarsi alla decisione dei giudici, pronunciata in base alla legge protettrice della proprietà privata. Il rifiuto del mugnaio riposava sulla fiducia nello Stato di diritto, inviolabile così per arbitrio del sovrano come per sentenza dei magistrati, quella fiducia che perciò gli consentiva (a usare le parole del grande Jellinek) "il calcolo necessario dei suoi atti e delle sue conseguenze".

Lo Stato di diritto è lo Stato che garantisce e assicura questa attesa.

2.

Che cosa è mai accaduto nel frattempo, se oggi torniamo sul tema, se uno stimato studioso tedesco, il cattedratico di Konstanz Bernd Rüthers, intitola nel 2014 un suo saggio: 'La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici', cioè dal Rechtsstaat al Richterstaat? Questo è l'interrogativo, oggi sollevato, con acuta sensibilità, dalla Scuola Superiore della Magistratura. Proviamo a disvelare la 'clandestinità' di questa 'rivoluzione'.

La risposta esigerebbe analisi di testi e indagini di prassi legislative e giudiziarie, che vanno ben oltre i confini di una notazione preliminare. Indicherò perciò soltanto taluni profili di crisi che, a mio giudizio, spiegano e impongono il tema del convegno.

Il primo sta nella rottura della positività normativa, quale si compì nelle dottrine e nella vita degli Stati totalitarî (il nazionalsocialistico e il comunistico). 'Totalitarî', appunto

perché rifiutavano il 'limite' dello Stato di diritto, e avvolgevano l'individuo nell'interezza mistica di una fede o nel fascino di un mito.

A titolo d'esempio, e per la necessaria stringatezza di questo scorcio, basterà rammentare una frase di Carl Schmitt: "Senza il principio fondamentale della uguaglianza di stirpe lo Stato nazionalsocialista non potrebbe esistere e la sua vita giuridica non sarebbe pensabile ... La finzione del vincolo normativista del giudice alla legge è diventata oggi, entro sfere fondamentali della pratica vita giuridica, teoricamente e praticamente insostenibile". Allo Stato di diritto, dileggiato come astratto e cartesiano, subentra l'ordine concreto', fondato sull'eguaglianza di stirpe tra guida (Führer) e popolo. Il giudice è un 'compagno di stirpe', al modo stesso in cui, in altro regime totalitario, è un 'compagno della classe lavoratrice'.

Parlavo poco sopra di 'rottura della positività' nel senso che il giudice è chiamato a decidere secondo criterî che stanno al di sopra delle leggi e sovvertono ogni struttura logica e continuità linguistica: liberarsi dalla 'schiavitù dei paragrafi' era nel 1937 la direttiva della Associazione dei giuristi nazionalsocialisti. L'esperienza di quei regimi ha lasciato traccia anche nell'oggi, e sta come in agguato sul nostro lavoro, pronta e avida di riavvolgerci nella sua oscurità. Nessuno di noi conosce i mostri, che possono destarsi nel sonno della ragione.

3.

Il secondo fenomeno, che indicherei alla radice della crisi, è di carattere contenutistico, e riguarda ciò che, a dir così, viene versato entro la forma dello Stato di diritto. Questo è il superamento del dualismo tra Stato e società, che accompagnava la

dottrina dello Stato di diritto.

Parve a taluno studioso (tra gli altri, all'eminente prof. Ernst Forsthoff) che Stato di diritto e Stato sociale fossero incompatibili, e che Stato sociale di diritto non costituisse un concetto giuridico.

Questa posizione, volta bensì a salvaguardare i caratteri propri e originari dello Stato di diritto, ma svuotandolo dei contenuti più moderni e attuali, suscitò largo dibattito nella cultura tedesca. Vi intervenne anche un filosofo del rango di Jürgen Habermas, che provò a spostare la garanzia di razionalità, compagna inseparabile dello Stato di diritto, dai contenuti, ormai inattesi e variabili, alle procedure democratiche di emanazione legislativa. Così lo Stato di diritto finiva per identificarsi ed esaurirsi nella determinazione democratica di qualsiasi contenuto legislativo. La razionalità delle procedure prendeva il luogo della originaria razionalità dei contenuti.

4.

Il sopravvenuto 'contenutismo' dello Stato di diritto, che le stesse Costituzioni definiscono come 'sociale' e 'democratico', e che perciò si accresce di programmi e attese, di riconoscimenti e garanzie, trae in primo piano il problema della interpretazione, ossia il rapporto tra il giudice e l'odierna fisionomia dell'oggetto interpretato. La identità storica e filosofica dello Stato di diritto, e cioè il suo lascito di calcolabile razionalità, va salvata sul piano linguistico, capace di svolgere una linea di continuità oltre i tempi e la variazione dei contenuti. La salvezza, perduta o minacciata dall'irrompere delle istanze più diverse, delle esigenze collettive più inattese e varie, risiede nel metodo interpretativo, che così assume la decisiva importanza di una scelta costituzionale.

Non è questo luogo e occasione per discorrere di teorie ermeneutiche, bastando accennare a due indirizzi che si contendono il campo e agitano la disputa. C'è, da un lato, l'indirizzo che chiamerei 'metodologico', espresso nella grande opera del mio venerato maestro Emilio Betti: indirizzo, che prescrive canoni di lettura e perciò permette il controllo dei risultati interpretativi nella pluralità delle istanze giudiziarie. C'è, dall'altro, l'indirizzo ontologico o esistenziale, forte dei nomi di Heidegger e Gadamer, in cui interpretare non è un modo di conoscere, ma un modo di essere, un pre-comprendere il testo identificandosi con la tradizione dei suoi effetti.

E questo non è neppure il luogo, in cui chi vi parla abbia onere di prendere posizione. Egli si limiterà a osservare che il diritto, nella molteplicità di sue forme e contenuti, sta tutto nel linguaggio; e che il linguaggio è la comune dotazione, per cui i membri di una società si capiscono e intendono. Qui risiede l'estrema salvezza dello Stato di diritto. Il principio di legalità si consegna al vincolo normativo della lingua. L'orizzonte linguistico stringe in unità il legislatore, i cittadini, i giudici, e perciò si identifica con lo stesso orizzonte della comunità civile e politica.

Il linguaggio del diritto genera quello che mi piace di definire come affidamento semantico, la fiducia che parlanti ed ascoltatori ripongono nella continuità e stabilità delle parole e dei loro significati. C'è – come ha dimostrato una tradizione di studi che è vanto dell'Italia (da Pagliaro a Devoto a De Mauro) – una normatività propria della lingua, che ci stringe tutti e rende possibile il reciproco comunicare e intendersi. Che perciò, osservando la separazione dei poteri, tutela le attese e rende possibile il calcolo giuridico dei nostri atti e delle loro conseguenze.

Attribuire alla parola del legislatore un significato, estraneo alla normatività linguistica, è sovvertire il sistema, deludere l'aspettativa dei destinatari, cadere nel più capriccioso soggettivismo. La positività, giuridica e linguistica, solleva un argine contro rotture fideistiche, di cui già vivemmo il cupo orrore; ed anche serve a spiegare e sciogliere la molteplicità delle fonti giuridiche. Né il vincolo normativo del linguaggio può esser rotto dal dualismo di 'regole' e 'principi' (dualismo di immeritata fortuna), poiché anche i principi, i quali non assumano l'indiscutibilità di fedi meta-positive, vanno ricavati e pensati entro il sistema delle norme.

Lo Stato di diritto, che non voglia precipitare nel buio mistico delle credenze o nello spocchioso soggettivismo dei giudicanti, ha bisogno di salvarsi e durare come Stato della razionalità linguistica, sicché i giudici, nel soggiacere al diritto, siano custodi della legalità espressiva, e si facciano garanti del nostro capire e intenderci entro il vincolo della comune società. Il tema, oggi prescelto dalla Scuola Superiore della Magistratura, ha la perentorietà di un appello alla coscienza politica e civile del nostro tempo.