

prof. LUCIANO VIOLANTE

Università di Camerino

“LA PARTE GIUDIZIARIA DEL SISTEMA DI GOVERNO”*

1. Due interessanti casi di conflitto tra politica e giustizia costituzionale, hanno riaperto la polemica sul ruolo dei giudici nei sistemi politici democratici, fondati sulla separazione dei poteri e sulla giustiziabilità dei diritti. Una delle decisioni è stata pronunciata negli Stati Uniti e l'altra in Francia.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionali, con cinque voti contro quattro, le disposizioni della legge McCain-Feingold che stabiliva restrizioni ai finanziamenti in campagna elettorale. Erano vietate, in particolare, sessanta giorni prima delle elezioni politiche e trenta giorni prima delle elezioni presidenziali, trasmissioni propagandistiche pagate dalle imprese o dalle organizzazioni sindacali. Nel 2007 la Corte, in applicazione del principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, aveva già limitato l'applicabilità del divieto alle comunicazioni non argomentate, che si risolvessero in un appello non motivato pro o contro un candidato. Questa volta, in applicazione dello stesso principio, nella causa promossa dall'associazione conservatrice *Citizens United* nei confronti della *Federal Election Commission*, ha dichiarato incostituzionale l'intera legge. Con questa sentenza la Corte Suprema ha smentito una precedente giurisprudenza comprovata da due sentenze, del 1990 (*Austin v. Michigan Chamber of commerce*) e del 2002 (*McConnell v. Federal Election Commission*). I democratici hanno denunciato il cambio di giurisprudenza come lesivo dei principi fondamentali della democrazia. I repubblicani l'hanno salutata come una vittoria della libertà di parola. Il problema di fondo, tutt'altro che teorico, è il rapporto tra le spese elettorali e la corruzione del mondo politico. La Corte Suprema in altre occasioni ha sostenuto la tesi per la quale soltanto la lotta alla corruzione o al sospetto di corruzione può giustificare restrizioni alle spese elettorali delle corporations. Se fosse provato che l'aumento delle spese elettorali di per sé sia fonte di corruzione, la Corte avrebbe violato un altro principio da lei stessa fissato. Sul tema gli studiosi sono divisi. Kenneth Mayer, uno dei maggiori studiosi del finanziamento della politica, dell'Università del Wisconsin-Madison, senti-

* Questo articolo è destinato agli studi in memoria di Giuliano Marini.

to dal New York Times ha dichiarato: “Non c’è prova che restrizioni legislative al finanziamento della politica riducano la corruzione o migliorino le prestazioni dei governi. Sembra ovvio che ci sia un rapporto, ma è impossibile provarlo”¹. D’altra parte Jeff Milyo, economista dell’Università del Missouri ha escluso l’esistenza di prove attendibili sui rapporti tra finanziamenti delle campagne elettorali e crescita della corruzione².

Il presidente Obama ha comunque reagito duramente: “Questa sentenza colpisce la nostra stessa democrazia. Penso che non ci sia nulla di più devastante per l’interesse pubblico. L’ultima cosa di cui abbiamo bisogno è aumentare l’influenza dei lobbisti su Washington, e dare più potere agli interessi particolari per ribaltare il risultato delle elezioni”³, e ha garantito una “forceful response”. Il New York Times del 24 gennaio informava che uno dei più stretti collaboratori di Obama aveva già incontrato i leader democratici della Camera e del Senato per decidere come fronteggiare la sentenza. L’eliminazione delle restrizioni ai finanziamenti elettorali delle corporations avvantaggerà prevedibilmente i repubblicani nelle elezioni di *midterm* che si terranno nel 2010. Le posizioni del presidente contro i livelli eccessivi delle retribuzioni dei grandi managers, contro l’affarismo delle banche e contro le grandi compagnie di assicurazione che avversano la riforma sanitaria, porteranno prevedibilmente ingenti risorse finanziarie nelle casse dell’opposizione repubblicana.

2. Le feste di fine d’anno al presidente Sarkozy sono state rovinare dal Conseil Constitutionnel. Nell’autunno scorso Sarkozy aveva lanciato una sua personale proposta per tassare le emissioni nocive all’ambiente, la cosiddetta *carbone tax*. Ne aveva fatto oggetto di una specifica normativa approvata dal Parlamento e aveva indicato il suo modello come una via d’uscita per l’Europa contro l’inquinamento. Non solo. Nel vertice di Copenaghen sul clima, il presidente francese, anche per rispondere indirettamente agli attivisti di Greenpeace che avevano issato grandi cartelli con su scritto “I politici chiacchierano, i leaders agiscono”, aveva magnificato la legge francese indicandola come modello per tutta l’Europa. La legge prevedeva inizialmente una imposta per ogni

¹ NYT, 23 gennaio 2010, *Does corporate money lead to political Corruption?*, di David D. Kirkpatrick.

² Groseclose and Milyo. 2010. “Sincere Versus Sophisticated Voting in Congress: Theory and Evidence,” *Journal of Politics*, 72(1): 1-14.

³ NYT, 24 gennaio 2010, *Obama turns up heat over rulin on campaign spending*, di Sheryl Gay Stolberg.

tonnellata di CO₂; ma dall'imposta sarebbero state esentate sia le imprese raffinatrici sia altre grandi fabbriche con alti tassi di inquinamento. I socialisti erano ricorsi al Conseil Constitutionnel perché dichiarasse quelle disposizioni contrarie alla Costituzione. Con una sentenza assai dura la corte costituzionale francese, il 29 dicembre 2009, ha dichiarato la legge: "Ecologicamente inefficace e socialmente ingiusta", osservando inoltre che circa il 93% delle emissioni di CO₂ di origine industriale sarebbero state esenti dal prelievo. Il presidente Sarkozy ha commentato gelidamente che il Conseil aveva sottratto così alle casse dello Stato circa un miliardo di euro, che lui non era stato preavvertito della decisione e che comunque il 20 gennaio il Consiglio dei Ministri avrebbe adottato un altro testo per raggiungere le stesse finalità.

Più esplicito del presidente è stato il suo ministro per il rilancio economico, Patrick Devedjian in una intervista a *Le Monde*⁴ intitolata: "Spero che il Consiglio costituzionale sia al riparo dai sospetti". Devedjian ha denunciato una sentenza "politica" dettata dall'avversione dell'attuale presidente del Conseil, Jean-Louis Debré, nei confronti del presidente Sarkozy: "Se il presidente del Consiglio costituzionale è un uomo politico che si è fortemente opposto al presidente della Repubblica, questo nuoce all'autorità della decisione presa dall'istituzione". Poco dopo il Ministro ha mosso l'accusa abituale: "Il Consiglio costituzionale ha una tendenza crescente a fare le leggi al posto del Parlamento".

Ha risposto Dominique Rousseau, ordinario di diritto costituzionale a Montpellier, sottolineando che il rispetto della Costituzione per i governanti è un dovere, non un rischio. La Costituzione, ha aggiunto, non impedisce ai politici né di governare né di riformare la società, ma pone un limite all'arbitrio⁵.

Nonostante Sarkozy avesse annunciato la presentazione di un nuovo progetto di legge per il 20 gennaio, il comunicato del Consiglio dei ministri di quel giorno si è limitato a riportare una relazione del ministro per l'ecologia che annuncia un progetto di legge che dovrebbe entrare in vigore il 1 luglio 2010 per riprendere, sia pure con qualche correzione, le principali disposizioni della legge dichiarata incostituzionale.

3. Per un'astuzia della storia le vicende ricordate, pur essendo simili, hanno riguardato due paesi che possono essere considerati agli antipodi per il loro

⁴ *Le Monde*, 13 gennaio 2010, M. DEVEDJIAN, *Je souhate que le Conseil constitutionnel soit à l'abri des soupçons*.

⁵ *Le Monde*, 16 gennaio 2010, D. ROUSSEAU, *Il est dangereux de réformer au mépris de la Constitution*.

rapporto con il principio della separazione dei poteri.

Gli Stati Uniti lo praticano da più di due secoli con rigorosa coerenza; tutto il loro sistema politico si fonda su quel principio. Non solo. Nati da una rivolta contro un sovrano, quello britannico, e il suo parlamento, vedono nel giudice e non nel Parlamento il garante dei diritti dei cittadini anche contro i possibili abusi della politica. Nella Dichiarazione di Indipendenza firmata a Filadelfia nel 1776 i diritti dei cittadini sono considerati «basi e fondamento del governo». La magistratura avrebbe avuto il compito specifico di impedire che la politica travalicasse i confini fissati nella Costituzione. Il Parlamento e il governo non avrebbero mai potuto impunemente conculcare i diritti dei cittadini perché traevano legittimazione dal loro consenso. Alexander Hamilton, ne *Il federalista*, spiegava che le corti sarebbero state istituite come organo intermedio tra il popolo e il Parlamento al fine, tra l'altro, di mantenere quest'ultimo "nei limiti imposti al suo potere [...] come i baluardi di una costituzione rigida contro i possibili soprusi legislativi"⁶. In attuazione di questi principi, nel 1803, la Corte suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Marbury versus Madison* si autoattribuì, con una clamorosa decisione, il potere di giudicare della costituzionalità delle leggi approvate dal Congresso. "I poteri del Legislativo – scrissero i giudici della Corte Suprema – sono definiti e limitati, e la Costituzione è stata scritta affinché quei limiti non possano essere confusi o dimenticati. A quale scopo limitare i poteri e formalizzare questi limiti per iscritto, se poi questi limiti possono essere superati in qualsiasi momento proprio da coloro che dovevano essere limitati?".

4. La vita politica americana è certamente caratterizzata dal rispetto per le istituzioni giudiziarie. Tuttavia proprio negli Stati Uniti esplose uno dei più gravi conflitti tra politica e giustizia costituzionale. Durante il New Deal, la Corte Suprema si era schierata decisamente contro le leggi sociali, giudicate contrarie alla libertà del mercato. La politica del presidente Roosevelt in favore delle classi sociali più colpite dalla crisi rischiava di fallire per l'opposizione della magistratura. Il conflitto giunse al culmine il 6 gennaio 1937, quando Roosevelt, eletto per la seconda volta con la maggioranza di circa il 61%, parlando al Congresso dopo una ennesima sentenza contraria, dichiarò: "Anche alla parte giudiziaria del sistema di governo il popolo chiede di fare la propria parte per far funzionare la democrazia". In coerenza con questo ammonimen-

⁶ A. HAMILTON - J. JAY - J. MADISON, *Il Federalista*, Il Mulino, 1997, p. 627.

to, qualche settimana dopo presentò al Congresso un piano di riforma delle corti federali e della Corte Suprema che prevedeva, con legge ordinaria, di "affiancare" un giudice più giovane a giudici che avessero esercitato le funzioni per almeno dieci anni e che, decorso il termine di sei mesi dal compimento del settantesimo anno di età, non avessero rassegnato le dimissioni (*The court-packing bill*). Roosevelt fu insultante; denunciò, nel motivare la sua proposta, il minore vigore fisico e intellettuale dei magistrati anziani che avrebbe impedito loro di comprendere il cambiamento nelle tradizionali politiche liberiste americane. La legge, d'altra parte, gli avrebbe consentito di nominare almeno 44 nuovi giudici federali e almeno sei giudici della Corte Suprema, di sua fiducia. Il piano sollevò fiere opposizioni anche all'interno dei democratici; il senatore Burton K. Wheeler dichiarò: "Tutti i despoti usurpano il potere legislativo e giudiziario in nome della necessità di assicurare rapidamente il benessere delle masse e quindi le riducono in servitù". Il Senato respinse il piano con 70 voti contro venti, ma la minaccia servì a rendere la Corte, allora dominata dai conservatori, meno ostile ai programmi sociali del presidente. La "resa" della Corte Suprema alle politiche del New Deal fu dovuta, secondo molti studiosi, all'improvviso e non previsto cambio di orientamento del presidente Roberts. Si disse a questo proposito: "The switch in time saved nine"; i giudici della Corte sono appunto nove.

5. La Francia ha una storia politica diversa da quella degli Stati Uniti e questa diversità si è riverberata sui rapporti tra politica e giustizia costituzionale. La Francia rivoluzionaria non si rivoltò contro un Parlamento; si rivoltò contro il re e i suoi giudici. Conseguentemente in Francia la rottura rispetto al passato fu caratterizzata da un Parlamento onnipotente e dal riconoscimento di una sorta di laica sacralità delle sue leggi. I diritti sarebbero stati tutelati dal Parlamento e non dalla magistratura. Le grandi leggi dell'epoca relative alla giurisdizione si limitavano ad impedire alla magistratura d'ingerirsi negli affari di competenza del Legislativo e dell'Esecutivo. L'articolo 7 di un decreto del 22 dicembre 1789 disponeva che le amministrazioni locali *ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire*. In coerenza con questo orientamento la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario dell'agosto 1790 disponeva: *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif ... (art. 10), les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine*

de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ... (art. 13).

In caso di abuso da parte del potere politico gli Americani prevedevano, realisticamente, l'intervento della magistratura. I Francesi, invece, invocavano l'insurrezione. Nella Dichiarazione dei diritti, che precede la Costituzione del 1793, è scritto: «Quando il governo viola i diritti del popolo, l'insurrezione è, per il popolo e per ciascuna parte del popolo, il più sacro dei diritti e il più indispensabile dei doveri». L'idea francese della subalternità dei giudici al Parlamento trovò la sua esemplare concretizzazione nel 1790, tredici anni prima della sentenza *Marbury versus Madison*, in un decreto che vietava ai giudici l'interpretazione della legge, imponendo loro di riferire al Parlamento quando le leggi non fossero apparse chiare.

Il Conseil Constitutionnel francese è figlio di questa storia. Venne istituito solo nel 1958, alla nascita della V Repubblica, e fu pensato non come garante dei diritti dei cittadini contro i possibili abusi del potere politico, ma, nella logica gaullista, come garante del governo rispetto agli eventuali abusi del parlamento. Dopo una importante riforma del 1974 il Conseil è diventato sempre più simile alle altre Corti costituzionali occidentali, assumendo il ruolo di garante della Costituzione contro gli abusi dei governi e delle maggioranze parlamentari⁷. Per queste ragioni è stato forse, tra tutte le Corti costituzionali, quella più esposta alle critiche perché in Francia, nell'opinione politica di chi governa, indipendentemente dal suo colore politico, continua ad essere vivo e sentito il primato della legge come frutto della volontà generale e della sovranità popolare che si esprimono attraverso l'elezione del Capo dell'Esecutivo e l'elezione dell'Assemblea nazionale. I conflitti infatti si sono manifestati, in caso di decisioni non gradite, sia da parte della sinistra politica che da parte della destra e sempre con gli stessi argomenti della faziosità e della invasione dei campi del Parlamento e del Governo.

6. Nel 1986, dopo alcune decisioni in materia elettorale, i giudici costituzionali francesi furono accusati di aver usurpato funzioni legislative e di aver trasformato l'istituzione in una sorta di "parlamento di giudici". Quelle critiche costrinsero il Conseil a uscire dal riserbo e a ricordare, il 12 agosto di quell'anno, che l'unica funzione dei giudici costituzionali era misurare la corrispondenza alla Costituzione delle leggi che sono denunciate e che pertanto era loro vietato di partecipare alla discussione in corso che si svolgeva all'in-

⁷ J. RIVERO, *Fin d'un absolutism, Pouvoirs*, n. 13, 1980, p. 5.

terno di un quadro puramente politico⁸. Nel 1993 il Conseil annullò una disposizione della legge Pasqua, dal nome del ministro dell'interno, che restringeva le possibilità d'ingresso per gli stranieri, ritenendo che un combattente per la libertà nel proprio Paese, perseguitato per questo, aveva il diritto di ottenere asilo politico in Francia, anche eludendo i vincoli del patto di Schengen. La decisione si fondava sul diritto di asilo riconosciuto nel Preambolo della Costituzione del 1946. Il ministro dell'Interno attaccò violentemente la decisione e il primo ministro Balladur propose una riforma costituzionale che avrebbe consentito la promulgazione della legge. Il Parlamento approvò la modifica. Molti videro in questa reazione il declino del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia. Ma il declino non c'è stato, anzi il ruolo del Conseil si è rafforzato ulteriormente.

7. Nel gennaio 1999 il Conseil, in una decisione che riguardava la possibilità che Jacques Chirac, presidente della Repubblica, fosse chiamato a testimoniare, sostenne, senza essere richiesto sulla materia, che il presidente della Repubblica, durante l'esercizio delle funzioni, può essere portato in giudizio solo davanti all'Alta Corte di Giustizia e solo per tradimento. Pertanto durante il mandato non sarebbe stato perseguibile per delitti comuni, anche se commessi prima dell'assunzione dell'incarico. Le critiche furono molteplici e non sempre infondate. Il Conseil si era pronunciato arbitrariamente perché non era stato chiamato in causa su quel tema e sembrava essere intervenuto all'unico scopo di proteggere Chirac, imputato in tre distinti processi penali per fatti di corruzione politica commessi quando non era ancora capo dello Stato. In precedenza Giscard d'Estaing, denunciato mentre era presidente della Repubblica per fatti attinenti alla propaganda elettorale e precedenti all'assunzione della carica, si era presentato davanti alla magistratura ordinaria senza eccepire alcunché. L'orientamento del Conseil constitutionnel rovesciava quindi immotivatamente la cosiddetta giurisprudence Giscard d'Estaing. I giudici costituzionali furono accusati di aver usurpato una funzione del Parlamento fissando un principio che non corrispondeva a nessuna legge e quindi di rendere servizi e non provvedimenti giudiziari. La maggioranza socialista (presidente del consiglio era Lionel Jospin) sospettò un accordo tra il presidente della Repubblica e il presidente del Conseil Constitutionnel, Roland Dumas, anch'egli investito da alcuni accertamenti giudiziari insieme a Chirac.

⁸ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Politique comparée*, 2009, p. 420.

Il Conseil reagì duramente contro “le prese di posizione che mettono in discussione l'onorabilità dell'istituzione e di ciascuno dei suoi membri.” Tuttavia, in seguito all'intensificarsi delle critiche, il presidente Dumas fu costretto alle dimissioni.

8. Più recente è la polemica con il presidente Sarkozy a proposito della *rétenion de sureté* (detenzione di sicurezza). Il Parlamento aveva approvato questa misura, che consiste nella detenzione a tempo indeterminato per persone condannate per gravi delitti, con effetto retroattivo. Il Conseil nel febbraio 2008 (sent. 562/2008) decise che la misura poteva applicarsi solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge e aveva pertanto dichiarato incostituzionale la norma che ne prevedeva la retroattività. Sarkozy reagì con durezza e richiamò la necessità che la misura, a tutela delle vittime, potesse applicarsi anche nei confronti di coloro che fossero stati già condannati; chiese quindi al presidente della Corte di Cassazione Vincent Lamanda di esaminare la questione e di avanzare le proposte necessarie per risolverla. Il Presidente della Cassazione rispose che le decisioni del Conseil Constitutionnel sono vincolanti anche per la Corte di Cassazione.

9. Gli scontri tra la politica e la Corte Costituzionale italiana non sono iniziati nell'ultimo quindicennio. Nelle sue prime decisioni, la Corte Costituzionale italiana si autoattribuì, con una argomentazione in qualche modo analoga alla *Marbury versus Madison*, la competenza a giudicare la costituzionalità non solo delle leggi successive all'entrata in vigore della Costituzione, cosa pacifica, ma anche di quelle che l'avevano preceduta, figlie dello stato liberale e del regime fascista. Conseguentemente dichiarò l'incostituzionalità di numerose leggi di polizia diretta espressione dell'autoritarismo fascista. Furono cancellate, ad esempio, le disposizioni relative al confino e all'ammonizione di polizia, irrogate allora da una speciale commissione amministrativa e non da un'autorità giudiziaria. Il ministro degli Interni Tambroni, per sottolineare l'indifferenza del governo rispetto a quella decisione, continuò a convocare, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità, come se niente fosse accaduto, le commissioni amministrative per le misure di polizia. Nella seduta della Camera del 21 luglio 1956 sostenne addirittura: “Oggi le forze di polizia sono in gran parte prive (per colpa della Corte, n.d.a.) di strumenti idonei alla lotta immediata e quindi ravvicinata con la delinquenza. Abolito il fermo di polizia, sospeso l'istituto dell'ammonizione, si è determinata nei tutori dell'ordine una crisi psicologica di allarmanti proporzioni”.

La reazione più preoccupata contro la Corte venne dal Vaticano. Con la sua prima sentenza la Corte aveva dichiarato incostituzionale l'art. 113 della legge di pubblica sicurezza, che imponeva la preventiva autorizzazione di polizia per "distribuire o mettere in circolazione in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni". L'Osservatore Romano del 5/6 marzo 1957 riportava il testo di un discorso di Pio XII ai quaresimalisti romani, nel quale il Pontefice criticava severamente questa e altre decisioni della Corte, prendendo lo spunto da alcuni manifesti, asseritamente pornografici, affissi sui muri di Roma: ... *nella scarsa aspettazione di avere altrove una difesa veramente efficace, massime dopo la pronunziata dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune precedenti norme, occorre che in tali casi i cattolici di Roma difendano da sé i diritti della religione del buon costume e, in unione con le altre oneste persone di ogni tendenza, ma preoccupate della immoralità del popolo, sollevino una energica protesta della pubblica opinione ...*

Per effetto di queste vicende si determinò una forte tensione tra il Governo e la Corte Costituzionale. L'effetto più grave furono le dimissioni del presidente della Corte Enrico Di Nicola (26 marzo 1957), che era stato il primo presidente della Repubblica.

Superata la fase di avvio, il conflitto è rimasto sotto la cenere sino a quando la Corte si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità di norme risalenti al regime fascista. È riesplso quando sotto la scure dei giudici costituzionali sono cadute leggi recenti approvate da una determinata maggioranza politica ancora tale al momento della declaratoria di incostituzionalità. È accaduto di recente, ad esempio, tanto con il cosiddetto lodo Schifani quanto con il cosiddetto lodo Alfano.

10. Quando esplodono queste tensioni, viene evocato con insistenza il tema del "governo dei giudici". L'espressione, che ha avuto notevole successo, risale a un libro del 1921 del comparatista francese Edouard Lambert⁹, che criticava le posizioni della Corte Suprema degli Stati Uniti nei confronti della legislazione sociale. Si intende denunciare l'usurpazione di un potere di governo, spettante solo a chi è investito della sovranità popolare, da parte di una istituzione giudiziaria che è priva di legittimazione democratica perché non è investita dal popolo e non risponde al popolo. A ben guardare, in realtà, la denun-

⁹ E. LAMBERT, *Le gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Units*, Marcel Giard, Parigi, 1921; pubblicato in Italia nel 1996 da Giuffrè con il titolo *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*.

cia di un governo dei giudici riguarda spesso attività ordinarie, connesse alla funzione stessa del giudicare, e quindi dell'interpretare e dell'applicare le leggi. Questa funzione, in quanto tale, anche se esercitata correttamente, senza sconfinamenti del Giudiziario nei campi della politica o dell'amministrazione, ha rilevanti effetti che si concretano nella partecipazione, in via di fatto, alla *governance* di un Paese. È celebre un'affermazione del vescovo Benjamin Hoadly (1676-1761), che qualcuno ricorderà ritratto in un fastoso dipinto di William Hogart, oggi alla Tate Gallery di Londra: "Sotto ogni riguardo il vero Legislatore è chiunque ha un'assoluta autorità di interpretare qualsiasi legge scritta od orale, e non già la persona che per prima la scrisse o la pronunciò; *a fortiori* il vero Legislatore è chiunque ha un'assoluta autorità non solo di interpretare il diritto, ma anche di dire cosa sia". Su una linea analoga si pose nel 1908 Charles Hughes (1862-1948), che nel 1916 si era dimesso dalla responsabilità di giudice della Corte Suprema per candidarsi alla presidenza degli Stati Uniti e poi sconfitto dal democratico Woodrow Wilson: "Noi siamo governati da una Costituzione, ma la Costituzione è ciò che i giudici decidono che essa è".

11. I conflitti con la politica possono riguardare anche la giustizia ordinaria, ma con effetti limitati. I conflitti con le corti costituzionali toccano infatti i nodi cruciali della sovranità, della legge e del controllo di costituzionalità come fondamentale garanzia democratica; investono quindi il nocciolo dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. I conflitti con la magistratura ordinaria, in genere, non mettono in discussione il sistema politico nel suo complesso perché riguardano singole vicende e non hanno effetti di carattere generale. L'Italia fa eccezione. Il conflitto con la giustizia penale, infatti, ha assunto un carattere politico generale, perché investe la legittimazione del sistema politico (si ricordi la polemica sul "parlamento degli inquisiti") e, allo stesso tempo, la funzione stessa del rendere questo tipo di giustizia.

Gli altri tipi di giustizia, amministrativa e contabile, spesso rivestono un ruolo più incisivo della giustizia penale nella conduzione degli affari di governo. È difficile che un appalto per una grande opera pubblica o un concorso importante o una nomina di prestigio, per effetto del ricorso dei controinteressati non vengano decisi, alla fine, da un TAR o da un Consiglio di Stato. L'eclissi dell'atto politico come atto non impugnabile perché frutto di una scelta risalente direttamente ed esclusivamente alla responsabilità politica del governo, e quindi non sindacabile in via giurisdizionale, ha aperto le porte ad un controllo espansivo dei TAR e del Consiglio di Stato su tutti gli atti ammi-

nistrativi, dalla nomina da parte del governo del comandante generale della guardia di finanza (caso Speciale) alla revoca delle deleghe di un assessore da parte di un sindaco (caso Sgarbi-Moratti)¹⁰.

Anche la Corte dei conti è stata investita di nuovi e rilevanti poteri di intervento nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta del cosiddetto controllo collaborativo, istituito dalle leggi finanziarie 2005 e 2006. Alla Corte dei conti è stato attribuito il compito di definire i criteri cui devono attenersi i revisori degli enti locali per la predisposizione della relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto. La relazione deve essere trasmessa alle sezioni regionali, che esercitano ulteriori penetranti poteri di controllo e di vigilanza sulla base di parametri decisamente incerti. La legge n. 15/2009 ha istituito il cosiddetto controllo «concomitante» su tutta l'attività gestoria di amministrazioni statali, regionali e locali, sempre su basi normative fluide e in pratica autoprodotte. L'elevato numero dei soggetti in astratto sottoponibili a controllo (solo i comuni sono più di 8.000) da parte di poco più di 500 magistrati contabili, accentua il carattere casuale di queste attività di controllo e la funzione di indiretto governo delle amministrazioni centrali, regionali e locali, a volte a discapito di istituzioni legittimate dal voto popolare.

Questi fenomeni, pur potendo essere molto condizionanti nei confronti dell'azione di governo, non hanno tuttavia sollevato espliciti conflitti con la politica, né hanno fatto parlare di "governo dei giudici". Anzi, sono stati accompagnati da espliciti riconoscimenti ed espansione dei poteri di intervento. Aggressivo e delegittimante, invece, è stato l'atteggiamento di gran parte del mondo politico nei confronti della giustizia penale, che è in grado di incidere sul rapporto di fiducia che deve intercorrere tra cittadini e persone che rivestono funzioni politiche. Le questioni giudiziarie che riguardano l'attuale presidente del Consiglio sono state certamente determinanti per questo clima; ma le cause risalgono al passato e hanno carattere strutturale. Uno degli errori più gravi sarebbe confondere le questioni contingenti con quelle strutturali e ritenere che una volta "risolte" le vicende giudiziarie dell'on. Berlusconi, i problemi del rapporto tra giustizia penale e sistema politico avrebbero fine. Non

¹⁰ Di diverso avviso è stata l'ord. n. 3992/2008 del Consiglio di Stato che ha annullato la precedente ordinanza del Tar Veneto che sospendeva i lavori di allargamento della base militare Dal Molin. Il consenso del governo italiano al governo USA per l'effettuazione dei lavori costituiva: "atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico ... (riconducibile) alle attività di carattere internazionale tra Stati" e quindi sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità.

è così; sarebbe forse meno complicato risolverli, ma non cesserebbero di esistere perché la giustizia penale ha avuto e ha tutt'ora un peso del tutto peculiare nelle vicende politiche italiane¹¹.

12. La culla del sistema che dette vita alla Costituzione fu la vittoria sul fascismo e sul nazismo. Il principali partiti politici erano stati insieme, dalla stessa parte, in un tragico momento per la storia d'Italia, per di più vincendo una guerra di libertà. Questa storia comune ha costituito per circa 45 anni un cemento più forte di ogni possibile divisione politica e ha attutito i conflitti tra politica e magistratura penale, che pure ci sono stati e di rilievo tutt'altro che secondario. Si pensi all'arresto del capo dei servizi di sicurezza generale Miceli (1974), allo scandalo dei fondi neri dell'Italcasse (1977), al cosiddetto processo dei petroli (1980), ai processi per le stragi di piazza Fontana, di Brescia, di Bologna. Ma mai quei conflitti hanno messo in discussione l'amministrazione della giustizia penale e l'ordinamento dei poteri dello Stato.

Il sistema politico nel quale viviamo oggi, invece, è nato da due sconfitte. La sconfitta del comunismo ad opera della storia. La sconfitta delle tradizionali classi dirigenti per effetto della corruzione politica e amministrativa. Gli eredi del comunismo italiano non hanno ancora elaborato le ragioni di quella sconfitta e forse non se ne sono del tutto liberati. Molti degli eredi delle vecchie classe politiche dirigenti, che oggi fanno parte del partito di maggioranza relativa, o ad esso si richiamano, continuano ad addebitare la fine della Prima Repubblica non alla corruzione politica e amministrativa ma agli abusi della magistratura sostenuta da strani complotti tra servizi segreti americani, comunisti italiani e grande finanza internazionale. Conseguentemente sembrano cercare nella riforma della giustizia una sorta di vendetta postuma. È mancata una riflessione approfondita, e non ispirata da spirito di parte, sulle cause politiche della corruzione, sulla sua estensione e sul ruolo rivestito dalla giustizia penale nella fine della cosiddetta Prima Repubblica. La politica non ha voluto cercare una verità che la riguardasse e che avrebbe potuto duramente ferirla. Le diverse proposte di commissioni di inchiesta che si sono succedute miravano prevalentemente a portare argomenti a posizioni già costituite¹². La mancanza di uno sforzo di verità ha comportato l'incancrenirsi dei risentimenti e ha allontanato la riflessione.

¹¹ Su questi aspetti, L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, 2009.

¹² Sono indicate in L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 109 ss.

13. Si sono aggiunti altri fattori che hanno peggiorato la situazione.

Secondo una interessante e condivisibile ricostruzione¹³, mentre l'Ottocento è stato il secolo dei Parlamenti e il Novecento il secolo dei partiti, il Duemila si avvia ad essere il secolo dell'opinione pubblica. Quando prevale la democrazia dell'opinione pubblica, nella politica diventano decisivi i mezzi di comunicazione, la lotta per controllarli, la lotta per cosa comunicare, la lotta per come apparire. Diventa altresì decisivo il ruolo di coloro che possono accrescere o ridurre la credibilità delle personalità politiche dinanzi all'opinione pubblica. La magistratura penale è, tra i diversi soggetti istituzionali, quello che può incidere in modo più rilevante sulla credibilità di un uomo o di una donna impegnati in politica. Attraverso l'avvio di un'inchiesta, la pubblicizzazione, anche lecita, di un verbale di interrogatorio o del resoconto di una intercettazione, la pronuncia di una condanna o di un proscioglimento, la magistratura penale gioca, pur restando perfettamente entro le proprie funzioni costituzionali, un ruolo che può essere determinante nella competizione politica.

Sono stati tanti e di diversa natura i fattori che hanno favorito l'ingresso della magistratura penale nel sistema di governo del nostro Paese.

I magistrati del p.m. e i giudici, in fasi diverse della storia della Repubblica, sono stati incaricati da parlamenti e governi, o troppo deboli o troppo furbi, di svolgere ruoli di portata politica generale, per contrastare non comportamenti individuali, come è compito proprio della magistratura, ma fenomeni generali che dovevano invece essere contrastati dalla politica. Lotta contro il terrorismo, invece che processi ai responsabili di atti di terrorismo; lotta contro la mafia invece che processi ai responsabili di delitti mafiosi; lotta contro la corruzione, invece che processi contro corrotti e corruttori. Più recentemente la norma che penalizza gli immigrati privi di permesso di soggiorno, potrebbe costituire l'ennesima attribuzione alla magistratura penale di una responsabilità politica, la "lotta" alla immigrazione clandestina.

La conquista della più assoluta indipendenza della magistratura da centri di potere esterno, la cancellazione dei diversi tipi di segreto gestiti dalle autorità amministrative o politiche, l'abrogazione delle autorizzazioni a procedere hanno spezzato tutti i vincoli politici che nel passato condizionavano l'operatività delle procure della Repubblica.

Il Parlamento ha perso l'immunità, abrogata nel 1993, ma ha rinunciato progressivamente anche all'esercizio della responsabilità politica. Pertanto l'u-

¹³ B. MANIN, *La democrazia dei moderni*, Anabasi, Milano, 1992.

nico metro per valutare la responsabilità di un politico è diventata la responsabilità penale. Questo scivolamento ha conferito alla magistratura, non per sua colpa, un potere assai incisivo nella gestione delle vicende politiche. Nella cosiddetta Prima Repubblica, ad un ricorso intensivo e scorretto del rifiuto dell'autorizzazione a procedere corrispondeva però l'applicazione dei principi della responsabilità politica. Spesso, non sempre, ma spesso, al rifiuto dell'autorizzazione a procedere seguiva, dopo un lasso di tempo ragionevole, l'allontanamento del politico beneficiato da funzioni di governo o parlamentari di una qualche rilevanza. Oggi la responsabilità politica è quasi del tutto scomparsa; l'unica responsabilità rimasta sul campo è quella penale ed è quindi inevitabile che il giudice penale entri, e non per sua scelta, nella determinazione di questioni politiche e quindi nella *governance* del Paese.

In vasti settori della magistratura penale ha preso piede la dottrina del "controllo di legalità". È frequente sentirne parlare in convegni, tavole rotonde o sulle riviste specializzate. Il magistrato penale, soprattutto il p.m., avrebbe non solo la funzione di individuare e punire i responsabili dei reati, ma anche il compito di controllare che la legalità non venga violata. In sostanza la giustizia penale avrebbe anche una funzione preventiva, non solo repressiva. Si tratta di una invasione nelle competenze amministrative e di un evidente stravolgimento dei principi della divisione dei poteri. Alla luce di questa dottrina acquistano una notevole capacità espansiva della giustizia penale tanto le norme processuali, in verità equivoche, sulla notizia di reato, quanto quelle sostanziali relative ai reati di pericolo, al tentativo e al concorso di persone nel reato. L'art. 330 c.p.p. dispone che "Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa ...". La formula significa che deve essere acquisita notizia che un reato sarebbe stato commesso. P.m. e p.g. devono prendere una notizia che c'è, non possono cercare la notizia; devono prima accertare se il reato di cui parla la notizia sia stato commesso e poi devono individuare i responsabili. Non di rado, invece, e spesso in buona fede, i p.m. esercitano al fine di accettare *se per caso un reato sia stato commesso*, i poteri che la legge a loro attribuisce al fine di individuare i responsabili di un reato *che è stato commesso*.

Sulla materia il governo Berlusconi ha presentato al Senato un disegno di legge (S. 1440) assai criticabile che in buona sostanza riconduce nelle mani dell'Esecutivo il potere di controllo delle iniziative delle procure della Repubblica. In primo luogo, si propone che il pm non prenda più notizie di reato «di propria iniziativa» e che possa procedere nelle indagini solo dopo «aver ricevuto» la notizia di reato. L'iniziativa di prendere notizie di reato spettereb-

be solo alla polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria, inoltre, conquisterebbe larghe possibilità di investigare autonomamente sui singoli reati (cosa positiva), ma tornerebbe a dipendere direttamente dal ministero dell'Interno, come avveniva prima del codice del 1989. Gli effetti di questo ritorno al passato possono diventare gravi: se le notizie di reato possono essere «prese» direttamente solo dalla polizia giudiziaria e non anche dal pubblico ministero, e se la polizia giudiziaria torna a dipendere dal governo, nei casi delicati sarà il governo, indipendentemente dal suo colore, a pilotare l'impostazione dei processi penali. Il pm per muoversi dovrà infatti attendere che la polizia giudiziaria gli mandi un rapporto, o che sul suo tavolo giunga una formale denuncia. Se alcuni settori della magistratura non avessero ceduto alla tentazione di trasformarsi in una sorta di protettorato della Repubblica, non saremmo giunti a queste proposte. Il dibattito parlamentare deciderà la soluzione definitiva, anche ricordando gli abusi e le omissioni compiute quando la polizia giudiziaria dipendeva direttamente dal ministero dell'Interno: le deviazioni delle indagini per la strage di piazza Fontana, ad esempio, sono un documento grave di quello che può accadere quando la giustizia si scontra con una occulta ragion di Stato. Per evitare gli abusi, sarebbe sufficiente chiarire con maggiore precisione che cosa si intende per notizia di reato: non un generico e fumoso sospetto, ma la notizia, non manifestamente inattendibile, che un fatto espressamente previsto dalla legge come reato sia stato commesso. Un secondo intervento riformatore dovrebbe chiarire che il pm non può «cercare» la notizia di reato, ma deve «prenderla» dove c'è, quindi anche in un documentato servizio giornalistico, iniziativa che con la riforma proposta non dovrebbe più essere possibile perché non si tratterebbe di una denuncia in senso tecnico. Se invece l'intento è quello di tornare alla discrezionalità dell'azione penale, occorrerebbe opporsi perché si tratterebbe di una soluzione che presenta i difetti di parzialità propri dei sistemi ad azione penale discrezionale, senza le virtù di quei sistemi che comportano la responsabilità del Governo davanti al Parlamento e all'opinione pubblica.

14. Una espansione anomala dell'intervento della giustizia penale è determinata anche dalla incertezza dei confini di alcune figure di reato e di alcuni istituti, come il concorso di persone nel reato e il tentativo. In un sistema fondato sulla indipendenza del pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale, norme particolarmente elastiche possono costituire il presupposto per "invasioni" della giurisdizione nelle sfere dell'amministrazione e della politica, del tutto lecite ma altrettanto lesive del principio della certezza del diritto e

della separazione dei poteri. Quando quelle norme entrarono in vigore, nel 1931, il p.m. era sottoposto all'Esecutivo e c'era una rigida disciplina gerarchica delle procure del Re. In quel contesto le norme elastiche servivano per conseguire gli obbiettivi politici fissati dal regime, mentre il controllo politico del p.m. riusciva ad evitare effetti indesiderati e a rendere più facilmente conseguibili quelli auspicati.

Il nuovo assetto della magistratura nel regime costituzionale repubblicano avrebbe dovuto comportare da tempo una riscrittura dell'intero codice penale non solo per la diversità delle tavole dei valori di oggi rispetto al 1931, ma anche per prevenire sconfinamenti della giurisdizione in terreni che non le competono. Non a caso il denominatore comune delle diverse commissioni di riforma del codice penale, costituite da governi diversi, ha riguardato la migliore tipizzazione di tutte le figure di reato, del concorso di persone nel reato e del tentativo.

La Commissione Pagliaro, nell'indicare i criteri seguiti per la definizione delle norme incriminatrici, spiegava che le ipotesi sarebbero state "descritte in modo da richiedere l'accertamento della concreta lesività o pericolosità del fatto" (art. 54).

La Commissione Grosso così criticava nella Relazione al progetto di riforma le disposizioni vigenti in materia di tentativo: "Poiché il requisito della idoneità non è in grado di contribuire in modo decisivo alla tipizzazione della condotta di tentativo, poiché il requisito della direzione non equivoca degli atti non aggiunge a sua volta profili sufficienti di tipicità, il giudice rimane sostanzialmente libero di determinare contenuti e limiti dell'istituto." La stessa commissione così tipizzava il concorso di persone nel reato: "Concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza causalmente rilevanti per la sua realizzazione" (art. 43).

La Commissione presieduta dal dr. Nordio propose di delimitare la punibilità del concorso di persone agli atti di promozione, organizzazione, direzione, agevolazione e esecuzione, tutti descritti con una certa accuratezza (artt. 43 e 44).

Il principio di offensività era specificamente indicato anche nel progetto di legge delega redatto dalla Commissione Pisapia (art. 2); lo stesso progetto dettagliatamente precisava nell'articolo 21 che "concorre nel reato chi partecipando alla sua deliberazione, preparazione o esecuzione ovvero determinando o istigando altro concorrente, o prestando un aiuto obbiettivamente diretto alla realizzazione medesima, apporta un contributo causale alla realizzazione del fatto".

Poco conta che nel nuovo processo le indagini del p.m. abbiano di per sé una ridotta attitudine probatoria. Nella democrazia dell'opinione pubblica, queste sono questioni per addetti ai lavori. Conta solo che un p.m. si sia mosso e che l'opinione pubblica ne sia stata informata perché si inneschi il circuito delle rivelazioni, delle delegittimazioni, delle esecrazioni. Spesso le invasioni di campo sono mosse dalle migliori intenzioni, per conseguire finalità in sé degne di tutela e per supplire alle inadempienze della pubblica amministrazione. Ma questo non le giustifica; anzi rischia di creare i presupposti per una politica regolatrice che coglie il destro per colpire proprio l'indipendenza della magistratura nel suo aspetto fondamentale: il non condizionamento politico delle indagini.

15. La giustizia penale diventerà prevedibilmente nel prossimo futuro il campo di scontro più significativo tra politica e giustizia. Ma per ragioni diverse da quelle abituali. Gli attentati terroristici compiuti o minacciati in molti paesi occidentali hanno fatto arretrare le frontiere dei diritti individuali di fronte alla potestà punitiva dello Stato. In quasi tutti i paesi occidentali, culla storica dei diritti dell'uomo, sono presenti leggi che, per fronteggiare rischi gravi, veri o presunti, usano la sanzione penale per limitare diritti fondamentali o per ridurre altrettanto fondamentali garanzie processuali al fine di condurre non la "lotta", ma la "guerra" contro il terrorismo¹⁴. Le Corti costituzionali dei paesi che si sentono più minacciati sono chiamate in causa per rendere effettivo il rispetto dei diritti garantiti dalle costituzioni e devono destreggiarsi tra il diritto di tutti i cittadini alla sicurezza e i diritti altrettanto fondamentali delle persone sospettate; detto in altri termini, tra le scelte della politica e gli obblighi che derivano, anche alla politica, dalla Costituzione.

Il Tribunale costituzionale tedesco, con una sentenza del 15 febbraio 2006, ha dichiarato incostituzionale il paragrafo 14 della *Luftsicherheitsgesetz* del 2004, che autorizzava l'aviazione militare ad abbattere gli aerei civili sequestrati dai terroristi, quando si configurasse il pericolo che potessero essere usati come arma contro obiettivi civili o militari, senza l'obbligo di valutare la praticabilità di altre misure per evitare il disastro. La decisione è stata presa considerando che gli occupanti dell'aereo dirottato erano considerati dalla legge co-

¹⁴ Sulla trasformazione della lotta al terrorismo in guerra al terrorismo e sulle conseguenze nel diritto e nel processo penale v. F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, *Quaderni Fioentini*, 2009, p. 1761 ss.

me meri oggetti, privi di dignità, quasi fossero parti integranti dell'aereo.

La House of Lords, nel dicembre 2005, (*A. and others vs. Secretary of State for the Home department*) ha dichiarato inutilizzabili le prove ottenute per effetto delle torture. Ma il fatto stesso che le torture siano tornate all'onore delle cronache è il segno della forte tendenza a far prevalere le esigenze di sicurezza sulla tutela dei diritti fondamentali.

Sono ancora una volta gli Stati Uniti che devono misurarsi nel modo più drammatico sul *conflict of laws*, tra l'interesse alla sicurezza e i diritti inviolabili delle persone. Dopo l'11 settembre il Congresso aveva attribuito al presidente Bush il potere *to use all necessary and appropriate force against those...he determines, planned, authorized, committes or aided the terrorist attack...on September 11, 2001*. Nel giugno 2004 nella causa *Rasul vs Bush*, la Corte Suprema rovesciò la decisione di una corte distrettuale per la quale il potere giudiziario non avrebbe potuto ingerirsi nelle vicende dei cittadini non americani detenuti a Guantanamo. La Corte Suprema decise che anche i detenuti di Guantamo avevano diritto ad un processo. Il Congresso rispose con due leggi: Detainee Treatment Act nel 2005 e Military Commission Act nel 2006 che cancellavano il diritto al processo per gli "enemy combatants", prigionieri degli Stati Uniti. Nel giugno 2008 la Corte Suprema (*Boumediene vs. Bush* e *Al Odah vs. United States*) tornava sul tema e confermava la precedente giurisprudenza dichiarando l'incostituzionalità delle norme del Military Commission Act che impedivano ai detenuti di Guantanamo di ricorrere ai giudici federali. Le motivazioni furono redatte, per la maggioranza, dal giudice Kennedy che sottolineò come la *Suspension Clause*¹⁵ era stata prevista dai Padri Fondatori *against the cyclical abuses of the writ by the Executive and Legislative branches*. Il giudice Scalia nella sua opinione dissenziente ribadì che a suo avviso la *Suspension Clause* non era applicabile ai prigionieri di Guantanamo, stranieri detenuti all'estero, che intravedeva *disastrous consequences* e che la sentenza *will almost certainly cause more American to be killed*¹⁶.

A tutti andrebbe ricordato quello che ha scritto la Corte Suprema israeliana: "Costoro (*i nemici combatteti*, n.d.a.) non sono al di là della legge, né fuori

¹⁵ La *Suspension Clause* prevede che l'*habeas corpus* possa essere sospeso solo in caso di rivolta o di invasione.

¹⁶ PATRICK J. BORCHERS, *The conflict of laws and Boumediene v. Bush*, *Creighton Law Review*, 2008, n. 1; P. HALLIDAY - G. EDWARD WHITE, *The Suspension Clause: English text, Imperial context and American implications*, *Virginia Law Review*, 2008, 575, p. 94 ss.; M.A. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, *Cardozo Law Review*, 2006, 27, p. 2.

legge: Dio ha creato anch'essi a sua immagine e somiglianza, la loro dignità va onorata ed pertanto ad essi devono essere riconosciute le garanzie previste dal diritto internazionale»¹⁷.

16. Le democrazie occidentali stanno vivendo un paradosso. Producono leggi al fine di governare il Paese o almeno di fissare i principali indirizzi della vita delle comunità nazionali. Ma, al momento stesso in cui approvano una legge, governi e parlamenti si avviano a condividere con la magistratura, ordinaria, amministrativa, contabile, la gestione della legge stessa e quindi la determinazione delle regole concrete per la vita della comunità nazionale, che agli occhi dei cittadini sono più incisive delle leggi generali e astratte. Nei sistemi dominati dalla legge come principale strumento di governo del Paese e dalla giustiziabilità di tutti i diritti, le tensioni tra giustizia e politica appartengono alla vita stessa di una democrazia fondata sul principio della separazione dei poteri. La reciproca indipendenza tra Giudiziario e poteri politici (Legislativo ed Esecutivo) e le logiche diverse che ispirano l'azione di questi poteri fa sì che le divergenze siano inevitabili perché fisiologiche. Ma le divergenze, quando degenerano in conflitti, possono mettere in moto potenti spinte distruttive del sistema politico perché ciascuno dei due poteri possiede, sulla carta, i mezzi per distruggere l'altro. I magistrati possono attivare inchieste nei confronti delle autorità politiche colpendole, direttamente o indirettamente, nella loro credibilità. La politica può denigrare i magistrati facendoli apparire come non degni di fiducia perché mossi da spirito di fazione e può approvare leggi che ne mortificano la funzione. Né è configurabile, in un sistema fondato sulla separazione dei poteri, la presenza di una sede terza, legittimata a dire l'ultima parola tra potere giudiziario e potere politico. Il principio della separazione dei poteri comporta infatti l'esistenza di contrappesi per ciascun potere e quindi l'inaccettabilità di un soggetto dotato di poteri assoluti come sarebbe appunto l'istituzione cui fosse attribuito il potere di decidere i conflitti tra la giurisdizione e la politica. Proprio in omaggio al principio della non assolutezza di qualsiasi potere nello Stato democratico, l'articolo 1 della nostra Costituzione, dopo aver prescritto che la sovranità appartiene al popolo, stabilisce che anche quella sovranità va esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione".

¹⁷ Corte Suprema di Israele, 13 dicembre 2006, citata in F. RESTA, *Nemici o criminali?*, cit., p. 1786 n. Il testo di F. Resta indica anche tutte le disposizioni approvate in Italia che si ispirano al principio di emergenza, p. 1801 ss.

Il possesso di mezzi reciprocamente distruttivi per ciascuno dei poteri nei confronti dell'altro e l'assenza di un risolutore istituzionale demanda, alla fine, la risoluzione dei conflitti alla responsabilità istituzionale dei contendenti, alla comune consapevolezza cioè dei rischi distruttivi connessi al protrarsi del conflitto.

17. Perché questa consapevolezza si faccia strada è necessario che tanto la politica quanto le diverse magistrature prendano atto del fatto che la giustizia, costituzionale, ordinaria, amministrativa, contabile, fa ormai parte integrante della *governance* delle democrazie che riconoscono la separazione dei poteri e la giustiziabilità dei diritti e degli interessi legittimi. In assenza di questa consapevolezza c'è il rischio di una *pax siriana* tra i poteri politici e le diverse magistrature, come quella che la Siria mantiene in Libano. Si tratterebbe di una pace non auspicabile perché presupporrebbe la sterilizzazione di uno dei poteri da parte dell'altro. In realtà la separazione dei poteri comporta la condivisione del potere perché esclude che un soggetto possa primeggiare sugli altri.

Certamente i tre poteri non sono sullo stesso piano. I poteri politici, Parlamento e Governo, sono investiti direttamente o indirettamente, dalla sovranità popolare. La magistratura pronuncia le sentenze in nome del popolo italiano, ma, secondo una impostazione propria dell'Europa continentale, con il popolo non ha alcun rapporto. Ciò che rende la magistratura, *rectius* le magistrature, parte del sistema di governo è innanzitutto la funzione, richiamata anche dalle citate decisioni della Corte Suprema americana, di difesa della Costituzione degli abusi del Legislativo e dell'Esecutivo. Questa è la *ratio* dei poteri della Corte Suprema degli Stati Uniti. Il modello americano fu importato, dopo la Seconda Guerra Mondiale, in Germania e Italia, che avevano conosciuto tragici esempi di prevaricazione della politica sui diritti umani fondamentali. Proprio per evitare ai due paesi la ricaduta in sistemi politici totalitari, indifferenti alla tutela dei diritti e dei valori fondamentali, furono istituite le Corti Costituzionali, con il compito di prevenire la ricaduta nel totalitarismo. Successivamente l'istituto venne introdotto in tutti i Paesi occidentali. Nel sistema italiano la Corte Costituzionale può intervenire soltanto se la magistratura ordinaria, amministrativa o contabile, solleva eccezione di incostituzionalità. Esiste quindi un circuito tra la Corte Costituzionale e le altre magistrature che conferisce al sistema giudiziario nel suo complesso un ruolo rilevante ed esclusivo nel sistema di governo del Paese.

Una seconda ragione del "ruolo di governo" della magistratura sta nella sua assoluta indipendenza dal potere politico e da altri poteri. Si può dire,

dopo l'abolizione dell'immunità parlamentare, che la magistratura è più indipendente dal potere politico di quanto il potere politico non lo sia dalla magistratura.

Una terza ragione sta nella incertezza delle leggi, fenomeno oggi comune a tutte le democrazie, ma particolarmente rilevante nella nostra, che consegna alla magistratura il potere di fissare, con un certo margine di imprevedibilità, la regola del caso concreto.

Questi fattori dovrebbero convincere magistratura e politica ad un esercizio responsabile e reciprocamente rispettoso delle proprie prerogative. La magistratura non può costituirsi come aprioristica controparte del potere politico e la politica deve smettere di pensare ad un ruolo ancillare della magistratura. Far parte della *governance* e sapere di doverla condividere con altri dovrebbe aumentare il senso di responsabilità istituzionale da parte di tutti gli attori.

Anche il mondo dei giuristi dovrebbe scoprire una propria nuova dimensione cooperando alla determinazione dell'*actio finium regundorum* tra diritto e politica. Indico qui, solo per formulare qualche esempio, i campi nei quali occorrerebbe quell'approfondimento che è proprio del pensiero e del dibattito della scienza del diritto.

Non sarebbe il caso di studiare l'importazione di quelle clausole elaborate dalla Corte costituzionale tedesca, poi consolidate dalle leggi e dalla dottrina costituzionale di quel Paese, che valgono ad impedire un impatto troppo violento delle sentenze costituzionali sull'ordinamento giuridico?¹⁸

I processual-penalisti non dovrebbero mettere a punto una nozione di notizia di reato meno vaga di quella attuale e che salvaguardi il carattere necessariamente "successivo" dell'intervento del p.m. rispetto alla commissione del reato?

I penalisti dovrebbero affinare le norme sul tentativo, le norme sul concorso di persone nel reato, le norme che disegnano fattispecie di puro pericolo per poter meglio tipicizzare ipotesi che si prestano quasi necessariamente a sconfinamenti giudiziari in campi estranei alla giurisdizione.

I processualisti dovrebbero studiare ipotesi che senza schiacciare la libertà di interpretazione riducano la imprevedibilità delle decisioni e diano un qualche valore allo *stare decisis*.

¹⁸ G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002.

Gli studiosi del diritto amministrativo potrebbero riprendere la riflessione sui contenuti e i confini dell'atto politico al fine di determinare a loro volta i confini del potere politico rispetto alla giustizia amministrativa.

Le condizioni spirituali (nel senso di *geistige*) della scienza giuridica italiana, anche per la crisi dell'università e delle professioni che ruotano attorno all'applicazione e alla interpretazione del diritto, non attraversano una fase di splendore. Tuttavia è in quelle conoscenze che sta la radice del superamento dell'attuale rapporto patologico tra giustizia e politica. Il conflitto può trovare una soluzione nel senso di responsabilità dei protagonisti; ma questo senso di responsabilità può non esser sufficiente se mancano le soluzioni che innestino nell'ordinamento giuridico le misure preventive del conflitto.

Quelli indicati sono solo alcuni dei temi che la consapevolezza di una *governance* articolata su più poteri potrebbe individuare, tenuto conto delle condizioni attuali del sistema politico e della scienza giuridica. La consapevolezza della drammaticità del momento presente dovrebbe spingere i diversi attori, ciascuno nel suo campo, a risolvere i problemi posti dalla presenza, ormai ineludibile, di una componente giudiziaria nel sistema di governo.

Il punto su...
L'illegittimità del c.d. Lodo Alfano
(Corte cost. n. 262/2009)

