

FOCUS

MAGISTRATURA E POLITICA NEL DISEGNO DI RIFORMA COSTITUZIONALE MELONI-NORDIO

ANTONIO GUSMAI

Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Bari "A. Moro"

Cosa chiede davvero il referendum di primavera?

Le cittadine e i cittadini non saranno chiamati ad esprimersi sull'astratta separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti. La traduzione del quesito referendario che sarà sottoposto agli elettori ben può essere la seguente: *"Approvate il testo della legge costituzionale che ridisegna il funzionamento dell'ordine giudiziario affinché, nel tempo, le ragioni di una maggioranza politica possano prevalere sulla razionalità del diritto?"*.

Questa personale riformulazione è pensata per offrire una risposta di sintesi a beneficio del lettore meno paziente. Le riflessioni che seguono mirano, invece, a ricostruirne criticamente l'assunto.

Revisione costituzionale e interessi partitici: una storia già vista

Si parta da un punto fermo. Non c'è fase più delicata della vita di un ordinamento giuridico di quella in cui si procede alla revisione della Costituzione. Modificarla può facilmente tradursi in una violazione profonda del suo equilibrio interno, soprattutto quando, come nel caso della riforma della Magistratura, si interviene su uno dei poteri dello Stato idonei a determinare significative trasformazioni delle dinamiche di funzionamento della vita repubblicana.

Meglio di altri lo sanno bene i costituzionalisti, in diverse occasioni chiamati ad assistere a modifiche infelici degli assetti istituzionali per ragioni legate molto più agli interessi (privati) dei soggetti politici che all'interesse (pubblico) della collettività. Per tutte, basti qui ricordare la riforma del Titolo V della Carta fondamentale (legge costituzionale n. 3 del 2001) voluta dal centro-sinistra per depotenziare la Lega Nord, il cui effetto è stato quello di compromettere irrimediabilmente gli originari equilibri esistenti nel Paese tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali. Prezzo, assai caro, che i cittadini scontano ancora oggi, sol che si pensi alle insidie connaturate all'attuazione dell'autonomia differenziata (art. 116 Cost.). Disegno di differenziazione regionale che, come ha di recente sottolineato la Corte costituzionale (sent. 192 del 2024), può agevolmente trasformarsi in un processo di dissolvimento dell'unità nazionale.

Ecco perché, in vista del referendum costituzionale del prossimo 22-23 marzo, occorre farsi un'idea quanto più possibile lucida delle possibili implicazioni del voto. Operazione non affatto facile per quanti – di fatto i più – sono chiamati ad orientarsi in un contesto informativo ormai sovraccarico e disordinato.

Proviamo dunque progressivamente a risalire dal sottosuolo della legge costituzionale, per comprendere a fondo le possibili implicazioni derivanti dal voto confermativo (SI) o oppositivo (NO) al disegno di riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione.

La Costituzione come terreno di scontro

In prima battuta, occorre rimarcare un aspetto generale di straordinaria importanza. Il referendum di inizio primavera segna l'epilogo (o un nuovo inizio?) di una stagione conflittuale tra magistratura e politica iniziata molti anni addietro. È infatti dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso che, in

Italia, inizia a sedimentarsi un terreno di scontro tra i due soggetti costituzionali, destinato ad infuocarsi nei decenni successivi.

Oggetto della contesa – spesso questo non lo si dice con sufficiente chiarezza – è sempre stata la stessa Costituzione. O, per meglio dire, la sua funzionalità. Secondo una parte sempre più consistente della magistratura ordinaria, la Carta fondamentale non sarebbe più potuta restare di esclusiva “proprietà” dei soggetti politici (il Legislatore). Piuttosto, essa avrebbe dovuto rappresentare anzitutto uno strumento interpretativo-applicativo nella disponibilità dei giudici, per ovviare alle inattuazioni costituzionali delle forze politiche di maggioranza. Vere e proprie omissioni di un Legislatore legato a logiche democratiche ottocentesche, che hanno consentito all’ordine giudiziario di avanzare una tesi evolutiva: la Costituzione è patrimonio comune e i magistrati restano vincolati, prima ancora che ai (non) dettami della legge (art. 101 Cost.), ai precetti della Carta fondamentale. Si pensi a tutti quei diritti – “vecchi” e “nuovi” – che, pur godendo di una copertura costituzionale, ancora oggi non trovano una puntuale disciplina, se non negli anfratti di una giurisprudenza fisiologicamente creativa (dalla tutela ambientale alle questioni di genere, per non dire dei diritti legati alle potenzialità delle tecno-scienze).

È questo il nuovo spirito di buona parte della magistratura (giudicante e requirente) reso esplicito a Gardone, nel settembre del 1965, all’interno di un congresso dell’Associazione Nazionale Magistrati (ANM) che ha segnato *un prima e un poi* nella storia della magistratura italiana. Se non si tiene debitamente conto di tale mutamento culturale nella mentalità dei giudici, si priva di un orizzonte di senso la riforma oggi in discussione. Una novella costituzionale scritta dalle forze di maggioranza contro un potere giudiziario considerato avverso, nel tempo articolatosi in “correnti” a loro volta portatrici di una interpretazione della Costituzione speculare a quella dei gruppi politico-parlamentari.

Questo è lo scenario entro cui si innesta la revisione di ben 7 articoli della Carta repubblicana (artt. 87, 102, 104, 105, 106, 107 e 110). Un contesto istituzionale segnato dal protagonismo degli interpreti qualificati della Costituzione – politica e magistratura – che diviene oltremodo patologico nella misura in cui finisce per estromettere del tutto gli interessi della collettività. Questioni cruciali quali l’irragionevole durata dei processi, le carenze di organico negli uffici giudiziari, i costi eccessivi di accesso alla giustizia e le garanzie di una difesa adeguata per i meno abbienti restano, infatti, fuori dal diretto raggio di azione della novella costituzionale.

Ne emerge così una sorta di *conflitto di posizionamento interorganico* destinato a modificare gli assetti dello Stato, senza assumere, come obiettivo primario, gli interessi dei consociati. Un tipico caso di esercizio del potere *ex parte principis*, verrebbe da dire, in cui le esigenze della cittadinanza restano sullo sfondo.

La separazione delle carriere come risposta a un problema che non esiste

Che la collettività sia considerata “accessoria” dal legislatore costituzionale, lo dimostrano anche i dati sugli effettivi passaggi dei magistrati dalla carriera giudicante a quella requirente e viceversa. Negli ultimi anni, anche a seguito di recenti riforme (legge n. 71 del 2022), essi non raggiungono neppure l’unità percentuale (siamo allo “zero virgola”). Motivo, questo, che porta a ritenere del tutto irrilevante per le cittadine e i cittadini le proposte di modifica costituzionale, visto che, in realtà, da esse non deriverebbe alcuna concreta conseguenza in termini di garanzie processuali. Il “giusto processo” di stampo “accusatorio”, come tecnicamente si dice, fatto di parti (accusa e difesa) al cospetto di un giudice terzo ed imparziale è, in sostanza, già assicurato dalla legislazione vigente.

Ed anzi, nei sistemi in cui i magistrati inquirenti appartengono a un ordine distinto rispetto ai magistrati giudicanti (come negli Stati Uniti d’America e nel Regno Unito), ovvero in ordinamenti nei quali il pubblico ministero è strutturalmente subordinato all’Esecutivo (come in Francia), il tasso di errori giudiziari sembra tendere ad aumentare considerevolmente (ne dà conto il consigliere togato del CSM, Marco Bisogni, nel dossier intitolato *Numeri, fatti e comparazioni per decidere in modo consapevole*).

Il reale fine della riforma pare dunque essere un altro e va ricercato nelle dinamiche che essa imprime alla nuova organizzazione dei poteri costituzionali.

I due Consigli Superiori della Magistratura: quali effetti sistemici?

È la stessa storia del costituzionalismo moderno ad insegnarci che, se si vuole limitare il potere, occorre parcellizzarlo al fine di instaurare processi dialettici. Da Locke a Montesquieu, invero, si è appreso quanto possa essere conveniente “dividere” un potere monolitico affinché più organi di uno Stato possano controllarsi vicendevolmente. Del resto, ogni potere costituzionale è tale non soltanto se sul piano formale è dichiarato autonomo e indipendente, ma anche se è dotato dell’effettiva *capacità di controllarne un altro*. Non ha infatti alcun senso prevedere, all’interno di un ordinamento democratico e pluralista, un organo-monade riflesso su sé stesso. Ration per cui, il Parlamento controlla l’attività del Governo e la Magistratura (ordinaria e costituzionale) è chiamata a verificare, nel dirimere le varie tipologie di controversie, la corrispondenza del sistema normativo generato dai primi ai crismi della superiore legalità costituzionale.

Questa la regola aurea affermata sin dalle prime democrazie liberali europee e nord-americane. Regola peraltro da tempo in crisi nei governi parlamentari, come da ultimo conferma lo stesso *iter* di approvazione della riforma costituzionale di cui si discute. Procedura aggravata che sarà ricordata per aver segnato un primato in termini di decisionismo governativo, visto che si è assistito a ben quattro accelerate approvazioni delle Camere prive di modifiche da parte della maggioranza parlamentare.

A questo punto è il caso allora di chiedersi: che cosa potrebbe accadere se l’ordine giudiziario venisse “spezzato” in due organi di autonomia? Se è vero che non può esistere un potere incapace di controllarne un altro, con quali altri poteri potrebbe interferire un CSM di soli magistrati inquirenti? Non è facile rispondere a tali quesiti, giacché non esistono risposte univoche. Tuttavia, è possibile fare almeno tre previsioni.

La prima riguarda la formazione dei pubblici ministeri che, sin dal principio, rischierebbe di subire un forte impoverimento della *cultura della giurisdizione*. Magistrati inquirenti selezionati con procedure e prove distinte da quelle dei magistrati giudicanti rischiano, invero, di non maturare quella *prudencia* che invece si apprende studiando per imparare anche a “giudicare”. Con il prevedibile risultato di andare a costituire un organo autoreferenziale intriso di cultura securitaria in grado di minacciare, più che di controllare, il libero esercizio dei diritti di libertà.

Una prima forma di controllo incontrollato, per così dire, potrebbe allora riversarsi sui consociati, i quali ben potrebbero trovarsi a subire le possibili disfunzioni di una nuova corporazione di magistrati sempre meno dotata di una sistemica cultura giuridica orientata al rispetto della legalità costituzionale. Nuovo contesto in cui, non lo si sottovaluti affatto, è più facile che si alimentino profili egoici di procuratori esclusivamente interessati al raggiungimento di risultati legati all’esercizio dell’azione penale (dall’ottenimento di un’ordinanza cautelare sino alla condanna definitiva, magari passando per qualche prima pagina di giornale), con ciò obliando che il pubblico ministero è definito tale perché ha l’onere di svolgere indagini e raccogliere prove anche a discarico dell’indagato (art. 358 c.p.p.). Previsione, quest’ultima, tesa a garantire soprattutto i non abbienti o, comunque, chi non è in grado di pagare gli elevati onorari richiesti da difensori rinomati.

In secondo luogo, non meno preoccupante è l’ipotesi della permanenza, per vero inizialmente prevedibile, del conflitto tra politica e magistratura. Con un CSM formato da soli sostenitori dell’azione penale non è improbabile che ad essere compromessa sia la stessa espressione dei diritti politici. Libertà in potenza incrinata sin dal momento genetico del circuito rappresentativo, ove uno sconsiderato esercizio dell’attività investigativa potrebbe osteggiare candidature di soggetti invisi al potere inquirente.

Non da ultimo, la creazione di due CSM potrebbe contribuire ad indebolire la già fragile architettura della forma di governo. La duplicazione degli organi di garanzia della magistratura comporterebbe, infatti, una moltiplicazione delle controversie in sede di conflitto di attribuzione, con l’effetto di stressare ulteriormente la complessiva tenuta dei poteri dello Stato. Il tutto, scaricando su

un ulteriore giudice – la Corte costituzionale – il non facile compito di ristabilire gli equilibri costituzionali finanche all'interno dello stesso potere giudiziario, dando luogo a conflitti che assumerebbero inevitabilmente sembianze “fratricide”. In questi casi, il Presidente della Repubblica che sarà chiamato a presiedere entrambi i CSM, con quale dei due “figli” parteggerebbe? Ecco come “dissociare” la figura presidenziale in vista del definitivo sfilacciamento di tale organo monocratico previsto da un'ulteriore riforma in cantiere: quella del premierato. Una revisione che con quella in discussione sembra condividere malcelate ambizioni di verticalizzazione del potere.

A guardar bene, si tratta di degenerazioni per nulla paradossali, che per poter poi essere anche solo parzialmente corrette dovrebbero seguire la strada già percorsa da altri ordinamenti costituzionali europei in cui le carriere dei magistrati corrono su binari distinti. Non resterebbe, infatti, che procedere ad ulteriori modifiche ordinamentali – a questo punto largamente condivise proprio a causa dei possibili abusi – aventi lo scopo di assoggettare i vertici delle procure al potere esecutivo. Uno scenario che, se non è stato considerato dai riformatori, di certo non consente di esprimere valutazioni favorevoli sulle loro capacità prospettiche.

Si dirà, senza divenire sostanziali autocrazie, molti Stati del mondo cosiddetto occidentale hanno da tempo creato interferenze tra magistrati requirenti e potere esecutivo (in Europa, basti qui menzionare l'esperienza francese, tedesca e spagnola). Ma la nostra, con le possibilità offerte ai pubblici ministeri di partecipare al disegno costituzionale di uguaglianza sostanziale impresso dalla cultura della giurisdizione, non costituisce forse una singolarità virtuosa da preservare?

Correnti, sorteggio e nuovi rischi di politicizzazione

La nuova composizione dei due Consigli è preordinata, secondo le intenzioni del Legislatore, a scardinare le degenerazioni delle cosiddette “correnti” di magistrati, come visto nel tempo sempre più consolidate all'interno dell'organo di autogoverno. Trattasi, semplificando molto, di associazioni espressione di una libertà costituzionale (art. 18 Cost.) che, questo il *punctum dolens*, hanno al contempo assunto sembianze para-partitiche. E tanto, nella misura in cui hanno dato l'impressione di volersi sovrapporre alle forze politiche, le sole chiamate dai Costituenti a «determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.).

Non si staranno qui a rievocare fin troppo note vicende da cui, ancora di recente, sono emerse incresciose sinergie tra politici e magistrati “di area”. È sufficiente rimarcare il seguente aspetto problematico: la presenza di correnti aventi un *idem sentire* speculare a quello dei gruppi politici che compongono le Assemblee elettive, può facilmente generare cortocircuiti nel sistema di funzionamento delle democrazie costituzionali. Gli uni (i partiti) possono infatti fare affidamento sulle altre (le correnti), con ciò determinando discrasie nell'espletamento delle inconfondibili funzioni politiche e giurisdizionali. L'unica “politica” consentita ai magistrati è quella di attuazione e di sviluppo del disegno costituzionale, non potendo i giudici elaborare un proprio indirizzo politico se, per “politica”, si intende quella di parte svolta da partiti (dal latino “*pars*”, peraltro “parte”) e movimenti politici.

Se tutto ciò ha anche solo la parvenza del vero, resta però da valutare l'idoneità dei rimedi prospettati dalla legge di revisione costituzionale.

La strada intrapresa è quella del sorteggio. Tecnica da giudicare nobile nella misura in cui presuppone, almeno in astratto, pari capacità dei soggetti sorteggiabili di adempiere alle funzioni richieste, ma che può facilmente rivelarsi disfunzionale se la sua applicazione è in concreto “inquinata” da meccanismi correttivi. In queste ipotesi verrebbe meno proprio l'effetto nobilitante di tale pratica, ogni alterazione del meccanismo “puro” comportando la selezione di soggetti non più considerati uguali nelle proprie competenze.

Con quali conseguenze? Gli esiti sono facilmente intuibili. Si rischia di predeterminare, a monte, quella che sarà la formazione dei rapporti di forza all'interno dell'organo collegiale. La parte in grado di influire, anche solo parzialmente, sul libero esplicarsi della casualità insita al sorteggio godrà, al termine della procedura, di un vantaggio di partenza assicurato dalla sua alterazione.

Le criticità appena esposte si manifestano, in sostanza, nel disegno di riforma. Ed invero, a fronte di un sorteggio “puro” previsto per i due terzi della componente togata, per il restante terzo saranno le forze parlamentari a preconfezionare una lista (quanto lunga non è dato sapere) di sorteggiabili qualificati (avvocati e professori vicini alle segreterie dei partiti). Di modo che, ecco l’aspetto problematico, si aumenteranno a dismisura le probabilità di ottenere un organo di autogoverno nei fatti eterodiretto dalla classe politica. Sebbene resti maggioritaria all’interno dell’organo disciplinare, la componente togata di certo non sarà mai composta da magistrati tutti egualmente predisposti a svolgere competenze amministrative, come invece potrebbero essere in grado di fare i prescelti dalle Camere.

Il rischio, dunque, resta quello di sostituire alla “politica” correntizia dei giudici il protagonismo politico dei membri “laici”. Pericolo a cui si sarebbe ovviato prevedendo l’ipotesi di: *a)* un sorteggio “secco” per tutte le componenti e, perché no, *b)* ammettendo al sorteggio tutti gli avvocati e i docenti universitari disponibili a partecipare “laicamente” alla vita dell’organo. Per ordine costituzionale, infatti, il Parlamento non dovrebbe ambire a riprodursi all’interno del CSM. In fondo esso è chiamato, in seduta comune, a selezionare membri dalle alte competenze tecnico-giuridiche, non politiche.

L’Alta Corte e la fine del “giusto processo” disciplinare

Il complesso delle vulnerabilità appena esposte si acuiscono nella previsione di una nuova magistratura di rilievo costituzionale: l’Alta Corte. Si tratta di un ulteriore potere dello Stato – anch’esso potenziale soggetto, come i due Consigli, di eventuali conflitti costituzionali – a cui vengono affidate competenze sinora svolte dalla Sezione disciplinare dell’unico CSM operante. Organo di garanzia, quest’ultimo, chiamato a decidere in primo grado sulla conformità delle condotte dei giudici al sistema legale, con lo scopo di evitare che poteri altri – governativi *in primis* – possano usare la leva disciplinare per ramificare forme di assoggettamento. È risaputo, infatti, che chi detiene funzioni disciplinari gode del sottile potere di condizionare e persuadere i suoi dipendenti. Prerogativa dirigenziale tutt’altro che debole, capace di raggiungere i suoi fini attraverso la sola intimazione del suo esercizio. Non a caso, attualmente, l’ordinamento stabilisce che i provvedimenti della Sezione disciplinare possano essere impugnati innanzi alle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, massimo organo di garanzia della giurisdizione ordinaria (la riforma non incide – e invece sarebbe stato opportuno in una logica di eguaglianza – sulla giurisdizione disciplinare dei magistrati amministrativi, contabili e tributari).

Per almeno due ordini di ragioni, la riforma costituzionale smantella questo accurato sistema di garanzie.

In primo luogo, esaltando le criticità già viste discutendo della composizione dei due nuovi Consigli. Anche qui, invero, sono presenti membri laici (6, di cui 3 estratti a sorte da un elenco di soggetti compilato dal Parlamento in seduta comune e 3 nominati dal Presidente della Repubblica) e membri togati (9, di cui 6 giudicanti e 3 requirenti selezionati con sorteggio “puro”) di diverso “peso”. Tuttavia, si aggiunge un ulteriore elemento di definitivo sbilanciamento: si stabilisce che il presidente dell’Alta Corte dovrà essere eletto tra le fila dei soli membri laici – ossia tra i nominati dal Presidente della Repubblica e quelli predeterminati con esclusivo sorteggio “politico” dal Parlamento – estromettendo dalla partecipazione la restante parte togata (per giunta maggioritaria).

In via ulteriore, qualora residuassero ancora dubbi circa le reali capacità di autogoverno dell’ordine giudiziario, due battute occorre spenderle sulla tenuta del diritto fondamentale di difesa. In argomento, invero, la legge di revisione sembra costituzionalizzare una vera e propria *irragionevolezza sistemica*, andando a prevedere la possibilità di impugnare le decisioni dell’Alta Corte dinanzi a sé medesima. Se è vero, infatti, «che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24 Cost.), non si capisce quale “giudizio” terzo ed imparziale (art. 111 Cost.) possa aversi se al magistrato è lasciata in concreto la possibilità di difendersi dinanzi ai componenti dello stesso organo che non hanno partecipato alla decisione di primo grado. Qui l’impressione è che gli storici e indimostrati addebiti di non terzietà imputati ai magistrati (come si dice, pubblici ministeri e giudici

sono “amici” sin dal concorso) li si voglia effettivamente rieditare dentro l’Alta Corte (come se nell’unico organo disciplinare i componenti non avessero momenti di condivisione).

Più che appellarsi ad un organo giurisdizionale, allora, sembra che i riformatori abbiano previsto una speciale tipologia di *ricorso gerarchico improprio* per impedire ai magistrati un giusto processo (come si svolge oggi dinanzi alla Cassazione). È, infatti, un rimedio propriamente giustiziale, non giurisdizionale, quello consentito ai magistrati dalla nuova previsione costituzionale. Una forma di tutela priva delle adeguate garanzie processuali, nei fatti un inconsistente secondo grado di giudizio di natura politico-amministrativa.

Prima del voto, una domanda decisiva

La fase politico-costituzionale che stiamo attraversando è tra le più delicate della storia repubblicana. A causa di una moltitudine di fattori anche esogeni allo Stato, la vita del diritto e delle istituzioni che lo producono sembra irrimediabilmente sprofondare negli abissi dell’incertezza.

In assenza di coordinate certe, come procedere? Forse bisognerebbe dapprima fermarsi a riflettere sulle *inattuazioni costituzionali* e sulla capacità della Carta repubblicana vigente di porre rimedio al disordine. Perché in tali congiunture, prima di ipotizzare qualsivoglia revisione degli assetti fondamentali dello Stato, la domanda cruciale da porsi dovrebbe essere la seguente: chi genera il caos, la Costituzione o i suoi interpreti istituzionali? Nei pochi giorni che ci separano dal voto referendario è doveroso ricercare una risposta.