

DIFFUSIONE DEL DIRITTO E MEZZI DI COMUNICAZIONE

ANDRÉS OLLERO

Per ben diciassette anni ho avuto la possibilità di mettere in pratica i risultati dei miei studi accademici nel Congresso dei Deputati; è logico che io adesso voglia utilizzare tali esperienze nell'ambito della riflessione intellettuale, pur non essendo la prima volta che mi si offre tale possibilità¹.

1. L'APPARENZA COME REALTÀ

Se ho imparato qualcosa è che in politica le cose non sono come sono, bensì come appaiono². Ancora una volta ho avuto l'opportunità

¹ Ne è una testimonianza, nel bene e nel male, l'intervento *El parlamentar en el sistema político español*, presentato nel Colloquio Internazionale su «Il Potere Legislativo nell'attualità», organizzato dalla Camera dei Deputati messicana del H. Congreso de La Unión e dall'Istituto de Investigaciones Jurídicas della UNAM, e pubblicato successivamente nella «Revista de las Cortes Generales», 31 (1994), pp. 7-30. Cfr., inoltre, *El Parlamento a debate. La opinión de los protagonistas*, inserita in M. Ramirez (a cura di), *El Parlamento a debate*, Editorial Trotta, Madrid 1997, pp. 211-220, o *La actividad parlamentaria en la sociedad mediática*, in *El debate de la comunicación*, Madrid, Fundación General Universidad Complutense - Comune, 1998, pp. 51-53.

² J.J. Toharia non sarebbe stato sorpreso da una simile affermazione, sociologicamente ovvia: «le opinioni fanno parte del mondo delle percezioni e delle impressioni; le conoscenze, invece, appartengono al mondo dei fatti e delle certezze. Nella vita sociale, se qualcosa viene definita come reale, diventa reale con tutte le sue conseguenze e indipendentemente da quello che "obiettivamente" (nella misura in cui si può utilizzare questo avverbio) possa essere realmente. La realtà sociale, semplicemente, non è: si costruisce. In ultima istanza, non costituisce se non una "rappresentazione collettiva": uno stato di opinione» (*Opinión pública y Justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española*, Consejo General Poder Judicial, Madrid 2001, pp. 62, 64 e 66).

di vedere constatate nella pratica quelle che, fino ad ora, erano state per me solo teorie ampiamente conosciute. Tale fenomeno è legato all'esistenza delle cosiddette «espressioni realizzative», attraverso le quali il linguaggio compierebbe una funzione «performativa»³, di particolare rilevanza in ambito giuridico. A quanto pare, è possibile perfino costruire una realtà con le parole, nella misura in cui queste, utilizzate in determinati contesti, si mostrano capaci di generare effetti sociali evidenti. Basti come esempio tipico l'espressione orale del consenso matrimoniale.

In politica questo fenomeno si acuisce. Sebbene a medio o lungo termine la vita politica finisca con l'essere caratterizzata da decisioni personali o collegiali, la cui effettiva rilevanza a volte passa inavvertita perfino a chi le ha prese, la realtà quotidiana si basa sulla mera apparenza; in particolar modo su quella forgiata dai mezzi di comunicazione⁴. Alla fin fine, l'opinione pubblica si alimenta di luoghi comuni e coincidenze che implicano una concordanza di sentimenti o di opinioni, le cui cause reali possono essere le più svariate⁵.

A partire da questa esperienza, non mi può sorprendere il fatto che per il cittadino il significato del diritto dipenda, in larga misura, più da come gli appare che dai suoi reali contenuti. Si è parlato a lungo del condizionamento al quale si vedono sottomesse le opinioni nella nostra tecnologica società dell'informazione. Tuttavia, a mio parere, il

³ Le «performative utterances», analizzate da J. L. Austin, trovarono seguito presso i «realisti» scandinavi. Cfr. K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, (traduzione di E. Garzon Valdés) Buenos Aires 1968, p. 38; e A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (traduzione di J. Barboza), Buenos Aires 1961, p. 107; anche se quest'ultimo in seguito si mostrerà critico al rispetto: *Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas in El concepto de validez y otros ensayos* (traduzione di E. Bulygin e di E. Garzón Valdés) Buenos Aires 1969, pp. 131-132.

⁴ J.L. Sanchez Noriega ha analizzato la «costruzione della realtà mediata» attraverso questi «canali di valutazione della realtà» che riguardano individui e gruppi, soffermandosi particolarmente sulla «teoria dell'agenda», la cui influenza non consisterebbe tanto in «cosa» bisogna pensare, quanto in «rispetto a cosa» bisogna pensare, e perfino «come pensare a ciò» e «quale valore attribuirgli» (*Crítica de la seducción mediática. Comunicación y cultura de masas en la opulencia informativa*, Tecnos, Madrid 1997, pp. 65, 132, 134 e 214). Della «canalizzazione giornalistica della realtà» aveva già parlato J.L. Dader, che si era anche occupato dell'effetto «agenda-setting» in A. Muñoz-Alonso e altri, *Opinión pública y comunicación política*, Eudema, Madrid 1990, pp. 295 e 304-305. Cfr. al riguardo anche V. Sampedro Blanco, *Opinión pública y democracia deliberativa. Medios, sondeos y urnas*, Istmo, Madrid 2000, pp. 96-107.

⁵ E. Martin Lopez, *Sociología de la opinión pública*, Beramar, Madrid 1992, p. 27.

problema è molto più profondo. Non si tratta solo di una retrocessione della parola di fronte al primato dell'immagine, o della crescente preponderanza di ciò che è visibile su ciò che è intellegibile, né del fatto che la politica giri intorno a semplici opinioni, incapaci di comunicare «saperi» e limitate a offrire mere «apparenze»⁶. Il problema consiste, innanzi tutto, nel fatto che tali opinioni frequentemente non si basano nemmeno su fatti reali, né hanno la portata che, a rigore, dovrebbero avere. Non si parte dai fatti, ma dalla loro apparenza ed è attorno a questa trama ermeneutica che gireranno poi i noti pareri.

2. INFORMARE SU CIÒ CHE NON SI CONOSCE

Il problema si acuisce perché, in una società incapace di funzionare ai margini del diritto, la materia giuridica non occupa praticamente nessun posto nei programmi didattici obbligatori per il cittadino. Quest'ultimo si vede immerso in un contesto informativo in cui il diritto esercita un protagonismo crescente, senza avere ricevuto prima alcuna nozione che gli consenta di orientarsi con successo in questo difficile contesto. D'altra parte, non è difficile essere d'accordo con questa affermazione categorica: «la conoscenza della pubblicazione delle leggi da parte dell'opinione pubblica è irrilevante a livello giuridico-positivo»⁷. Niente di tutto ciò impedirà che ogni cittadino reclami giustizia e sia disposto a valersi dei suoi diritti⁸. Nessuno, tuttavia, gli ha illustrato l'importanza delle forme procedurali, dandogli la possibilità di lanciarsi in appassionate intuizioni su ciò che è giusto, o gli ha spiegato la differenza tra un semplice desiderio lecito, accettabile per la società, e un diritto propriamente detto⁹.

⁶ Cfr. al riguardo le ben note riflessioni di G. Sartori in *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid 1998, pp. 11-12 e 69-70.

⁷ A. Arevalo Gutierrez, *La publicación de las leyes y su conocimiento por la opinión pública* in F. Pau Vall (dir.), *Parlamento y opinión pública*, Tecnos, Madrid 1995, p. 141.

⁸ Nei sondaggi sulla Giustizia «la percentuale media di non risposta» è «appena del 10%», per quanto l'84% degli intervistati consideri che «il linguaggio e le procedure dei tribunali siano eccessivamente complicati e difficili da capire per il cittadino medio» (Toharia, *op. cit.*, p. 60 e p. 150). I punti 5 e 7 della «Carta dei diritti dei cittadini di fronte alla Giustizia», promossa tempo fa all'interno del Patto di Stato dal Ministero di Giustizia, cercavano di garantire una «Giustizia comprensibile».

⁹ Risulta esemplare al riguardo il ragionamento del nostro Tribunale Costituzio-

A ciò si aggiunga la diffusa fede nelle possibilità taumaturgiche della legge, che induce il cittadino a pensare che non esistano problemi sociali non risolvibili tramite una riforma legale¹⁰. Il risvolto negativo è il convincimento che se è sorto un problema è perché la legge non è stata fatta bene, o perché non l'ha previsto con adeguato anticipo. La conseguenza può essere che i responsabili politici finiscano col prestarsi coraggiosamente al lavoro legislativo più per dimostrare che assumono il loro «dovere», che non perché condividano una simile ingenuità.

È significativa anche l'ignoranza circa il ruolo dei diversi poteri, e in particolare rispetto a quello delle *Cortes Generales*; la rende ancora più forte il fatto che i mezzi di comunicazione sottostanno alle urgenze che caratterizzano il lavoro informativo e che, in certe occasioni, condizionano l'immagine degli organi legislativi. È sufficiente che, al momento di riferire quanto viene trattato in un Consiglio dei Ministri, si alluda alla presentazione di un mero disegno di legge perché — persino tra gli esperti colleghi della Facoltà di giurisprudenza — si diffonda il vivo interesse per una «legge» che si dà già per approvata, quando in realtà non ha ancora neppure il carattere di progetto. Non è strano, dunque, che anche i meno competenti finiscano con il pensare che le leggi le faccia il Governo¹¹. Nonostante ciò, bisogna dire che l'evoluzione che subisce ogni progetto legislativo nella procedura

nale che, nella STC 120/1990 del 27 giugno, segnava una distinzione tra diritto e mero «agere licere», quando alcuni terroristi in sciopero della fame volevano valersi del loro presunto diritto alla morte. Abbiamo analizzato tale caso in *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreto del desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Rialp, Madrid 1994, pp. 59 ss.

¹⁰ J.J. Toharia individua questo «anelo di giustizia totale»; «quello che ci si aspetta dal sistema legale è che garantisca che “qualcuno” sia obbligato a prevedere ogni possibile contingenza negativa» e ciò consolida una «cultura del reclamo» (*op. cit.*, pp. 25-26).

¹¹ Lo sosteneva circa la metà degli intervistati nel 1987, mentre solo un quarto attribuiva alle Corti l'elaborazione delle leggi; risultato verosimilmente per nulla congiunturale. J.R. Montero, dopo avere menzionato l'«antiparlamentarismo ereditato dalla cultura politica franchista», mette in risalto questa «scarsa centralità» del nostro Parlamento. *Parlamento y opinión pública: las percepciones y los niveles de apoyo de las Cortes Generales* in A. Garrarena Morales (a cura di) *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 105, 116, 101 e 103. Dieci anni dopo P. Del Castillo e I. Crespo individuano rispetto a ciò «tre epoche ben diverse», che comincerebbero con una «fase di vitalità, e anche di centralità, che coincide con il periodo di transizione (1977-1982)»; una seconda fase di crisi, «che coincide con la maggioranza socialista alle Camere (1982-1993), e una terza, di rivitalizzazione, che inizia con i Governi di minoranza del Partido Socialista Obrero Español (1993-1996)

parlamentare è più che sufficiente per fare scatenare le ire e le frustrazioni degli esperti che, invitati dal Ministero, avevano contribuito a generarla «in provetta».

Quando, nella conversazione quotidiana, un cittadino qualsiasi si arroga il ruolo di Ministro o di legislatore, si impegna ad affermare la propria autosufficienza. Si considera del tutto naturale, al contrario, che egli si eriga a giudice delle più svariate cause, che presumibilmente si possono risolvere facendo appello al semplice buon senso. Per ciò è sempre più frequente il matrimonio, per nulla dissimulato, tra il consulente giuridico e quello di immagine, quando personalità di spicco sono obbligate ad affrontare processi penali complessi di prevedibile impatto nei mezzi di comunicazione. Spesso un'attività destinata a «mediare» («esistere o essere una cosa in mezzo ad altre»), finisce piuttosto con il «mediatizzare» («intervenire impedendo o rendendo più difficile la libertà d'azione di una persona o di un'istituzione nell'esercizio delle sue attività o funzioni»)¹²; non può sorprendere che si agisca di conseguenza.

3. LA «GIUDIZIALIZZAZIONE» DELLA POLITICA

Il fare e disfare dell'apparenza politica trova nel diritto un ambito di sviluppo privilegiato e favorisce, in modo attivo o passivo, certi fenomeni come quelli che prendono l'etichetta di «giudizializzazione». La variante attiva di questa «giudizializzazione» consiste nel trasformare in presunta lite giuridica un'esigenza evidente di stabilire il responsabile politico di un errore o di un'esagerazione. L'idea sbagliata che una persona abbia diritto a tutto ciò che non sia esplicitamente proibito viene adesso sostituita da quella opportunistica che il politico non abbia altri doveri, rispetto ai cittadini da lui rappresentati, che quelli che gli impone l'ordinamento giuridico.

Questo volontà evasiva viene alimentata dalla riconosciuta lentezza della giustizia, che può fungere da efficace parafulmini di fronte agli

e del Partido Popular (a partire dal 1996)» (*La opinión pública y el Congreso de los Diputados in El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Tecnos, Madrid 2000, p. 395).

¹² Rispettivamente, accezione 4 e 2 relative a tali termini nel Dizionario della *Real Academia Española*.

improvvisi attacchi della menzionata «responsabilità politica». Il gioco della rappresentazione democratica implica una radicale dimostrazione di fiducia da parte del cittadino, confermata dall'inesistenza di un mandato imperativo¹³, capace di legare il parlamentare al suo futuro compito. Tuttavia, quest'ultimo si dovrebbe sentire legato dall'obbligo costante di mostrarsi meritevole di tale fiducia. Per questo, dovrebbe intervenire con prontezza per dissipare, di fronte all'opinione pubblica, qualsiasi ombra che possa offuscarla¹⁴, indipendentemente dalla valutazione giuridica che, in un contesto ben diverso, si meriterebbe la sua condotta.

Se nell'affidare la propria salute a un medico, o i propri interessi a un commercialista, al cittadino solitamente non basta che questi non sia interdetto all'esercizio della professione a causa della propria condotta dolosa, non si capisce bene perché debbano essere i giudici penali a incaricarsi di valutare il politico di turno che suscita nel cittadino una chiara sfiducia riguardo alla sua effettiva idoneità. Il politico, in quanto personaggio pubblico, non è un cittadino qualsiasi. Non lo è quando domanda che la sua reputazione o la sua intimità vengano protette, né quando si vale della presunzione di innocenza, sacra in ambito processuale, ma che deve essere preceduta da un'immediata assunzione di responsabilità quando svolge un incarico pubblico¹⁵.

Tale comportamento, assunto con invidiabile naturalezza in altri paesi, non gode di alcuna tradizione nel nostro, fatto che costituisce una delle più evidenti carenze della nostra vita democratica. Di conseguenza, si arriva addirittura a generare, come un effetto perverso, l'atteggiamento opposto: colui che, pur dichiarandosi innocente, si dimette, non essendo stato capace di recuperare la fiducia persa a causa del suo comportamento, verrà considerato ipso facto colpevole a tutti

¹³ «I membri delle Corti Generali non saranno vincolati con un mandato imperativo», secondo l'articolo 67. 2 della Costituzione Spagnola.

¹⁴ E. Martín Lopez analizza, seguendo Edward A. Ross, i «meriti e demeriti dell'opinione pubblica in confronto al diritto», mettendo in risalto la sua «maggiore flessibilità», per il fatto di essere «meno meccanica nella sua applicazione» della legge, la sua «maggiore capacità di penetrazione, dovuta al fatto che agisce per rafforzare le richieste morali», così come il fatto di essere «più immediata nella sua azione» (*op. cit.*, pp. 79-80).

¹⁵ Ci siamo occupati di ciò, con abbondanti riferimenti alle diagnosi dottrinali nate in seguito a polemiche del momento in *Responsabilidades políticas y Razón de Estado*, in F. Gutiérrez-Alviz Conradi (a cura di), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Universidad, Siviglia 1996, pp. 23-35.

gli effetti. Per quanto la Giustizia riesca in seguito a chiarire i dubbi, difficilmente potrà fare risuscitare il suo cadavere politico. Ancor peggio della menzionata resistenza dei nostri politici ad affrontare delle possibili dimissioni è questo strambotto aggravante che la identificherebbe con una pura e semplice auto-imputazione di colpa.

Il gioco addirittura si inverte, data l'incapacità del cittadino di cogliere delle sfumature così sottili, quando il politico incriminato esibisce come garanzia di innocenza una risoluzione giudiziale che non testimonia altro che un'insufficienza di prove. È evidente che ciò restituisce integra per qualsiasi cittadino la sua presunzione di innocenza previa al processo; ma non la converte necessariamente in certificazione di innocenza provata. Per quanto riguarda la responsabilità politica, la sentenza continuerà ad essere irrilevante. Lo stesso succederà quando, pur essendo ovvi e dimostrati i fatti, le prove apportate vengano respinte per essere state ottenute con violazione dei diritti fondamentali. O anche quando una condotta, sebbene non si meriti una determinata accusa penale, venga percepita socialmente come una sfrontatezza capace di provocare un ritiro immediato della fiducia. Se una sentenza su determinati comportamenti risulta assolutoria, perché questi non sono stati standardizzati nel nostro Codice Penale, ciò potrebbe, caso mai, suscitare una proposta di riforma legale; ma convertire tale circostanza in qualcosa che possa liberare dalle responsabilità politiche e presentare l'autore come una vittima di un passato e interessato linciaggio sembra uno sproposito.

4. TRIVIALIZZAZIONE DI FIGURE GIURIDICHE

Ancora un volta, l'apparenza finisce col travisare aspetti elementari della valutazione giuridica. La tendenza all'eccesso di argomenti nel dibattito politico porterà a cercare ulteriore chiarezza per via giuridica. La mera negativa di fronte all'offesa altrui non sembra efficace, se non l'accompagna l'interposizione di una querela. Una mera *routine* processuale, come il fatto quasi obbligato di accettarla come tramite, troverà nei mezzi di comunicazione il punto finale della sua virtualità politica. Nel migliore dei casi, si tireranno indietro silenziosamente. Nel peggiore, si costringerà una giurisdizione già sovraccaricata a svolgere lavoro addizionale e in più ad assumere una rischiosa posizione in pieno caos politico. Per quanto la risoluzione si esprima in termini

tecnici, i mezzi di comunicazione la interpreteranno sempre in modo più compromettente.

Se dall'infamia politica personale, purtroppo frequente, passiamo alla critica di iniziative o di progetti legislativi, ciò che verrà trivializzato adesso sarà la loro pretesa portata costituzionale. Il cittadino non suole essere esperto, com'è logico, del disegno di controllo della costituzionalità come «legislazione negativa», di brevetto kelseniano. Ignora, di conseguenza, l'innumerabile quantità di assurdità che bisogna mettere in pratica, cercando di non provocare alcun danno alla Costituzione. D'altra parte, la profonda devozione cittadina alla Costituzione la associa più al diritto naturale razionalista, e alla sua eccelsa proiezione codificata, che al fatto di avere stabilito un modesto limite, sotto il quale qualsiasi proposta giuridica non sarebbe valida. La Costituzione, come tetto giuridico pienamente realizzato, appare come la somma di tutti i beni giuridici, priva di difetti. Di conseguenza, ogni proposta che non sia la più positiva immaginabile potrebbe essere considerata, per il suo essere perfettibile, incostituzionale.

Il politico dissenziente prende nota della situazione. Poi, di fronte a ogni progetto dei suoi avversari scaglia, per stuzzicare, una raffica di obiezioni di costituzionalità. In questo modo, evita subito che la sua posizione venga male interpretata, come un intervento irrilevante fatto per suggerire una diversa sfumatura. Rispetto all'opinione pubblica, la Costituzione, di fatto, non deve temere per un nonnulla.

Come se non bastasse, il controllo della costituzionalità si realizza, come tutela, con un carattere sussidiario rispetto all'intervento previo del potere giudiziario. Ciò fa sì che la maggior parte delle risoluzioni del Tribunale Costituzionale finiscano col diventare «sentenze su sentenze», minacciando perfino di portare alla cosiddetta «cassazione universale»¹⁶. Di conseguenza, si sono intensificate le ben note frizioni tra questa alta magistratura e il Tribunale Supremo, che si condensano nella diagnosi beffarda secondo la quale in Spagna ci sarebbe un solo Tribunale Supremo, ma che non si chiama così. Ma tornando al gioco strabico tra apparenza e realtà, esso inciderà anche sull'opinione pubblica.

Una sentenza recente del Tribunale Costituzionale¹⁷, in occasione

¹⁶ ATC 862/1986, degno di essere citato nella STC 134/1991 del 17 giugno, della quale è stato relatore José Gabaldón.

¹⁷ La STC 98/2003 del 2. VI. 2003, della quale è stato relatore il Magistrato Rober-

di un *habeas corpus*, si meritava, in effetti, caratteri cubitali: a quanto pare (e ricordiamo che l'apparenza comanda), «condannava» un politico dalla lunga e prestigiosa carriera. Il suddetto — con un atteggiamento che da noi, come si è detto, è assolutamente insolito — non dubitò nell'assumere le proprie responsabilità politiche: si dimise in modo fulmineo, per evitare ogni tipo di ripercussione sul suo partito; ma, allo stesso tempo, con apparente (se non reale) incoerenza, si dichiarò innocente¹⁸.

È evidente che il Tribunale Costituzionale non è un organo della giurisdizione penale, capace di condannare o di dichiarare innocente una persona e, ancor meno, in conflitti di carattere lavorativo; si pronuncia, caso mai, rispetto a condanne o discrediti prima della giurisdizione corrispondente. In realtà, nel risultato finale del conflitto avevano avuto non scarsa influenza gli stessi organi giudiziari, che non avevano assecondato adeguatamente la disposizione «attiva» che il Tribunale Costituzionale in tali casi esige al momento di valutare la prova¹⁹. Si sarebbe potuto risolvere il conflitto in fasi processuali precedenti, fatto che avrebbe portato a una messa in scena del problema, forse meno spettacolare, di fronte all'opinione pubblica.

5. CONCETTUALIZZAZIONE GIURIDICA E LINGUAGGIO GIURIDICO

La già indicata dimensione demiurgica del linguaggio e la continua fusione tra scenari apparenti e reali si accentuano perché il diritto non si limita a servirsi del linguaggio come mero strumento; «si produce attraverso il linguaggio»²⁰. Dal momento che la semantica giuridica non s'identifica necessariamente con quella del linguaggio profano, emerge

to García-Calvo. Ho avuto occasione di studiare i suoi precedenti giurisprudenziali in *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999.

¹⁸ A. Minc ricorda che in Francia, come conseguenza della «confusione assoluta tra responsabilità politica, amministrativa e penale», la frase «responsabile, ma non colpevole» del ministro Dufoix in occasione del problema delle trasfusioni con sangue infetto, «è stata considerata un'affermazione criminale» (*La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de Hoy, Madrid 1995, p. 222).

¹⁹ STC 166/1988 del 26 settembre, della quale è stato relatore il Magistrato De la Vega Benayas.

²⁰ A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, München 1997, p. 111.

istruzione a quella degli autori più influenti nella dottrina dominante; dall'altra, deve tener conto del punto di vista del cittadino²³. In certi casi, si trova di fronte ad un presunto dilemma tra libertà e sicurezza, tra il rispetto delle garanzie dell'imputato e il desiderio di risarcimento di cui si vale la vittima.

Anche a rischio di semplificare, è opportuno dire che a volte, secondo una prospettiva dottrina «progressista», la scommessa per la libertà minaccia di privare di contenuto la sicurezza, a cui si finisce con l'attribuire una dimensione meramente repressiva, lontana dall'intenderla come semplice dimensione diacronica della libertà stessa²⁴. Si tenderà a giustificare la pena quasi esclusivamente con la finalità del reinserimento riabilitante, come se nessun'altra fosse legittima. Non sorprenderà che tutto ciò contribuisca a disegnare un trattamento penale particolarmente attento all'effettività dei diritti del delinquente, che si acuisce se si sostengono motivazioni che considerano la società, realmente anche se non in modo immediato, come autentica colpevole della condotta deviata. Di conseguenza, i diritti della vittima tenderebbero a passare in secondo piano²⁵, a meno che altri punti di vista non meno identificabili con il progresso non invertano questa tendenza. Ultimamente, questa situazione si presenta quando si affrontano problemi derivanti dalla violenza domestica, dimostrazione eloquente della radicata discriminazione della donna.

Il dualismo risulta ancora più accentuato quando si confrontano il garantismo processuale, il cui formalismo resta lontano dall'orizzonte di comprensione del profano, e la natura giustiziera del cittadino

²³ Per quanto P. Lucas Murillo De La Cueva segnali, quando si occupa dei «limiti della responsabilità politica diffusa dei tribunali», che «una cosa è che gli atti giudiziari siano sottomessi allo scrutinio dell'opinione pubblica, e un'altra ben diversa che i giudici vengano sottomessi ai dettati di tale opinione» (*La responsabilidad de los tribunales ante la opinión pública ante los medios informativos*, in J.A. Folguera Crespo (a cura di), *Poder Judicial y medios de comunicación*, Consejo General del Poder Judicial (Estudios de Derecho Judicial n° 21, Madrid 2001, p. 63).

²⁴ Del rapporto tra sicurezza e storicità della giustizia ci siamo occupati nel libro *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid 1996, pp. 279-283.

²⁵ Il 71% degli intervistati afferma che «l'eccesso di preoccupazione per i diritti degli accusati può terminare con il pregiudicare le vittime», mentre solamente il 19% si mostra in disaccordo (Toharia, *op. cit.*, p. 152). La già citata Carta dei diritti dei cittadini di fronte alla Giustizia, nel comma 2 — «una Giustizia che protegge i più deboli» — nei punti da 22 a 25 comprende, tra l'altro, il diritto delle vittime di un delitto di essere informate e che la loro intimità venga preservata.

in particolare sintonia con la vittima. La situazione diventa, in questo modo, particolarmente delicata e arriva a sottomettere il giudice ad un'ordalia di fatto al momento di fare uso dell'obbligata discrezionalità. È ciò che succede quando si tratta di applicare misure cautelari o di dosare il trattamento penitenziario. La rinuncia a dettare una possibile carcerazione preventiva o la concessione di un permesso al recluso pendono sulla testa del giudice, che si convertirà in bersaglio di tutte le critiche se l'imputato finisce col sottrarsi all'azione della Giustizia o il recluso scappi a gambe levate. L'unica soluzione per il giudice — tanto efficace quanto paradossale — consisterebbe nell'optare per ciò che è «sicuro», a danno della libertà, rinunciando drasticamente al giudizio discrezionale che gli concede la stessa legge.

7. GARANTISMO E GIUDIZI PARALLELI

Il garantismo passa dall'incomprensione all'assurdità quando non si misura più con il cittadino impegnato, garantendo i suoi diritti, bensì con i mezzi di comunicazione²⁶, e con chi, mediante essi, si sforza di esercitare le libertà più degne di protezione del nostro ordinamento costituzionale²⁷. Le più raffinate garanzie sulla presunzione di innocenza o sul diritto alla difesa in condizioni di uguaglianza possono diventare un mero rituale macabro di fronte alla pressione dei media²⁸. Si tratta di un problema di singolare portata, facile oggetto di topica denuncia ma di difficile soluzione, dato che, alla già menzio-

²⁶ «Il giudizio pubblico, così difficilmente ottenuto, si è rivoltato contro l'imparzialità della giustizia» (Sanchez Noriega, *op. cit.*, p. 247).

²⁷ Basti come esempio, quando si tratta di offrire alla libertà di espressione e al diritto all'informazione il massimo livello di efficacia protettrice quando vengono esercitati da professionisti attraverso le procedure istituzionali del mondo della comunicazione, la STC 165/1987 del 27 ottobre, della quale è stato relatore Eugenio Díaz Eimil.

²⁸ Della «pubblicità del processo come garanzia processuale e dell'entrata dei mezzi informativi negli atti giudiziari», si è occupato J. A. Folguera Crespo, che fa appello alla «autoregolazione dell'attività professionale dei media» ed afferma, allo stesso tempo, che di fronte a questo «complesso scenario», «tanto il Tribunale Europeo dei Diritti Umani quanto il Tribunale Costituzionale ed il Tribunale Supremo, dovrebbero decidere degli "standards" o dei criteri interpretativi chiari, sintetici e precisi», dando origine a delle «regole giuridiche di creazione giurisprudenziale» (*Poder Judicial, medios informativos y opinión pública in Poder Judicial y medios de comunicación*, cit., pp. 17-20 e 50).

nata protezione prioritaria delle libertà informative, si unisce la particolare cattiva coscienza al momento di impostare qualsiasi limite, in una società che ha sperimentato per decenni il loro condizionamento repressivo.

I famosi «giudizi paralleli»²⁹ si sono già convertiti in passaggio obbligato di una società in cui, forse come conseguenza paradossale del suo progresso culturale, le vecchie pagine degli «avvenimenti» sono state sostituite da quelle dei tribunali.

8. GIUDICI GIUSTIZIERI

Legato ovviamente al fenomeno precedente, risulta quello non meno patologico dei cosiddetti «giudici-star». In esso possono confluire tre fattori: l'accanito dibattito sull'adeguato ruolo del giudice nel suo ambiente sociale, il desiderio di aggiungere enfasi didattica o giustiziera all'obbligatoria applicazione della legge, e perfino un'immatura ricerca di protagonismo personale.

C'è poco da dire riguardo a questa figura, a parte il fatto che difficilmente passa inavvertita, fatto che non ridonda esattamente a beneficio del prestigio professionale dell'esibizionista. Il fatto che un leggendario «buzurro con pantaloni attillati, delinquente tatuato e di sobborgo» dichiari epicamente, vedendosi abbattuto da sei colpi di pistola, «con questo vado in televisione!»³⁰ rappresenta un vero e proprio documento sociologico. Il fatto che il giudice di guardia si impegni a competere con lui nell'impresa porta alla malinconia.

Il caso del giudice giustiziere è differente. Quest'ultimo cerca appoggio nell'eco dell'opinione pubblica per combattere stereotipi negativi sulla giustizia o perfino per fare saltare quello che considera uno stretto «corsetto» legale. Un esempio del primo caso sarebbe il suo impegno nello smentire la nota accusa che, in realtà,

²⁹ Cfr. la STC 171/1990 del 5 novembre, della quale è stato relatore Miguel Rodríguez-Piñero, che nega nella sua «F. 9 che l'informazione pubblicata abbia messo in pericolo l'imparzialità e il prestigio dei tribunali». Cfr., inoltre, la STC 219/1992 del 3 dicembre, della quale è stato relatore Julio González Campos, che, nella sua F. 5, segnala che anche se «non bisogna esigere dall'informatore una precisione assoluta nel linguaggio tecnico-giuridico, tuttavia non si può ammettere che i termini concreti o le espressioni utilizzate siano irrilevanti in rapporto al diritto all'onore».

³⁰ J. Sabina, *Con buena letra*, Temas de Hoy, Madrid 2002, p. 39.

la legge non è uguale per tutti³¹; interviene trattando, nei suoi primi passi, le pratiche che coinvolgono professionisti importanti o personaggi famosi della vita economica e sociale³². Per quanto di fatto non si concluda nulla, per mancanza di argomenti o per eccessiva protezione, solo una cosa viene garantita: quel che è fatto è fatto e nessuno te lo può togliere.

Il giudice giustiziere acquista una dimensione universale quando, impaziente di fronte al lento e condizionato avanzamento dei tribunali internazionali, decide di mettere alla prova la capacità del proprio ordinamento di punire delitti che meritano dei castighi senza frontiere. Per questo, realizza un tipo particolare di «disobbedienza civile». Questa figura punta, come si sa, alla riforma di una legge ingiusta; la infrange perché, convertendosi in vittima della sua sanzione, vuole dare una scossa alla pubblica coscienza etica e così mettere in questione il suo fondamento e provocare la sua derogazione. Basta ricordare la sperimentata efficacia della diserzione al servizio militare. Il disobbediente è una specie di martire civile che si converte in paladino della giustizia. Il giudice giustiziere «disobbedisce» a suo modo alla legge, o alla sua interpretazione più severa, pretendendo di sottometerle comportamenti fino a quel momento al di fuori del suo campo di azione. Non lo preoccupa l'idea di sembrare impertinente (modica razione di martirio) se diventa paladino di alcune aspettative di giustizia che l'opinione pubblica certamente condivide. È probabile che, con il tempo, la sua eterodossa applicazione della legge finisca col diventare una riforma drastica, o con il consolidare un nuovo paradigma giurisprudenziale.

³¹ In effetti, quando si domanda se «in Spagna le leggi penali vengono applicate allo stesso modo per tutti senza alcuna differenza a seconda delle persone», il 62% si mostra «poco o per niente d'accordo»; si tratta, dunque, del doppio di coloro che, invece, si mostrano «molto o abbastanza d'accordo» (il 31%). L'83% ritiene che la «gente ricca e influente» riceva un trattamento migliore, anche se il 67% si considera trattato con uguaglianza. Ciò indicherebbe che «nessun settore o gruppo sociale si sente di fatto particolarmente discriminato, nonostante l'opinione generale dominante tra tutti sia che esiste questa discriminazione» (Toharia, *op. cit.*, pp. 112 e 151, 113 e 157, e 116).

³² A. Minc forse ritiene che fenomeni di questo tipo siano una conseguenza del fatto che la «democrazia dell'opinione pubblica» dà spazio al populismo, caratterizzato da un «antielitismo primario», che «ha bisogno del giudice, pur non mostrando nessun rispetto per le regole del diritto, per screditare le élites, condizione fondamentale per il suo successo» (*op. cit.*, pp. 190, 193 e 203).

9. LA «POLITICIZZAZIONE» DELLA GIUSTIZIA

L'alimento primordiale del «giudice-stella» ha a che vedere, soprattutto, con il dibattito sull'adeguato connubio giudice-cittadino. Il punto di vista classico, che si può facilmente accusare di conservatorismo, considerava che le responsabilità arbitrali del giudice lo obbligavano ad assumere condizionamenti inevitabili, legati al suo statuto cittadino. Non si trattava tanto di pretendere che si astenesse da idee e convinzioni — sebbene qualche giudice, forse per ostentare sincerità, si sia presentato in questo modo — quanto che non le palesasse. Ricordiamo, per chi la dovesse considerare una forma di ipocrisia, il già menzionato gioco tra realtà e apparenza, con l'inevitabile protagonismo della seconda nell'ambito dell'opinione pubblica. Per potersi meritare la fiducia dei cittadini, il giudice, così come la moglie del cesare, non solo deve essere imparziale (indipendenza soggettiva, sottomessa esclusivamente al giudizio della propria coscienza), ma deve anche apparirlo (indipendenza oggettiva, sottomessa obbligatoriamente al giudizio dell'opinione).

Il problema, oggetto di un intenso dibattito nel nostro processo costituente, è stato risolto in teoria drasticamente. L'imparzialità oggettiva del giudice era incompatibile con il suo vincolo con strutture partitiche³³. La scappatoia si mette effettivamente in pratica limitando tale divieto al cittadino giudice che si trovi amministrativamente «in attivo», soluzione che facilita, allo stesso tempo, numerose situazioni di aspettativa che hanno permesso di andare da un incarico all'altro. Dalla «giudizializzazione della politica», prima trattata, stiamo passando alla «politicizzazione della giustizia», al caso di giudici che, proprio per il fatto di non essere dei cittadini qualsiasi, si dedicavano a propagande elettorali, occupavano incarichi prestigiosi e riprendevano, in seguito, il loro impegno giurisdizionale, occupandosi inevitabilmente di persone o fatti dei quali, in quella fase, avevano potuto fare una particolare conoscenza.

Tutto ciò portò, nel 1996, ad un'enumerazione restrittiva degli incarichi pubblici che poteva svolgere un giudice mantenendo il suo antico posto, così come all'istituzione di una non ben meditata qua-

³³ «I Giudici ed i Magistrati, così come il Pubblico Ministero, fin tanto che siano in attività, non potranno svolgere altri incarichi pubblici, né appartenere a partiti politici o sindacati» (articolo 127. 1 della Costituzione Spagnola).

rantena professionale al momento di abbandonarli, successivamente riformata per evitare un'attraente infrazione della legge.

Si sa che il problema si aggravò nel 1995, in seguito alla modificazione del sistema elettorale dei membri del Consiglio Generale del Potere Giudiziario³⁴. La sua riforma, nell'ambito del cosiddetto «Patto di Stato per la Giustizia», ha contribuito decisamente a fare calmare la polemica tra i gruppi politici che controllano l'elezione; aspetto importante per quanto riguarda le apparenze è il fatto che, senza dubbio, ha risollevato la situazione. Sarebbe esagerato affermare che abbia contribuito anche a sradicare la realtà del problema nell'ambito dello stesso Consiglio. Le etichette di «conservatori» e «progressisti» segnano decisamente i membri della carriera giudiziaria, come un obbligo dovuto al sistema di promozione, e non importa che per la maggior parte essi non siano integrati in nessuna associazione professionale.

10. IL DIRITTO COME LINGUAGGIO

A questo punto, alla luce di queste riflessioni sul gioco tra apparenza e realtà, a cavallo tra teoria e prassi, bisognerebbe approdare a un pessimismo fatalista. Per mantenerci nell'ottimismo ben informato sarà utile immergerci nella matassa reale del diritto come linguaggio e nel ruolo che apparenza e realtà svolgono in ogni contesto linguistico. Abbiamo avuto l'occasione di verificare la capacità del linguaggio di convertirsi in «costituente della realtà». «Il linguaggio configura la realtà, solo chi ha linguaggio possiede il mondo». Con il linguaggio come mezzo, l'uomo si appropria del mondo e può perfino appropriarsi del prossimo, esercitando potere; ma, soprattutto, «attraverso il linguaggio l'uomo si impossessa anche di se stesso, costruisce il suo mondo». Nella misura in cui è linguaggio, «anche il diritto è un mondo»³⁵.

³⁴ La polemica era già sorta in piena transizione democratica, come ha ricordato F. Cayon Garcia, *Prensa y opinión en el período constituyente* in A. Soto e altri (a cura di), *Historia de la transición y consolidación democrática en España*, UNED - UAM, Madrid 1995, p. 469.

³⁵ «Quando il diritto "si applica", si realizza, si produce una mediazione tra due mondi» perché «attraverso la realizzazione del diritto l'essere e il dover essere entrano in contatto» (Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 111-112).

Sembra più ragionevole prendere coscienza del continuo bisogno di traduzione che questa realtà porta con sé ed educarsi ad esso, piuttosto che trincerarsi nella nostalgica incomprensione di chi aspira a un invidiabile esperanto. In una società che crede che parlare una sola lingua non sia altro che un sintomo di povertà, bisognerebbe invitare non solo i giuristi, ma anche gli educatori e gli informatori, a praticare il modo di fare «poliglotta» di chi sa di essere chiamato continuamente a coniugare apparenza e realtà, essere e dover essere.

(Traduzione dallo spagnolo di Caterina Briguglia)

Ars **Interpretandi**

Annuario di ermeneutica giuridica

10

2005

VALORI, PRINCIPI E REGOLE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2005