

## ***La giustizia in Italia: riflessioni tra storia ed attualità***

### *1. I principi costituzionali in materia di giustizia: la loro progressiva attuazione e i segnali di arretramento*

Uno dei tratti caratterizzanti dell'ultimo quindicennio della storia italiana è costituito dalla centralità della "questione giustizia" nell'ambito del dibattito politico. Nulla di strano, dal momento che viviamo in un paese in cui, come ci viene spiegato in occasione di ogni inaugurazione di anno giudiziario e come risulta da documenti periodicamente redatti dalla Commissione del Consiglio d'Europa per l'efficienza nella giustizia (CEPEJ), i livelli di efficienza del sistema giudiziario sono bassissimi. Carenza e cattivo utilizzo delle risorse materiali, irrazionale distribuzione sul territorio delle sedi giudiziarie, mancanza di efficaci dispositivi processuali mediante i quali dirottare verso canali di risoluzione extra-giudiziaria una parte delle controversie, certamente anche inerzie e carenze interne allo stesso corpo giudiziario concorrono a produrre un quadro disastroso, che mina la fiducia dei cittadini nella capacità dello Stato di svolgere efficacemente una delle proprie funzioni fondamentali. Il principio supremo enunciato dall'art. 24 Cost., secondo il quale «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», rischia di ridursi, per molti versi, a mera enunciazione solenne di un auspicio, in mancanza di condizioni che assicurino allo stesso concreta effettività attraverso un corretto ed efficace funzionamento del sistema giudiziario. In tal senso opera soprattutto la durata abnorme dei processi, fenomeno cui non si è finora riusciti a rimediare efficacemente e che si pone in palese contraddizione con le fondamentali esigenze sottese all'affermazione del principio della "ragionevole durata" del processo (art. 111 Cost., art. 6 CEDU e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Non è su questi problemi che si è, però, principalmente concentrata l'attenzione della classe politica. L'accento è stato posto sui profili generali dell'organizzazione giudiziaria e, dunque, sulla definizione della posizione ordinamentale dei magistrati. Anche le questioni attinenti alla disciplina processualistica, soprattutto nel delicatissimo ambito della giustizia penale, sono state molto spesso affrontate in vista non tanto della predisposizione di soluzioni per le questioni sopra accennate, quanto della ridefinizione dei rapporti di forza tra organi interni alla magistratura e tra potere giudiziario ed altri poteri. La stessa questione dell'(in)efficienza del servizio è stata spesso esaminata e discussa al prevalente scopo – ci pare di poter dire – di individuare giustificazioni per campagne politiche ed interventi normativi, ispirati dalla volontà di mettere in discussione punti qualificanti e lo spirito complessivo della vigente legislazione sull'ordinamento giudiziario.

Il punto di partenza di queste nostre riflessioni è costituito dalla constatazione di un fatto incontestabile: l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 ha segnato in Italia un momento di decisiva svolta rispetto al passato, sia sul piano della definizione della natura della funzione giurisdizionale sia su quello della organizzazione giudiziaria, profili peraltro tra loro strettamente interconnessi (come efficacemente spiegato da Roberto Romboli)<sup>1</sup>.

Dal primo punto di vista, la stessa esistenza di una costituzione che pone limiti all'esercizio del potere legislativo conforma diversamente la relazione tra il giudice e la legge. Alla soggezione degli organi giurisdizionali alla legge si sovrappone quella alla Costituzione (e, nel nostro caso ad una costituzione che dà grande rilievo alla tutela dei diritti delle persone), nella quale si reperisce anche il fondamento per limitazioni che al legislatore derivano dalla vigenza di norme di diritto internazionale e comunitario. Un giudice cui compete interpretare la legge in conformità con la Costituzione e con atti di diritto comunitario e internazionale è chiamato di fatto a concorrere alla determinazione dei contenuti di un ordinamento non più immaginabile come staticamente compiuto e preesistente rispetto al momento interpretativo<sup>2</sup>. Gli sono pertanto richieste qualità ben diverse da quelle tipiche del giudice-burocrate prefigurato dal formalismo positivista costituente l'ideologia alla base dell'ordinamento giudiziario nell'impianto delineato dal r. d. 30 gennaio 1941, n. 12 (c.d. decreto Grandi), assicurabili solamente attraverso efficaci garanzie di indipendenza "interna" ed "esterna" dei singoli giudici e di autonomia della magistratura.

<sup>1</sup> R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 16*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 63 ss., reperibile anche in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>2</sup> In questo senso, chiaramente, tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 2000, in partic. p. 100-103.

Dal secondo punto di vista, la Carta del '48 contiene varie disposizioni finalizzate proprio ad assicurare che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali possa avvenire al riparo da condizionamenti provenienti tanto dall'esterno quanto dall'interno dell'ordine giudiziario. È noto, infatti, come il decreto Grandi delineasse per i magistrati, tanto requirenti che giudicanti, uno *status* non molto diverso da quello degli altri funzionari amministrativi, coerentemente, peraltro, con l'impostazione propria dello Statuto Albertino, il cui art. 68 statuiva che «la Giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai Giudici che egli istituisce». Sulla base della idea, o dovremmo meglio dire dell'ideologia, del giudice “bocca della legge”, si era proceduto a recepire il “modello francese” di ordinamento giudiziario, nell'ambito del quale è assegnato al Governo, ed *in primis* al Ministro della giustizia, un relevantissimo potere di controllo, organizzativo e disciplinare, sulla magistratura. Un potere che il Ministro della giustizia italiano, ai sensi del decreto Grandi, esercitava sia direttamente, assumendo decisioni amministrative incidenti sullo *status* dei magistrati, sia indirettamente, attraverso il conferimento degli incarichi direttivi e quelle, tra i giudici di Cassazione, dei componenti delle commissioni di concorso chiamate a decidere circa le promozioni agli uffici superiori. Fortemente ridotta risultava, dunque, oltre all'indipendenza esterna (ovvero nei confronti degli organi politici) dei magistrati, anche la loro indipendenza interna (ovvero nei confronti di altri organi giurisdizionali), essendo, in particolare, fortissima l'influenza esercitata dai magistrati di Cassazione su tutto il sistema giudiziario.

Si poteva, dunque, ben parlare, a proposito dell'ordinamento giudiziario pre-costituzionale, di un apparato normativo che, assegnando al giudice il ruolo di meccanico applicatore della legge, collocato ad una distanza siderale dalla società e dai suoi conflitti, vedeva nella sua dipendenza dagli organi politici non un ostacolo insuperabile al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, bensì, tutto al contrario, la migliore garanzia di una formalistica aderenza dei risultati dell'attività interpretativa/applicativa alla volontà sovrana del legislatore. Nella pratica, la dipendenza burocratico-organizzativa dei magistrati dall'esecutivo ed il controllo direttamente o indirettamente esercitato da questo sullo sviluppo della loro carriera tendeva a dare vita ad un corpo giudiziario composto di individui prони ai desiderata del potere politico e preoccupati prevalentemente di creare i presupposti di successive promozioni, emettendo decisioni i cui contenuti potessero ben impressionare i giudici di Cassazione, tra i quali sarebbero stati scelti i membri delle commissioni giudicatrici dei concorsi. È evidente che un sistema giudiziario così congegnato non fosse in grado di assicurare “elevate prestazioni” in termini di garanzia dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e tendesse oggettivamente, nel suo complesso, ad assecondare le logiche di fondo di uno Stato che, anche prima ed al di là della deformazione in senso autoritario impressa dal regime fascista, non poteva qualificarsi come pienamente democratico.

Tra le previsioni che la Costituzione introduce in vista della delineazione di una diversa posizione costituzionale per gli organi giurisdizionali, accanto a quella della istituzione di un Consiglio superiore della magistratura, composto per due terzi da magistrati, abilitato ad esercitare rispetto agli appartenenti all'ordine giudiziario funzioni amministrative e disciplinari in precedenza esercitate o fortemente influenzate dal Ministro della giustizia (artt. 104, 105 e 107, comma 1, Cost.), possiamo ricordare: l'art. 101, comma 2, secondo cui «i giudici sono soggetti *soltanto* alla legge», e quindi indipendenti, nell'esercizio delle loro funzioni, da ogni altra autorità; gli artt. 25, comma 1, Cost., sulla precostituzione del giudice per legge, e 107, comma 3, Cost., secondo il quale «i magistrati si distinguono fra loro *soltanto* per diversità di funzioni», che garantiscono specificamente l'indipendenza interna dei magistrati (tanto giudicanti che requirenti); l'art. 109, il quale pone la polizia giudiziaria alle dipendenze dell'autorità giudiziaria (e precipuamente del pubblico ministero); l'art. 112, che stabilisce il principio per cui «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale», garantendo, al tempo stesso, l'indipendenza funzionale dell'organo requirente e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla giurisdizione. Al Ministro della giustizia la Costituzione conferisce, oltre alla «facoltà di promuovere l'azione disciplinare» (art. 107, comma 2, Cost.), le attribuzioni relative a «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia», lasciandogli, quindi, funzioni che non gli consentono di interferire nell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Per accennare solamente, trattandosi di vicende ben note, alle principali tappe del cammino di attuazione di tali principi, bisogna citare la concreta attivazione del CSM, con una legge del 1958, oggetto di varie successive modifiche e di interventi demolitori della Corte costituzionale, e la modifica, a cavallo tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, della disciplina relativa alla struttura interna dell'ordine giudiziario ed alla “carriera” dei magistrati. Con riguardo a tale secondo aspetto, si provvide ad abolire il sistema delle promozioni mediante concorsi, cui venne sostituito un sistema c.d. “a ruoli aperti”, in base al quale gli avanzamenti, ed i relativi adeguamenti del trattamento economico, avvenivano una volta maturati i requisiti necessari, ovvero quasi esclusivamente l'anzianità, a prescindere dalla presenza o meno di posti scoperti nei quali essere collocati. In questo modo, i magistrati sono stati liberati dai condizionamenti connessi alla

vigenza del sistema basato sui concorsi, ma si deve, d'altro canto, ammettere che il CSM non è stato in grado di individuare elementi di valutazione tali da consentire un'adeguata valutazione della professionalità. Per quel che concerne il pubblico ministero, di cui già il r.d.lgs. n. 511/1946 aveva sancito l'indipendenza dal Governo, oltre ad una sostanziale parificazione con gli organi giudicanti sotto il profilo dell'indipendenza esterna, era stato seguito fino a pochi anni fa un percorso di progressivo rafforzamento dell'indipendenza dei sostituti procuratori rispetto ai procuratori nell'assunzione delle determinazioni riguardanti l'esercizio dell'azione penale (sull'evoluzione della legislazione in tema di ordinamento giudiziario nella storia repubblicana, è sufficiente qui rinviare alla lettura dei numerosi scritti, tra gli altri, di S. Bartole, A. Pizzorusso, V. Zagrebelsky).

In questo modo, si è riusciti a mutare progressivamente il volto del sistema giudiziario, creando le condizioni per una più diffusa e penetrante estensione del controllo sulla rilevanza penale dei comportamenti a territori in precedenza poco frequentati o frequentati con scarso successo dagli organi della giurisdizione. Possiamo riferirci, per fare degli esempi, alla difficilissima azione di contrasto nei confronti della criminalità organizzata, alle indagini ed ai processi che hanno tentato di fare luce su omicidi, stragi ed altri fatti che hanno segnato una lunga stagione della vita sociale del nostro paese e anche, naturalmente, alle inchieste giudiziarie dell'inizio degli anni '90 sulla c.d. "Tangentopoli".

L'apprezzabile evoluzione della normativa relativa all'ordinamento giudiziario non ha peraltro consentito di realizzare tutte le finalità prefigurate dalla Carta costituzionale. Si deve constatare come sia tuttora lungi dall'essere realizzato l'obiettivo di una giustizia effettivamente eguale per tutti.

Da una parte, bisogna fare riferimento alle difficoltà incontrate dai soggetti socialmente più svantaggiati ad accedere ad un'adeguata difesa in giudizio e, più in generale, a rapportarsi con la macchina della giustizia. Le stesse carenze e disfunzionalità organizzative e processuali che producono il risultato di un durata abnorme dei processi, pur ovviamente ledendo la capacità del sistema giudiziario complessivamente considerato di adempiere efficacemente il proprio ruolo, colpiscono in maniera più accentuata, specialmente in ambito penale, coloro che hanno minori possibilità di sfruttare a proprio vantaggio inefficienze e lungaggini, che concorrono a rendere molto frequente il maturare della prescrizione dei reati prima dell'emissione di una sentenza definitiva. Alcune proposte recentemente sottoposte all'attenzione delle Camere paiono, come vedremo, andare purtroppo proprio nel senso di introdurre norme processuali in grado di "offrire una sponda" a strategie finalizzate a salvare (una parte de) gli imputati dal processo, piuttosto che a difenderli nel processo.

Dall'altra, rilevano gli aspetti, esterni rispetto al sistema giudiziario strettamente inteso, concernenti, per esempio, la condizione carceraria, contraddistinta, oltre che da tutti i gravi problemi connessi con il sovraffollamento, da un inadeguato livello di effettiva tutela del diritto dei detenuti a non essere oggetto di comportamenti violenti o comunque abusivi tenuti da soggetti responsabili della loro custodia e di diritti fondamentali quali, su tutti, il diritto alla salute<sup>3</sup>. Per quanto non ancora chiariti nei loro vari risvolti, parlano emblematicamente in tal senso, per citare i più noti tra i tanti segnalati dalle organizzazioni che si occupano di diritti dei detenuti<sup>4</sup>, i recenti casi della morte di Stefano Cucchi e del suicidio in carcere di Diana Blefari<sup>5</sup>.

Molto restava (e resta), dunque, da fare sulla strada della realizzazione, in materia di giustizia, dei principi ispiratori di una democrazia costituzionale quale quella disegnata dalla Carta del '48. A fronte di ciò, i tempi più recenti hanno portato, nel nostro paese, una novità non certo positiva. Dopo decenni in cui l'evoluzione della normativa relativa all'organizzazione ed al funzionamento della giustizia aveva accompagnato e dato sostanza allo sviluppo democratico del paese, pur tra le mille concrete resistenze e difficoltà che tutti conosciamo, l'ultimo quindicennio è stato contraddistinto da quella che potremmo senz'altro definire una

---

<sup>3</sup> Limpida nel richiamare i principi costituzionali posti a garanzia della dignità e dei diritti dei detenuti è stata la Consulta nella sentenza n. 26/1999. Non si può d'altronde qui trascurare di ricordare come l'Italia non abbia ancora dato piena attuazione agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, non essendo stato, in particolare, introdotta nel nostro ordinamento la previsione del reato di tortura.

<sup>4</sup> Il riferimento è, tra le altre, all'associazione Antigone, che, oltre ad un'attività di sensibilizzazione nei confronti di tali tematiche, svolge una meritoria opera di monitoraggio della situazione dell'universo carcerario, curando, tra l'altro, la pubblicazione di un rapporto periodico sulle condizioni di detenzione in Italia (il sesto rapporto intitolato *Oltre il tollerabile* è stato pubblicato nel 2009 per le Edizioni l'Harmattan).

<sup>5</sup> Con riguardo al primo caso, nel corso delle prime indagini della magistratura stanno emergendo indizi che parrebbero collegare il decesso a violenze subite dal detenuto ad opera di personale responsabile della sua custodia. Con riguardo al secondo, non appare fuori luogo chiedersi se sia stata prestata l'attenzione e la cura dovuta ad una persona di cui erano note le precarie condizioni psicologiche. L'art. 13, comma 4, Cost., secondo cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», e l'art. 32, comma 1, Cost., il quale stabilisce che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo», dettano principi che, nei due casi appena citati, parrebbero essere stati violati o non pienamente attuati.

svolta. Ci riferiamo al ricorrente ed esplicito richiamo del principio democratico, o meglio del fatto della “diretta” investitura popolare di una maggioranza o di un leader politico, in chiave per così dire anti-giudiziaria. Da parte degli “eletti dal popolo”, e soprattutto da parte di alcuni di essi, è – spudoratamente potremmo dire – avanzata la pretesa di essere posti al riparo dal controllo di legalità e, per altro verso, da non gradite interpretazioni giurisdizionali di atti normativi. Non di dotte discussioni circa il significato e la portata giuridici di istituti riconducibili nell’alveo delle immunità costituzionali o sulla questione dei metodi interpretativi si tratta, bensì della chiara affermazione di un primato della politica inteso come libertà da freni e controlli: quanto di più distante, evidentemente, dalle idee di un costituzionalismo democratico che nei limiti giuridici (a garanzia in primo luogo dei diritti delle persone) vede non solo un confine esterno per il potere, ma, prima ancora, parte integrante della stessa sostanza di una genuina democrazia.

Anche su un altro versante il riferimento alla volontà popolare o al consenso dei cittadini viene a costituire il fondamento di scelte che raggiungono il risultato di sfigurare la democrazia e di alimentare l’idea (che trova poi concretizzazioni normative) di una legalità che divorzia dai diritti e dalle garanzie, vedendosi così privata della sua linfa vitale. La retorica securitaria, infatti, agitata contro stranieri e marginali, tende sempre più massicciamente a conferire al sistema giudiziario il compito di applicare disposizioni, quali per esempio quelle contenute nelle più recenti normative sulla droga e sull’immigrazione, tanto ideologicamente caratterizzate quanto inefficaci al raggiungimento degli stessi scopi “pratici” perseguiti (gli scopi ideologici e propagandistici sono raggiunti mediante il fatto medesimo della loro approvazione). Si richiedono allo stesso più che prestazioni di giustizia, prestazioni di difesa contro nemici in gran parte mediaticamente costruiti e contro le insidie che alle posizioni dei forti (o degli un po’ più forti) verrebbero dai soggetti socialmente ed economicamente più deboli.

Torneremo più avanti a riflettere sulle questioni appena evocate. È il caso però di concentrare prima l’attenzione sugli sviluppi che nell’ultimo quindicennio hanno caratterizzato l’approccio alle tematiche concernenti il sistema giudiziario ed il ruolo dei magistrati nel dibattito pubblico. A tal fine, si deve – ci pare – necessariamente prendere le mosse dalla considerazione delle reazioni suscitate dalle succitate inchieste milanesi.

## *2. La “svolta” dell’inizio degli anni ’90 e gli sviluppi successivi: la magistratura dall’altare nella polvere*

Osservando la realtà con sguardo oggettivo, le inchieste sulla Tangentopoli milanese furono un complesso di indagini contraddistinte dalla sola peculiarità di avere ad oggetto fatti commessi da uomini politici, nel quadro di relazioni intrattenute prevalentemente con imprenditori o con altri politici. La scoperta delle tracce di una corruzione così diffusa e pervasiva da apparire eretta a modalità “normale” di gestione della cosa pubblica inferse un duro colpo alla credibilità della classe politica e svolse un ruolo determinante nel far esplodere la crisi di un sistema partitico, che è uscito rivoluzionato dal passaggio per quella fase della nostra storia recente.

La magistratura, in particolare quella requirente, divenne, agli occhi dell’opinione pubblica, l’istituzione da cui ci si attendeva non solo il perseguimento e la punizione dei responsabili di singoli fatti criminosi, bensì la conduzione, in un certo senso, di una generale azione di risanamento morale della politica italiana e delle sue relazioni con la società, compito che esorbita dalle possibilità e, soprattutto, dalle funzioni correttamente intese degli organi giurisdizionali. Si tratta di un compito che esorbita dalle possibilità e dalle funzioni correttamente intese degli organi giurisdizionali, chiamati ad intervenire in riferimento a singoli fatti addebitabili a singoli individui, al fine di valutarne la rilevanza penale. Su un piano diverso dovrebbero essere affrontati e, se possibile, risolti, tenendo naturalmente conto, tra gli altri, anche di elementi di valutazione traibili dai risultati di indagini giudiziarie, problemi che attengono alla capacità di un sistema politico di mantenersi in efficace comunicazione con la società e di assicurare anche un elevato livello nella qualità della classe politica.

L’aver di fatto affidato alla magistratura, in un certo senso, il monopolio del giudizio circa i comportamenti dei politici ha prodotto effetti non certo positivi. Ha, in primo luogo, concorso a determinare un abbassamento al livello della rilevanza penale degli *standard* di comportamento richiesti ai politici (e, soprattutto, che i politici esigono da se stessi): se (e fino a quando) non si viene condannati con sentenza passata in giudicato, si è reputati pienamente all’altezza di svolgere funzioni politico-rappresentative. Il principio costituzionale garantistico della presunzione di non colpevolezza viene letto così da molti come la fortezza entro la quale resistere ad ogni possibile rilievo fondato su parametri diversi dalla legge penale. Tali rilievi vengono poi frequentemente tacciati di “moralismo”, mentre, quando si utilizzano anche dati tratti da documenti processuali per formulare valutazioni di più ampia portata su fatti, persone o comportamenti, è spesso pronta l’accusa di faziosità o di “giustizialismo”.

La commistione tra piani del giudizio penale e della valutazione politica è poi, in secondo luogo, approdata al livello della accusa di politicizzazione dell'esercizio di funzioni giurisdizionali. È praticamente impossibile tentare di fare, in questa sede, la storia degli episodi che hanno costellato l'incessante opera di delegittimazione dell'operato della magistratura, nella persona di magistrati rei di aver svolto indagini o concorso all'emanazione di sentenze penali nei confronti di più o meno potenti personaggi politici e, perciò, accusati di perseguire surrettiziamente finalità di lotta politica mediante strumenti giudiziari, contribuendosi così ad alimentare nell'opinione pubblica sentimenti di sfiducia nei confronti di un'istituzione fondamentale dello Stato. All'azione di delegittimazione realizzata per mezzo di interventi pronunciati in ogni sede politico-mediatica si sono aggiunti "puntuali" interventi, legislativi e non. Si pensi, per fare solamente degli esempi, oltre che al tentativo, non adeguatamente contrastato dalle forze di centro-sinistra, di fare della giustizia "merce di scambio" durante i lavori della Commissione bicamerale D'Alema (XIII legislatura), alle c.d. leggi *ad personam* approvate nella XIV legislatura, ai "lodi" Schifani nella XIV (art. 1 della legge n. 140/2003) ed Alfano nella XVI (legge n. 124/2008) e ad atti di indirizzo politico, come la mozione approvata dal Senato il 5 dicembre 2001.

Particolarmente significativa per la "programmaticità" dei suoi contenuti ci pare quest'ultima. Vi si rimproverava, tra l'altro, a dei magistrati, requirenti e giudicanti, di aver svolto riunioni finalizzate a cercare mezzi e modi per disapplicare una legge dello Stato «appellandosi a una non dimostrata e non dimostrabile prevalenza di asseriti principi e convenzioni di diritto internazionale sul diritto nazionale [...] sostituendosi così di fatto e di diritto al legislatore». Si rimproverava agli stessi, in altre parole, di fare il proprio lavoro. In un ordinamento complesso, alla cui conformazione concorrono una pluralità di fonti del diritto, tale lavoro consiste, infatti, proprio nell'interpretare i precetti legislativi tenendo conto delle norme di diritto internazionale, così come dei principi costituzionali, parametri per giudizi di validità delle leggi e, al tempo stesso, direttamente utilizzabili dai giudici al fine di elaborare soluzioni per casi concreti impossibili da risolvere cercando risposte al livello sub-costituzionale. Quest'ultima circostanza si è verificata, per portare uno degli esempi più dibattuti degli ultimi tempi, mediante recenti decisioni giudiziarie sul "caso Englaro", attraverso le quali i giudici comuni non hanno fatto altro, consentendo l'interruzione delle cure, che rispondere ad una domanda di giustizia con gli "strumenti giuridici" a loro disposizione, tra i quali l'applicazione della Costituzione e di norme di diritto internazionale.

Nel mondo politico sono state avanzate fortissime critiche alle succitate decisioni. Si è contestato sostanzialmente, andando al di là dell'ovvia libertà di esprimere valutazioni su questioni eticamente delicate, la possibilità per il giudice di applicare direttamente la Costituzione, in mancanza di una specifica disciplina legislativa, al fine di risolvere questioni sottoposte alla sua attenzione. Sul piano giuridico, si è arrivati, come è noto, fino al sollevamento di un conflitto di attribuzioni davanti alla Consulta nei confronti di una decisione della Corte di Cassazione (conflitto dichiarato inammissibile con ord. n. 334/2008<sup>6</sup>) ed all'approvazione di un decreto-legge (trasformato in un disegno di legge dopo il rifiuto da parte del Presidente della Repubblica di apporvi la sua firma) finalizzato ad impedire che fosse data esecuzione alle decisioni dei giudici. Al di là del merito delle questioni toccate dalle decisioni giudiziarie contestate, che qui interessa relativamente, la vicenda ci pare indicativa di una certa maniera di concepire la legge. Se una legge c'è si pretenderebbe dal giudice che la interpreti secondo l'intenzione del legislatore, inteso in senso soggettivo, anche a costo di accantonare principi costituzionali e norme di diritto internazionale<sup>7</sup>; in mancanza, invece, di una specifica disciplina legislativa adatta a fornire risposte al caso di specie, il giudice dovrebbe astenersi dal fornire una risposta (cosa che configgerebbe con un principio cardine dello Stato di diritto quale il divieto di *non liquet*) o, chissà, magari provare a "inventare" una risposta che possa reputarsi conforme alla volontà (espressa tacitamente?) del legislatore<sup>8</sup>.

La verità è che dietro la continua azione di delegittimazione della magistratura, realizzata mediante attacchi personali nei confronti di magistrati, a volte attirati nella trappola di una pericolosa mediatizzazione del

<sup>6</sup> Sulla decisione della Corte si veda R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>7</sup> Nella fattispecie è stata in particolare richiamata la Convenzione di Oviedo «per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina».

<sup>8</sup> Tra i numerosi contributi dottrinali che si sono soffermati su vari aspetti del caso Englaro e sulle vicende politico-istituzionali sviluppatesi parallelamente a quella giudiziaria (ed umana), si vedano A. CERRI, *Osservazioni in margine al caso Englaro*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); F. G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e "progetto di vita"*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

conflitto, e, parallelamente, mediante la contestazione (cosa ben diversa da una puntuale critica nel merito) di provvedimenti giurisdizionali, pare trasparire una concezione populisticamente assolutistica del “primato della politica” sulla giurisdizione.

Per un verso, si propugna l’idea di un giudice che si conformi rigidamente alla volontà del legislatore, con ciò parendo volersi alludere non semplicemente alla necessità per un organo giurisdizionale di applicare la legge senza esorbitare dai confini che il testo normativo in ogni caso pone alla sua attività di ricerca dei significati, bensì a quella di una decisa restrizione dei suoi “naturali” margini di autonomia interpretativa. In quest’ottica può leggersi, nel quadro della riforma dell’ordinamento giudiziario realizzata con la legge n. 150/2005 ed i decreti legislativi emanati in attuazione della stessa, l’emblematico inserimento, tra le previsioni in materia di responsabilità disciplinare del magistrato, di un’esenzione per «l’attività di interpretazione delle norme in conformità all’art. 12 disp. sulla legge in generale». Mediante tale previsione, abrogata nella XV legislatura, veniva minacciata una sanzione per i giudici che, “indisciplinatamente”, avessero osato...interpretare la legge nell’unica maniera seriamente possibile, secondo la praticamente unanime dottrina, ovvero non reputando esaustivi i canoni scritti in una previsione a sua volta bisognosa di interpretazione e, comunque, figlia di un’epoca rispetto alla quale moltissimo è cambiato, nella realtà come nella riflessione giuridica. Anche il ripristino, venuto anch’esso meno nella XV legislatura<sup>9</sup>, di un sistema di progressione in carriera basato su concorsi per titoli ed esami pareva oggettivamente in grado, tra l’altro, di alimentare nella magistratura tendenze “conformistiche” o, comunque, di introdurre condizionamenti impropri rispetto all’operato di soggetti, spinti magari a preferire orientamenti suscettibili di riscuotere approvazione in sede concorsuale. Si partiva, infatti, dalla constatazione di un’effettiva inadeguatezza del previgente sistema di valutazione della professionalità del giudice (soprattutto per come si era configurato nella prassi) per mettere in piedi un nuovo sistema che avrebbe rischiato di riprodurre una parte dei difetti di quello adoperato fino a metà degli anni ’60, abbandonato a quell’epoca a vantaggio di uno maggiormente conforme alla lettera ed allo spirito della Costituzione<sup>10</sup>.

Per un altro verso, si afferma l’idea di un primato della politica inteso come asserito diritto ad una speciale protezione nei confronti del controllo di legalità. Il pensiero va, *in primis*, alla tendenza “corporativistica” delle Camere, accentuatasi negli ultimi anni ma certamente non nuova, ad interpretare estensivamente la prerogativa dell’insindacabilità per le opinioni espresse nell’esercizio delle funzioni parlamentari (art. 68 Cost.), al fine di far rientrare sotto lo scudo protettivo dell’immunità qualunque tipo di dichiarazione ingiuriosa o diffamatoria avente ad oggetto spesso non parlamentari. Una novità degli ultimi tempi è data, invece, dal ricorso all’approvazione di leggi ordinarie mediante cui porre al riparo alcune cariche dello Stato (le “alte cariche”) da processi penali riguardanti reati commessi fuori dall’esercizio delle funzioni pubbliche ed anche prima della nomina o dell’elezione, prevedendo la sospensione degli stessi. Rilevanti dubbi di costituzionalità erano posti dall’art. 1 della legge n. 140/2003 (dichiarato poi incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 24/2004) e si sono posti in relazione all’articolo unico di cui si compone la legge n. 124/2008, recentemente dichiarato incostituzionale con sentenza n. 262/2009, «per violazione» - citando testualmente - «del combinato disposto degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost.».

La Corte ha dunque rilevato, in primo luogo, un contrasto con l’art. 138 Cost., essendo richiesto, al fine di stabilire eccezioni all’applicazione del principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, l’intervento di una fonte di rango costituzionale<sup>11</sup>. In secondo luogo, ed in correlazione con il primo rilievo, è stato ritenuto violato l’art. 3 Cost., in ragione della rilevata «evidente disparità di trattamento delle alte

---

<sup>9</sup> È noto come nella passata legislatura siano state approvate disposizioni che, modificando sul punto l’impianto della riforma realizzata sul finire della XIV, hanno introdotto un sistema di valutazioni periodiche di professionalità, il cui superamento costituisce requisito indispensabile per avere accesso a concorsi per soli titoli per il conferimento delle varie funzioni.

<sup>10</sup> Sulle più recenti riforme dell’ordinamento giudiziario si vedano, per un quadro complessivo delle innovazioni introdotte nelle ultime legislature, AA.VV., *La legge di riforma dell’ordinamento giudiziario* e AA.VV., *La «riforma della riforma» dell’ordinamento giudiziario*, rispettivamente in *Foro it.*, 2006, V, col. 1 ss. e in *Foro it.* 2008, V., col. 5 ss..

<sup>11</sup> È utile riportare un passaggio delle motivazioni della sentenza, tratto dal punto 7.3.1 del *Considerato in diritto*: «Il problema dell’individuazione dei limiti quantitativi e qualitativi delle prerogative assume una particolare importanza nello Stato di diritto, perché, da un lato, come già rilevato da questa Corte, «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione» (sentenza n. 24 del 2004) e, dall’altro, gli indicati istituti di protezione non solo implicano necessariamente una deroga al suddetto principio, ma sono anche diretti a realizzare un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi. Questa complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*».

cariche rispetto a tutti gli altri cittadini»<sup>12</sup>. La violazione del principio di eguaglianza è stata, infine, rilevata anche sotto il profilo della mancanza di un fondamento costituzionale, da una parte, per la introdotta disparità di trattamento tra i Presidenti ed i componenti degli organi costituzionali e, dall'altra, per l'assimilazione nel trattamento di cariche tra loro disomogenee (punto 7.3.2.3. del *Considerato in diritto*)<sup>13</sup>. E si potrebbe anzi aggiungere che, se è vero che un'eccezione al principio di parità dei cittadini davanti alla giurisdizione dovrebbe, come chiarito dalla Corte, essere introdotta mediante fonte di rango costituzionale, è dubbio che una prerogativa disegnata nella maniera prevista dalla legge n. 124/2008 possa risultare compatibile con il nucleo essenziale di principi supremi della Costituzione (tra i quali certamente il principio di eguaglianza) come noto fuori della portata dello stesso potere di revisione costituzionale (sent. n. 1146/1988 della Corte costituzionale)<sup>14</sup>.

La tendenza della politica a liberarsi del controllo di legalità si esprimeva qui nella forma estrema dell'introduzione di uno "schermo", a protezione non della sfera funzionale dei titolari di alcune cariche istituzionali, bensì della sfera delle attività compiute come comuni cittadini dagli stessi, anche, peraltro, nel periodo precedente all'entrata in carica. Sull'insufficienza della legge ordinaria ad introdurre un trattamento differenziato per i titolari di alcune cariche pubbliche a protezione del bene del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni inerenti alle stesse la Corte si è espressa nella maniera che abbiamo appena visto. Al di là delle questioni strettamente giuridico-costituzionali, pare significativo che, con riguardo alla figura del Presidente del Consiglio, fosse stato in dichiarazioni politiche addotte, come giustificazione, il rischio che una condanna del suddetto all'esito di un processo penale potesse obbligarlo (politicamente) alle dimissioni ed impedirgli così di portare a termine il mandato politico ricevuto dagli elettori. La legittimazione politica derivante dal consenso elettorale è stata così apertamente richiamata come presupposto della scelta di sottrarre al normale corso della giustizia il destinatario di un'investitura popolare, la quale anela a dispiegare le proprie potenzialità al di là di confini normativamente previsti, avvertiti come ostacolo sulla strada del dispiegarsi delle potenzialità di un'investitura democratico-plebiscitaria.

Concezioni di questo tipo, naturalmente non propuginate esplicitamente in tutte le loro implicazioni, confliggono con l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che si relaziona con la sovranità popolare in maniera molto diversa rispetto a quella tipica dell'attività svolta dagli organi politici. Si tratta, per quel che concerne i magistrati, di una relazione mediata dal principio della soggezione soltanto alla legge, che i giudici interpretano ed applicano a casi concreti nell'ambito di procedimenti la cui articolazione ed i cui principi funzionali tendono a garantire che essi non facciano (e non debbano fare) riferimento alla volontà popolare come un dato da porre in contrapposizione al diritto positivo<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Il passaggio rilevante della motivazione (punto 7.3.2.2. del *Considerato in diritto*), che riteniamo opportuno riportare, è il seguente: «La denunciata sospensione è, infatti, derogatoria rispetto al regime processuale comune, perché si applica solo a favore dei titolari di quattro alte cariche dello Stato, con riferimento ai processi instaurati nei loro confronti, per imputazioni relative a tutti gli ipotizzabili reati, in qualunque epoca commessi e, in particolare, ai reati extrafunzionali, cioè estranei alle attività inerenti alla carica. La deroga si risolve, in particolare, in una evidente disparità di trattamento delle alte cariche rispetto a tutti gli altri cittadini che, pure, svolgono attività che la Costituzione considera parimenti impegnative e doverose, come quelle connesse a cariche o funzioni pubbliche (art. 54 Cost.) o, ancora più generalmente, quelle che il cittadino ha il dovere di svolgere, al fine di concorrere al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, secondo comma, Cost.).

È ben vero che il principio di uguaglianza comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline. Tuttavia, in base alla giurisprudenza di questa Corte citata al punto 7.3.1., deve ribadirsi che, nel caso in cui la differenziazione di trattamento di fronte alla giurisdizione riguardi il titolare o un componente di un organo costituzionale e si alleghi, quale ragione giustificatrice di essa, l'esigenza di proteggere le funzioni di quell'organo, si rende necessario che un tale *ius singulare* abbia una precisa copertura costituzionale. Si è visto, infatti, che il complessivo sistema delle suddette prerogative è regolato da norme di rango costituzionale, in quanto incide sull'equilibrio dei poteri dello Stato e contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento».

<sup>13</sup> Il dibattito sul c.d. lodo Alfano era stato, come è noto, molto vivace per tutto il periodo che ha preceduto la pronuncia della Corte. Tra i commenti a prima lettura della sentenza n. 262/2009, si vedano A. DI MARTINO, *Dubbi e certezze sull'incostituzionalità del "Lodo Alfano"*, in [www.benecomune.net](http://www.benecomune.net), 20/10/2009; T. F. GIUPPONI, *Il "lodo Alfano" alla Consulta: le ragioni di una scelta*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 06/11/2009; S. PANIZZA, *Oltre il "lodo" v'è di più*, [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 06/11/2009.

<sup>14</sup> A. PACE, *Le ragioni della Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 12/10/2009, sostiene: «è assai discutibile che una legge *ad personam*, come le leggi Schifani e Alfano volute nell'interesse di un solo soggetto, potrebbe superare il vaglio del sindacato di costituzionalità non solo con riferimento all'art. 3 della Costituzione ma anche (e soprattutto) all'art. 1 comma 2, secondo il quale "La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione". Da cui chiaramente deriva *a fortiori* che nel nostro ordinamento costituzionale non esistono "sovrani" o "unti del signore" che si pongano al di sopra dei cittadini».

<sup>15</sup> L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Questione giustizia*, n. 4/2009, 9 ss., chiarisce magistralmente come i fondamenti della legittimità dell'attività giurisdizionale, in connessione con i suoi tratti peculiari, non siano da reperire, a differenza di quanto si può dire per l'attività degli organi politici, nel consenso popolare, essendo, invece, sinteticamente reperibili nel duplice ruolo della

Come è stato anche di recente rilevato da Stefano Rodotà<sup>16</sup>, è molto pericoloso porre la questione della legittimazione della magistratura nel sistema in termini che la riconnettano in qualche modo al consenso che la sua azione gode presso l'opinione pubblica. Così facendo, si tende a distorcere il rapporto che deve intercorrere tra attività dei magistrati e società nella quale essi operano, ponendo le basi per opinioni sull'azione giudiziaria non fondate su una valutazione della correttezza dei comportamenti rispetto al parametro della rigorosa applicazione delle norme giuridiche e delle regole anche deontologiche che vincolano gli appartenenti all'ordine giudiziario, bensì rispetto a quello del raggiungimento di finalità extra-giudiziarie.

È proprio quello che è avvenuto in Italia nell'ultimo quindicennio. Al tempo delle inchieste di Mani pulite l'azione della magistratura fu accompagnata da un fortissimo consenso da parte dell'opinione pubblica. I magistrati, come già accennato, furono visti, in un certo qual modo, come liberatori della società dal giogo di una classe politica corrotta. È potuto forse sembrare agli occhi di molti cittadini che i pubblici ministeri operassero non solo e non tanto in adempimento dell'obbligo costituzionale di esercitare l'azione penale, riscontratine i presupposti, nei confronti di chiunque, a prescindere dalla sua posizione nella vita sociale o politica (art. 112 Cost.), bensì sulla base di scelte, in una certa misura, autonomamente e discrezionalmente compiute, che hanno goduto in una certa fase di un sostegno praticamente indiscusso. Quando poi si è rotta l'almeno apparente unanimità di vedute circa l'operato della magistratura, su impulso anche di strategie politiche quali quelle più sopra descritte, è stato possibile indirizzare ai magistrati svolgenti indagini che investivano personalità politiche l'accusa di politicizzazione della funzione giudiziaria.

Il crescente consenso elettorale riscosso da forze politiche ostili all'avanzamento di determinate indagini giudiziarie ed impegnate in un'attiva azione di delegittimazione dell'operato della magistratura è stato contrapposto a quello, calante, a sostegno dell'azione dei magistrati, fino a reperire addirittura, come si è visto, nella presunta faziosità dell'operato di alcuni di essi una giustificazione per l'introduzione di misure capaci di porre al riparo dal controllo di legalità i destinatari dell'"unzione elettorale" o per rendere più difficoltose le indagini.

Per altro verso, in maniera (solo apparentemente) contraddittoria, gli stessi che rivolgono ai magistrati l'accusa di perseguire finalità politiche attraverso strumenti giudiziari sono peraltro i più decisi nel pretendere che i giudici, in un certo senso "politicizzando" la loro azione, assecondino gli orientamenti che appaiono politicamente dominanti in riferimento a determinate questioni. Della "deriva securitaria" di cui siamo sempre più in balia è, per esempio, parte l'orientamento ad addebitare ai magistrati un atteggiamento "lassista" rispetto ai responsabili di reati che suscitano un elevato "allarme sociale". Si pensi, per esempio, alle reazioni che spesso suscitano provvedimenti giudiziari di revoca della custodia cautelare, per il venire meno dei suoi presupposti o per decorrenza dei termini massimi, se adottati nei confronti di presunti responsabili di "reati di strada", o provvedimenti che decidano il ricorso a misure alternative alla detenzione.

### 3. I più recenti progetti di riforma

Nella legislatura in corso, le tendenze appena descritte hanno formato per molti versi la base, oltre che per un ulteriore inasprimento dei toni del confronto sui temi della giustizia, per iniziative di riforma dell'ordinamento giudiziario e delle normative processuali, che, pur non avendo l'ampiezza delle innovazioni introdotte nella XIV legislatura (e poi parzialmente riviste nella XV), ci paiono molto significative.

Il riferimento è, *in primis*, al disegno di legge di iniziativa governativa A.S. 1440. Per citare solo le innovazioni più significative dal nostro punto di vista, si vorrebbe, in primo luogo, modificare l'art. 36 c.p.p. nel senso di inserirvi una nuova ipotesi di astensione/ricusazione del giudice: quest'ultimo dovrà astenersi o potrà essere ricusato dalle parti se esistono gravi ragioni di convenienza, «anche rappresentate da giudizi espressi fuori dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, nei confronti delle parti del procedimento e tali da provocare fondato motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice». Il codice prevede attualmente, tra le cause di astensione l'inimicizia grave tra il giudice o un suo prossimo congiunto e una delle parti e l'aver, fuori dalle funzioni giudiziarie «dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento». La nuova ipotesi sembra, dunque, voler precludere al giudice l'espressione, fuori dall'esercizio delle funzioni, di ogni tipo di valutazione in qualunque modo riferibile ad una delle parti, anche nel caso si tratti di giudizi relativi a condotte di pubblico interesse, estranee alle questioni dedotte in giudizio, tenute da una parte nella

---

giurisdizione: l'«accertamento della verità» e la «tutela della libertà», ampiamente intesa come comprensiva delle varie tipologie di diritti.

<sup>16</sup> S. RODOTÀ, *Vecchi e nuovi problemi nel rapporto tra magistratura e società*, in *Questione giustizia*, n. 5/2008, 164.

sua qualità, per esempio, di uomo politico. L'obiettivo perseguito, attraverso una previsione la cui indeterminatezza pone problemi di compatibilità con il principio di legalità, come segnalato dal CSM in un parere deliberato il 23 luglio 2009, pare essere quello, inconcepibile, del giudice senza opinioni (o, comunque, silente), qualcosa di diverso, cioè, da un giudice che mantenga nei suoi interventi pubblici un doveroso atteggiamento di *self-restraint*. Si avverte abbastanza chiaramente l'eco delle accuse spesso mosse nei confronti di magistrati (a mo' di esempio, si possono ricordare gli attacchi rivolti al giudice Nicoletta Gandus), di cui è stata messa in discussione l'imparzialità per il fatto di aver espresso fuori dall'esercizio delle funzioni valutazioni in merito ad iniziative politiche più o meno direttamente incidenti sulla materia dell'ordinamento giudiziario o, comunque, di estrema rilevanza generale.

Mentre si propugna tale idea dell'organo giudicante, il progetto contiene disposizioni che mirano a limitare le prerogative del pubblico ministero, sottraendogli il potere di prendere notizia dei reati «di propria iniziativa». Tale potere resterebbe dunque alla sola polizia giudiziaria, la quale vedrebbe accresciuta la rilevanza della propria posizione anche in relazione alla fase successiva delle indagini. Misure che andassero in questa direzione porrebbero dei dubbi di costituzionalità, in primo luogo, in relazione all'art. 109 Cost., secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria». La dilatazione degli spazi di autonomia investigativa della polizia giudiziaria, oltre a poter incrementare il tasso di conflittualità tra i due principali soggetti dotati di funzioni investigative, avrebbe come inevitabile risvolto la limitazione della sua dipendenza funzionale dal pubblico ministero, voluta dal costituente al fine di sottrarre l'esercizio della potestà requirente a possibili influenze del potere esecutivo, di cui la polizia è strutturalmente parte.

In secondo luogo, soprattutto la sottrazione al pubblico ministero della potestà di prendere autonoma notizia dei reati è in grado di incidere sui principi dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), dell'indipendenza del magistrato requirente e dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Impedendo al Pm di raccogliere notizie di reato di propria iniziativa, si raggiunge il risultato, infatti, di impedirgli in concreto di esercitare l'azione penale in relazione a fatti rispetto ai quali la notizia di reato non sia raccolta dalla polizia giudiziaria o non gli pervenga a seguito di denuncia o di referto proveniente dai soggetti tenuti a farlo. Ciò impatta chiaramente anche sulla eguaglianza dei cittadini di fronte alla giurisdizione, la cui garanzia non potrebbe che ridursi di intensità, nel caso si svuotassero significativamente i poteri di organo, a differenza della polizia, indipendente dall'esecutivo, quale il pubblico ministero<sup>17</sup> (si vedano, inoltre, le critiche mosse alle previsioni in esame nel succitato parere del CSM), capace, perciò, anche di garantire al meglio, a vantaggio di tutti e non solo di alcuni, oltre che la legalità dell'azione penale, anche gli stessi diritti della difesa.

E in direzione di un indebolimento del pubblico ministero vanno anche alcune disposizioni contenute nel disegno di legge governativo in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali (A.C. 1415). Ci riferiamo, *in primis*, alla limitazione del ricorso allo strumento delle intercettazioni, salvo che con riguardo ad alcune fattispecie criminose, solamente in presenza di «evidenti indizi di colpevolezza» nei confronti di una persona già previamente individuata e ove siano assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini, e non, come adesso, in presenza di «gravi indizi di reato» a carico di una persona da individuare. In secondo luogo, rileva la previsione di ristrettissimi limiti di durata delle intercettazioni, eccezion fatta, anche in questo caso, per alcuni reati, cosa che riduce fortemente la possibilità di valutazioni congruenti con le peculiarità dei singoli casi. Potrebbe risulterne fortemente ridotta la capacità di contrasto giudiziario nei confronti di fenomeni criminali di estrema gravità, compresi quelli che si esprimono nella commissione di reati di associazione mafiosa e terroristica, per i quali pure non varrebbero le nuove limitazioni in via di introduzione. In molti casi, infatti, è attraverso indagini relative ad altre ipotesi di reato, per le quali le intercettazioni subirebbero le limitazioni che si è detto, che si giungono a riscontrare indizi e prove della commissione di reati di mafia e terrorismo. Per altro verso, non è difficile rilevare come l'utilità delle intercettazioni come mezzo di ricerca della prova sia comparativamente molto più significativa in rapporto a reati prevalentemente commessi dai «colletti bianchi» (corruzione, reati finanziari, ecc.) che in riferimento ai c.d. «reati di strada», trovandosi in ciò conferma di quanto evidenziato nel primo paragrafo a proposito delle tendenze tipiche delle recenti politiche in materia di giustizia e sicurezza.

---

<sup>17</sup> In questo senso si è espresso, tra gli altri, G. NEPPI MODONA, *Nella confusione il Pm perde l'indipendenza*, in *Il Sole24ore*, 27 febbraio 2009. L'estrema rilevanza, in vista dell'attuazione delle esigenze costituzionali sottese agli artt. 109 e 112 Cost., del mantenimento di uno stretto nesso di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria nei confronti del Pubblico ministero e del mantenimento in capo a quest'ultimo del potere di acquisire notizie di reato anche di propria iniziativa è stata sottolineata di recente, anche da P. BONETTI, *Funzioni e corpi di polizia: problemi giuridici e prospettive per un riordino costituzionalmente orientato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

Accanto all'introduzione di misure che indebolirebbero fortemente la capacità dei Pm di svolgere i compiti loro affidati dall'art. 112 Cost., si prevede, inoltre, comprimendo pesantemente la libertà di informazione anche in relazione a vicende di pubblico interesse (art. 21 Cost.), un divieto di pubblicazione di ogni tipo di atto di indagine preliminare e di tutto quanto acquisito al fascicolo del pubblico ministero o del difensore, anche se si tratti di materiali rispetto ai quali non sussista più il segreto istruttorio, stabilendosi pesanti sanzioni per la violazione dei divieti. Si va, dunque, decisamente e criticabilmente oltre la opportuna garanzia della posizione delle persone non coinvolte nelle indagini, che sarebbe perseguibile per esempio attraverso istituti che consentano di secretare i soli atti in grado di violare la sfera privata soprattutto dei soggetti non indagati o, anche a legislazione invariata, adottando soluzioni tecniche e organizzative che, avvalendosi anche delle possibilità aperte da un sapiente utilizzo delle tecnologie informatiche, consentano di impedire le violazioni del segreto istruttorio o, comunque, di individuare più agevolmente i responsabili delle stesse<sup>18</sup>.

Un documento del 10 giugno 2009 della Giunta Esecutiva Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, parla di «morte della giustizia penale in Italia», come conseguenza dell'approvazione di tale progetto di legge e di quello in materia di processo penale ed ordinamento giudiziario di cui sopra si è detto. L'affermazione, certamente molto forte, è indicativa dell'inquietudine che suscitano molte delle iniziative che l'attuale maggioranza di governo sta promuovendo all'interno della magistratura come tra tutti coloro che hanno a cuore la saldezza del modello di ordinamento giudiziario delineato in Costituzione.

Nel frattempo la situazione generale si è ulteriormente deteriorata. Concentrando l'attenzione sulle più recenti dichiarazioni e manifestazioni di intenti di esponenti della maggioranza di governo, a cominciare dal Presidente del Consiglio, l'impressione è sempre più di assistere ormai ad un attacco a tutto campo nei confronti della stessa idea di giurisdizione. Vengono presi di mira le persone dei magistrati che «interferiscono» – si dice – con la politica e, più ampiamente, i presupposti di una corretta articolazione dei rapporti tra poteri dello Stato, nonché, per altro verso, le basi della relazione tra giustizia (intesa come organizzazione e funzionamento del sistema giudiziario) e società.

Possiamo qui citare le dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio immediatamente dopo l'annuncio della sentenza (7 ottobre 2009) che ha dichiarato l'incostituzionalità del «lodo Alfano», in cui la decisione sgradita è stata addebitata agli orientamenti politici dei giudici, suoi avversari in quanto «comunisti», ed in cui, previo riferimento alle sue origini politiche, ha imputato al Presidente della Repubblica, sostanzialmente, di aver «tradito la parola data» al momento della promulgazione della legge, in difesa della quale – si è lasciato intendere – avrebbe dovuto esercitare pressioni sui giudici costituzionali. Altrettanto significative sono le dichiarazioni rese sempre dal Presidente Berlusconi in due successive occasioni. Il riferimento è, in primo luogo, a quanto affermato il 16 ottobre durante una conferenza stampa a Sofia (Bulgaria), a proposito della necessità di «prendere il toro per le corna» e realizzare una riforma costituzionale della giustizia, sulla quale chiedere il consenso del popolo in sede referendaria, finalizzata a dare vita ad una «democrazia vera», la quale non potrebbe – si afferma – essere «soggetta al potere di un ordine che non ha legittimazione elettorale». Ed il 31 ottobre sono stati resi noti stralci di una intervista resa a Bruno Vespa, pubblicata all'interno dell'ultimo libro di quest'ultimo (*Donne di cuori*, Mondadori, Milano, 2009), nei quali il Presidente del Consiglio, proclamata la sua «fiducia nell'esistenza di magistrati seri che pronunciano sentenze serie, basate sui fatti», afferma di voler restare al proprio posto anche in caso di condanna in uno dei processi in corso a suo carico, dal momento che una condanna non potrebbe che essere, a suo dire, frutto di un tale sovvertimento della realtà da costringerlo a resistere al proprio posto «per difendere la democrazia e lo stato di diritto».

Affermazioni di questo tipo, che ad un osservatore non disincantato potrebbero forse apparire surreali, confermano, se ancora ve ne fosse stato bisogno, quale sia il livello di preoccupante intensità raggiunto dalla tendenza, in un misto di devozione agli interessi privati ed incultura costituzionale, a contrapporre democrazia, o meglio appello al popolo, e giurisdizione<sup>19</sup> ed a vagheggiare una definizione dei rapporti tra

---

<sup>18</sup> Per un'argomentata critica nei confronti del progetto di legge in oggetto, basata sull'esame del suo possibile impatto, si vedano le riflessioni contenute in A. INGROIA, *C'era una volta l'intercettazione. La giustizia e le bufale della politica*, Nuovi Equilibri, Viterbo, 2009.

<sup>19</sup> In questo senso ci paiono molto eloquenti le dichiarazioni dell'on. Gaetano Pecorella che, richiesto di commentare le affermazioni del Presidente del Consiglio, tratte dall'intervista a Bruno Vespa citata nel testo, rispondeva: «[...] Mi pare assolutamente corretto che lui dica che se anche dovesse essere condannato in situazioni come quelle del processo che si sta svolgendo a Milano, non vorrà e non dovrà dimettersi. Se la volontà popolare gli affida il compito di governare pur sapendo dell'esistenza di questi processi, evidentemente il Paese ha più fiducia in Berlusconi di quanta ne abbia nelle iniziative di una certa magistratura».

potere politico e potere giudiziario in palese contrasto con il dettato costituzionale vigente e, più in generale, con principi formanti parte della stessa essenza del costituzionalismo<sup>20</sup>.

Da ultimo, è stato poi messo in cantiere un provvedimento, il disegno di legge c.d. sul “processo breve”, intitolato, beffardamente, *Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi, in attuazione dell’art. 111 della Costituzione e dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*<sup>21</sup>. Esso, se approvato, sarebbe in grado di infliggere un durissimo colpo al sistema giustizia. Stabilisce, infatti, che si estinguano, per violazione dei termini di durata ragionevole, i processi penali «per i quali la pena edittale determinata ai sensi dell’art. 157 del codice penale è inferiore nel massimo ai dieci anni di reclusione», una volta trascorsi due anni dal momento dell’inizio dell’azione penale senza l’emissione della sentenza di primo grado, dall’emissione della sentenza di primo grado senza che sia stata emessa quella d’appello, dall’emissione della sentenza d’appello senza che sia sopraggiunta sentenza della Corte di cassazione oppure una volta trascorso un anno dall’emissione della sentenza di annullamento con rinvio senza che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Al di là della natura *ad personam* anche di questo, come di molti altri provvedimenti precedenti, testimoniato tra l’altro dalla previsione della sua applicazione ai processi in corso al momento dell’entrata in vigore, è chiaro che, in mancanza dell’adozione di misure strutturali, organizzative e normative capaci di ridurre effettivamente il numero di processi celebrati e la durata degli stessi, una legge che stabilisca termini come quelli sopra indicati raggiungerebbe semplicemente il fine di rendere impossibile la conclusione di migliaia di processi. Verrebbe così vanificato il lavoro svolto dai magistrati, si lascerebbe senza risposta la domanda di giustizia delle vittime dei molti reati e si minerebbe irrimediabilmente la già scarsa fiducia dei cittadini nella capacità del sistema giudiziario di operare in maniera efficace a tutela dei diritti dei cittadini e di una pacifica convivenza sociale: una rinuncia a fare giustizia, in altre parole, piuttosto che una misura finalizzata a rendere più efficiente il servizio ed effettive le garanzie<sup>22</sup>.

Il provvedimento in oggetto è, peraltro, molto significativo anche in riferimento alle eccezioni che esso stabilisce alla sua applicabilità. Accanto ai reati sanzionati, come detto, con pena della reclusione superiore a dieci anni, riferimento d’altra parte non necessariamente indicativo di maggiore complessità media della connessa attività investigativa, le disposizioni sopra richiamate «non si applicano nei processi in cui l’imputato ha già riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, o è stato dichiarato delinquente o contravventore abituale o professionale» e nei processi relativi ad una serie di delitti, consumati o tentati. Tra questi trovano posto, oltre, per esempio, a reati quali quelli di associazione mafiosa o terroristica o concernenti la sicurezza sul lavoro e il traffico di rifiuti, i reati relativi circolazione stradale, alla materia degli stupefacenti, nonché tutti quelli previsti dal testo unico sull’immigrazione.

Viene, dunque, emblematicamente tracciata una linea di demarcazione dell’ambito di operatività della legge, fuori dal quale si collocano una serie di fattispecie, molte delle quali corrispondenti a “crimini di strada” o comunque statisticamente commessi più frequentemente da soggetti appartenenti agli strati sociali più deboli, compresi, come si è detto, i reati connessi agli stupefacenti ed i “reati immigratori”, tutti, in blocco, considerati meritevoli di maggiore impegno in termini di tempo rispetto a reati come la corruzione, il falso in bilancio, la truffa o l’abuso d’ufficio, per

---

<sup>20</sup> “Meravigliosa” l’interpretazione che del principio della divisione dei poteri emerge dalle dichiarazioni, che riportiamo testualmente, pronunciate dal sen. Castelli, ex Ministro della giustizia, nel corso della puntata del 10/11/2009 del programma televisivo *Ballarò*, interpretazione che sembrerebbe dover, conseguentemente, condurre alla restaurazione di un ordinamento giudiziario simile a quello pre-costituzionale: «[...] Ci deve essere un controllo incrociato tra poteri. Oggi i magistrati hanno un potere di controllo assoluto sui politici, ma noi, compreso il Ministro della giustizia, che razza di controllo ha sui magistrati, che hanno un’ autodichia perfetta? È vero o no? [...] Vuol dire che la magistratura controlla la parte politica e la parte politica non controlla la magistratura: questa è suddivisione dei poteri? Questa è dittatura di un potere sugli altri!».

<sup>21</sup> A.S. 1880, presentato in data 12 novembre 2009.

<sup>22</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 17-18, evidenzia come sia molto stretto il nesso tra livello di legittimazione della giurisdizione e della sua indipendenza e grado di effettività delle garanzie assicurate attraverso l’esercizio della funzione giurisdizionale, rilevando che «solo l’effettività di tali funzioni [cioè delle funzioni di garanzia dei diritti] vale ad accreditare il valore della loro indipendenza agli occhi dei cittadini» e che «solo se i cittadini avvertiranno i loro giudici come garanti dei loro diritti, avvertiranno anche la loro indipendenza come una loro garanzia».

citare solo alcuni. A parte le varie altre ragioni per cui può essere fatto oggetto di critica, con riferimento al principio di eguaglianza (e di ragionevolezza) e – potremmo dire – al nucleo duro dei principi che delincono la funzione complessiva degli organi giudiziari, il disegno di legge sul “processo breve” porta il segno evidente, nella sua abnormità, dell’orientamento, di cui si è cercato di indicare alcune delle tracce più evidenti nelle pagine precedenti, a indebolire la posizione del potere giudiziario nel sistema ed a porlo al servizio, insieme agli apparati di pubblica sicurezza, di esigenze confliggenti con i principi fondamentali di uno stato costituzionale e sociale quale quello disegnato dalla Carta del 1948. A questi viene contrapposta, ormai senza ritegno, la logica pre-(o extra)costituzionale della diseguaglianza<sup>23</sup>, veicolata attraverso le parole d’ordine della “tolleranza zero” e della sicurezza. E l’esigenza di perseguire tali finalità, parte essenziale delle enunciazioni costitutive di programmi politico-elettorali e di governo, viene richiamata tra gli elementi asseritamente a supporto e fondamento della necessità di istituzionalizzare il “privilegio dei governanti”.

#### 4. Alcune riflessioni conclusive: il “doppio binario” come cifra delle recenti politiche sulla giustizia

La tendenza ad incrementare il ricorso al diritto penale, ampiamente utilizzato a fini di rassicurazione di un’opinione pubblica mobilitata contro nemici additati ultimamente soprattutto negli immigrati, ha un duplice risvolto. Interventi che deteriorano drammaticamente la condizione giuridica (e, conseguentemente, esistenziale) di migliaia di persone, come, per fare un esempio emblematico, l’introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare sul territorio italiano prevista dalla legge n. 94/2009, implicano, in prospettiva, un enorme aggravio di lavoro per la magistratura, già adesso fortemente impegnata nello svolgimento di numerosi processi per reati variamente connessi al fenomeno dell’immigrazione irregolare.

L’obiettivo di una giustizia efficiente non potrà che allontanarsi ulteriormente, se al diritto, e quindi al processo, penale si ricorre, cosa che sta avvenendo in forme sempre più accentuate negli ultimi anni, non come ad un’*extrema ratio*, bensì, massicciamente, al fine di stigmatizzare, mediante scelte normative di dubbia compatibilità con la Costituzione, sotto il profilo della tutela dei diritti delle persone e della garanzia del principio di eguaglianza, condotte rispetto alle quali la sanzione penale non è né proporzionata, eccedendolo, al disvalore che il legislatore riconosce nelle stesse, né produttiva, non essendo la via per affrontare efficacemente i problemi collegati a fenomeni, che necessiterebbero di ben altri e diversi interventi. Problemi come quelli connessi con l’esistenza di consistenti flussi immigratori o di ampie aree di marginalità sociale andrebbero affrontati mediante un migliore “governo” dell’immigrazione, efficaci politiche sociali e di integrazione ed anche, ove necessario e senza clamori mediatici e cedimenti a tendenze e orientamenti xenofobi, un incremento della presenza delle forze dell’ordine e della loro azione di prevenzione e contrasto delle varie forme di criminalità<sup>24</sup>.

Proprio la succitata legge n. 94/2009, oltre ad inasprire il trattamento riservato ad immigrati e ad altre categorie di marginali sul piano del diritto penale e di quello amministrativo, è giunta, invece, con l’istituzione delle c.d. “ronde” a conferire a privati cittadini uniti in associazioni il compito di collaborare con i sindaci «al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale» (art. 3). Al di là della criticabilità di tale forma di “privatizzazione” di funzioni pubbliche e della genericità di formule che mal si prestano a costituire parametro efficace di valutazione della legittimità di comportamenti futuri, la previsione stessa delle ronde, che in pratica sta avendo peraltro scarso successo, è un ulteriore, paradigmatico, segno delle tendenze che caratterizzano le attuali politiche pubbliche. Il riferimento, tra le loro funzioni, al contrasto del «disagio sociale», accanto alla tutela della sicurezza urbana, evoca l’immagine di periferie abbandonate e prive delle necessarie infrastrutture urbanistiche e relazionali per le cui vie si aggirano gruppi di persone in pettorina: la distanza rispetto alle risposte adeguate ad affrontare gravi problemi sociali, originati da una molteplicità di fattori, non potrebbe apparire più abissale.

<sup>23</sup> In questo senso si vedano le riflessioni di L. PEPINO, *Galantuomini e briganti*, in *il manifesto*, 14/11/2009.

<sup>24</sup> Per un quadro sintetico delle principali recenti innovazioni che, prima dell’entrata in vigore della legge n. 94/2009, hanno riguardato la materia dell’immigrazione e della condizione giuridica dello straniero, cfr., volendo, F. BIONDI DAL MONTE - V. CASAMASSIMA, *Immigrazione e sicurezza, tra criminalizzazione e garanzia dei diritti*, in S. PANIZZA-R. ROMBOLI (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, 39 ss..

Mentre poi il securitarismo imperante si manifesta nelle forme che si sono accennate, le riforme progettate sono indirizzate ad indebolire la capacità dei pubblici ministeri di individuare e perseguire gli autori dei reati, a discapito proprio delle esigenze di garanzia della tanto invocata sicurezza ed a porre i presupposti (il riferimento è al progetto relativo al c.d. “processo breve”) per una rinuncia, di fatto, a perseguire, con la ragionevole speranza di approdare a sentenze definitive, un’ampia serie di reati. Ci sarebbe da parlare di legislatore schizofrenico. Aprendo, però, lo sguardo, come qui si è cercato di fare, all’insieme delle principali politiche messe in campo nel corso dell’attuale legislatura (si tratta peraltro un’*escalation* di tendenze affermatesi ormai da un quindicennio, con riferimento ad alcuni aspetti assecondate anche dalle forze attualmente all’opposizione), ci accorgiamo che, se si vuole parlare di follia, bisogna riconoscere come vi sia del metodo in questa follia. Possiamo trovare, infatti, tracce di una “perversa coerenza”, qualora proviamo a riflettere sulle finalità complessivamente perseguite e sulla sottostante idea del rapporto tra potere politico e poteri di garanzia. Paiono affermarsi un’idea della politica come “macchina del consenso” da alimentare con qualunque tipo di carburante ed un’idea del consenso popolare come investitura capace di giustificare l’adozione di ogni genere di decisione sia reputata opportuna dagli investiti e la sua implementazione, nell’indifferenza rispetto ai vincoli posti da norme anche di livello costituzionale, le quali si osservano se possibile e si violano se necessario.

In quest’ottica, non desta poi molta meraviglia il fatto che si miri a costruire consenso intorno alle retoriche securitarie, che scelgono come obiettivo principale gli immigrati ed altri “marginali”, ed, al tempo stesso, intorno all’ostilità o quanto meno alla sfiducia nei confronti della magistratura, pur fondamentale strumento istituzionale di contrasto di ogni forma di criminalità e quindi di tutela della sicurezza dei cittadini. Si individuano nemici nelle persone dei magistrati che esercitano il controllo di legalità nei confronti di esponenti della classe politica e, per altro verso, si manifesta insofferenza verso atti giurisdizionali che possano in qualche modo ostacolare l’operatività del precipitato normativo delle retoriche di cui sopra e/o si grida contro l’inefficienza della macchina giudiziaria, imputata in via quasi esclusiva agli stessi magistrati, senza peraltro compiere quanto nelle possibilità della politica per affrontare i problemi esistenti.

Al termine di queste sparse riflessioni, rimane senza risposta l’interrogativo circa le possibili vie d’uscita da una situazione in cui risulta praticamente impossibile, nelle sedi deputate all’assunzione di decisioni normative, una discussione sui temi della giustizia pacata ed orientata alla risoluzione dei concreti problemi del nostro sistema giudiziario, nel quadro di un imprescindibile rispetto dei principi costituzionali. Soprattutto in relazione al versante della giustizia penale, i presupposti di un dibattito di questo tipo sono minati alla radice, per un verso, dalla presenza in campo di un fortissimo interesse, specialmente ma non solo, dell’attuale Presidente del Consiglio alla delegittimazione della magistratura e, per un altro, dal manifestarsi di una diffusa insofferenza nei confronti dell’indipendenza dell’ordine giudiziario e delle sue potenzialità limitatrici della libertà di azione degli organi e dei soggetti politici.

A proposito del primo aspetto, ci si può augurare che, tra le forze di opposizione, non solo parlamentare, si riesca, al di là ed al di sopra del livello delle polemiche e dello scontro quotidiano, a ricostruire un discorso pubblico sulla giustizia diverso da quello adesso dominante. Un discorso, cioè, che sappia tenere insieme i valori dell’efficienza del servizio giudiziario e della professionalità dei magistrati, del garantismo, a protezione dei diritti di tutti e soprattutto dei più deboli, e dell’indipendenza ed autonomia della magistratura, non come presidio corporativistico, ma come presupposto essenziale per il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e per una piena ed efficace tutela dei diritti.

In relazione al secondo, non si può che ribadire che il *proprium* della magistratura è, in uno stato *costituzionale* di diritto, la soggezione alla legge (ed alla Costituzione) e non al legislatore inteso in senso soggettivo. Quest’ultimo deve accettare di non poter avere l’ultima parola, per la semplice ragione che non è tra le sue prerogative l’interpretazione e l’applicazione delle norme ai casi concreti. Non lo era in passato, quando pur era dominante l’idea di un “magistrato senza qualità”, chiamato ad un’applicazione quasi meccanica del diritto. Ancora meno lo può essere adesso, in relazione ad ordinamenti complessi e contraddistinti dalla presenza di costituzioni rigide e giurisdizionalmente garantite e da una decisiva rilevanza del diritto internazionale e sovranazionale.

Soltanto riannodando saldamente i fili che tengono uniti democrazia e costituzionalismo possiamo sperare di riportare il dibattito sui temi della giustizia nell’alveo di una seria e proficua discussione sui problemi reali che affliggono il nostro sistema giudiziario, con riguardo alla sua capacità di svolgere in maniera efficace le funzioni costituzionalmente conferite allo stesso dalla Costituzione, a garanzia ed al servizio dei diritti di tutte le persone e non degli interessi di alcune, poche o tante che siano.

