

La magistratura è un potere? *

Glauco Nori**

(19 gennaio 2016)

1. Per essere autonoma e l'indipendente da ogni *altro* potere anche la magistratura lo sarebbe, benché qualificata come *ordine*: è stata questa la deduzione già dei primi commentatori dell'art. 104 Cost. Sembra che l'argomento abbia poi perso di interesse.

La terminologia costituzionale varia secondo i punti di vista adottati di volta in volta. La *Magistratura*, comprese l'amministrativa e la contabile, è la materia del Titolo V. Nel primo comma dell'art. 101 la funzione è definita come *giustizia*. Il secondo comma dell'art. 101 nella sua stesura iniziale si riferiva ai *magistrati* e non alla magistratura perché era dei singoli che andava tutelata l'indipendenza. Nel coordinamento finale *magistrati* è stato sostituito con *giudici* con l'esclusione dei requirenti che giudici non sono. Per l'art. 102 sono i magistrati ordinari, "istituiti e regolati dalla norme sull'ordinamento giudiziario", che esercitano la funzione giurisdizionale. Nell'art. 104 la *magistratura*, composta dai magistrati ordinari, costituisce un *ordine*. Per l'art.107, primo comma, i *magistrati*, quelli ordinari, sono inamovibili mentre per l'ultimo comma il *pubblico ministero* gode delle garanzie stabilite dall'ordinamento giudiziario. E' l'*autorità giudiziaria* che dispone direttamente della forza pubblica (art. 109).

Con una terminologica così varia fondare su l'*altro*, che si trova nel primo comma dell'art. 104, il superamento della qualifica di *ordine* avrebbe bisogno di qualche ulteriore elemento di sostegno. Se poi, per i richiami nei commi successivi al Consiglio superiore della magistratura, la norma fosse interpretata nel senso che si riferisce solo a quelli ordinari, non sarebbe applicabile agli altri benché soggetti anche loro solo alla legge.

2. Nella sua relazione di presidente della Commissione l'on. Ruini non ebbe dubbi: "la magistratura è autonoma e indipendente. Non è soltanto un *ordine*; è sostanzialmente un *potere* dello Stato, anche se non si adopera questo termine, neppure per gli altri poteri, ad evitare gli equivoci e gli inconvenienti cui può dare luogo una ripartizione teorica, ove sia interpretata meccanicamente".

A proposito dell'art. 107 si era discusso se alla magistratura requirente andasse estesa la disciplina di quella giudicante. C'era stato chi (l'on. Bettiol) aveva rilevato che il pubblico ministero "in tutti i regimi liberali ... è considerato come organo del potere esecutivo". L'on. Leone aveva proposto di modificare l'ultimo comma nel senso che "Il pubblico ministero è organo del potere esecutivo. Un particolare corpo di polizia giudiziaria è posto alla sua esclusiva dipendenza". L'on. Leone rinunciò successivamente aderendo alla proposta di lasciare la disciplina alla legge ordinaria. Restava così in vigore la c.d. legge Togliatti (R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511) il cui art. 39 prevedeva la sola *vigilanza* del Ministro per

* Scritto sottoposto a *referee*.

la grazia e giustizia, invece della *direzione* dell'art. 69 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12. E' con questa disciplina che si è voluto coordinare il secondo comma dell'art. 101.

Mentre nell'*ordine* rientrano tutti i magistrati ordinari, agli addetti al pubblico ministero non sono applicabili le norme sui *giudici*. Ancora l'on. Leone rilevò che "Tale formula (l'emendamento che si stava discutendo) esprime questa nostra opinione: che, essendosi creato l'ordine giudiziario, nel seno di questo ordine occorre una gerarchia di funzioni. Così la Corte di cassazione è la competenza più alta rispetto agli organi inferiori di merito; ma in questa gerarchia non devono giocare i gradi come per gli impiegati dello Stato... Occorre soprattutto esprimere questo desiderio e questa aspirazione: che in seno alla magistratura non si discuta di gerarchia di gradi... , ma che vi sia diversità di funzioni, cioè di attribuzioni di organi, che possono essere maggiori o minori, ma esprimono maggiore o minore ampiezza di giurisdizione, non di grado". Che questo principio, tradotto nel terzo comma dell'art. 107, secondo l'on. Leone non andasse esteso al pubblico ministero è confermato dalla sua proposta di rimettersi alla disciplina della legge ordinaria, come poi previsto nel quarto comma dell'art. 107. Si è così arrivati oggi al D.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106.

3. Anche se fosse ancora considerata un *potere* secondo la versione ormai tradizionale, la magistratura, intesa come corpo che esercita la giurisdizione, non potrebbe essere indipendente da quello legislativo, come è confermato dal secondo comma dell'art. 101. Anche questa imprecisione dovrebbe orientare a non dare un valore eccessivo all'*altro* del primo comma dell' art. 104.

La nozione di *potere* da sempre ha richiamato l'interesse dei cultori di diverse discipline, filosofi compresi. Da seguire, almeno in questa sede, dovrebbe essere la nozione *positiva*, desumibile dalla struttura dello Stato che si ricava dalla Costituzione. Il *potere* legittima a fare scelte di fondo, dei fini da perseguire e dei mezzi da utilizzare. Il popolo, anche se sovrano, per la sua struttura diffusa non è in grado di predisporre ed attuare direttamente programmi operativi; per questo delega il compito ai suoi rappresentanti. Il *potere* passa così a chi riceve la delega attraverso elezioni periodiche: prima al Parlamento, che provvede attraverso le leggi; in seconda linea al Governo per le scelte entro i limiti fissati dalle leggi. Mentre il Parlamento deriva il suo potere direttamente dal popolo, al Governo arriva in via indiretta attraverso la volontà parlamentare.

Può definirsi *potere* la giurisdizione? Al giudice non è richiesta né consentita una scelta di opportunità tra diverse soluzioni, ma l'applicazione delle norme nei casi che gli sono sottoposti. Che le norme siano soggette ad interpretazioni diverse non cambia la prospettiva: prima di tutto perché ogni sentenza vale nel singolo caso e non produce effetti normativi; in secondo luogo perché l'interpretazione delle norme è fondata su giudizi tecnici e non su valutazioni di opportunità. Per questo la qualifica di magistrato non deriva da una investitura, diretta o indiretta, da parte del titolare della sovranità, ma dal superamento di prove tecniche.

La definizione come potere di quello giurisdizionale talvolta non è stata fondata sulla sua struttura, ma sul fatto che le sentenze si impongono anche ai titolari dei poteri reali. Non è

motivo sufficiente a concludere che sia un potere, addirittura di rango superiore, perché attribuito solo per accertare che non sono state rispettate le norme; quando si pronuncia nei confronti dei poteri *il giudice* fa rilevare l'incoerenza nel non avere osservato quello che essi stessi avevano voluto.

Per quello giurisdizionale la definizione più appropriata dovrebbe essere di *servizio*. Per *servizio*, accompagnato dall'aggettivo pubblico, si è in genere intesa l'attività di natura imprenditoriale che, per gli interessi generali che soddisfa, è regolata dal diritto pubblico e svolta da soggetti pubblici o da privati, ma sempre in base ad un rapporto di diritto pubblico. Non è detto che solo questi possano essere definiti *servizi*. Vi possono rientrare anche quelle attività che ugualmente non richiedono valutazioni di opportunità e che, anche quando sono definite discrezionali, lo sono solo nella scelta delle soluzioni tecniche. Il giudice svolge un servizio predisposto nell'interesse delle parti tra le quali è insorta una contestazione, decidendo caso per caso, senza effetti per chi non vi ha partecipato, dopo avere individuato la legge applicabile attraverso un'indagine di natura tecnica. Come per certi servizi pubblici è consentito che siano svolti da privati, così il giudice, a certe condizioni, può essere sostituito da arbitri la cui decisione si inserisce nel sistema complessivo della giustizia. Se si fosse di fronte ad un vero potere questa sostituzione sarebbe difficilmente giustificabile.

4. Secondo l'art. 112 "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale": deve procedere sempre senza nessuna possibilità di scelta. E' così assicurata, come è stato rilevato, anche l'uguaglianza tra tutti i possibili imputati.

Gran parte delle procure della Repubblica oggi non sono in grado di precedere in tutti i casi in cui dovrebbero. Pur non avendone il potere, si trovano a dover fare una scelta sotto un duplice profilo: a quali reati dare la precedenza ed in quale numero perché, se sono troppi i procedimenti avviati, una parte non arriva a conclusione.

Anche se la situazione non è dovuta alla magistratura, ma allo squilibrio tra magistrati addetti e necessità di intervento, c'è da domandarsi se sia compatibile con il disegno costituzionale. Qualche dubbio sembra giustificato. La scelta, addirittura la prima, che i magistrati si trovano a fare non è più di ordine tecnico, ma di opportunità: decide quali, in un certo tempo e luogo, siano i reati da perseguire, trascurando gli altri. La valutazione, per essere di rilievo politico, dovrebbe essere lasciata a chi ne ha avuto l'investitura, diretta o indiretta, da parte del titolare della sovranità.

Una soluzione, qualche volta proposta, è stata contestata. Se una legge, per un periodo di tempo, stabilisse l'ordine di precedenza dei reati da perseguire, riporterebbe la scelta nella sede appropriata. La funzione del pubblico ministero non sarebbe alterata perché, nell'esercizio dell'azione penale, non farebbe che attenersi a quanto dispone la legge. Contemporaneamente il principio di uguaglianza sarebbe meglio attuato. Tra due sedi, con diverso carico di lavoro, potrebbe subire ugualmente qualche forzatura perché, chi si trova dove il carico è minore, sarebbe perseguito per reati lasciati da parte dove nella graduatoria ci si deve fermare prima. Nelle sedi con carichi comparabili se subire o non

subire un procedimento non sarebbe lasciato alla valutazione di chi non ha avuto nessun investitura per una scelta del genere.

Si finisce spesso per essere distratti dall'effetto scandalistico di certe notizie, sicuramente importante per i giornali, ma che non è detto lo possano essere nella stessa misura anche per la *giustizia*. Che si faccia passare per pubblica una spesa che non lo è, che si adoperi la macchina di servizio per andare dal dentista, deve essere perseguito anche a costo di trascurare un incidente stradale i cui danneggiati aspettano il risarcimento? Può essere di sì, ma non lo dovrebbe decidere il magistrato, chiamato ad applicare la legge e non a stabilire la scala dei valori degli interessi.

Anche le intercettazioni stanno giocando un loro ruolo. Per come le cose sono andate fino ad ora, se si procede nei confronti di un personaggio, benché non utili a fini istruttori, c'è la stimolo a farle pubblicare anche violando la legge. Una volta pubblicate possono produrre effetti sproporzionati rispetto al reato contestato. Le questioni che possono insorgere sono riportate nel diritto all'informazione. Sarebbe il caso di domandarsi se talvolta non si tratti di sola curiosità e non è detto che tra curiosità e informazione ci sia sempre una corrispondenza piena.

Per la sproporzione tra notizie di reato e capacità operative delle procure della Repubblica quello requirente è diventato un vero potere con la conseguente possibilità di scelta. Si è così creata una situazione che è quanto meno dubbio che sia coerente con la Costituzione.

5. La natura politica dei poteri che finiscono con l'esercitare, anche se talvolta inconsapevolmente, si ha l'impressione che sia data per scontata dagli stessi magistrati. I segni sono diversi. Nel conflitto con il Presidente della Repubblica il Procuratore della Repubblica di Palermo ha sostenuto la legittimità dell'iniziativa del suo Ufficio perché condotta secondo il codice di procedura penale. Nella sua interpretazione una legge ordinaria, quale è il codice di procedura penale, sarebbe stata sufficiente a far superare la tesi del Presidente della Repubblica, fondata sull'art.90 Cost.. Un magistrato di rango elevato, ma soprattutto di prestigio, in un'intervista sostenne che, indipendentemente dalla sua fondatezza, sarebbe stato il caso che la questione non fosse sollevata, considerata la natura dei reati perseguiti. Il suo giudizio era di opportunità e politico al punto da giustificare il superamento anche della Costituzione.

Non può essere considerato, pertanto, un caso che i magistrati, che si danno alla politica, in grande maggioranza provengano dagli uffici del pubblico ministero che solo per una disfunzione non voluta operano come *potere* e non solo come *servizio*.

Anche quello dei giudici, sia pure per vie diverse, ha talvolta assunto i caratteri del potere.

Quella del giudice di merito nella valutazione dei fatti, come sono provati, si può chiamare discrezionalità, purché sia chiaro che non va esercitata secondo criteri di opportunità: il giudice deve ricostruirli nella configurazione coerente con gli elementi che sono emersi nel processo, non perché più utile ai fini della decisione.

Nella interpretazione della norma le cose dovrebbero andare diversamente. Se è entrata in vigore da poco, si può spiegare che ci sia qualche difformità iniziale, in particolare quando la formulazione è elastica; il coordinamento dovrebbe intervenire nei gradi successivi. Lasciando da parte quelle dovute alla peculiarità delle situazioni di fatto, dovrebbe essere fuori discussione che il senso non può che essere lo stesso per tutti. Una volta che la Corte di cassazione abbia enunciato il principio di diritto, non ci dovrebbero essere questioni ulteriori perché il *principio* non può essere che uno. Anche se non sarebbe necessario rilevarlo, il giudicato in questo caso non c'entra perché la Cassazione non dice chi ha torto o ragione, ma che cosa significa la norma. Succede, invece, che della stessa norma la Cassazione dia interpretazioni diverse. Negli anni '80 c'è stato chi ha avuto la pazienza di fare una indagine dalla quale è emerso che in diversi anni la Cassazione si era contraddetta più di cento volte. Oggi la situazione dovrebbe essere diversa ("dovrebbe" perché non risulta che una indagine analoga sia stata rinnovata). Ma è capitato ugualmente che, per esempio, la prescrizione di uno stesso diritto sia stata fissata in misura diversa.

Alcuni costituzionalisti, chiamati a discuterne, pur concordando sul mancato rispetto del principio di uguaglianza, hanno concluso che, per come è strutturato il procedimento, non è possibile portare la questione all'esame della Corte costituzionale. Di fronte ai rilievi di qualcuno è stato osservato che non se ne può fare una colpa ai redattori della Costituzione perché, data l'atmosfera del tempo, non era facile prevedere che fosse il giudice di legittimità a violare l'art. 3 Cost.

6. Secondo alcuni commentatori lo sconfinamento della giurisdizione si spiegherebbe, e si giustificerebbe anche, con l'insufficienza della politica attuale, spesso non in grado di assolvere ai propri compiti. La magistratura sarebbe costretta ad intervenire per risolvere problemi che altrimenti rimarrebbero insoluti. Sarebbe l'applicazione di una specie di legge di vasi giuridici intercomunicanti: quando viene meno la pressione di uno (la politica), interviene automaticamente la compensazione dall'altra (la giurisdizione).

Questo effetto sarebbe utile se si realizzasse nelle forme consentite, ma non può consentire di andare al di fuori della sfera assegnata dalla Costituzione. Può costituire una spiegazione pratica, ma non una giustificazione giuridica.

Con le riforme recenti si è cercato di rimediare, ma riuscendoci solo in parte. Per il nuovo art.374, secondo comma, c.p.c. il primo presidente "può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici". Si dà per presupposto, dunque, che siano stati enunciati principi diversi e che la violazione dell'art. 3 Cost. sia già intervenuta. Nel frattempo, se le sezioni continuano ad enunciare principi difformi sui ricorsi di cui sono state già investite prima che le sezioni unite si siano pronunciate, non ci sono rimedi.

Una volta che l'intervento del primo presidente, che presuppone sentenze contrastanti, è stato previsto come rimedio ordinario, diventano impossibili iniziative disciplinari. Se l'obiettivo della norma è quello di evitare contrasti giurisprudenziali, sarebbe stato coerente

che la sezione, in disaccordo col precedente, dovesse già essa stessa rimetterla alle sezioni unite, evitando di decidere.

Anche quello dei giudici è diventato così uno strumento di *potere*. Si consente al giudice di *conformare* la norma al caso che sta esaminando anche se lo stesso giudice, ma in composizione diversa, ha già seguito un'altra interpretazione. Diventa difficile dire che entrambi siano restati soggetti alla legge, come vuole l'art. 101 Cost.

Il comma successivo impone alle sezioni semplici di rimettere alle sezioni unite se non condividono il principio di diritto che queste hanno già fissato. Anche in questo caso non c'è rimedio se non provvedono e la natura collegiale della responsabilità rende difficili interventi disciplinari. Seppure fosse possibile, resterebbe la violazione dell'art. 3 senza tutela per il danneggiato.

Il giudice, dando alla norma un significato diverso da quello che già è stato attribuito in casi analoghi, fa una scelta normativa che, in quanto di principio, si proietta nel futuro. Si è di fronte ad un'anomalia, se così si può chiamare, presupposta dalla norma, applicabile quando il conflitto tra sezioni si è già creato. L'anomalia è poi tollerata quando, imponendo il rinvio alla sezioni unite, non dispone per il caso in cui la sezione decida ugualmente in senso difforme.

E' giustificato il dubbio che il processo sia *equo* ai sensi dell'art. 6 della CEDU quando si consente al giudice, senza rimedi per l'interessato, di decidere anche in violazione del principio di uguaglianza che nell'ordinamento ha rango costituzionale. Prima di correre il rischio di una condanna dello Stato in sede internazionale per la violazione della Costituzione da parte del giudice di legittimità senza un rimedio, nemmeno di natura straordinaria, a disposizione del danneggiato, sarebbe il caso che intervenisse la Corte costituzionale o il legislatore se l'intervento della Corte non fosse possibile per difficoltà di procedimento.

** Già Avvocato dello Stato.