

CONTRO LA REPUBBLICA DEI PM

L'Italia assomiglia sempre di più a un paese in cui i magistrati hanno pieni poteri sulla reputazione di una persona, sulla carriera di un politico, sulla vita di una fabbrica. Senza doverne rispondere. Senza garanzie per l'accusato. E la colpa è della politica. Un'indagine

La politica lascia il campo ai giudici

Il dubbio che anche la politica economica sia decisa non dal governo ma dalle procure.

L'abolizione del finanziamento pubblico e i partiti che si sono delegittimati da soli

*Una politica debole, in perenne **crisi di legittimazione**.*

*L'inversione dell'**onere della prova**. Il vuoto normativo.*

*"Il **finanziamento della politica**, un nervo scoperto del nostro sistema democratico da oltre tre decenni" (Legnini).*

*Il "complesso della supplenza". Il Codice di procedura penale, un ibrido tra **Perry Mason** e il **Codice Rocco***

La delega della politica alla magistratura e l'attivismo giudiziario sui temi che toccano la bioetica, la famiglia e i "nuovi diritti". Il dubbio che "i pm, piuttosto che prendere le mosse da una notizia di reato, vadano alla sua ricerca" (Fiandaca). L'autorità democratica di fatto aggirata

Annalisa Chirico, classe 1986. Dottorato in Teoria politica alla Luiss Guido Carli, apprendistato pannelliano e ossessione garantista. Scrive di giustizia, politica e donne. "Fino a prova contraria. Tra gogna e impunità, l'Italia della giustizia sommaria" (Marsilio) il suo ultimo libro.

di Annalisa Chirico

Se clicchi su Google "potere dei giudici", vengono fuori quattordici milioni di titoli. Se lo traduci in inglese, "the power of judges", la mole di risultati si decuplica addirittura. L'Italia somiglia sempre più a una repubblica giudiziaria dove un magistrato ha potere di vita e di morte sulla reputazione di una persona, sulla carriera di un politico, sulla sopravvivenza di una fabbrica. Senza pesi e contrappesi. Senza adeguate garanzie. Senza che il magistrato debba rispondere. Eppure sarebbe un errore prendersela con la corporazione togata perché non è colpa loro: è colpa della politica. Lo so, c'è l'irrefrenabile istinto di puntare il dito contro il pm che, con un eccesso di disinvoltura, sequestra in via cautelare un'azienda, neanche sotto processo; contro due procure che

si azzuffano quasi a volersi contendere il lauto bottino sotto gli occhi del mondo che osserva attonito; contro un giudice che, anziché prendere atto di un vuoto normativo, inventa qualche diritto di nuovo conio mai discusso né votato dal legislatore democraticamente eletto. E' la giurisprudenza creativa dei "nuovi diritti", elemento costitutivo di una giurisdizione che, nelle parole di Gustavo Zagrebelsky, conferisce "il primato alle ragioni che stanno nella vita del diritto rispetto a quelle che stanno nelle righe



delle leggi". E tuttavia sarebbe sbagliato cedere alla tentazione di demonizzare il terzo potere come unico responsabile della "giuristocrazia" in cui viviamo immersi.

L'espansione del ruolo togato, all'origine di quella che nel 2004 Ran Hirschl definisce "giuristocracy", è un fenomeno comune alle moderne democrazie. Il ruolo predominante della giurisdizione che comincia a manifestarsi negli anni Ottanta è la conseguenza dell'accresciuta produzione normativa, estesa a ogni ambito della vita umana e sociale, unitamente alla istituzione di tribunali e corti che, a più livelli, sono incaricati del potere di revisione delle leggi. Fino al 1942, soltanto Stati Uniti e Norvegia prevedono un organo giurisdizionale competente ad abrogare una norma adottata dal legislatore nazionale, oggi sono oltre novanta. I primi segnali di questa progressiva transizione provengono dunque da lontano: già nel 1981 Robert Badinter, ministro francese della Giustizia ai tempi di Mitterrand, conia l'espressione "democrazia giurisdizionale". E nel 1995 il magistrato francese Antoine Garapon mette in guardia dalla "giurisdizionalizzazione della vita collettiva" fondata sull'espansione dell'ambito di intervento delle corti di giustizia, a spese di politici e pubblici funzionari, e sulla proliferazione di mezzi investigativi e decisionali di carattere giudiziario.

L'Europa, con i suoi molteplici livelli giurisdizionali che si sovrappongono e s'intrecciano, è l'emblema di questo fenomeno. Per comprenderne l'entità, consideriamo due casi diversissimi eppure rivelatori della tendenza in atto. Nel dicembre 2018 la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosce la piena legittimità del programma di "Quantitative easing", voluto dalla Banca centrale europea sotto la guida di Mario Draghi. La vicenda scaturisce dai ricorsi presentati da diversi soggetti privati tedeschi presso la Corte costituzionale federale che, a sua volta, sollecita il giudizio della Corte di Lussemburgo per stabilire se la Bce abbia travalicato il suo mandato. Il secondo caso racconta invece la tendenza del privato cittadino ad adire direttamente l'istituzione sovranazionale bypassando quella locale: recentemente un assistente sociale indagato nell'inchiesta sui presunti maltrattamenti a Bibbiano ha denunciato la senatrice leghista Lucia Borgonzoni per le

sue dichiarazioni pubbliche, e lo ha fatto inoltrando la sua istanza alla Corte europea dei diritti umani, con sede a Strasburgo.

La radice della "giuristocrazia", secondo il giudice emerito della Consulta **Sabino Cassese**, risiede nella "trappola dell'opinione pubblica" cui i poteri legislativo ed esecutivo sono maggiormente esposti: "Dei tre poteri dello stato, codificati da Montesquieu, sono i due più sottoposti al dibattito pubblico. Il potere giurisdizionale ha conservato invece un valore oracolare, e l'oracolo si rispetta, non si discute. Così si è venuta a creare una sostituzione singolare: la magistratura ha preso gradualmente il sopravvento sugli altri poteri. Questo assetto sarà presto messo in discussione dall'automazione applicata alla giustizia: verranno usati sempre più i giudici digitali, regole algoritmiche che dirimono controversie minori in base al calcolo probabilistico del precedente".

A chi risponde un potere "oracolare"?

"Esso è rimasto immune da

tutti i meccanismi di controllo interno e sociale. Si pensi a quanto è venuto fuori dall'inchiesta sulle nomine in seno al Csm: dopo una enorme eco mediatica, è calato il silenzio, non si è saputo più nulla. Lo trovo un segnale pericoloso. Bisognava porre mano a una riforma delle norme che presiedono all'elezione dei componenti prevedendo non il sorteggio ma magari un rinnovo scadenzato nel tempo, come accade per i giudici costituzionali. A ciò si aggiunge il problema tipicamente italiano delle procure. Distingueri tra giudice e pm (o, come dicono i francesi, tra il magistrato seduto, che giudica, e quello in piedi, che accusa).

Nel nostro ordinamento vige il principio, tanto sacrosanto quanto irrealistico, dell'azione penale obbligatoria: la conseguenza è che la magistratura gode, di fatto, di un margine di discrezionalità molto ampio. E allora c'è poco da stupirsi se sul totale delle accuse quelle che trovano conferma nel giudizio sono una percentuale minima, per non parlare poi del ricorso al 'naming and shaming', alla prassi che consiste nell'additare al pubblico ludibrio una persona solo destinataria di un avviso di garanzia, anticipando così il giudizio sociale che deriva dalla sanzione". La centralità del giudice si manifesta ormai in ogni campo, dall'economia alla politica. La paura dell'intervento giudiziario blocca anche la burocrazia. "Viene correntemente definito lo sciopero del

la firma', i funzionari preferiscono astenersi per non rischiare. L'attuale blocco dei lavori pubblici è dovuto al timore dei funzionari, nella morsa tra procure e Anac. Guardando ciò che accade nel nostro paese, sorge una domanda: chi decide la politica economica d'Italia? Il governo o le procure? E le procure si rendono conto che qualche volta diventano lo strumento dell'azione politica?"

La giurisprudenza creativa è da considerarsi un elemento patologico del sistema? "Il ruolo creativo del giudice è ormai un fenomeno che si manifesta in misura crescente a livello mondiale, e non mi meraviglierei di questo. Prima si diceva: la fonte del diritto è la norma. La realtà si va sviluppando in modo diverso. Le cause sono molteplici: la pluralità delle fonti del diritto (dal livello regionale a quello europeo e internazionale), l'irrazionalità dell'attività legislativa italiana (abbiamo troppe leggi e troppo poche leggi organiche con una conseguenza inevitabile, la contraddittorietà delle norme). Il giudice, chiamato a risolvere un caso concreto, deve operare una scelta, non può rispondere 'non liquet'. Le cronache giudiziarie ripropongono il tema del finanziamento pubblico. "Io credo che emerga una questione principale: chi decide se una fondazione è tale o è una articolazione di partito? Non c'è una apposita commissione prevista dalla legge del 2012? Dall'altra parte, non sarebbe bene rispolverare una regola che vigeva nella Dc dove, a eccezione di una breve parentesi di Ciriaco de Mita, il capo del governo non era segretario di partito?"

Secondo il presidente emerito della Camera dei deputati **Luciano Violante**, "la presenza eccessiva dei magistrati nella vita umana e sociale è dovuta non a un disegno strategico ma a una serie di condizioni oggettive". Talvolta però c'è anche l'abuso. "Certo, gli abusi individuali esistono ma vanno considerati come casi isolati. Io non le nascondo che sono preoccupato dall'elevato numero, il più alto nella storia recente, di magistrati sotto processo, condannati e addirittura detenuti in carcere. E' un dato da non trascurare perché ai magistrati spetta il compito di far rispettare le leggi, e per questo sono in grado di esercitare un potere enorme nella vita di ciascun cittadino". Quali sono, a suo giudizio, le "condizioni oggettive" che favoriscono la giurisdizionalizzazione della democrazia? "In primo luogo, nelle società occidentali è cresciuta la consapevolezza dei diritti, e quindi si è dilatato lo iato tra la mole di richieste di cui si pretende soddisfazione e la capacità effettiva dello stato di venire incontro a tali istanze. Lo stato si mostra infatti sempre più incapace di rispondere in modo adeguato sia per la scarsità delle risorse sia perché chi si batte per i diritti non tiene conto della compatibilità generale della sua richiesta; in altre parole, ignora i diritti degli altri. I diritti, che scaturiscono dagli individui, confliggono inevitabilmente tra loro perché manca una parallela assunzione di doveri. La scomposizio-

ne delle società occidentali ha fatto venir meno il senso della comunità, e dalla comunità derivano i doveri. I doveri sono frutto delle comunità, i diritti degli individui. Il ricorso al giudice per ottenere il riconoscimento dei diritti diventa molto frequente, e d'altra parte i giudici devono districarsi tra molteplici fonti del diritto, dalle carte costituzionali alle convenzioni internazionali. Si dice infatti che il diritto è insaziabile. C'è poi un secondo aspetto che riguarda le leggi che in numerosi paesi occidentali ormai non definiscono più una regola ma uno 'spazio giustiziabile' all'interno del quale il giudice interviene in base ai parametri generali dell'ordinamento. L'effetto è un progressivo slittamento verso meccanismi di common law dove la regola è giudiziaria e non legislativa. E' noto però che la magistratura italiana rifiuta il valore vincolante del precedente in nome della propria indipendenza. In altri termini, i magistrati non vogliono essere vincolati dal giudicato precedente e, secondo me, sbagliano perché la giustizia va esercitata nell'interesse dei cittadini e non di chi la amministra. Questo aspetto aumenta il peso non del giudice in quanto tale ma dei singoli giudici e dei singoli organi giudiziari in ambito sia economico e politico".

A proposito del rapporto tra politica e magistratura, l'inchiesta sulla fondazione renziana Open ha riaperto il dibattito sul finanziamento della politica. Il rischio è che, abolito quello pubblico, adesso si criminalizzi quello privato. "Demonizzare le fondazioni sarebbe un grave errore, il loro operato va valutato caso per caso, alcune svolgono attività culturali di grande rilievo, altre danno un effettivo contributo alla formazione di classi dirigenti. In Germania, dove il finanziamento pubblico dev'essere pari a quello privato, non un euro in più, perché ogni partito deve guadagnarsi la fiducia dei cittadini, la Cdu e la Spd hanno due grandi fondazioni che formano la classe dirigente. Devo anche dire però che è abbastanza ipocrita approvare regole che non possono che essere violate". Gli ultimi scandali per tangenti e corruzione risalgono a quando il finanziamento pubblico, sotto forma di rimborsi, foraggiava le casse dei partiti. "L'abolizione del finanziamento pubblico è il punto di caduta di una progressiva disillusione alimentata da molti partiti che si sono delegittimati da soli. Si è inseguito un sentimento popolare invece di spiegare la verità. Ci sono sentimenti popolari giusti e sentimenti popolari sbagliati. Se c'era un deficit di controlli o norme scritte male, si dovevano affrontare i nodi. Tenendo a mente però che non esistono soluzioni miracolose e per sempre, viviamo in un mondo complicato e nessuna organizzazione può vivere senza risorse". Da gennaio, con l'entrata in vigore della legge cosiddetta "spazzacorrotti", le fondazioni sono equiparate ai partiti. "La trasparenza deve essere un prerequisito, altrimenti poi si mettono in atto escamotage che rischiano di creare situazioni opache in cui si inserisce l'inter-

vento giudiziario". Si ha l'impressione che in certi casi, anziché intervenire in presenza di una *notitia criminis*, la magistratura attui un controllo di legittimità preventivo. "Questo pone un enorme problema sul fronte dell'equilibrio dei poteri. E si ricollega a quanto si diceva a proposito delle condizioni oggettive che favoriscono la giurisdizionalizzazione. Al fattore sociale e normativo, se ne aggiunge un terzo: la sovranità che spetta alla politica si trasferisce gradualmente alla giurisdizione. Il sovrano è colui che decide il conflitto ma la politica molto spesso non è in grado di deciderlo e allora interviene il giudice. Pensi a quanto è accaduto nel Regno Unito dove il premier Boris Johnson ha chiesto a sua maestà la Regina di sospendere i lavori di Westminster per tre settimane. Alcuni cittadini sono ricorsi alla Corte suprema che ha dichiarato illegittima la 'prorogation', e perciò nulla e priva di effetti. In Italia accade quasi regolarmente: la politica che non riesce a risolvere il conflitto lascia campo libero ai giudici".

Lei che idea si è fatto del caso ex Ilva? Voglio dire: una fabbrica che vale l'1,5 per cento del pil, nel fuoco concentrico di due procure, e un governo che appare paralizzato. "Va avanti da anni l'edificazione di quella che io definisco la 'democrazia della sorveglianza', un sistema fondato sul clima di sospetto e sfiducia verso pubblico e privato. A Taranto io non vedo un conflitto dei pm per primeggiare ma evidenzio piuttosto che, se la politica fosse stata capace di risolvere i problemi ambientali e occupazionali, l'intervento della magistratura non sarebbe stato necessario. Si è dibattuto a lungo del cosiddetto 'scudo penale', un principio sacrosanto in uno stato di diritto. Va da sé che se un'azienda porta avanti un piano di risanamento ambientale non può essere chiamata a rispondere dei comportamenti precedenti". Si parla spesso anche dell'attivismo togato in materia di "nuovi diritti": laddove c'è un vuoto normativo, il giudice inventa di sana pianta un diritto che prima non c'era. "L'idea che ogni desiderio sia tramutabile in diritto rappresenta un'ulteriore dissoluzione del sistema".

Una politica debole, in perenne crisi di legittimazione, si genuflette dunque allo strapotere dei magistrati per sopperire al gigantesco deficit di credibilità e competenza. In Parlamento non sanno più redigere i testi normativi, senza i magistrati fuori ruolo diversi uffici ministeriali sarebbero letteralmente paralizzati. Se un qualsiasi procedimento amministrativo richiede una gestione di flussi economici, insomma di denaro, si preferisce individuare un magistrato che vigili e controlli. In via precauzionale, si dice così. E poi c'è la matta voglia di normare su ogni battito di ciglia. In una società libera dovrebbe valere la regola per cui s'intende come lecito tutto ciò che non è espressamente vietato. Da noi vale l'inverso: è lecito solo ciò che è espressamente consentito. Il cosiddetto "controllo di legittimità" può estendersi alla totalità dei comportamenti e delle interazioni umane: i magi-

strati intervengono non più in presenza di una *notitia criminis* ma allo scopo di individuare un comportamento eventualmente passibile di scrutinio penale. E' una pesca a strascico. L'inversione dell'onere della prova è una inevitabile conseguenza, anzi un effetto collaterale: ogni cittadino è colpevole fino a prova contraria. L'articolo 27 della Costituzione viene, di fatto, sospeso, non solo perché le carceri italiane non rispondono alla funzione rieducativa della pena, ma anche perché la sensazione di vivere in uno stato di polizia è diventata asfissiante.

Il dibattito irrisolto tra i poteri pubblici

Secondo **Giovanni Legnini**, già vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura, il dibattito sul rapporto tra i poteri pubblici è "antico e irrisolto". "Le complesse e delicate vicende dell'Ilva, quelle altrettanto attuali riguardanti la sicurezza dei ponti e dei viadotti autostradali e le responsabilità pubbliche e private connesse ai disastri naturali, ripropongono alcune domande", dichiara Legnini, che si occupa anche di questo nel suo ultimo libro, scritto con Daniele Piccione, dal titolo "I poteri pubblici nell'età del disincanto" (Luiss University Press, 2019). "Sono i giudici che esercitano un'indebita ingerenza o sono il potere legislativo e quello esecutivo che con le loro indecisioni lasciano libero campo all'esercizio del potere giudiziario? Si tratta di interrogativi che si pongono da molto tempo e che riguardano anche la vicenda del finanziamento privato ai partiti e alle fondazioni politiche". Nel 2015, sull'onda dei sequestri preventivi di Ilva e Fincantieri, lei vergò un editoriale per richiamare i magistrati a un principio di responsabilità rispetto alle conseguenze economiche e sociali del loro operato. "La lunga e tortuosa vicenda dell'acciaieria pugliese, con l'alternarsi di iniziative e provvedimenti giudiziari, pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, e interventi del legislatore, susseguitisi dal 2012 fino alle ultime settimane, ci introduce nell'area più sensibile del rapporto tra poteri. Se gli interventi legislativi del 2012 (governo Monti) e del 2015 (governo Renzi) furono emanati per neutralizzare gli effetti di misure cautelari reali che producevano effetti paralizzanti dell'attività produttiva e per tentare un difficile bilanciamento di valori e diritti fondamentali (salute e lavoro, tutela dell'ambiente e libera iniziativa economica), le più recenti e altalenanti decisioni sullo scudo penale, insieme alla scelta unilaterale di ArcelorMittal di abbandonare l'attività industriale, hanno dischiuso uno scenario di segno opposto. L'intervento della magistratura è stato invocato con il ricorso ai giudici in sede civile da parte dell'azienda e del governo, con domande tra loro antitetiche, e ha investito anche la giustizia penale con le iniziative assunte dalle procure di Milano e Taranto". E' la solita storia della "supplenza togata"? "In realtà, le certezze sottese a tale tesi sembrano messe in discussione proprio da queste alterne vicende. Nella prima fase è stata la Consulta con due importanti e innovative pronun-

ce a produrre interventi equilibratori tra diritto alla salute e al lavoro, valorizzando i poteri di bilanciamento dei diritti in capo al legislatore e al contempo tutelando le prerogative proprie della magistratura. Nella fase più recente, appena avviata e dalle incerte soluzioni, sostenere l'esistenza di un desiderio di supplenza della magistratura appare quantomeno forzato. La verità è che, pur essendo insito nel significato giuridico del termine 'supplenza' un ineliminabile tratto di ambiguità, si può configurare supplenza laddove nel rapporto tra funzioni e poteri dello stato si verifichi un vuoto o un fallimento della missione ad essi assegnata dalla Costituzione. E sempre con maggiore frequenza si verifica che il vuoto normativo e le incertezze delle soluzioni offerte dal legislatore rendano necessario l'intervento giudiziale, chiamato a far fronte a nuove e inedite domande e ad esigenze. Il fenomeno dell'espansione del giudiziario nel delicato assetto tra poteri è spesso il risultato di una tendenza del legislatore a scegliere la devoluzione della risoluzione delle controversie alla giurisdizione, piuttosto che a sedi compositive diverse". Insomma, la politica è vittima e carnefice. "Basti pensare alla forza propria di strumenti e tecniche di indagine, in connessione con l'espandersi della potenza della tecnologia digitale, il cui utilizzo non sempre trova adeguata regolazione a garanzia dei diritti dei cittadini. La responsabilità è del legislatore. Al di fuori dei rari casi di manifesta sensibilità alle sirene mediatiche o di indebito protagonismo dei titolari dei poteri giudiziari, rispetto ai quali non c'è che da auspicare un'effettiva tutela per i cittadini nelle sedi proprie apprestate dall'ordinamento, spetta alla politica produrre uno sforzo di recupero della sua autonomia che non può che tradursi in un esercizio pieno, efficace e tempestivo della funzione normativa a fronte di fenomeni della vita e dell'economia sempre più complessi e sfuggenti. Se dunque la politica non si riappropria appieno, attraverso una rinnovata spinta riformista radicale, della sua autonomia e della necessità di una legislazione ordinata e ben istruita, finirà che a prevalere saranno le forze della tecnoeconomia e la rappresentanza politica sarà appannaggio dei ricchi o di coloro che sono espressione di interessi opachi".

Iniziative di indagine su terreni inesplorati

L'interesse privato a finanziare la politica è tornato a galla per le inchieste in corso. "Il finanziamento della politica è uno dei nervi scoperti del nostro sistema democratico da oltre tre decenni. A fronte di scelte legislative incerte e ambigue, si dischiudono iniziative di indagine penale che si muovono su terreni inesplorati. I costi della politica e l'inderogabilità della trasparenza delle fonti di finanziamento impongono di definire con completezza finalità e regole di funzionamento delle fondazioni politiche, oltre che dei partiti. Se le scelte normative e di regolazione non le compie il legislatore, sarà inesorabile che la loro carenza venga colmata dall'intervento giudiziario". Da gennaio le

fondazioni sono equiparate ai partiti. “Il Parlamento dia corso a una legge organica sui partiti, sulle fondazioni politiche e sulle società di supporto a partiti e movimenti, e si approvi finalmente una legge sulle attività lobbistiche, con norme semplici e chiare e organi indipendenti di vigilanza e controllo, individuando metodologie certe per assicurare trasparenza e sanzioni severe ed effettive, anche interdittive. L’incessante ricerca di una nuova legittimazione della politica non può permettersi il protrarsi di titubanze e ipocrisie su un tema cruciale nel rapporto tra i cittadini elettori e i luoghi della rappresentanza politica. Se il legislatore non assumerà tale responsabilità, non potremo che continuare ad assistere a indagini penali che si muovono necessariamente su crinali molto incerti. Allo stesso modo, sarà inevitabile continuare a registrare quelle zone d’ombra che connotano il rapporto tra attività politica e organismi di supporto, che negli anni sono proliferati e che si muovono persino nei delicati interstizi delle relazioni con esecutivi di altri paesi, come dimostra la vicenda dei rapporti della Lega con esponenti del governo della Russia i cui contorni attendono ancora di essere accertati”.

Per il sociologo **Luca Ricolfi**, ordinario di Analisi dei dati all’Università di Torino e presidente della Fondazione Hume, le cause della giuristocrazia “non risiedono solo nella proliferazione delle norme ma in una sindrome culturale tipicamente italiana che chiamerei il ‘complesso della supplenza’. Quando un’istituzione non funziona, anziché cercare di farla funzionare, secondo la strategia della ‘voice’ (così il grande Albert Hirshman in ‘Exit, Voice and Loyalty’), si opta per l’opzione exit quando è possibile (mando i bambini dalle suore perché la scuola pubblica è un disastro), e per la supplenza quando si pensa che la protesta, o voice, non possa funzionare, o richieda troppo tempo. Ed ecco i magistrati ergersi a difensori della moralità pubblica, ma anche i giornalisti, gli insegnanti e gli studiosi a trasformare la loro professione in impegno politico e civile. Con la conseguenza di snaturare le rispettive professioni, che richiederebbero grande imparzialità, e vengono invece corrose dalla faziosità”. Le conseguenze per la democrazia possono essere letali. “Le istituzioni sono già poco democratiche per conto proprio, almeno in Italia. La giustizia, nei casi in cui non fa il suo dovere, fornisce solo il proprio non trascurabile contributo al trionfo dell’arbitrio (leggi: obbligatorietà dell’azione penale, magistrati-star, impunità per le iniziative giudiziarie più sgangherate). Il contributo specifico della giustizia al malfunzionamento dell’Italia viene invece dal suo rapporto con la politica, che è double face. La magistratura sorveglia la politica, gli appalti, il malaffare economico (il che è un bene), ma lo fa in modo giacobino, con il risultato di paralizzare o distorcere il funzionamento della politica, ma soprattutto di gettare sabbia negli ingranaggi dell’economia”. Le attuali inchieste sul finanziamento dei partiti fanno sorgere un quesito: abolito quello pubblico, si rischia adesso di criminalizzare i contri-

buti privati? E il ripristino del pubblico eliminerebbe forse il problema di abusi e malversazioni? “Bisogna rendersi conto che, in un sistema sociale dato, esistono anche problemi senza soluzione. Il finanziamento della politica, almeno in Italia, appartiene alla classe dei problemi di questo tipo. Tutto quel che si può sperare è di attenuare i danni con regole di trasparenza (ma soprattutto: di contabilità) che rendano meno facili gli abusi, ma anche meno perseguibili le violazioni minori o controverse. Forse ci vorrebbe una sorta di franchigia: un processo di anni per contestare una spesa di milleduecento euro non ha senso, tanto più nei casi in cui i confini fra spese personali e spese di rappresentanza sono intrinsecamente labili. Ma qui incontriamo un problema molto più generale: nella maggior parte delle società moderne (con l'importante eccezione del Giappone), non esiste un sistema parallelo alla giustizia ordinaria, pensato per risolvere efficacemente e rapidamente le controversie bagatellari”. Matteo Renzi ha evidenziato alcune “coincidenze” nell'inchiesta e nella propalazione di informazioni riservate. Lo hanno accusato di parlare come Silvio Berlusconi. “Mah, per fortuna non tutti i magistrati si credono in missione speciale per salvare il mondo e assicurare il trionfo del bene, ma un po' di ‘accanimento togato’ io ce lo vedo. Soprattutto una cosa mi preoccupa: in tante storie di cattiva giustizia quel che emerge è una sorta di incoscienza dell'enorme potere di cui il magistrato dispone. Per i poteri che la legge gli conferisce, il magistrato sta di fronte al cittadino come un killer armato di fronte a un ragazzino inerme. E' sorprendente che carabinieri e poliziotti, che armati lo sono realmente e non metaforicamente, siano profondamente consapevoli della sproporzione fra il loro potenziale distruttivo e le possibilità di difesa dei cittadini, e solo molto raramente abusino della propria posizione. In un quarto di secolo i casi di abuso delle forze dell'ordine – come pestaggi in carcere, stupri, uso scorretto delle armi – non credo siano più di qualche decina, e soprattutto sono quasi sempre denunciati e sanzionati. Non così i casi di abuso dei magistrati: nessuno sa esattamente quanti siano stati, ma certamente sono di diversi ordini di grandezza più numerosi, e rarissimamente sanzionati. E' come se una sorta di *habeas corpus* fosse ben piantato nelle menti dei poliziotti, ma quasi del tutto assente in quelle di tanti magistrati”.

I magistrati sui temi di rilevanza bioetica

Che mi dice dei magistrati che “anticipano” la politica su temi di rilevanza bioetica, come il fine vita o la maternità surrogata? “Per me tale fenomeno non va applaudito, perché – mi si perdoni il paragone (giuridicamente insostenibile) – imporre nuovi diritti sulla base della propria lettura della Costituzione, delle leggi ordinarie o dello ‘spirito del tempo’, non è altro che la variante chic del ‘farsi giustizia da sé’, un comportamento invariabilmente stigmatizzato quando a metterlo in atto è un povero cristo. Mi rendo conto che il paragone possa scandalizzare i giuristi, ma io le cose

le osservo da sociologo. E come sociologo non posso non vedere l'affinità: in quel gesto, a seconda di chi lo compie, può esserci disperazione o hybris, ma il gesto è sempre frutto della medesima mentalità, della medesima cultura della supplenza”.

Per **Carlo Nordio**, toga blu della magistratura italiana, oggi in pensione, il cortocircuito tra politica e giustizia risale a un episodio del 1994: “Il 14 luglio, nell’anniversario della presa della Bastiglia, quattro magistrati di Mani pulite si presentarono in conferenza stampa, davanti a telecamere e giornalisti, per annunciare le dimissioni in segno di protesta contro il decreto Biondi, dal nome dell’allora Guardasigilli. La politica reagì gridando al colpo di stato giudiziario ma poi si arrese e ritirò il decreto. Avrebbe dovuto fare l’esatto opposto: riconoscere ai magistrati la libertà di esprimere la loro opinione ma pretendere la propria autonomia in virtù del principio della separazione dei poteri. Da lì comincia la caduta verticale dell’autorevolezza politica che ha lasciato un vuoto, colmato soltanto dalla magistratura”. La giuristocrazia è colpa dei magistrati? “La magistratura italiana non è più accanita che altrove. Il problema italiano è la debolezza della politica. Il fenomeno si manifesta ormai in tutto il mondo occidentale. Si pensi che nel 2004 la decisione sulla vittoria delle elezioni presidenziali, a favore di Bush jr., fu affidata alla Corte suprema”. A proposito di politica e giustizia: abolito il finanziamento pubblico, sono proliferate fondazioni e associazioni satellite. Nell’inchiesta sull’associazione leghista “Più voci”, desta scandalo il messaggio telefonico, con tanto di codice Iban dell’ente, che il leghista Giulio Centemero inviava a un costruttore. Le nuove presunte ‘tangenti’ viaggiano sui conti correnti? “Nei casi che occupano le cronache, in effetti, si parla sempre di donazioni e contributi in chiaro, regolarmente tracciati e registrati. Per questo bisogna prestare attenzione, evitare i processi mediatici e dare il tempo ai magistrati per una analisi approfondita, caso per caso. Le perquisizioni presso terzi, cioè presso chi non è indagato, dovrebbero svolgersi con enorme cautela e parsimonia, non nella forma di blitz”.

“Il decreto di perquisizione spetterebbe al gip”

Si riferisce ai trecento finanzieri che hanno eseguito all'alba le perquisizioni nei confronti di privati cittadini colpevoli di aver finanziato la Fondazione Open? “Da garantista ritengo necessaria una riforma che demandi il decreto di perquisizione non al pm ma al gip. Quanto al finanziamento dei partiti, non sono pregiudizialmente contrario al ritorno al pubblico, pur sapendo che anche quando questo era cospicuo la corruzione e il finanziamento illecito erano all’ordine del giorno. In ogni caso, andrebbe incentivato il contributo privato anche con detrazioni fiscali. Negli Usa tutti sanno chi finanzia cosa, e sanno anche che chi è stato finanziato, un giorno dovrà restituire il favore. Si chiama trasparenza democratica. Se la Ford finanzia il Partito repubblicano, il cittadino che non apprezza la

Ford può smettere di votare il Gop. Non si può criminalizzare l'interesse privato in quanto tale. La democrazia non sarà il migliore dei mondi possibili ma resta la peggiore forma di governo, escluse le altre. Il problema italiano però risiede nel nostro Codice di procedura penale, che prevede un rito ibrido, a metà tra l'accusatorio e l'inquisitorio, tra Perry Mason e il Codice Rocco. Non devono essere i giudici a decidere se un'organizzazione privata sia o meno partito". Da gennaio la legge "spazzacorrotti" ha equiparato la fondazione al partito. "Quella legge andrebbe spazzata via, è inutile e dannosa, una delle peggiori produzioni normative in materia di corruzione". Essa estende ai reati contro la pa l'utilizzo del trojan, il captatore informatico che trasforma lo smartphone in una cimice mobile. "Tra le tante ignominie la spazzacorrotti ha inserito anche questa. Si tratta di una previsione manifestamente in contrasto con l'articolo 15 della Costituzione e con precedenti sentenze della Consulta che hanno approvato l'uso del trojan solo in casi estremi in cui è in gioco la sicurezza nazionale. Il trojan è uno strumento incredibilmente invasivo: darlo in mano alla magistratura significa attribuirle un potere immenso e senza controllo. La nemesis però si vendica". In che senso? "Nello scandalo sulle nomine al Csm le intercettazioni via trojan hanno colpito alcuni magistrati come Luca Palamara che non hanno mai protestato contro questa invasività. Le conseguenze le conosciamo".

Lo strapotere togato impatta anche sull'economia. "Continuo a ritenere che, quanto più un provvedimento è importante, sia esso interdittivo o sospensivo, tanto più dovrebbe essere affidato a un organo collegiale lontano dalla sede delle indagini. Ordinanze cautelari e sequestri preventivi dovrebbero essere decisi da una sezione specializzata della Corte d'appello. Di fronte a un reato in corso il magistrato può ordinare la chiusura o la sospensione di uno stabilimento ma la decisione dovrebbe essere vagliata da un organo collegiale. L'eventuale revisione successiva da parte del tribunale del riesame non è sufficiente perché le conseguenze potenzialmente letali si saranno già manifestate. A Taranto si è verificato un paradosso in seguito all'intervento di due procure diverse: il potenziale acquirente di quella fabbrica non può continuare l'attività perché sarebbe indagato di vari reati ambientali, e non può nemmeno interromperla, perché allora violerebbe l'articolo 499 del Codice penale che punisce con la galera fino a tredici anni chi 'distrukge i mezzi di produzione'. E' lì che si gioca lo scudo penale: chi si prenderebbe in carico un'azienda dove sa che il giorno stesso viene incriminato quantomeno per reati ambientali? La chiusura di un forno siderurgico non è come lo spegnimento di quello per la pizza".

L'attivismo giudiziario si manifesta anche su materie che toccano la bioetica, la famiglia, i rapporti fra genitori e figli naturali o adottivi. "La questione si è posta circa quindici anni fa quando si è capito che la tecnologia, so-

prattutto medica, avanzava a ritmi serrati rispetto all'evoluzione delle leggi. Se una macchina è in grado di tenerci in vita anche contro la tua volontà, il problema è ineludibile. E' del 2002 la prima sentenza della Corte di Strasburgo, adita da una signora londinese, Diane Pretty, malata di sclerosi laterale degenerativa, paralizzata dal collo in giù, che chiedeva di autorizzare il marito a ucciderla. La Corte respinse tale richiesta. La politica, agli inizi, è stata colta alla sprovvista ma poi ha sbagliato nel restare inerte. I parlamenti di altri paesi hanno, via via, approvato delle leggi mentre l'Italia ha lasciato che fossero i giudici a decidere. E' rimasto inascoltato anche l'ammonimento della Consulta, con il caso Cappato. Un tema così rilevante non dovrebbe essere lasciato all'interpretazione dei giudici". Paese che vai giustizia che trovi. "Ogni giudice ha la propria sensibilità, si ricordi che nel caso Welby il conflitto tra i magistrati fu tale che un giudice minacciò di incriminare un collega favorevole a staccare la spina".

Per il professor **Giovanni Fiandaca**, ordinario di Diritto penale all'Università di Palermo, "si è innescato un perverso circolo vizioso, per diverse ragioni. Da un lato, l'accresciuta difficoltà di una politica sempre più confusa, incompetente e litigiosa di decidere su materie che comportano complicati e delicati bilanciamenti tra diritti o interessi concorrenti – si pensi al fine vita, all'ergastolo ostativo, all'ex Ilva – ha per effetto una delega di intervento alla magistratura che così sgrava un sistema politico impotente o resistente. Dall'altro lato, la tutela dei diritti fondamentali, proprio per le caratteristiche di tali diritti, trova un accesso più congeniale nelle corti ai vari livelli, trattandosi segnatamente di diritti individuali o di minoranze che trovano meno ascolto in una politica perlopiù interessata a scelte e preoccupazioni collettive di tipo maggioritario, spesso poco sensibili alla protezione dei diritti dei singoli. In questo senso il potere giudiziario svolge una funzione anti o contro-maggioritaria. Per quanto riguarda la giustizia penale, la sua accresciuta invasività ha ulteriori cause ben note, da ravvisare nella pretesa di una parte della magistratura di ergersi a istanza di rinnovamento politico e di moralizzazione pubblica, non di rado forzando le leggi scritte e in sprezzo del principio della divisione dei poteri. Storia, purtroppo, ben nota e, a quanto pare, infinita". Si riferisce all'attualità? "Sì, anche nella recente indagine sulla casa di Matteo Renzi sembra che i pm, piuttosto che prendere le mosse da una notizia di reato, vadano alla sua ricerca... Questo è un problema vecchio, grave, ricorrente e mai affrontato, neppure da parte dei processualisti che scrivono in proposito tautologie. Quanto al finanziamento dei partiti, va senz'altro ripensato perché i magistrati penali non possono diventare i soli arbitri di ciò che è lecito ed illecito. L'abolizione del finanziamento pubblico è stata una scelta politica più che discutibile, volta ad assecondare illusoriamente i peggiori umori populistici contro la casta".

Il giudice che "inventa" il diritto

Sulla giurisprudenza creativa si sofferma **Alfredo Man-**

tovano, consigliere di Cassazione e vicepresidente del Centro studi Livatino: "Vi è una continuità ideologica fra il giudice interprete dalla sovranità popolare dal quale si era partiti in Italia oltre mezzo secolo fa, e il giudice che oggi 'inventa' il diritto nel caso concreto. I cinquant'anni e più, trascorsi dalla organizzazione della magistratura in associazione e in correnti, hanno fatto venir meno collateralismi partitici ma hanno consolidato l'individuazione di un ruolo giurisdizionale rivendicato come non strettamente vincolato alle leggi, e nemmeno alle costituzioni nazionali, sovraordinato ai parlamenti e ai governi, ai quali – soprattutto in materie 'sensibili' – al massimo può concedersi di ratificare quanto prima scritto in sentenze. Il fenomeno non è nuovo e non è soltanto italiano: interessa larga parte dei paesi occidentali; negli Usa chiama in causa da decenni il rapporto fra le pronunce della Corte suprema e le leggi dei singoli stati, quando non le leggi federali". Chi sono i responsabili? "Il tema è complesso. Chiama in causa: il giudice creatore della norma al posto del Parlamento; il giudice che con i propri provvedimenti indica quale debba essere l'azione dei governi; la distorsione della Costituzione, in cui continua a essere scritto che il Parlamento, eletto dal popolo, approva le leggi e dà la fiducia al governo e che l'autorità giudiziaria è autonoma e indipendente rispetto agli altri poteri, ma non quanto alla applicazione delle leggi decise dal Parlamento (e salve le questioni di legittimità costituzionale); la teorica non interferenza della magistratura nell'azione del governo se non quando vi siano comprovate violazioni di legge". In questo modo però l'autorità democratica viene di fatto aggirata. "L'aggiramento non avviene di nascosto ma è addirittura presentato come qualcosa di salutare e raccomandabile. Si afferma senza incertezze che il luogo della decisione non è bene che sia ancora il Parlamento, perché in esso avvengono scontri di parte: ciò che per la verità costituisce un profilo non patologico bensì fisiologico, essendo le assemblee elettive rappresentative delle differenti posizioni esistenti nel corpo sociale. E' opportuno invece che passi al giudice, in quanto gestore di una 'procedura' soft e meno conflittuale, col trasferimento della prudenza, virtù politica per eccellenza, dagli scranni dei deputati e dei senatori alla asetticità di una camera di consiglio". Dalla maternità surrogata alla stepchild adoption: gli esempi non mancano. "Sono esemplari sentenze, anche recenti, in tema di trascrizione nei registri dello stato civile di bambini ottenuti attraverso la maternità surrogata, o di adozione da parte di coppie dello stesso sesso – su questo fronte i principi di diritto ruotano attorno alla sempre più elastica categoria del 'miglior interesse del minore' – e in generale sul territorio che è stato denominato dei 'nuovi diritti'. Esemplari, infine, perché quei 'principi' vengono affermati all'esito di un viaggio fra orientamenti giurisprudenziali, e talora anche riferimenti normativi, di altri ordinamenti statali, oltre che della Convenzione europea dei diritti umani; l'esegesi 'costituzionalmente orientata' che mezzo secolo fa spingeva pretori e tribunali d'assalto verso l'applicazione evolutiva del diritto, trova oggi continuità nell'interpre-

tazione 'convenzionalmente orientata', che permette di saltare a piè pari non solo la legge nazionale bensì pure la Costituzione, facendo riferimento alla Convenzione di Strasburgo ovvero ai trattati europei". Uno scenario a tinte fosche. "L'interrogativo da porsi è fino a quando la politica, la cui discrezionalità si manifesta attraverso l'approvazione delle leggi in Parlamento e attraverso le scelte di governo, continuerà ad assistere dalla tribuna a una partita della quale è soggetto essenziale. Fino a quando continuerà di fatto ad accettare, al di là del necessario perseguimento giudiziario di condotte illecite di singoli esponenti delle istituzioni, che la vita di queste ultime sia orientabile in base alle pronunce delle corti. Fino a quando proseguirà nella polemica, più o meno fondata, verso i meccanismi decisionali delle istituzioni europee senza affrontare, al di là di slogan estemporanei, i pesanti condizionamenti che le istituzioni giudiziarie esercitano sulle altre istituzioni, e quindi la questione del corretto equilibrio fra esse".

Le inchieste in chiave "sistemica"

Per il presidente dell'Unione delle camere penali **Gian Domenico Caiazza**, "la tracimazione della giurisdizione verso funzioni vicarie della politica, da oltre venticinque anni, è certamente favorita dalla debolezza di quest'ultima, travolta da crisi ideologiche epocali, diffusa corruzione, deterioramento della qualità delle classi dirigenti. Ma se questo spiega il fenomeno, non lo legittima. Da Mani pulite in poi la magistratura ha infatti scelto consapevolmente di espandere il proprio ruolo verso il governo giudiziario della cosa pubblica. Tutte le inchieste giudiziarie più importanti di questo ultimo quarto di secolo sono state impostate in chiave 'sistemica'. Non si indaga sulla corruzione di Tizio o di Caio, ma si indaga per combattere il fenomeno corruttivo in quel luogo, in quel settore, in quel contesto politico. Non si indaga su un disastro ambientale ma sul quadro sistemico che lo avrebbe reso possibile, dunque legislatore e pubblici amministratori che si ipotizzano collusi con l'impresa che inquina. Non si indaga su collusioni mafiose di questo o di quel politico, ma sulla collusione sistemica tra politica e mafia. Si arrestano così intere giunte regionali o amministrazioni locali, decapitandole e determinando dimissioni, nuove elezioni, sconvolgimenti degli assetti

politici democraticamente scelti dall'elettorato, prima ancora di un qualsivoglia giudizio di responsabilità". Abbiamo memoria di governi caduti per inchieste che poi si sono rivelate un buco nell'acqua. "Ormai basta un avviso di garanzia per essere un presunto colpevole. Gli esiti processuali di quelle inchieste, che intervengono a distanza di molti anni, non interessano a nessuno. E soprattutto nessuno ne risponde. Può anche darsi che le coincidenze cronologiche di questa o quella inchiesta non siano volute o programmate, ma certo la storia di questi anni è una teoria interminabile di coincidenze. L'anomalia del sistema sta tutta qui: ciò che conta non è la giurisdizione, cioè la valutazione dei fatti e delle responsabilità da parte del giudice in contraddittorio tra le parti, ma la formulazione della ipotesi accusatoria, debolmente sorvegliata dal giudice delle indagini preliminari, tanto più portato ad assecondare le richieste cautelari della procura quanto più forte è la cifra politica dell'impatto di quella inchiesta".

Anche in ambito economico alcune inchieste, di impatto mediatico, hanno effetti unicamente extragiudiziari, in termini di perdite occupazionali e reputazionali. "Oggi il paese rischia di non governare la crisi della sua più importante industria siderurgica. Ma quella crisi nasce da una inchiesta giudiziaria voluta da una procura e avallata dai provvedimenti cautelari adottati da un gip. Nessun giudice dibattimentale si è ancora pronunciato sulla fondatezza di quella ipotesi accusatoria, e ci vorranno molti anni prima della sentenza definitiva, ma l'esito di quella mera ipotesi accusatoria ha già dispiegato i suoi devastanti ed irreversibili effetti economici e politici. Il tema allora non è lo sconfinamento della giurisdizione nel terreno del potere politico, ma quello del potere inquirente". La repubblica delle procure. "Esatto. Il vaglio giurisdizionale dell'accusa non interessa a nessuno. Gli atti che si danno in pasto alla pubblica opinione sono gli atti della solitaria investigazione del pm. Conoscete forse cronisti giudiziari e, in generale, organi di informazione che pubblicino verbali dibattimentali? Che rendano noto un controesame difensivo di un collaboratore di giustizia? Il nostro è un paese che, per autentico analfabetismo costituzionale e profonda desuetudine ai principi liberali del diritto penale, coltiva a ogni livello un'autentica idolatria del Pubblico Accusatore. Il Pubblico Accusatore lo sa bene, e si guarda bene dal tirarsi indietro".

Il ruolo predominante della giurisdizione, conseguenza della produzione normativa estesa a ogni ambito della vita umana e sociale

Il “valore oracolare” del potere giurisdizionale e la “trappola dell’opinione pubblica” alla radice della “giuristocrazia” (Cassese)

“Nel nostro ordinamento vige il principio dell’azione penale obbligatoria, e la magistratura gode, di fatto, di un margine di discrezionalità molto ampio. E allora c’è poco da stupirsi se sul totale delle accuse quelle che trovano conferma nel giudizio sono una percentuale minima” (Cassese)

La “democrazia della sorveglianza”, “un sistema fondato sul clima di sospetto e sfiducia verso pubblico e privato. Se a Taranto la politica fosse stata capace di risolvere i problemi ambientali e occupazionali, l’intervento della magistratura non sarebbe stato necessario” (Violante)

Il problema “senza soluzioni” del finanziamento della politica: “Forse ci vorrebbe una sorta di franchigia: un processo di anni per contestare una spesa di milleduecento euro non ha senso, tanto più nei casi in cui i confini fra spese personali e spese di rappresentanza sono intrinsecamente labili” (Ricolfi)

La legge “spazzacorrotti”, che ha equiparato la fondazione al partito, “andrebbe spazzata via, è inutile e dannosa, una delle peggiori produzioni normative in materia di corruzione”. E “il trojan è uno strumento incredibilmente invasivo: darlo in mano alla magistratura significa attribuirle un potere immenso e senza controllo” (Nordio)

Gli ultimi cinquant’anni “hanno consolidato l’individuazione di un ruolo giurisdizionale rivendicato come non strettamente vincolato alle leggi, e nemmeno alle costituzioni, sovraordinato ai parlamenti e ai governi” (Mantovano)

Non si indaga sulla corruzione di Tizio o Caio, ma si indaga per combattere il fenomeno corruttivo in quel contesto politico. Non si indaga su un disastro ambientale ma sul quadro sistemico che lo avrebbe reso possibile” (Caiazza)