

**Giurisdizione e politica antiche domande  
sull'onda del caso italiano**

Massimo MORISI

Università degli Studi di Firenze

Working Paper n.95  
Barcelona 1994

## GLI EFFIMERI QUESITI SULLA “RIVOLUZIONE TOGATA”

Parlare in Italia di una *rivoluzione giudiziaria* della prima repubblica, è quasi una banalità. Non si esita a farlo neppure nelle sedi accademiche più paludate e selettive. Ma le formule per l'appunto "rivoluzionarie", nel loro impressionismo giornalistico, sono destinate a venir spiazzate dallo stesso ritmo con cui procedono gli eventi della transizione italiana verso un nuovo regime politico (...poiché di questo si tratta). E probabilmente, tra le macerie della prima repubblica, un giorno troveremo parecchi degli assunti più contingenti o superficiali sui protagonisti della crisi della prima repubblica. Tra questi non pochi riguardano la magistratura, i giudici e il loro ruolo. Se è infatti vero che i giudici hanno aggredito la corruzione (*in primis*) politica come fatto italiano "...di sistema", cioè pervasivamente annidato tra le maglie del tessuto politico, economico e amministrativo del Paese, e se è vero che, lungo questa strada, la magistratura ha aperto voragini di discredito morale che hanno inghiottito -oltre agli uomini- le strutture e le logiche più profonde di quel sistema e della sua legittimazione, è anche vero che, al di là di ogni motivato stupore per questo impatto dirompente, una cosa è constatarlo, altra cosa -ovviamente- è cogliere la natura e l'energia dell'azione che l'ha prodotto.

Ad esempio, si ritiene che il precipitoso discredito dell'intero ceto dei partiti presso la pubblica opinione e ben sostenuto dai suoi interpreti nei *media*, si sia combinato con il risveglio radicale e repentino di una diffusa e popolare domanda di *legalità*. Quest'ultima sarebbe rimasta a lungo compressa e latente fino a Mani *pulite* e ai suoi vorticosi sviluppi e coinvolgimenti. Allora, quella domanda a lungo sotterranea, avrebbe trovato lo stimolo decisivo nelle inchieste, nelle imputazioni, nelle *telenovelas* dei processi politici. I giudici in prima persona avrebbero dato voce a quella nuova e pervasiva domanda di legalità, di giustizia e di moralità pubblica, suscitando adesioni pressoché plebiscitarie alle loro iniziative, al loro attivismo, ai loro stessi personaggi. La legalità sarebbe così divenuta, fatto davvero eversivo nella storia della cultura politica italiana, il presupposto per rifondare la repubblica e dotarla di nuove élite, nuove regole del gioco e nuovi principi di legittimazione.

È questa una spiegazione sufficiente dell'asserita *rivoluzione giudiziaria*? Francamente no: ...soprattutto dopo decenni di solido consenso e di profonde connivenze tra governanti e governati, tra rappresentanti e rappresentati durante i quali la democrazia italiana si è di certo consolidata e sviluppata pur tra le mille asperità di una democrazia nata e rimasta "difficile", strutturata dai raccordi e dagli snodi profondi tra partiti e interessi, costretta a navigare tra il "basso continuo" del particolarismo familista, la polarizzazione ideologica e le sue identità subculturali rosse e bianche, e a convivere con le differenze tra Nord e Sud, i vincoli e le risorse della Chiesa e della questione cattolica, e con quant'altro ha permeato e conformato il processo di radicamento della democrazia in Italia, è una lettura che descrive ma non spiega le attuali circostanze. Ed anche come semplice descrizione appare troppo influenzata dal messaggio comunicativo di cui si è avvolta l'azione dei giudici e dal suo formato

"ideologico" (la corruzione partitocratica) e troppo condizionata dall'osservazione della precipitosa delegittimazione del ceto politico e dall'accelerazione del processo di crisi del regime democratico italiano.

Intendiamoci, la resurrezione o la riscoperta di un presunto bisogno di legalità potrebbe essere davvero rinvenibile in quel magma mobile e incerto che è la cultura politica degli italiani negli anni gravi e urgenti del dopo-muro di Berlino. E si potrebbe altresì sostenere che, se è vero che un "bisogno" resta una domanda politica puramente potenziale finché un soggetto politico non sappia interpretarla, darvi voce e tradurla in una specifica opportunità politica, questo ruolo finalmente "liberatorio" sia stato precipuamente assunto e acquisito dalla magistratura -pur se non in esclusiva e pur se nella concomitanza di una pluralità di decisivi fattori sociali e politico-istituzionali-. Tuttavia, anche se si attribuisce alla magistratura questa precipua capacità maieutica e anche se si vogliono cogliervi le forme e la sostanza di quella *politicizzazione* dei "poteri neutrali" che -come ci insegnano gli studiosi dei processi di mutazione dei regimi politici (Linz 1978; Morlino 1994)- è una delle costanti tipiche delle crisi di regime, a me pare che ancora non ci si discosti da una soglia che resta descrittiva e accidentale insieme. Rimane impregiudicata, cioè, la *ratio* non contingente di un simile ruolo dei giudici e restano da comprendere i suoi stessi presupposti strutturali e funzionali. Senza un'adeguata considerazione di questi presupposti di base diventa difficile capire perché proprio la magistratura debba perdere la sua presunta neutralità per "politicizzarsi" e possa contribuire alle situazioni di crisi che investono la struttura stessa del sistema politico -e segnalarle a un tempo-. Mentre perdura di difficile comprensione il senso e la natura di questa politicizzazione estrema e d'emergenza.

È un fatto che -con *tangentopoli*- uno dei fattori cui di norma competono funzioni di integrazione e di mantenimento di equilibrio tra le componenti sub-sistemiche di una democrazia consolidata, si è rovesciato in una variabile di segno esattamente opposto. La magistratura è infatti diventata il cuneo o il cretto lungo il quale ha potuto prima svilupparsi e poi esplodere la crisi del sistema politico nel suo complesso. Ed è un fatto, in particolare, che la magistratura sia stata il *deus ex machina* della disintegrazione precipitosa dell'immagine e della credibilità di un intero ceto politico (e di una quota importante dell'intera classe dirigente). Materiali di scarto sono divenuti i loro argomenti culturali. Le loro convenzioni "costituzionali" più solide e sperimentate, proprio in quanto meno formalizzate e visibili (anche se di immediata percettibilità ad ogni contatto col vero far politica in Italia) hanno subito -almeno per l'immediato- la stessa sorte. È stata proprio la magistratura, in una parola, a dare il più decisivo sostegno a quel colossale "referendum" contro la prima repubblica cui abbiamo assistito in quest'ultimo biennio: quando le pronunzie antipartitiche del corpo elettorale si sono intrecciate con le incarcerazioni dei politici via più autorevoli e degli amministratori pubblici e privati più noti e accreditati e con processi televisivi celebrati a detrimento, spesso irreversibile, degli uni e degli altri. Ed è stata ancora la magistratura a interpretare nell'immaginario collettivo la domanda incoercibile di una

nuova legittimità politica, di un potere politico dal volto nuovo e dalle mani pulite, insieme a un implacabile desiderio di vendetta contro quei tradimenti del buon governo che il "regime" dei partiti avrebbe perpetrato ai danni di un Paese -fondamentalmente- "...onesto e lavoratore".

## IL QUESITO PIÙ DUREVOLE

Al di là delle mistificazioni comunicative e delle utilizzazioni partigiane che hanno permeato il ruolo dirompente dei giudici attraverso le tante Tangentopoli italiane, perché proprio la magistratura ha potuto occupare stabilmente il centro e il cuore di questa tumultuosa precipitazione della crisi italiana? Come ha potuto accumulare tanta energia eversiva da contrapporre il proprio discrimine legalitario alle regole e alle prassi del professionismo politico più radicate nel preesistente regime democratico? Qual è la fonte di questo nuovo -per dimensioni ed efficacia strategica- *beruf* giudiziario che è riuscito a imporsi come principio di commisurazione della legittimità e della stessa selezione del ceto politico? Qual è il fondamento della sua efficacia?

In una parola: è evidente che i giudici hanno dato un impulso decisivo alla crisi del regime italiano rendendo forzoso il ricambio di una parte essenziale della sua élite. La delegittimazione del ceto politico alimentata dallo svelamento della sua immoralità pubblica, ha conferito una politicità di valore "sistemico" all'azione dei magistrati. È altresì verosimile che, su tale base, la stessa magistratura continui a svolgere un ruolo politico cruciale anche nel faticoso processo di transizione verso l'instaurazione di un nuovo regime democratico. Resta tuttavia da comprendere se e quanto ci si debba stupire di questo ruolo essenziale nel precipitare della crisi italiana oppure se lo si debba ritenere un fenomeno d'eccezione nelle sue dinamiche, ma oggettivamente "naturale". Va ben evidenziato, cioè, se questa decisiva rilevanza politica dell'azione della magistratura abbia uno specifico fondamento "costitutivo" nel sistema politico e se, nella situazione di crisi strutturale di quest'ultimo, essa sia solo lo sviluppo estremo di quello stesso fondamento, oppure se sancisca una sostanziale e radicale discontinuità della qualificazione sistemica e funzionale del potere giudiziario, con un netto scioglimento di ogni ipotetico ormeggio "statutario".

Il quesito -a fronte della drammaticità della crisi italiana può apparire di rara o frivola astrattezza. Ma non è così. Tangentopoli è lungi dall'aver esaurito il suo ciclo di processi e di nuove indagini. Il lavoro della magistratura farà a lungo aleggiare l'ombra della prima repubblica sulla travagliata gestazione della seconda. Tant'è che è lecito chiedersi se per quali "strategie" di rientro dall'emergenza giudiziaria saranno adottate ( ...o sostenute o contrastate) dalla magistratura italiana in vista di un nuovo processo di consolidamento democratico sulle ceneri del proporzionalismo. E quando ci si pone questo genere di domande diventa necessario tornare ad affrontare -in modo non dogmatico ma storicamente fondato ed empiricamente calibrato- alcune tematiche classiche e capitali ad un tempo. A cominciare dalla natura, dalle radici e dai

fondamenti concettuali del *dover* essere giudiziario in un sistema politico democratico.

Per questa ragione è opportuno, *hic et nunc*, conferire alla stessa vicenda di *Mani pulite* un significato meno *événementiel*, meno legato la suo impatto immediato più al suo rilievo nel lungo andare [rec. via Cartocci, Braudel]. Tangentopoli è infatti uno squarcio repentino e violento nel sipario ideologico che ha sempre velato la intrinseca, profonda e multiversa politicità della funzione giurisdizionale. Una politicità che è consustanziale alla stessa funzione giudiziaria e al divenire della sua stessa storia. Ma che è anche sempre stata oscurata e rifiutata dall'avvento e dal radicamento dei principi di legalità e di divisione dei poteri nella cultura politica e giuridica dello stato moderno, e dal conseguente corollario della neutralità e della terzietà del giudice. È questo, in verità, il risultato della forzosa trasformazione di una categoria ideologica in una categoria storiografica. Lo ha rilevato con grande acutezza, alcuni anni or sono, Massimo Borlandi in un saggio fondamentale (per quanto poco ricordato tra gli addetti ai lavori) per qualunque tematizzazione storiografica della magistratura. In esso si rimarcava che "...o si sostiene che la storia della magistratura è oggi una storia già scritta in partenza dato che dappertutto i giudici soggiacciono alle leggi, e allora anziché la storia della magistratura si scriveranno la storia della legislazione, la storia delle codificazioni e la storia delle consuetudini e insomma di scrivere la storia della magistratura non vi sarà alcun bisogno; oppure si deve ammettere che la storia della magistratura è sotterranea anche rispetto alla fortuna del principio di legalità, che in qualche modo deborda dai binari entro i quali il legalismo statuale cerca di comprimerla" (Borlandi 1979, 527).

La politicità della magistratura, in altre parole, è stata sempre vissuta -tanto dai suoi protagonisti quanto dai suoi detrattori- come una inammissibile violazione di quei sacri principi, nonostante la quotidiana esperienza degli ordinamenti politici si sia incaricata di dimostrare, da almeno due secoli a questa parte, il suo carattere non episodico né contingente ma semplicemente intrinseco alla sua stessa esistenza e all'esercizio dei suoi stessi compiti giurisprudenziali. Ad affrontarla come un dato esplicito e incontrovertibile della realtà empirica dei sistemi politici ed anzi come uno dei fattori o delle misure endogene di legittimazione o delegittimazione, di efficacia o d'impotenza, di equilibrio o di crisi sono sempre stati, nell'ambito nella sociologia e nella scienza politica italiane, pochi e isolati studiosi. Per altro impegnati, per lo più, nel deplorare il "far politica" dei giudici o nell'esorcizzarne gli effetti invocando i "bilanciamenti" reperibili nell'una o l'altra modellistica istituzionale del panorama internazionale. Più attenzione, naturalmente, la questione ha ricevuto da parte dei ceti direttamente in causa (politico e giudiziario). Ma, poiché se ne sono dati per scontati i presupposti teorici e funzionali -a cominciare dal postulato della neutrale subordinazione della funzione giurisdizionale alla *voluntas* della sovrana legittimità del legislatore e della sua conseguente estraneità all'azione politica- la politicità della magistratura, più che compresa, è stata percepita e rappresentata secondo le contingenti convenienze dell'una e dell'altra sponda. "Attori" politici e giudiziari l'hanno interpretata come una posta in gioco tra giustapposti poteri in conflitto, definiti una volta

per tutte, utilizzandola nella polemica ricerca di una reciproca capacità di condizionamento e di vincolo (di indirizzo e coordinamento). Si è così accuratamente evitato di affrontare il problema nei suoi essenziali fondamenti euristici: *in primis*, il fatto che tanto la giurisdizione quanto il potere politico, pur nelle peculiarità delle rispettive strutture e funzioni, pur nelle specificità culturali e professionali dei rispettivi esponenti, e salvi soprattutto i rispettivi principi di legittimazione, sono entrambe arene intensamente interattive nelle quali -per usare la metafora rousseauiana- la forza può venir trasformata in diritto e l'obbedienza in dovere.

È invece proprio da questa comunanza di funzioni "ultime" che occorre ripartire per riesaminare la questione. [quale peso hanno talune "regole" come l'indipendenza dall'esecutivo? Va comunque tenuto conto che se di indipendenza o dipendenza si tratta non necessariamente di autonomia/eteronomia si tratta e che, soprattutto sarà sempre indipendenza/dipendenza di una funzione politica]

## **L'AMBIENTE SISTEMICO DELLA FUNZIONE GIUDIZIARIA**

Nella psichiatria italiana e internazionale per decenni è stato quasi un rito. Sullo sfondo delle acquisizioni e delle sperimentazioni che vi si discutevano, continuava ad agitarsi lo stesso interrogativo. Lungo la storia di questa disciplina che si vuole scientifica e che più di un filamento delle logiche e delle tecniche del potere e dell'autorità ha intersecato nella sua vicenda plurisecolare, si è continuato a interrogarsi, per generazioni di studiosi, sulle ragioni della malattia mentale e del disagio psichico, senza smettere di dividersi circa il ruolo dei fattori organici o genetici, e circa il ruolo -*invece* oppure *ad adiuvandum*- dei fattori ambientali e delle relazioni intersoggettive e collettive che attraversano la storia interiore e interpersonale del singolo individuo. E, sul piano prescrittivo, i fautori del farmaco e i fautori della psicoterapia, a tutt'oggi, non hanno del tutto abbandonato una loro sotterranea guerra di religione.

*Mutatis mutandis* anche la scienza politica dei nostri tempi ha avuto ricorrenti e simili roveli quando è tornata più volte a interrogarsi sul primato della *politica* o delle *politiche* nello spiegare i fenomeni che competono alla sua analisi. Quando si è chiesta, cioè, se sia la *politics* a conformare la *policy* oppure se siano i processi di *policy* a sviluppare logiche interattive così intense, così autonome e tanto efficaci da divenire autentiche variabili indipendenti nel funzionamento dei sistemi politici contemporanei, fino ad imprimervi il proprio poliedrico *imprinting* e fino a spiegarne, da sole, la multiversa articolazione subsistemica.

Vale a dire: il coacervo interattivo, razional-titilataristico, a-partigiano e sostantivo del *policy making*, con la concretezza *operativa* dei suoi processi di negoziato e decisione propri del sottomondo politico-amministrativo e degli interessi, finisce o no per sussumere o subordinare o surrogare le logiche aggregative, le strategie mobilitative e i riti competitivi della rappresentanza, della trasmissione della domanda e

della mediazione di matrice politico-elettorale? Naturalmente, sul riproporsi a "tormentone" di questo dilemma, è bene non ironizzare, sia per l'autorevolezza della dottrina politologica internazionale che vi ha investito talune delle proprie migliori risorse teoretiche e analitiche, sia per l'impegno ricognitivo e propositivo che anche in Italia vi è stato dedicato. Inoltre, nonostante qualche petulanza nominalistica con cui viene proposto e via riformulato, si tratta di un problema teorico che appare effettivamente riaffacciarsi con durevole irrisolutezza.

Nelle molte varianti scolastiche dislocate tra le due sponde dell'Atlantico, è soprattutto alla ricchissima esperienza dei *policy studies* che dobbiamo una rappresentazione della politica secondo una inscindibile endiadi concettuale. Da un lato, la sfera di quella che per lo più viene definita come *partisan politics*, dall'altro la *politics* o meglio *le politics* (nel loro intrinseco pluralismo policentrico) del *policy making*. Da un lato, cioè, lo spazio in cui si mobilitano i consensi di un elettorato di massa attorno ad alternative semplificate dall'ampio spettro semantico, e in cui si conferiscono (in forma legittima) ad una frazione (legittimata) della classe politica i poteri e le funzioni di governo, insieme alle risorse potestative che ne derivano. È questo, insomma, il sopramondo della *partisan politics*, almeno da quando i partiti si sono mostrati, nel corso dell'ultimo secolo di storia politica poliarchica, l'attore consono e più efficace nel muoversi in questo spazio (Sartori 1976, 18 ss.). È lo spazio della politica e delle sue molteplici abilità di "mobilitare impegni intorno a valori e di forgiare consenso costruendo coalizioni fra interessi" (Panebianco 1993, 640). Qui, più che il calcolo razionale delle utilità, contano e pesano le problematiche dell'identità, dello schieramento, della appartenenza (Pizzorno 1983). O "...se vogliamo esprimerci con concetti più tradizionali e spingere lo sguardo ancora un po' più in là, questa è una [nozione di] politica legata in misura maggiore al problema della coesistenza e dell'ordine rispetto ad una politica sotto il segno degli interessi e finalizzata al benessere" (Cotta 1990, 536). Sull'"altra" sponda stanno appunto l'indeterminata complessità sostantiva dei compiti di *government* e la difficoltà di "...guidare sistemi complessi mediante sequenze di interventi collegati verso obiettivi specifici, entro tempi stimabili con buona approssimazione" (Gallino 1990). È dunque la sfera della politica in cui gli attori agiscono e interagiscono in funzione di interessi e preferenze intense e particolari (anziché diffusi e generali) e all'uopo posseggono o mobilitano specifiche risorse e competenze (economiche, cognitive, legali, relazionali, posizionali) e peculiari strategie di risultato sulla base di apposite valutazioni di costo e di beneficio. Una sfera, pertanto, intensamente attraversata da relazioni pulviscolari e reticolari a maglie strette e dense, ove i ruoli diventano mobili e interscambiabili e le funzioni -per quanto strutturate e normativamente predefinite- perdono ogni aprioristica efficacia. L'orizzontalità e l'informalità delle interazioni prendono il luogo della verticalità e della prevedibilità dei procedimenti e delle competenze. Le "arene", i "triangoli" e i "comitati" decisionali si sovrappongono alle istituzioni formali e visibili della rappresentanza, del governo, dell'amministrazione o le attraversano, qualunque ne sia il rango e la dislocazione istituzionale. La politica diventa fenomenologia del "continuo": le relazioni trasversali di influenza e di scambio che la sostanziano si fanno orientare ma non

catturare nel loro svolgersi dal "discreto" del diritto, dalle sue funzioni e obbligazioni, dalle sue gerarchie di poteri e legittimazioni. La diacronicità e la lunga durata dei processi di *policy* e i noduli reticolari in cui si articolano e si strutturano, permeano e avvolgono le scansioni e i sincronismi delle regole della politica e le sue contingenze normative, istituzionali, elettorali.

Le varianti terminologiche sono, ormai, numerose ma, in buona sostanza, ci si chiede quale dei due volti della politica sia la variabile indipendente, il formante, il principio esplicativo dell'altro. La politica come descrizione e concettualizzazione del potere sulla comunità, della sua produzione e giustificazione, della sua trasmissione e del suo esercizio, così come del suo controllo, della sua limitazione, della sua legittimazione, della partecipazione al suo determinarsi? Oppure la politica, anzi *le* politiche come dinamico intersecarsi dei subsistemi degli interessi "privati", delle loro reti interattive, dei loro "governi" separati e conviventi? E se è a quest'ultima nozione di politica che ci sembra necessario conferire una primazia concettuale, non dobbiamo forse dedurre -con Maurizio Cotta- "che l'egemonia della *partisan politics* sia un dato non ineluttabile della democrazia contemporanea come spesso si dà per scontato ma possa essere considerata piuttosto la caratteristica di una "fase" in declino dell'esperienza politica dei regimi democratici?". E non potremmo poi concluderne -insieme allo stesso Autore- che "come la *party politics* ha soppiantato la politica dei notabili del primo periodo dei regimi liberal-democratici, così [essa] sarebbe destinata ad essere soppiantata a sua volta da una forma di strutturazione dominata dalla specificità delle *policies*?" (Cotta 1990, 537).

Certo, l'interrogativo ha una sua indubbia suggestione, a maggior ragione oggi e ai nostri occhi, di fronte al precipitoso *fracaso* di quel *party government* che abbiamo conosciuto in questo mezzo secolo di vita repubblicana. Ma è la stessa acuta prudenza di chi lo formula a sconsigliarci risposte affrettate, pur rimarcandone tutta la legittimità, e a consigliarci, invece, una prospettiva non congiunturale né troppo agevolmente "storicistica".

È chiaro che un'attenzione preclusiva alle tematiche di *policy* diventa un improvvido lusso ove si fuoriesca dal ristretto novero di regimi politici nei quali il modello democratico (poliarchico) di organizzazione del potere sembra ormai fuori discussione ed esente da minacce reali alla sua sopravvivenza. Qui -dove l'ordinamento politico (ben legittimato nei suoi limiti e nelle sue regole) è stabile e consolidato- è abbastanza ovvio che ci si interessi con particolare solerzia ai prodotti della politica verso l'esterno, cioè alle *policies*, lasciando sullo sfondo i processi potestativi e agli apparecchi della "forma di governo". Eppure (specie "...quanto più incombe la eco storica dei grandi crolli dei regimi democratici" -Cotta 1990, 538-) i problemi tradizionali di *politics* difficilmente paiono riassorbibili entro l'ambito delle *policies* e del *Policy making*. Se per esempio consideriamo quella che è forse la metafora più ricorrente negli studi di *policy* per spiegare il funzionamento reale dei sistemi politici, cioè il "mercato", ebbene dobbiamo convenire che essa non è in grado



di sostituire metafore ed interpretazioni della politica più tradizionalmente e intrinsecamente "politiche". Poiché anche per il mercato e per il regolare svolgimento dei rapporti contrattuali occorre la piena vigenza di un ordine e di regole garantite da un'autorità sopra le parti, a maggior ragione il cosiddetto "mercato politico" ne avrà bisogno, mentre questo "ordine" (autorevole e consentito) non può che costituire. il presupposto indispensabile allo stesso svolgimento del *policy making* (Cotta 1990, 540-541). Per questo, conclude il nostro autorevole Autore, continuiamo pure a studiare le politiche, ma non dimentichiamoci che, alla loro base, c'è e resta appunto la politica (in maiuscolo): per quanto complesse possano divenire le forme e le logiche del *policy making*, i suoi attori e il loro interagire dipenderanno pur sempre dal modo in cui "soggetti" come governo, parlamento, pubblica amministrazione interpretano e risolvono le questioni della *politics più tradizionale*: quale convivenza pacifica in una determinata comunità territoriale, quale e quanto potere, quale legittimità, quale consenso (Cotta 1990, 541).

Tutto vero. Sull'altro piatto della bilancia c'è però un dato di fatto, banale e cruciale allo stesso tempo. Nei processi di formazione e realizzazione delle politiche pubbliche lo stato e le pubbliche amministrazioni dismettono ogni ruolo che li raffiguri come attori unitari, imparziali e come custodi, garanti e portatori di superiori interessi generali. L'angolazione della *policy analysis* è forse quella che meglio evidenzia ed esemplifica come e quanto la costruzione ideologico-politica di uno stato che "sovrintende" alla politica o che è capace situarla al di sopra dei conflitti di parte, sia risucchiata nella frammentazione pluralistica dei partiti, dei gruppi e degli interessi che competono per la ripartizione delle risorse economiche e di autorità di cui si sostanzia il potere pubblico. Anche l'idea di una amministrazione pubblica che serve la legge nella neutra e razionale osservanza del principio di legalità ne viene travolto. L'amministrazione altro non è, nelle sue molteplici articolazioni organizzative, se non un complesso insieme di arene negoziali non facilmente coordinabili, di fatto, da una regia potestativa univoca e strategicamente consapevole. È l'insieme del potere pubblico, anzi, a non riuscire a esprimere nel *policy making* una soggettività preminente e coesa. Ecco perché si parla di *policy communities*, di *policy networks* (o di analoghe metafore reticolari) al cui interno soggetti "statuali" e soggetti "privati" interagiscono in modo più o meno conflittuale, più o meno simbiotico, ma -ciò che conta- senza poter mettere a profitto la risorsa o il vincolo di una primaria o prevalente legittimità rappresentativa e negoziale (...la sovranità dello stato,...l'interesse pubblico, ecc.) a favore dei primi e a detrimento dei secondi. Inoltre, quelle stesse metafore segnalano anche che le funzioni in cui la sovranità dello stato si traduce e in cui mobilita le proprie risorse di autorità, si riducono essenzialmente a prevenire o a contenere il conflitto sociale mediante l'efficacia negoziale, compensativa o arbitrale delle pubbliche istituzioni (o dalle loro articolazioni semi-pubbliche o corporative) come arene interattive degli interessi in gioco. E sono queste le effettive modalità in cui il potere dello stato, quando deve fare i conti con concrete esigenze, concrete soluzioni, concrete aspettative, concreti interessi, riesce a tradursi in autorità di "governo": la cui *voluntas* piega verso il polo "neutrale" della composizione paragiudiziale del conflitto piuttosto che verso il comando

gerarchizzante.

Ora, è questo dato di fatto che occorre ben ponderare. È su tale sua base che la politica come *policy*, se non può vantare assolute primazie sulla *politics*, si pone tuttavia come un suo secondo volto necessario e inscindibile nei sistemi politici contemporanei. Ne risultano attenuate di molto le virtualità descrittive e prescrittive della analisi della politica come fenomenologia di *politics*. Da sola, essa non basta a spiegare le molteplici dimensioni dell'"ordine" politico e della sua dinamica, la pluralità orizzontale (in luogo della piramide) delle sue forme, delle sue strutture e dei suoi poteri, la fungibilità dei loro ruoli, gli effetti che produce nella vita dei molti e dei singoli, nell'autonomia dei cittadini e nella funzionalità delle istituzioni.

## LA METAFORA DELLO STATO "OSMOTICO"

Tutto ciò constatato, la scienza politica non sembra andare oltre. Vede Giano e la sua natura biface ma l'intimo legame tra i due sembianti lo lascia nell'ombra. Forse si dimostra più spregiudicata o almeno più esplicita quella parte della cultura giuridica maggiormente aperta allo scambio multidisciplinare. Essa ci dice che gli stati contemporanei, gli stati dei nostri tempi, nei paesi "ricchi" e nelle società "complesse", consistono di processi decisionali e di interazioni nazionali e sovranazionali in cui domande, bisogni od opportunità insoddisfatte vengono *trattate*, interessi, pretese e conflitti vengono *arbitrati* e in cui legittimazioni e responsabilità costitutivamente distinte e separate (per la loro ascendenza politica o burocratica o giurisdizionale o corporativa o professionale o variamente associativa) vedono sovrapporsi o intersecarsi i ruoli dei rispettivi interpreti. Il nocciolo esistenziale di tali formazioni statuali -rilevano questi giuristi (Predieri 1993; Irti 1993)- è appunto l'interpenetrazione costante e diffusa tra stato e società, fra stato e mercato, fra mercato e società. La stessa previsione di un mercato e la stessa sua organizzazione e regolazione si configurano come opzioni specifiche dello stato e, come tali, sono oggetto di negoziato politico e normativo e diventano una specifica posta in gioco per conseguenti processi decisionali, regolativi e allocativi che coinvolgono poteri privati e pubbliche autorità su scala nazionale e sovranazionale, così come regionale e locale. In una parola (che esprime una storica ovvietà) il mercato non esiste senza lo stato e lo stato a sua volta è luogo e strumento di mercato. È qui il nucleo essenziale di quelli che Alberto Predieri chiama appunto gli "Stati osmotici" (Predieri 1993). Ma ecco anche, è agevole aggiungere, il nucleo essenziale di quel doppio volto dei sistemi politici cui abbiamo sin qui alluso.

È evidente, infatti, che questa intrinseca relazione osmotica fra stato e mercato, ove osservata nella reale configurazione di un sistema politico così come nelle dimensioni e nelle strutture del suo funzionamento, si traduce in una continua *contaminazione* fra i circuiti della rappresentanza politica e della mobilitazione partigiana degli interessi (...i circuiti nei quali, a cominciare dalla selezione elettorale, ci si "conta" attorno a diverse o a confliggenti visioni del mondo o dell'ordine politico e

sociale) e i circuiti in cui ciò che importa non sono le identità collettive o le appartenenze di partito ma le funzioni di utilità di individui, gruppi, imprese, operatori economici e sociali, governi privati o di settore (...i circuiti, insomma, dove non ci si conta ma ci si "pesa", poiché ciò che vale non è il numero dei sì o dei no alla scelta in discussione ma il loro "peso" specifico, la loro capacità. di influenzare o condizionare o persuadere i *core actors* di volta in volta in gioco).

Le principali funzioni del sistema politico e il suo stesso persistere si avvalgono di questa duplicità di circuiti di rappresentanza, di mediazione, di sostegno politico e di regolazione sociale. Una duplicità che rimuove qualunque immagine di governo politico della società come capacità di gerarchizzare domande, conflitti o sollecitazioni e di imprimere al loro corso un indirizzo autoritativamente selettivo. In luogo delle perfette geometrie della piramide e della prevedibilità delle sue masse interne, la metafora più credibile diventa quella (anch'essa predierana) dell'"arcipelago". Che è quanto dire che le funzioni e le strutture del governo politico si attagliano alle necessità di navigare a vista tra le correnti e le secche del contrattualismo sociale, mediante una disarticolazione pluralistica e policentrica dell'autorità pubblica e la conseguente proliferazione di istanze e di opportunità negoziali a cavaliere tra politica, politiche e interessi specifici. Ecco allora il moltiplicarsi (anche da noi), ad esempio, di istituzioni e autorità "indipendenti" di regolazione e mediazione che investono funzioni cruciali di interesse collettivo (il credito, la finanza, le assicurazioni, la concorrenza, l'informazione) e che coniugano flessibilmente la rilevanza pubblica delle decisioni e la definizione privatistica dei problemi.

## **LO SPAZIO POLITICO DELLA MAGISTRATURA**

Dunque, riassumiamo. Come nell'osmosi i liquidi giungono a livellarsi passando attraverso membrane differenzianti ma porose, così nello "stato osmotico" stato e società, stato e mercato, mercato e società sono certo diversificati e separati, ma da linee di demarcazione la cui consistenza è eminentemente analitica più che normativa e funzionale. Nella funzionalità reale del sistema politico, le logiche, gli attori e i circuiti di *politics* non esauriscono né assorbono in sé le logiche, tutti gli attori e tutti i circuiti in cui si dipanano i processi di formazione e di messa in opera delle politiche pubbliche. I circuiti di *politics* e quelli di *policy* -con tutta la messe di soggettività e interattività di cui sono intessuti- si sviluppano in un rapporto di mutua convivenza: con medesimi attori che agiscono ora nell'uno ora nell'altro; con risorse che vengono mobilitate o che risultano utili nell'un circuito ma anche ai fini del secondo; con ragioni di scambio che possono correlarsi tra i due circuiti o vicendevolmente presupporli tra l'uno e l'altro; con poste decisionali in palio che possono appartenere ad uno solo di essi ma il cui valore può dipendere anche dagli obiettivi perseguiti nell'altro circuito dai medesimi o da differenti attori in gioco. E senza escludere ogni altra variabile che il gergo degli esperti di *configurazioni decisionali* e di *policy styles* ci ha ormai abituato ad annoverare nell'analisi comparata dei processi politici.

Ora, l'affermazione che "...tutti i sistemi politici moderni devono [...] la propria coesione ad una divisione del lavoro tra la magistratura, lo stato e la società politica ed alla loro comune azione di contenimento o di "filtraggio" delle spinte al cambiamento che provengono dalla società civile" (Borlandi 1979, 538), pecca probabilmente di schematicità. Ma, oltre ad essere fortemente intuitiva, stimola la ricerca di una specifica dislocazione per quel "lavoro" della magistratura tra i due volti del sistema politico. Ebbene, proprio nella embricatura tra le due sfere e i due circuiti del sistema, crediamo stia la radice della rilevanza della magistratura ai fini della legittimità e della funzionalità del sistema stesso. La magistratura, infatti, integra, indebolisce o dissolve, in misura che può risultare decisiva, la capacità del sistema politico di non rimuovere ma di assorbire ed elaborare, a un tempo, gli impulsi endogeni al suo divenire e, per ciò stesso, la legittimazione che storicamente ne sostiene l'efficacia e la coesione. E lo fa agendo proprio nel confluire di stato e di mercato, di *politics* e *policy*, di politica come esercizio dell'autorità del potere pubblico e politica come contrattazione incrementale di regole, di risorse e di opportunità per gli interessi che compongono la società civile.

Alla base di questo assunto c'è una constatazione che sfiora la banalità. Tutti i giorni e in tutti i regimi si può infatti osservare come l'interpretazione della legge e del suo significato -cioè la funzione primaria del giudice-, sia compiuta ad opera del magistrato ponendo a confronto la *voluntas* del potere sovrano con la specifica *ratio* del caso da dirimere. La ricerca e la ponderazione giudiziaria del *significato* della specifica questione da risolvere avviene sulla base di norme, di valori e di principi di "ragionevolezza" del diritto che possono far ritenere, agli occhi di quel singolo giudice, le prescrizioni legislative da applicare più o meno consone al *senso* e al valore più profondi che egli attribuisce al singolo caso. E più o meno utili e pertinenti all'interpretazione del conflitto tra ruoli, pretese e asimmetrie di posizioni e risorse sociali che il caso stesso sottende e che il giudice, a differenza dell'attore politico, non può -se non dirimere- almeno affrontare. Proprio questa valenza complessa e multiversa dell'azione interpretativa rende capace la funzione giurisdizionale di integrare o, secondo le circostanze, di sostituire la rappresentazione di diritti e interessi in arene propriamente politiche. E può, in vece di queste ultime, conferire riconoscimento pubblicistico e politica identità a diritti o interessi che attendono comunque di venir riconosciuti e articolati nell'importanza collettiva del loro significato, a prescindere da chi e come un tale compito di pubblicizzazione e politicizzazione assuma e adempia nella realtà del sistema politico. Un'attesa che, ad onta di qualunque presupposta vincolatività della separazione tra poteri statuali, non ha, di fatto, alcun destinatario esclusivo tra quanti dispongano di risorse di autorità utili allo scopo. Mentre, ad un tempo, tale medesima attesa può ben essere ignorata o rimossa -per incertezza od onerosità dei costi di mediazione e di consenso che comporti- dall'agenda di attori o istituzioni parlamentari o di governo o d'amministrazione. Né vale l'obiezione che il giudice opera per sentenze, puntuali, episodiche, cogenti solo nel microdiritto e quindi prive di quel carattere primario del comando politico legittimo (cioè legale e razionale) che è, per l'appunto, la sua astratta generalizzabilità. Il decidere caso per caso, anche in

un regime in cui non viga lo *stare decisis* o la *doctrina legal* o gli *asentos*, produce infatti importanti e pervasivi effetti-alone che si espandono e influenzano i comportamenti e le decisioni dei molteplici livelli del potere giudiziario, e possono assumere i tratti di una sostanziale attività di indirizzo politico di normazione e di governo. Anzi, l'esercizio della giurisdizione esprime la ricorrente consapevolezza di come e quanto le peculiarità episodiche degli interessi, dei conflitti o delle istanze specifiche di tutela autoritativa, siano spie o segnali di domande politiche più generali e di lungo andare, ancorché virtuali o inarticolate nelle arene ad esse direttamente deputate.

È chiaro, allora, che il presupposto del ruolo politico della magistratura diventa duplice. Non solo il suo concorso (quanto meno) alla complessiva funzione di regolazione sociale di cui si avvale il sistema politico per la sua stabilità. Ma anche il fatto che questo suo contributo regolativo avviene attraverso l'intermediazione degli interessi particolari e privati della società civile e che non può che esprimersi, dunque, nel mezzo del costante confluire di regole dello stato e di risorse selettive del mercato; di logiche e processi del far politica e di modalità interattive e negoziali del far politiche; di formale visibilità di norme, atti e procedimenti che appartengono alla prima e dell'opacità di processi, negoziazioni e influenze informali proprie delle seconde. Il giudice, nell'espletamento dei suoi stessi compiti istituzionali, è così chiamato a condividere con il ceto politico la distribuzione dei valori e delle risorse che alimentano il conflitto, la convivenza e la frammentazione di una collettività storicamente data. Il magistrato deve (e non può non) partecipare, in una parola, ad una funzione di coordinamento politico della società civile e dello stratificarsi, al suo interno e rispetto ad essa, di strutture, attori e istituzioni.

## **LEGALITÀ E GIUDIZIO POLITICO**

Nell'adempiere a questo ruolo intrinseco all'espletamento dei suoi doveri statutari, il giudice si vede pertanto conferita, od esprime comunque, una propria legittimazione "regolativa". Una legittimazione che è altra e più profonda di quella esteriormente ancorata all'applicazione della legge in sé. Non è solo il giudizio sul singolo reato o sulla singola controversia da dirimere, che diventa -lo insegnava Piero Calamandrei- un giudizio anche sulla legge da applicarvi (Calamandrei 1989) e, per ciò stesso, un giudizio sulla legittimità della scelta o dell'omissione del legislatore che ne reca la paternità politica. È anche, più in radice, un diritto-dovere del giudice di giustapporre la razionalità della propria interpretazione *super partes* sia alle "grandiose semplificazioni della politica" (per dirla con Luhmann), sia alle logiche consensualistiche, elettorali, partigiane o particolaristiche che al mestiere del politico presiedono e che conformano o condizionano la sua opera di identificazione e mobilitazione degli interessi (Pizzorno 1992, 18).

Dalla legittimità delle opzioni e dei metodi dell'agire politico alla legittimità del

ceto politico *tout court*, la distanza è quasi impercettibile. Il grado di consapevolezza con cui la magistratura interpreta questo ruolo di "riesame" che parte dall'atto e dal fatto e si dispiega sulla legittimità del potere politico come un incompressibile corollario dell'attività giurisprudenziale, è certo assai diverso tra un periodo storico o un altro e, soprattutto, tra un, magistrato e l'altro. E differente, nel lungo andare, può esserne lo specifico sostrato ideologico. Oppure, può trattarsi di un presupposto talmente sedimentato nella cultura profonda di un ceto giudiziario da risultare percepibile solo al suo esterno o addirittura sinceramente negato dagli stessi interessati. Ma, anche così, la sostanza dell'assunto non cambia perché deriva dall'esistere stesso della funzione giudiziaria, per quanto appaia controintuitivo rispetto ai fondamenti normativi e deontologici della giurisdizione, quali la sua *neutralità* o la sua *terzietà*. E se è vero che "... on v'è Stato che giunto al suo stadio iniziale della sua formazione, e in pratica superata la soglia dell'organizzazione puramente patrimoniale del potere (dove giurisdizione e amministrazione e legislazione sono la medesima cosa e chi legifera è anche giudice) non faccia della traduzione della forza in diritto (o, se si preferisce del potere di fatto in potere di diritto) l'occupazione permanente ed esclusiva di un personale politico qualificato, ecco che questo personale politico qualificato, la magistratura -forte di un sapere che, si noti bene, diventa tanto più necessario e tanto più specialistico a mano a mano che la società si fa complessa e che il diritto si infittisce- si pone e si impone come corporazione professionale a sé (comincia veramente ad esistere "per se stesso") ed in modo graduale ma irreversibile converte la propria competenza tecnica da risorsa nelle mani del potere dinastico, qual è all'origine, e da risorsa nelle mani delle forze politiche che si susseguono nella direzione dello stato, quale formalmente continua a rimanere, a strumento della propria potenza e in definitiva della propria completa emancipazione [...]" (Borlandi 1979, 532-533). Che poi la magistratura sviluppi propri autonomi parametri normativi sulla cui base valutare la legittimità della condotta propria e dell'esercizio dell'altrui potere, non è altro che un corollario inevitabile. Così come lo è il fatto che essa, per questa via, si costruisca una specifica cultura di ceto: sufficientemente coesa -specie se sostenuta da una configurazione delle carriere tendenzialmente ispirata alla corporazione burocratica- per assorbire al proprio interno le molteplici frammentazioni indotte nel corpo giudiziario dalla crescente differenziazione sociale del suo reclutamento. Quest'ultima, ha di certo prodotto, come nel caso italiano, anche differenziazioni politiche e financo ideologiche interne: ma non tali da porre in discussione un'unitaria identità collettiva di ceto.

Da tutto ciò, è quasi ovvio, il confliggere sempre virtuale e ciclicamente in atto, tra la responsabilità formalmente politica e la responsabilità formalmente giurisdizionale. Il principio di legalità, alla cui tutela è costitutivamente preposta la giurisdizione, finisce, infatti, con l'essere sia la leva con cui la magistratura contribuisce all'equilibrio e all'integrazione tra le componenti del sistema politico, sia un fattore latente della sua fragilità. Nelle mani dei giudici quello stesso principio può sempre ergersi ad unità di misura della legittimità sostantiva sia dell'azione politica che dei suoi autori: può divenire pietra o tomba dello "scandalo", per intendersi. E anche questo è abbastanza controintuitivo, visto che proprio il principio di legalità mira storicamente a

contenere (in termini normativi e culturali) la magistratura e a impedirle di opporre alla legge positiva e alla *voluntas* del potere sovrano, la più giusta legge di una più giusta e "naturale" ragione di cui il giudice si faccia interprete. Ma il risultato è che i giudici hanno potuto accumulare più potere di fatto di quanto ne disponessero prima dell'avvento della sovranità popolare (e della legge emanata da sovrane assemblee: che avrebbero dovuto conferire giustezza alla legge per la sola ragione della sua formale validità). E ciò perché la legge -pur divenuta inoppugnabile nella sua democratica legittimità procedurale- rimette tuttavia la sua efficacia proprio nelle mani dei giudici. È sempre qui, alla fin fine, la scaturigine incompressibile del "far politica" dei giudici: la facoltà, che i giudici in quanto tali detengono di manipolare i comandi normativi del potere sovrano. E di questa facoltà e dell'uso che ne vien fatto si compone la storia delle relazioni tra potere giudiziario e potere politico sotto ogni latitudine costituzionale e in ogni tipo di regime, pur nelle infinite varianti culturali, dottrinarie e ordinamentali in cui si è espressa la sempiterna ricerca di equilibri, pesi e i contrappesi tra poteri e legittimazioni parallele o giustapposte.

## **IL DOPPIO VOLTO DELLA "GIUSTIZIA POLITICA"**

È chiaro che, con questo genere di argomentazioni, si ribadisce una patente ovvietà e, per di più, ad un livello ininfluente di astrazione. Ma non meno astratti al suo confronto risultano i modelli che si adottano, magari implicitamente, quando si osservano (in chiave "politologica") il ruolo del potere giudiziario nel funzionamento dei sistemi politici.

Impropria ci sembra, in particolare, la configurazione (di foggia weberiana e funzionalistica ad un tempo) della magistratura tra il novero delle istituzioni apolitiche e neutrali, destinate (per dirla con Paolo Farneti) alla "integrazione coattiva" degli interessi privati (individuali e di gruppo) entro un determinato assetto della società civile e all'interno della sua formazione politica (Farneti 1971). L'integrazione dovrebbe appunto realizzarsi mediante una regolazione degli interessi legale-autoritativa, dunque una regolazione non partigiana, non negoziale e non vincolata alla produzione di consenso specificamente politico, eppur funzionale e partecipe alla legittimazione complessiva e diffusa di quell'assetto e di quella formazione. In questo modo, però (per un tipico fenomeno di "costituzionalismo metodologico") si viene a identificare la separazione della magistratura da una precipua e formale legittimazione politico-elettiva con l'automatica impoliticità della sua azione intermediatoria e sanzionatoria. Invece, è proprio il giudice -comunque e quantunque- l'arbitro più diretto del confronto tra gli interessi che rivendicano il riconoscimento autoritativo dei relativi ambiti di autodeterminazione sociale. È lui il regolatore più immediato delle loro pretese di orientare o riorientare a proprio vantaggio quell'*authoritative allocation of values* che è la missione fondativa e giustificativa di un sistema politico (almeno negli assunti canonici del funzionalismo sociologico e politologico). Sono le sollecitazioni all'arbitrato del potere pubblico e all'allocazione delle sue risorse, che alimentano

l'azione del magistrato e il suo impegno interpretativo e manipolatorio della legge. È quindi ben strano immaginare come non politico l'esercizio dell'indipendenza o dell'autonomia del giudice. Ma è anche curioso che le manifestazioni più palesi della sua politicità siano ritenute una "deroga", se non una "degenerazione", istituzionale e perfino etica, mentre -allo stesso tempo- la magistratura è chiamata ad un'opera di legittimazione (pur integrativa ma insostituibile) del sistema politico e del suo funzionamento; dunque, delle interazioni e degli attori che vi operano. Ed è ancor più curioso quando -proprio osservando l'effettività del sistema medesimo- si constata che proprio la magistratura è normalmente sollecitata a definire temi e problemi di confronto sociale che il potere politico si limita, per le ragioni anzidette di "costi e benefici", a demandare all'autoregolazione (presunta) della società civile o del "mercato" e per questa via allo stesso potere giudiziario.

Ma anche quando ciò non si verifichi per specifica opzione strategica degli attori politici in gioco, sappiamo bene che vi sono interi e cruciali capitoli della regolazione normativa dei rapporti sociali che hanno una decisiva origine o un *imprinting* risolutore di matrice giurisdizionale. D'altra parte non c'è da stupirsi se solo si pensa alla difficoltà che incontra la legislazione nel regolare le società complesse dei nostri tempi, il costante affanno con cui il legislatore insegue la domanda di sempre nuove forme di riconoscimento e intermediazione degli interessi, e la inevitabile inadeguatezza "tecnologica" delle risposte che esso può dare: sempre carenti per insufficiente generalità o insufficiente particolarità; sempre datate per il loro insopprimibile legame con le circostanze storiche che le hanno promosse; e sempre in difetto della flessibilità normativa necessaria a garantirne una qualche durata nel tempo e nello spazio. Qualità che troviamo ben presenti, invece, nella intrinseca e puntuale concretezza della regolazione giurisprudenziale: così aderente alla natura "riflessiva" della società moderna e all'orizzontalità delle sue interazioni interne; e così distante, per converso, dalle fallacie codicistiche dei "grandi legislatori". Qualità che motivano, di per sé, il peso della funzione giurisdizionale nel *policy making* e il ruolo che il singolo magistrato vi assume non solo in fase di messa in opera delle politiche ma anche nella promozione e nella progettazione delle medesime per via giurisprudenziale. Chi, infatti, con altrettanta efficacia, può direttamente riconoscere un *bisogno* collettivo o individuale e identificarlo in una specifica domanda politica che già contiene in sé i tratti della soluzione cui orientare l'azione politico-amministrativa e che dunque può imporsi come opportunità necessitata di *policy*, altrimenti estranea all'agenda politico-amministrativa sia per l'*anche* per il *quomodo*? Chi meglio del giudice, in altre parole, può preconstituire soluzioni capaci di attivare problemi di competenza politica e burocratica? Insomma, il giudice è un *policy maker* a tutto tondo e in grado di qualificare significativamente lo "stile" dei processi formativi e attuativi delle politiche pubbliche. E soprattutto in grado, vale ribadirlo, di competere a pieno ed autonomo titolo con qualunque altro *policy maker* sulla base (oltre che delle sue risorse d'autorità) di un proprio implicito *commitment*: ...politico *ratione materiae*, cioè per rilevanza funzionale ed espressiva, se non per esplicito mandato rappresentativo.



Ma se il ruolo della magistratura nel circuito del *policy making* è così intenso e sistematico, come pretendere che esso miracolosamente spenga od essicchi la propria politicità al di fuori dei processi di formazione e attuazione delle politiche, o che la neutralizzi allorché sono in gioco questioni e interazioni di *politics* o le modalità, le convenzioni e gli attori di quest'ultima? Perché il magistrato dovrebbe (visto che non può astenersene) "far politiche" ma evitare accuratamente di "far politica"? Non è forse proprio nelle esperienze del *policy making* che la magistratura matura e sviluppa quella propria cultura politica di ceto e quegli autonomi parametri normativi di valore cui sopra alludevamo e che possono orientarne e stimolarne, in nome della legalità, l'iniziativa nella sfera della *politics* e nei confronti dei suoi protagonisti politico-istituzionali? Ed infine, se politica, e politiche, nei rispettivi circuiti normativi e relazionali, sono legati da quella connessione osmotica che abbiamo evocato, perché non immaginare come altrettanto osmotico il legame tra la funzione giurisdizionale che ha luogo nella prima sfera e quella omologa che si manifesta nella seconda?

Se, come siamo convinti, è davvero difficile immaginare una reale cesura tra le due sfere della politicità della magistratura, allora perché vedere nella "politicizzazione" del giudiziario un fenomeno di episodica o straordinaria eccezione, legato alle patologie del regime democratico, ed anzi un precipuo indicatore se non un fattore (a seconda delle angolazioni e delle circostanze storiche) della sua crisi (Linz 1978; Morlino 1980)? Perché non cogliere nella politicità della magistratura un volto normale della complessità funzionale del sistema politico o, se si preferisce, una sua complicità necessaria?

## **QUALCHE SEGNALE DAL CASO ITALIANO**

Il fatto è che quando i teorici delle transizioni politiche parlano di politicizzazione della magistratura hanno in mente in un postulato semplice ed essenziale: che la magistratura sia un potere neutrale poiché estraneo ad una legittimazione politico-elettorale e che, in quanto neutrale, debba stare per ciò stesso al di sopra delle "parti" nell'agone politico democratico e, di norma, non debba influire sui suoi esiti così come sul suo divenire. Ove il contrario avvenga, significa che siamo di fronte, quanto meno, a un indizio forte (anche se non esaustivo) di crisi del regime democratico vigente (almeno in potenza). Le cose, come abbiamo cercato di rimarcare, non sono così semplici. Neutralità e politicità non sono qualificazioni destinate ad elidersi a vicenda per il fatto che corrispondono a due ordini di proprietà fondamentalmente diverse: che possono ben convivere fra loro. La mancanza di uno specifico mandato politico-elettorale non preclude affatto alla magistratura di svolgere un ruolo intensamente politico nella funzionalità del sistema. Anzi, proprio questa sua formale neutralità statutaria può essere interpretata dalla magistratura come la propria abilitazione ad una continuativa funzione di controllo della legittimazione del potere politico nell'esercizio delle sue funzioni rappresentative e decisionali. Solo che, in fasi di coesione e di stabilità del regime, quella funzione può magari restare latente: cioè

contenuta entro l'alveo del *policy making* di cui s'è detto. Nelle fasi critiche e nelle relative turbolenze di sistema, essa può emergere allo scoperto e, come un fiume carsico, inondare di sé le pianure più coltivate del consenso politico e dei suoi beneficiari. Ma non potrà dirsi che si è trattato di una improvvisa politicizzazione della magistratura: bensì della compiuta esplicitazione della intrinseca e costante politicità della sua azione. La quale politicità, per quanto sin qui sostenuto, è direttamente innestata proprio sul tronco maestro della separazione dei poteri e della correlativa terzietà del giudice.

Altra cosa, com'è evidente, è una nozione di politicizzazione che intenda descrivere taluni dei fenomeni "devianti" su cui maggiormente la letteratura politologica ha sempre insistito. Ad esempio, il caso in cui l'attività giurisdizionale sia vincolata e controllata direttamente nei suoi esiti da organi politici esterni alla magistratura, così da ridurre l'azione interpretativa del giudice ad attività eterodiretta, come è avvenuto in taluni regimi totalitari (Kirchheimer 1961). O il caso in cui a tutela dell'indipendenza della magistratura non siano effettivamente previste o rispettate garanzie di inamovibilità del giudice da parte del potere politico (Marradi 1971). O allorché sugli organi di autogoverno pesino forme di influenza politica indiretta in relazione alla nomina dei vertici giudiziari (Guarnieri 1992). O quando la magistratura assuma normalmente posizioni politiche unitarie o fortemente aggregative pro o contro una strategia politica di governo o di partito (Linz 1978). Ma queste e le molte altre ipotizzabili o rinvenibili varianti nel panorama storico internazionale, sono pur sempre forme "attive" o "passive" di politicizzazione della magistratura e della attività giudiziaria che non contraddicono la matrice originariamente politica della funzione giurisdizionale in sé considerata. Se mai, a quella matrice vanno a sovrapporsi o con essa interagiscono, traendo dalla stessa fondamento e giustificazione. Od ancora, proprio quella stessa matrice intendono contraddire o controbilanciare.

Il dramma italiano di questi primi anni Novanta, se osservato oltre la crosta dura e acre della quotidianità delle sue cronache, sembra appunto confortare uno sforzo di indagine lungo la prospettiva metaforica di quel fiume carsico.

Sappiamo, infatti, che la corruzione politica in Italia è fenomeno assai longevo e che, per restare ai nostri giorni, accompagna con varia intensità e visibilità l'intera storia della repubblica. Solo con Tangentopoli, però, essa diventa scandalo incompressibile e travolgente. Ebbene, se osservata diacronicamente con l'ausilio di qualche elementare indicatore empirico, si può vedere quanto poco improvvisa sia stata la gestazione di quello scandalo nell'attivismo della magistratura verso la classe politica e come esso sia invece la risultante di una marcia lunga e costante della magistratura lungo il fragile diaframma tra politica e politiche.

Se -a mero titolo esemplificativo- consideriamo l'andamento delle richieste di autorizzazione a procedere della magistratura contro i parlamentari della prima repubblica (Tavola 1) e le distinguiamo a seconda che le imputazioni attengano a reati

di "opinione" (cioè comunque concernenti lo svolgimento dell'attività di mobilitazione, di campagna e di lotta politica) o a reati di "appropriazione" (cioè relativi all'acquisizione di vantaggi personali sfruttando le risorse politiche conseguenti al mandato parlamentare), vediamo come questa attenzione della magistratura alle modalità dell'agire politico in entrambe le sfere del sistema (*policy* e *politics*) sia appunto una costante (Grafico 1).

### **Tavola1**

### **Grafico1**

Ma possiamo anche distinguere gli stessi reati a seconda del loro grado di visibilità. Possiamo cioè osservare quanto la magistratura abbia agito in base ad una conoscenza di fatti criminosi che, data la loro fiagranza o la loro diretta denuncia o pubblicizzazione ad opera di terzi, non poteva legittimamente sfuggirle; e quanto invece essa si sia mossa in dipendenza di autonome iniziative inquisitorie circa fatti e circostanze che, altrimenti, sarebbero rimasti tra le azioni occulte dell'imprenditoria politica (Grafico 2).

### **Grafico2**

Ebbene, si può osservare come quest'ultimo tipo di attivismo giudiziario sia andato costantemente aumentando tra la prima e l'undicesima legislatura. È un segnale preciso di quanto il terremoto degli anni Novanta sia stato pervicacemente preparato da una crescita progressiva dell'attenzione della magistratura alle logiche più profonde del far politica e della professionalità dei suoi addetti. Ed è anche una spia significativa di quanto a lungo la magistratura sia andata maturando al proprio interno, quale custode indipendente della legalità, un ruolo di consapevole commisuratore della legittimità politica e delle sue modalità evolutive.

Naturalmente, parlare di magistratura globalmente intesa è quanto mai improvvido nel contesto di questo genere di rilevazioni. Se si cercano indicatori empirici dell'estremo grado di frammentarietà della storia della magistratura italiana e della complessa trama pluralistica che ne caratterizza l'attività (specie inquirente) verso la classe politica, le richieste di autorizzazione a procedere sono di certo un'angolazione esemplare. Basta in proposito osservare il Grafico 3.

### **Grafico3**

L'attivismo delle quattro procure più significative della vicenda repubblicana vi appare estremamente disomogeneo e scandito da ritmi altalenanti che, ovviamente, sottendono circostanze, carriere e contiguità giudiziarie e politiche tutte peculiari e accidentali. Tuttavia, a quello che potremmo chiamare l'appuntamento decisivo, è comunque la magistratura nel suo insieme a non mancare: come se la generalizzata sedimentazione di quel ruolo di cui or ora si diceva, e della sua consapevolezza, non

solo abbia compiutamente avuto luogo, ma abbia anche saputo esprimere, alla fine, una comune soggettività.

## **PER CONCLUDERE**

Ma queste sono solo percezioni. In realtà, di cosa e come sia stata la magistratura nell'Italia repubblicana, a tutt'oggi, non sappiamo molto. Manca una storiografia specifica (che non sia quella della normazione in materia o dell'associazionismo corporativo) ed è lungi dall'aver esaurito il suo compito anche l'analisi della sociologia e della scienza politica. Anche queste ultime scontano forse un eccessivo ancoraggio a una modellistica molto prescrittiva e poco empirica, e hanno a lungo privilegiato, a loro volta, le urgenze progettuali e propositive prima che ricognitive. C'è un continuo discutere e tornare a dibattere attorno a valori e principi "costituzionali" sulla cui scia lo scienziato sociale ha spesso poco da aggiungere alle consapevolezze del giurista colto, senza per altro disporre delle tecnologie di quest'ultimo per intervenire significativamente nel disegno della funzione giudiziaria e negli assetti della magistratura. Il vuoto principale è ancora e continua ad essere la mancanza di un'analisi sistematica delle "politiche del diritto" contenute nell'attività giurisprudenziale: ...ed è come se si fossero studiate per decenni le assemblee legislative solo attraverso i profili dei politici che le hanno occupate senza esaminarne la produzione normativa, o si fossero studiati i partiti attraverso le loro sole referenze congressuali e le biografie dei loro leaders. Il rischio è di lavorare sulle immagini della magistratura e della giurisdizione; su ciò che di essa si dica o che essa dica di essere, non su ciò che realmente faccia o abbia fatto. Ma è un rischio quasi inevitabile dato il ritardo accumulato. Per non correrlo del tutto, è almeno utile tenere ferme -quale presupposto teorico di ogni possibile analisi (...e di ogni eventuale innovazione istituzionale in materia)- le ragioni della insopprimibile politicità della "giustizia".

**Tavola1**

**Tavola 1**  
**Richieste di autorizzazione a procedere e numero**  
**di parlamentari inquisiti**

<b>Legislatura</b>	<b>N.Rap</b>	<b>N.Parlamentari</b>	<b>Rap/Parlam.</b>
I	659	916	0.72
II	508	833	0.61
III	398	845	0.47
IV	306	950	0.32
V	229	952	0.24
VI	468	952	0.49
VII	241	952	0.25
VIII	277	952	0.29
IX	406	953	0.43
X	380	954	0.40
XI	898	956	0.94

Grafico1

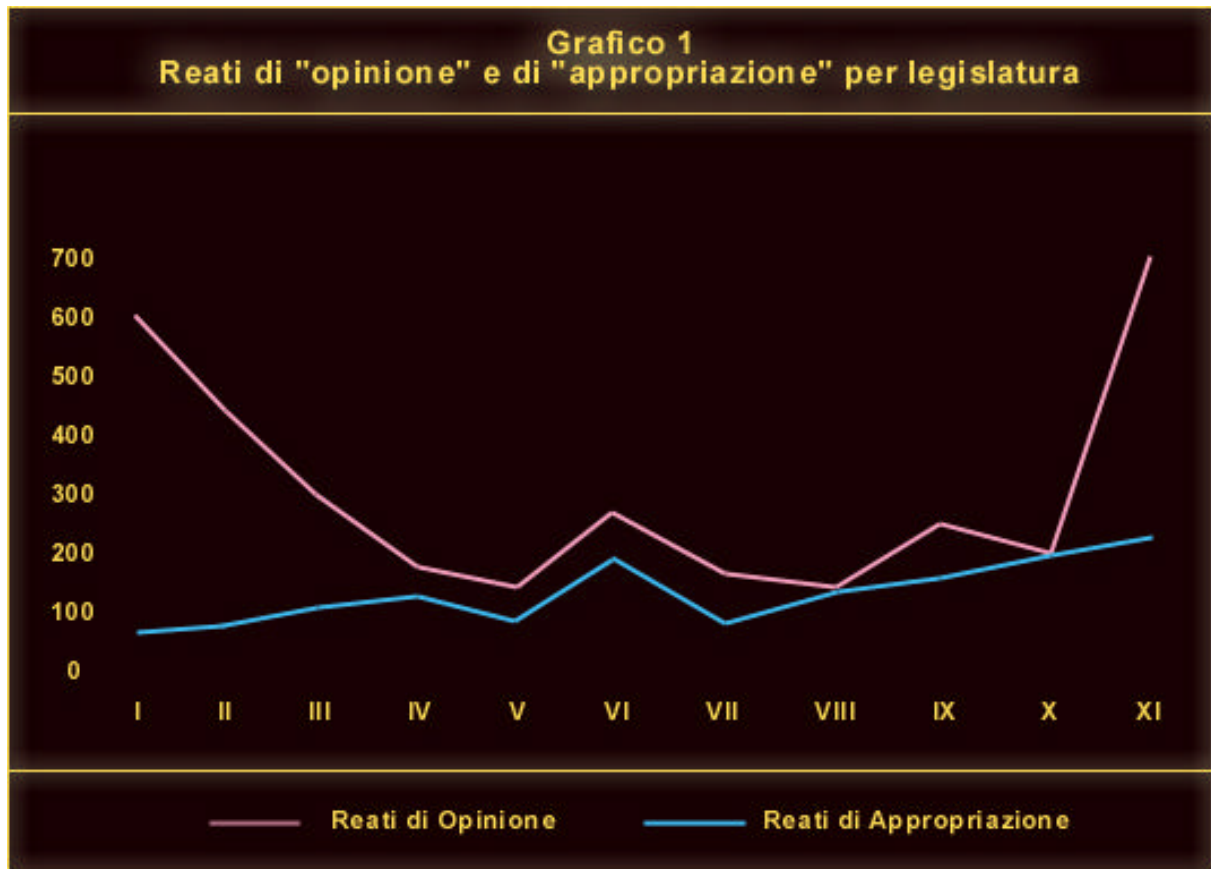


Grafico2

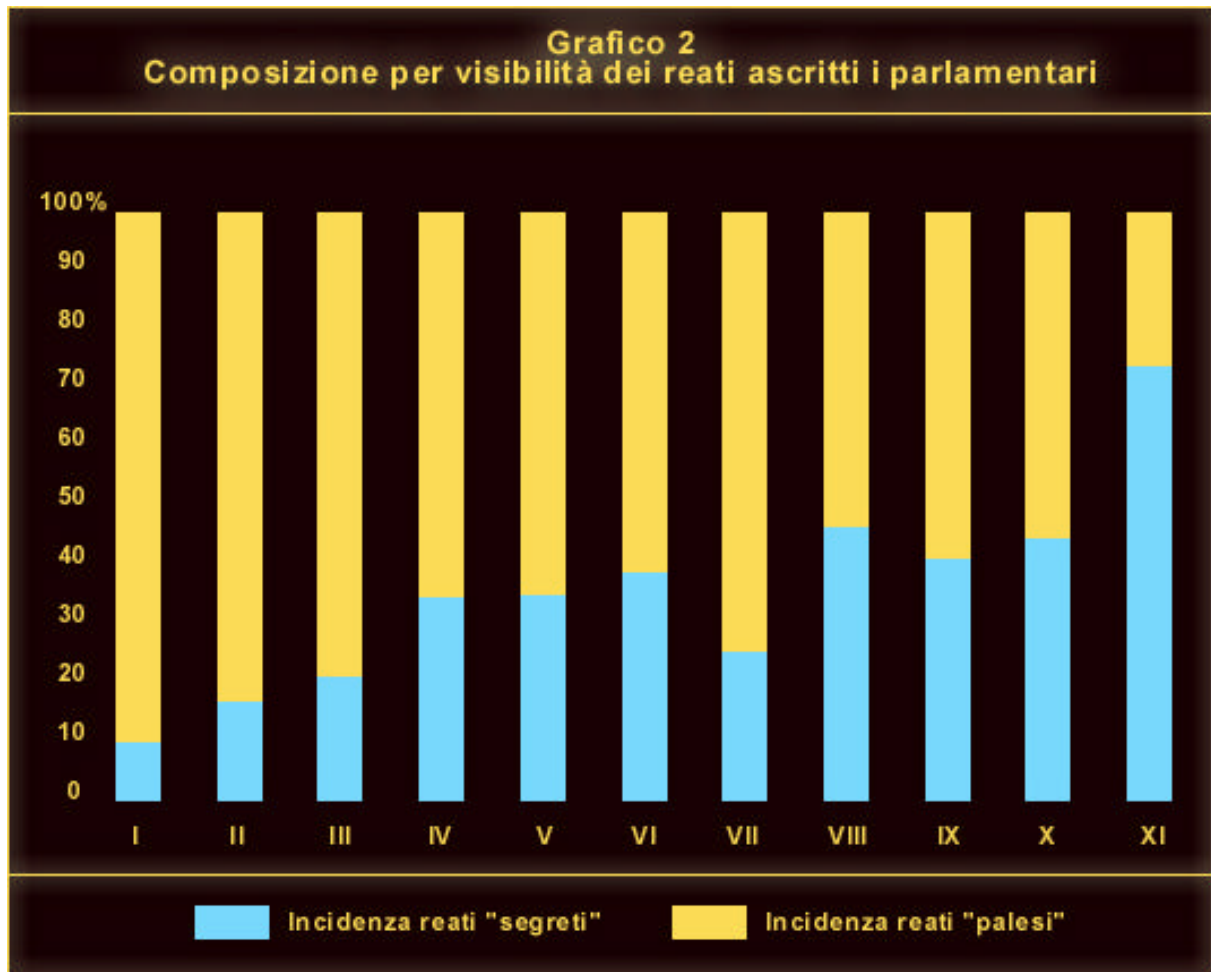
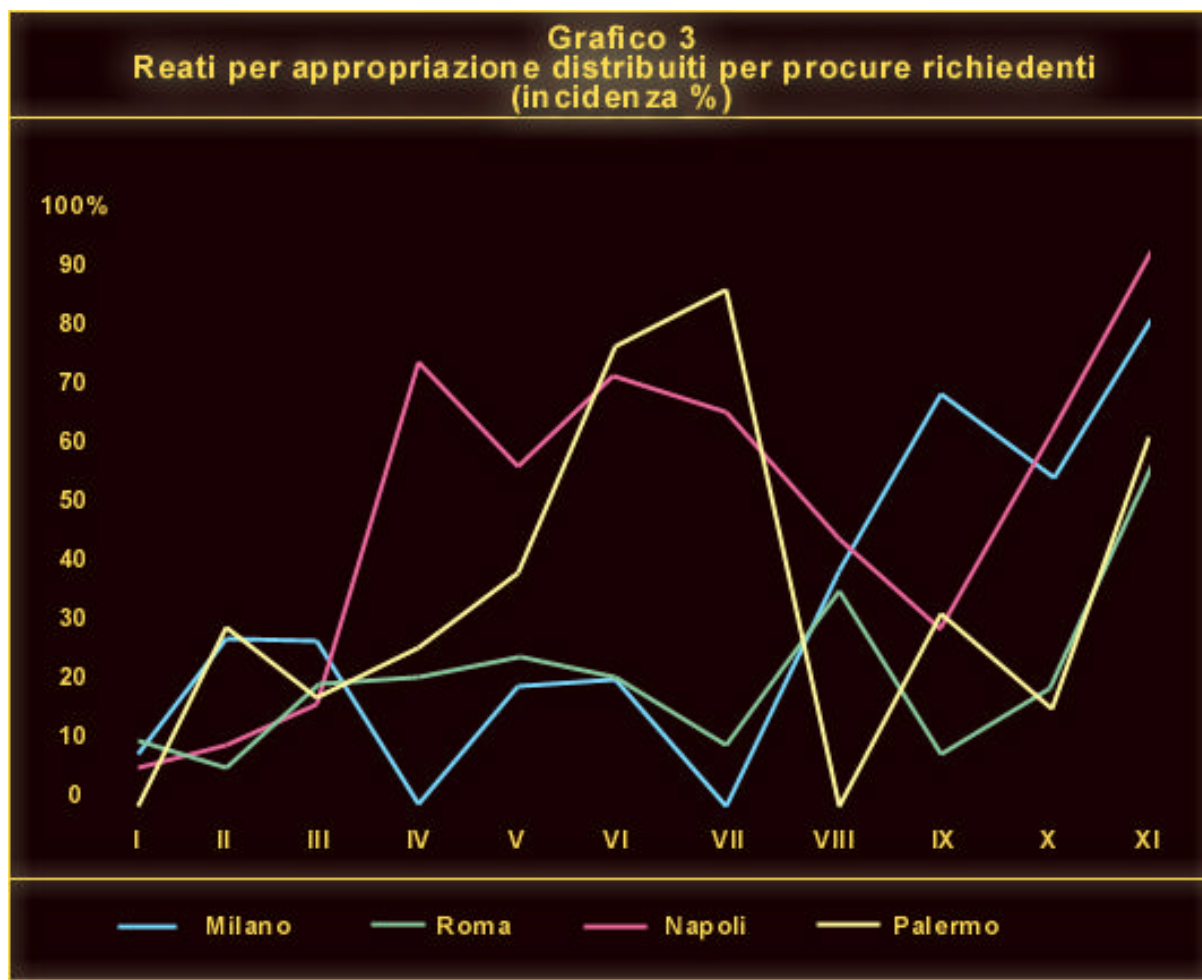


Grafico3





## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AHRENS, H.: "Dottrina generale dello Stato" in BRUNIALTI, A. (a cura di): Lo Stato moderno. Torino, Utet, 1891 (1850).
- BAZE, T. (de): Du droit des magistrats. Genève, Droz, 1971 (1575).
- BIAGI, E.: "Prefazione" a FLICK, G.M.: Lettera a un procuratore della Repubblica. Milano, Il Sole 24 Ore Libri, 1993.
- BOBBIO, N.: "The Promotion of Action in the Modern State", in HUGHES, H. (a cura di): Law Reason and Justice. New York, New York University Press, 1969.
- BOBBIO, N.: "Diritto", in BOBBIO, N. e MATTEUCCI, N. (a cura di): Dizionario di politica. Torino, Utet, 1976.
- BOBBIO, N.: Dalla struttura alla funzione, Milano, Comunità, 1977.
- BORLANDI, M.: "Magistratura", in FARNETI, P. (a cura di): Politica e società. Firenze, La nuova Italia, 1979; Il mondo contemporaneo, vol. II, 1979, p. 519-554.
- BURDEAU, G.: Traité de science politique, vol. IV. Paris, Lgdj, 1952.
- CALAMANDREI, P.: Elogio dei giudici scritto da un avvocato. Firenze, Ponte alle Grazie, 1989 (1935).
- CALASSO, F.: I glossatori e la teoria della sovranità. Milano, Giuffrè, 1957.
- CAPPELLETTI, M.: Processo e ideologie. Bologna, Il Mulino, 1969.
- CARCASSONE, E.: Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII siècle. Paris, PUF, 1927.
- CARDOZO, B. N.: Il giudice e il diritto. Firenze, La Nuova Italia, 1962 (1947).
- CARRÉ DE MALBERG, R.: Contribution à la théorie générale de l'Etat. Paris, Sirey, 1920-1922.
- CHÉRUEL, A.: Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France. Paris, Hachette, 1874 (1855).
- DICEY, A. V.: Introduction à l'étude du droit constitutionnel. Paris, Giard & Brière, 1902 (1885).
- CASSANO, G.B.: Trattato italiano di psichiatria. Milano, Masson, 1992.
- COSTANTINO, S.: Sfere di legittimità e processi di legittimazione. Weber. Schmitt. Luhmann. Habermas. Torino, Giappichelli, 1994.
- COTTA, M.: "Il contributo dei «policy studies» alla scienza politica contemporanea", in PANEBIANCO, A. (a cura di): L'analisi della politica. Tradizioni di ricerca, modelli, teorie. Bologna, Il Mulino, 1989.
- DAMASKA, M.R.: The Faces of Justice and State Authority. New Haven, Yale University Press, 1986.
- Di FEDERICO, G.: "La crisi del sistema giudiziario e la questione della responsabilità civile dei magistrati", in CORBETTA, P. e LEONARDI, R. (a cura di): Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Bologna, Il Mulino, 1988, p. 93-129.
- Di FEDERICO, G.: "«Lottizzazioni correntizie» e «politicizzazione» del CSM: quali rimedi"? in Quaderni costituzionali, X, n. 2, 1990, p. 279-297.

- Di FEDERICO, G.: "Per un programma di riforma della giustizia", in FONDAZIONE ROSSELLI: Primo rapporto sulle priorità nazionali. Le Istituzioni. Milano, Mondadori, 1993, p. 127-159.
- ERCOLE, F.: Da Bartolo all'Althusio. Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del Rinascimento italiano. Firenze, Vallecchi, 1932.
- EHRlich, E.: I fondamenti della sociologia del diritto. Milano, Giuffrè, 1976 (1913).
- EVAN, W.M. (ed.): The Sociology of Law. A Social-structural Perspective. New York, Free Press, 1980.
- FARNETI, P.: "Elementi teorici per uno schema analitico di politica comparata" in FARNETI, P.: Sistema politico e società civile. Torino, Giappichelli, 1971.
- FLICK, G. M.: Lettera a un procuratore della Repubblica. Milano, Il Sole 24 Ore Libri, 1993.
- FREDDI, G.: Tensioni e conflitto nella magistratura. Bari, Laterza, 1978.
- FRIEDMAN, L.M.: The Legal System. A social Science Perspective. New York, Russel Sage Foundation, 1975.
- FRIEDRICH, C. J.: Constitutional Government and Democracy. New York, Ginn, 1968 (1950).
- GALLINO, L.: "Un patto di cittadinanza", in Il Mulino, XXXIX, n. 330, 1990.
- GIASANTI, A.: La società tra Behemoth e Leviathan. Per una teoria del controllo sociale. Messina, Armando Siciliano Editore, 1992.
- GUARNIERI, C.: Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi. Bologna, Il Mulino, 1992.
- GURVITCH, G.: Sociologia del diritto. Milano, Comunità, 1957 (1947).
- HART, H.L.A.: Il concetto di diritto. Torino, Einaudi, 1965 (1961).
- HUNTINGTON, S.P.: Political Order in Changing Societies. New Haven, Yale University Press, 1968.
- IRTI, N.: Società civile. Elementi per un'analisi del diritto privato. Milano, Giuffrè, 1992.
- JOUVENEL, B. (de): De la souveraineté. Paris, Genin, 1955.
- KANTOROWICZ, H.: La definizione del diritto. Torino, Giappichelli, 1962 (1958).
- LINZ, J.J.: The Breakdown od Democratic Regimes: Crisis. Breakdown and Reaquilibration. Baltimore-London, The Johns Hopkins University Press, 1978.
- LINZ, J.J.: "Il crollo dei regimi democratici: un modello teorico", in LINZ, J.J.; FARNETI, P. e LEPSIUS M.R.: La caduta dei regimi democratici. Bologna, Il Mulino, 1981.
- KELSEN, H.: Teoria generale del diritto e dello Stato. Milano, Etas Kompass, 1966 (1945).
- KIRCHHEIMER, O.: Political Justice. Princeton, Princeton University Press, 1961.
- MAITLAND, F. W.: The Constitutional History of England. Cambridge, Cambridge University Press, 1909.
- MARRADI, A.: "Scienza politica e sistema giudiziario", in Rivista italiana di scienza politica, I, 1971, p. 393-345.
- MARRADI, A.: "Funzioni delle Corti Costituzionali nel sistema politico", in Rivista italiana di scienza politica, II, 1972, p. 483-523.

- MATTEUCCI, N.: Organizzazione del potere e libertà. Torino, Utet, 1976.
- MCILWAIN, C. H.: Costituzionalismo antico e moderno Venezia, Neri Pozza, 1956 (1940).
- MEYNAUD, J.: La tecnocrazia. Bari, Laterza, 1966 (1964).
- MI7TEIS, H.: Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale. Brescia, Morcelliana, 1962 (1955).
- MORLINO, L.: Come cambiano i regimi politici. Milano, Angeli, 1980.
- MORLINO, L.: Dalla democrazia all'autoritarismo. Bologna, Il Mulino, 1982.
- MORLINO, L. (a cura di): Costruire la democrazia. Gruppi e partiti in Italia. Bologna, Il Mulino, 1993.
- MORLINO, L.: Crisi e transizione della democrazia italiana, Relazione al Seminario di studi e ricerche parlamentari, Firenze, 24 gennaio 1994, in corso di pubblicazione nel Quaderno n. 5 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Milano, Giuffrè, 1994.
- MURATORI, L.A.: Dei difetti della giurisprudenza. Roma, Formiggini, 1933 (1742).
- NEUMANN, F.: Lo Stato democratico e lo Stato autoritario. Bologna, Il Mulino, 1973 (1957).
- OLIVECRONA, K.: La struttura dell'ordinamento giuridico. Milano, Etas Konipass, 1972 (1971).
- PAGANI, A.: La professione del giudice. Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1969.
- PANEBIANCO, A.: "Fare a meno della politica"?, in Il Mulino, XLII, n. 348, 1993.
- PARSONS, T.: "The Law and Social Control", in EVAN, W.M. (ed.): The Law and Sociology. New York, Free Press-trad. it. in GIASANTI, A. e POCAR, V. (a cura di): La teoria funzionale del diritto. Milano, Unicopli, 1981 (1962).
- PECORA, G. (a cura di): Potere politico e legittimità, Milano, Sugarco, 1987.
- PEDERZOLI, P.: "Il giudice nei regimi democratici", in Rivista italiana di scienza politica, XX, n. 2, 1990, p. 293-323.
- PIZZORNO, A.: "Interests and Parties in Pluralism", in BERGER, S. (ed.): Organizing Interests in Western Europe: Pluralism, Corporatism and the Transformation of Politics. Cambridge, Cambridge University Press, 1981, qui citato nella versione italiana, in BERGER, S. (a cura di): L'organizzazione degli interessi nell'Europa occidentale. Bologna, Il Mulino, 1983.
- PIZZORNO, A.: "La corruzione nel sistema politico", introduzione a D. della PORTA: Lo scambio occulto. casi di corruzione politica in Italia. Bologna, Il Mulino, 1992, p. 13-74.
- PIZZORNO, A.: "Categorie per una crisi", in Micromega, n. 3, 1993, p. 81-96.
- PREDIERI, A.: "Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne", in Studi & Informazioni - Rivista trimestrale sul governo dell'economia, n. 3, 1993.
- PREDIERI, A.: La certa osmosi e l'incerto paradigma. Milano, Giuffrè, 1994.
- RAITERI, M.: "Rappresentazione del giudice e realtà della magistratura" in GIASANTI, A. (a cura di): Giustizia e conflitto sociale. Milano, Giuffrè, 1992.
- ROUSSELET, M.: Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours. Paris, Plon, 1957.

- SARTORI, G.: Parties and party system. Cambridge, Cambridge University Press, 1976.
- SCHMITT, C.: "Legalità e legittimità", in SCHMITT, C.: Le categorie del "politico". Bologna, Il Mulino, 1972 (1932).
- SCHUBERT, G. (a cura di): Judicial Decision Making. Glencoe, Free Press, 1963.
- TARELLO, G.: Storia della cultura giuridica moderna, vol. I, Bologna, Il Mulino, 1976.
- TOMEIO, V.: "Interpretare il conflitto", in Critica liberale, 144,6 (agosto), 1973.
- TOMEIO, V.: Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica, Milano, Angeli, 1981.
- VEDEL, G. (a cura di): La dépolitisation: mythe ou réalité? Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1962.
- WEBER, M.: Economia e società, Milano, Comunità, 1968 (1922).
- ZANNOTTI, F.: La magistratura, come gruppo di pressione istituzionale. Milano, Giuffrè, 1989.