

Sovranità, democrazia e libertà

Nel XXI secolo la sovranità popolare e l'identità culturale possono avere un ruolo determinante per salvare la democrazia rappresentativa dagli attacchi sferrati dalla teoria dei "diritti umani" e dal globalismo. I prestigiosi contributi raccolti nel volume affrontano questi temi con rigore scientifico e visione internazionale, ponendo il punto d'inizio per un movimento culturale sovranista di riforma.

Contributi di Giampaolo Azzoni, Paolo Becchi, Alessandro Bernasconi, Maria Cahill, Francesco Cavalla, Mario E. Comba, Paul Coyer, Raimondo Cubeddu, Richard Ekins, Mordechai Kedar, Francisco B. López-Jurado, Francesco Manfredi, Ludovico A. Mazzarolli, Paulina Neuding, Marco Paolino, Dario Peirone, J. Michael Rainer, Janet Reznicek, Giuseppe Valditara, Guglielmo Verdirame, Umberto Vincenti, Nicolò Zanon.

Giuseppe Valditara è professore ordinario di Diritto privato romano presso l'Università degli Studi di Torino. Insegna Diritto pubblico romano presso l'Università Europea di Roma. È stato preside della facoltà di Giurisprudenza dell'Università Europea di Roma. È direttore scientifico della rivista «Logos», nonché della rivista «Studi Giuridici Europei». Nel 1992 ha vinto il premio internazionale della Corte costituzionale per la migliore opera di storia delle istituzioni politiche e giuridiche. Nel 2005 ha collaborato con l'Osservatorio sulla codificazione nella Repubblica popolare cinese. È stato Senatore della Repubblica.

ISBN 978-88-255-2429-1



9 788825 524291

14,00 euro

Sovranità, democrazia e libertà a cura di G. Valditara

ARACNE

SOVRANITÀ DEMOCRAZIA E LIBERTÀ

ATTI DEL CONVEGNO
DEL 14 DICEMBRE 2018, MILANO

a cura di
Giuseppe Valditara



A14

Sovranità, democrazia e libertà

Atti del Convegno del 14 dicembre 2018, Milano

a cura di

Giuseppe Valditara

Prefazione di

Pietro Senaldi

Contributi di

Giampaolo Azzoni

Paolo Becchi

Alessandro Bernasconi

Maria Cahill

Francesco Cavalla

Mario E. Comba

Paul Coyer

Raimondo Cubeddu

Richard Ekins

Mordechai Kedar

Francisco B. López-Jurado

Francesco Manfredi

Ludovico A. Mazzarolli

Paulina Neuding

Marco Paolino

Dario Peirone

J. Michael Rainer

Janet Reznicek

Giuseppe Valditara

Guglielmo Verdirame

Umberto Vincenti

Nicolò Zanon





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2429-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: aprile 2019

Indice

- 9 Prefazione
 Pietro Senaldi
- 13 Introduzione: una questione di democrazia
 Giuseppe Valditara

Parte I **Identità e immigrazione**

Sezione I **I principi**

- 25 L'identità costituzionale degli Stati Membri dell'Unione
 europea: il ruolo delle Corti costituzionali nazionali
 Mario E. Comba
- 31 Le condizioni dell'ospitalità all'origine dell'Occidente
 Giampaolo Azzoni
- 43 La perdita dell'identità e il declino di stati liberi in Montes-
 quieu
 J. Michael Rainer

Sezione II **La realtà**

- 49 Trans-Atlantic Relations in the Context of Nationalism,
 National Identity and Sovereignty
 Paul Coyer

- 55 Connecting Citizenship and National Identity: a Brief Discussion of Current Challenges and Various Approaches in Canada, Germany and Austria
Janet Reznicek
- 63 Il problema dell'identità nella Germania del Novecento
Marco Paolino
- 69 Whose Freedom of Movement? Hierarchies of Victimhood in the Time of Mass Migration
Paulina Neuding
- 77 The Migration of the Islamic Light
Mordechai Kedar

Parte II

Diritti e sovranità popolare

- 83 La nuova religione dei diritti umani
Umberto Vincenti
- 97 La sovranità della politica oggi
Raimondo Cubeddu
- 107 Diritti fondamentali e cittadinanza
Ludovico A. Mazzarolli
- 117 Sovranità, interesse nazionale e giurisdizione, oggi
Alessandro Bernasconi

Parte III

Economia e sovranità

- 131 Dinamiche economiche, comunità e deglobalizzazione selettiva
Francesco Manfredi

- 137 Ecosistemi nazionali e strategie per l'innovazione: un approccio bottom-up per politiche di sviluppo sostenibili
Dario Peirone

Parte IV

Democrazia e sovranità popolare

- 147 Dov'è il popolo sovrano?
Francesco Cavalla
- 155 La funzione giurisdizionale tra costituzione, legge e sovranità popolare
Nicolò Zanon
- 169 Self-Government in an Age of Over-Mighty Courts
Richard Ekins
- 179 Intellectual Roots of Political and Legal Disaffection
Francisco B. López-Jurado

Parte V

Sovranità popolare e istituzioni sovranazionali

- 197 Europe's Unresolved Sovereignty Problem and Britain's Choice to Leave
Guglielmo Verdirame
- 209 Le metamorfosi della sovranità in Europa: il "sovranismo" e la crisi del globalismo
Paolo Becchi
- 221 Why Sovereignty is Part of the Problem
Maria Cahill
- 229 Autori

Sovranità, interesse nazionale e giurisdizione, oggi

ALESSANDRO BERNASCONI*

1. Categorie da precisare

Intrecciati, talvolta sovrapposti nell'attuale agone politico, i concetti di *sovranità* e di *interesse nazionale* faticano a reperire un proprio statuto — *in primis* dogmatico, poi interpretativo — autonomo e condiviso. Una prospettiva saldamente ancorata al piano del diritto positivo interno s'imbatte in una chiave di lettura proposta dal giudice delle leggi: nel 2007 — periodo non “sospetto” — la Corte costituzionale, postulata la «natura polisemantica» del termine *sovranità*, ne aveva declinato le singole accezioni identificandole, di volta in volta, vuoi nelle «caratteristiche proprie di un ordinamento statale indipendente rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento internazionale», vuoi nella «originaria natura di alcuni ordinamenti coinvolti nei processi di federalizzazione o nella formazione dei cosiddetti “Stati composti”», vuoi — ancora — nella «posizione di vertice di un organo costituzionale all'interno di un ordinamento statale»¹. In altre parole, rispettivamente, irriducibilità delle caratteristiche istituzionali autoctone rispetto all'“altro da sé”, asseverazione della matrice storica nell'evoluzione unitaria di forme-Stato complesse, enfaticizzazione della concezione apicale di *potere* in un quadro costituzionale ispirato alla geometria della separazione (dei poteri) *à la Montesquieu*².

La sovranità, non quella *in the books* bensì *in action*, è connessa all'*esercizio del potere politico*, nell'accezione di potere «esclusivo all'interno dei confini territoriali dello Stato e indipendente al di fuori

* Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Brescia.

1. Corte cost., sent. 7 novembre 2007, n. 365.

2. Per un tentativo di ricostruzione da un'angolatura identitaria, G. VALDITARA, *Sovranismo. Una speranza per la democrazia*, Book Time, Milano 2017, *passim*.

degli stessi»: sovranità *nello Stato* e *dello Stato*³. La domanda fondamentale è: godono di una franchigia gli atti emanati dal governo — cioè il vertice del potere esecutivo — in nome di quel potere? Sono giurisdizionalmente sindacabili? Per abbozzare una risposta occorre soppesare i rapporti tra politica e giurisdizione.

L'analisi storica e il confronto con altre realtà conducono al cuore del problema: il «governo dei giudici»⁴ — l'espressione compendia un fenomeno di contrapposizione *tra poteri dello Stato* — ha radici profonde e spiegazioni complesse.

Prescindiamo, per il momento, dallo scontro (più che trentennale) magistratura *vs.* politica e limitiamoci a osservare alcuni dati. Nel cortile di casa nostra, spesso si sottace che alla magistratura spetta pronunciarsi su questioni inerenti all'esercizio della *sovranità popolare*: il *referendum*, fino a poco tempo fa assai utilizzato, è subordinato a un duplice livello di verifiche delle magistrature superiori (Cassazione, Corte costituzionale) riguardo alla sua ammissibilità nel caso concreto. Anche la verifica di legalità — in senso ampio — sull'esercizio del potere politico (non solo la giustizia penale, bensì anche quella amministrativa e contabile) è ascrivibile a consolidate regole democratiche. Ancora: il controllo, così detto “diffuso”, sulla costituzionalità delle leggi — per il quale anche “l'ultimo giudice del più piccolo tribunale” può rinviare l'esame di una norma alla Consulta — è parte della tradizione del nostro ordinamento. A ciò si aggiungano le nuove frontiere poste dalla bioetica, dall'eutanasia, dalle nuove tecnologie, dalla tutela dei consumatori e dell'ambiente: profili sui quali i giudici sono costantemente chiamati a offrire risposte, spesso a fronte di istanze del tutto inedite⁵.

Se volgiamo lo sguardo oltre confine assistiamo all'affermarsi, relativamente recente, della giustizia penale internazionale riguardo ai crimini di guerra e a quelli contro l'umanità commessi nei teatri dei conflitti locali (un percorso tortuoso, che culmina con l'istituzione della Corte penale internazionale). Non solo. In più di una democrazia avanzata (Stati Uniti, Francia) ci si interroga, da tempo,

3. A. MITROTTI, *Sovranità e interesse nazionale nel nuovo accordo di governo*, in <http://www.AmbienteDiritto.it>, p. 3.

4. Si veda la raccolta di saggi *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati — A. Ceretti — A. Giasanti, Feltrinelli, Milano 1996, *passim*.

5. S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in *Governo dei giudici*, cit., p. 26 ss.

sui problemi posti dall'estensione del potere dei giudici⁶. Insomma, vari e plurimi sono i fattori alla base dell'espansione del ruolo e degli spazi della giurisdizione, qui e altrove.

Si aggiunga, a completare il quadro fin qui tratteggiato, che la Corte costituzionale riconosce l'esercizio del potere politico *libero nei fini* ma, al tempo stesso, limitato giuridicamente dalla Carta fondamentale⁷; dunque, una sovranità popolare, nella cornice di uno Stato costituzionale, «ben limitata»⁸. A sorte non diversa sono destinati — sempre calzando le lenti della Consulta — gli *atti politici*; l'area di insindacabilità giurisdizionale degli atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico si è andata via via erodendo: «sottratti al sindacato giurisdizionale non [sono] gli atti in quanto tali ma semmai specifici elementi di tali atti in quanto più propriamente pertinenti a scelte configurabili quali esercizio di discrezionalità politica»⁹.

Volgendo ora l'attenzione al “bene” dell'*interesse nazionale*, salta all'occhio la *politicalità* di cui esso è impregnato, nella duplice prospettiva delle relazioni internazionali e degli affari interni; l'aspro conflitto in corso tra dirigismo dell'Unione europea e identità populiste re-

6. Tra gli studi nordamericani si segnala quello condotto da R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge 2007; quanto alla Francia, v. A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Feltrinelli, Milano 1997 e A. GARAPON — D. SALAS, *La Repubblica penale*, Liberilibri, Macerata 1997.

7. Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 81: «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate».

8. A. MITROTTI, *Sovranità e interesse nazionale nel nuovo accordo di governo*, cit., p. 4.

9. Così, commentando Corte cost., sent. n. 81 del 2012, cit., F. BILANCIA, *Ancora sull'“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in Riv. A.I.C., 2012, n. 4, p. 2 (aggiunge l'A. che «[i]n poche righe la Corte costituzionale riassume [...] l'essenza della problematicità del c.d. “atto politico”, ribadendo i fondamentali effetti che sulla stessa natura di tale tipo di atto, e più in generale sulla discrezionalità politica, sono esercitati, nei regimi fondati sui principi dello stato di diritto — e ancor più [...] nei sistemi costituzionali contemporanei — dai limiti giuridici posti dall'ordinamento. Con l'effetto di ridurre in maniera drastica i confini della pretesa insindacabilità giurisdizionale, fin quasi a farla sparire del tutto e comunque a ricondurla nei ristretti limiti degli spazi di decisione comunque non espressamente sottoposti dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica»).

clama lo sforzo di definire, anche sotto il profilo costituzionale, il suddetto concetto, per sua natura non scindibile dall'esercizio della sovranità appartenente al popolo (art. 1 comma 2 Cost.). Innegabile che l'interesse nazionale sia stato pretermesso, quando non addirittura vanificato, in (almeno) due occasioni; con la riforma — *ex l.* cost. 18 ottobre 2001 n. 3 — dell'art. 117 Cost., dal cui comma primo venne espunto ogni riferimento al valore in parola; con l'inserimento del vincolo del pareggio di bilancio nel “nuovo” art. 81 Cost. — ad opera della l. cost. 20 aprile 2012 n. 1 — a seguito del quale la perseguibilità di politiche economiche espansive è stata compromessa¹⁰. L'includibile necessità di bilanciare gli interessi europei di tenuta finanziaria con i principi costituzionali in materia di “livelli di prestazione”, a tutela dei diritti civili e sociali dei cittadini (in altri termini, il mantenimento del *welfare*), riapre il dibattito politico e giuridico sulla primazia dell'interesse nazionale; e tra i compiti del diritto costituzionale rientra quello di scolpirne i profili salienti in politica estera (difesa dei confini nazionali e degli interessi economici del Paese) e in politica interna (protezione dei fondamentali diritti economico-sociali, tutela della sicurezza pubblica con intuibili riflessi sul rapporto autorità-individuo)¹¹.

2. Alle origini del male: un apparato burocratico in ricerca del consenso popolare

Paradigmatico, il caso della nave “Diciotti” — all'onore delle recenti cronache — ha contrapposto il potere giudiziario a quello esecutivo, evocando nodi da lungo tempo irrisolti e attualizzando il tema dei rapporti tra sovranismo/interesse nazionale e giurisdizione¹².

10. Così, P. MADDALENA, *Prefazione*, in *Enciclopedia giuridica della sovranità*, a cura di G. Palma, vol. I, GDS ed., Vaprio d'Adda (MI) 2018.

11. A. MITROTTI, *Sovranità e interesse nazionale nel nuovo accordo di governo*, cit., pp. 13-14.

12. Nella *Relazione* del Tribunale di Catania (Sezione reati ministeriali), a supporto della *Domanda di autorizzazione a procedere a giudizio ai sensi dell'art. 96 della Costituzione nei confronti del senatore Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro dell'Interno pro tempore*, per il reato di sequestro di persona aggravato (v. *Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Disegni di legge e relazioni, Documenti, doc. IV bis n. 1*) emerge, con chiarezza, l'impostazione politica del collegio catanese. In particolare, con l'affermazione (ivi, p. 42) «la decisione del Ministro non è stata adottata per problemi di ordine pubblico in senso stretto, bensì per la volontà meramente politica [...] di affrontare il problema della gestione dei flussi migratori invocando, in base a un

Indispensabile capire le ragioni profonde dello scontro tra potere giudiziario e politico.

L'“invasione di campo” da parte della magistratura si manifesta nei primi anni Settanta del secolo scorso; sotto l'ombrello teorico dell'«uso alternativo del diritto» (1972)¹³, talune sentenze (soprattutto di pretori) puntano a riequilibrare — con un'interpretazione squisitamente ideologica del diritto sindacale — le diseguglianze nei rapporti tra imprenditori e lavoratori a favore di questi ultimi; si trattava di pronunce giurisprudenziali “creative”, non certo animate da spirito garantista nei confronti dei primi: “pretori d'assalto” vs. padronato. Il germe che assegna alla giustizia il ruolo di arma per combattere l'avversario politico è così inoculato nel sistema; che lo metabolizza, con l'effetto degenerativo di soppesare le iniziative dei magistrati con un criterio inusuale: quello del consenso dell'opinione pubblica¹⁴. In altre parole, un metro *politico* e, come tale, *indebito*, poiché assegnare (e riconoscere) al magistrato il ruolo di protagonista del cambiamento sociale significa attribuirgli una legittimazione impropria, in quanto eccentrica al basilare principio della sovranità popolare (e del controllo democratico ad esso consentaneo)¹⁵. La magistratura, apparato burocratico cui si accede per concorso pubblico, era ed è svestita, nell'attuale quadro costituzionale, di alcun ruolo politico.

Quando poi, nel contesto del violento scontro sociale degli anni Settanta, la politica consegna una delega in bianco alla magistratura per fronteggiare fenomeni quali l'eversione e il terrorismo — e,

principio di solidarietà, la ripartizione dei migranti a livello europeo tra tutti gli Stati membri», il tribunale dei ministri si espone a sindacare sia il perimetro del concetto di «ordine pubblico» (e, quindi, gli atti che vi possono rientrare o meno), sia le scelte discrezionali (del Governo) intese a tutelare quest'ultimo; ancora, più esplicitamente: «L'atto del Ministro Sen. Matteo Salvini costituisce [...] un atto amministrativo che *perseguendo finalità politiche ultranee* [corsivo nostro] rispetto a quelle prescritte dalla normativa di riferimento, ha determinato plurime violazioni di norme internazionali e nazionali, che hanno comportato l'intrinseca illegittimità dell'atto amministrativo censurata da questo Tribunale» (ivi, p. 49). Per una lettura critica dell'atto del Tribunale di Catania, v. A. SINAGRA, *Lettera aperta*, in *Dagospia.com*, 2 febbraio 2019.

13. La cui prevalente espressione teorica è rappresentata da un convegno nazionale, tenuto a Catania il 15–17 maggio 1972, i cui atti sono raccolti in due volumi intitolati *L'uso alternativo del diritto* (t. I. *Scienza giuridica e analisi marxista*; t. II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*), a cura di P. Barcellona, Laterza, Roma–Bari 1973.

14. R. ORLANDI, *La giustizia penale*, in *Treccani.it*.

15. Già in questo senso P. TOGLIATTI, *Camera dei deputati. Atti parlamentari, IV Legislatura, Discussioni*, seduta pomeridiana del 13 dicembre 1963, p. 4119.

qualche anno più tardi, la criminalità organizzata — un passaggio irreversibile si compie. Il processo penale trascolora — da congegno per l'accertamento del fatto criminoso e della responsabilità individuale dell'imputato — in strumento "di lotta" (o "di contrasto") contro il male di turno. Una *simulazione linguistica* si fa strada e riscuote un successo incondizionato: l'«emergenza», cioè a dire un insieme di norme speciali, prassi applicative, ideologie, meccanismi di creazione del consenso e (al tempo stesso) di censura, che coinvolge gli attori della giustizia penale, l'universo dei *media*, gli intellettuali e il ceto politico; a dispetto della *temporaneità* evocata dal sostantivo, l'«emergenza» dissimula un *metodo di governo* del sistema penale (e non solo di questo).

Lungo questo crinale, il diritto penale di stampo liberale cede il passo a leggi, e a prassi giudiziarie, inedite; "pentitismo", cause di non punibilità e sconti di pena, trattamento processuale e penitenziario — carcere "speciale" o meno — differenziati e calibrati *non in rapporto alla gravità del fatto ascritto*, bensì *alla posizione soggettiva dell'imputato* (collaboratore di giustizia, "dissociato" oppure "irriducibile"); si tratti di terrorismo o di criminalità organizzata, tali sono gli strumenti messi in campo (e il "caso Tortora", del 1983, getta luce sull'uso indiscriminato delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia). Arnesi, di stampo autoritario, poi riutilizzati dalla magistratura quando è la volta di indagare sul malaffare nella pubblica amministrazione ("Tangentopoli", 1992); si colloca qui l'inizio della rivolta di un ceto politico (che sfocerà nella stagione del "giusto processo": 1999–2001), sgomento nel vedere usare — contro di sé — leggi che lo stesso aveva forgiato (e pratiche — quali l'uso della custodia cautelare *ad eruendam veritatem* — che, tollerandole, aveva contribuito ad alimentare).

In tale quadro, è il pubblico ministero — figura istituzionalmente forte e di prima linea nella "lotta" alla criminalità — a svolgere il ruolo di attore protagonista, poiché sono le indagini preliminari (si pensi all'uso mediatico, e distorto, dell'informazione di garanzia) a rappresentare il fulcro dell'accertamento, non il processo vero e proprio, cioè il dibattimento¹⁶. Correlativamente, il ruolo del giudice degrada a quello di comprimario. Così come quello della giurisdizione

16. Cfr. M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova 1998, p. 114 ss. e P.P. GIGLIOLI — S. CAVICCHIOLI — G. FELE, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, il Mulino, Bologna 1997, *passim*.

subisce un irreparabile *vulnus* con l'accantonamento di un principio storico, emblema della giurisdizione stessa: quello della collegialità (introduzione del giudice unico: 1998—1999).

Un nuovo *idolum theatri* si è infatti affacciato sulla composita scena della giustizia penale: l'*efficientismo*, che combina, intrecciandole, due fenomenologie. La *premieria*, nata e sviluppata sotto l'egida delle varie «emergenze» (cause di non punibilità, riduzioni di pena, misure alternative alla detenzione “illimitate”, programmi di protezione e di *relocation* per i collaboratori), viene declinata, dal codice di procedura penale del 1988, in una “diversa” tipologia di scambio, tra Stato e imputato: la disponibilità del secondo a rinunciare al diritto all'accertamento pieno ed in contraddittorio (optando per il giudizio abbreviato o per il “patteggiamento”) viene ricompensata dall'ordinamento con una riduzione di pena connessa alla scelta del rito alternativo (al dibattimento); il paradigma retributivo del diritto penale “classico” salta così definitivamente, in nome vuoi della lotta alla criminalità (1979–1994), vuoi delle esigenze di sfofamento del carico processuale (1988). Il secondo fenomeno cui qui si allude è legato alla *cultura del risultato* che permea sempre più l'universo giustizia; intesa ad affrontare il problema dei lunghi tempi della giustizia civile, essa è suscettibile di produrre consenso sociale, fuori e dentro il sistema; ma una volta trasportata — *sic et simpliciter* — nell'arena penale, siffatta cultura comporta prezzi elevatissimi in termini di rinuncia a garanzie coeve ai sistemi penali d'impronta liberale e, come si è anticipato, la mortificazione della giurisdizione. Su questo cumulo di rovine, svetta — non dimentichiamolo — l'ipertrofica figura del pubblico ministero; una giurisdizione, in sostanza, amministrativizzata (prona cioè alle logiche informali e alle prerogative d'azione di cui gode la pubblica accusa tipiche, per l'appunto, di un organo amministrativo).

3. Una corporazione, un contropotere

È a colpi di inchieste e di inviti a presentarsi che fu demolita la “prima Repubblica”. Un interrogativo — non peregrino — iniziò a circolare: il magistrato è ancora soggetto alla legge (come Costituzione vorrebbe)? O il primo è assunto a una posizione di supremazia rispetto alla seconda?

Indubitabile la crescita e l'affermarsi, negli ultimi decenni, di un *potere giudiziario antagonista*¹⁷. Discutere ed accapigliarsi sul colore politico delle toghe non favorisce la comprensione di un fenomeno che, inauguratosi con la "giurisprudenza alternativa" dei pretori dei primi anni Settanta si dipana, con l'avvicinarsi delle varie «emergenze», fino ai giorni nostri, lasciando per strada un cadavere eccellente: il garantismo. La demenziale idolatria "grillina" per le manette rappresenta semplicemente la metastasi di un processo avvenuto in altre epoche, su terreni diversi.

Occorre precisare che la vicenda della nascita del così detto "contropotere giudiziario" si lega — in parte — alla storia della corrente di "Magistratura democratica". Esistono certo collegamenti ma incombono, altresì, forzature.

In breve.

Profili generazionali e peculiarità del periodo politico tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del secolo scorso portano una nuova generazione di magistrati, per lo più impegnati "a sinistra", ad interrogarsi sul proprio ruolo, sui confini di intervento della giurisdizione, sui rapporti tra sistema delle leggi del momento ed istanze provenienti da determinati settori sociali. Tale fermento non contribuisce tuttavia alla elaborazione di una matura cultura garantista all'interno della "sinistra" (partitica e alla sua "cinghia di trasmissione" giudiziaria). Ciò, per tre ordini di ragioni.

La stagione dell'"uso alternativo del diritto", peraltro breve, non si caratterizza certo per il rispetto delle garanzie sostanziali e processuali: come anticipato, l'ambito del diritto sindacale fu contrassegnato da pronunce militanti, indirizzate a favore di una ben precisa parte sociale (i lavoratori) e contro quella opposta (gli imprenditori).

In secondo luogo, le riflessioni e le embrionali elaborazioni sulla giustizia penale di quel periodo — prevalentemente orientate sulle tematiche dei reati di opinione — cedettero ben presto il passo ai dettami della cultura dell'«emergenza» antiterroristica, rispetto alla quale la maggioranza della corrente di sinistra della magistratura risultò asservita e acritica.

Infine, a cavallo degli anni Ottanta, "Magistratura democratica" venne egemonizzata dal Pci (poi Pds) e la concezione "sovietica" del diritto (penale) come strumento di lotta politica continuò, indisturbata, a connaturare l'*imprinting* dei giuristi della sinistra ufficiale. Fin

17. M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 181 ss.

qui, si potrebbe obiettare, trattasi di faccende — *interna corporis* — dello schieramento giudiziario e del “suo” partito politico di riferimento. Per elaborazioni, progetti, processi “antimafia” costruiti su teoremi politici (poi crudamente smentiti in sede processuale: caso Andreotti), nomi, schieramenti e carriere nella magistratura si guardi a una città-laboratorio, tra gli anni Ottanta e i Novanta, della giustizia penale: Torino.

Non è ora eludibile la domanda più corretta. “Magistratura democratica” diventa egemone, quantomeno culturalmente, all’interno della magistratura associata e, parallelamente, il potere giudiziario sviluppa, accentua e rivendica, persino pubblicamente, una percezione del “sé” — e del proprio ruolo — sempre più vicina a quella di un *contropotere*¹⁸. Cos’è successo?

L’egemonia in questione viene conquistata, attraverso una politica “delle e per” le toghe, articolata su tre parole d’ordine:

- a) autonomia ed indipendenza della magistratura, in nome delle quali la conservazione dei privilegi, economici e di *status*, gioca un ruolo fondamentale e, per così dire, pre-politico;

18. Ciò si manifesta anche con irrituali forme di pressione sul legislatore e sul governo nonché con un disinvolto utilizzo dei *media*; gli esempi storici più eclatanti sono il “documento dei 36” (del 1984) e il “pronunciamento” (del 1993) — in diretta televisiva — del così detto “pool di Mani Pulite” della procura della Repubblica di Milano. Con il primo, la maggioranza dei pubblici ministeri e dei giudici istruttori che avevano gestito le inchieste sulla lotta armata, indirizzarono al presidente del Consiglio (Craxi), al vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura (De Carolis), al ministro (di Grazia e) Giustizia (Martinazzoli), al ministro degli Interni (Scalfaro), al capo della polizia (Coronas), al comandante generale dei carabinieri (Bisogniero) e al direttore dei servizi di informazione per la sicurezza interna (De Francesco), un documento che denunciava «un diffuso senso di smobilitazione rispetto all’impegno che, con i noti risultati, era stato profuso nella lotta al terrorismo e all’eversione»; a giudizio dei firmatari di quel testo, la tendenza alla smobilitazione era testimoniata dalla riduzione degli organici degli apparati antiterrorismo, da taluni progetti di legge intesi a ridurre i termini della carcerazione preventiva e a mitigare le pene anche a fronte di «dissociazioni meramente verbali e/o di principio dal terrorismo e dalla pratica eversiva», dall’«eccessivo abbattimento di taluni livelli di sicurezza raggiunti in passato all’interno delle cosiddette carceri speciali», dal calo di attenzione rispetto alla protezione dei così detti “grandi pentiti” (diede notizia dell’esistenza di questo appello il quotidiano *Il Manifesto* del 26 maggio 1984). Con il secondo, indirizzato contro un decreto legge che, se emanato, avrebbe inciso sulla custodia cautelare — con conseguenze su alcune inchieste in corso che riguardavano rapporti illeciti tra appartenenti ai partiti dell’allora maggioranza e taluni gruppi imprenditoriali — i pubblici ministeri milanesi minacciarono pubblicamente le dimissioni (così arrogandosi, nei fatti, il ruolo di co-determinatori degli indirizzi di politica criminale del Paese).

- b) difesa ad oltranza della unicità delle carriere di giudice e pubblico ministero;
- c) asseverazione del controllo di legalità sulla politica.

In un contesto nel quale la “sindacalizzazione” della magistratura viene a giocare un ruolo preciso e definito, è chiaro come anche i settori dell’ordine giudiziario meno inclini “a sinistra” siano stati conquistati da questo canto delle sirene¹⁹. Trattasi, alla fine, di questioni di preservazione di casta o, come è stato scritto, di “supercasta”²⁰.

4. Primato della rappresentanza popolare e riforma della giustizia

Il ristabilimento del primato della rappresentanza popolare è l’unico (e impervio) sentiero per superare l’attuale squilibrio tra poteri; una situazione, quella attuale, tenuta in scacco da più o meno potenti corporazioni: il pensiero si rivolge non solo alla magistratura, ma anche alla burocrazia erariale — che si spinge a dettare le linee di politica fiscale —, all’informazione sfacciatamente “militante” dei grandi gruppi editoriali — assurta a ruolo di vero e proprio potere politico, di matrice europeista/globalista —, all’economia reale dominata da due o tre grandi imprese, a quella creditizia con l’oligopolio di un paio di gruppi bancari, internazionalmente ramificati.

Solo attraverso un ristabilimento del primato della politica — e con esso, della rappresentanza popolare — può essere riaperta l’agenda-giustizia. I problemi sul tavolo sono noti.

Le prerogative e la collocazione istituzionale del pubblico ministero: un’anomalia tutta italiana, se confrontata con le soluzioni continentali adottate in Francia e Germania (per limitarci agli ordinamenti di matrice “napoleonica” e tralasciando quelli di *common law*) dove l’inquirente, per il fatto di esercitare l’azione penale in termini discrezionali, risponde di tale potere in via gerarchica a un organo superiore; a questo aspetto è altresì connessa la necessità

19. Si confrontino — al riguardo — l’approccio critico di R. CANOSA, *Storia della magistratura in Italia. Da Piazza Fontana a Mani Pulite*, Baldini & Castoldi, Milano 1996, p. 203 ss. e quello apologetico di A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna 2012, p. 321 ss.

20. E. D’ANGELO, *Quell’abbraccio tra Pci e Md che fece scattare Mani pulite*, in *il Giornale.it*, 28 novembre 2013; Id., *Senza una vera riforma il Paese resterà ostaggio del potere giudiziario*, *ivi*, 1° dicembre 2013.

della separazione delle carriere dei magistrati (giudici e pubblici ministeri)²¹.

Ancora, due temi non meno scottanti: l'obbligatorietà dell'azione penale (principio rimasto sulla carta, che necessita di essere quanto meno temperato con quello di opportunità: le scelte *discrezionali* delle procure della Repubblica non sono "affari interni" delle medesime ma riguardano la *collettività*) e l'assetto (nonché le competenze) del Consiglio superiore della magistratura la cui intrinseca politica non può più tollerare una composizione come quella attuale, contrassegnata dalla prevalenza numerica dei togati eletti.

Trattasi di riforme di portata *costituzionale* che, in quanto tali, necessitano di ampie e qualificate maggioranze parlamentari.

Un approccio meno "millenaristico" potrebbe valorizzare — postulando un futuro quadro politico nazionale nel quale la rappresentanza "pentastellata" risulti ridimensionata — opzioni praticabili già nel contesto normativo attuale e segnatamente:

- 1) attuare una moratoria legislativa in campo penale e processuale penale, settori per lo più manipolati a scopi simbolici, quando non addirittura per soddisfare interessi puramente elettorali;
- 2) tornare ai quattro codici (civile, penale, procedura civile, procedura penale) razionalizzando/eliminando la pletorica legislazione speciale che rende ingovernabile il Paese;
- 3) chiamare all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati di consolidata esperienza (ossia, attuare concretamente quanto previsto dall'art. 106 comma 3 Cost.);
- 4) nominare come dirigenti apicali delle tecnostutture ministeriali non più solo magistrati bensì anche i componenti delle categorie professionali sopra citate;
- 5) identica linea di cui al punto precedente per quanto concerne sia la cooptazione dei consiglieri giuridici del Presidente della Repubblica e del Consiglio dei Ministri (con parallelo ridimensionamento del peso dei magistrati provenienti dai ruoli del Consiglio di Stato), sia la nomina dei vertici delle *authority* di vigilanza;

21. Per una lettura divulgativa, P. SENALDI, *Intervista a Carlo Nordio*, in *Libero*, 12 novembre 2018, p. 7.

- 6) rafforzare l'organico della magistratura onoraria, valorizzandola.

Un discorso a sé merita, infine, la questione della così detta "anticorruzione".

A prescindere dalle buone intenzioni della lotta alla corruzione nella sfera pubblica, burocratizzazione dei controlli e sovraesposizione politica dell'ennesima autorità "indipendente" (cioè, l'A.n.ac: in Italia, si noti, tutte le *authority* sono di nomina governativa) testimoniano la farraginosità dell'attuale azione di contrasto al malaffare.

Un deciso cambio di impostazione richiederebbe, *de iure condendo*, l'abrogazione della legislazione (così dette "riforme Bassanini") che ha importato nel diritto pubblico logiche e strumenti tipici del diritto privato; in questa insensata commistione si annidano la proliferazione degli snodi di potere e la moltiplicazione dei centri di spesa, cioè a dire le cause della corruzione nel nostro Paese²². *Last but not least*, l'abrogazione della l. 9 gennaio 2019 n. 3 («Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici»), cioè un cappio al collo per i pubblici amministratori, nonché la drastica semplificazione delle procedure previste dal codice dei contratti pubblici.

22. G. TREMONTI, *Le ali al folle volo*, in V. SGARBI — G. TREMONTI, *Rinascimento*, Baldini & Castoldi, Milano 2017, p. 65–67.