

PROF. ROBERTO BIN

Vi ringrazio molto dell'invito: immagino che devo parlare per primo in quanto, essendo un costituzionalista, mi occupo di cose vaghe e generiche. Mancando uno storico o un filosofo, tocca a me!

Mi ero preparato una scaletta per il mio intervento, ma, di fronte alle domande dell'Avvocato Zaffalon, preferisco abbandonarla e seguire il suo ordine, anche se preannuncio che sono in radicale dissenso rispetto alle implicite risposte che quelle domande contenevano.

Partiamo dalle c.d. leggi-provvedimento. Le leggi-provvedimento sono delle leggi sospette da sempre; d'altra parte, sono delle leggi di uso assolutamente comune e anzi talvolta obbligatorie. Per esempio, una norma della Costituzione su cui non si riflette mai a sufficienza è l'art. 77 che disciplina i decreti legge e li definisce come "provvedimenti provvisori". Io spero che un giorno la Corte si ricordi di questa dizione e cominci a colpire quei decreti legge che non hanno natura provvedimentale, ma ordinamentale, introducono discipline nuove e, talvolta, delle riforme di rilievo: del resto ci stiamo arrivando ormai con la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che sta cercando di arginare l'abuso della decretazione d'urgenza.

Direi di più: la legge generale astratta è un mito – un mito di un'epoca lontana e ormai fortunatamente finita. Talvolta sentiamo il profumo delle *madeleine*, come Proust, e tra le nostre *madeleine* c'è anche il nostalgico ricordo della legge generale astratta e di un Parlamento rappresentativo e monopolista della legislazione. Sono ricordi che appartengono a un passato lontano, ad un assetto che è in crisi da circa 140 anni. Il periodo della sua crisi è molto più lungo del periodo delle sue fortune, delle quali non dovremmo essere molto nostalgici. Era il periodo in cui le leggi le faceva un Parlamento eletto da una ristretta minoranza di benestanti, costituito da un 2-3-4... al culmine l'8% degli italiani. Tale era il suffragio limitato di allora: era un Parlamento censitario, che rappresentava rigorosamente solo gli abbienti e di conseguenza non aveva difficoltà a disciplinare per via generale astratta le poche cose di cui era interessato ad occuparsi: a tutti si poteva tranquillamente attribuire o negare, con legge generale e astratta, l'eguale diritto di vivere sotto i ponti o di possedere un latifondo improduttivo. Oggi – fortunatamente – le cose sono cambiate: di fronte all'art. 3, II co. - che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono l'eguaglianza nel godimento dei diritti - noi vediamo aprirsi le porte di una legislazione che si fa sempre più particolare e sempre meno generale, ed è spesso necessariamente provvedimentale. Siamo pieni di leggi-provvedimento: ogni legge che istituisce un ente e gli conferisce una certa dotazione finanziaria è una legge-provvedimento, così come lo è ogni legge che elargisce risorse ad un territorio

colpito da terremoto o inondazioni, ogni legge che sostiene questa o quella categoria in difficoltà.

Non voglio dire che le leggi-provvedimento non siano da guardare con sospetto. Infatti la Corte ha sempre affermato che alle leggi provvedimento si devono applicare test di giudizio molto severi: uno riguarda il principio di uguaglianza, e chiede quanto sia ragionevole limitare un certo intervento a una fattispecie concreta, limitata, selettiva. Si applica un giudizio di ragionevolezza, di giustificabilità; se una legge promuove l'imprenditoria delle giovani donne del sud, il target di quella legge corrisponde ad una fattispecie che è molto limitata: essa viola l'eguaglianza formale e perciò deve essere ragionevolmente giustificabile per essere salvata dalle censure della Corte. Quindi, dal punto di vista del principio di uguaglianza, noi siamo tendenzialmente sempre in tensione e sempre vincolati a quel giudizio di ragionevolezza che - ci può piacere o non piacere - ormai è lo standard del giudizio di tutti i Giudici del mondo.

Un secondo test di giudizio guarda, invece, al rapporto tra la legge e i giudizi in corso. Mentre per il primo test la legge Ilva non presenta troppi problemi, con il secondo arriviamo al punto dolente. Dice la Corte: la legge-provvedimento è illegittima se diretta o comunque pretenda di avere effetto sui giudizi in corso o sul giudicato. Qui sembrerebbe fondato il rilievo del GIP di Taranto, perché il decreto-legge agisce su un giudizio è in corso. E anzi - dice il GIP, istigato dal PM - ne resta inciso anche un giudicato di tipo cautelare. Ma la Corte risponde che il giudicato di tipo cautelare è una costruzione della dottrina - che francamente se lo poteva anche risparmiare - e, nella misura in cui sia sostenibile, ha efficacia soltanto endoprocessuale per i punti accertati in quella fase. Di conseguenza, qui non stiamo parlando di punti accertati in giudizio che vengono rovesciati dal legislatore, si tratta di una questione del tutto diversa. Quindi non c'è un problema di violazione del giudicato cautelare, c'è semmai il problema del rispetto di un giudizio in corso. Tocchiamo così il vero punto dolente di questa decisione, ma io direi anche il punto dolente non sta tanto nella motivazione della Corte, quanto nella legislazione italiana.

L'art. 321 del Codice di Procedura Penale è innovativo rispetto alla precedente legislazione processualpenalistica, ma fortemente incompleto, perché introduce una fase cautelare che è la proiezione processualpenalistica di un principio cautelare che sta in tutta la giurisdizione e che notoriamente giustifica anche deroghe al riparto della giurisdizione stessa. L'esigenza cautelare fa agio sulla precisione degli strumenti processuali. Nel caso Ilva siamo addirittura in una fase preprocessuale, cioè nella fase delle indagini preliminari, precedente all'esercizio dell'azione penale, e quindi il giudizio in senso proprio. Vorrei citare Caprioli: siamo in una fase che "non può dirsi di natura processuale e giurisdizionale". La fase cautelare è una fase in cui il Pubblico Ministero (e il GIP su sua richiesta) assume provvedimenti rivolti alla prevenzione di ulteriori reati o della prosecuzione del reato su cui si stanno svolgendo le indagini. Ma non siamo nell'ambito del *giudizio* penale, tanto è vero che - com'è noto - per l'emanazione di un provvedimento cautelare reale (non di quelli personali, ovviamente) si prescinde anche dall'accertamento del reato. La Cassazione dice che

c'è un rapporto tra la cosa e il reato e non fra la cosa e il reo. È richiesto solo, come requisito, il *fumus commissi delicti*, ma non l'accertamento del delitto né l'esercizio dell'azione. Se non c'è azione, tecnicamente non c'è giudizio. La giurisdizione si presenta come espressione di un potere dello Stato essenzialmente nel giudizio e nei limiti in cui il giudizio è legato alla domanda. Il potere giurisdizionale trova nel principio della domanda il suo limite e la sua legittimazione: nel caso del processo penale, la domanda corrisponde all'esercizio della azione penale. Prima non si può affermare che ci si colloca del tutto al di fuori della giurisdizione, è ovvio: c'è un giudice e ci sono tutte le garanzie, ci mancherebbe. Ma non siamo esattamente dentro alla *funzione* giurisdizionale.

Sottolineo questo perché – come è stato osservato da molti – la sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva, pur formalmente emanata in un giudizio di legittimità delle leggi, in realtà risolve un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Il conflitto tra poteri dello Stato era stato in effetti promosso dal PM, ma la Corte - come avevano previsto tutti coloro che conoscono la giurisprudenza della Corte - lo ha dichiarato inammissibile perché la Corte è rigida su un punto: le leggi non possono essere impugnate in sede di conflitto di attribuzione se non quando a) si tratti di legge che incide direttamente sul potere, e b) non ci siano altri strumenti di tutela. E' la teoria della residualità del conflitto di attribuzione, teoria da tempo sostenuta in dottrina e che la Corte ha espressamente recepito e mantiene sempre ferma. Siccome però in questo caso c'era la possibilità di sollevare la questione di legittimità (che in effetti è stata sollevata contestualmente), il conflitto di attribuzioni non rappresentava l'*extrema ratio*. Il giudizio della Corte si svolge perciò nelle *forme processuali* di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, ma la sostanza della questione resta un quella di un conflitto tra poteri dello Stato: anzi, un doppio conflitto, perché i giudici di Taranto sollevano un conflitto contro il potere legislativo contestando che la legge-provvedimento inciderebbe illegittimamente sulle attività processuali, e uno contro il potere esecutivo, il cui oggetto è la spettanza del potere di prevenzione del reato, e quindi di proteggere i diritti costituzionali e di “bilanciarli”.

Il bilanciamento dei diritti, il bilanciamento degli interessi, è un punto fermo della giurisprudenza di tutto il mondo, lo praticano tutti i giudici. Le stesse nostre categorie, quelle che la Corte costituzionale applica ogni giorno giudicando sul bilanciamento, sono generi di importazione, portano tutti marchi di origine esteri, in larga parte nordamericani e per il resto tedeschi. Sono modelli di giudizio che sono stati recepiti anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il presupposto di questa tecnica di bilanciamento è che non ci sia una gerarchia prefissata di diritti o di valori costituzionali, ossia che la scrittura del testo costituzionale non ci può servire di guida nel fissare precedenze tra i diritti, può fornirci al massimo qualche argomento: il testo non basta a risolvere il problema di fissare il punto di bilanciamento tra due diritti in competizione. Per cui la fundamentalità del diritto alla salute – invocata dai giudici di Taranto, ragionando sulla base del testo dell'art. 32.1 Cost. (che "tutela la salute come *fondamentale* diritto dell'individuo") - non può essere presa come un argomento decisivo, tale da far

superare l'esigenza di qualsiasi bilanciamento con altri interessi. La "fondamentalità" del diritto alla salute, così com'è scritta nel '48, si riferiva del resto a una norma allora generalmente considerata programmatica, perché solo dopo, grazie alla Corte costituzionale, il diritto alla salute è diventato una norma precettiva direttamente esigibile davanti a un giudice; ma, a parte questo, la Corte costituzionale italiana ha sempre detto – e, ripeto, l'ha detto in coro insieme alla Corte suprema americana e al Tribunale federale costituzionale tedesco - è che, per capire dove si pone il punto di bilanciamento tra gli interessi, bisogna non ragionare in astratto, ma guardare alle condizioni di tempo, luogo e modalità (*time, place and manner*). Senza questa considerazione in concreto è difficile giudicare il bilanciamento. Il bilanciamento, di conseguenza, non è mai in astratto, ma sempre in concreto.

C'è una famosa sentenza del Tribunale tedesco degli anni '50 che, invece, come spesso capita ai giudici tedeschi, ha scritto il manifesto della gerarchia dei valori costituzionali. È rimasta famosa perché è una sentenza importante sulla libertà di espressione, ma il suo manifesto non è stato mai realmente applicato; tutta la giurisprudenza successiva si è discostata da questa splendida cattedrale della gerarchia dei valori per praticare piuttosto la via catacombale del giudizio in concreto: è lì che bisogna valutare come si compie il bilanciamento. C'è da aggiungere un'altra considerazione. Il bilanciamento non lo compie la Corte costituzionale, non è nelle spettanze del giudice fissare il punto di bilanciamento degli interessi. Spesso lo si dice, lo ripetono spesso anche gli annotatori delle sentenze della Corte, ma, ahimè, è sbagliato. La Corte, semplicemente, giudica del bilanciamento fissato dal legislatore, quello è l'oggetto delle sue valutazioni. Sta al legislatore scegliere dove gli interessi in conflitto trovano la loro composizione. Siccome le norme costituzionali non sono coerenti (per fortuna, aggiungerei, perché altrimenti avremmo assetti degli interessi congelati e difficilmente modificabili) ma sono formulate semmai in modo apparentemente contraddittorio - pensate soltanto alla proprietà privata e all'utilità sociale come suo limite, alla libertà di iniziativa economica scritta in coppia con il limite dell'interesse generale, al principio di eguaglianza formale seguito e superato dal principio di eguaglianza sostanziale – spettando al legislatore ordinario il compito di trovare il punto di mediazione tra gli interessi concorrenti. Averli fissati in Costituzione vuol dire però che il legislatore ordinario democraticamente eletto non può andare oltre il limite segnato in Costituzione né in un senso né nell'altro. Sei un Governo di destra e vuoi ridurre le tasse e perciò azzerare la spesa per l'istruzione pubblica? non lo puoi fare, perché l'istruzione pubblica è una prestazione obbligata dalla Costituzione; non puoi abolire il servizio sanitario nazionale; non puoi togliere la protezione fissata dall'art. 32. Sei un Governo di sinistra e vuoi limitare l'iniziativa privata e la proprietà privata, oppure tassare al 99% il patrimonio? non lo puoi fare perché scatta la tutela liberale della proprietà e della libertà d'impresa. In mezzo, come nei canali della laguna, c'è lo spazio di navigazione, più o meno stretto, delimitato da filari di bricole. Non puoi oltrepassare le bricole, perché se vai oltre la Corte dice: "Questa legge è illegittima perché il bilanciamento che hai fissato viola uno degli interessi in gioco".

La Corte si limita a dire qual è il punto di sconfinamento. Questo è importante capirlo e tenerlo fermo, perché significa che molto spesso la Corte si astiene da censurare la legge perché il potere politico di fissare le linee di navigazione tra i paletti costituzionali spetta al legislatore, non al potere giurisdizionale e neanche alla Corte. La Corte giudica la ragionevolezza, la congruità, la proporzionalità delle scelte legislative: sono tutte belle parole, molto astratte e difficilmente racchiudibili in un test preciso di giudizio, ma sono una componente fondamentale del giudizio di legittimità costituzionale, non solo da noi, ma in tutti i sistemi giuridici, quello europeo incluso.

C'è un punto della sentenza che mi sembra interessante ed è sicuramente un punto critico: il problema delle migliori tecnologie, delle *best practices*. Ogni volta che vedo introdotta nel linguaggio giuridico una parola inglese reagisco con la diffidenza che si prova di fronte ad un genere di contrabbando, a qualcosa che non ha un'etichettatura italiana e quindi sfugge ai normali controlli doganali. *Best practices* è espressione il cui impiego mi preoccupa un po', perché appartiene alle nozioni non ben definite che passano sotto un'altra etichetta equivoca di famiglia, quella del *soft law*: un diritto "morbido", che non sarebbe imposto dallo Stato, non è il frutto di una fonte del diritto, ma viene prodotto da corporazioni, da ordini professionali, dal "mercato", dalle autorità indipendenti e così via; un diritto che viene dal basso, e il diritto che viene dal basso francamente mi spaventa alquanto. Pensate, per esempio, alla legge Balduzzi che esenta da responsabilità penale per colpa lieve i medici che applicano i protocolli fissati dall'ordine professionale o dalla comunità scientifica: alla sua formulazione i pazienti non partecipano, per cui è un diritto unilaterale che viene improvvisamente assunto dentro lo schema legislativo e imposto come se fosse un elemento del diritto positivo, il diritto votato dai nostri rappresentanti. Questo effettivamente mi preoccupa.

Ma nel nostro caso la valutazione delle *best practices* finisce con essere un punto di fondamentale importanza per la valutazione del bilanciamento, proprio perché è un bilanciamento in concreto: e perché si porta dietro il problema decisivo di chi sia l'autorità competente a compierlo questo bilanciamento.

Il nocciolo della decisione che stiamo discutendo è proprio quel passo che è stato criticato dall'avv. Zaffalon, il punto in cui la Corte costituzionale incide nell'art. 321 CPP, di fatto modificandolo. Il fatto è che l'art. 321 CPP, così come scritto oggi, è molto carente: è però buffo che venga integrato implicitamente dalla Corte costituzionale soltanto per le grandi imprese strategiche, perché il problema è generale. Ed è un problema serio. È possibile che un PM, ovviamente col consenso del GIP, congeli l'attività di un'impresa in base alle perizie assunte in sede di incidente probatorio, perizie che, rispondendo ad un quesito preciso del PM, com'è ovvio, affermano che si deve cessare la produzione? Può essere che sia compito del giudice quello di fissare il punto di bilanciamento degli interessi nella prevenzione dei reati? Ma la prevenzione dei reati è davvero un compito *esclusivo* del Giudice o è

un compito della pubblica amministrazione? Questo mi sembra il punto decisivo, la spettanza della funzione di prevenzione dei reati ambientali. È evidente che se l'amministrazione non fa il suo dovere, allora deve intervenire il Giudice, in funzione quasi surrogatoria di un'amministrazione che non agisce. Il diritto alla salute trova così protezione con tutta l'urgenza del caso. Ma da questo non può nascere la pretesa di congelare la decisione assunta d'urgenza dal giudice come se essa potesse fissare una volta per tutte il bilanciamento degli interessi – anzi, nel nostro caso, il non-bilanciamento degli interessi perché l'interesse da premiare, a detta dei giudici tarantini, è uno e uno solo, la tutela della salute.

Caratteristica del nostro sistema di difesa dei diritti fondamentali è che i diritti sono individuali, solo ed esclusivamente individuali, e solo l'individuo li può difendere con l'azione. Il nostro sistema garantisce un'azione per qualsiasi tipo di diritto. Questo è il principio, e le deroghe non sono ammesse. Il che vuol dire che spetta all'individuo l'accesso al Giudice e, tramite l'azione, attivare la difesa dei propri diritti, difesa che può proseguire fino alla Corte Costituzionale. Fuori da questo schema resta però larghissima parte degli interessi sociali. Alcuni di essi hanno ottenuto un accesso attraverso una legittimazione processuale riconosciuta *ad hoc*, come per gli ambientalisti, i consumatori e così via. Ma altri no: si pensi, per esempio, all'interesse al risparmio, alla moneta, all'equilibrio finanziario, alla partecipazione democratica alla formazione delle leggi... insomma, a tutti quegli interessi che in Germania costituiscono il normale motivo per cui si fa il ricorso diretto di costituzionalità, generando quelle grandi e complicate sentenze della Corte tedesca relative ai trattati europei. Da noi essi non godono di alcuna tutela giurisdizionale, non c'è accesso ad alcun giudice e, di conseguenza, non c'è accesso neanche alla Corte Costituzionale: sono interessi talmente diffusi che nessuno può farli propri nei termini di un interesse attuale e concreto. Qual è la conseguenza? Che questi interessi si dirigono tutti verso l'azione penale. La *notitia criminis* è portata alla conoscenza del PM, magari per indurlo a iniziare delle indagini "a strascico" su qualche fenomeno, a ricercare, con l'ausilio dei periti, ogni sintomo di reato ambientale o di pericolo per la salute: la tutela di questi interessi non ha altro sbocco, se la richiesta di intervento rivolta agli organi politico-amministrativi non ha seguito. Per cui questa iper-pressione sul processo penale è una conseguenza dell'inerzia della pubblica amministrazione, ma finisce col deformare sia il sistema di protezione dei diritti che quello del processo penale. La legittimazione processuale "diretta" delle organizzazioni d'interesse o la loro pressione sul processo penale spostano l'azione politica a sostegno degli interessi sociali "non individuali" dalla loro sede naturale, il circuito politico-rappresentativo, a quello giurisdizionale. Si tratta assai spesso di organizzazioni "fondamentaliste", che hanno in cura un unico interesse, tendenzialmente assunto come "non negoziabile" (non si può negoziare sulla "sacralità" della vita, dell'ambiente, della salute ecc.). Il circuito politico-rappresentativo è tipicamente la sede della negoziazione, attraverso la quale si producono le leggi che disciplinano questi interessi cercando di contemperarli con gli interessi concorrenti; l'apertura del canale giurisdizionale consente invece di chiedere

un riconoscimento incondizionato della tutela dell'interesse difeso. La giurisdizione – e in particolare il giudice penale - è quindi spesso coinvolta in questioni di grande rilevanza politica promosse in difesa di questo tipo di interessi, assunti come "valori assoluti". Tutto ciò spinge in direzione di una radicalizzazione del conflitto tra politica e giurisdizione (la tensione tra i quali è un elemento strutturante dell'architettura dello Stato di diritto) e, talvolta, anche di una deformazione del concetto stesso di giurisdizione.

Chi si vede minacciato nel proprio diritto alla salute si organizza, e la sua organizzazione preme sulla Procura della Repubblica chiedendo protezione. La procura svolge indagini, acquisisce dati e perizie e quindi dispone il sequestro cautelare dei beni da cui proviene la minaccia. Non c'è nulla da eccepire, sin quando però il giudice penale rifiuta di cedere il passo agli organi politico-amministrativi e pretenda di essere lui l'unico soggetto abilitato a prevenire i reati e a proteggere i diritti. Non può funzionare così: il provvedimento cautelare, assunto in surrogata dell'amministrazione inerte, non può che cessare laddove gli organi politico-amministrativi finalmente agiscono e si assumono la loro responsabilità. Sin là gli organi giurisdizionali hanno agito in supplenza di un altro potere, non nel pieno esercizio delle proprie funzioni tipiche. Sin là i giudici di Taranto hanno agito in modo ineccepibile, ma la loro posizione non era più sostenibile quando hanno iniziato a sostenere che la loro decisione doveva restare ferma e intangibile anche se gli altri poteri pubblici avevano finalmente ripreso ad esercitare le loro attribuzioni.

----- primo intervento

Solo due osservazioni.

Nel corso di un week-end, la bozza del decreto legge uscita dal Consiglio dei Ministri è stata riscritta nella forma attuale, subendo un *maquillage* voluto dell'ufficio del Presidente della Repubblica: se non fosse avvenuto, secondo me sarebbe stato meglio. Il decreto in origine era esplicitamente un decreto "Salva-Ilva", non c'era quel primo articolo contenente la norma ridicola che dice: "a qualsiasi impresa strategica che si trovi in una determinata situazione si applica la seguente disciplina", per poi aggiungere che "l'Ilva si trova in quella situazione e quindi si applica la disciplina precedente". Tra l'altro, nella motivazione del decreto hanno dimenticato di togliere gli accenni precisi della genesi dello stesso, tutta riferita all'Ilva. Il decreto è scritto male, ma eviterò di aprire il vaso di Pandora dei commenti salaci sulla qualità del legislatore italiano e dei "tecnici" al Governo, che forse andrebbero rispediti a scuola.

I problemi che poneva il Prof. Caprioli sono molto interessanti. La prima versione del decreto-legge mi convinceva di più: richiesto di commentarla a caldo per la Rivista on-line *Diritto penale contemporaneo*, ho preso posizione in difesa di un potere politico amministrativo che finalmente si decideva ad assumersi le sue responsabilità e dare una risposta a un problema urgente come quello di Taranto. Per questo motivo mi sono posto la domanda di quale sia il potere del GIP e del PM in fase cautelare prima dell'esercizio dell'azione penale.

Si insegna che sia la magistratura che la pubblica amministrazione sono imparziali, perché lo impone la Costituzione: ma è un'imparzialità diversa. La pubblica amministrazione deve essere imparziale nei confronti dei terzi, dei cittadini, ma non degli interessi in gioco, perché ad ogni ramo della pubblica amministrazione è assegnata la cura di uno specifico e determinato interesse pubblico; mentre l'imparzialità per il Giudice consiste nell'applicazione "obiettiva" della legge, funzione nella quale non deve assumere rilievo altro interesse che la legalità. Per cui le due imparzialità non si sormontano. Il principio sembra chiaro, finché il giudice svolge la sua funzione tipica, la giurisdizione. Ma, nel momento in cui il giudice persegue invece la prevenzione di un reato, agisce in nome della tutela di un interesse pubblico preciso e perde quel tipo di imparzialità intrinseca che contraddistingue la giurisdizione. La complessità dell'azione della pubblica amministrazione deriva dall'esigenza di confrontare e bilanciare tutti gli interessi coinvolti in una decisione e quindi di coinvolgere e conciliare tutti gli uffici amministrativi che essi hanno in cura (la conferenza di servizio è il "luogo fisico" in cui tutto ciò si svolge). Il giudice come fa a sostituirsi a ciò? Come può affrontare e risolvere il problema del bilanciamento degli interessi in gioco? Il bilanciamento è la dimensione in cui galleggiano tutti i diritti, nessuno escluso, compreso – per citarne il più rilevante - il diritto alla vita. Non esiste nessun diritto che si sottragga al bilanciamento né nessuna gerarchia prefissata che possa risolverlo. Può capitare che il più banale degli interessi si confronti con il più importante dei diritti: il diritto alla difesa, per esempio, è stato affermato dalla Corte costituzionale come uno dei principi supremi, ma le ferie giudiziarie possono in qualche modo comprimere il diritto alla difesa anche se non c'è un interesse costituzionale che tuteli l'abbronzatura di magistrati e avvocati; ha detto la Corte, la compressione c'è ma è minima, ci sono comunque altre soluzioni che rendono comunque azionabile il diritto alla difesa, e così via. Come fa il Pubblico Ministero, nel corso di un'indagine, a bilanciare l'interesse che lui sta proteggendo – ed è una fortuna che lo faccia, se si tratta della nostra salute – con gli altri interessi in gioco? La soluzione del bilanciamento non può che essere politica e spettare alla politica. Se il Governo si assume la responsabilità di una decisione politica mi sembra svolga correttamente il suo compito, senza il bisogno di "mascherare" la sua decisione dandole le sembianze di una norma generale e astratta, generando tutti i problemi che indicava il Prof. Caprioli prima. Certo uno può dire: ma questa decisione sta incidendo su un provvedimento del giudice. Qui, purtroppo, la giurisprudenza della Corte che impedisce al PM di sollevare un conflitto di attribuzione quando può usare l'eccezione incidentale di legittimità ci ha impedito di avere una sentenza sul problema della ripartizione delle attribuzioni tra i poteri dello Stato, di spiegarci finalmente quale sia il potere della giurisdizione, dove esso termini per cedere il campo alla pubblica amministrazione. Questa risposta la Corte costituzionale l'avrebbe potuto dare solo in un conflitto di attribuzione e non attraverso lo schermo di un giudizio di legittimità sulla legge, che ovviamente falsifica la prospettiva. La legge è legittima, ma questa risposta nulla ci dice su quali limiti incontri il potere giudiziario nel momento in cui svolge l'attività cautelare.

La mancanza di una risposta a questa domanda non può non generare una certa preoccupazione, specialmente di fronte alla massa di nuovi diritti che preme per ricevere un riconoscimento. Diceva Hegel che il giudice finisce con essere il capillare dello Stato apparato che penetra nella società civile e consente un processo di osmosi. Noi ci rivolgiamo al giudice per chiedere tutela del nostro diritto. C'è una pressione della società nei confronti degli apparati giudiziari per il riconoscimento di diritti, e più i diritti sono "nuovi" - pensiamo alle nuove tecnologie e al conseguente diverso atteggiamento nei confronti della vita, della salute, del sesso e così via – più forte è la richiesta al giudice di farsene interprete e consentire l'accesso alla tutela giuridica. Dall'altra parte ci sono le leggi, c'è la mediazione politica che il legislatore deve operare tra gli interessi e i diritti. Sono i due diversi canali che in uno Stato di diritto sono a disposizione dei cittadini per ottenere la tutela dei diritti, quello del giudice per il caso concreto e quello politico rappresentativo per la disciplina generale ed astratta. Come ho già sottolineato in precedenza, gli interessi "fondamentalisti" preferiscono assai spesso il canale giudiziario a quello legislativo, perché non vogliono negoziare e bilanciare l'interesse che difendono con gli altri interessi e "valori". Questa scelta però sfrutta proprio i limiti di cui i giudici soffrono nell'affrontare il compito del bilanciamento e li spingono ad assumere provvedimenti che si collocano ai limiti della giurisdizione, creando tutti i problemi che abbiamo di fronte.

----- secondo intervento

La domanda del Prof. Caprioli è chiarissima, la risposta però non è certo semplice. È vero che in passato sono spesso prevalsi criteri sostanzialistici e che la Corte costituzionale è stata piuttosto timida nel censurare le leggi retroattive, per esempio quelle c.d. d'interpretazione autentica. Mi sembra però che questa tendenza stia cambiando, e probabilmente sta cambiando anche sotto la pressione della Corte EDU, che su questo tema è piuttosto severa nel censurare ogni legge la cui retroattività comporti incisione sui giudizi in corso. Del resto la Corte costituzionale lo ha sempre affermato come principio, e lo ha applicato con una certa attenzione in diverse occasioni (vedi per es. la sent. 267/2007). Molto dipende però da come la questione sia prospettata dal giudice remittente, che non sempre è attento a formulare l'eccezione.

Se posso rispondere al Prof. Pulitanò, io non credo che ci sia una distinzione secca tra giurisdizione e amministrazione. Esiste una distinzione di principio tra il soggetto che si occupa della legalità e dell'applicazione obiettiva e il soggetto che, invece, persegue un interesse pubblico, ma essa vacilla in alcune situazioni, come appunto il sequestro cautelare. Sarebbe bello avere l'occasione per rimeditare in prospettiva interdisciplinare sulla tutela cautelare, perché abbiamo molti studi di settore ma non una visione d'insieme. Mi verrebbe da dire che il PM che, indagando su un'ipotesi di reato, s'imbatte in qualche situazione in cui si prospetta un rischio ambientale o una minaccia per la salute e quindi provvede in via cautelare, stia svolgendo una funzione

assimilabile a quella del funzionario di fatto - esattamente come può capitare a me, privato cittadino, se vedo un tipo che sta picchiando una vecchietta e intervengo bloccandolo. L'ordinamento riconosce tutela cautelare anche a prescindere dalla valutazione della competenza della autorità giudiziaria adita. Si pensi al giudice del lavoro che concede accesso al trattamento Stamina non sentendosi di dire di no ai genitori di un bambino in stadio terminale: che cosa sta facendo, oltre che un errore sotto il profilo medico, da un punto di vista processuale? Abbiamo numerosi casi di questo tipo, dallo storico "caso Di Bella" in poi. I diritti sono infiniti, i nuovi diritti in larga parte sono vecchie libertà che improvvisamente si trovano di fronte ad un nuovo limite, e nuovi limiti sono introdotti perché la tecnologia crea nuove possibilità... È una lotta incessante a cui il nostro ordinamento dà poche altre soluzioni, diverse dal ricorso al giudice. Capisco che non devo parlare male del contenzioso, straordinariamente sovrabbondante in Italia, essendo ospite dell'Ordine degli avvocati, ma l'eccesso di contenzioso in Italia è dovuto anche al fatto che noi abbiamo pochi strumenti alternativi per tutelare gli interessi dei privati o della comunità. Non sto perorando la causa della mediazione, sia chiaro: quello che manca è tutto ciò che funziona da intercapedine tra il singolo, le sue organizzazioni e le funzioni pubbliche. Pensiamo a cosa succede in Italia ogni volta che si avvia un'opera pubblica: il nostro sistema è poco attento a incanalare la domanda sociale, le istanze delle parti sociali, le richieste e i timori delle associazioni per una via diversa da quella del processo penale. Questo secondo me è il vero, grande problema.