

GIOVANNI FIANDACA

POPULISMO POLITICO E POPULISMO GIUDIZIARIO

«Insomma, quando un uomo sceglie la professione di giudicare i propri simili, deve rassegnarsi al paradosso – doloroso per quanto sia – che non si può essere giudice tenendo conto dell'opinione pubblica, ma nemmeno non tenendone conto. Alla somma delle proprie inquietudini, bisogna preventivare l'aggiunta di quelle che verranno dall'attenzione che l'opinione pubblica dedica a certi casi. E questo vale per ogni latitudine, per qualsiasi paese in cui i tribunali non siano trasformati in are».

L. SCIASCIA, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Milano 1989, 80

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Populismo politico e populismo penale. – 3. Il diritto penale è, in qualche modo o misura, 'populistico' – per così dire – intrinsecamente?. – 4. Populismo giudiziario. – 5. Segue: quali possibili rimedi?

1. Premessa

Queste riflessioni su 'populismo politico' e 'populismo giudiziario' non hanno alcuna pretesa di sistematicità e completezza. Esse mirano, più che a presentare tesi compiutamente elaborate, a offrire spunti di analisi su alcune complesse interazioni che nel corso degli ultimi decenni si sono sviluppate (e, per certi versi, continuano a svilupparsi) tra la sfera politica e la sfera giudiziaria. Infatti, anche se la locuzione 'populismo giudiziario' è di conio recente, il corrispondente fenomeno sottostante affonda in non piccola misura le radici in fattori genetici non dell'ultima ora.

È opinione anche di chi scrive che il concreto modo d'atteggiarsi dei rapporti tra sistema politico e magistratura abbia finito da qualche tempo col determinare, per così dire nella costituzione materiale, una divaricazione – più o meno accentuata a seconda delle circostanze contingenti – tra il ruolo di fatto svolto dal potere giudiziario e la posizione ad esso in origine assegnata nella costituzione scritta. Il che deve però sorprendere sino ad un certo punto, se si considera che la storia nel suo imprevedibile divenire tende a condizionare e a riaggiustare continuamente principi e modelli istituzionali concepiti in astratto, adattandoli al variare delle situazioni

contingenti: per cui anche gli assetti giuridico-costituzionali non vivono mai nella loro forma pura, ma si incarnano sempre in maniera imperfetta. Si pensi, per limitarsi a un esempio macroscopico, alla progressiva crescita di fatto dei poteri del presidente della Repubblica nella recente esperienza politico-istituzionale italiana.

In una prospettiva complessiva e al tempo stesso realistica di analisi, se travalicamento o debordamento da confini o limiti istituzionali vi è stato, questo non appare dunque un fenomeno circoscritto alla sola magistratura. È verosimile che, quando un sistema politico versa – come nel caso emblematico del sistema italiano – in uno stato di crisi e di indefinita transizione, la tentazione di rimescolare ruoli e competenze, di occupare nuovi spazi, di aggiustare funzioni e profili identitari contagi più di un potere istituzionale.

Che ciò possa accadere non implica, automaticamente, che sia anche un bene che accada. Si prospetta, ovviamente, un serio problema di limiti. Fino a che punto la magistratura può operare anche da attore politico senza smarrire la sua identità? Un interrogativo come questo, ed altri interrogativi connessi sono, inevitabilmente, impliciti anche in una prospettiva di riflessione incentrata sul tema oggetto di analisi in questa sede.

2. *Populismo politico e populismo penale*

La parola “populismo”, riferita a fenomeni di carattere politico, è andata diffondendosi nel corso degli ultimi anni in misura crescente, estendendosi ben al di là delle originarie forme di manifestazione del populismo russo e di quello americano. In sintesi, può dirsi che specie dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso l’etichetta “populismo politico” tende sempre più a essere utilizzata – anche nella comunicazione mediatica – per alludere ad un ampio e variegato insieme di «movimenti, partiti e talvolta anche regimi, tutti non riconducibili agevolmente ad alcuna delle famiglie politiche tradizionali, democraticamente non troppo scrupolosi e inclini a una chiassosa retorica del popolo, al contempo contrassegnati da forme di leadership personale»¹. Per limitare il discorso al contesto italiano, che è quello che in particolare qui interessa, esemplificazioni emblematiche di fenomeni politici di tipo populistico sono stati considerati – com’è peraltro assai noto – la Lega e Forza Italia. Ma è pur vero che l’etichetta ‘populismo’, nel suo latissimo ambito di potenziale estensione, di per sé si è prestata e si presta ad abbracciare movimenti e partiti non soltanto di centro-destra, ma inscrivibili anche in un orizzonte di sinistra (specie estrema). Ciò perché la patente di populista può essere concessa a quanti

¹ In questi termini, MASTROPAOLO, *Democrazia e populismo*, in AA.VV., *La democrazia in nove lezioni*, a cura di M. Bovero e V. Pazé, Roma-Bari, 2010, 70.

utilizzano tecniche retoriche o manipolative di acquisizione del consenso, a loro volta costruite intorno alla pretesa di essere gli interpreti più autentici e i difensori più credibili degli interessi del popolo – a prescindere, invero, da ogni rapporto di effettiva corrispondenza tra ideologia e realtà. Essendosi l'ambito di comprensione del concetto di populismo progressivamente dilatato, non sorprende troppo che per indicare le sue varie forme di manifestazione siano andati moltiplicandosi aggettivi e prefissi: si parla così di «nuovo» populismo, di «etno-populismo», di populismo «economico», di «tele-populismo» ecc.².

2.1. E, come ben sappiamo noi penalisti, si è finito col parlare persino di “populismo penale”. Cosa intendere per tale? Com'è intuibile, questa etichetta – escogitata tra altri da Denis Salas³ – vuol esprimere l'idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico. Nella sua genesi contingente, l'interazione tra populismo politico e populismo penale si è sviluppata nel quadro di politiche penali concepite soprattutto da forze di centro-destra, come nel caso dell'alleanza nostrana tra forza-italisti e leghisti. In questo quadro, l'ispirazione populistica si è notoriamente tradotta in una accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità; in particolare, il presunto rischio proveniente dal “diverso”, identificato preferenzialmente in quegli immigrati irregolari che il populismo di centro-destra, fomentatore di rinnovato odio razziale, tende a dipingere come i nuovi ‘nemici’ della società da controllare, punire e bandire. Così, l'uso politico di una coercizione penale mirata contro siffatte figure di nemico si traduce in uno strumento destinato a canalizzare ansie identitarie di comunità sociali imbevute – per così dire – di una «ideologia del guscio»: chiudendosi in se stesse, esse oppongono barricate contro ogni (reale o presunta) minaccia esterna⁴. Da qui, le ben note forme di criminalizzazione e i ben noti inasprimenti sanzionatori introdotti.

² Cfr. ancora MASTROPAOLO, *op. cit.*, 73 ss. L'autore ravvisa in questa inflazione terminologica una riprova del rischio incombente di ridurre il concetto di populismo a una categoria così generica e comprensiva, da renderla alla fine inservibile sul piano dell'analisi politologica. Inoltre, per una riflessione intorno ai molti impieghi e alle differenti articolazioni con cui il termine populismo viene utilizzato, cfr. DIAMANTI, *Populismo, una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in *Italianieuropei*, 4/2010.

³ SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005.

⁴ Cfr. SCHIAVONE, *Così la destra crea l'ideologia del guscio*, ne *la Repubblica* del 9 maggio 2008.

ti, emblematicamente, nella legislazione in materia di immigrazione e più in generale di sicurezza collettiva⁵.

Ma una riflessione sull'uso politico-populistico della legge penale deve trarre spunti da esperienze che trascendono l'orizzonte italiano. Particolarmente significativa, per il suo carattere di paradigmaticità, appare l'esperienza americana a partire dalla fine degli anni Sessanta del Novecento, cioè dall'entrata in crisi del modello del New Deal, così come ricostruita dal criminologo Jonathan Simon nello stimolantissimo saggio *Il governo della paura*⁶. Valorizzando precedenti analisi di Peter Schrag⁷, Simon fa riferimento a un "nuovo populismo" che attribuisce un ruolo politico decisivo alla paura per la criminalità, quale sentimento che indebolisce il senso di appartenenza delle persone a una specifica comunità, e che tende di conseguenza a fare appello alla legge penale e alla prigione come strumenti di intervento rigorosi ma al tempo stesso semplici (cioè facilmente comprensibili da tutti) per affrontare nel modo politicamente più redditizio i problemi di sicurezza e rassicurazione collettiva. In questo quadro semplificatore, profonda è la sfiducia nei confronti dei saperi tecnici, delle competenze degli esperti in scienze sociali e, più in generale, nei confronti dei giudizi di valore e degli orientamenti normativi espressi dalle élite: insomma, regole semplici, chiare e rigorose, seguite da punizioni certe in caso di violazione, in luogo di approcci politici più complicati e di inutili sofisticherie intellettualistiche⁸.

Più in generale (cioè anche a prescindere dall'impiego diretto o indiretto dell'etichetta 'populismo'), l'analisi di Simon delinea un'ipotesi ricostruttiva di grande suggestione, che si basa in sintesi sull'idea del «governo attraverso la criminalità»: si tratterebbe cioè di «un nuovo paradigma di *governance* incentrato sull'individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell'azione di governo a ogni livello e in ogni contesto»⁹. Beninteso, non è tanto importante ai nostri fini verificare il complessivo livello di fondatezza di una simile ipotesi ricostruttiva di fronte al dubbio, per vero facile ad affacciarsi, che Simon possa anche estremizzare per amor di tesi. Piuttosto, può essere il caso di valorizzare quei profili analitici che, oltre ad apparire persuasivi in se

⁵ Per una presa di posizione fortemente critica sul populismo penale, quale forma di degenerazione politico-criminale che contraddice tutti i principi classici del garantismo cfr. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in AA.VV., *La democrazia in nove lezioni*, cit., 115 ss. Sulle "politiche della paura" si leggano le acute considerazioni socio-criminologiche di CERETTI e CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013.

⁶ SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Milano, 2008.

⁷ SCHRAG, *Paradise Lost: California's Experience, America's future*, Berkeley, 1998.

⁸ SIMON, *op. cit.*, 206 s..

⁹ DE GIORGI, *Introduzione a SIMON, Il governo della paura*, cit., XXIII.

stessi, richiamano fenomeni o tendenze in qualche modo presenti anche nel contesto italiano.

Ora, guardando con gli occhi rivolti alle vicende di casa nostra, mi piacerebbe mutuare dall'analisi di Simon non soltanto l'evidenziazione di una tendenza crescente degli uomini politici ai vari livelli a ridefinire una parte non piccola delle politiche pubbliche in termini di politica criminale, con tutto ciò che ne consegue in chiave di nuova enfaticizzazione del paradigma punitivo. Mutuerei, altresì, l'idea di un modello o stile di azione politica che lo stesso Simon suggestivamente definisce «*complesso accusatorio*» (*prosecutorial complex*): si tratta cioè della tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero, quale organo giudiziario investito del ruolo istituzionale di difendere la società dal crimine e dunque quale rappresentante – ben più del giudice in senso stretto – degli interessi delle vittime reali o potenziali (anzi, dalla tendenziale preferenza accordata alla funzione “accusatoria” deriva una crescente sfiducia politica nei confronti dell'imparzialità e, soprattutto, dell'idoneità della funzione “giudicante” ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni di punizione avvertiti dalla maggioranza dei cittadini)¹⁰.

In effetti, di questo “complesso accusatorio” abbiamo avuto, e continuiamo ad avere esemplificazioni significative anche nel contesto italiano. E val la pena porre in rilievo come una simile tendenza sia in fondo trasversale agli schieramenti politico-partitici, ancorché con qualche differenza a seconda del tipo di rischi criminali che vengono in rilievo. Com'è intuibile, si allude al fenomeno di esponenti politici (nel ruolo di parlamentari, sindaci, governatori regionali ecc.) che pongono al centro del loro impegno o del loro programma di governo, innanzitutto sul piano simbolico e della comunicazione pubblica, la lotta alla criminalità o la difesa della legalità. Con qualche differenza di orientamento specifico, peraltro, a seconda del tipo di schieramento politico che viene in rilievo: nel senso che l'appartenenza al centro-destra sollecita, tendenzialmente, un impegno a muovere una guerra alla criminalità comune e alla criminalità da strada; mentre l'appartenenza al centro-sinistra induce, per lo più, a enfatizzare la lotta contro le mafie e, più in generale, contro la criminalità dei colletti bianchi. In entrambi i casi, comunque, il politico tende a vestire più i panni del pubblico ministero che del giudice: egli pone infatti l'accento sulla necessità di denunciare, indagare, accertare, impiegare mezzi di contrasto efficaci per sradicare il crimine e fare terra bruciata attorno ad esso, applicare sanzioni rigorose, controllare e neutralizzare le persone pericolose ecc. Mentre – ed ecco un profilo ‘populistico’ già ben evidenziato nell'esperienza americana – passano assolutamente in seconda linea le preoccupazioni individualgarantistiche e le esigenze di giustizia equitativa riferibili ai singoli casi concreti; anzi,

¹⁰ SIMON, *op. cit.*, 69 ss.

preoccupazioni ed esigenze di questo tipo tendono ad essere bollate come intralci all'efficacia dell'azione repressiva o come lussi da anime belle.

Ho l'impressione che l'affiorare di un orientamento in qualche misura populistico sia ad esempio registrabile, assai di recente, nel tormentato dibattito sulla riforma del reato di voto di scambio politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.). Invero, per impulso di qualche parlamentare militante dell'antimafia, la questione della riforma di tale mal costruita figura criminosa è tornata di attualità nell'agenda politica come uno degli gli obiettivi prioritari da perseguire nell'ambito di una rinnovata strategia di lotta alle mafie. Solo che, nei passaggi della discussione tra Camera e Senato, è accaduto che l'art. 416 *ter* subisse la sorte di esser fatto oggetto di una pluralità di proposte di modifica, che scontentavano ora l'una ora l'altra forza politica. L'ultima versione, votata al Senato su proposta del sen. Pd Giuseppe Lumia e poi ripassata alla Camera, estendeva l'oggetto dell'accordo politico-mafioso prevedendo – in alternativa alla dazione (o promessa) di denaro o di altra utilità come corrispettivo dell'appoggio elettorale mafioso – la «*disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa*». Che si trattasse di una formula così indeterminata da giustificare serie preoccupazioni sotto più punti di vista, è evidente. È ben comprensibile, quindi, che non solo giuristi ma persino pubblici ministeri esperti della materia avanzassero riserve critiche idonee a mettere in allarme i decisori politici, e così riassumili: la disponibilità a favorire le organizzazioni criminali è un dato psicologico troppo labile come requisito di fattispecie per non paventare il rischio sia dell'apertura di un numero esorbitante di inchieste destinate però a probabili assoluzioni, sia di pericolose strumentalizzazioni politico-mediatiche. In ogni caso, mancando la previsione di una condotta ben profilata così come richiesto dal principio penalistico di tipicità, tutto si giocherebbe sulla difficile prova di un elemento di per sé vago e incerto¹¹. Ma vi è di più. Queste riserve a ragione manifestate da non pochi magistrati hanno finito col destare allarme persino presso il Consiglio superiore della magistratura, inducendo cinque esponenti togati della sinistra giudiziaria a denunciare il rischio che il varo definitivo di un nuovo art. 416 *ter* così genericamente formulato mettesse a repentaglio l'«*indipendenza esterna*» della magistratura: ciò per l'«*alta probabilità che la magistratura sia chiamata a interloquire in conflitti squisitamente politici, con evidente possibilità di accentuazione del tasso di conflittualità con la politica*»¹².

¹¹ Così, ad esempio, si sono criticamente espressi i pubblici ministeri intervistati dal *Corriere della sera* del 27 marzo 2014; analoghe le critiche del presidente dell'Anm Rodolfo Maria Sabelli, intervistato da *Repubblica* del 28 marzo 2014. In proposito, cfr. anche i rilievi critici di FIANDACA, *Modificare il reato ma senza incertezze*, nel *Corriere della sera* del 31 marzo 2014.

¹² Citazioni tratte da quanto riportato nell'articolo di Giovanni Bianconi sul *Corriere della sera* del 29 marzo 2014.

Senonché, riserve e preoccupazioni di tal genere non sembravano assumere rilievo decisivo agli occhi di quei politici che puntavano in ogni caso all'approvazione in tempi brevi della riforma come il principale obiettivo politico da conseguire. Anche allo scopo di dare un forte segnale di impegno antimafia in vista delle elezioni europee ormai vicine. Emblematica in questo senso la presa di posizione di Rosy Bindi, presidente della Commissione parlamentare antimafia: «So bene che il testo si può migliorare, ma dobbiamo evitare che la ricerca della norma perfetta ci porti in un vicolo cieco, impedendo che la riforma entri in vigore prima delle prossime elezioni. C'è bisogno di un messaggio forte che faccia sentire la politica al fianco dei cittadini e degli amministratori onesti, di quanti resistono e fanno argine ai metodi e ai poteri mafiosi»¹³. Mentre il senatore Lumia, con maggiore enfasi, dal canto suo affermava: «Qui sta il lavoro di una vita, la mia, perché questa è l'unica strada per spezzare il legame con la mafia, in quanto chi accetta il vincolo lo fa per denaro, per un'altra utilità, ma anche mettendo se stesso a disposizione dei mafiosi»¹⁴.

Atteggiamenti politici come questi ora riportati sono sintomatici di populismo penale? In effetti direi di sì, e per più di una ragione. Intanto, per la propensione a vedere nell'intervento penale uno strumento di per sé decisivo per contrastare un fenomeno pur complesso come l'inquinamento mafioso della politica; e, nel contempo, per la tendenza (chiarissima ad esempio nel caso del senatore Lumia) a identificare nel varo di una nuova norma penale il traguardo finale idoneo a dare senso e, perciò, a coronare un lungo impegno politico. Ancora, è sintomatica di un approccio populistico proprio la svalutazione quasi preconcepita sia della dimensione tecnica della legiferazione penale, sia dei profili garantistici. Come se si trattasse, piuttosto che di problemi seri di politica criminale, di sofisticherie e di bizantinismi da professori lontani dalla sostanza delle cose e poco sensibili alle reali aspettative dei cittadini. Insomma, la tecnica penalistica (con tutto ciò che vi è connesso anche in termini di principio) faccia un passo indietro di fronte alla necessità (politica) di dare un segnale politico! È pur vero, per altro verso, che dal fronte degli stessi portatori di competenze professionali non mancava chi levava la sua voce a sostegno del primato della necessità politica, così manifestando a sua volta (inconsapevoli e involontarie?) inclinazioni da populista penale. È il caso, ad esempio, di Gian Carlo Caselli il quale, nel difendere la proposta di riforma nella versione Lumia, ha argomentato in questo modo: «in materia di mafia è utile – se non necessario – non restare vincolati ad uno stretto tecnicismo per attingere ad un linguaggio sociologicamente più pertinente, meglio capace di fotografare la realtà vera di un

¹³ Dichiarazioni riportate dal *Corriere della sera* del 29 marzo 2014.

¹⁴ Cfr. *La Repubblica* del 27 marzo 2014.

fenomeno sulla base dell'esperienza concreta»¹⁵. Ma è fin troppo facile obiettare – Caselli non se ne dolga – che la comprensione sociologica dei diversi aspetti del fenomeno mafioso, se costituisce una indispensabile premessa per progettare gli strumenti normativi e giudiziari di contrasto, non implica affatto che i paradigmi o i termini sociologici debbano direttamente e automaticamente tradursi in elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici. È necessaria, al contrario, una mediazione tecnica da realizzare con la specifica cassetta degli attrezzi penalistici¹⁶: ignorarlo, nel convincimento che la legge penale possa sempre parlare con un linguaggio che riflette la presunta realtà così com'è, può tradire un atteggiamento troppo semplicistico a sua volta frutto di ingenuità intellettuale o, appunto, di (anche inconsce) suggestioni populistiche.

Comunque sia, a riprova della saggezza del detto che la fretta è “cattiva consigliera”, per cui la “gatta frettolosa fa i gattini ciechi”, vale un ulteriore rilievo desumibile dalla conoscenza della giurisprudenza in materia di criminalità mafiosa (conoscenza probabilmente assente in non pochi parlamentari digiuni di diritto penale). Chi possiede questa conoscenza, infatti, sa che i giudici tanto di merito quanto di Cassazione tendono a fare riferimento (seppure discutibilmente, non soltanto a mio parere) al concetto di “disponibilità” nei confronti dell'associazione criminale come criterio per definire non soltanto il concorso esterno, ma la stessa condotta di partecipazione (interna) all'associazione mafiosa. Se è così, ove la proposta di riforma dell'art. 416 *ter* fosse stata varata senza modifiche emendative, sarebbe stata elevata la probabilità di dar luogo a un groviglio davvero inestricabile nei rapporti tra le rispettive fattispecie del voto di scambio, della partecipazione associativa e del concorso esterno.

Ma, per fortuna, la ragionevolezza politico-criminale ha finito col prevalere: a dispetto di una violenta *bagarre grillina*, la riforma dell'art. 416 *ter* è diventata legge in una formulazione definitiva emendata dalle più macroscopiche degenerazioni penal-populistiche¹⁷.

3. *Il diritto penale è, in qualche modo o misura, 'populistico'* – per così dire – *intrinsecamente?*

Non sembri singolare, a questo punto, prospettare l'interrogativo – non poco provocatorio, quantomeno a prima vista – racchiuso nell'intitolazione stessa di questo paragrafo.

¹⁵ Si veda l'articolo intitolato *Basta bizantinismi, la legge sul voto di scambio va approvata* ne *Il fatto quotidiano* del 29 marzo 2014.

¹⁶ FIANDACA, *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, V, 176 ss.

¹⁷ Sull'ultima fase del dibattito parlamentare cfr. BIANCONI, *Mafia-politica, un problema serio a cui non serve la bagarre grillina*, nel *Corriere della sera* del 17 aprile 2014.

La sollecitazione a porre la domanda circa un possibile carattere intrinsecamente ‘populistico’ del diritto penale scaturisce, invero, dalla presa d’atto che la materia dei delitti e delle pene intrattiene – pressoché da sempre – rapporti di strettissima vicinanza o contiguità, sino a farsene in qualche modo specchio, con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico. Ora, guardando da questa angolazione visuale, non può non ritornare alla memoria la celebre tesi di Georg Jellinek – risalente ai primi del Novecento –, secondo cui il diritto penale rispecchierebbe il «minimo etico» di ogni popolo nello specifico periodo storico considerato¹⁸. Dove è chiaro che questo minimo etico rimanda all’identità culturale di un popolo, quale risulta dall’insieme dei valori predominanti e dei connessi atteggiamenti etico-sociali che lo caratterizzano. Portando avanti il discorso con l’ausilio – volendo – di un modello esplicativo della psicologia della giustizia punitiva teorizzato da Georg Herbert Mead¹⁹, ecco che il diritto penale fungerebbe, prima ancora che da strumento pragmatico di tutela, da vessillo o marcatore simbolico di valori il cui rispetto segna il perimetro di un’appartenenza identitaria. Corrispondentemente, la condanna conseguente all’offesa recata a tali valori assolverebbe anche la funzione simbolica di rendere manifesto che l’illecito penale (almeno nel caso dei reati più gravi) costituisce un atto di ostilità o di inimicizia e che il relativo autore deve, pertanto, patire una punizione proprio perché con la sua condotta trasgressiva si è estraniato dalla comunità, divenendone nemico. Interpretato in questa chiave, il diritto penale sembrerebbe, quindi, potersi caricare di risonanze *lato sensu* populistiche per questa intuibile ragione: esso simboleggerebbe la reazione del popolo onesto contro i criminali additati come nemici della comunità!

Beninteso, chi scrive non nutre alcuna simpatia ideologica per questi impieghi simbolici del diritto penale, tanto più nei contesti odierni di democrazie costituzionali connotate dal pluralismo assiologico come dato di fatto e come principio da salvaguardare e promuovere. Non è tuttavia da escludere, per altro verso, che all’essenza profonda della giustizia punitiva, al suo Dna appartenga una sorta di meccanismo sotterraneo di psicologia collettiva, tale per cui la punizione si caricerebbe sempre in qualche misura di una irriducibile valenza – per così dire – ‘polemologica’ in termini di discriminare tra amici e nemici della comunità sociale. D’altra parte, qualche possibile indizio sia pure implicito in tal senso è, forse, rinvenibile anche nell’ambito della migliore dottrina penalistica contemporanea. Ad esempio, uno studioso di pur sicura fede liberaldemocratica, come Gabrio Forti, sostiene che il diritto penale esprime inevitabilmente a tutt’oggi una visione comuni-

¹⁸ JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.

¹⁹ Di questo autore cfr. *La psicologia della giustizia punitiva*, trad. it., in AA.VV., *Carcere e società liberale*, a cura di Santoro, Torino, 2004, 154 ss..

taria, la quale si traduce a sua volta in un giudizio di disapprovazione da parte dell'intera comunità nei confronti dell'autore del fatto criminoso: «La pena è infatti qualcosa che evoca l'intero, la totalità, anche di coloro ai quali viene inflitta. Una totalità che nasce dalla sua complessità di istituzione sociale»; ciò premesso, l'espressione «diritto penale liberale» sarebbe tendenzialmente «ossimorica»²⁰. Certo, prima di assecondare la tentazione di annoverare Forti tra gli autori che attesterebbero una qualche sorta di implicita valenza populistica del diritto penale, occorrerebbe essere sicuri di non fraintendere o forzare il significato che egli attribuisce alla tesi di una irriducibile dimensione «comunitaria» del diritto penale.

Come che sia, rileverei a questo punto che un orientamento in senso lato populistico potrebbe, forse con maggiore fondamento, essere diagnosticato in chi dal versante dottrinale lamenta un eccesso di complessità del diritto vigente ed auspica – sia pure, per senso di realismo, senza crederci del tutto – un futuro diritto penale assai semplificato e, perciò, più comprensibile dalla gente comune. Muovendo invero dalla presa d'atto che la giustizia penale versa in una condizione di grave inefficacia ed inefficienza, e nel contempo dalla constatazione che ancora non siamo riusciti a inventarci nulla di meglio della pena come strumento di giustizia e di assicurazione sociale, la domanda che viene formulata è questa: «Quale diritto penale si dovrebbe concepire dalle macerie dell'attuale? Quale diritto penale si aspetta un'opinione pubblica che ripone le proprie speranze sulla capacità della pena di trattenere i delinquenti e di rigenerare i colpevoli»? Ecco la risposta conseguente, considerata pressoché scontata: «Se si vuole ancora scommettere sulla pena, soprattutto per promuovere un modello di società in cui sia distinguibile il giusto dall'ingiusto, il corretto dallo scorretto e, in definitiva, ciò che si può fare da ciò che non si può fare, il messaggio deve arrivare chiaro e nitido: nettezza delle incriminazioni e delle risposte sanzionatorie, unita alla semplicità e alla funzionalità del sistema sanzionatorio *in action*, dovrebbero costituire le condizioni essenziali per scommettere ancora sul diritto penale»²¹.

Orbene: non me ne voglia David Brunelli se rilevo che egli, avendo scritto le frasi or ora riportate tra virgolette, potrebbe – certo a ben maggior titolo di Forti – essere interpretato come un potenziale esponente di una sorta di dottrina penal-populistica: ciò per il suo persistente confidare – nonostante tutto – nella possibilità (almeno teorica) di costruire, in un mondo altamente complesso come il nostro, un nuovo diritto penale così stabile, chiaro di contenuti e semplice nell'applicazione da orientare in modo univoco la gente comune e da soddisfarne le aspettative di

²⁰ FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, 331.

²¹ BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale Realpolitik in materia penale*, in *Arch.pen.*, n. 2/2013, 382.

giustizia. È questa, a mio avviso, una utopia che risente – per l'appunto – di una qualche (non troppo celata) suggestione populistica.

4. *Populismo giudiziario*

Che cos'è – più specificamente – il populismo “giudiziario”? Come prima definizione, generica e approssimativa, direi che questo fenomeno ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale. Questa sorta di magistrato-tribuno, oltre a pretendere di entrare in rapporto diretto con i cittadini o con alcuni gruppi sociali particolari (e, comunque, di rappresentarne e tutelarne al meglio i corrispondenti interessi o valori), finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo alla legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato.

Esemplificazioni significative d'un tale populismo giudiziario non è difficile rinvenirne, ieri come oggi. Ad esempio, un noto pubblico ministero antimafia dei nostri giorni come Nino Di Matteo, impegnato nel controverso processo sulla cosiddetta trattativa Stato-mafia²², ha ringraziato davanti al palazzo di giustizia un gruppo di 500 manifestanti del movimento “Agende rosse” affermando: «Queste manifestazioni spontanee sono importanti anche più di certi silenzi [...]. È importante il sostegno che in questi mesi abbiamo ricevuto da gente comune che evidentemente ha solo sete di verità [...]. Qualcuno non ha capito proprio niente. Il magistrato politicizzato è un altro tipo di magistrato, non quello che sente il bisogno di venire tra la folla per ringraziare di fronte a queste manifestazioni»²³. La contrapposizione tra “certi silenzi” dei palazzi istituzionali e il sostegno spontaneo della gente è più chiaramente esplicitata in quest'altra dichiarazione: «[...] oggi ci sono tantissimi italiani che stanno dalla nostra parte, semmai stridono certi silenzi istituzionali se confrontati alla solidarietà dei cittadini, delle persone senza nome che mi scrivono»²⁴. Orbene, dichiarazioni come queste ora riportate appaiono chiaramente sintomatiche di populismo per più ragioni. Innanzitutto, perché i movimenti antimafia sono soggetti “politici”, per quanto non partitici²⁵, ragion per cui il magistra-

²² Cfr. FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia, tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, 63 e s.; FIANDACA, LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma-Bari, 2014.

²³ Cfr. l'articolo a firma di Salvo Palazzolo ne *la Repubblica* del 21 dicembre 2013.

²⁴ Citazione tratta dall'articolo a firma di Attilio Bolzoni ne *la Repubblica* del 17 dicembre 2013.

²⁵ Per tutti, LUPO, *Antipartiti*, Roma, 2013, 190.

to che di volta in volta ne diventa punto di riferimento anche simbolico diventa per ciò stesso (anche al di là delle sue intenzioni) un attore politico. Inoltre, perché nel loro contenuto riflettono la tendenza, da un lato, a rappresentare il potere giudiziario come il vero interprete dei bisogni e delle aspettative popolari e, dall'altro, a criminalizzare invece il restante mondo politico-istituzionale a causa della sua presunta indifferenza o – peggio – silenziosa complicità con il crimine. Ma vi è di più. In questo, come in altri casi, specie (ma non soltanto) di magistrati impegnati sul fronte dell'antimafia, l'atteggiamento populista tende ad interagire con un paradigma vittimario, nel senso che il magistrato interpreta se stesso anche come organo che dà voce alle sofferenze e alle richieste di giustizia delle vittime in carne ed ossa. A riprova, leggiamo un'altra dichiarazione del pubblico ministero sopra citato, resa per contestare comunque in via pregiudiziale ogni ipotesi di trattativa Stato-mafia: «Mi piacerebbe sapere che cosa ne pensano i familiari di coloro i quali, anche in quel periodo, sono stati uccisi perché pensavano che in nessun caso, per nessun motivo e a nessuna condizione si potesse scendere a patti, o anche solo interloquire, con l'organizzazione mafiosa»²⁶. Evidentemente, il riferimento va qui inteso ai familiari dei non pochi magistrati rimasti vittime della violenza mafiosa, a cominciare da Falcone e Borsellino. A scampo di equivoci, non si tratta di sottovalutare il sacrificio di questi magistrati o la necessità di punire col dovuto rigore i mafiosi che ne hanno decretato la morte. Piuttosto, alquanto discutibile può apparire l'elevare in modo preconcepito il sentimento delle vittime a parametro assorbente di valutazione, trascurando così di dare il dovuto rilievo alla questione prioritaria (specie) nell'ottica di un magistrato, cioè quella relativa alla possibile liceità giuridica di qualche forma di trattativa o negoziato con la mafia. Ma, agli occhi di un pubblico ministero soprattutto sensibile al risultato repressivo in omaggio alle pulsioni giustizialiste del suo specifico popolo di riferimento, la pretesa di approfondire questioni giuridiche complicate può apparire un lusso accademico da professori o, peggio, un sintomo di garantismo filomafioso.

Se ricerchiamo a questo punto un archetipo di questa figura di pubblico ministero, che – paradossalmente! – autorappresenta se stesso come 'apolitico' proprio nel momento in cui impersona in modo addirittura paradigmatico il ruolo politico di magistrato-simbolo dell'antimafia, è fin troppo facile rinvenirlo – *mutatis mutandis* – nell'Antonio Di Pietro protagonista di "Mani pulite" di vent'anni fa. Che il Di Pietro di allora possa essere considerato un modello o un capostipite di altri magistrati populistici entrati in scena dopo di lui, è una verità quasi banale che non necessita di particolare dimostrazione. In maniera invero prototipica, egli fu il campione popolare che utilizzò – senza scrupoli e soverchio rispetto di forme – la fun-

²⁶ Citazione desunta dall'articolo a firma di Giovanni Bianconi nel *Corriere della sera* del 18 febbraio 2014.

zione d'accusa come spada al servizio dell'indignazione e del bisogno di riscatto dei cittadini, e ad un tempo come leva per scalzare i vecchi partiti corrotti e promuovere così una rigenerazione morale e un rinnovamento politico di ampia portata. Nell'impersonare questo ruolo di eroe popolare, egli finì non solo con l'assurgere a "divo carismatico", ma anche con l'essere idolatrato in modo politicamente trasversale, cioè da gente o gruppi appartenenti in termini di schieramento politico sia alla destra, sia al centro, sia alla sinistra. Sono un riscontro significativo del gioco di "rispecchiamento" attivato nei suoi confronti da un pubblico così eterogeneo di persone le numerose lettere da lui ricevute tra il 1992 e il 1994²⁷, le quali testimoniano che la gente gli riconosceva in forma proiettiva potere carismatico, senso di giustizia e coraggio o gli manifestava persino ossequio e deferenza²⁸.

Certo, la cosiddetta rivoluzione giudiziaria di Mani pulite non è imputabile soltanto al potente carisma personale di Di Pietro e al ruolo pur sempre protagonista degli altri magistrati che operarono con lui alla procura di Milano dei primi anni '90 (oltre al capo Borrelli, vanno ricordati D'Ambrosio, Colombo e Davigo). Né sembra davvero persuasiva l'ipotesi che l'impresa di Mani pulite fu l'esito di un complotto, di un golpe ordito dai magistrati milanesi d'accordo con i comunisti²⁹. Piuttosto che un'operazione concepita a tavolino sulla base di complotti o ben definite regie politico-giudiziarie, essa fu verosimilmente il risultato – per dirla con le parole di un osservatore privilegiato come Carlo De Benedetti – di «una combinazione di protagonismo dei giudici e di un vaso ormai troppo pieno»: dove quest'ultimo (il vaso troppo pieno) era evidentemente costituito da una oggettiva situazione di crisi a più livelli (politico, economico, morale) ormai difficilmente sostenibile³⁰.

D'altra parte, la forte valenza politica dell'attività del pool milanese di allora non scaturiva soltanto dalla consapevole preoccupazione etico-politica che alimentava e orientava l'impegno dei suoi singoli membri. Al di là della componente comunque ineliminabile del protagonismo soggettivo, a conferire un carattere oggettivamente politico all'azione giudiziaria di contrasto era il carattere sistemico della corruzione politico-amministrativa e il fatto che, di conseguenza, sul banco degli imputati finiva un intero ceto politico in concorso con un ceto imprenditoriale coluso. Non sono certo il primo a rilevare che la politicità del controllo penale assume, in effetti, una evidenza oggettiva incontestabile quando le indagini e i processi

²⁷ CARLUCCI, DI PIETRO, *Grazie Tonino. Le lettere degli italiani al giudice di mani pulite*, Milano, 1995.

²⁸ Cfr. in proposito le considerazioni più dettagliate di DE LUNA, *Una politica senza religione*, Torino, 2013, 75 ss.

²⁹ In senso diffusamente critico nei confronti di una tesi siffatta cfr. LUPO, *Antipartiti*, cit., 190 ss.

³⁰ Cfr. l'intervista a Carlo De Benedetti riprodotta in DAMILANO, *Eutanasia di un potere. Storia politica d'Italia da Tangentopoli alla Seconda Repubblica*, Roma-Bari, 2012, 285 ss., 291.

concernono non illeciti isolati, bensì forme di criminalità di massa, fenomeni criminali di ampia portata le cui cause macrosociali ben trascendono le motivazioni psicologiche a delinquere di singoli autori individuali. Il che avviene non solo nel caso della corruzione sistemica, ma anche in quelli della criminalità politico-terroristica e della criminalità di stampo mafioso: tutti contesti criminali, questi, in cui è non a caso emerso e continua ad emergere con maggiore chiarezza – appunto – il rilevante ruolo politico esercitato (anche al di là delle intenzioni dei singoli magistrati) dalla magistratura penale.

Ciò rilevato, sarebbe però sostenibile che la politicità del controllo penale della criminalità di massa tende quasi sempre, in maniera pressoché obbligata, a sfociare in tentazioni o inclinazioni di tipo populistico-giudiziario? A ben riflettere, questa connessione stretta non esiste. È ben possibile, non solo in teoria, che una magistratura impegnata nel contrasto di fenomeni criminali ad ampio raggio sia pienamente consapevole delle implicazioni politiche del suo operato senza, tuttavia, per questo soggiacere alla tentazione di contestare il potere politico ufficiale per accreditarsi agli occhi dei cittadini come la sola istituzione capace di garantirne fedelmente gli interessi. Del resto, per tornare alla stessa esperienza emblematica di Mani pulite, non è neppure sicuro che l'infezione populista si fosse allo stesso modo propagata nell'intero pool di pubblici ministeri che ne fu protagonista. Erano magistrati non solo di inclinazioni politico-culturali eterogenee (ad esempio era di destra Davigo, mentre inclinavano a sinistra D'Ambrosio e Colombo), ma anche non poco diversi nello stile professionale. È stato, ancora una volta, rilevato da un testimone come Carlo De Benedetti: «Il pool era composto da persone molto diverse: Borrelli era molto raffinato, Colombo era un magistrato di grande qualità, Davigo un uomo specchiato che lavorava per fare rispettare la legge, Di Pietro aveva una forte carica di esibizionismo personale, di popolarità e di populismo, ognuno aveva la sua parte, fecero saltare il sistema»³¹. Ora, se è vero che a determinare il tasso di populismo giudiziario può contribuire lo stile personale del singolo magistrato o il suo personale orientamento politico-culturale, non è meno vero per altro verso che sarebbe riduttivo diagnosticare il fenomeno prevalentemente sulla base di criteri soggettivi che prescindono dal contesto oggettivo di riferimento.

Guardando appunto ai contesti esterni, rileverei in via preliminare che il populismo giudiziario non mi sembra presupponga come condizione necessaria l'esistenza di una politica penale populistica a livello legislativo (nel senso precedentemente accennato nel paragrafo 2.1). Strettamente concepito, il populismo giudiziario potrebbe infatti prendere piede anche in assenza di orientamenti politico-partitici propensi a strumentalizzare il diritto penale per scopi politici generali o, comunque, a utilizzare la punizione in chiave di assicurazione collettiva rispetto a

³¹ Si veda sempre l'intervista a Carlo De Benedetti riportata in DAMILANO, *op. cit.*, 291.

paure (reali o presunte) provocate dal rischio-criminalità. Ciò è comprovato – tra l'altro – dal fatto che la suggestione del giudice che, come un apostolo o un sacerdote della Dea Giustizia, prende a cuore la difesa del popolo o delle persone deboli per proteggerli dagli abusi e dalla violenza dei potenti corrisponde a un mito popolare molto diffuso un po' in tutte le epoche e, come tale, presente anche in non pochi luoghi della letteratura mondiale. Ecco che, se può da questo punto di vista apparire – per dir così – intrinsecamente populistica la visione mitica del giudice in veste di eroe popolare, per diagnosticare qualche sintomo di populismo giudiziario molto latamente inteso non sarebbe – a rigore – necessario un ambiente esterno a sua volta attraversato da ventate di generale populismo politico.

Ciò non toglie, peraltro, che il populismo giudiziario tenda ad assumere una fisionomia più chiara e proporzioni più consistenti laddove il sistema politico-partitico versi in uno stato di manifesta crisi e fenomeni di antipolitica, o meglio di politica antipartitica minacciano di occupare lo spazio di una politica ufficiale sempre più debole e in affanno. È in contesti storici siffatti, come dimostra l'esperienza italiana dell'ultimo ventennio, che esponenti della magistratura del tipo Antonio Di Pietro o più di recente Antonio Ingroia, resi mediaticamente celebri da inchieste non a caso condotte nell'ambito di Tagantopoli e Mafiopoli, finiscono con l'assumere in successione temporale prima il ruolo di magistrati-attori politici, e poi quello di politici *tout court*, mantenendo però pur in questo formale mutamento di ruolo una medesima identità sostanziale di segno populistico: il loro stile di fare politica (una volta abbandonata la toga) si è posto infatti in stretta continuità e contiguità con la precedente funzione magistratuale (da entrambi analogamente interpretata in chiave di contrapposizione rispetto al vecchio potere politico, accusato di corruzione o di complicità con la mafia), traducendosi pur sempre – volendo riadattare von Clausewitz – in una sorta di lotta al crimine realizzata con altri mezzi. Lotta comunque condotta (sia da magistrati, sia successivamente da politici) in nome di una presunta società civile o di una presunta società degli onesti pregiudizialmente contrapposta a uno Stato e a una realtà politico-partitica corrotti e infiltrati dai poteri criminali: ricorre sempre, dunque, il modulo tipicamente populistico della difesa dei veri interessi del popolo traditi o misconosciuti dalla politica ufficiale. Ma è seriamente sostenibile che la magistratura possa funzionare da istituzione interna alla società civile, che, come tale, si contrappone all'insieme delle altre istituzioni statali colluse con la criminalità? In realtà, la magistratura penale è parte integrante dell'apparato statale, ed essa non può pretendere di trarsene fuori come se fosse una espressione diretta della società esterna, o di gruppi particolari di cittadini, o delle stesse vittime delle azioni criminose. Così, ad esempio, quando essa – come nel caso emblematico del processo sulla cosiddetta trattativa – mette sotto processo lo Stato per avere illecitamente colluso col potere mafioso, opera come istituzione statale che accusa altri pezzi dello Stato: il conflitto, insomma,

non è tra società e Stato, bensì tra istituzioni di un medesimo Stato. E in conflitti di questo tipo, a voler guardare le cose con occhio realistico, non sono in gioco soltanto questioni di stretto diritto relative all'eventuale presenza o assenza di fatti punibili. Anche il potere giudiziario compete con altre istituzioni per l'occupazione di spazi di intervento o di controllo, per cui esercitano un peso tutt'altro che secondario i concreti rapporti di forza, i mutevoli contesti di riferimento, le contingenti dinamiche interistituzionali, l'autorevolezza e la capacità dei protagonisti di volta in volta coinvolti. E, proprio sotto l'aspetto dei contingenti rapporti di forza, l'esperienza storica dimostra che, quando un potere si indebolisce, il potere concorrente tende a profittarne per espandersi. Insomma, non sembra azzardato attribuire alle istituzioni, inclusa – perché no? – l'istituzione giudiziaria, una sorta di volontà di affermazione o volontà di potenza. Ciò può, verosimilmente, contribuire a spiegare la tendenza della magistratura penale a estendere i suoi poteri e le sue pretese di controllo sulla politica (o sul mondo economico-finanziario) specie a partire da quando l'establishment, i poteri costituiti mostrano segni di indebolimento e crisi.

Come ha ben messo in evidenza lo storico Salvatore Lupo, fenomeni sostanzialmente analoghi di giustizialismo populistico emergenti a circa vent'anni di distanza l'uno dall'altro, come nei casi emblematici di Di Pietro e di Ingroia, sembrano dimostrare che tra il 1993 e il 2013 il nostro paese è andato soggetto a ricorrenti tentazioni «antipartitiche» secondo l'andamento nevrotico di una improduttiva «coazione a ripetere»³². Per quanto in particolare ci interessa come giuristi, un populismo giudiziario à la Di Pietro o Ingroia non costituisce soltanto una maniera perversa di reagire alla crisi dei partiti; rappresenta, ancor prima, una pericolosa forma di degenerazione della funzione giurisdizionale in sé considerata. Tanto più che l'esperienza degli ultimi anni dimostra che l'azione giudiziaria non può da sola neutralizzare la criminalità sistemica né, tantomeno, può da sola promuovere il rinnovamento politico e la rigenerazione morale. Ha pessimisticamente finito col riconoscere Francesco Saverio Borrelli, capo del pool milanese, a distanza di non pochi anni da allora: «Chiedo scusa per il disastro seguito a Mani pulite. Non valeva la pena di buttare all'aria il mondo precedente per cascare poi in quello attuale»³³. Mentre, meno pessimisticamente ma pur sempre evidenziando i limiti dell'intervento giudiziario, lo stesso Di Pietro ha ammesso. «Sul piano giudiziario quella stagione è stata un unicum, sarebbe difficile realizzare le stesse condizioni. Sul piano politico non sarà un'altra inchiesta Mani pulite ad aprire una stagione nuova. L'abbiamo già visto, la soluzione giudiziaria da sola non basta. Deve essere la politica a trovare in sé la forza di cambiare»³⁴.

³² LUPU, *op. ult. cit.*, 3 ss.

³³ Dichiarazione riportata in DAMILANO, *op. cit.*, 245 e 313.

³⁴ Dichiarazione riportata in DAMILANO, *op. cit.*, 246.

Ma decisivo non è soltanto l'aspetto relativo all'efficacia più o meno risolutiva dell'azione giudiziaria. Come abbiamo visto, il populismo giudiziario tende per forza di cose a privilegiare un sostanzialismo repressivo poco attento alle questioni giuridiche e insufficientemente sensibile alle esigenze del garantismo individuale. Quel che soprattutto conta è che il processo, e prima ancora l'indagine con la sua risonanza mediatica stigmatizzatrice conseguano l'effetto di criminalizzare e mettere alla gogna soggetti indagati trasformati, sin da subito, in colpevoli anticipati. Ove occorra, anche a costo di azzardare riletture *ad hoc* delle fattispecie incriminatrici, forzandone in maniera spregiudicata la tipicità formale (come, ad esempio, nel caso della ipotizzata configurabilità del reato di cui all'art. 338 c.p. nell'ambito del processo sulla cosiddetta trattativa Stato-mafia). E il ricorso massiccio alla custodia cautelare, come nel caso emblematico di Tangentopoli, assume la funzione non solo di anticipazione di pena, ma di strumento di pressione psicologica per promuovere la collaborazione giudiziaria e facilitare lo smantellamento del sistema del malaffare. Insomma, l'obiettivo 'pan-repressivo' assunto a scopo prioritario implica come inevitabile costo una forte torsione, e non di rado una evidente messa in crisi di principi di diritto e garanzie basilari (dal principio di uguaglianza a quello della riserva di legge, al diritto di difesa, ai criteri che presiedono alla custodia cautelare, alle regole sulla competenza territoriale ecc.): da qui, il porsi e riproporsi dell'interrogativo su come affrontare «il problema del rapporto tra il processo alla responsabilità del singolo e il processo alla degenerazione del sistema, attraverso il primo»³⁵.

È plausibile fornire risposte improntate a una logica puramente giuridica? Un purista del diritto, dal canto suo, potrebbe infatti limitarsi a obiettare che la giurisdizione penale non ha come compito istituzionale di contrastare i fenomeni criminali (spettando tale compito alla politica e alla prevenzione amministrativa di polizia), per cui tutte le distorsioni ai principi giuridici cagionate dalla pretesa di processare la degenerazione del sistema risulterebbero illegittime e, perciò, giuridicamente ingiustificabili. Ma al purista del diritto non sarebbe difficile controobiettare che la giustizia penale non è una macchina astratta che funziona sulla base di categorie del tutto disincarnate. È ragionevole invece tenere conto degli inevitabili condizionamenti che l'attività giurisdizionale è di volta in volta destinata a subire per effetto, da un lato, dei contesti generali di riferimento e, dall'altro, delle caratteristiche delle forme di criminalità da contrastare. Senza contare che le stesse norme giuridiche non di rado fanno uso di concetti così indeterminati od elastici da richiedere in ogni caso un'attività di concretizzazione al cospetto delle mutevoli situazioni da parte dell'interprete. Se è così, non può sorprendere che il procuratore

³⁵ FLICK, *Lettera a un procuratore della Repubblica. Con la risposta di Francesco Saverio Borrelli*, Milano, 1993, 169.

Borrelli, in risposta alle pur fondate riserve critiche avanzate da Giovanni Maria Flick sul metodo di utilizzo del carcere preventivo nel contesto delle indagini su Tangentopoli, se ne sia uscito con affermazioni del seguente tenore: «Il pericolo di inquinamento, il pericolo di fuga, il pericolo di reiterazione del delitto», in quanto concetti non formalizzabili in termini strettamente giuridici, «devono ricevere concretezza dalla comune esperienza e dal comune modo di ragionare del cittadino medio»³⁶. E, ribadendo una sorta di ineluttabile rinvio a criteri comuni di giudizio, lo stesso Borrelli conclude il ragionamento ritenendo di dover assumere a fonte orientativa ultima la sensibilità popolare: «Vogliamo, per curiosità, provare a domandarci che cosa pronosticherebbe il cosiddetto uomo della strada circa la probabile condotta futura di un pubblico amministratore che fino a ieri ha concusso o si è lasciato corrompere? Di tanto in tanto dovremmo forse umiliarci fino ad aprire occhi e orecchie verso il mondo esterno e rapportarci – senza subirne passivamente le suggestioni, certo – alla sensibilità media del popolo in nome del quale la legge si applica»³⁷. Così opinando, lo stesso Borrelli (pur essendo culturalmente molto più raffinato di un Di Pietro) finiva con l'esibire un qualche sintomo di populismo giudiziario?

Come che sia, una cosa è certa. Il giudizio complessivo su esperienze giudiziarie come quella di Mani pulite, anche a volerlo rinnovare a vent'anni di distanza, non può non risentire del tipo di valutazione politica che si effettua a monte sulla necessità od opportunità di tentare di aggredire comunque per via giudiziaria fenomeni di malcostume sistemico. Chi in questo senso pregiudizialmente ritiene che la magistratura abbia in ogni caso fatto bene a proporsi il compito di debellare il cancro della corruzione politico-amministrativa, tenderà anche a giustificare gli eccessi giudiziari di Mani pulite come un tollerabile costo da sopportare. Ma fino a che punto questo atteggiamento è giustificato guardando le cose con la consapevolezza di oggi? Giulio Anselmi, una delle voci più autorevoli della stampa di allora favorevole alla rivoluzione giudiziaria, ha di recente rilevato in senso auto-critico: «Abbiamo sbagliato a dare troppo briglia sciolta ai giudici, abbiamo dimenticato a volte che le procure sono una delle fonti possibili e non la verità, abbiamo sbagliato a non riflettere subito sugli eccessi delle indagini e del giustizialismo, anche se molte critiche erano finalizzate esclusivamente a seppellire Mani pulite. Forse c'è stato in alcuni casi un eccesso di militanza civile. Ma poi bisogna pur dirlo: tutto il tentativo revisionista degli anni successivi è stato peggio»³⁸. Si tratta, a ben vedere, di una critica parziale e non priva di una certa ambivalenza: nel senso che, pur prendendosi oggi atto del grave errore di aver di fatto avallato eccessi di giustiziali-

³⁶ Passo tratto da FLICK, *op. cit.*, 12.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Intervista in DAMILANO, *op. cit.*, 144.

smo, tende comunque a prevalere un giudizio etico-politico positivo su quell'esperienza giudiziaria, contro ogni successiva tentazione revisionista. In altre parole: di fronte al conflitto tra le garanzie giuridiche del singolo, da un lato e l'obiettivo di promuovere per via giudiziaria un generale rinnovamento etico-politico, dall'altro, un osservatore qualificato come Anselmi sembra ancor oggi propendere per un bilanciamento complessivamente favorevole a un esperimento giudiziario in sé tutt'altro che immune da abusi ed eccessi, ma nell'insieme pur sempre mirato al bene collettivo. Mentre, forse, più univoco appare l'odierno ripensamento di un altro osservatore d'eccezione come Piero Ottone: «In realtà, un po' mi ricredo. Penso adesso, a tanti anni di distanza, che la pulizia improvvisa, la moralità imposta da un giorno all'altro, creava altri problemi. [...] la lunga stagione di procedimenti giudiziari ha prodotto altri guai: se si eliminavano certi malanni se ne producevano altri. Infatti: molti magistrati ne hanno tratto una sensazione di onnipotenza, sono sbandati per altri versi»³⁹. Né mancano altri osservatori qualificati che oggi stigmatizzano certi processi involutivi che si sono, altresì, andati manifestando tra i magistrati antimafia. Ad esempio Marcelle Padovani, giornalista francese nota anche per aver collaborato al celebre libro-intervista *Cose di Cosa nostra* di Giovanni Falcone, ha di recente rilevato: «È chiaro [...] che la personalizzazione della lotta al crimine organizzato e la sua mediatizzazione estrema hanno spesso messo in moto un protagonismo deleterio. [...] Il protagonismo in politica è un brutto difetto. Lo è ancora di più nella magistratura. Perché è più dannoso. [...] È un difetto che, secondo me, colpisce particolarmente chi lascia la toga per fondare un partito. Si avrebbe allora voglia di suggerire a questi magistrati, con tutto l'affetto che si può avere [...] nei loro confronti [...] di imparare a guardare a se stessi con un po' più di senso della misura»⁴⁰.

Come si anticipava, giudizi del tipo di questi sopra riportati risentono non poco di preferenze o idiosincrasie soggettive, connesse alla diversa sensibilità personale dell'osservatore. E questo vale, non ultimo, per il peso che si è disposti ad attribuire al rigoroso rispetto del diritto e delle garanzie come valore in sé, anche quando un minore scrupolo garantistico risulterebbe più funzionale ad una lotta a tutto campo contro la criminalità. Ma è pur vero per altro verso che, fuori dalla cerchia degli addetti ai lavori, non è che in genere si abbiano idee molto chiare su cosa davvero significhi prendere sul serio le ragioni del diritto, a prescindere da pregiudiziali valutazioni politiche e/o morali intorno a ciò che si tende a giudicare giusto o sbagliato, approvabile o censurabile riguardo alle iniziative e ai comportamenti degli stessi magistrati. La maggior parte delle persone, e persino delle persone di cultura, ignora quasi del tutto i principi e le regole basilari del diritto e del processo

³⁹ OTTONE, *Novanta*, Milano, 2014, 140, 142.

⁴⁰ Intervista riprodotta in DEAGLIO, *Indagine sul ventennio*, Milano, 2014, 173 ss.

penale, non solo i complessi problemi della loro applicazione pratica. In presenza di una situazione di così diffusa ignoranza giuridica, è fatale che valutazioni e preoccupazioni di carattere extragiuridico finiscano col prendere il sopravvento. Ed è questo anche un motivo che contribuisce a spiegare come mai fenomeni di populismo giudiziario più o meno marcato continuino a beneficiare del consenso di gruppi e movimenti di opposizione politica e/o di vocazione giustizialista, nonostante si tratti di fenomeni che contrastano vistosamente con i principi fondamentali di una democrazia costituzionale degna di questo nome.

5. Segue: quali possibili rimedi?

Come contrastare i fenomeni di populismo giudiziario? Se l'analisi delle corrispondenti cause è complessa, non lo è meno l'individuazione dei possibili rimedi: ma è evidente che cause e rimedi sono strettamente correlati.

Tentando a questo punto una sintesi forse semplificatrice, che tenga conto di tutti i rilievi fin qui fatti, direi che il populismo giudiziario è un fenomeno potenzialmente concausato dall'interazione dei seguenti fattori condizionanti: a) il contesto politico generale; b) gli atteggiamenti della pubblica opinione insieme con gli orientamenti del sistema mediatico c) la quantità e la qualità dei fenomeni criminali da contrastare; d) le ideologie della magistratura, le connesse culture di ruolo e il grado di efficacia del controllo disciplinare; f) la cultura giuridico-costituzionale del cittadino medio. Come evitare, o ridurre il rischio che tutti questi fattori in qualche modo e misura convergano nel fomentare o consolidare propensioni populistico-giudiziarie?

5.1. Quanto innanzitutto ai fattori di condizionamento a carattere politico generale, sembra scontato che un forte antidoto al populismo giudiziario è costituito dalla capacità della politica partitica di rinnovare se stessa in profondità, in modo da riacquistare legittimazione, reputazione morale e funzione orientativa per i cittadini. Una politica in grave crisi, come l'esperienza italiana dell'ultimo ventennio dimostra, sollecita protagonismi giudiziari più o meno intrisi di populismo per varie ragioni. Tra queste, richiamerei non solo la tentazione di alcune star mediatiche della magistratura d'accusa di farsi attrarre (divenendone talvolta persino 'capi') nell'ambito di movimenti di nuova politica avversi ai vecchi partiti. È un fatto che, al di là del fronte della neo-politica antipartitica, è stata la progressiva perdita d'identità e di forza della stessa sinistra politica tradizionale (nelle diverse mutazioni che, in particolare, un grande partito come il Pci ha vissuto trasformandosi prima in Pds, poi in Ds e infine in Pd) a contribuire alla crescita di peso e di soggettività politica del potere giudiziario. Il perché è intuibile. Per un verso, l'ex par-

tito della classe operaia, nel puntare ad un'evoluzione modernizzatrice, ha finito con lo smarrire l'attitudine ad affrontare i problemi della società guardando alle loro radici profonde di ordine economico-sociale e politico-culturale: rimuovendo l'investigazione delle cause prime e rinunciando alla progettazione di riforme di grande respiro, si è preferito ripiegare di fatto su di una sostanziale delega alla giustizia penale del compito di gestire gravi emergenze come il terrorismo e la criminalità mafiosa. Da qui un forte sostegno politico all'azione repressiva della magistratura, che ha però finito nel contempo con lo stimolare o assecondare, negli iscritti e simpatizzanti, atteggiamenti intensamente giustizialisti improntati a una sorta di intransigente moralismo 'manettaro'. Insomma, è come se, venuto meno il vecchio massimalismo rivoluzionario, il permanere – nonostante tutto – di pulsioni estremiste trovasse un nuovo sfogo nella assunzione del giudizio penale a metro di tutte le cose e a rimedio universale. Un estremismo giudiziario, questo, che oltretutto non può non tradire – questo è opportuno esplicitarlo – la risalente mancanza, nella sinistra ex-comunista, di una autentica cultura (liberale!) delle garanzie. Ecco che delega alla giustizia penale, scarsa cultura liberale e moralismo giudiziario si sono, così, tradotti in una miscela che ha non poco concorso – appunto – a porre i magistrati sul trono o, comunque, in un rapporto di non infrequente supremazia rispetto ad altri poteri.

Senonché, l'esperienza dell'ultimo ventennio dovrebbe avere insegnato che la magistratura penale non è l'istituzione più adatta a promuovere un rinnovamento politico autentico e di lunga durata; e continuare a coltivare una simile illusione sarebbe esiziale, in primo luogo per le stesse forze politiche (non soltanto di sinistra) che aspirano a rinnovarsi e a riguadagnare il terreno perduto. Così stando le cose, sarebbe il momento di dire finalmente basta a deleghe, più o meno interessate o strumentali, al potere giudiziario: il problema di prevenire la corruzione politico-amministrativa o le collusioni mafiose dovrebbe tornare ad essere un problema di competenza, innanzitutto, della politica.

5.2. Che il favore della pubblica opinione funga da fattore di incoraggiamento o di forte sostegno per una magistratura impegnata in processi difficili per reati che coinvolgono le classi dirigenti, è fuori discussione. Ciononostante, vi è un problema di limiti sul doppio versante della gente che fornisce il suo appoggio e dei magistrati che ne sono destinatari. Se il sostegno popolare diventa fideistico o fanatico, perché alimentato soprattutto da bisogni irrazionali di vendetta e da sentimenti di rivalsa, oltre a venir meno la funzione critica della pubblica opinione sul modo di operare della giustizia penale, a riproporsi è la pericolosa tendenza a trasformare i magistrati in apostoli salvifici o in tribuni del popolo investiti di funzioni politicamente tutorie. Ma, anche a prescindere dal rischio delle tentazioni populiste, il magistrato che cedesse alla debolezza di assumere il consenso sociale a suo esclu-

sivo o principale criterio-guida, tradirebbe la sua funzione in ogni caso. È questo un punto cruciale, che la lucida intelligenza di Leonardo Sciascia illumina così: « [...] quando uno sceglie la professione di giudicare i propri simili, deve pur rassegnarsi al paradosso – doloroso per quanto sia – che non si può essere giudice tenendo conto dell'opinione pubblica, ma nemmeno non tenendone conto»⁴¹. Non si potrebbe esprimere lo stesso concetto in forma migliore.

Ma le modalità reattive della pubblica opinione sono, come sappiamo, filtrate e per ciò stesso influenzate o manipolate dal sistema mediatico. E sappiamo pure che a creare la figura del magistrato-star non concorre solo la potente azione di sostegno dei giornali e soprattutto della televisione; ha un ruolo non meno importante l'abilità personale del magistrato in questione nello strumentalizzare i media per accrescere la sua visibilità e popolarità. Com'è noto, si instaura molto spesso, tra il magistrato sensibile alla pubblicità e il giornalista compiacente o amico, un rapporto di complice vicinanza ispirato alla logica della reciprocità dei favori (è frequentissimo, ad esempio, lo scambio del risalto mediatico dato all'indagine o alla persona del pubblico ministero che ne è titolare con l'acquisizione di informazioni segrete o di testi di intercettazioni da divulgare ecc.). Ma non si tratta soltanto di questo. Al di là dei favori grandi o piccoli che i singoli protagonisti del sinallagma possono di volta in volta ricavarne, l'enfaticizzazione mediatica delle indagini e dei processi ha infatti come causa rilevante una discutibile logica di funzionamento dei media che, purtroppo, è andata prendendo sempre più piede nel corso degli anni. Venuto cioè progressivamente meno il vero giornalismo d'inchiesta, insieme con l'interesse (o la disponibilità) ad impegnarsi in una autonoma presa di conoscenza della realtà, gli attori del sistema mediatico scelgono spesso la comoda scorciatoia di fare da megafono o grancassa al lavoro dei magistrati. In questo modo, anziché svolgere funzioni di analisi e controllo critico in nome della pubblica opinione, sfruttano gli aspetti più sensazionali delle vicende giudiziarie, danno per dimostrati crimini e colpe ancora da provare e, non di rado, drammatizzano persino giocando al rialzo. Se un simile andazzo dovesse continuare a caratterizzare il mercato mediatico, senza che si riesca a promuovere auspicabili inversioni di tendenza, il populismo giudiziario potrebbe continuare in futuro a ricevere alimento dalla interessata complicità di stampa e televisione.

5.3. Un lungo spazio di riflessione sarebbe, a questo punto, necessario per portare il discorso sul versante della cultura giudiziaria e della concezione che i magistrati di punta, soggetti alla tentazione del protagonismo politico-mediatico, hanno del loro ruolo. È, questo, un profilo di rilievo decisivo, che è tornato ad imporsi all'attenzione pubblica in occasione dell'ancora recente avventura politica (sfocia-

⁴¹ SCIASCIA, *A futura memoria*, cit., 80.

ta, infine, in un insuccesso elettorale) di un noto pubblico ministero come Antonio Ingroia: passato, quasi senza soluzione di continuità, dal ruolo di protagonista mediaticamente molto sovra-esposto del processo sulla trattativa Stato-mafia a quello di leader di un nuovo movimento di opposizione, e in questa veste candidatosi addirittura a potenziale premier (iper-populista!) di uno schieramento alternativo ‘di sinistra’ in occasione della tornata elettorale del febbraio 2013⁴².

Com’è evidente, queste forme di sovrapposizione di ruoli dall’impatto confusivo non giovano alla credibilità della giurisdizione perché provocano disorientamento collettivo e sfiducia istituzionale. E che un Ingroia abbia finito col riproporre, a circa vent’anni di distanza, modelli spregiudicati di comportamento à la Di Pietro è sintomo di una sorta di coazione a ripetere che non può non preoccupare, perché – direi – cade fuori tempo massimo. Sembra infatti da escludere che dobbiamo aspettarci, in un prossimo futuro, nuove rivoluzioni giudiziarie del tipo di Tangentopoli o nuovi eclatanti processi su mafia e politica come quello su Giulio Andreotti. Il contesto storico-politico è molto mutato da allora ad oggi e, comunque, la storia non si ripete. Ma il punto su cui richiamare l’attenzione è questo: nonostante la storia ammetta difficilmente repliche in fotocopia, continua a essere radicata nei magistrati di orientamento attivistico-combattente una concezione di ruolo che attribuisce alla giurisdizione penale un controllo di legalità concepito in maniera assai estensiva: cioè anche come tutela della buona politica e come promozione della moralità pubblica. Questo atteggiamento tutorio e moraleggiante è, verosimilmente, destinato a perdurare come ideologia di ruolo anche a prescindere dalle concrete dinamiche e dall’evoluzione del contingente quadro politico di riferimento. Così forse non basterà neppure il definitivo tramonto di un berlusconismo anti-giudici per far sì che una certa magistratura politicamente antagonista accetti l’idea che la giustizia penale non ha come compito primario di processare la storia o la politica, né di promuovere il rinnovamento politico e la rigenerazione morale di un paese.

Se diagnosi e previsioni di questo tipo hanno un fondamento, un problema come quello della cultura giudiziaria e della connessa concezione di ruolo (o, al plurale, delle culture giudiziarie e delle connesse culture di ruolo) manifesta tutta la sua ineludibile centralità. E bisognerebbe una buona volta affrontarlo nel dibattito pubblico generale, facendolo uscire dai chiusi recinti delle correnti della magistratura, con un’attenzione e un livello di approfondimento critico quale nel corso degli ultimi anni non si è mai raggiunto; non ultimo, a causa delle pregiudiziali e aggressive contrapposizioni, provocate dai sistematici attacchi berlusconiani al potere giu-

⁴² Sia consentito rinviare, più diffusamente, a FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, cit., 82 ss.; ID., *Lo sguardo del giurista*, in FIANDACA, LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, cit., 126 ss.

diziario e da un giustizialismo non sempre soltanto reattivo, tra le due tifoserie anti-giudici e pro-giudici.

Quest'esigenza di ripensamento critico riguarda anche la cultura giudiziaria espressa da Magistratura democratica, che pure si è tradizionalmente distinta come il gruppo associativo più capace di elaborazione culturale ad alto livello. Pur avendo personalmente guardato con prevalente favore e interesse agli orientamenti espressi lungo gli anni da Md, è nondimeno mia convinzione che alcuni potenziali germi di populismo giudiziario abbiano trovato un terreno di coltura propizio anche al suo interno. Cosa che non dovrebbe peraltro stupire, se si considera – come è stato ben rilevato – che «un po' di populismo, senza neanche cercarlo troppo, si può trovarlo dappertutto»⁴³, per cui una scelta di campo a sinistra di per sé non è certo un antidoto sufficiente. E non lo è perché è determinante il modo di declinare e vivere una tale scelta. Così, azzarderei che non era forse priva di qualche inclinazione populista la tendenza di alcuni giudici di fede marxista, facenti parte di uno dei nuclei originari di Md, a condannare in via pregiudiziale al minimo della pena gli imputati di delitti contro il patrimonio, muovendo dal presupposto del carattere classista e discriminatorio del diritto penale⁴⁴: a determinare il trattamento punitivo era così, piuttosto che una logica interna alla commisurazione giudiziale della pena, una scelta ideologica a favore degli imputati appartenenti al ceto popolare emarginato ed oppresso. Mentre, in tempi più recenti, venature populiste possono verosimilmente essere colte in quei magistrati di Md che, ad esempio, concepiscono l'impegno giudiziario contro la criminalità organizzata come una sorta di servizio che include funzioni divulgativo-pedagogiche volte a informare, educare ed orientare la gente del popolo nei luoghi di lavoro, nelle scuole, nelle associazioni di volontariato, nelle famiglie⁴⁵. A ben vedere, infatti, è sempre incombente il rischio che l'attività *lato sensu* pedagogica del magistrato, pur se svolta a fin di bene, lo trasformi agli occhi della gente meno avvertita in una sorta di garante o difensore del popolo contro gli abusi del potere e dei potenti, con conseguente riemersione di perniciose sembianze populiste. Se così è, gli appartenenti a una corrente a tutt'oggi sensibile ai bisogni dei ceti più deboli, quale Md, dovrebbero a mio giudizio rivisitare criticamente le modalità di traduzione in pratica, nel momento presente, di un ideale di magistrato vicino alla gente; e ciò proprio per prevenire nel pubblico esterno la possibile impressione che quella di giudice sia una funzione ibrida, vale a dire inclusiva di una qualche soggettività politica oltre che di una missione etico-pedagogica.

⁴³ MASTROPAOLO, *op. cit.*, 75.

⁴⁴ Cfr. in proposito l'esperienza riferita, senza alcuna ipocrisia, da MISIANI, *La toga rossa. Storia di un giudice*, Milano, 1998.

⁴⁵ Per una simile concezione di ruolo v., ad esempio, MOROSINI, *Attentato alla giustizia. Magistrati, mafie e impunità*, Soveria Mannelli, 2011, 258 ss..

Ma il discorso ha anche una portata più generale, che investe l'intera magistratura, a prescindere cioè da questa o quella sua corrente. Come ha ben messo in evidenza Luigi Ferrajoli, i fenomeni di cresciuta esposizione politico-mediatica cui si è andato assistendo sollecitano la «ridefinizione di una deontologia giudiziaria» idonea a rilegittimare i magistrati come garanti autentici della divisione dei poteri e dei diritti fondamentali dei cittadini⁴⁶. E, a questo scopo, occorre rimeditare seriamente il problema delle forme e dei limiti in cui il magistrato è legittimato a esternare in pubblico il suo pensiero, o a prendere posizione critica su proposte di legge di matrice politica o a parlare di indagini e processi in corso. In proposito, non si può certo dire che il Csm, l'Anm o gli stessi capi degli uffici si siano finora distinti – al di là di decaloghi scritti rimasti spesso cartacei – per la capacità di esercitare una reale funzione di orientamento e di controllo (anche sul piano disciplinare). È complessivamente prevalsa la preoccupazione (non immune da punte di egoismo corporativo!) di privilegiare comunque la libertà di espressione del magistrato, non di rado ricorrendosi all'argomento ipocrita che il magistrato innanzitutto come 'cittadino' ha la libertà di dire ciò che pensa. In realtà, non è così. Ma è anche vero che la stessa ridefinizione di un codice deontologico all'altezza delle sfide del tempo presente presuppone, a sua volta, il riferimento a un modello di magistrato da privilegiare. Ed è a questo punto che la questione mostra tutta la sua complessità. Infatti, come è stato giustamente osservato, l'aspetto deontologico finisce col diventare pur sempre il riflesso di un nodo politico-culturale che sta a monte: quale ruolo, oggi, per la giurisdizione e la magistratura? Il vero problema deriva, verosimilmente, dal fatto che attualmente mancano idee forti o punti di riferimento univoci idonei a orientare il dibattito interno ed esterno all'ordine giudiziario⁴⁷.

Ma è auspicabile che ad una rinnovata discussione pubblica sul ruolo odierno della magistratura partecipino, con un impegno maggiore di quello manifestato finora, anche gli avvocati e i giuristi di matrice accademica. L'attuazione del diritto è infatti un'impresa collettiva, e nessuno dei protagonisti di quest'impresa dovrebbe avere – almeno in teoria – un ruolo nettamente prevalente. Solo che, come sappiamo, è di fatto accaduto che nel corso degli anni gli esponenti sia del mondo universitario, sia di quello professionale, sono andati perdendo capacità di interlocuzione e di orientamento. Ma ciò è accaduto non soltanto a causa del ruolo predominante che il potere giudiziario ha finito con l'assumere: della loro progressiva emarginazione dal dibattito pubblico e dai circuiti della produzione politico-legislativa sono responsabili anche gli avvocati e i professori. Una rivisitazione critica dei rispettivi

⁴⁶ FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in *Questione giustizia*, 2012, n. 6, 75.

⁴⁷ Cfr. PEPINO, *Antonio Ingròia, i magistrati, la politica*, in *Questione giustizia*, 2013, n. 1, 21 ss., 34.

ruoli, anche in forma di esame di coscienza, sarebbe non meno necessaria di quella che dovrebbero fare i magistrati.

5.4. Un ulteriore fattore da prendere in considerazione, che per solito invero sfugge all'attenzione, è costituito dalla cultura giuridica dei cittadini. Non sono certo il primo a rilevare che la gran parte delle persone, anche se appartenenti agli strati più colti della popolazione, non hanno le idee molto chiare non solo sui principi fondamentali della responsabilità penale, ma neppure sulle implicazioni derivanti dal principio costituzionale della divisione dei poteri e, tanto meno, sul fatto che l'applicazione delle leggi ai casi concreti comporta non di rado scelte tra più soluzioni possibili egualmente legittime in punto di diritto. Questa ignoranza giuridica di fondo contribuisce, dal canto suo, sia a considerare 'giusta' anche in diritto la soluzione più conforme ad aspettative di ordine politico o morale; sia – come mi è capitato di constatare personalmente frequentando persone facenti parte di associazioni antimafia – a considerare normale, anzi (politicamente e moralmente) meritorio che ad esempio un pubblico ministero occupi la scena pubblica atteggiandosi a tribuno del popolo. Così stando le cose, si comprende meglio come mai le contrapposte tifoserie pro-giudici e anti-giudici abbiano potuto prendere il piede che hanno preso, alimentate più da simpatie politiche preconcepite che non da argomenti ancorati a ragioni giuridiche. Una esemplificazione recente, ed emblematica, di questa sovrapposizione o confusione tra politica, morale e diritto è senz'altro rinvenibile nell'aggressivo dibattito sviluppatosi intorno all'applicabilità a Berlusconi della cosiddetta legge Severino: la stessa possibilità di distinguere tra politica e diritto è stata fortemente messa in crisi, non a caso, da un orientamento largamente maggioritario incline a criticare come pregiudizialmente strumentali o pretestuosi, in quanto asserviti alla ragione politica, i dubbi di costituzionalità manifestati anche da alcuni giuristi del fronte progressista. Ciò fino al punto che un costituzionalista insospettabile di partigianeria si è sentito, giustamente, in dovere di ammonire che la ragione giuridica, se esiste come tale, deve valere senza eccezioni: «Il giurista, quando parla da giurista – e pretende quindi di far valere il suo sapere – [...] non deve rinunciare alla scommessa che il discorso giuridico sia in qualche modo orientato alla ricerca della 'verità'. Dal punto di vista della sua deontologia personale non è possibile – ed è bene che sia così, nell'interesse di tutti – che il giurista faccia tacere il suo dubbio per il timore di indebolire il realizzarsi di un proprio desiderio politico, per nobile che sia»⁴⁸.

Affinché il cittadino medio possa meglio comprendere l'esigenza, per una democrazia liberale, da un lato, di evitare improprie commistioni tra politica e diritto;

⁴⁸ Così, DOGLIANI, *La ragione giuridica uguale per tutti*, nel *Corriere della sera* del 30 agosto 2013.

dall'altro, e a maggior ragione, di prevenire fenomeni di vistoso populismo giudiziario, che finiscono con l'exasperare in misura intollerabile l'interferenza tra ruolo giudiziario e ruolo politico, una condizione sembrerebbe dunque necessaria: occorrerebbe cioè fare in modo di elevare l'educazione giuridico-costituzionale della gente comune. Come? Da professore non più giovanissimo, ho maturato da tempo il convincimento che le università dovrebbero farsi carico di rendere obbligatorio per tutti gli studenti di primo anno – a prescindere dallo specifico indirizzo di studi prescelto – l'insegnamento di una disciplina incentrata sui principi di fondo della Costituzione e sui principi basilari dell'ordinamento giuridico, inclusi – e non ultimi – quelli che hanno a che fare con la responsabilità penale. Antidoto efficace o misura illusoria (ammesso che sia possibile introdurla)? Forse, varrebbe la pena di discuterne.