

MAGISTRATURA E COSTITUZIONE: PRINCIPI E REALTÀ NEL PRISMA DELLE RIFORME (*)

di Siro De Flammineis

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcune ragioni esogene ed endogene di una continua trasformazione. – 3. Conclusione, le prospettive di riforma e la riconquista di un'identità.

1. Premessa.

Il rapporto tra principi costituzionali e funzione giudiziaria sta vivendo un momento particolarmente delicato per molteplici ragioni. È sempre il caso, e tanto più oggi, di entrare in questa dialettica con la finalità di comprendere cosa accade intorno e dentro la magistratura e quale sarebbe l'essere ed il dover essere di questa categoria alla luce dei principi costituzionali e, quindi, quali sarebbero le ragionevoli prospettive o, meglio, gli auspici.

Potrebbero tuttavia risolversi in inutili spirali quelle riflessioni che rimangono nell'aere delle interpretazioni di norme e principi generali, ovvero che restano agganciate ad indagini storiografiche relative alle progressive acquisizioni politiche e normative in merito alla collocazione della magistratura nel panorama costituzionale ed ordinamentale italiano e non solo. Questo tipo di verifiche, che pure sono importanti per comprendere le profonde ragioni e logiche dell'assetto costituzionale ed ordinamentale attuale, devono però sempre inserirsi in un'analisi della realtà, tingersi di un connotato empirico per essere efficacemente proiettate in idee, proposte ed argomenti prospettici.

Probabilmente, per giungere in modo più rapido al cuore delle questioni, per poi risalire a disegnare il modello – inteso come ruolo – del magistrato disegnato dalla carta costituzionale, con l'intenzione di verificare se vi siano discostamenti e derive patologiche, il metodo analitico preferibile potrebbe risultare quello induttivo: un'analisi cioè del quotidiano, riflessioni agganciate alla realtà, alla base del vivere giorno per giorno di tale ruolo per poi astrarre temi problematici di più ampia portata che possono essere analizzati ed approfonditi.

È sotto gli occhi di tutti la trasformazione che sta vivendo da tempo a magistratura nella sua natura; il nodo problematico di partenza per un'analisi che abbia

(*) Testo rivisto dell'intervento tenuto al convegno organizzato dalla Giunta Sezionale di Firenze dell'Associazione Nazionale magistrati il 21 marzo 2024 dal titolo: "ART.101 co. 2 COST.: perché il Giudice è soggetto soltanto alla legge?" *Il ruolo costituzionale del Giudice: esperienze a confronto.*

ad oggetto questo tema sembra dover essere quello che riguarda il principio sancito dall'art. 101 Cost. della sottoposizione del Giudice (*id est* anche del magistrato requirente) esclusivamente alla legge. Le problematiche relative a questo rapporto sono attraversate e alimentate da molteplici fattori: per restare alle situazioni più attuali si potrebbero isolare alcuni fattori scatenanti, alcuni esogeni ed altri endogeni visti dal lato della procedura penale e della prospettiva delle Procure della Repubblica. In effetti, molte delle questioni problematiche sollevate sul rapporto attuale tra giudici e leggi riguardano proprio il ruolo della magistratura inquirente. Da ultimo, infatti, si è parlato di “crisi della soggezione del giudice alla legge”, derivante da una crisi della legge, non più certa ed in grado di porre vincoli, che avrebbe dato la stura all'assunzione da parte delle Procure della Repubblica di una “*valenza sempre più centrale nella definizione dell'etica pubblica*”, nel quadro, altresì, di una crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale¹.

Ed allora, occorre entrare dentro questa crisi, sviscerarla, per coglierne le ragioni e le possibili soluzioni partendo dalla situazione concreta ed attuale, cioè dalle risposte già date con le riforme adottate, ma anche guardando ai progetti di riforma costituzionale in procinto di essere approvati con il fine di ridisegnare l'assetto costituzionale che disciplina la funzione giudiziaria.

La risposta alla domanda sul perché, secondo l'art. 101, co.2, Cost. il Giudice è soggetto soltanto alla legge deve cercarsi cioè anche nelle caratteristiche del fare concreto e quotidiano della giurisdizione.

2. Alcune ragioni esogene ed endogene di una continua trasformazione.

Ebbene, questa trasformazione, come detto, è già in corso in ragione di molteplici fattori, esogeni ed endogeni. Il rapporto tra tali fattori non è necessariamente consequenziale, nel senso che non sono necessariamente collegati tra di loro in un legame di causa ed effetto ma spesso i risultati dell'uno intervengono, rafforzandole, sulle conseguenze dell'altro.

Dal punto di vista dei moti *esogeni* senz'altro la c.d. riforma Cartabia ha contribuito, specie nella procedura penale, ad innescare cambiamenti importanti. Le “finestre di giurisdizione” nelle indagini, le procedure di controllo affidate alle procure generali e l'ampliamento degli spazi discrezionali per il p.m. nell'archiviazione dei procedimenti fungono da monito concreto per una importante razionalizzazione dei processi; in altri termini, il messaggio è: portare avanti pochi e lineari processi rispettando tutte le garanzie di difesa. La riflessione che è venuta e viene in mente di fronte a tali modifiche normative è se le stesse vadano però di pari passo con la sostanza dei fenomeni criminali; se, cioè, la complicazione procedimentale della fase investigativa e l'ampio raggio di discrezionalità tecnica per le scelte di archiviazione siano modelli adeguati alla complessità degli attuali fenomeni criminali, che viaggiano alla velocità

¹ Cfr. F. PINELLI, [Il processo come ostacolo. Il carcere come destino](#) (Inaugurazione dell'Anno Giudiziario dei Penalisti italiani del 9 febbraio 2024), in *questa Rivista*, 6 marzo 2024.

delle continue innovazioni tecnologiche, alla velocità delle operazioni finanziarie mondiali, di flussi economici ingovernabili e di meccanismi giuridici generatori di strutture e sovrastrutture impenetrabili. Ed ancora, se sia compatibile questa offerta di giustizia modellata dal legislatore in binari sempre più stretti nel rapporto con una domanda, in termini di numero di fattispecie di reato e vicende criminali inalterata se non crescente per quantità e complessità².

Se l'impostazione di cercare di risolvere tutti i problemi processuali a monte, cioè già nella fase delle indagini, per costruire una fase processuale più armoniosa è in astratto corretta e tecnicamente efficiente, dall'altro lato ogni nuova difficoltà nella conduzione della fase investigativa potrebbe in concreto risultare controproducente in relazione ad indagini in alcuni casi complesse ed intricate, ovvero in relazione ad un flusso di notizie di reato costantemente gravoso e da gestire con risorse anche amministrative scarse.

Di fronte a questo scenario, dunque, la realtà normativa potrebbe – e lo sta già facendo – indurre a prassi concrete di giustizia difensiva, governata dal timore di addentrarsi in inchieste ed indagini complesse generatrici di complicazioni, controlli, contestazioni di ogni tipo. La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna prevista per la richiesta di archiviazione dell'indagine, di fatto comporta un temperamento all'obbligatorietà dell'azione penale e potrebbe prestarsi in concreto ad un ampliamento ingiusto delle procedure archiviate che poi, per altro verso, potrebbe essere anche disfunzionale in caso di aumento delle conseguenti procedure di opposizione alle richieste di archiviazione che fungerebbero da tappo ai ruoli dei giudici per le indagini preliminari.

La situazione sembra evocare l'immagine del rapporto tra muscoli antagonisti come il bicipite ed il tricipite: quando uno si contrae – cioè l'aumento dei controlli, dei vincoli, delle strettoie e dei rigori – l'altro si rilassa – si affievoliscono le spinte investigative e l'interesse ad approfondire le questioni –.

Ecco qui il primo nodo: sorge il dubbio infatti se queste prassi che potrebbero dilagare nei Tribunali (ed effettivamente gli ultimi dati registrano un aumento delle richieste di archiviazione³) siano confacenti con il ruolo della magistratura voluto dalla Costituzione nella sua posizione di bilanciamento ai poteri esecutivo e legislativo.

Non solo, questo nodo si interseca con l'argomento relativo alla più incisiva delle possibili trasformazioni dell'assetto della magistratura che riguarda le proposte di revisione della Costituzione per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente (progetti AAC 23,434,824 e 806). Questi riguardano sia la separazione

² Sull'argomento sia consentito di rinviare a S. DE FLAMMINEIS, [La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero](#), in *questa Rivista*, 23 maggio 2023.

³ Per fare alcuni esempi in diversi territori, con riguardo ai dati registrati per il 2023 dalla Corte di Appello di Brescia, si veda: https://brescia.corriere.it/notizie/cronaca/24_gennaio_23/uffici-giudiziari-e-boom-di-archiviazioni-nel-penale-oltre-il-71-dei-fascicoli-non-arriva-ad-un-processo-736f6f61-5cbf-4a7e-a179-c8275d85bxlk.shtml; mentre con riguardo ai dati per lo stesso anno della Corte di Appello di Palermo, si veda: https://ca-palermo.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Relazione_Inaugurazione_2024.pdf.

dell'ordine giudiziario che la modifica dell'obbligatorietà dell'azione penale, che sarebbe vincolata ai *casi e modi previsti dalla legge*.

Senza entrare nel merito di quest'ultima proposta di rivedere l'obbligatorietà dell'azione penale è certo che, qualora approvata⁴, la magistratura requirente non avrebbe la possibilità di determinare in via esclusiva la priorità dell'azione penale perché direzionata dalle indicazioni dei singoli Parlamenti e Governi di turno⁵. Dunque, se, in base ad un certo ragionamento, l'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe in crisi a causa delle incertezze legislative che hanno portato le Procure a definire un'etica pubblica mediante il controllo di legalità⁶, direttive parlamentari fissate per legge potrebbero essere in grado di guidare le imputazioni degli uffici requirenti in modo che il rimprovero penale sia eticizzato dall'alto: in definitiva non solo una giustizia difensiva ma anche etero condotta; si ripropone il cortocircuito generato da questa impostazione con i principi costituzionali. Ed allora, si deve subito sottolineare che non bisogna rischiare di confondere eventuali criteri legislativi che fissano le priorità delle scelte di azione o inazione degli organi inquirenti con i criteri di giudizio processuale rimessi alla sola valutazione di quest'ultimi, i primi devono restare confinati nell'ambito delle direttive generiche perché se entrassero in collisione o, meglio, in confusione con i secondi si andrebbe ad incidere concretamente sull'autonomia e sull'indipendenza della magistratura requirente. Peraltro, è stato bene evidenziato come la fissazione dei criteri di priorità sia un tema che appartiene al settore dell'organizzazione degli uffici giudiziari, piano eterogeneo rispetto al valore costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale posto a tutela dell'eguaglianza formale dei cittadini⁷. Di conseguenza, incidendo sul principio di obbligatorietà dell'azione penale si produrrebbe un *vulnus* al principio di eguaglianza formale dei cittadini che è un principio fondante del nostro sistema costituzionale, andando quindi a rendere incostituzionale questo tipo di riforma.

Stesso dicasi, sempre dal punto di vista degli interventi *esogeni* che hanno provocato e provocano cambiamenti nel modo di svolgere il ruolo di magistrato, con riguardo alla normativa sull'organizzazione delle Procure della Repubblica, alla progressiva gerarchizzazione della funzione del p.m. (già avviata con il d.lgs. n.106/06) ed al conseguente irrigidimento del ruolo con burocratizzazione dell'attività, sempre più improntata al rispetto di tempi, statistiche e dettami in nome della "scrittura libera".

A tal proposito deve ricordarsi che la legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario 17 giugno 2022 n. 71, rafforza i poteri dei capi degli uffici, prevedendo che la

⁴ In un intervento del 20 marzo 2024 il Ministro Nordio ha confermato l'imminente approvazione di un d.d.l. governativo in proposito.

⁵ Si fa riferimento alla proposta di riforma dell'articolo 112 Cost., secondo cui il Pubblico Ministero avrà l'obbligo di esercitare l'azione penale "nei casi e nei modi previsti dalla legge" (art. 9 della proposta di revisione costituzionale) incidendo concretamente sull'indipendenza esterna del Pubblico Ministero; mentre con la proposta di revisione dell'art. 107 Cost., con abrogazione del principio costituzionale per cui i "magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni" (art. co.2 della proposta di revisione costituzionale) si può incidere sull'indipendenza interna, con potenziamento delle gerarchie delle sovra ordinazioni.

⁶ Cfr. PINELLI, *testo ult. cit.*

⁷ E. SCODITTI, *op. ult. cit.*

loro carriera dirigenziale sia subordinata alla *acquisizione di competenze manageriali, alla capacità di analisi ed elaborazione dei dati statistici, e alla capacità di dare piena e completa attuazione a quanto indicato nel progetto organizzativo*, ed inoltre ha disposto che ai fini della valutazione della professionalità di ogni singolo magistrato, deve farsi riferimento, con dati statistici, alle possibili *gravi anomalie in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle successive fasi o nei gradi del procedimento o del giudizio*.

Sembra che i due aspetti di cui si è detto finora – riforma Cartabia e gerarchizzazione degli uffici di Procura – possano andare nella stessa direzione di formare un magistrato requirente limitato nella sua indipendenza interna, “professionista delle carte a posto” (per usare una terminologia legata alla storia di Giovanni Falcone), timoroso di *fare* e di *cercare* e più incline a *svicolare* ed *evitare*.

Si direbbe, di certo (come peraltro si dice con riferimento all’ultima riforma sui divieto di pubblicazione degli atti d’indagine o sui limiti alla comunicazione dei Procuratori della Repubblica⁸), che le riforme finora intervenute, da parte di Governi anche di matrice differente, sono state la risposta ad eccessi di protagonismo, posizionamento nel dibattito pubblico, scelte investigative e processuali criticabili se non addirittura pericolose o dannose; la riflessione che tuttavia genera la risposta normativa a queste questioni riguarda il ridisegnamento della figura del magistrato (specie, in questi casi, del pubblico ministero) e l’aderenza di questa impostazione o, meglio, di ciò che deriva da questa impostazione ai principi costituzionali. Il tema è se cioè la risposta normativa a certe disfunzioni processuali ovvero anche a certi comportamenti isolati della magistratura possa essere peggiore del male, come per buttare il bambino con l’acqua sporca, o, peggio, sottendere un progetto di rimodellamento globale del ruolo del magistrato in attrito con gli attuali dettami costituzionali.

Nondimeno sono le problematiche innescate da situazioni più propriamente *endogene* alla magistratura. Tra le varie, ne sono a mio avviso vitali un paio per l’importanza che rivestono in una visione prospettica, di futuro. La prima riguarda i giovani magistrati. Il concorso di secondo livello negli ultimi decenni ha provocato l’ingresso in magistratura di coloro che avuto la possibilità di pagare studi prolungati e permettersi tutto il percorso didattico e professionale necessario. In questo modo, oltre ad elevarsi l’età media di candidati ed ammessi si è alzata l’asticella della preparazione tecnica media e della capacità professionale di ogni singolo magistrato visto il faticoso corso di studi richiesto. Prassi disfunzionali, sicuramente anche alimentate dai moti esogeni di trasformazione sopra citati con riferimento all’organizzazione delle Procure, hanno indotto però i giovani M.O.T. anziché a concentrarsi in modo prevalente sulla qualità dell’attività da svolgere a specializzarsi sempre di più nel padroneggiare circolari, strumenti e regole al fine di realizzare lo smarcamento più rapido possibile dai fascicoli ovvero di trovare la via più rapida per la sua definizione⁹. Se, di principio, la consapevolezza di alcune regole relativa all’organizzazione degli uffici, ovvero alla distribuzione di ruoli e compiti è necessaria ed opportuna e nasce anche da una legittima

⁸ Sull’argomento si veda A. NAPPI, *Contro le virgolette: il garantismo delle perifrasi*, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2024.

⁹ Cfr. la ricerca sulla giovane magistratura svolta dall’Università di Torino, in *Questione giustizia* n.4, 2023.

reazione a situazioni degenerative di riversamento di carichi eccessivi ed ingiusti agli stessi M.O.T., tuttavia certe prassi odierne rischiano di avallare eccessi opposti, il tutto a discapito di ciò che dovrebbe animare sin da subito l'attività del magistrato e cioè la passione e la ricerca di un elevato standard qualitativo nell'analisi del merito delle questioni, in fatto ed in diritto. Anche in questo caso, allora, vi è da chiedersi se questa impostazione di "magistratura delle circolari" sia quella voluta dalla Costituzione ed immaginata come espressione della Giustizia nel nostro ordinamento.

Sullo stesso filone di una passione sempre più snudata e svilita viene da evidenziare, da ultimo, la seconda problematica endogena. E', infatti, un ritornello ormai costante di tutte le strutture delle formazioni decentrate della S.S.M. nei distretti di Corte d'appello in Italia quello per cui in tutti i corsi organizzati a livello decentrato la presenza e partecipazione dei magistrati è pressoché nulla o significativamente carente. Questa è una realtà davvero desolante e sconcertante e fa il paio con tutto quanto si è detto finora e che ne conferma il quadro. Si dice, infatti, che il tempo per dedicarsi alla formazione professionale organizzata a livello decentrato – ferma restando la partecipazione, questa sì costante, ad almeno un corso a livello centrale per l'obbligo previsto dall'art. 25 del d.lgs. n. 26/2006 – non ci sarebbe perché andrebbe ad essere sottratto al lavoro ed allo smaltimento quotidiano degli affari. Ecco di nuovo il tema che ritorna e che rientra nel solco delle "carte a posto"; il timore dei ritardi, degli affastellamenti delle carte e dei fascicoli prevale su ogni altro aspetto e pervade in modo assoluto le coscienze dei singoli magistrati. E tuttavia, quella della formazione professionale dovrebbe costituire un'ansia di pari rilevanza se non superiore a quella della scrivania libera; l'ansia del sapere informato dovrebbe costituire l'in sé dell'attività del magistrato, specie alla luce delle continue e schizofreniche innovazioni normative che si aggrovigliano sempre di più complicando il quadro della legislazione. Tale ansia di conoscenza non può neanche essere adeguatamente soddisfatta tramite gli studi e gli approfondimenti individuali in un sistema giudiziario che richiede coerenza e conformità di vedute ed interpretazioni nell'ambito dei singoli uffici di Tribunale e che, quindi, necessita di costanti momenti di confronto e dibattito interno tra i magistrati degli uffici. Anche in questo caso, allora, vi è da chiedersi se la figura del magistrato solo nella stanza, impegnato a liberare la scrivania, ad aggiornare le proprie statistiche e ad aggiornarsi individualmente *on line* sia proprio confacente con il quadro della magistratura pensata dalla Costituzione inteso come istituzione partecipe ed impegnata nella realtà ed attualità.

Tanto più che oggi anche la magistratura deve confrontarsi con un nuovo fenomeno. La centralità delle scienze umanistiche, lo zoccolo duro dell'interpretazione e del linguaggio di cui la magistratura è protagonista, è messa in discussione dall'avanzare incessante delle scienze matematiche e di calcolo – basti vedere cosa è successo con i social media – tanto da rischiare di intervenire con un'autentica rivoluzione nell'uso del linguaggio e dell'interpretazione affidati a strumenti di calcolo come l'intelligenza artificiale. L'I.A. che, come detto di recente dal Presidente Mattarella si autoalimenta costantemente e, come ricordato da Papa Francesco, se utilizzata in modo scorretto rischia di essere seriamente pericolosa, può trasformarsi da "cosa" a "soggetto", amplificando a dismisura la deriva meccanica avviata anche all'interno della Giustizia fino ad un punto inimmaginabile. Già oggi si può percepire la complessità del

tema con la recente introduzione del sistema di gestione dei ruoli denominato “App” e con tutte le problematiche che si iniziano a conoscere, le quali rischiano in concreto di complicare ulteriormente l’attività del magistrato se non adeguatamente risolte ed adattate ad un ruolo che non è e non deve essere di mero burocrate impiegatizio. Ogni strumento informatico immaginato e realizzato e, financo, l’I.A. andrebbero impostati a servizio dell’attività di giustizia per semplificarne la gestione, senza un rovesciamento dei piani, dove cioè sono le regole e le procedure ad adattarsi ed essere modellate in base ai progressi scientifici ed informatici, per non rischiare di perdere del tutto il controllo del senso e della funzione costituzionale della Giustizia. Dunque, anche su questo tema, per essere partecipi ed autori del cambiamento, con consapevolezza e non rischiare di subire supinamente le rivoluzioni, diventano centrali i momenti di dialogo e confronto nelle sedi dell’aggiornamento e della formazione professionale.

Su questo argomento incide anche la proposta di modifica dell’art. 106, co.3, della Costituzione che andrebbe a prevedere la possibilità per la legge di nominare avvocati e professori ordinari universitari a tutti i livelli della magistratura giudicante. Tale ampio spettro discrezionale lasciato al legislatore ordinario potrebbe portare all’ingresso in magistratura di figure professionali prive della particolare formazione professionale richiesta, come è invece garantito dall’attuale norma costituzionale sullo svolgimento del concorso pubblico che mira a rafforzare l’indipendenza dei magistrati¹⁰.

3. Conclusioni, le prospettive di riforma e la riconquista di un’identità.

Questi brevi ed accennati nodi problematici richiedono risposte e reazioni se si vuole pensare a come centrare al meglio il ruolo della magistratura nella realtà attuale alla luce dei principi costituzionali.

Dunque, si direbbe, alla luce di tutto il quadro finora sinteticamente tratteggiato: un magistrato sempre più burocrate, gerarchizzato (se si pensa alla proposta di abolizione del terzo comma dell’art. 107 Cost. che sancisce che i magistrati si distinguono solo per la diversità di funzioni, con aumento della verticalizzazione e perdita della struttura orizzontale dell’ordine giudiziario e quindi dell’indipendenza interna) ed eterodiretto (si pensi, ancora, alla proposta di modifica della composizione del C.S.M. con l’introduzione di una parità assoluta tra componenti laici e togati). Un ordinamento così congeniato estremizza un’impostazione positivista portando ai massimi estremi la funzione del magistrato *bouche de la loi*. Pensando all’ambito della magistratura requirente, il rischio di eccesso di formalismo è inevitabilmente dietro l’angolo e potrebbe produrre uno svuotamento delle capacità di discrezione in concreto del singolo inquirente¹¹, chiamato a viaggiare su binari prestabiliti, senza che il caso concreto possa suggerirgli di deragliare anche solo per un attimo per investigare su condotte ritenute illecite, incidere su comportamenti criminali *extra ordinem* e, di conseguenza, proteggere

¹⁰ Rif. Co. Cost. sent. n.1 del 1967.

¹¹ Si deve far riferimento agli studi di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961 e *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

interessi di cui invece non si avrebbe politicamente interesse. Questa imbrigliatura smuoverebbe l'intero assetto costituzionale in uno sbilanciamento che confligge con l'immagine stessa della Giustizia che, per l'appunto, è quella della bilancia non eticamente caratterizzata; un'estremizzazione della legalità astratta in conflitto con la giustizia in concreto, che invece vede il magistrato requirente e giudicante agire secondo canoni di ragionevolezza che coinvolgono la mediazione fra i valori e gli interessi sociali in ballo ed i principî costituzionali fondanti la comunità sociale¹².

Un'immagine, cioè, di una Giustizia non in equilibrio a mediare ragionevolmente fra istanze di libertà e esigenze sociali di sicurezza, fra diritti individuali e diritti sociali ma tirata volta per volta da un lato o dall'altro dello schieramento per le esigenze di quest'ultimo. Dunque, se l'immagine di *bouche de la loi* disegna l'esercizio di un potere giudiziario in senso neutro, che deve tendere alla *bouche de la vérité*, ogni sbilanciato intervento sul potere discrezionale del magistrato (a partire dal p.m.) porterebbe ad avere riflessi sull'aspetto della neutralità fino a trasformare l'interprete in bocca del Governo (specie se, come già avviene oggi, l'interpretazione uniforme è centralizzata presso la Corte di Cassazione)¹³. Insomma, la magistratura non sarebbe più qualcosa di altro e diverso dagli altri poteri dello Stato quando, al contrario, l'unico rimedio possibile alle eventuali antinomie tra legalità e Giustizia è proprio il bilanciamento e la divisione funzionale dei poteri.

Quella della separazione dei poteri dello Stato non è infatti uno sterile enunciato che descrive una *distinzione tra funzioni* ma ha un connotato *sostanziale* che riguarda l'esercizio e la difesa dei diritti di libertà che ogni potere garantisce anche e in quanto separato dall'altro¹⁴. Così la separazione delle carriere, l'uscita della magistratura requirente da questo assetto bilanciato può produrre un *vulnus* ai principi fondanti della Costituzione perché si perde, si svincola una parte essenziale del bilanciamento costruito. Invero, il tema in discussione è al centro dei valori fondamentali della Repubblica, sia perché ricompreso nell'alveo della forma repubblicana esplicitamente non revisionabile secondo l'art. 139 Cost. sia perché facente parte implicitamente dei valori supremi di libertà della Carta costituzionale in essa sottesi e dalla stessa garantiti (Co. Cost. sent. n. 142 del 2018).

¹² Sulla questione dell'ordine normativo all'interno di una realtà sociale di pluralismo culturale si rimanda a A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, *Eng. Giur. Treccani*, p.9 ss.

¹³ Peraltro, devono solo per cenni richiamarsi quelle teorie giusrealiste secondo cui in ogni applicazione del diritto c'è una parte di creazione da parte dell'interprete, H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1950), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, specie pp. 274-287. Anche per la teoria ermeneutica, l'interpretazione è sempre un misto di creazione ed applicazione: cfr. ad esempio G. ZACCARIA, F. VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, specie pp. 114, 260, 454. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2004, Torino, 2005.

¹⁴ Per la distinzione fra le dottrine della separazione dei poteri, cfr. a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto* (1976), Bologna, 1998, pp. 289-290 e ID., *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, specie pp. 30-31; per la 'distinzione dei poteri', cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, pp. 244-264.

E poi, si è poi proprio certi che la separazione della magistratura requirente da quella giudicante non possa portare nel medio-lungo periodo ad un peggioramento di alcune derive, anche alimentate da una certa gestione della comunicazione e della stampa? E un rapporto univoco con la polizia giudiziaria, del modello di p.m. capo delle polizie, fuori dal perimetro del comune senso di giurisdizione, non potrebbe portare la magistratura inquirente verso forme peggiorative di gestione del risultato investigativo anziché di tutela dei diritti e delle garanzie dell'indagato? Si è fatto infatti riferimento, in una recente analisi, all'effetto che scaturirebbe dalle previste riforme costituzionali della creazione di una macchina, quella inquirente, la cui prestazione funzionale sarebbe quella della *vittoria nella competizione forense*; un organo inquirente, cioè, istituzionalmente indirizzato alla vittoria nello scontro processuale con un pubblico ministero non più solo parte in senso processuale ma anche sostanziale, e quindi svincolato dalla ricerca della verità materiale¹⁵. Ed infatti, quello della separazione delle carriere appare essere un portato, una conseguenza di una concezione del processo come agone e campo di battaglia anziché di luogo di composizione e soddisfacimento dei diritti. Peraltro, la legge di riforma ordinamentale n. 71 del 2022 ha già di fatto inciso sulla divaricazione delle carriere professionali di giudici e pubblici ministeri (pensando, ad esempio, al tema del passaggio limitato da una funzione all'altra¹⁶) ma non è intervenuta a incidere nei gangli del sistema costituzionale che stabilisce una giurisdizione che si esercita mediante l'azione penale. La veste giurisdizionale del pubblico ministero gli impone la ricerca per tutta la fase delle indagini della verità storica dei fatti, una funzione pubblica diversa da quella della difesa in tale fase e che tuttavia si ricompone nella fase propriamente processuale dove l'art.111 Cost. sancisce la parità delle parti nel giudizio.

Cosa fare e, prima ancora, cosa dire allora.

Senza pretesa di poter dare risposte o soluzioni certe, il punto di partenza per una riflessione reattiva però non dovrebbe provenire dall'alto ma, come si diceva all'inizio, muovere dalle basi. Probabilmente cioè per riacquistare (oggi, ad ordinamento invariato) il senso profondo del ruolo del magistrato ogni riflessione non andrebbe fatta calare dall'alto arroccandosi dietro i vessilli dell'indipendenza ed autonomia perché questi rischiano di essere vuote bandiere anche nel dibattito pubblico, senza un solido sostegno di contenuti che ne dia valore. Ogni arroccamento dietro i principi costituzionali non legittima automaticamente un'idea o un pensiero sia nel dialogo esterno alla magistratura, specie con la politica, sia all'interno della stessa guardando al rapporto tra le correnti. Ciò perché autonomia ed indipendenza prima che essere privilegi costituzionali¹⁷ sono dei doveri, scevri da ideologie, da esercitare nell'attività quotidiana per offrire ai cittadini il senso della funzione giudiziaria; l'essere istituzione della Repubblica non è sempre e solo uno scudo da innalzare, un diritto da rivendicare,

¹⁵ E. SCODITTI, *Sui progetti di legge costituzionale per la separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura. Audizione alla Camera dei Deputati*, in *Questione giustizia*.

¹⁶ Sull'argomento A. SPATARO, *Audizione alla Camera dei Deputati sulla separazione delle carriere dei magistrati*, in *giustiziainsieme.it*, 3 febbraio 2024.

¹⁷ Nello stesso senso Co. Cost. 20 luglio 2018, n.170.

ma un valore da proteggere e soprattutto dimostrare trasmettendo la sua importanza ai giovani magistrati ed a tutte le categorie che frequentano i Tribunali. Non si potrebbe credibilmente riconoscersi ed essere riconosciuti autonomi ed indipendenti se non facendo comprendere l'importanza di questi principi nell'agire quotidiano della giustizia dimostrandosi tali in concreto, ed ancor prima per dimostrarsi tali occorre in primo luogo investire nella qualità dei bilanciamenti giuridici che si compiono in modo da esprimere valutazioni imparziali nelle motivazioni dei provvedimenti.

Se si pensa cioè di guadagnare il rispetto comune dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura fuori dal perimetro della dimostrazione quotidiana del cimento nella qualità imparziale del lavoro, e solo con argomenti di attrito negli spazi della politica si rischia di andare fuori strada. Il magistrato deve essere protagonista anche nel dibattito pubblico ma portando argomenti di spiegazione delle problematiche del sistema giudiziario con l'adeguata autorevolezza. Quest'ultima a sua volta non deriva dalla luce divina ma si può ottenere con l'esercizio in concreto del proprio ruolo con impegno e passione e con il coraggio di un impegno di qualità e non solo di quantità. Un impegno di indipendenza ed autonomia – e anche di apparenza come tali – prima che o, meglio, oltre ad un'investitura costituzionale in tal senso; il primo *colora, nutre* ed *offre sostanza* alla seconda.

E', cioè, nell'espressione quotidiana dell'esercizio della protezione dei diritti di libertà e dei valori fondamentali della Costituzione, proprio quelli che potrebbero essere messi in pericolo dalle proposte di riforma brevemente accennate, che si producono le basi della difesa dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, perché questi valori sono tali in quanto protesi alla tutela in concreto dei diritti di libertà di tutti, che non possono essere oggetto di revisione costituzionale.

Il fondamento costituzionale dell'indipendenza della magistratura è la sua sottoposizione esclusivamente alla legge e non la ricerca di legittimazione nel consenso sociale alimentato dal gradimento schizofrenico e ballerino del fruitore della giustizia; è solo cioè attraverso le leggi che il magistrato è chiamato a rispettare ed applicare che si produce il collegamento tra Giustizia e consenso sociale (inteso come quello che forma le maggioranze parlamentari e quindi alla base dell'agire legislativo) . Quest'ultimo allora non va inteso nel senso di un sentimento esterno alla formazione legislativa da ricercare a colpi di provvedimenti giudiziari; ciò determinerebbe la fuoriuscita della magistratura dell'ordine costituzionale. Altro, invece, è dire che correttamente il magistrato è chiamato dalla Costituzione a considerare, nelle motivazioni dei propri provvedimenti, valori e principi che governano il caso concreto al fine di bilanciare la fredda disposizione normativa con le esigenze di giustizia della singola fattispecie (rifuggendo dall'estremizzazione positivista sopra indicata nella discrezionalità interpretativa del Giudice e del pubblico ministero); questo, però, non è ricerca di consenso sociale che forma la legittimazione del Giudice ma è l'in sé del fare Giustizia alla luce dei principi della Costituzione.

Come precisato dal Presidente Mattarella alla cerimonia di inaugurazione della terza sede della Scuola Superiore della Magistratura a Castel Capuano: «Si deve avere ben chiara la distinzione della doverosa interpretazione e applicazione delle norme rispetto alla pretesa di poterle creare per soddisfare esigenze che non possono trovare

riscontro nell'ambito della funzione giurisdizionale». Il che significa che al Giudice non tutto è consentito (anche mediante un'interpretazione conforme alla Costituzione) e quando la lettera della legge o una sua lacuna gli si oppone insuperabilmente il Giudice deve rimettere la questione alla Corte costituzionale. Ed ancora, si soggiunge: «è bene aver presente che lo stesso rispetto che deve essere assicurato alla piena irrinunciabile indipendenza della funzione giudiziaria deve essere sempre riconosciuto e assicurato anche alle altre funzioni dello Stato».

Il traguardo tracciato è dunque un adeguato e coerente compromesso e bilanciamento tra giustizia del caso concreto, avvalendosi delle interpretazioni alla stregua dei valori e principi costituzionali e rispetto del confine del ruolo, da non scavalcare in ambiti di creazione non consentiti.

La strada da imboccare per raggiungere questo traguardo passa innanzitutto per la riconquista della passione per l'attività del magistrato, che molte riforme normative hanno rischiato negli ultimi anni di far perdere a tanti, mirando ad ingessare la categoria nel dibattito pubblico ed a creare disarmonie nel dibattito interno. Solo dimostrando ai giovani magistrati e nella quotidianità l'impegno e la passione per il proprio ruolo, vivendo ed affrontando nel merito le questioni e non nella forma, nel confronto interno tra colleghi, anche nelle sezioni e sottosezioni dell'A.n.m. e tra correnti e non nel gelido reciproco pregiudizio, nello studio ed approfondimento di temi e problemi e non nel calcolo di freddi dati statistici, che si potrà dare un senso ed un valore dal basso all'essere istituzione autonoma ed indipendente come prescritto nella Costituzione. Come i problemi prima descritti investono non solo e non tanto i principi astratti ma il fare quotidiano e concreto della giurisdizione così, sempre dal basso occorre trovare le soluzioni: la magistratura può esercitare il proprio ruolo anche all'intero della società senza timore di esporsi con corretti confronti con le altre istituzioni, utilizzando i necessari strumenti di comunicazione che ormai sono richiesti dall'attualità; perché, ed è bene ricordarlo, la legittimazione della magistratura voluta dalla Costituzione riguarda tutti i cittadini a prescindere dalla maggioranza del Governo di turno, dovendo rispondere solo alla legge e dovendo amministrare la Giustizia in nome del popolo (art. 101 Cost.).

In secondo luogo, il segnalato aumento del potere di discrezionalità nelle scelte di archiviazione del p.m., con temperamento dell'attuale principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, impone ancora di più oggi la necessità d'incanalare tale discrezionalità nell'alveo dei valori costituzionali; processo, questo che richiede sensibilità sociale, apertura culturale ed una comprensione dei fenomeni storici che deve avvenire nel costante confronto dialettico con le altre componenti dell'ordinamento costituzionale oltre che interno alla magistratura. Dunque, non può esservi adeguato utilizzo di tale discrezionalità tecnica se poi la si imbriglia in strette giuspositivistiche.

Sempre il Presidente Mattarella ha affermato parlando ai magistrati in tirocinio che: «nella decisione – che non deve mai ignorare il peso della responsabilità per le sue conseguenze sulla società e sulle singole persone – non si è mai soli. Oltre al conforto degli studi, degli approfondimenti e dei precedenti giurisprudenziali, il magistrato è espressione dell'Ordine giudiziario al quale appartiene, e la sua decisione sarà sempre

più resistente e comprensibile quanto maggiore sarà il livello di confronto e la condivisione di cui si è potuta avvalere».

Ad una pericolosa resa demolitiva dell'impegno per il merito e per la qualità del lavoro e della disgregazione del dialogo anche correntizio occorre rispondere, con fiducia e convinzione, ravvivando la fiamma che alimentava la stessa scelta del fare magistrato, cioè della pura passione per la Giustizia; così, la stessa fiamma non potrà far altro che protendersi verso l'intera categoria, la stessa istituzione, unita, e rilanciare il ruolo della magistratura nella Costituzione per una nuova stagione illuminata. Per dirla con le parole del beato Giudice Livatino, i magistrati non devono essere semplici operatori di diritto ma consapevoli operatori di giustizia.