

Ripensare la magistratura

Analisi e proposte, dalla separazione delle carriere al nuovo CSM, alla luce del “caso Palamara”

Di Francesco d’Errico e Mario Arbotti

I. Introduzione

È a tutti ormai noto quello che l’opinione pubblica ha battezzato come “caso Palamara”, una vicenda che ha come oggetto principale la degenerazione correntizia della magistratura –quindi, anche delle dinamiche interne al suo organo di autogoverno– e come protagonista indiscusso Luca Palamara, già presidente (eletto all’unanimità) dell’Associazione Nazionale Magistrati dal 2008 al 2012, esponente di punta della corrente Unicost e componente togato proprio del Consiglio Superiore dal 2014. Prima di qualsiasi altra valutazione, pare necessario riflettere sulla gestione da parte della magistratura di questa vicenda, dalla quale è parso evidente che larga parte della magistratura abbia preferito appiattare l’analisi dell’accaduto sulle responsabilità individuali di Palamara, evitando in questo modo una più ampia e necessaria riflessione autocritica –precondizione fondamentale per avviare una riforma dell’organo di autogoverno e dell’ordine giudiziario tutto. Questa linea è stata resa evidente non solo dalle scelte dell’Associazione Nazionale Magistrati – con l’unica espulsione di Luca Palamara, peraltro attraverso dinamiche procedurali distanti dalle logiche che dovrebbero informare un giusto processo¹ – ma anche dalla radiazione operata dal Csm, il quale ha optato per la massima sanzione disciplinare a sua disposizione; il tutto, mentre all’orizzonte non si scorgono le suddette prospettive di riforma. Quest’ultima sanzione disciplinare dimostra come l’intero iter procedimentale sia apparso orientato maggiormente a logiche “espiatorie” – in una dinamica che pare rievocare le modalità di una liturgia sacrale e purificatoria.² Al di là delle possibili responsabilità in ambito penale, il

Francesco d’Errico è studente di Giurisprudenza presso l’Alma Mater Studiorum-Università di Bologna e presidente dell’associazione *Extrema Ratio*.

Mario Arbotti è dottorando di ricerca in Diritto penale presso l’Alma Mater Studiorum-Università di Bologna e segretario dell’associazione *Extrema Ratio*.

Extrema Ratio si propone di diffondere una concezione di diritto penale liberale, costituzionale e quindi minimo.

1 In particolare, si fa riferimento ai profili di criticità connessi al diritto di difesa – diritto costituzionalmente garantito per esplicita previsione normativa all’art.24.2 della nostra Costituzione – che si sono manifestati in maniera eclatante in relazione alle discutibili scelte di contenimento delle deposizioni testimoniali richieste dalla difesa di Palamara nei procedimenti in discussione. Si veda l’intervista a Roberto Carrelli Palombi a cura di G.M. Jacobazzi, ‘Alla vigilia dell’espulsione parla difensore di Palamara: «Domani l’Anm liquida il suo ex capo, è stato un processo indecoroso»’, ne *Il Dubbio*, 18.09.2020 (<https://www.ildubbio.news/2020/09/18/alla-vigilia-dellespulsione-parla-difensore-di-palamara-domani-lanm-liquida-il-suo-ex-capo-e-stato-un-processo-indecoroso/>)

2 C.E. Paliero, “Il sogno di Clitemnestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire”, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, a cura di, “La pena, ancora: fra attualità e tradizione”, Giuffrè editore, 2018, 118 s.

quadro emerso in prima battuta a Maggio del 2019, quando tutto è cominciato, e in seconda battuta, a distanza di un anno, con il deposito delle carte dell'inchiesta della procura di Perugia e la diffusione (censurabile) di alcune chat e intercettazioni, ci fornisce la rappresentazione plastica di una magistratura segnata dalla degenerazione dei meccanismi correntizi. Una situazione denunciata da anni dall'avvocatura penale e dalla minoritaria componente garantista del paese, nel silenzio generale dei *media mainstream* che hanno accolto tale notizia con candido stupore. Che non fosse una novità lo ha segnalato anche il Prof. Giovanni Fiandaca, ricordando che «è da non pochi anni che le cosiddette correnti sono andate smarrendo la capacità di riflessione ed elaborazione culturale, scadendo sempre più a strutture e macchine di potere preposte alla spartizione dei posti e allo scambio clientelare di favori».

Proprio per questo, è fondamentale sgomberare il campo dall'idea che Luca Palamara sia solo una "mela marcia" all'interno di un sistema ben funzionante. Non si tratta, infatti, di un sistema ispirato nel suo complesso dalla valorizzazione del merito, e neppure di un'organizzazione nella quale le contrapposizioni tra le correnti siano in larga parte dovute ad una diversa concezione del diritto e ad un differente approccio alla gestione della giustizia e della magistratura stessa. Si assiste, infatti, al fallimento di un sistema tutto, al deterioramento di un meccanismo nel quale «le ideologie non c'entrano. [...] Ci sono elementi patologici: più che all'ideologia, ci troviamo di fronte a strutture di potere [...]. Piccole oligarchie che si sono costituite per esercitare grande potere dentro e fuori la magistratura», come ha ricordato Luciano Violante.³ È dunque più che mai necessario riformare l'ordine giudiziario, non solo dal punto di vista legislativo ed organizzativo, ma anche – come ribadito da importanti voci dell'accademia, dell'avvocatura penale e della magistratura stessa – da un punto di vista culturale e di *forma mentis*.

Si è dunque creato un intenso dibattito circa le possibilità di riforma, in generale della magistratura come ordine e potere, ed in particolare del Consiglio Superiore della Magistratura come suo organo di autogoverno e come luogo principale di gestione di ogni momento della carriera dei togati. A tale riguardo, oltre alla discutibile e discussa proposta⁴ del Ministro Alfonso Bonafede, la quale nei fatti non inciderebbe in maniera significativa, le due ipotesi⁵ di riforma più dibattute sono, da una parte, quella presentata dall'Unione delle Camere Penali Italiane, che prevede, insieme ad altre importanti modifiche, la separazione

3 Si veda l'intervista a cura di F. Novella a Luciano Violante, *I magistrati onesti si ribellano. O saranno trascinati a fondo*, su *La Verità*, 6 Luglio 2020 (<https://www.laverita.info/i-magistrati-onesti-si-ribellino-o-saranno-trascinati-a-fondo-luciano-violante-lintervista-2646345013.html>).

4 Per la riforma in breve si veda <https://www.ilpost.it/2020/08/08/csm-riforma-bonafede/>; per il Consiglio dei Ministri in questione <http://www.governo.it/it/articolo/consiglio-dei-ministri-n-61/15052>; per ulteriori approfondimenti <https://www.ilriformista.it/bonafede-scontenta-tutti-toghe-di-sinistra-silurano-la-riforma-csm-in-balia-della-politica-143941/>.

5 UCPI: Proposta di legge: PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE D'INIZIATIVA POPOLARE: "Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura" (14).

Proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare, Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura Presentata alla Camera dei deputati nella XVII legislatura il 31 ottobre 2017 e mantenuta all'ordine del giorno ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del Regolamento. (<http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.14.18PDL0001170.pdf>). Si veda per l'ipotesi del sorteggio L. Violante, *Un'idea di sorteggio per il Csm: è in gioco la libertà*, ne *Il Foglio*, 31 Maggio 2019, <https://www.ilfoglio.it/giustizia/2019/05/31/news/unidea-di-sorteggio-per-il-csm-e-in-gioco-la-liberta-257977/>.

delle carriere dei magistrati e quindi la conseguente creazione di due diversi CSM – uno per la magistratura requirente e un altro per la magistratura giudicante –, e dall'altra quella del sorteggio dei membri togati del Consiglio Superiore, sostenuta da alcuni esponenti dell'accademia e della politica – ma al momento priva di un reale percorso parlamentare. Di seguito, si tratteggeranno i punti fondamentali delle varie proposte di riforma del Consiglio Superiore della Magistratura, e se ne offrirà una breve analisi, sicuramente non esaustiva ma indirizzata a comprenderne sia il possibile impatto sull'ordinamento, sia le principali conseguenze e le concrete prospettive da esse offerte. Il tutto, nella certezza che tale momento non è più rimandabile, per liberare le energie soffocate dalla patologia correntizia e ripristinare il criterio del merito e di una gestione orientata al rispetto dello Stato di diritto e di una giustizia giusta.

2. Il Csm: quali ipotesi di riforma?

2.1. Separare le carriere dei magistrati: due carriere, due Csm

Nel 2017 l'Unione Camere Penali Italiane, l'associazione più rappresentativa dell'avvocatura penale italiana, con l'importante contributo del Partito Radicale, ha raccolto oltre 74.000 firme a sostegno di una proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare per la separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura. Da ormai tre anni, tale proposta giace alla Camera e dal 20 Febbraio 2019 è finalmente divenuta oggetto di esame all'interno della Commissione Affari Costituzionali. Tra un rinvio e l'altro, si è giunti alla fissazione della data della discussione in aula per il 27 luglio 2020. Ora, rimandando ad altra sede il pur interessante il dibattito sulla scarsa attenzione della politica alle proposte di iniziativa popolare e alla necessità, sempre più avvertita, di dotarle di strumenti che le rendano più efficaci, la proposta qui in analisi è certamente articolata e complessa. Essa andrebbe ad incidere profondamente sul generale assetto della magistratura e, di conseguenza, anche sul suo organo di autogoverno, tramite la modifica di diversi articoli della Carta costituzionale.

L'articolo più importante della proposta è sicuramente l'art. 3, nel quale si introduce una modifica dell'art. 104 Cost., il cui attuale primo comma, «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», sarebbe sostituito dal seguente: «L'ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente ed è autonomo e indipendente da ogni potere». Dal passaggio da un'unica carriera per la magistratura a due distinte carriere, dunque, deriverebbe la creazione di due diversi organi di autogoverno e di due diversi concorsi di accesso, con modifiche rispettivamente degli artt. 87 e 105 della Costituzione. I due organi di autogoverno hanno, nella nuova disciplina proposta dall'UCPI, sostanzialmente le stesse funzioni ricoperte dall'attuale CSM, anche se un'importante modifica consisterebbe nell'aumento dei membri laici, nell'ottica di un migliore bilanciamento con i componenti togati. Infatti, modificando l'art. 105 della Costituzione, si prevede per il Consiglio della magistratura requirente che

i componenti sono scelti per la metà tra i pubblici ministeri ordinari con le modalità stabilite dalla legge e, per l'altra metà, dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio. Durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

Stessa disciplina per il Consiglio giudicante. A presiedere entrambi i consigli vi sarebbe il Presidente della Repubblica, mentre del Consiglio requirente sarebbe membro di diritto il

Procuratore generale della Corte di cassazione e di quello giudicante il Primo presidente della Corte di Cassazione. Oltre a queste novità, vi è anche la notevole proposta di riformare la obbligatorietà dell'azione penale, in un'ottica di sostanziale abolizione del meccanismo per come conosciuto fino ad oggi, sottoponendo l'esercizio dell'azione penale «*ai casi e nei modi previsti dalla legge*», e affidando quindi al Parlamento una definizione della politica criminale da perseguire; questo, nell'ottica di evitare l'attuale situazione vigente di obbligatorietà dell'azione penale, vivente soltanto sulla carta e largamente disattesa nella prassi, peraltro, con interpretazioni personalistiche e arbitrarie da parte di varie procure. L'art.10 della proposta di legge, infatti, interviene sull'art. 112 Cost. aggiungendo, dopo le parole: «*Il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*», la proposizione “*nei casi e nei modi previsti dalla legge*”:⁶

Detto ciò, appare opportuno soffermarsi sulla questione centrale del CSM, domandandosi in che modo questa riforma potrebbe incidere sull'organo di autogoverno e sull'improprio legame tra politica e magistratura o, ancora, in che modo può incidere, più in generale, su una riforma dell'ordinamento giudiziario. L'obiettivo di fondo della separazione delle carriere è la valorizzazione del principio di terzietà del giudice presente all'art. 111 della Costituzione. L'UCPI, infatti, parte dal presupposto che tale principio, nelle attuali condizioni, sia nella prassi disatteso a causa della comune carriera delle due diverse funzioni, situazione che comprometterebbe la reale equidistanza e alterità del giudice rispetto alle parti, creando una figura di giudice ibrido, in quanto al tempo stesso parte dell'ordine dell'accusa e arbitro *super partes* nel processo. Una valutazione difficilmente contestabile e ancor più forte e veritiera se riferita al sistema vigente, fondato su un modello processuale accusatorio che vedrebbe nella separazione delle carriere una sua conseguenza naturale (non a caso, difficile e tortuoso è stato anche il percorso di affermazione di questo modello, che ha incontrato enormi resistenze da parte della magistratura⁷).

Diversamente, si crea una impropria comunanza che, a partire dal momento della formazione e del concorso per arrivare a quello della gestione della carriera nell'organo di autogoverno, passando per i momenti della vita associativa nelle correnti all'interno dell'ANM, comporterebbe, a detta dei penalisti italiani,⁸ uno sbilanciamento a favore dell'accusa e una sostanziale lesione del giusto processo; un sistema, dunque, da riformare per dare effettività al giusto processo e per conferire piena libertà, anche a livello associativo e di autogoverno, oltretutto di affidabilità e credibilità, al giudice. L'idea è che

la terzietà non potrà che essere perseguita attraverso una separazione degli ambiti ordinamentali, organizzativi e disciplinari cui appartengono il giudice e l'accusatore.⁹

Detto ciò, si potrebbe ragionevolmente obiettare che con una divisione in due diverse carriere, in due diverse associazioni nazionali e in due diversi CSM, semplicemente si riprodurrebbero le dinamiche attuali ma in dimensioni minori e in maniera separata, considerato

6 Per maggiori approfondimenti si veda <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.14.18PDL0001170.pdf>.

7 Si veda A. Camon-C. Cesari-M. Daniele-L. M. Di Bitonto- D. Negri-P. P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, CEDAM, Wolters Kluwer, 2019.

8 *Un PM indipendente dalla politica, un giudice indipendente dal PM. Nota del 24 maggio 2020 della Giunta Unione Camere Penali Italiane* (https://www.camerepenali.it/cat/10516/un_pm_indipendente_dalla_politica_un_giudice_indipendente_dal_pm.html).

9 *Ibidem*.

anche l'aumento del numero dei membri laici che, riducendo quello dei togati, renderebbe la competizione elettorale ancora più spietata in vista di un numero di posti minori a disposizione da riempire. Ancora, sarebbe legittimo, pur condividendo la separazione delle carriere in sé e apprezzando l'idea di fondo della riforma, ritenerla non abbastanza incisiva nel limitare il potere di intervento delle correnti nelle logiche elettorali, in quanto non destinata in modo diretto al sistema elettorale dell'organo di autogoverno. Sovente, chi muove quest'ultima critica è favorevole alla separazione delle carriere ma chiede, inoltre, l'aggiunta del sistema del sorteggio per "eleggere" i membri togati.¹⁰

Tuttavia, proprio l'aumento dei laici consentirebbe una maggiore trasparenza nella selezione dei membri, in quanto selezionati secondo un esplicito disegno politico-culturale, all'insegna di una dialettica politica in grado di restituire ai cittadini maggiore chiarezza e verificabilità rispetto alle interne e opache dinamiche di corrente. In aggiunta a quest'ultima considerazione, poi, lo spirito della riforma è riassumibile nell'idea che il primo necessario passo per riformare la magistratura sia quello di "liberare" la magistratura giudicante da quella requirente, che, pur rappresentando meno del 20% di tutta la magistratura, ne guida l'associazione nazionale magistrati da anni, occupa il CSM in maniera stabile con consiglieri pubblici ministeri e riceve la maggior parte delle nomine dei cosiddetti "magistrati fuori ruolo" presso il Ministero della Giustizia, creando un indebito intreccio con il potere politico ed esecutivo. A proposito, il secondo passo sarebbe quello di vietare le prassi e abrogare le leggi che consentono questi distaccamenti, nell'ottica di evitare commistioni tra politica e magistratura, in quanto contrarie al principio della separazione dei poteri.¹¹

Infatti, come è stato notato, la circostanza che

il potere sia tutto negli Uffici di Procura è reso evidente anche dagli assetti di A.N.M., nella sua storia governata in modo praticamente esclusivo da Pubblici Ministeri [...] E dunque in questo Paese i Magistrati dell'Accusa letteralmente governano la giurisdizione, i suoi assetti territoriali e gli equilibri dell'organo di autogoverno. Un potere immenso di condizionamento assoluto della giurisdizione. Come se non bastasse, essi governano altresì i distacchi dei magistrati nell'Esecutivo, e soprattutto nel Ministero di Giustizia, una assurdità esclusiva del nostro Paese, una autentica sovversione del principio democratico fondamentale della separazione dei poteri.

In tal senso, è chiaro cosa si intenda quando si afferma che è necessario muoversi nella direzione di un sistema che contempli «*un PM indipendente dalla politica, un Giudice indipendente dal pm*». Invero, nella proposta di legge di iniziativa popolare per la separazione delle carriere non vi è la previsione di tale intervento, ma "soltanto" le modifiche necessarie per compiere il "primo passo", e cioè per separare le carriere dei magistrati. Assodato che già l'ottenimento di tale separazione, data la assoluta e pressoché totale contrarietà dei togati e lo scarso coraggio istituzionale della classe dirigente, sarebbe un risultato storico, c'è chi ha espresso perplessità sull'assenza, nella proposta di legge d'iniziativa popolare, proprio delle modifiche necessarie per impedire i distaccamenti.¹²

¹⁰ Vedi *infra* cap. 2.2.

¹¹ S. Cassese, *Montesquieu tradito*, ne *Il Foglio*, 12 Maggio 2020, <https://www.ilfoglio.it/la-versione-di-casse-se/2020/05/12/news/montesquieu-tradito-317653/?underPaywall=true>.

¹² G. Di Federico, *100 magistrati occupano il ministero della Giustizia e fanno saltare l'equilibrio tra i poteri*, ne *Il Riformista*, 30 Maggio 2020, <https://www.ilriformista.it/100-magistrati-occupano-il-ministero-della-giustizia-e-fanno-saltare-lequilibrio-tra-i-poteri-103015/>:

Si può ritenere, infine, che la separazione delle carriere dei magistrati costituisca non il risultato, ma il mezzo; non il punto d'arrivo, ma il presupposto per ogni seria riforma della giustizia e soprattutto della magistratura, poiché in grado, allo stesso tempo, di incidere sul giusto processo e sulla riorganizzazione interna del sistema giudiziario, secondo un'ottica che valorizzerebbe il ruolo del giudicante ed esalterebbe la specificità delle due diverse funzioni, creando anche una formazione e una specializzazione che la complessità contemporanea sempre più richiede.

Un'eventuale separazione delle carriere, lungi dal causare un indebolimento della magistratura, contribuirebbe significativamente ad aumentarne l'indipendenza. Proprio per questo, restituirebbe alla stessa una rafforzata fiducia da parte dei cittadini. Fiducia che, per una varietà di motivazioni (non ultime le vicende recenti) sembra sia stata perduta da tempo.

Su questo tema si spese anche Giovanni Falcone, con il quale è utile concludere per riflettere sul fatto che

un sistema accusatorio parte dal presupposto di un pubblico ministero che raccoglie e coordina gli elementi della prova da raggiungersi nel corso del dibattimento dove egli rappresenta una parte in causa. Gli occorrono, quindi, esperienze, competenze, capacità, preparazione anche tecnica per perseguire l'obiettivo. E nel dibattimento non deve avere nessun tipo di parentela con il giudice [...]. Il giudice, in questo quadro, si staglia come figura neutrale, non coinvolta, al di sopra delle parti. Contraddice tutto ciò il fatto che, avendo formazione e carriere unificate, con destinazioni e ruoli intercambiabili, giudici e pubblici ministeri siano, in realtà indistinguibili gli uni dagli altri. Chi, come me, richiede che siano, invece, due figure strutturalmente differenziate nelle competenze nella carriera, viene bollato come nemico dell'indipendenza del magistrato, un nostalgico della discrezionalità dell'azione penale, desideroso di porre il pubblico ministero sotto il controllo dell'esecutivo. È veramente singolare che si voglia confondere la differenziazione dei ruoli e la specializzazione del pubblico ministero con questioni istituzionali totalmente distinte.¹³

2.2. L'ipotesi casualistica: l'idea del sorteggio

Tra le ulteriori ipotesi di necessaria ed improrogabile riforma del Csm, una specifica considerazione critica merita l'idea del sorteggio per gli interessanti profili di riflessione che le sono connaturati.

Il sorteggio evoca con un'immediatezza frontale un'alea casualistica in netto contrasto con il determinismo proprio di ogni elezione, postula un capovolgimento di fronte radicale rispetto alle logiche tipiche dell'elezione che ampio spazio hanno lasciato alla degenerazione correntizia.

Prima di analizzare in maniera puntuale l'incidenza del modello del sorteggio sulla selezione

La divisione dei poteri viene menomata gravemente anche dalla presenza dei magistrati in molti dei gangli decisionali del nostro Stato (posizioni di rilievo in altri ministeri e in Parlamento, presso la presidenza del Consiglio e della Repubblica, presso la corte Costituzionale e altre ancora). [...] È tuttavia difficile da comprendere perché le Camere penali non abbiano inserito questo problema nel loro progetto di riforma costituzionale, visto che la divisione dei poteri è certamente questione di rilievo costituzionale.

¹³ Giovanni Falcone, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, intervista al quotidiano *La Repubblica*, 3 ottobre 1991.

– e quindi sul funzionamento – del Consiglio del Superiore della Magistratura, pare utile scandagliare le possibili ragioni di intrinseca validità e di solida dignità teorica del metodo aleatorio. Esso, nonostante la diffidenza ancora oggi assai diffusa nei suoi confronti,¹⁴ ha trovato comunque apprezzamento in voci acute del dibattito pubblico e del sapere tecnico,¹⁵ e ha conosciuto diversi casi concreti di applicazione nella storia. Infatti, se è vero che

ci vuole [...] un bel coraggio a sostenere che il caso, il lancio di un dado possano rappresentare un metodo di scelta credibilmente alternativo a una selezione ragionata,¹⁶

è anche vero che il metodo del sorteggio ha ascendenze storiche di profonda rilevanza, si pensi a «grandi democrazie come quella greca e come la Repubblica di Venezia».¹⁷ Premesso ciò, tra le virtù del meccanismo stocastico vi è sicuramente la proclività alla imparzialità, in forza della sua impermeabilità a logiche clientelari e corporative, la sua adiaforia rispetto alle degenerazioni propagandistiche, la sua natura aperta e quindi equa.¹⁸

Individuate le fondamenta e le ragioni teoriche di tale modello, è ora utile interrogarsi sull'incidenza concreta che esso avrebbe sul Consiglio Superiore della Magistratura. Tale metodo, infatti, «è forse l'unico capace di scongiurare la piaga della politicizzazione del magistrato e quindi della parzialità del giudizio». In questa prospettiva, si può anche intendere il sorteggio come una forma di valorizzazione della individualità del singolo magistrato, autoresponsabilizzato nelle proprie prerogative consiliari e emancipato dalle logiche deteriori di soggezione correntizia.

In questa direzione, è possibile distinguere diversi modi di declinarsi del sorteggio. Un

14 Si veda, *ex plurimis* V. Savio, Come eleggere il CSM, analisi e proposte: il sorteggio è un rimedio peggiore del male, in *Questione Giustizia*, 26/06/2019. (https://www.questionegiustizia.it/articolo/come-eleggere-il-csm-analisi-e-proposte-il-sorteggio-e-un-rimedio-peggiore-del-male_26-06-2019.php). Per ulteriori approfondimenti si veda S. Sileoni, *La sorte e il sorteggio*, in S. Sileoni (a cura di), *Il carattere della libertà. Saggi in onore di Aldo Canovari*, IBL Libri, 2016, 116:

Pare lecito domandarsi come possa essersi sviluppato nei secoli l'attuale discredito nei confronti del sorteggio. Una delle possibili ragioni si può rinvenire nelle forti resistenze culturali derivanti da «un mondo dominato dal determinismo anche di un solo battito d'ali» fondato sul «valore del libero arbitrio come potere di governo sulla propria vita» in forza di «un antropocentrismo che è anche volizione e controllo del mondo» che ci porta considerare con grande renitenza l'idea di un 'governo della sorte' come cifra caratteristica dell'esperienza umana.

15 Si veda M. Ainis, *Il sorteggio dei migliori*, ne *La Repubblica*, 7 Giugno 2019, https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2019/06/07/news/la_riforma_del_csm_il_sorteggio_dei_migliori-228212151/; P. Flores D'Arcais, *Il marcio nella magistratura e chi non lo vuole estirpare*, in *MicroMega*, 10 Giugno 2019, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-marcio-nella-magistratura-e-chi-non-lo-vuole-estirpare/>; si veda anche l'intervista di A. Ricciardi a Carlo Nordio, *Liberare il Csm dalle correnti*, su *ItaliaOggi*, n. 124, 28 Maggio 2020, pag. 7, <https://www.italiaoggi.it/news/liberare-il-csm-dalle-correnti-2449854>.

16 S. Sileoni, *La sorte e il sorteggio*, in S. Sileoni (a cura di), *Il carattere della libertà. Saggi in onore di Aldo Canovari*, IBL Libri, 2016, 116.

17 F. Cossiga, *Discorso sulla giustizia*, Liberilibri, 2003 In particolare:

Il metodo di alcune delicate cariche pubbliche mediante estrazione a sorte, antichissimo e familiare a grandi democrazie come quella greca e come la Repubblica di Venezia (vedi ad esempio l'ufficio degli elasti, dei buleuti, degli arconti, degli eutynoi), è forse l'unico capace di scongiurare la piaga della politicizzazione del magistrato e quindi della parzialità del giudizio.

18 S. Sileoni, *La sorte e il sorteggio*, cit.

primo modello è quello del sorteggio degli eletti. In tal caso, la variante stocastica inciderebbe esclusivamente nell'individuazione diretta del consigliere. Si tratta del metodo più "radicale" di valorizzazione della variabile casualistica, dove massima è la considerazione del ruolo giocato dalla sorte. Un diverso paradigma, poi, è quello del sorteggio dei candidati come preludio aleatorio ad una successiva elezione. Infine, ancora diverso è l'archetipo del sorteggio dei decaduti; si tratta di un'idea di sorteggio quale moto di rinnovamento di una parte comunque eletta del Csm, al fine di evitare concentrazioni di potere, riducendo la stagnazione degli eletti e favorendo il rinnovamento della composizione dell'organo. A favore di questa tesi si è espresso, tra gli altri, un illustre giurista, il quale ha proposto di stabilire con legge costituzionale che, dopo tre anni (aumentando la durata in carica dei membri del Csm da quattro a sei anni per stabilizzare le prassi e ridurre le pressioni degli elettorati), si sorteggino la metà dei componenti togati e la metà dei componenti laici; i sorteggiati decadono dal ruolo e si ricorre a nuove elezioni.¹⁹ In questo modo, si rinnoverebbe solo una parte della composizione del Csm e non l'intero organo, introducendo un fattore aleatorio che inciderebbe sul dominio finalistico delle correnti e sui meccanismi di funzionamento dell'organo di autogoverno. La variabile aleatoria, dunque, lungi dall'assumere il ruolo di unica determinante del sistema, assumerebbe la veste di «*correttivo stocastico al circuito elettorale*».²⁰ Se, infatti, sistemi di completa «*stococrazia*»²¹ potrebbero porre alcuni problemi in relazione a quel principio di rappresentatività che definisce l'*ubi consistam* di ogni sistema elettivo, l'idea di un sorteggio *ex post*, quale metodo di rinnovamento di una parte dei componenti del CSM, può essere un «*elemento di razionalizzazione, e non di sostituzione*»²² del meccanismo elettorale, e rappresentare un utile fattore di riduzione di alcuni dei maggiori rischi connessi al sistema correntizio.²³ Non si può trascurare, infatti, che il sistema del sorteggio – oltre a vantare illustri precedenti storici²⁴ – è ancora oggi utilizzato in molti Paesi nelle nomine delle procedure concorsuali, così come nella calendarizzazione dei progetti di legge nell'agenda parlamentare inglese, nella selezione dei membri aggiunti della corte costituzionale italiana per giudicare i reati presidenziali, nelle giurie popolari americane e nelle corti d'assise nostrane.²⁵ Ragione per cui è lecito pensare che forme ausiliarie di «*razionalizzazione dell'irrazionale sorte*»²⁶ possano giocare un ruolo positivo come correttivo di alcuni limiti del sistema elettivo.

La tutela giurisdizionale dei diritti e la stessa sopravvivenza dello Stato di diritto necessitano indefettibilmente di un potere giudiziario autonomo, credibile e consapevole del proprio ruolo istituzionale. Giudicare la vita delle persone rappresenta la potestà più tragica che il sistema conosce, perché implica la possibilità di decidere sul futuro di colui che soggiace al giudizio. Un potere che non può non essere ispirato a criteri di morigeratezza, cautela e senso del limite, e che necessita di un'intelligibilità del percorso motivazionale – data, per

19 L. Violante, Un'idea di sorteggio per il CSM: è in gioco la libertà, ne Il Foglio 31 Maggio 2019 (<https://www.ilfoglio.it/giustizia/2019/05/31/news/unidea-di-sorteggio-per-il-csm-e-in-gioco-la-liberta-257977/>)

20 S. Sileoni, *La sorte e il sorteggio*, *ibidem*,

21 In questi termini sempre S. Sileoni, *ibidem*.

22 S. Sileoni, *ibidem*.

23 Si veda S. Sileoni, *Giustizia*, in Istituto Bruno Leoni (a cura di), *Liberare l'Italia. Manuale delle riforme per la XVII legislazione*, IBL Libri, 2013, Cap. 8, 28.

24 Per i quali si rinvia a S. Sileoni, *La sorte e il sorteggio*, cit., 120 ss.

25 S. Sileoni, *ivi*, 121.

26 S. Sileoni, *ivi*, 124.

l'appunto, dalla motivazione della sentenza – che permetta di ricostruire l'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice, per evitare che la discrezionalità decisoria trasmodi drasticamente in arbitrio. Un senso del limite che si evince dalla cognizione del proprio ruolo istituzionale e dalla ferma volontà di non invadere spazi di potestà riservati ad altri poteri dello Stato, come il potere di legiferare, di amministrare o di determinare indirizzi politici, anche in materia di politica criminale. Una cultura delle “Colonne d’Ercole del potere” che trova la sua plastica ipostatizzazione in quel principio – a volte pericolosamente vulnerato – di separazione dei poteri che, se da un lato necessita di un ordine giudiziario autonomo e non sotto tutela o eterodiretto, dall’altro postula una particolare circospezione dello stesso nel non travalicare i limiti delle proprie trancianti potestà. In questa direzione, una riforma dell’ordine giudiziario – per quanto opportuna – rischia di essere insufficiente. Come scriveva già Ralf Dahrendorf in un saggio di quasi quarant’anni fa, difficilmente i giudici possono essere migliori della generalità dei cittadini della società in cui operano,²⁷ ragion per cui una rivoluzione culturale del modo di intendere la giustizia penale appare oggi assolutamente imprescindibile. Questa, al duplice fine di superare forme di collateralismo più o meno occulto fra politica e magistratura e, dall’altra parte, ricostituire un clima assiologico che renda possibile un’amministrazione della giustizia davvero conforme ai principi costituzionali. In conclusione, un chiaro orientamento alla tutela dei diritti fondamentali di tutti gli individui, compreso, *ça va sans dire*, il più efferato dei criminali.

3. La questione culturale

Il diritto e la giustizia penale vivono costantemente in uno stato di tensione. La frizione fra le esigenze di difesa della società dalla criminalità più efferata e la necessità della tutela e della garanzia dei diritti fondamentali del reo – che non cessa di appartenere al consorzio umano e di fruire dei relativi diritti per quanto empia sia stata la sua condotta – comportano un’attività continua di mediazione e di ricerca di un sano equilibrio fra le diverse istanze in gioco. Questo fisiologico attrito pare, però, essersi definitivamente inclinato a favore delle richieste securitarie di massima punizione e di protezione della parte “onesta e sana” della società, a discapito della salvaguardia di quelle garanzie sia di natura sostanziale che di natura processuale che appaiono orientate anche alla tutela della correttezza dell’accertamento processuale.²⁸ Un diritto penale ipertrofico²⁹ accompagna una costante ed imperitura richiesta di massimizzazione della pretesa punitiva.³⁰ anche a causa di un legislatore che ha da tempo abdicato al ruolo di selettore razionale dei bisogni emotivi di punizione e che ha finito per anticiparli nell’ottica della auto-legittimazione politica e/o sociale. Come sostenuto da autorevole dottrina,³¹ il reato è diventato un rischio sociale e la possibilità di incappare nelle sempre più larghe maglie del diritto penale un pericolo ubiquitario.

27 Citato in G. Fiandaca, *Csm, eccolo il vero marcio*, ne *Il Foglio*, 2 Giugno 2020; https://www.ilfoglio.it/giustizia/2020/06/02/news/csm-eccolo-il-vero-marcio-320424/?fbclid=IwAR2VLhwl22w_t8n9Zqt-BR_-vegC4fLHNeohW5Ow0FWaORkLX8VpsWmUM4.

28 Cfr., *ex plurimis*, F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019; S. Moccia, *La perenne emergenza*, Edizione Scientifiche Italiane, 1995; G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale Liberale*, Edizioni ETS, 2019.

29 Cfr. V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2019.

30 D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

31 F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Il Mulino, 1990.

In un clima di questo tipo, non può non essere considerata la necessità di una vera e propria rivoluzione culturale che interessi la magistratura tutta e, prima ancora, la società intera. Alla degenerazione in senso pan-punitivo dello statuto liberale del diritto e della giustizia penale, contribuisce indubbiamente la soverchiante esposizione mediatica di taluni magistrati e la ricerca di una legittimazione popolare che corrobori l'esercizio del delicatissimo ruolo istituzionale, minando alla base quel principio contromaggioritario che dovrebbe ispirare l'attività giurisdizionale, anche contro le aspettative sociali e le richieste di punizioni esasperate e parossistiche, sempre e solo a difesa del diritto e delle sue irrinunciabili e vitali prerogative.³² Non si tratta semplicemente di un fenomeno di "malcostume", ma di qualcosa di estremamente più pericoloso, in quanto in grado di rompere quel complesso equilibrio tra poteri dello Stato, fomentando l' "euforia della punizione" che tanta ostilità mostra nei confronti delle garanzie, viste come superflui orpelli o formalistici intoppi che rallentano la voracità della macchina punitiva.

Un altro elemento che concorre in maniera decisiva ad incrinare lo statuto liberale e costituzionale della giustizia penale è quella progressiva delocalizzazione dei processi dalla sede fisiologica – le aule di giustizia – ad una sede posticcia e artefatta: i salotti televisivi dei talk-show. Un patologico ed artificiale processo parallelo – il cosiddetto "processo mediatico" – che, a differenza del processo penale, non conosce itinerari di razionalità, snodi di garanzia o liturgie sostanziali, ma solo bulimia di punizione e *public shaming*. La creazione di narrative parallele rispetto al normale dispiegarsi processuale produce un inevitabile condizionamento per gli stessi organi giudicanti, i quali solo con grande solerzia e senso del proprio ruolo potranno disattendere le aspettative smodate di una punizione *coûte que coûte*.

Come si sa, il diritto non vive in una dimensione di completa alterità rispetto al continuo divenire della realtà sociale; al contrario, si tratta di un fenomeno che è profondamente influenzato dal mutare degli assetti di potere e dalle richieste e istanze sociali, nel tentativo di formalizzare le stesse conferendogli certezza e vincolatività – o perlomeno capacità orientativa delle condotte dei consociati – e facendole assurgere a regole di condotta più o meno cogenti. Per quanto, dunque, una riforma legislativa sia necessaria come impulso e come espressione di un positivo intendimento di modifica di elementi teratogeni – ravvisati, com'è noto, nella degenerazione in senso correntizio dell'ordine giudiziario –, da sola difficilmente potrebbe raggiungere l'anelato obiettivo di un radicale cambiamento nel modo di intendere e di amministrare la giustizia penale.

Difficile, in conclusione, esprimere un giudizio su quanto la formazione dei magistrati e le dinamiche interne al loro percorso professionale incidano su questo diffuso stato di decadenza.³³ Ma davvero imprescindibile appare una rinnovata consapevolezza della delicatezza del proprio ruolo istituzionale e della necessità di tutelare e presidiare quella "cultura della

32 Ricordiamo le parole dell'ex presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri contenute nel libro "Giustizia e giudici nel sistema costituzionale": «Uno dei mali maggiori delle istituzioni italiane, non eliminabile con revisioni costituzionali di qualsiasi tipo, è la tendenza irrefrenabile all'esternazione estemporanea di molti importanti magistrati [...]. Il fenomeno ha ormai raggiunto dimensioni tali da non potere più essere classificato tra i fatti di costume, o affrontato in termini di stile e senso dell'opportunità. Si tratta di una vera e propria emergenza costituzionale», come citato in G. Fiandaca, *Csm, eccolo il vero marcio*, cit.

33 Per approfondimenti sulla questione della capacità formativa della Scuola superiore della magistratura e dell'incidenza delle valutazioni della professionalità dei magistrati nel generale processo di adesione ad una irrinunciabile e sana cultura della giurisdizione si veda C. Guarnieri–G. Insolera–L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Carrocci editore, 2016.

giurisdizione” baluardo indefettibile di ogni Stato di diritto.

4. Conclusioni

Illustrate precedentemente le due più accreditate possibilità di riforma del CSM, nonostante gli interessanti e innovativi profili evidenziati a supporto del modello del sorteggio, diversi sono i limiti e gli elementi di criticità che lo caratterizzano. In primo luogo, l'idea del sorteggio appare foriera di molti dubbi di legittimità costituzionale. L'art. 104, quarto comma, della Costituzione fa riferimento a componenti «eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinati tra gli appartenenti alle varie categorie» e al sesto comma aggiunge che «i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili». Ma in generale, il volto costituzionale del Csm – quale «scudo per assicurare che, attraverso l'amministrazione delle carriere dei magistrati, il governo non potesse influenzare l'esercizio della funzione giudicante»³⁴ – è quello di un organo necessariamente rappresentativo dell'ordine giudiziario, inscritto in un'architettura costituzionale che delinea un consesso presieduto dal Presidente della Repubblica, raccordato agli altri poteri dello Stato dalla presenza di componenti laici³⁵ e orientato al governo autonomo della magistratura nelle materie assegnatele sulla base di un principio di rappresentatività.³⁶ Questa rappresentatività a tutela di interessi collettivi difficilmente si può pensare essere adeguatamente assicurata da un meccanismo selettivo fondato su ragioni in parte casualistiche. Esso, infatti, contiene in nuce una delle idee tipiche del clima di antipolitica oggi diffuso: l'idea che l'uno vale uno, e che le funzioni di rappresentanza politica possano essere svolte da chiunque, stocasticamente sorteggiato come candidato o, a fortiori, come eletto. Una visione che si collega tristemente ad una certa aversione nei confronti della competenza e delle élites, viste come casta e come luogo di marcescenza e putrefazione di interessi clientelari e corporativi.³⁷ L'idea del sorteggio, oltre ad una verosimile irrazionalità rispetto ai valori in gioco, mostra anche una potenziale irrazionalità rispetto agli scopi perseguiti. Se l'obiettivo è quello di limitare la disfunzione correntizia, l'ipotesi casualistica non mostra una capacità risolutiva decisiva. Una legge elettorale fondata sul sorteggio presuppone la disponibilità del singolo ad essere sorteggiato come candidato o come eletto,³⁸ con la conseguenza – in forza di un'infausta eterogenesi dei fini – di un possibile rafforzamento del legame fra sorteggiato e corrente di appartenenza, e di un corroboramento della forza della corrente nell'indirizzare il risultato elettorale fra i sorteggiati come candidati.³⁹

In conclusione, anche in forza delle criticità sopraevidenziate del modello casualistico, si può ritenere che la separazione delle carriere dei magistrati rappresenti il necessario ed indefettibile punto di partenza per qualsiasi riforma della magistratura, anche per quella del suo organo di autogoverno. Attraverso la creazione di due carriere distinte, infatti, non solo si interviene in maniera diretta e incisiva sul processo penale, in un'ottica di rafforzamento del modello accusatorio e della piena e effettiva terzietà del giudice, ma si producono im-

34 In questi termini S. Cassese nell'intervista rilasciata al *Riformista*, *L'accusa di Cassese*, cit.

35 Eletti dal Parlamento in seduta comune secondo il disposto dell'art. 104, quarto comma, della nostra Carta costituzionale.

36 In questi termini V. Savio, *Come eleggere il Csm*, cit.

37 Cfr. V. Savio, *ibidem*.

38 Così V. Savio, *ibidem*: «a meno di una riforma dell'inamovibilità che preveda il dovere d'ufficio del magistrato, se sorteggiato, di trasferirsi forzatamente a Roma al Csm».

39 V. Savio, *ibidem*.

portanti cambiamenti, per via indiretta, anche sul cruciale tema della formazione culturale e professionale del magistrato. Infatti, prevedendo due concorsi diversi e successivamente due diverse scuole di magistratura, si può affermare una preparazione specifica e adeguata alla diversa funzione ricoperta dall'inquirente e dal giudicante, affrancando quest'ultimo da un'impostazione di tipo napoleonico, ancora così culturalmente legata al vecchio modello inquisitorio. Infatti, nella consapevolezza che la piena affermazione del profilo di autonomia e indipendenza del giudice non può essere raggiunta con mere dichiarazioni di autoriforma – o dichiarazioni di intenti di varia natura –, la separazione delle carriere si presenta non rinviabile. Quest'ultima infatti si pone, al tempo stesso, sia giusta ed utile dal punto di vista processuale, sia unica via di riforma legislativa che possa comportare un indiretto mutamento culturale orientato al rafforzamento della figura del giudicante. In conclusione, volge definitivamente alla valorizzazione della cultura della giurisdizione. La creazione di due CSM, dunque, considerato anche l'aumento dei membri laici, altro non sarebbe che la logica conseguenza di questo percorso, orientato alla costruzione di un nuovo assetto nel quale possa ricrearsi una sana dialettica interna alle correnti, lontana dall'attuale logica perlopiù di scambio e di consolidamento degli esistenti assetti di potere. Imprescindibile, poi, per interrompere in maniera definitiva i rapporti impropri con la politica, sarebbe l'intervento sui cosiddetti "magistrati fuori ruolo". In questo senso, le possibilità di riforma sono molteplici e difficilmente analizzabili in pochi e scarni passaggi. Proprio al fine di preservare autonomia e indipendenza della magistratura, sarebbe opportuno vietare il distacco dei magistrati all'interno dei ministeri, o perlomeno rafforzare la dipendenza funzionale dal competente ministro nell'esercizio della funzione amministrativa. Qualsiasi Stato che voglia autenticamente definirsi di diritto non può prescindere da un potere giurisdizionale autonomo, credibile e consapevole del proprio ruolo istituzionale: a tal proposito, una riforma della disciplina legislativa appare davvero non più prorogabile. Con un'urgenza ancora maggiore, si impone la necessità di un "ritorno alle origini" del modo di intendere la giustizia penale, affinché la stessa non venga più percepita come l'altare sul quale espiare catarticamente i bisogni emotivi di punizione, ma come il luogo razionale di accertamento di un'eventuale responsabilità penale, nel pieno rispetto della dignità dell'imputato e del complesso di garanzie che innervano il *Sein* di uno Stato costituzionale, liberale e di diritto.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.