



**NOTE AL DDL COSTITUZIONALE N. 4275.
RIFORMA DEL TITOLO IV DELLA PARTE II DELLA COSTITUZIONE**

di

Fulco Lanchester

*(Professore ordinario di Diritto costituzionale e comparato –
Sapienza Università di Roma)*

15 giugno 2011

Sommario:1-Introduzione; 2-Le radici storico-costituzionali risalenti; 3-Il modello italiano; 4-L'applicazione del modello;5- Il desiderio di 'normalizzazione' del DDL e le sue aporie-6-Conclusioni.

1- *Introduzione*- Prima di tutto ringrazio le Commissioni Affari costituzionali e Giustizia per avermi convocato per questa audizione. Il tema affrontato dal DDL costituzionale non è soltanto essenziale per gli ordinamenti di democrazia pluralista, ma costituisce uno dei nodi della crisi che investe il sistema politico-costituzionale italiano, la cui soluzione si trascina oramai da troppo tempo.

A questo fine penso che il mio contributo ai Vostri lavori non possa che iniziare con una prospettiva di storia costituzionale e di storia della Costituzione, visto che la stessa premessa al testo del DDL vuole ricostruire la posizione dei Padri costituenti in maniera- a mio avviso- assertiva ed assiologicamente orientata.

Ritengo, inoltre, che non si possa comprendere la ragione per cui viene oggi presentato il DDL in questione, né la sua specifica articolazione e la sua stessa *polemicità*, se non lo si inserisce in una prospettiva storica di lungo e di medio periodo, capace di abbracciare la specificità italiana all'interno della dinamica del costituzionalismo contemporaneo.

Un simile approccio può fornire dati ulteriori alla Vostra analisi sia per situare opportunamente le radici storico-giuridiche in cui viene a porsi il DDL, sia le motivazioni che lo animano sia i limiti che non possono essere superati dallo stesso in relazione ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

2- *-Le radici storico-costituzionali risalenti-*Parto, in primo luogo, dall'assunto che la questione di cui ci stiamo occupando si inserisca su tre differenti livelli ,che interagiscono tra loro in modo stretto, ma distinto.

Essi sono: innanzitutto, l'ambito dei rapporti che intercorrono tra individuo e autorità (la cosiddetta *forma di Stato*); in seconda istanza quello delle relazioni che coinvolgono i soggetti politicamente rilevanti che agiscono all'interno delle strutture di autorità (il cosiddetto *regime politico*); infine- il tema dei rapporti tra supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (la *forma di governo*).

In questo quadro specifico gli ordinamenti di democrazia pluralista devono essere caratterizzati dalla presenza di valori e principi che assicurino in modo potenziale ed attuale la tutela dei diritti individuali e collettivi consoni alla forma di Stato vigente, che nel caso della Costituzione repubblicana vengono riassunti nei principi fondamentali della stessa(C. Mortati,*Ist. di dir. pubblico*) .

In un simile ambito la giurisdizione ha il compito essenziale di conservare ed implementare l'equilibrio normativo stabilito nell'ambito dell'ordinamento. Essa viene esercitata da soggetti che fanno parte, con peculiari garanzie istituzionali individuali e collettive, della classe dirigente dell'ordinamento di riferimento e si muovono in connessione con altri settori della stessa, di cui fa parte- ovviamente- anche il ceto politico, istituzionalmente incaricato- negli ordinamenti di democrazia pluralista- di perseguire - *nelle forme e nei limiti della Costituzione-* la volontà popolare.

I rapporti tra ordinamento giudiziario e supremi organi costituzionali sono regolati istituzionalmente, trovando- in una Costituzione rigida come quella italiana - la volta e lo snodo adeguato negli organi di controllo interno (Capo dello Stato) e esterno(Corte costituzionale). Faccio in questo caso riferimento esplicito ad una concezione della struttura costituzionale non *ingegneristica*, ma basata sull'equilibrio e l'armonia architettonica fra

strutture e volumi all'interno di un ambiente in cui agiscono persone e gruppi situati. Una simile concezione è quella che ha ispirato il Costituente (penso proprio a Moro e a La Pira, ma anche a Mortati e a Tosato), ed è il frutto di quel *compromesso efficiente*, capace di tenere conto dei vincoli specifici della nostra storia costituzionale, che ispirò l'attività dei Padri fondatori nel biennio 1946-1947.

A questo proposito Giuseppe Maranini nella sua *Storia del potere in Italia* (Firenze, 1967) sostenne che la dinamica istituzionale italiana era stata caratterizzata da due differenti fattori: da un lato, il meccanismo elettorale maggioritario a doppio turno in collegio uninominale, che avrebbe - a suo avviso - impedito la bipartecipazione del ceto politico e dell'elettorato, provocando le degenerazioni dell'instabilità parlamentare e della *partitocrazia*; dall'altro, la dipendenza della magistratura dal potere politico ed in particolare da quello esecutivo.

Una simile ricostruzione, anche se eccessivamente assiologica e fondata sull'adozione di una interpretazione rigida del principio della separazione dei poteri, fornisce la possibilità di evidenziare come già nel periodo immediatamente successivo alla concessione dello Statuto albertino si fossero segnalate tensioni tra ceto politico e magistratura, con il desiderio del primo di conformare ai propri voleri operatori tecnici considerati derivanti da un altro regime (quello della monarchia consultiva del Regno Sardo-piemontese).

Il Governo Monarchico Rappresentativo istituito dall'art. 2 dello Statuto, vedeva - nella parte relativa all'ordine giudiziario - la giustizia emanare dal Re ed essere amministrata in suo nome (art. 68), mentre i giudici venivano nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, ed erano inamovibili dopo tre anni di esercizio.

La riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario fu subito oggetto di scontro. Mario D'Addio (*Politica e magistratura : 1848-1876*, Milano, 1966) ha evidenziato in modo perspicuo questa tensione nel primo trentennio di vigenza del nuovo regime statutario. La questione dell'inamovibilità dei magistrati ed il loro condizionamento attraverso la conformazione delle carriere richiama i conflitti che erano già stati osservati negli anni immediatamente successivi alla rivoluzione francese e che avevano portato alla teoria di stretta dipendenza del giudiziario dal potere politico parlamentare (*le juge bouche de la loi*) per quanto riguardava l'interpretazione delle disposizioni normative. D'altro canto, simili tensioni, che si connettono strettamente con la stessa natura dell'attività giurisdizionale basata sull'interpretazione di disposizioni o precedenti, sono verificabili anche in ambito anglo-americano in periodi tipici della storia costituzionale britannica e statunitense, sempre che si consideri la sostanziale connessione tra ceto politico e magistratura all'interno della classe dirigente in quei due ordinamenti.

Lo Stato liberale oligarchico, nonostante i condizionamenti interni (gerarchici) ed esterni (politici), vide nel primo sessantennio unitario profilarsi faticosamente una progressiva maggiore autonomia del potere giudiziario rispetto a quello politico. Francesco Saverio Merlino, anarchico ma figlio e fratello di magistrati, espresse nel 1925 un duro giudizio sulla magistratura del periodo post-unitario, sostenendo come essa - a suo avviso - avesse obbedito e obbedisse all'Esecutivo "un po' per necessità (non trovando in sé la forza per resistere) un po' per convinzione", perché credeva "di appartenere al Governo, di esserne una diramazione" (F.S. Merlino, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, Torino, 1925 ora in idem, *L'Italia qual è...*, a cura di N. Tranfaglia, Milano, Feltrinelli, 1974, p.253). Un simile giudizio trova conferma negli scritti di Mosca degli anni Ottanta del secolo XIX, quando sosteneva che "nei rari casi in cui il governo si mescola negli affari giudiziari, generalmente ciò che il ministro vuole il magistrato fa" (Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, in *Scritti politici*, Torino, 1982, p.447). Ma è anche vero che in momenti topici della storia statutaria la magistratura dimostrò pulsioni verso una sempre maggiore autonomia, in stretta relazione con il processo di democratizzazione dell'ordinamento. Non è infatti un caso che proprio in epoca giolittiana venisse istituito presso il Ministero di Grazia e giustizia il Consiglio superiore della magistratura (v. L. 511/1907 e L. 689/1907).

Il fascismo non soltanto interruppe questo sviluppo, ma portò ad un indubbio condizionamento dell'ordinamento giudiziario all'interno di uno Stato autoritario a tendenza totalitaria. Nel periodo costituzionale transitorio le forze politiche che si posero alla base dell'ordinamento si trovarono di fronte ad un personale dell'ordinamento giudiziario che si era formato ed aveva agito nell'ambito dei regimi liberale oligarchico e fascista e dovettero accettare, volenti o nolenti, la teoria della sua tecnicità nell'adesione allo Stato autoritario dei componenti.

3-Il modello italiano- E' da questo punto che bisogna partire per individuare e comprendere in maniera equilibrata la nascita del modello costituzionale italiano in relazione all'ordinamento giudiziario.

Devo in proposito ribadire in maniera esplicita che la relazione illustrativa al DDL costituzionale qui esaminato a me pare forzata ed ideologica nell'utilizzazione di argomenti portati avanti dai costituenti e soprattutto da quelli della sinistra comunista.

Il modello italiano (che poi si è allargato ad altri ordinamenti mediterranei come la Spagna) è stato spiegato nella sua specificità con la tradizione autoritaria del liberalismo e del fascismo

nostrano (Pizzorusso; Tranfaglia). L'autogoverno della magistratura, accettato dalla Carta costituzionale, costituisce in sostanza la reazione ad una concezione autoritaria che, sulla base di concezioni gerarchiche o carismatiche fondate sulla nazione o sulla stessa sovranità parlamentare , finivano per condizionare l'esercizio della giurisdizione e quindi la natura democratica dell'ordinamento.

Vorrei mettere in evidenza che la stessa sinistra social-comunista su questi temi praticò una posizione differenziata, cosicchè fare riferimento alla stessa costituisce un *boomerang*.. E' vero. Alla Costituente Togliatti espresse sospetto per l'autonomia degli organi di giurisdizione costituzionale ed ordinaria , sulla base di una solida tradizione giacobina mescolata alla esperienza stalinista e con fattuali riferimenti al caso dello stesso *new deal* statunitense. Ma è anche vero che come ministro della Giustizia fu autore del RD Lgs 31 maggio 1946,n.511 *Guarentigie della magistratura*, che per quanto si riferisce alla garanzie istituzionali per i magistrati ha ancora un suo alto significato.

Un simile strabismo derivava dall'analisi della fase di transizione in cui si trovava l'ordinamento(cui non potevano essere applicati i principi dello Stato socialista), ma soprattutto dalla recentissima esperienza del passato autoritario, le cui tracce erano dappertutto. Al di là della scomparsa sostanziale del principio della separazione dei poteri, vi era,infatti, stata nella dottrina italiana del ventennio la tendenza a sovrapporre lo stesso pubblico ministero alla figura del procuratore sovietico (penso in questo senso a Pompeo Biondi, *Del pubblico ministero nel processo civile*(1931), ma soprattutto *La perizia giuridica : (concetto e teoria generale)*del 1935) e tutte le componenti del nuovo sistema politico-partitico non potevano che porre paletti garantisti.

Il modello giacobino e parlamento centrico di rapporti con il giudiziario (al di là delle remore e dei sospetti nei confronti degli organi tecnici) non poteva in nessun modo essere adottato in un ordinamento pluralistico e frammentato come quello dell'Italia del secondo dopoguerra. La previsione costituzionale che scaturì dal lavoro costituente fu, dunque, coerente con quella dell'equilibrio e del controllo reciproco nell'ambito di una Costituzione rigida. Come è stato sottolineato autorevolmente gli ordinamenti scaturiti dalla seconda ondata di democratizzazione nel periodo post-seconda guerra mondiale si sono inseriti nell'alveo della tradizione costituzionale occidentale , superando lo Stato di diritto meramente legislativo con l'adozione dello Stato di diritto costituzionale(Grimm; Baldassarre). Una simile acquisizione individua la supremazia della Costituzione e incanala il flusso della sovranità popolare all'interno di forme e limiti da essa individuate, ma che si fondano su un meccanismo

complesso di freni e contrappesi, di cui le garanzie per l'indipendenza della giurisdizione non sono affatto secondarie.

La lezione dell'implosione dello Stato di diritto legislativo, fondato sulla sovranità del Parlamento espressione della volontà popolare, negli anni Venti e Trenta del secolo XX costituisce- dunque- il capitello base su cui si fonda tutta la struttura delle democrazie pluraliste contemporanee ed in particolare quella italiana.

- 4- *L'applicazione del modello*- L'applicazione del modello disegnato dalla Costituzione è stata senza alcun dubbio condizionata dalla dinamica della storia della costituzione repubblicana. Una rivoluzione promessa venne imbustata in una struttura istituzionale caratterizzata da elementi di garanzia forti e contropoteri multilivello, che evidenziavano una paura persistente per il tiranno, ma anche una situazione peculiare del sistema politico partitico (presenza di partiti antisistema) ed una collocazione internazionale molto specifica all'interno del bipolarismo Usa-Urss.

La non applicazione dei nuovi istituti previsti dalla Costituzione per sette anni e la successiva implementazione del testo vennero condizionate:

- Dalla disomogeneità di elettorato e ceto politico;
- Dal cambiamento intenso delle strutture economico-sociali;
- Dal mutamento della stessa composizione della magistratura e dalla disarticolazione gerarchica interna alla stessa.

Alla base della grande crisi di transizione incompiuta del nostro sistema politico costituzionale si sono però posti indubbiamente gli anni Sessanta, che videro sotto tensione i tre piani precedentemente messi in evidenza.

- ✓ La società italiana non soltanto introiettò, in modo disordinato, il mutamento profondo che l'aveva investita nel periodo successivo al secondo dopoguerra con la trasformazione strutturale dell'economica, richiedendo intensi interventi cui la classe dirigente e il ceto politico non riuscirono a fornire risposta.
- ✓ La via riformistica all'innovazione sociale ed istituzionale rappresentata dall'alleanza organica di centro-sinistra evidenziò le sue inadeguatezze nell'introdurre sufficiente mutamento e consenso.
- ✓ Alla incapacità della classe dirigente e del ceto politico di prendere decisioni adeguate (fatto che differenzia il nostro ordinamento da Francia, Spagna e Germania) corrispose una trasformazione sociale e strutturale del potere giudiziario, che si

democratizzò per quanto riguarda la composizione e perse la caratteristica di istituzione controllata dalle magistrature superiori.

La trasformazione delle carriere e la modificazione del meccanismo di elezione del CSM su base speculare si combinarono con una cronica debolezza del ceto politico e della classe dirigente. Il *peso politico* sempre maggiore della magistratura, la sua *frammentazione* (ovvero la sua non controllabilità) e la sua *corporativizzazione* corrisposero ad un indebolimento del politico, che lascia necessariamente spazio ai singoli magistrati ed al gruppo.

La tensione ha avuto il suo apice nei primi anni Novanta, dove - anche attraverso la scoperta di *Tangentopoli* (esistente già in precedenza, ma non sanzionata) - venne modificato il panorama partitico dell'ordinamento. La magistratura venne vista da alcuni come *parte* responsabile dell'archiviazione della prima fase della storia costituzionale della Repubblica e le nuove formazioni politiche presenti implicitamente o esplicitamente richiesero una normalizzazione della situazione.

5-Il desiderio di 'normalizzazione' del DDL e le sue aporie-La fonte ispiratrice di questo DDL è l'evidente desiderio di normalizzazione dei rapporti tra ceto politico e magistrati, fino ad una resa dei conti finale. La cultura costituzionale che emerge dallo stesso, anche in connessione ad altri progetti ed esternazioni, è quella dello Stato legislativo in cui la sovranità popolare viene ad incarnarsi in un indirizzo politico che tenda a minimizzare *freni e contrappesi* capaci di contrapporsi al circuito democratico. In questo quadro viene richiesta una *normalizzazione* dei rapporti tra politico e giudiziario.

La mia impressione è che, se è necessario un riequilibrio, questo non possa essere recuperato sulla base di una *Gleichschaltung*, capace di andare da un lato contro i principi supremi della Costituzione e che, dall'altro, si ponga implicitamente o esplicitamente come risoluzione di problemi personali di alcuni esponenti del ceto politico.

L'articolato per la forma e la sostanza pare, invece, costituire una vera e propria resa dei conti con la giurisdizione, che rischia di acuire uno scontro già incandescente.

L'ispirazione è - a mio avviso - sostanzialmente punitiva nella forma e nella sostanza.

Vediamo solo alcuni punti tra i tanti che non mi convincono.

a-Il mutamento delle forme costituzionali - Se è vero che l'architettura costituzionale ha un andamento necessariamente armonico il mutamento dell'intitolazione del Titolo IV mi sembra un inutile sfregio alle forme costituzionali esistenti. Tutta la Parte II relativa all'ordinamento della Repubblica individua nei titoli degli organi (I-II Parlamento; II-II Presidente della

Repubblica;III-Il Governo;IV –La Magistratura;Titolo V –Le Regioni,le Province , i Comuni;Titolo VI-Garanzie costituzionali). La modificazione dell'intitolazione del titolo IV in La Giustizia non la equipara alla dizione astratta del Titolo VI relativo Garanzie costituzionali , perché la Corte costituzionale, di cui alla sezione I risulta connessa con la funzione di Revisione della Costituzione e Le Leggi costituzionali della sezioneII. L'intento sostanziale è quello di ridurre il rilievo formale , oltre che sostanziale della giurisdizione, controllandola in modo maggiore.

b-La separazione dei magistrati tra giudici e pubblici ministeri vede una mera riserva di legge ordinaria al fine di assicurare l'autonomia e l'indipendenza del pubblico ministero.

c- L'ultimo comma del nuovo testo dell'art. 105 per cui “I Consigli superiori “ non potrebbero “adottare atti di indirizzo politico, né esercitare funzioni diverse da quelle previste dalla Costituzione” costituisce una finalità non inseribile in un testo normativo. Essa esprime sostanzialmente l'impossibilità di una qualsiasi contrapposizione al Presidente del Consiglio, che- ai sensi dell'art. 95 “mantiene l'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo” . .

d-La costituzione di due Consigli superiori:

indebolisce- a mio avviso- la presenza di garanzia dell'etero-presidente(il Capo dello Stato), rafforza la presenza di esponenti selezionati dal Parlamento (ossia dal potere politico), evidenzia una profonda sfiducia nei confronti dei magistrati, prevedendo una preselezione per sorteggio, cui segue l'elezione.

Faccio notare, a questo proposito, che se è vero che il sorteggio costituisce il metodo di preposizione a cariche autoritative tipico delle democrazie antiche (siamo tutti uguali, quindi con il sorteggio non vi sono differenze tra gli aventi diritto), qui la motivazione è la sfiducia profonda nei confronti delle strutture associative dei magistrati,che ha portato anche alla riforma del sistema elettorale per l'elezione dei membri togati nel 2002. Per di più l'utilizzazione del sorteggio nel nostro ordinamento è rara e, a mio ricordo, è stata utilizzata a volte in sede di concorsi universitari (provvedimenti urgenti del 1973) per ovviare a situazioni considerate non commendevoli.

d- L'istituzione di una Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente,suddivisa in due sezioni, rafforza la presenza del *politico* nella esplicazione di questa delicatissima funzione giurisdizionale interna e nello stesso tempo la estranea dal controllo potenziale del Capo dello Stato.

e-Le garanzie relative all'inamovibilità dei magistrati vengono indebolite da quanto previsto all'art. 9 ,b per quanto attiene alla possibilità dei Consigli superiori di destinarli ad altre sedi

“in caso di eccezionali esigenze, individuate dalla legge”, con una regressione rispetto allo stesso Statuto albertino.

f- Gli strumenti funzionali in mano ai magistrati sono sostanzialmente esternalizzati, sulla base di quanto previsto dall'art. 10 secondo il quale “il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria “secondo le modalità stabilite dalla legge”.

g- Ai sensi dell'art. 13 (che sostituisce l'art. 112 Cost.) viene stabilita la dipendenza sostanziale del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale dai criteri stabiliti dal potere politico.

h- Si introduce una forma di intimidazione nell'esercizio dell'attività giurisdizionale attraverso quanto stabilito dal proposto art. 113 bis sulla responsabilità dei magistrati.

6- *Conclusioni*- Questi sono i punti che mi sembrava opportuno porre in rilievo . Ma ripeto, l'elemento essenziale è costituito da una valutazione più generale che evidenzia nel DDL una regressione dallo Stato di diritto costituzionale disegnato dal Costituente ad uno Stato di diritto legislativo in cui i freni ed i contrappesi (in sostanza le garanzie strutturali e funzionali) sono indebolite oltremodo come reazione polemica ad una situazione al calor bianco che investe il sistema politico nel suo complesso e che si crede di poter risolvere con la normalizzazioni di pezzi delle istituzioni di garanzia e di controllo.

In conclusione. Se non si vuole essere accusati di introdurre norme solo funzionali ad interessi di parte, bisogna partire - a mio avviso- da interessi reali del cittadino. E questi sono in sostanza recuperabili nell'esigenza di una migliore funzionalità dell'ordinamento giudiziario . Giavazzi ed Alesina sul *Corsera* del 5 giugno di quest'anno hanno giustamente osservato che è soprattutto la lunghezza dei tempi dei processi civili che costituisce una delle cause della crescita più lenta rispetto ad altri ordinamenti a noi comparabili. Sul lato della giustizia penale la lunghezza dei procedimenti e la situazione delle carceri italiane pongono a livello internazionale problemi di comparazione con esempi ottocenteschi per noi non commendevoli.

Non nego che sia necessario intervenire per regolare e smussare i contrasti e gli eccessi che si sono accumulati tra ceto politico e magistratura in questi anni, ma il DDL in esame mi pare una cura inadeguata alla bisogna, anzi se mi permette pericolosa.