

Le Corti costituzionali possono diventare populiste? *

di Simina Tănăsescu

Mentre il ruolo delle Corti con riferimento al populismo rimane importante, il semplice svolgimento delle loro funzioni non è più sufficiente per la sopravvivenza della democrazia costituzionale nel momento in cui esse diventano uno degli obiettivi principali delle minacce populiste. In ogni caso, anche le Corti possono comportarsi secondo schemi populistici, allo scopo di evitare intrusioni populiste nella propria attività oppure per riallineare le proprie posizioni con gli orientamenti generali della società. Rafforzare il potere giudiziario, e le Corti costituzionali in particolare, ha sempre rappresentato una valida risposta al declino democratico populista. Il caso della Corte costituzionale della Romania è interessante poiché esemplifica una situazione nella quale il populismo giudiziario si sostanzia semplicemente nel supporto al potere politico in carica, mentre un clima di “populismo penale” sembra dominare la società.

1. Il populismo come ideologia

Nell'ultimo decennio, il populismo¹ è stato oggetto di studio da parte delle scienze sociali² in maniera crescente. Gli studi empirici si sono concentrati sulla descrizione dei movimenti populistici in Paesi specifici,

mentre la ricerca teorica ha tentato di presentare una teoria complessiva sulla versione contemporanea del populismo. Ad ogni modo, né il termine, né la realtà che esso descrive, sono nuovi. Anzi, il populismo attira l'attenzione degli studiosi di scienze sociali da molto prima³. Concetto politico piuttosto diffuso, il populi-

* Una versione leggermente diversa di questo *paper* sarà pubblicata (a cura di) Martin Belov, in *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019 (di prossima pubblicazione). La traduzione italiana è a cura di Sara Cocchi, dottoressa di ricerca in diritto comparato, Università di Firenze, che l'Autrice ringrazia sentitamente. Ogni responsabilità rimane dell'Autrice.

1. L'etimologia del termine populismo si riscontra nella parola latina *populus*, che significa “popolo”. I dizionari definiscono il termine “populismo” come la fede nel potere della gente comune. Un significato secondario, specifico delle scienze sociali, si riferisce ad una narrazione politica che oppone il popolo dotato di moralità alle élites immorali e proclama la superiorità della volontà politica di tale popolo virtuoso su qualunque altra possibile volontà politica (dissidente, marginale, plurale, ecc.).

2. C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 7 (1), 2011, pp. 5-16; C. Mudde, C. R. Kaltwasser, *Populism* in Michael Freedman, Marc Stears (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, OUP, 2013; C. R. Kaltwasser, *Latin American populism: some conceptual and normative lessons*, *Constellations* 21 (4), 2014, pp. 494-504; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty, and Constitutional Identity*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 12 (1), 2016, pp. 6-26; J. W. Muller, *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016; B. Moffit, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Stanford, Stanford University, 2016; B. N. Bakker, M. Rooduijn, G. Schumacher, *The psychological roots of populist voting; evidence from the United States, The Netherlands and Germany*, *European Journal of Political Research*, Vol. 55 (2), 2016, pp. 302-320; A. Arato, J. L. Cohen, *Civil Society, Populism and Religion*, *Constellations* Vol. 24(3), 2017, pp. 283-295; Y. Mounk, *The People vs. Democracy – Why our Freedom is in Danger & How to Save It*, Cambridge/MA, Harvard University Press, 2018; J. Petrov, *The Populist Challenge to the European Court of Human Rights*, <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-03-Jan-Petrov.pdf>.

3. G. Ionescu, E. Gellner (a cura di), *Populism: its meanings and national characteristics*, 1^a ed., Londra, The Nature of Human Soci-

simo è contestuale e camaleontico; muta nel contenuto e può essere associato a vari altri termini per descrivere nuove, ulteriori manifestazioni. Ad oggi, non è stata data nessuna definizione ufficiale di populismo⁴, che è stato inquadrato o in termini di psicologia politica o come anti-fenomeno, come «atteggiamento mentale ricorrente che appare in diversi contesti storici e geografici quale risultato di una particolare situazione sociale caratteristica delle società in cui i fattori sociali intermedi sono assenti o troppo deboli⁵». In estrema sintesi, il populismo si riferisce al risentimento popolare contro l'ordine imposto ad una determinata società da una classe dirigente ben consolidata, percepita come élite che gode del monopolio sul potere e sulla ricchezza. Tuttavia, da questo comune punto di partenza, i vari approcci e definizioni tendono a divergere a seconda della disciplina che studia il populismo e del termine al quale esso è associato.

Per i sociologi, «il populismo rappresenta, sotto varie forme, gli umori, i sentimenti e le voci di distinti e significativi segmenti del pubblico: non l'opinione pubblica in generale, ma piuttosto quei segmenti che sentono di essere stati ignorati dai governanti, a differenza di gruppi più favoriti ma meno meritevoli; quei segmenti che sentono di essere stati in un modo o in un altro defraudati dalla traiettoria delle politiche di Governo, che sembrano andare a beneficio non loro, ma di altri meno degni⁶». La tensione tra questi segmenti alla base della società e l'élite è fondato sul sentimento/percezione di alienazione, marginalizzazione e defraudazione della “gente comune”, che normalmente chiede solo di poter vivere la propria vita così com'è, ma che ha raggiunto un livello di insoddisfazione ormai incontenibile ed ha bisogno di esprimere il proprio disappunto nei confronti di coloro che ritengono responsabili della situazione, siano essi politici, organizzazioni burocratiche, tecnocrati, mezzi di comunicazione, ecc.⁷. Una tale miscela di risentimento può rimanere isolata nonostante la sua intensità, o può provocare scompiglio nella società, ma senza ulteriori conseguenze, oppure ancora può

condurre alla creazione di nuovi strumenti politici per incanalare e trasfigurare la frustrazione in un indirizzo politico. Talvolta, istituti di democrazia diretta, come l'iniziativa popolare, il *referendum* o altre forme di democrazia partecipativa o deliberativa possono essere il risultato di risentimenti populistici.

Il populismo penale è una variante del populismo che fa leva sull'espressione di rabbia e disillusione nei confronti dell'*establishment* della giustizia penale. Esso ruota attorno all'idea della *legalità* per la “gente comune” attraverso una esacerbata criminalizzazione di determinati comportamenti, il più delle volte senza alcun tipo di connessione con le tendenze criminali esistenti all'interno della società. «Il populismo penale si riferisce al modo in cui i criminali e i detenuti sono ritenuti favoriti, in particolare, a spese delle vittime di reato e, più in generale, della popolazione che rispetta la legge⁸. Fondato sulla divisione e sul dissenso più che sul consenso, il populismo penale esemplifica un'intolleranza sociale selettiva e può facilmente trasformare in nemici della “gente comune” non solo i criminali, ma anche l'apparato statale che ha il compito di ristabilire la legalità. In tal modo, il legislatore, gli agenti delle forze dell'ordine, il pubblico ministero, il giudice, gli agenti penitenziari, possono diventare bersaglio del populismo penale, a causa di una ritenuta inattività o incapacità di gestire adeguatamente il fenomeno criminale, indipendentemente dalle azioni effettivamente svolte. In maniera tutt'altro che paradossale, ma anzi come reazione al populismo penale, può svilupparsi un certo opportunismo politico, che “conquista” il gradimento dell'elettorato inasprendo cinicamente il rigore dei meccanismi punitivi, ritenendo che il pubblico sostenga e approvi tali politiche.

Per un certo periodo di tempo, il populismo, ed in particolare la sua variante autoritaria, è stato oggetto di ricerca da parte della scienza politica. Ideologicamente caratterizzato da correnti conservatrici o di destra e storicamente associato ad esse, il populismo autoritario si è manifestato nella Russia prerivoluzionaria o

ety Series, Weidenfeld and Nicolson, 1969; M. Canovan, *Populism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1981; M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, *Political Studies*, Vol. 47, 1999, pp.2-16; M. K. Curtis, 'Judicial Review and Populism', *Wake Forest Law Review*, Vol. 38 (1), 2003, <https://ssrn.com/abstract=394822> ; J. Pratt, *Penal Populism*, London and New York, Routledge, 2006.

4. Per una panoramica sulle definizioni di populismo, che conclude che oggi sembra esistere un consenso su almeno due caratteristiche specifiche, ovvero (i) una forte attenzione da parte dei *leader* populistici sul “popolo” e (ii) un implicito o esplicito riferimento ad un “anti-gruppo”, spesso l'élite politica, alla quale il popolo si contrappone, si veda C. Deiwiiks, *Populism*, *Living Reviews in Democracy*, Vol.1, 2009, www.cis.ethz.ch/research/living-reviews-in-democracy.html

5. G. Ionescu, E. Gellner, op.cit., p.3.

6. J. Pratt, op.cit., p.9.

7. M. Canovan, *Populism*, op.cit., p.9.

8. J. Pratt, op.cit., p.12.

nella Germania nazista, generalmente fra popolazione rurale ed attraverso la valorizzazione di una moralità semplice, dell'orgoglio nazionalista e di atteggiamenti autoritari⁹. Ad ogni modo, gli scienziati politici hanno anche associato il populismo al fondamentalismo islamico del Medio Oriente arabo, o ad alcune scuole di pensiero sociale in Polonia¹⁰, o alle politiche di Nixon, Reagan o Thatcher nel settore della sicurezza e dell'ordine pubblico¹¹. L'analisi ha rivelato un meccanismo interno specifico del populismo autoritario, consistente nel creare prima un'opinione pubblica fondata sul malcontento e sulla polarizzazione sociale, e successivamente nel consultarla ipocritamente, fingendo solo, nell'affermare intenti autoritari, di dar voce alla sua volontà. Questa sequenza è stata osservata in numerosi studi empirici condotti in tutto il mondo, indipendentemente dalle ideologie di destra o di sinistra in tal modo sostenute e dal periodo in cui il populismo si è affacciato sulla scena politica¹². Gli attori politici hanno utilizzato questo meccanismo principalmente per andare al potere, e ne hanno abusato una volta ottenuto il proprio obiettivo. Certamente, una volta al potere, i politici populistici non smettono di sostenere di essere dalla parte della "gente comune", che contrappongono agli "altri", ma continuano semplicemente a dividere la società in due gruppi omogenei ed antagonisti, "la gente perbene" contro "l'élite corrotta", e ad affermare che la politica dovrebbe essere un'espressione della *volonté générale* del popolo per come essi lo identificano.

Per quanto riguarda l'esercizio del potere, il populismo ha naturalmente interessato i giuristi, e i costituzionalisti in particolare, poiché esemplifica uno specifico modo d'intendere i concetti fondamentali della teoria costituzionale. Così, nel linguaggio populista, concetti come *popolo*, *volontà generale del popolo*, *sovranità* o *identità costituzionale* acquistano nuovi significati. Il rifiuto populista del moderno ordine costituzionale sembra essere contagioso nell'uso scorretto della terminologia giuridica. Generalmente, i populistici tendono ad utilizzare i concetti costituzionali per decostruire il "vecchio" ordine istituzionale e sviluppare un nuovo progetto sostanziale radicato proprio nella critica di quello "vecchio", e per consolidare il potere nelle proprie mani¹³.

Sebbene differenti sotto molti aspetti, le caratteristiche che vari costituzionalisti identificano come tipiche del populismo sono: l'esercizio autoritario del potere fondato sulla pretesa di una genuina rappresentanza del popolo; il disprezzo per le élites e l'*establishment*; l'avversione per il pluralismo in ogni tipo di dibattito sociale e politico; la tendenza a colonizzare e occupare tutte le istituzioni politiche per ottenere un potere rafforzato e successivamente contrapporsi apertamente alla democrazia e ai limiti giuridici razionali imposti dal costituzionalismo. In altre parole, non può esservi populismo senza qualcuno che parli in nome del popolo complessivamente inteso¹⁴. Da questa avversione "di principio" per il pluralismo deriva l'autoritarismo, che ha quale corollario il disprezzo per le regole e per le istituzioni. Dal punto di vista dei teorici delle Costituzioni, quest'ultima caratteristica merita particolare attenzione, poiché uno dei comuni denominatori di ogni analisi empirica del fenomeno populista è la minaccia che esso rappresenta per la democrazia e il costituzionalismo, anche a livello sovranazionale¹⁵. È facile individuare tale minaccia, ma condurne un'analisi giuridica in profondità non lo è altrettanto.

Un'area nella quale la tensione tra populismo e costituzionalismo è del tutto ovvia è quella della relazione fra rivendicazioni populiste contro le élites e le regole da esse create, e il ruolo svolto in qualsiasi democrazia costituzionale dalle Corti, quali guardiane tecnocratiche della legalità e protettrici dei diritti fondamentali¹⁶. Le Corti possono dunque essere facilmente etichettate come istituzioni tecnocratiche ed elitiste e possono essere percepite come un ostacolo per i Governi populistici e un impedimento alla realizzazione delle loro politiche di clientelismo di massa, colonizzazione delle istituzioni statali e repressione della società civile.

2. Corti e populismo

Effettivamente, la maggior parte degli studiosi si è occupata della relazione fra populismo e Corti sotto una prospettiva ben definita, considerando che sono in particolare gli attori politici, come gli organi legisla-

9. G. Ionescu, E. Gellner, op.cit., p.3.

10. G. W. Sheldon, *Encyclopedia of Political Thought*, New York, Facts on File, 2001, p.237.

11. G. W. Sheldon, *ibidem.*; J. Pratt, op.cit., pp.31-33.

12. C. Mudde, C. R. Kaltwasser, *Populism*, 2013, op.cit., *passim*.

13. D. Landau, *Populist Constitutions*, *The University of Chicago Law Review*, vol.85 (2) 2018, pp.521-543.

14. J. W. Muller, op.cit., 2016, p. 20.

15. C. Pinelli, op.cit., *passim*.

16. A. Arato, *Populism and the Courts*, *VerfBlog*, 25 April 2017, <https://verfassungsblog.de/populism-and-the-courts/>.

tivi o l'esecutivo, ad abbracciare il populismo, mentre il potere giudiziario rimane l'ultimo guardiano non solo dei diritti fondamentali ma anche dei limiti razionali imposti dalla Costituzione al potere politico. In un simile contesto, fra Corti e Governi populistici si verifica un ovvio conflitto. Sostenendo i principi fondamentali e le garanzie costituzionali come richiesto dal proprio ruolo, le Corti si oppongono al populismo sfrenato dei Governi e possono facilmente diventarne il bersaglio.

Questa è una delle ragioni per cui molti Governi populistici si sono concentrati su riforme del potere giudiziario finalizzate a relativizzare l'indipendenza della giustizia. Ad esempio, in Ungheria¹⁷, Polonia¹⁸ e Romania¹⁹, si è andati a toccare l'inamovibilità dei giudici tanto a livello individuale che sistemico, così suscitando il disappunto di alcuni organi del Consiglio d'Europa (in particolare la Commissione di Venezia) e dell'Unione europea (Commissione e Consiglio). I Parlamenti hanno approvato leggi che hanno reso possibile la rimozione di singoli giudici mediante trasferimento contro la volontà degli interessati o sanzioni disciplinari, così come congedi di massa mediante l'abbassamento dell'età del pensionamento obbligatorio, la conclusione anticipata del servizio a seguito della chiusura o della riorganizzazione degli uffici giudiziari, o la riconferma di coloro che ricoprono posizioni dirigenziali. In alcuni casi le giurisdizioni sovranazionali hanno individuato violazioni degli *standard* europei relativi all'indipendenza del potere giudiziario e allo Stato di diritto²⁰.

Nel caso specifico della Romania, la riforma del potere giudiziario è stata compiuta dal Parlamento nel

corso degli ultimi tre mesi (da ottobre a dicembre) del 2017. Ci sono voluti più di dieci mesi (da gennaio a ottobre 2018) e ben diciotto pronunce²¹ perché la Corte costituzionale rumena ne passasse al setaccio le varie disposizioni incostituzionali. In sintesi, la Corte costituzionale ha ritenuto che fosse minacciata l'indipendenza dei magistrati, ad esempio da disposizioni che ne ampliavano la responsabilità professionale e civile; che il funzionamento della magistratura fosse posto in pericolo, ad esempio a causa delle intersezioni fra potenziali pensionamenti di massa di magistrati con solo 20 anni di esperienza e 45 anni d'età e le nuove norme che regolano l'accesso alla magistratura; e che le garanzie costituzionali della magistratura fossero minacciate dal suo sistematico indebolimento e dalla netta ripartizione delle competenze tra le due distinte sezioni, rispettivamente per la magistratura giudicante e quella requirente, dell'organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura. Al tempo stesso, le valutazioni esterne²² di questa controversa riforma hanno concluso che le misure adottate rappresenterebbero un notevole arretramento per lo Stato di diritto in Romania e le hanno paragonate alle analoghe riforme intraprese da Ungheria o Polonia. E in effetti, la semplificazione normativa delle rimozioni individuali e collettive dei giudici erano fra le caratteristiche comuni individuate da tutti gli osservatori esterni, mentre la creazione all'interno dell'Ufficio del procuratore generale di una unità speciale per le indagini sui comportamenti dei magistrati è stata considerata una problematica novità istituzionale.

Nonostante le somiglianze relative all'architettura istituzionale e all'ambito delle varie riforme giudiziarie

17. B. Somody, *Theme with Variations: Lessons from the Recent History of Judicial Administration in Hungary*, P. Mikuli (a cura di), *Current Challenges in Court Administration*, The Hague, Eleven International Publishing, 2017, pp.157-158; G. Halmay, *Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, F. Nicola, B. Davies (a cura di), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, New York, Cambridge University Press, 2017, pp.477-479.

18. M. Matczak, *An Eye for an Eye: Law as an Instrument of Revenge in Poland*, *VerfBlog*, 8 March 2017, <https://verfassungsblog.de/an-eye-for-an-eye-law-as-an-instrument-of-revenge-in-poland/>

19. B. Selejan Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, *VerfBlog*, 22 February 2019, <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>; B. Selejan Gutan, *Failing to Struggle or Struggling to Fail? On the New Judiciary Legislation Changes in Romania*, *VerfBlog*, 31 January 2018, <https://verfassungsblog.de/failing-to-struggle-or-struggling-to-fail-on-the-new-judiciary-legislation-changes-in-romania/>

20. C 286/2012, Ungheria c. Commissione, 6 novembre 2012; Corte europea dei Diritti dell'uomo, *Baka v. Hungary*, Grand Chamber, 23 giugno 2016; ordinanza del Vicepresidente della Corte nel caso C-619/18 Commissione c. Polonia, 19 October 2018.

21. La l. 303/2004 sullo statuto dei giudici e dei pubblici ministeri è stata sottoposta a scrutinio con le sentenze n. 45/2018, 66/2018, 252/2018, 417/2018, 533/2018, 583/2018 e ritenuta carente dalla maggior parte di esse. Lo stesso è accaduto rispettivamente alla l. 304/2004 sull'organizzazione giudiziaria, mediante le decisioni n. 33/2018, 67/2018, 250/2018, 357/2018, 457/2018 e 483/2018, e alla l. 317/2004 sul Consiglio superiore della magistratura con le decisioni n. 61/2018, 65/2018, 251/2018, 385/2018, 530/2018 e 562/2018.

22. Un dibattito al Parlamento europeo sulle minacce allo Stato di diritto in Romania del febbraio 2018, (https://multimedia.europarl.europa.eu/en/threats-to-rule-of-law-by-romanian-justice-debate_1150531-V_v), il primo rapporto ad hoc (*Rule 34*) sulla Romania adottato da GRECO durante la sua 79ª seduta plenaria del 19-23 Marzo 2018 (www.just.ro/wp-content/uploads/2015/09/Greco-AdHoc-Rep20182-Final-eng-Romania.pdf), e l'opinione preliminare n. 924/2018 della Commissione di Venezia sulla bozza di emendamenti alla l. 303/2004 sullo statuto dei giudici e dei pubblici ministeri, alla l. 304/2004 sull'organizzazione giudiziaria, e alla l. 317/2004 sul Consiglio superiore della magistratura ([www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2018\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2018)007-e)).

rie, i motivi che le sorreggono rimangono specifiche e contestuali a ciascuno Stato. Nel caso della Polonia o dell'Ungheria, la motivazione è stata la vendetta e l'intenzione di sostituire l'élite precedentemente in carica con una classe dirigente compiacente; nel caso della Romania, l'intenzione era quella di indebolire le Corti sotto l'aspetto della lotta alla corruzione delle élites politiche²³. Comunque, ad ogni modo, ciò che rafforza gli attori politici che adottano misure contro di esso e permette le epurazioni promosse al riguardo dai governi populistici, è una certa mancanza, reale o percepita, di meccanismi di controllo esterno sulla responsabilità del potere giudiziario. Presumibilmente, la responsabilità dei giudici deve essere sottoposta ad uno scrutinio più penetrante che mai, poiché nei sistemi giuridici contemporanei le Corti godono di poteri più ampi che in passato, e poiché, nell'era dell'informazione istantanea, è possibile sottoporre un giudice imperfetto al giudizio del tribunale dell'opinione pubblica²⁴.

Tuttavia, il ruolo giocato da un potere giudiziario indipendente rimane essenziale in qualsiasi Stato di diritto, non soltanto per la protezione dei diritti fondamentali, ma anche per assicurare il bilanciamento fra poteri dello Stato. Ad essere esposte alle minacce populiste sono in particolar modo le Corti di vertice e le Corti costituzionali, in ragione della loro posizione e delle loro funzioni: la maggior parte delle Corti supreme possono orientare la giurisprudenza delle altre Corti del Paese, mentre le Corti costituzionali si trovano nella posizione di interpretare la Costituzione come cornice normativa che limita il potere politico.

La resistenza che il costituzionalismo può opporre al populismo passa necessariamente attraverso la resistenza delle Corti che si trovano ad affrontarne le minacce, e trova ad affrontare una problematica più ampia, ovvero il modo in cui l'architettura costituzionale delle democrazie contemporanee può mostrare la propria resilienza a fronte dell'ascesa globale del populismo²⁵.

3. Il populismo giudiziario

Pochi studiosi hanno trattato la relazione fra populismo e Corti da un'altra possibile prospettiva,

quella in cui le Corti seguono, nei propri comportamenti, modelli populistici²⁶. Stante la vaghezza del concetto di populismo, è difficile individuare una specifica condotta in grado di definire una Corte come "populista". Ad ogni modo, una giurisprudenza che rafforzasse la sovranità popolare, conferisse priorità all'identità costituzionale, riducesse il pluralismo e il bilanciamento fra poteri, relativizzasse i diritti fondamentali o semplicemente cercasse di dare effetto al comune sentire o supportasse le concezioni populiste del Governo, potrebbe rispondere alle caratteristiche del populismo giudiziario. Tuttavia, non necessariamente né senza distinzioni.

A ben vedere, il populismo giudiziario può rappresentare sia una tecnica di resilienza che una deriva rispetto al compito proprio delle Corti. In alcuni casi, ciò che può sembrare populismo giudiziario può tranquillamente essere un esempio del concetto di Costituzione vivente, ovvero, un adattamento della giurisprudenza ad una realtà sociale e a costumi in evoluzione, come nel caso di un qualsiasi ribaltamento della giurisprudenza che semplicemente riallinei la posizione di una determinata Corte con gli orientamenti generali della società. In altri casi, le Corti possono decidere di esercitare il proprio *self-restraint* con riferimento a questioni di ordine politico, al fine di lasciare un margine di manovra più ampio proprio agli attori politici. Inoltre, populismo giudiziario può semplicemente significare che le Corti si allineano al sentimento populista e fanno pendere il piatto della bilancia a favore delle visioni maggioritarie percepite, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga per guadagnarsi il favore del popolo o per evitarne il risentimento. Il populismo penale può essere una forma particolarmente significativa di questo tipo di populismo. Infine, e mettendo in discussione molto più che il solo sostegno popolare, le Corti possono semplicemente abdicare alla propria indipendenza per supportare le politiche dei Governi populistici.

È stato affermato che il populismo giudiziario dovrebbe essere utilizzato con un po' di senso comune, ovvero che le Corti dovrebbero prestare attenzione a non allontanarsi troppo dai costumi sociali e dalle tendenze maggioritarie quando si trovano a giudicare sui diritti fondamentali, mentre dovrebbero essere

23. W. Brzozowski, *The Removal of Judges and the Rule of Law*, M. Belov (a cura di), *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*, The Hague, Eleven Publishing House, 2018, p. 288.

24. Idem, p.290.

25. D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, *UC Davis Law Review*, Vol. 47, 2013, pp. 189-261; D. S. Law, M. Versteeg, *Sham Constitutions*, *California Law Review*, Vol. 101, No. 4, 2013, pp. 863-952; S. Issacharoff, *Fragile Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; T. Ginsburg, H. Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

26. M. Blauberger, R. D. Kelemen, *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, *Journal of European Public Policy*, Vol.24, No.3, 2016, pp.321-336.

più aggressive ed integre quando si tratti di sostenere le istituzioni dello Stato²⁷. Ciò significherebbe, ad esempio, che in luoghi in cui prevale una visione conservatrice, le Corti non dovrebbero rendere possibili i matrimoni fra persone dello stesso sesso, mentre dovrebbero proteggere con vigore la separazione dei poteri. La conseguenza di un simile approccio sarebbe una contemporanea imposizione di limiti tanto al Governo quanto alla protezione dei diritti fondamentali, che autorizzerebbe in tal modo una versione originale del costituzionalismo formale, non corrispondente allo scopo proprio del costituzionalismo liberale, cioè la tutela della libertà individuale.

In ciascuna di queste versioni, il populismo è destinato a portare con sé delle conseguenze sia per le Corti che per la “gente comune”. Fungendo da cassa di risonanza per il populismo, le Corti mettono in pericolo la propria legittimazione razionale e, paradossalmente, rischiano di pregiudicare il sostegno della popolazione nei loro confronti²⁸. Al tempo stesso, appoggiando una visione populista, le Corti possono restringere il proprio raggio d’azione, poiché la tutela in giudizio non è più destinata alla parte più debole di una qualsiasi controversia²⁹, ma piuttosto a quella che gode di una maggior accettazione sociale. Ha così inizio una spirale argomentativa che esclude pluralismo e differenziazione che, in fin dei conti, può avere un impatto negativo unicamente su quegli individui che esprimono punti di vista differenti da quelli della maggioranza, ovvero della “gente comune”. Come un cane che si morde la coda, il populismo giudiziario può finire per abusare del populismo stesso.

Da ciò consegue che il ruolo delle Corti con riferimento al populismo è e rimane importante, sebbene

la sostanza di questo ruolo possa subire variazioni: le Corti possono rappresentare un importante elemento di resistenza contro il populismo, oppure possono soccombere al populismo giudiziario. Queste alternative tendono ad essere tanto semplicemente contrapposte in teoria quanto poco lo sono in pratica. Anzi, diventano ancor più complesse quando ad essere coinvolte sono le Corti costituzionali, in ragione dell’annoso dibattito relativo alla legittimazione del controllo di costituzionalità³⁰.

4. Il populismo giudiziario e il controllo di costituzionalità

Occorre distinguere le controversie relative alla legittimazione del controllo di legittimità³¹, ovvero il controllo operato dai giudici ordinari sulla legge, le controversie relative alla legittimità del controllo di costituzionalità, ovvero la verifica svolta sulla legge da Corti costituzionali specializzate³², e il populismo giudiziario delle Corti costituzionali.

Ancora oggi si dibatte se la legge prodotta da rappresentanti eletti dal popolo possa essere invalidata da giudici non eletti, qualora essi ritengano che tale legge violi i diritti individuali³³. Vi è chi sostiene che il controllo di costituzionalità sia un modello decisorio non appropriato per una società democratica, poiché è la supremazia della legge ad essere associata all’autogoverno del popolo, e non le decisioni tecnocratiche prese da giudici professionisti. Vi è poi chi ritiene che nessun processo democratico sia perfetto e che esso rimanga costantemente esposto alla tirannia della maggioranza.

27. B. Petkova, *Populism and Judicial Backlash in the United States and Europe*’ *VerfBlog*, 30 April 2017, <https://verfassungsblog.de/populism-and-judicial-backlash-in-the-united-states-and-europe/>.

28. Per un’analisi della legittimazione dei giudici in generale, si veda A. A. Levasseur, *Legitimacy of Judges*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (4), 2002, pp.43-85. Si veda altresì A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton (N.J), 2008.

29. Sebbene ci si possa domandare perché le Corti dovrebbero sistematicamente tentare di evitare errori nei confronti degli imputati (presunti innocenti) piuttosto che gli errori relativi all’amministrazione della giustizia in generale (anche perpetrati non condannando i colpevoli). Il costituzionalismo è definito dalla protezione dei diritti fondamentali, e dunque favorevole ad un potere giudiziario che prova ad evitare gli errori in generale, o dalla protezione di specifici diritti, e dunque comporta la possibilità di scegliere di evitare errori giudiziari che vadano in una specifica direzione, indipendentemente dal fatto che essa sia in linea con la volontà popolare o meno?

30. A. Bickel, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs Merrill, 1962; M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs Merrill, 1971; M. Cappelletti, *The “Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, *California Law Review*, vol.53, 1979-1980, pp.409-445; J. Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, *Yale Law Journal*, vol.115 (6), 2005, pp.1346-1406; R. H. Fallon, *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*, *Harvard Law Review*, vol.121 (7), 2008, pp.1693-1736.

31. A. Bickel, *op.cit.*, *passim*.

32. H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, *Revue de droit public*, vol.35, 1928, pp.197-259; H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study on the Austrian and the American Constitution*, *The Journal of Politics*, vol.4 (2), 1942, pp.183-200.

33. Per lo stato dell’arte di tale dibattito, si vedano J. Waldron, *op.cit.*, e R. H. Fallon, *op. cit.*

Per affrontare la questione del *deficit* di democrazia che gli è proprio, Hans Kelsen ha immaginato diverse modalità organizzative e procedure istituzionali per condurre il controllo di costituzionalità. Ha legittimato il Parlamento e la Corte costituzionale attraverso il potere costituente, ponendoli in tal modo sullo stesso piano in termini di origine e scopo, sostenendo altresì che entrambi svolgono un'attività correlata alla legge, ma in direzioni differenti: mentre il Parlamento – quale legislatore positivo – approva le leggi, la Corte costituzionale – quale legislatore negativo – può dichiararle invalide. E se da un lato concordava sul fatto che i giudici delle Corti costituzionali avrebbero finito inevitabilmente per avere a che fare con decisioni di carattere politico, egli difendeva altresì la posizione secondo la quale, anche in simili situazioni, le decisioni emesse sarebbero state fondate su argomentazioni giuridiche razionali, sebbene concludesse che «il controllo sulla legittimità delle leggi è una funzione legislativa, e non puramente giudiziaria³⁴». All'opposto, Carl Schmitt riteneva che le Corti costituzionali avrebbero solo potuto trasformare la giustizia in politica e non il contrario, e sosteneva che la volontà del popolo prevalesse sull'interpretazione giuridica e persino sulla Costituzione³⁵. Un giusto compromesso fra il processo decisionale democratico e il controllo esterno sulla legge deve ancora essere trovato³⁶, ma tale questione è diversa rispetto a quella dell'interazione fra Corti costituzionali e populismo giudiziario.

Il populismo delle Corti costituzionali è stato occasionalmente analizzato con riferimento alla democrazia militante³⁷, un concetto sviluppato per evitare che la democrazia si trasformasse in estremismo attraverso l'attribuzione di poteri alle istituzioni democratiche affinché esse potessero resistere agli attacchi anti-democratici in tempi di crisi. Sviluppato prima della Seconda guerra mondiale, il concetto di democrazia militante implica il rafforzamento del controllo di legittimità al di là del tipico *self-restraint* dei giudici tecnocrati. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità, ciò comporta che, per mantenere il proprio ruolo di arbitri ultimi delle controversie giuridiche, le Corti costituzionali debbano agire secondo

modalità ben diverse da quelle piuttosto limitate che Hans Kelsen aveva delineato per loro. Questo giustifica l'attivismo giudiziario come forma di confronto fra potere giudiziario e organi politici di Governo ogniqualvolta questi ultimi si trasformino in una minaccia per la democrazia. Consentire alle Corti costituzionali di ricorrere a decisioni creative o di indicare misure provvisorie in grado di evitare che la legge contestata possa produrre effetti irreversibili è parte integrante della democrazia militante. Gli apprezzamenti per le fasi iniziali dell'attivismo giudiziario della Corte costituzionale ungherese o le sentenze interpretative utilizzate talvolta dalla Corte costituzionale italiana devono molto a questa impostazione teorica. Tuttavia, la democrazia militante può facilmente sfociare in attivismo giudiziario che a sua volta finisce per trasformarsi in populismo giudiziario. Così, una Corte costituzionale attivista che si schieri con un Governo populista, anziché opporsi ad esso, può produrre danni duraturi per la democrazia. La democrazia, del resto, sembra essere mal equipaggiata per contrastare quelli che sono solitamente considerati i suoi guardiani, ovvero i meccanismi intesi a rafforzare, e non ad indebolire, la Costituzione.

Talvolta, il populismo delle Corti costituzionali è stato ritenuto equivalente al populismo costituzionale, sebbene i due concetti non possano essere certo considerati sinonimi. Il populismo costituzionale³⁸ si riferisce al predominio permanente del popolo in ogni attività correlata all'interpretazione e all'applicazione del diritto costituzionale, e non soltanto nello specifico momento costituente. Il suo contrario è il gius-costituzionalismo, che attribuisce al potere giudiziario l'autorità definitiva sull'interpretazione ed applicazione del diritto costituzionale³⁹. Il costituzionalismo popolare è un semplice concetto che racchiude in sé un'argomentazione secondo la quale la Costituzione dovrebbe esser presa sul serio non solo dalle Corti, ma anche dal potere legislativo, dal potere esecutivo e, in ultima analisi, dal popolo stesso, i quali tutti debbono aver cura della sua interpretazione ed applicazione nella vita di tutti i giorni. Poiché, se accettiamo l'idea che la Costituzione è una norma giuridica, allora dobbiamo anche riconoscere che la Costituzione si

34. H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation*, loc.cit., p.200.

35. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Parigi, Quadrige/PUF, 1993, pp. 377 ss.

36. A. S. Stone, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

37. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Right*, *The American Political Science Review*, Vol.31, No.3, 1937, pp.417-432.

38. L. D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

39. Also see L. D. Kramer, *Popular Constitutionalism*, *Circa 2004*, *California Law Review*, vol.92 (4), 2004, p. 959.

auto-applica tanto attraverso i processi politici quanto mediante la giurisprudenza costituzionale⁴⁰.

Il costituzionalismo popolare non mette in discussione la legittimazione democratica del controllo di legittimità o di costituzionalità, poiché accetta che un controllo esterno sulla legge possa rivelarsi utile e persino necessario, bensì gli atteggiamenti profondamente antidemocratici sottostanti all'attuale sostegno alla supremazia dei giudici⁴¹. Per il momento, se l'auto-applicazione della Costituzione si verifichi anche in assenza di controllo di legittimità rimane una questione aperta, sebbene alcuni studiosi sembrano alludere ad una simile possibilità⁴². Inoltre, naturalmente, il costituzionalismo popolare è agli antipodi rispetto alle visioni legalistiche sulla interpretazione ed applicazione costituzionale; ciò, tra i vari motivi poiché non riesce a spiegare i meccanismi disponibili affinché il popolo possa consapevolmente interpretare ed applicare la Costituzione in altro modo che non mediante le pubbliche istituzioni, fra cui spiccano le Corti. I recenti tentativi di democrazia deliberativa in Islanda o Irlanda hanno avuto scarso successo⁴³, ma non è possibile stabilire alcuna connessione fra gli esiti infausti di tale coinvolgimento diretto del popolo nei confronti della Costituzione e una qualsiasi forma di controllo tecnocratico esterno della legge⁴⁴. Mentre la funzione principale del controllo di legittimità o di costituzionalità rimane quella di trattenere l'organo rappresentativo del popolo dal danneggiare coloro che lo hanno eletto, il popolo può godere di funzioni proprie con riferimento all'interpretazione e all'applicazione della Costituzione, ma esse non sostituiranno le Corti né subentreranno ad esse.

Ad ogni modo, è corretto dire che il costituzionalismo popolare talvolta ha favorito l'emersione di rivendicazioni relative ad un diritto costituzionale "populista" che possa fare a meno delle Corti costituzionali. Secondo questa visione idilliaca, le questioni costituzionali devono essere risolte non dalle Corti, bensì dal

popolo, con la guida di principi e valori piuttosto che di norme giuridiche⁴⁵. Tale impostazione prende la metafora della sovranità popolare troppo alla lettera e non riesce a riflettere i problemi della rappresentanza nelle democrazie contemporanee⁴⁶. Se da un lato è vero che il popolo gioca un ruolo importante nel dar forma al diritto, in questa equazione è il concetto astratto di popolo a dover essere considerato e non l'espressione di una qualunque "tirannia della maggioranza", che può essere instaurata o direttamente – mediante ad esempio un *referendum* – o indirettamente, attraverso un organo rappresentativo del popolo. Se il diritto costituzionale "populista" implica il coinvolgimento del popolo in ogni attività correlata alla Costituzione, allora è necessario ideare meccanismi che consentano l'interazione diretta del popolo con le Corti costituzionali.

In questo contesto, il ruolo delle Corti costituzionali in relazione al populismo non è diverso dal ruolo di qualunque altra Corte, ma la loro controversa legittimazione democratica e l'ascesa di nuovi strumenti concettuali nell'analisi del diritto costituzionale, come il costituzionalismo popolare, rendono il loro contributo al dibattito sul populismo giudiziario ancora più rilevante.

5. Il populismo giudiziario contestuale e la repressione penale della corruzione

Le Corti costituzionali possono sia fungere da importante elemento di resistenza al populismo che arrendersi al populismo giudiziario. L'efficacia della loro resistenza al populismo può essere influenzata dalla cultura giuridica e politica, dal contesto storico e da numerose altre variabili, che potenzialmente conducono le Corti costituzionali al punto di abbracciare un diverso atteggiamento e giungere così al populismo

40. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

41. R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

42. M. Tushnet, *Political Power and Judicial Power: Some Observations on their Relation*, *Fordham Law Review*, vol. 75 (2006-2007), pp. 755-768.

43. S. Suteu, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2015, vol.38, pp.251-276. Also see B. Thorarensen, *Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed*, 26.02.2014, <https://constitutional-change.com/why-the-making-of-a-crowd-sourced-constitution-in-iceland-failed/>.

44. In questo contesto, può essere utile ricordare che, secondo Hans Kelsen, non esiste alcuna "volontà del popolo". Si può solamente conoscere l'esito delle elezioni; pertanto, qualsiasi concezione organica dell'unità o della coerenza del popolo sono pure "illusioni metapolitiche". Si veda anche P. Pasquino, *Hans Kelsen: Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratietheorie*, O. Beaud, P. Pasquino (a cura di), *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Parigi, Editions Panthéon Assas, 2007, p. 30.

45. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, *passim*.

46. M. K. Curtis, *Judicial Review and Populism*, p. 330.

giudiziario. Come si è visto, il populismo giudiziario non equivale necessariamente a sostenere i populistici al potere in un determinato Stato e non sempre si contrappone alla democrazia costituzionale. Gli scienziati politici hanno dimostrato che talvolta il controllo di legittimità traduce in diritto costituzionale convinzioni popolari fortemente radicate⁴⁷. Inoltre, all'interno di una democrazia costituzionale, possono aver rilievo la consapevolezza delle scelte pubbliche o i meccanismi esterni di controllo della responsabilità dei giudici, rendendo in tal modo tutt'altro che semplice qualificare una Corte costituzionale come populista. Il rispetto dell'opinione pubblica può rivelarsi un elemento importante nel "kit di sopravvivenza" delle Corti costituzionali che si trovino a confrontarsi, da un lato, con le controversie relative alla propria legittimazione democratica, dall'altro con le pressioni dei Governi populistici. Per sapere se la consapevolezza che una Corte costituzionale ha della "volontà popolare" stia crescendo oppure se detta Corte sta semplicemente per soccombere alla volubilità dell'opinione pubblica occorre seguirne l'operato per un certo periodo di tempo.

Prendiamo il caso della Corte costituzionale rumena e ripercorriamone la giurisprudenza degli ultimi tre-quattro anni, ovvero a partire grosso modo dalle ultime elezioni parlamentari (dicembre 2016) lungo un periodo che copre il regolare rinnovo di un terzo dei suoi nove membri (giugno 2016-giugno 2019). Altrove ho sostenuto che le ultime elezioni parlamentari in Romania hanno portato al potere una coalizione di partiti che stanno mostrando alcune delle principali caratteristiche del populismo come ideologia politica⁴⁸. In questa sede, proverò a descrivere come, negli ultimi tre anni, la Corte costituzionale rumena abbia gradualmente sposato un'agenda populista nel settore della repressione penale della corruzione e ad illustrare il paradosso di questa tipologia contestuale di populismo: se teoricamente il populismo penale avrebbe richiesto che la Corte sostenesse il rafforzamento della repressione penale, la particolare situazione della Romania l'ha condotta ad abbracciare una posizione opposta.

Fin dall'avvio dei negoziati per l'ingresso nell'Unione europea nel 1995, il contrasto della corruzione, specialmente attraverso gli strumenti del diritto pe-

nale, ha rappresentato una delle priorità dell'agenda politica della Romania (e dell'Unione europea con riferimento alla Romania). Dichiarazioni politiche, politiche pubbliche, istituzioni specifiche e legislazione penale *ad hoc* sono state costantemente oggetto di rafforzamento con l'obiettivo di affrontare un fenomeno considerato uno dei principali ostacoli allo sviluppo del Paese. A seguito dell'ingresso nell'Unione europea nel 2007, è stato istituito un Meccanismo di cooperazione e verifica (*Cooperation and verification mechanism, Cvm*), ovvero uno strumento di monitoraggio mediante il quale la Commissione europea (Ce) avrebbe seguito i progressi della Romania in quei settori in cui il Paese era stato ritenuto non sufficientemente preparato per l'accesso, sebbene fosse comunque entrato a far parte del *club* Ue. La Ce ha specificamente incluso nel monitoraggio l'indipendenza del potere giudiziario e la lotta alla corruzione. Dal 2007, sono stati pubblicati rapporti annuali o biennali, che hanno evidenziato parziali e costanti progressi fino al 2017, quando per la prima volta la Ce ha utilizzato le seguenti parole: «si mette ampiamente in dubbio la buona *performance* delle istituzioni giudiziarie nella lotta alla corruzione⁴⁹». I successivi *report* del Cvm per gli anni 2018 e 2019 riflettono la crescente preoccupazione delle istituzioni europee rispetto alla direzione presa dalla lotta alla corruzione in Romania in ragione della "situazione politica". In termini eufemistici, nei due anni passati, la Ce ha evidenziato una regressione nella lotta alla corruzione, avviata a livello politico, attuata tramite la legislazione approvata dal Parlamento e dal Governo⁵⁰, contrastata dal potere giudiziario con il supporto del recente risveglio della società civile⁵¹, e in gran parte confermata dalla Corte costituzionale. In sintesi, la giurisprudenza della Corte costituzionale rumena nel corso dell'ultimo triennio può essere riassunta come segue: allentare la repressione penale della corruzione per migliorare la protezione dei diritti fondamentali. Uno sguardo più attento alle sentenze della Corte costituzionale rivela un approccio più sfumato.

Con la sentenza n. 802/2018, la Corte costituzionale ha operato un'importante distinzione fra le minacce alla sicurezza nazionale e i reati ad essa correlati, ed ha

47. J. González-Jácome, *In Defense of Judicial Populism: Lessons from Colombia*, I-CONNECT, www.iconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/.

48. S. Tanasescu, *Romania: From Constitutional Democracy to Constitutional Decay?*, V. Besirevic (a cura di), *New Politics of Decisionism*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019, pp. 177-191.

49. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comm-2017-751_en.pdf, p.2.

50. B. Selejan-Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>.

51. E. S. Tanasescu, *Criminal Policy or Criminal Politics?*, IACL-AIDC Blog, <https://blog-iacl-aidc.org/test-3/2018/5/26/analysis-criminal-policy-or-criminal-politics>.

limitato la repressione penale solo alle effettive violazioni della legislazione in materia di sicurezza nazionale. Gli strumenti del diritto penale non dovrebbero essere utilizzati per prevenire i reati, anche se pericolosi come quelli contro la sicurezza nazionale. Salvaguardare la democrazia persino da se stessa e proteggere i diritti fondamentali dei cittadini anche quando essi sono sospettati di rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale è il compito precipuo di qualunque Corte costituzionale, indipendentemente da attivismo o populismo, ed è un atteggiamento encomiabile.

Ad ogni modo, nella sentenza n. 91/2018 la Corte costituzionale ha affermato che la corruzione e i reati che come quest'ultima hanno una natura meramente patrimoniale, non rappresentano né minacce alla sicurezza nazionale, né crimini ad essa correlati, «poiché privi della rilevanza necessaria» (paragrafo 81), diversamente dai crimini contro l'umanità o dal genocidio. Apparentemente, anche qui la Corte sta tracciando una linea sottile fra minaccia e reato. In realtà, mostra semplicemente una posizione attivista sostituendo il concetto di sicurezza nazionale, così come definito dal legislatore, con la propria interpretazione di esso, e riduce l'ambito della repressione penale solo a quei reati non qualificati come corruzione. La Corte ha chiesto al legislatore di tracciare una netta distinzione fra le violazioni dei diritti fondamentali contrastabili mediante gli strumenti del diritto penale e quelle che, in ragione della propria rilevanza, possono costituire una minaccia alla sicurezza nazionale (paragrafo 82). Mentre la prima categoria di reati va a colpire una vittima ben individuata, meritevole di protezione mediante la repressione penale nei confronti del responsabile, la seconda categoria va a toccare i diritti fondamentali dei cittadini come categoria, indipendentemente dal fatto che essi siano considerati individualmente o come collettività (Paragrafo 83). Da ciò la Corte costituzionale desume che qualsiasi atto possa diventare una minaccia alla sicurezza nazionale, ma che non tutti gli atti debbano essere perseguibili penalmente. La Corte non dichiara che le minacce alla sicurezza nazionale non sono reati poiché colpiscono la comunità e non il singolo individuo, ma si spinge oltre ed afferma che, poiché le minacce alla sicurezza nazionale si riferiscono ad una vittima "collettiva" non identificabile, essi non presentano sufficiente certezza e non consentono al responsabile di conoscere quale condotta ricada sotto la fattispecie di reato individuata dalla legge penale. In altre parole, la legge sulla sicurezza nazionale non rispetta i requisiti di certezza e prevedibilità del diritto richiesti dall'articolo 1 della Costituzione e sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale, poiché i potenziali responsabili non sono messi in condizione di modificare la propria condotta al fine di evitare di essere condannati per violazione dei diritti fondamentali dei cittadini considerati come collettività.

L'argomentazione della Corte lascia perplessi quantomeno sotto due aspetti. Da un lato, la Corte sembra essere consapevole delle principali caratteristiche di quei reati che rappresentino anche minacce alla sicurezza nazionale, ovvero il fatto che essi vadano a colpire non tanto un singolo individuo, quanto piuttosto la comunità nel suo complesso, ma dall'altro lato, ciò è precisamente l'argomento che la Corte sostiene contro il reato di corruzione, finendo per non qualificarlo come minaccia alla sicurezza nazionale. In effetti, alcuni dei reati generalmente classificati come "corruzione" non hanno necessariamente un singolo individuo come vittima, bensì la società nel suo complesso. Così, il traffico di influenze o l'abuso d'ufficio non danneggiano uno specifico essere umano, ma riguardano un'intera comunità di persone destinate a subire le conseguenze di un reato del quale possono persino non essere a conoscenza. Tali condotte criminose non creano un danno patrimonialmente valutabile, ma hanno un impatto sui valori fondamentali di qualsiasi Stato di diritto. Affermare che questa è la ragione per cui tali azioni non debbano essere affrontate come minacce alla sicurezza nazionale è contro la logica e, fatto ancor più importante, non è compito di una Corte costituzionale, ma spetta unicamente al legislatore.

D'altra parte, affermare che la lotta alla corruzione non è un obiettivo strategico di uno Stato sottoposto a monitoraggio internazionale precisamente perché non ha adeguatamente affrontato la corruzione nei decenni passati, mette in discussione la ragionevolezza dell'accesso della Romania all'Unione europea. La lotta alla corruzione è stata inclusa nella strategia nazionale per la difesa e la sicurezza esattamente per riconoscerne l'importanza per la Romania e consentire un trattamento adeguato proprio di quei reati considerati particolarmente dannosi per lo Stato rumeno tanto dalle istituzioni nazionali quanto da quelle europee. La Romania è riuscita ad entrare nell'Unione europea a condizione che continuasse a contrastare la corruzione. Il meccanismo di monitoraggio istituito per supervisionare i progressi in questo campo rileva improvvisamente un'inversione di tendenza. In questo contesto, le sentenze della Corte costituzionale della Romania appaiono quantomeno provocatorie. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ulteriormente chiarito la propria posizione con riferimento all'ingresso della Romania nell'Ue. Nella sentenza n. 104/2018, ha affermato che il Cvm non è un parametro per il controllo di costituzionalità, mentre «la Costituzione è espressione della volontà del popolo e non può essere invalidata dalla semplice esistenza di una contraddizione fra di essa e le disposizioni europee» (paragrafo 90).

Inoltre, nella sentenza n. 26/2019, la Corte costituzionale ha deciso che i procedimenti penali per corruzione attualmente pendenti debbano essere sottoposti a revisione se le prove sono state ottenu-

te attraverso modalità di sorveglianza mirata, poiché quest'ultima⁵² è limitata solo alla sicurezza nazionale e non può più essere utilizzata nei procedimenti penali ordinari. Quest'ultima sentenza si è fermata ad un passo dal contravvenire al principio di cosa giudicata e dall'imporre la riapertura di tutti i procedimenti già conclusi che fossero basati su prove raccolte mediante modalità di sorveglianza mirata, sebbene la Corte costituzionale le consideri alterate.

Inoltre, con la sentenza n. 405/2016 la Corte costituzionale ha ridotto l'ambito della lotta alla corruzione, dichiarando costituzionale solo una definizione restrittiva del reato di abuso d'ufficio, mentre con la sentenza n. 392/2017 ha improvvisamente scoperto un'omissione legislativa obbligando il legislatore a individuare una soglia per il reato di abuso d'ufficio senza alcun tipo di fondamento nella lettera della Costituzione. Inoltre, in due sentenze, la Corte costituzionale è andata oltre i propri poteri, negando la sussistenza della giurisdizione amministrativa riguardo a specifici atti amministrativi con lo scopo di riservarsi la decisione sulle questioni coinvolte: nella sentenza n. 358/2018, relativa alla rimozione del procuratore capo incaricato della lotta alla corruzione, e nella sentenza n. 685/2018, sulle regole di funzionamento interno della Corte suprema, relative, fra l'altro, alla composizione delle sezioni chiamate a giudicare sui reati di corruzione.

Tutte queste decisioni veicolano un certo rilassamento della repressione penale della corruzione, in completo contrasto rispetto alla percezione pubblica di essa⁵³. Perché dunque parlare di populismo giudiziario della Corte costituzionale rumena? Perché fin dalle ultime elezioni parlamentari, la lotta alla corruzione in Romania è stato territorio di scontro fra il populismo penale di chi ritiene che la transizione democratica sia stata accompagnata dalle élites economicamente corrotte, ed è pronto persino ad accettare una distorsione dei principi fondamentali di umanità pur di veder rendere giustizia in maniera severa e talvolta dura, e le politiche populiste di coloro che sono attualmente al potere, che incitano il risentimento nazionalista contro l'ingombrante "Stato parallelo" che utilizza la repressione penale per arrestare lo sviluppo economico del Paese⁵⁴.

Non sono nuove né la contrapposizione fra un diritto penale "vittimocentrico" ed uno incentrato

sull'indagato, né la traduzione delle priorità individuate dagli attori politici in meccanismi di repressione penale. Se dieci-quindici anni fa in Romania l'agenda politica considerava altamente prioritaria la lotta alla corruzione in funzione dell'accesso del Paese all'Ue, negli ultimi tre anni sembra aver preso piede l'atteggiamento opposto. Se da un lato tali evoluzioni sono concepibili ed entrambe ammesse dalla Costituzione, non è ammissibile che a far pendere il piatto della bilancia in favore di una di esse sia una Corte costituzionale, il cui compito specifico dovrebbe essere quello di difendere la supremazia della Costituzione e dei valori che essa promuove, ovvero la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

In una democrazia costituzionale, le Corti dovrebbero promuovere la separazione dei poteri e i diritti fondamentali dei cittadini così come racchiusi nella Costituzione. In altre parole, le Corti devono assicurare che né il potere legislativo né il potere esecutivo possano conquistare il monopolio della sovranità popolare e che entrambi rispettino i diritti fondamentali come giuridicamente protetti e non come soggettivamente interpretati da una volontà popolare incarnata dai populistici. Se i poteri costituiti – come il legislativo e l'esecutivo – arrivano ad imporre il proprio punto di vista sulla sovranità popolare e riescono ad andare oltre il potere costituente democratico, indipendentemente dal fatto che ciò sia stato ottenuto con o senza il consenso delle Corti, l'impatto del potere giudiziario sulla democrazia risulta privo di significato e può pregiudicare la fiducia dei cittadini in tale ruolo, l'importanza e persino l'indipendenza dei giudici.

Il caso della Corte costituzionale rumena è interessante proprio perché evidenzia una situazione nella quale, in un arco di tempo relativamente breve, senza alcuna pressione da parte degli attori politici ed in un contesto che può favorire, ma non imporre, questo tipo di atteggiamento, ha preso campo una forma paradossale di populismo. La facilità e la velocità con la quale la Corte costituzionale rumena ha sposato il populismo giudiziario, nonostante l'opposizione di una vivace società civile a una simile tendenza, possono essere rivelatrici del pericolo che il declino costituzionale rappresenta per una democrazia ancora giovane.

52. La sorveglianza mirata è rivolta ad uno specifico individuo e presuppone una precedente autorizzazione del giudice. Al contrario, la sorveglianza di massa riguarda indiscriminatamente la popolazione nel suo complesso e può essere effettuata senza garanzie giudiziarie.

53. Commissione europea, Flash Eurobarometer 445, The Cooperation and Verification Mechanism for Bulgaria and Romania - third wave, p.3.

54. O. Gherasim-Proca, *Anti-corruption protests and political crisis. A contextual analysis*, O. Gherasim-Proca (a cura di), *Borders, Barriers and Protest Culture*, Iasi, Editura Universitatii "Al.I.Cuza", 2018, pp.35-38, www.researchgate.net/publication/328853512_Anti-corruption_protests_and_political_crisis_A_contextual_analysis.