

Giustizia e divisione dei poteri

Opinioni

GIORGIO SPANGHER

Premessa

Il tema dei rapporti tra la giustizia e gli altri poteri dello Stato è suddivisibile in una parte statica ed in una dinamica. Nella prima si considereranno le posizioni costituzionali ed istituzionali dei due poteri. Nella seconda, saranno analizzate le dinamiche attraverso le quali la giustizia, il potere legislativo e quello esecutivo si sono, reciprocamente, dialetticamente e conflittualmente atteggiati.

1. Parte statica

1.1. Giustizia

Ai sensi dell'art. 104 Cost. si prevede che la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Sia che si tratti di funzione, di ordine, ovvero di un potere, la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura è assicurata dal Consiglio Superiore della Magistratura (104, comma 2, Cost.), presieduto dal Presidente della Repubblica, che garantisce l'unità dello Stato nelle diverse articolazioni dei poteri, seppur con funzioni e ruoli diversi. Il C.S.M. è composto per due terzi da magistrati e per un terzo da laici eletti dal Parlamento. Si tratta di una istituzione nella quale la politica e la magistratura si incontrano e si confrontano.

La struttura della magistratura è governata dalla legge di ordinamento giudiziario. Al riguardo deve farsi notare come, pur con alcune modifiche anche importanti, l'organizzazione giudiziaria sia ancora governata dalla l. n. 12 del 1941. Nonostante i tentativi di riforma, la legge Grandi, introdotta dal fascismo, è rimasta inalterata, ancorché una disposizione transitoria della Corte costituzionale ne disponesse la riforma (VII disp. trans. Cost.).

Una riforma della materia è stata realizzata solo nel 2006 da parte del Ministro Castelli, peraltro, subito corretta dal Governo successivo, dal Ministro Mastella. Significativa di queste innovazioni la previsione dell'istituzione della Scuola Superiore della Magistratura, così da sottrarre alle logiche ed alle dinamiche interne al Consiglio anche la formazione e

l'aggiornamento della magistratura, pur conservando i magistrati l'intero controllo dell'organizzazione con autonomia sulle scelte culturali e sulla gestione.

A garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, è attribuita al C.S.M. la competenza a valutare i comportamenti che potrebbero costituire illecito disciplinare. Va sottolineato che la presenza dei laici nella sezione disciplinare, peraltro marginale, è del tutto superata dalla successiva impugnabilità della decisione alle Sezioni unite civili.

Nei rapporti con il governo, si prevede che per la nomina delle posizioni direttive, il Ministro – nella logica della leale collaborazione – deve prestare il proprio consenso. Il dato si giustifica in relazione al fatto che spettando al Governo dotare la giustizia delle risorse necessarie per il suo funzionamento, le posizioni apicali affiancano all'attività giudiziaria anche quella gestionale. Il consenso, invertito, deve, invece, prestare il C.S.M., esprimendo il proprio parere per quanto attiene all'individuazione del rappresentante italiano di Eurojust, scelto in una rosa indicata dal Ministro.

Quanto ai rapporti con il potere legislativo, questi vanno inquadrati innanzitutto guardando a quanto si prevede in relazione al potere del C.S.M. di fornire il proprio parere in relazione alle modifiche legislative che abbiano ricadute sull'organizzazione giudiziaria. Il raggio della previsione – originariamente circoscritta – è andata – per l'interpretazione estensiva che ne ha dato il C.S.M. – incrementandosi, non esistendo ormai riforma, anche di diritto processuale o di diritto sostanziale, non implicante ricadute di segno ordinamentale, cioè, di funzionamento della macchina giudiziaria.

In secondo luogo, il rapporto con il potere legislativo si innesta nella affermata subordinazione dei giudici alla legge. Al riguardo, s'impone un chiarimento. Invero, la giustizia è – ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cost. – amministrata in nome del popolo italiano. Ai sensi dell'art. 1 comma 2 Cost. la sovranità appartiene al popolo ed il modo più frequente di questo esercizio è costituito dall'approvazione delle leggi da parte del Parlamento, eletto dal popolo.

La riferita subordinazione dei giudici alla legge consente alla magistratura – nel caso in cui il Parlamento non abbia rispettato le previsioni costituzionali – di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale. Si tratta, com'è noto, dell'organo previsto dagli artt. 134-137 Cost., composto di 15 membri nominati nel numero di cinque, rispettivamente dal Capo dello Stato dalle magistrature superiori e dal Parlamento. Si tratta di un altro organo ove – ad altissimo livello - la giustizia e gli altri poteri si incontrano. Oltre alla funzione di giudice delle leggi e dei conflitti, anche tra magistratura e Parlamento, come si dirà, la Corte è assunta a giudice di merito del Segreto di Stato. Non è escluso, essendosi già verificato, che le decisioni della Consulta innestino anche contrasti tra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, in relazione alla tipologia di alcune decisioni della Corte costituzionale (le c.d. sentenze interpretative di rigetto).

Il significato della subordinazione alla legge va oggi ricostruito in termini ampi, considerato il multilivello delle fonti (convenzionali, pattizie, sovraordinate) e la presenza di Corti (europea e dei diritti dell'uomo) capaci di fissare regole, principi, decisioni alle quali variamente il giudice risulta subordinato.

1.2. Altri Poteri.

Quanto al potere legislativo, le guarentigie dei parlamentari già assicurate dall'art. 68, comma 1, Cost. (cui *adde* art. 9 l. n. 140 del 2003), relativamente alle opinioni espresse ai voti dati, erano racchiuse nella previsione di cui all'art. 68, commi 2 e 3, Cost. Nell'assicurare alcune garanzie ai deputati e ai senatori nei confronti del potere giudiziario, era previsto che, senza autorizzazione della Camera di appartenenza, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a procedimento penale, né essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, salvo che sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura, ed eguale autorizzazione era richiesta per trarre in arresto o mantenere in detenzione un membro del Parlamento in esecuzione di una sentenza anche irrevocabile.

Com'è noto, questo presidio si è andato progressivamente indebolendo. In particolare, con la l. Cost. n. 3 del 1993 si è previsto che "senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna e se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; analoga autorizzazione è richiesta per disporre intercettazioni, in qualunque forma di conversazioni o comunicazioni e il sequestro di corrispondenza".

Da ultimo, con l'approvazione della c.d. legge Severino (d. lgs. n. 235 del 2012, Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190), le tutele del ceto politico sono state ulteriormente ridimensionate. Con questo provvedimento sono state previste le conseguenze di un tema di ineleggibilità ed incompatibilità a ricoprire cariche pubbliche nei confronti di soggetti condannati. In tal modo l'esito del giudizio penale si salda con la intervenuta citata modifica dell'art. 68 Cost. che ha consentito l'avvio del procedimento davanti all'autorità giudiziaria.

Il panorama qui tracciato va completato con la disciplina dei reati commessi dal Presidente della Repubblica (art. 90, comma 2, Cost.) nonché con la rinnovata disciplina dei reati ministeriali (art. 96 Cost., come modificato dall'art. 1 l. Cost. n. 1 del 1989).

Invero, sotto quest'ultimo profilo si prevede che i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri, anche se cessati dalla carica, nell'esercizio delle loro funzioni, sono accertati dalla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati secondo le regole fissate dalla legge costituzionale che con la l. n. 219 del 1989 ha istituito il c.d. tribunale per i reati ministeriali.

In sede processuale, a tutela del Presidente della Repubblica e delle alte cariche dello Stato, sono previste specifiche modalità per l'assunzione delle testimonianze (art. 205 c.p.p.).

2. Parte dinamica

2.1. Altri Poteri vs. Giustizia

Invero, in questi anni non sono mancate le occasioni di contrasti e di conflitti, anche accesi, tra potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e quello giudiziario dall'altro, certamente in materia penale, ma anche in relazione a temi etici e sensibili.

Sotto il primo profilo, va ricordata la vicenda attinente al Segreto di Stato (specificamente in relazione al caso Abu Omar). Non solo, il Parlamento è intervenuto modificando la legge, in materia; i giudici hanno sollevato due conflitti alla Corte costituzionale; la Cassazione ha "censurato" la decisione della Consulta; il Ministro non ha disposto rogatorie; il Presidente della Repubblica ha concesso la grazia ad alcuni condannati (americani), ma in seguito a questa vicenda la Corte costituzionale ha visto trasformato il suo ruolo, in questa materia, diventando – come anticipato – il giudice del segreto, nel senso che finisce per valutare profili di merito della materia.

Il tema del conflitto, in secondo luogo, si è evidenziato nelle note vicende dei lodi Schifani e Alfano, con i quali Governo e Parlamento intendevano arginare o differire l'esame di alcune vicende giudiziarie riguardanti alcune posizioni apicali della organizzazione dell'Esecutivo (Presidenza del Consiglio). Le eccezioni di legittimità della magistratura hanno condotto alla declaratoria di incostituzionalità delle due leggi, non senza forti frizioni tra i poteri.

Non sono, altresì, mancati interventi normativi con i quali il legislatore ha modificato specifiche decisioni della magistratura, come nel caso del decreto legge n. 60 del 1991, conv. in l. n. 133 del 1991, con il quale si è corretta la decisione della Cassazione che aveva scarcerato alcuni mafiosi per una errata interpretazione degli artt. 297-304 c.p.p. In alcuni casi, in materia di custodia cautelare, il legislatore – su sollecitazione della magistratura – è intervenuto allungando i tempi della custodia cautelare per evitare scarcerazioni di soggetti pericolosi. Si trattava di una "legislazione collaborativa" al cui fianco si colloca, tuttavia, anche quella ostativa, quella reattiva, quella adeguatrice.

Sotto il primo profilo, vanno segnalati gli interventi con i quali il legislatore, ha modificato le norme per impedire iniziative giudiziarie ritenute "inadeguate" sotto vari profili (si pensi alla c.d. l. *ex Cirielli*). Più recentemente, si può far riferimento alle vicende giudiziarie dell'Ilva di Taranto che hanno visto l'intervento del Governo per ridimensionare gli effetti (sociali) di alcune decisioni dei magistrati. In altri casi, si tratta di interventi normativi con i quali si reagisce ad una deriva interpretativa che si vuole correggere, ridisegnando i presupposti applicativi delle norme (si pensi alla l. n. 332 del 1995 in materia di misure cautelari). In alcuni casi, si tratta di legislazione che adegua la norma all'evoluzione fattuale così da offrire una risposta legislativa che dia certezza al dato interpretativo della giurisprudenza (si pensi alle modifiche del processo penale attuate con la l. Carotti del 1999). In altri casi, il Parlamento interviene in situazioni di urgenza al fine di rendere più funzionale lo svolgimento dell'attività giudiziaria (come nel caso dell'emergenza rifiuti a Napoli).

In questi contesti, nei quali il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario, si modula in relazione alla tipologia dell'intervento, che varia fra ostilità, riserve, condivisione, si inseriscono anche le situazioni di forti conflittualità come nel caso del c.d. colpo di spugna, del decreto Biondi, e del caso Englaro. Quest'ultimo, in particolare, ha visto l'intervento del Presidente della Repubblica che, non condividendo l'intervento del Governo con la decretazione d'urgenza, ha consentito di dar corso alla decisione dei giudici.

2.2. Giustizia vs. altri Poteri

Non sono mancate e non mancano anche le iniziative ovvero le criticità nei rapporti tra la giustizia e gli altri poteri dello Stato. Già sono state segnalate le reazioni della magistratura, nei confronti del potere legislativo nel caso Abu Omar e più in generale in tema di Segreto di Stato. Parimenti, si è già fatto riferimento al “pronunciamento” televisivo della Procura di Milano, nei confronti del decreto Biondi ai tempi delle iniziative giudiziarie di “Mani pulite”.

Va altresì ricordata la vicenda della “Trattativa Stato-Mafia”, che ha avuto il suo acme nelle intercettazioni al Presidente della Repubblica, con intervento della Corte costituzionale a seguito di un conflitto con la procura di Palermo, preceduta dalle intercettazioni al Consigliere giuridico del Presidente, con il drammatico evento che ha riguardato lo stesso funzionario.

Non può non segnalarsi, non potendo attribuirsi alla fisiologicità, la declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale (c.d. Porcellum), in attesa di verificare le sorti dell'*Italicum*.

Il tema dei rapporti tra giurisdizione e giustizia e della loro strisciante conflittualità – ancorché in una dimensione più avanzata e strisciante ma non per quello meno significativa. Si collega alla c.d. giurisprudenza creativa, quella, cioè, attraverso la quale i giudici estendono oggettivamente il raggio di operatività della fattispecie incriminatrici ovvero ne configurano più ampiamente i presupposti ovvero modellano diversamente i percorsi procedurali ovvero ne ridefiniscono i contorni, sia in chiave estensiva, sia in chiave restrittiva.

Sotto il profilo sostanziale, si tratta della finalità di adeguare i profili incriminatori e sanzionatori, soprattutto in materia di criminalità organizzata, a situazioni *border line* ovvero evolutive delle situazioni criminali, ovvero connesse allo sviluppo tecnologico come nel caso del concorso esterno nel reato associativo, della qualificazione come mafia capitale dell'organizzazione criminale romana, ovvero del traffico di influenze. In molti casi queste situazioni innestano, successivamente, recepimenti ovvero puntualizzazioni e messe a punto da parte del legislatore.

Sotto il profilo procedurale, la finalità è quella di assicurare l'efficienza del sistema e la funzione cognitiva del processo, ritenuti valori che legittimano la possibilità di piegare le norme ridimensionandone il significato letterale e formale, tendendo ad una giustizia in chiave sostanzialistica.

Proprio in questa dimensione efficientista si segnala il sempre più accentuato ricorso alla c.d. *soft law*, fatta di decreti, circolari, linee guida, protocolli, con i quali – *praeter legem* – si regolano dinamiche processuali che sarebbero di competenza legislativa. Ultima

della serie il recente decreto del Primo Presidente della Cassazione in materia di “sentenza semplificata” ed il protocollo sottoscritto dal Presidente della Cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense in materia di schema del ricorso (civile e penale) alla Suprema corte, dopo analoghi provvedimenti, alcuni però derivanti da specifici interventi normativi, per i ricorsi davanti alle Magistrature Superiori.

Esistono, infine, vere e proprie situazioni di supplenza della giurisdizione rispetto ad inerzie legislative. Si pensi alla stagione dei pretori d'assalto ed anche successivamente alla materia dei reati ambientali, ovvero a silenzi del legislatore, incapace di trovare l'equilibrio politico per introdurre le previsioni necessarie. È vero che difficilmente il legislatore anticipa gli eventi criminosi, andando quasi sempre “a rimorchio” di ciò che la società evidenzia (da ultimo: omicidio stradale; caporalato; cyberbullismo; femminicidio; *stalking*, solo per parlare dei casi più evidenti) ma spesso si tratta di "colpevoli" ritardi dettati dalle difficoltà (evidenti) della politica, anche se a volte manca una piena condivisione rispetto a quanto la magistratura sta facendo, ma difetta la “forza” per contrastare la sua azione (stante le accentuate divisioni che emergono al riguardo tra le forze politiche di maggioranza) ovvero il tema appare divisivo, risultando trasversali le opinioni favorevoli e contrarie.

A volte, l'attività di supplenza, riconosciuta come tale, non è ostacolata (si pensi ai processi in materia morti per le polveri d'amianto) perché il legislatore preferisce lasciare alla magistratura, che ha superato i limiti formali della legge, il compito di procedere, in una prospettiva che il legislatore non intende (o non può) ostacolare.

Conclusioni

Pur nella sua essenzialità, attraverso le situazioni più marcate, l'analisi svolta dovrebbe aver messo in luce come, al di là dei profili statici, delineati dalla Costituzione, il tema della separazione tra poteri, vive soprattutto nella sua dimensione dinamica, legata all'evoluzione dei rapporti di forza che si instaurano tra gli stessi, in relazione all'evolversi della società e alle dinamiche politiche, con accentuazione o meno delle conflittualità, dello spostamento in un senso o nell'altro degli equilibri, della condivisione o meno delle reciproche scelte, nella reciproca o meno collaborazione.

Saranno tutte da verificare le ricadute che, in caso di approvazione referendaria della riforma costituzionale, si potranno determinare anche su questa tematica, cioè, quella dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo, da un lato, e quello della giustizia, dall'altro, salvo già prefigurare che ad un immobilismo politico possa contrapporsi una domanda di giustizia che veda espandersi ulteriormente il potere giudiziario.