

GIOVANNI PESCE

Contro la polarizzazione del referendum costituzionale: brevissime riflessioni.

1. Introduzione

Il testo di legge costituzionale approvato dal Parlamento e che sarà sottoposto a referendum tra meno di un mese reca: «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare»¹. La riforma si propone di modificare, chirurgicamente, alcune disposizioni contenute nel titolo IV della Costituzione, ed in special modo gli artt. 104 e 105 e disposizioni correlate sul funzionamento del CSM.

Parlare di “riforma della giustizia” (intesa come servizio reso ai cittadini), pertanto, appare fuorviante: è solo un buon espediente retorico e giornalistico ma non corrisponde alla realtà perché l’oggetto della modifica è essenzialmente l’ordinamento giudiziario: il che non ne sminuisce l’importanza ma impone di non sopravvalutarla².

2. Alle origini

Cosa è un referendum costituzionale? La spiegazione più comune e più aderente alla volontà dei Costituenti del 1948 è la seguente: uno strumento di garanzia a favore delle minoranze, che chiamano a raccolta il corpo elettorale in funzione oppositiva rispetto alla decisione di una maggioranza parlamentare³. Uno strumento, come segnalato da autorevole dottrina, segnato da pregiudizi di natura ideologica⁴ e da diffuso antiparlamentarismo⁵.

La politicizzazione del referendum, per certi versi giusta inevitabile, si sta trasformando in una radicale polarizzazione tra i sostenitori del SI e quelli del NO ed il suo esito, nei fatti, in uno strumento di approvazione o meno dell’operato del Governo. Nella intenzione dei sostenitori del NO, se la riforma non fosse confermata dagli elettori, emergerebbe una grave discrepanza fra le preferenze del paese legale, che in Parlamento ha approvato quella modifica costituzionale, e le preferenze del paese reale, espresse dal voto dei cittadini che hanno invece respinto quella modifica.

¹ Si rinvia al testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare» (GU Serie Generale n.253 del 30-10-2025).

² Anche a voler calare il contenuto della riforma costituzionale in una delle due facce della giustizia disegnate da Miriajn Damaska, la giustizia come risoluzione dei conflitti o come attuazione di scelte politiche, il risultato non cambierebbe molto, perché la modifica ordinamentale non incide *ex se* sul diritto processuale e neppure sulla prospettiva che accomuna cittadini e Stato riguardo alla vita sociale; così come non è destinata a mutare, pensiamo, quella che il noto comparatista definisce la devozione che i magistrati devono nutrire verso lo Stato: si rinvia a M. R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991.

Non sono, infatti, oggetto di riforma, giova ricordarlo, i seguenti articoli della Costituzione che più direttamente interessano la magistratura: art. 101, comma 2 (“*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”); art. 102 (sul divieto di istituzioni di giudici speciali), l’art. 106 (sul reclutamento dei magistrati per concorso), l’art. 107 (sulla inamovibilità dei magistrati; ma anche sull’inattuato potere disciplinare del Ministro di giustizia), l’art. 108 (sulla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario); l’art. 109 (sulla disponibilità diretta della polizia giudiziaria da parte dell’autorità giudiziaria); nonché tutte le disposizioni “sulla giurisdizione”: art. 111 (giusto processo, contraddittorio, motivazione dei provvedimenti, etc.), art. 112 (obbligatorietà dell’azione penale), art. 113 (tutela dei diritti e degli interessi legittimi).

³ G. Guarino, *La revisione della Costituzione – Il Referendum*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, 130 e ss.; C. Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, p. 133; o per dirla con il Martines, la “controforza” del popolo alla “forza” della maggioranza: T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957.

⁴ Come ricordava il compianto Maestro S. Panunzio, *Riforme costituzionali e referendum*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1990, p. 426, l’ideologia politico-costituzionale delle principali forze politiche della sinistra italiana «portava a privilegiare il mantenimento nella sola sede parlamentare delle scelte politiche fondamentali, ed a diffidare, in generale, del referendum».

⁵ Da cui è derivata “*la tendenza a fare di ogni referendum una sorta di giudizio di Dio, drammatizzandone i risultati*”: M. Luciani, *Il referendum. Questioni teoriche e dell’esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 162.

Il limite di tale polarizzazione è evidente: la partecipazione al referendum diventa una forma di consenso (o di dissenso) non alla riforma costituzionale approvata dal Parlamento, ma alla politica perseguita dal Governo in carica. Considerazione che vale a maggior ragione se si pensa all'elevato contenuto tecnico delle norme oggetto di modifica: più alto è il tasso di tecnicità della riforma sottoposta al popolo, più elevato è il rischio di politicizzazione per l'ovvia ragione che chi non possiede gli strumenti tecnici necessari, non valuta le questioni di merito sottese alla riforma costituzionale ma pensa al referendum come ad una facile modalità per schierarsi a favore o contro il Governo⁶.

Si gioca qui l'azzardo di tutte le forze politiche. Il prossimo referendum è stato richiesto, infatti, sia dalla maggioranza, sia dalla minoranza parlamentare (e, da ultimo, dai cittadini). L'incoraggiamento ad appoggiare o respingere la riforma costituzionale, connotato da elevati livelli di propaganda e disinformazione, rischia di trasformarsi in un boomerang per chi è contro o a favore della riforma.

E che fine fa il merito delle questioni? Sarebbe meglio occuparsene. Ricordo che il referendum del 2001, sul titolo V della Costituzione, il cui contenuto era di elevato tasso tecnico, probabilmente non sarebbe passato se si fossero affrontate le questioni di merito sul cd. federalismo, invece di farsi trascinare nell'agone politico. Secondo alcuni sarebbe stato anche meglio, visto che il passaggio di competenze dallo Stato al livello locale non ha dato ovunque buoni frutti. Quello del 2016, segnò il declino del Governo Renzi, nonostante il merito della riforma fosse, secondo altri, corretto ed utile per il Paese. Meno utile, anzi dannoso, era il contenuto della riforma costituzionale con la quale nel 2021 è stato ridotto il numero dei parlamentari (passata ovviamente a furor di popolo e senza scandalo, pur incidendo, certamente, su un istituto cardine quale è quello della rappresentanza politica che i Costituenti avevano espressamente disegnato in un certo modo). Lanciare i dadi e lasciar decidere il popolo su certe questioni, dunque, è come giocare alla *roulette*, oltre che tradire lo spirito dell'istituto⁷.

Nelle poche righe che seguono si cercherà di entrare nel merito⁸.

3. Il contenuto della riforma.

3.1. Prima questione: art. 104 Costituzione.

L'art. 104 della Costituzione, che è poi la norma centrale del sistema, prevede ora che “*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”. La norma sul punto non cambia. Dovrebbe ragionevolmente concludersi che il valore (davvero insopprimibile) dell'indipendenza non si ricava dalla modifica costituzionale e gli argomenti contrari, allo stato, poggiano su supposizioni, considerato peraltro che nulla si modifica quanto alla obbligatorietà dell'azione penale e alle altre norme che regolano la giurisdizione. Se il nuovo art. 104 avesse stabilito che “*solo i giudici*” e non anche (più) i pubblici ministeri costituiscono un ordine autonomo e indipendente (cioè, gli ultimi non sono più parte della “magistratura”), la questione avrebbe avuto una più seria consistenza.

Quel che muta è la seconda parte dell'art. 104, secondo cui la magistratura ora sarebbe “*composta dai magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente*”: la norma prevede, cioè, una modifica ordinamentale nota come “separazione delle carriere”.

⁶ La dottrina, molto vasta, è unanime: di recente cfr., L. Pesole, *Evoluzione e criticità del referendum costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, al sito https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/Costituzionalismo_201902_706.pdf

⁷ Il referendum costituzionale non è stato concepito dai Costituenti italiani come uno strumento per plebiscitare le scelte della maggioranza parlamentare: così M. Luciani, *op cit.*, p. 171.

⁸ Nel titolo parlo di “*primissime riflessioni*” proprio perché il presente contributo vuole solo offrire spunti per ragionare sui capisaldi della riforma, il cui dibattito ha ormai assunto toni e propaganda inaccettabili, in vista della consultazione e dunque senza alcuna pretesa di approfondimento di una materia così vasta come quella referendaria e ordinamentale.

Il nuovo art. 104, che secondo la dottrina si lascerebbe alle spalle la matrice autoritaria che contraddistinse nel regime fascista il principio dell'unità dello statuto ordinamentale di p.m. e giudice⁹, prevede perciò due CSM (saranno entrambi, come è ora l'unico CSM, presieduti dal Presidente della Repubblica) e, quindi, per equiparare p.m. e giudici formalmente in tutto. In sostanza, ogni CSM autogoverna il proprio ambito.

Sulla separazione delle carriere si era espressa favorevolmente la Corte costituzionale¹⁰. Il nodo, perciò, non è tanto quello, quanto il sorteggio del doppio CSM. Anche nel sistema vigente, infatti, 1/3 del CSM viene eletto dal Parlamento (cioè è di matrice politica) e ciò per volontà dei Costituenti, che in tal modo hanno inteso stabilire il principio per cui l'autonomia della magistratura non è assoluta ma deve esercitarsi secondo una combinazione ordinata dei poteri dello Stato. Tornando alla riforma, si diceva, che il nodo è il sorteggio. Oggi, precisamente, il nuovo art. 104 prevede che i componenti saranno *“estratti a sorte, per un terzo, da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione, e, per due terzi, rispettivamente, tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge”*. La critica al sorteggio che viene dal fronte del NO è di due tipi: a) al Parlamento, come è adesso, si riserva l'elezione, cioè il diritto di scelta; ai magistrati no, dovendo questi ultimi *sorteggiare* i componenti dei CSM; b) il sorteggio non è un criterio giusto, spettando all'autogoverno il diritto di scelta e non al bussolotto¹¹.

La prima critica non appare centrata perché affidare al sorteggio (anche) i componenti di nomina parlamentare implica il rischio di mandare al CSM persone del tutto incompetenti della materia o troppo schierate politicamente. In altre parole, l'elezione (la scelta di matrice politica), in luogo del sorteggio, garantisce maggiormente la qualità degli eletti (ed è quel che avviene ora).

⁹ Per una lettura della riforma secondo una prospettiva liberale, cfr. N. Pisani, *La separazione delle carriere e la giustizia liberale*, in un articolo del *Il Tempo* del 20.12.2025.

¹⁰ Nella sentenza n. 37 del 2000 la Corte costituzionale ha chiarito che la Costituzione, *«pur considerando la magistratura come un unico “ordine”, soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni»*. La separazione delle carriere, come risulta dal dibattito della Costituente, di nuovo, fu accettata come ragionevole compromesso tra posizioni diverse. E' nota, per esempio, l'affermazione di Giuseppe Bettiol per cui *«le funzioni del pubblico ministero non devono essere incapsulate accanto a quelle del giudice, ma devono essere tenute distinte. È proprio dei regimi totalitari il concetto di voler considerare il pubblico ministero come un organo della giustizia, mentre in tutti i regimi liberali esso è considerato come un organo del potere esecutivo»*. Oppure quella di Piero Calamandrei, che proponeva la nomina di un "Procuratore generale commissario della giustizia", organo di "collegamento" tra magistrati e governo. In parte magistrato, in quanto «scelto tra i Procuratori generali della Corte d'appello o di Cassazione» e in parte «rappresentante politico, in quanto sarebbe nominato dal Presidente della Repubblica su designazione della Camera, prenderebbe parte alle sedute del Consiglio dei Ministri con voto consultivo e risponderebbe di fronte alle Camere del buon andamento della magistratura». «Essendo tale commissario il capo dell'organo di accusa, con potere disciplinare sui magistrati, ove si verificassero nell'interno del corpo giudiziario inconvenienti di carattere politico, a lui potrebbe si far carico di non aver saputo esercitare le sue funzioni». Vedi sul punto G. Guzzetta in un articolo apparso sul *Riformista* il 6 giugno 2021.

¹¹ Meno rilevante, infine, è l'argomento secondo cui il sorteggio sarebbe poco rispettoso delle prerogative dei magistrati. Una riforma può essere più o meno rispettosa ma occorre guardare all'oggetto della stessa: se è rispettosa ma non funziona, il rispetto è fine a sé stesso. D'altra parte, numerose sono state le riforme poco rispettose verso i cittadini: si pensi alla legge elettorale definita "Porcellum", dichiarata sì incostituzionale ma dopo un'intera legislatura di eletti sulla base di norme illegittime; si pensi alla riforma che ha ridotto il numero dei parlamentari, poco rispettosa delle prerogative del corpo elettorale, costretto ad una minore rappresentatività; si pensi alle innumerevoli riforme che hanno colpito duramente sia l'accesso alla giustizia (es.: aumento a dismisura dei contributi unificati; previsione di elevate condanne alle spese nel giudizio di Cassazione); sia il diritto di difesa ed il prestigio dell'avvocatura (si pensi alla eliminazione dell'udienza pubblica in cassazione), e via dicendo.

La seconda critica è astrattamente condivisibile, se non fosse che l'esperienza del passato fondato sull'elezione non ha dato i frutti sperati¹² e perciò, proprio perché l'autogoverno non è stato in grado di auto-riformarsi¹³, la politica (bene o male si vedrà) si è assunta la responsabilità di cambiare passo¹⁴. In ogni caso, fondamentale sarà la futura legge che dovrà fissare i criteri del sorteggio (“*nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge*”)¹⁵. Non aver ingessato questo passaggio in Costituzione lascia, a mio avviso, aperta ogni strada per sistemare il tiro se dovessero essere introdotte, da questa o da altra maggioranza parlamentare, norme poco rispettose dell'autonomia e dell'indipendenza o che pregiudichino lo scopo della riforma costituzionale¹⁶. Aggiungo che il sorteggio dei due CSM non è incompatibile con l'art. 97 della Costituzione in quanto i candidati sorteggiabili, avendo superato il concorso, assicurano l'osservanza del principio del merito e viepiù quello dell'imparzialità¹⁷. Infine, il sorteggio è previsto in altri settori dell'ordinamento giuridico¹⁸. Tra i casi in cui l'ordinamento ammette il sorteggio è interessante quello previsto dall'art. 14, comma 1,

¹² Sulla degenerazione delle “correnti giudiziarie”, quale criterio unico che regola lo sviluppo della carriera dei magistrati e sulla conseguente distanza di tale modello rispetto al disegno costituzionale originario, cfr. per esempio C. Guarnieri, *Magistratura e sistema politico nella storia d'Italia*, in *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. Romanelli, Bologna, 1997, pp. 256 e ss.

¹³ Per una disamina completa del fenomeno, cfr., più di recente, G. Melis, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questioni Giustizia* (consultabile al link <https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni-10-01-2020.php>), che ad esempio afferma: “*Da ossatura della democrazia interna della magistratura, da arterie, quali erano efficacemente, di una circolazione sanguigna fondamentale per la stessa esistenza della dialettica, da portatrici di idee e di modelli differenti circa la funzione giurisdizionale e il modo di esercitarla, si sono via via trasformate in ambigue articolazioni di potere; dedite, più che non alla realizzazione di un progetto alla propria autoconservazione*”.

¹⁴ Qui tornano in campo le ideologie, sottese ai cambi generazionali post-fascismo degli anni '70 nella società (e nella magistratura): “*si formava contemporaneamente nelle università, sulle riviste specialistiche, negli studi legali, negli stessi tribunali una generazione nuova di intellettuali accomunati dall'esigenza di ripensare metodi e categorie delle scienze giuridiche. Anche la contestazione del potere assoluto delle alte gerarchie giudiziarie si svolgeva con un forte connotato generazionale: nel 1968 tutti i magistrati di Cassazione (e il 70 per cento di quelli d'appello) risultavano in servizio da prima del 1944, mentre ben il 99 per cento dei componenti dei tribunali erano entrati dopo quello spartiacque*”, cfr. A. Meniconi, *L'evoluzione della magistratura italiana in età repubblicana: un profilo storico*, in *Giustizia insieme*, 2024. (consultabile su <https://www.giustiziainsieme.it/it/gli-attori-della-giustizia/3149-evoluzione-magistratura-italiana-in-eta-repubblicana-un-profilo-storico-antonella-meniconi>).

¹⁵ In un articolo apparso sul *Dubbio* del 5 agosto 2025, G. Pascuzzi sostiene che “il metodo del sorteggio toglie potere al voto e quindi alle correnti organizzate. Ma può propiziare (se non si prevedono filtri di nessun tipo) la nomina di magistrati appena assunti, senza nessuna esperienza di direzione degli uffici o anche solo dell' “arte di giudicare” che verrebbero chiamati a prendere decisioni delicate, come quelle relative alla progressione di carriera di colleghi più anziani e con titoli decisamente superiori. Vero è che i giudici sono tutti uguali. Ma a nessuno verrebbe in mente di nominare un neovincitore di concorso direttamente Presidente di Sezione della Corte di Cassazione”. La futura legge, appunto, potrebbe efficacemente prevenire questi rischi, pur mantenendo il sorteggio come criterio di fondo.

¹⁶ Cfr. ad esempio la puntuale ricostruzione di A. Zei, *L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel diritto pubblico*, in *Nomos*, 1/2017: “Il criterio della casualità trova dunque applicazione laddove, una volta esaurita l'istruttoria basata su una puntuale ricognizione di tutte le circostanze obiettive, si assuma l'eguaglianza formale fra i richiedenti, tra quali si potranno apprezzare eventualmente ulteriori differenze sotto molteplici profili, che tuttavia non dovrebbero venire in rilievo ai fini dell'assegnazione, perché la decisione risulterebbe altrimenti arbitraria o discriminatoria”.

¹⁷ Nel diritto amministrativo, sul piano generale, il sorteggio è sinonimo di imparzialità anche se da utilizzare in via sussidiaria: TAR Catania (sezione Terza), n. 2544 del 4 novembre 2015, riconoscendo la legittimità di un sorteggio corredato di adeguate forme di pubblicità e trasparenza nell'ambito di una procedura per l'affidamento in concessione di un servizio di illuminazione da parte di un Comune, considerando che il sorteggio era stato espressamente previsto dal bando: “Nessuna censura può, poi, essere mossa nei confronti della scelta di procedere a mezzo di sorteggio all'individuazione delle cinque imprese ammesse alla trattativa privata, trattandosi di criterio che, in termini assoluti, garantisce il rispetto del principio di imparzialità”; Consiglio di Stato, V. Sez., 21 dicembre 2012, dove si indica il sorteggio quale criterio alternativo alla graduatoria per l'assegnazione degli alloggi di edilizia convenzionata, così da garantire “l'attribuzione imparziale del beneficio, assegnando ovviamente titolo preferenziale ai soggetti correttamente inclusi nell'elenco degli aventi titolo a priorità”. Cfr. A. Cerri, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1997.

¹⁸ Per una elencazione cfr. ancora A. Zei, op. cit., pag. 17: Il sorteggio, ad esempio, è il metodo tradizionalmente prescritto, anche in altri ordinamenti, per la formazione delle giurie popolari, per designare gli scrutatori preposti alle diverse operazioni che si svolgono presso i seggi elettorali, per la selezione dei giudici aggregati della Corte Costituzionale dall'elenco redatto periodicamente dal Parlamento nei giudizi sul Presidente della Repubblica e nelle altre ipotesi previste dagli artt. 90 e 96 Cost., per la formazione dei collegi singoli giudicanti della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, nonché per la formazione delle Commissioni universitarie.

del d.l. n. 138/2011, convertito dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, avente ad oggetto l'istituzione, a decorrere dal 1° gennaio 2012, di un Collegio dei revisori dei conti, quale organo di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione dell'ente regione, i cui componenti “sono scelti mediante estrazione da un elenco”, i cui iscritti devono possedere i requisiti previsti dai principi contabili internazionali, avere la qualifica di revisori legali di cui al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, ed essere in possesso di specifica qualificazione professionale in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria anche degli enti territoriali, secondo i criteri individuati dalla Corte dei conti. Disposizione scrutinata dalla Corte Costituzionale (sentenza del 20 luglio 2012, n. 198), che ritiene quasi scontata la relativa legittimità in quanto il sorteggio pone la selezione “al di fuori, quindi, dall'influenza della politica”.

E' evidente, comunque, che il sorteggio, che introduce una selezione casuale, suscita perplessità in chi lo subisce. Nel caso del CSM, il sorteggio non si configura tanto (o solo) come espressione dei principi di imparzialità e uguaglianza, quanto forse di necessità alla luce delle esperienze pregresse. Il sorteggio nel caso concreto, cioè, non risponderebbe tanto alla parità delle chances, né alla sostanziale indifferenza delle alternative possibili. C'è anche questo, naturalmente. Ma, nel caso del CSM, appare centrata la classificazione dottrinarica del sorteggio frutto di una “razionalità polemica”, perché esso intende contrapporsi a metodi pregressi, di cui, il legislatore (in questo caso, costituzionale) nutre diffidenza¹⁹.

3.2. Seconda questione: art. 105 Costituzione.

L'art. 105, mentre non viene cambiato nella parte in cui affida al (ora ai due) CSM le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le valutazioni di professionalità e i conferimenti di funzioni nei riguardi dei magistrati, modifica invece il potere disciplinare. Oggi, i provvedimenti disciplinari sono assegnati al CSM e, in caso di impugnazione, alla Corte di cassazione.

Una regola che pone molti dubbi perché sottrae al giudice amministrativo quello che è a tutti gli effetti un provvedimento amministrativo, nonostante sia stato qualificato come “sentenza disciplinare” (art. 17 u. co. 1. 195/1995).

Questo aspetto merita qualche considerazione aggiuntiva, prima di esplorare la modifica.

A) Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del CSM, con decreto del Ministro della Giustizia (art. 17 co. 1 L. 195/1958 e art. 2 L. n. 13/1991).

I provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM sono comunicati al Ministro della Giustizia quando egli abbia promosso l'azione disciplinare o abbia chiesto l'integrazione o la modificazione della contestazione (art. 19 co. 3 d.lgs. vo n. 109/2006).

La sanzione disciplinare della sospensione delle funzioni pone un problema organizzativo (la sostituzione del magistrato sospeso con altro magistrato, per tutta la durata della sospensione), e quindi un problema di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, di competenza del Ministro della Giustizia (art. 110 Cost.).

Pertanto, il decreto ministeriale (provvedimento amministrativo) ha, anche per queste sole ragioni, una sua autonomia rispetto alla decisione della Sezione disciplinare del CSM.

¹⁹ Cfr. A. Zei, *op. cit.*, pag. 4, che ricollega il fenomeno alla crisi di legittimazione degli strumenti della democrazia rappresentativa e cita J. Elster, *Taming Chance, Solomonic Judgements: Studies in the Limitation of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 38 e pp. 107-110), secondo cui l'indifferenza costituisce una delle ragioni fondamentali che giustificano il ricorso ad un sorteggio, sia essa intesa come uguale bontà delle diverse opzioni, sia nel caso in cui l'applicazione di altri criteri comporti oneri organizzativi sproporzionati, e sia quando si constatino differenze di partenza tali che una comparazione risulterebbe in qualche misura irragionevole e arbitraria. Cfr., inoltre, S. Rodotà, *Il governo sociale del caso*, in M. Ceruti, P. Fabbri, G. Giorello e L. Preta (a cura di), *Il caso e la libertà*, Bari, 1994, che tutto sommato apprezza criteri di selezione fondati sul caso per prevenire un esercizio di funzioni influenzato da relazioni fiduciarie. Notoria era poi la posizione di Max Weber sul “ricorso pubblico al caso”, ritenuto incompatibile con il potere verticale e la burocratizzazione professionale, cioè con il “vivere per la politica”: M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1999.



B) Andando oltre, la previsione del ricorso alle Sezioni Unite contro le sanzioni disciplinari non preclude la tutela davanti al giudice amministrativo, ammessa contro i provvedimenti del CSM dall'art. 17 co. 3 L. 195/1958 (nel testo di cui all'art. 3 co. 1 dell'all. 4 al d.lgs.vo n. 104/2010). Ciò discende dal principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, accolto dalla Costituzione (artt. 24, 103 e 113) e dal diritto europeo (art. 1 c.p.a.).

La pienezza della tutela giurisdizionale, cui "tutti" hanno diritto (anche i magistrati), non è conciliabile con i limiti del giudizio di Cassazione, considerato che il vizio di motivazione omessa o insufficiente è configurabile soltanto qualora dal ragionamento del giudice di merito emerga la totale obliterazione di elementi che potranno condurre a una diversa decisione. Risolvendosi altrimenti la censura in un'inammissibile istanza di revisione della valutazione e del convincimento del (giudice di merito) teso all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, certamente estranea alla natura ed ai fini del giudizio di Cassazione (così Cass. S.U. n. 24148/2013; n. 6910/2022). Pronuncia sul fatto, occorre aggiungere, che rientra invece pienamente nella cognizione del giudice amministrativo, specialmente quando è chiamato a scrutinare la censura di travisamento dei fatti.

C) Pertanto, se il disposto dell'art. 17 u. co. l. 195/1995 (ricorso alle S.U. della Corte di cassazione) fosse preclusivo della tutela generale garantita (anche) ai magistrati dall'art. 17 co. 3 della stessa legge, sarebbe in contrasto anche con la garanzia del doppio grado di giurisdizione che la Costituzione prevede proprio per processo amministrativo (art. 125 Cost.: "nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado", v. Corte Cost. sent. n. 8/1982).

Se la disposizione contenuta nell'art. 17 u. co. L. 195/1958, che prevede il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, fosse interpretata nel senso di precludere la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, di essa andrebbe messa in dubbio la legittimità costituzionale, anche sotto il diverso profilo della palese irragionevolezza nel confronto con il disposto del precedente comma 3 dell'art. 17, che contro tutti (gli altri) provvedimenti riguardanti i magistrati prevede il ricorso al giudice amministrativo nei modi regolati dal c.p.a. (pienezza di tutela e doppio grado di giurisdizione).

Sarebbe del tutto irragionevole un legislatore che accordasse una tutela minore contro i provvedimenti che più incidono sul patrimonio morale del magistrato (le sanzioni disciplinari) ed una tutela maggiore contro tutti gli altri provvedimenti che lo riguardano, inclusi quelli di modesto rilievo economico.

D) Si aggiunga che ai sensi dell'art. 100 u.co. Cost., "la legge assicura l'indipendenza dei due istituti (Consiglio di Stato e Corte dei conti) e dei loro componenti di fronte al governo". Anche la magistratura amministrativa e la magistratura contabile hanno i loro organi di autogoverno (Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, Consiglio di presidenza della Corte dei conti). I provvedimenti disciplinari adottati dai due Consigli sono pienamente impugnabili davanti al giudice amministrativo. Si tratta di un *tertium comparationis* che andrebbe tenuto presente nel momento in cui si pretendesse sottrarre (come oggi si sottrae) i provvedimenti disciplinari adottati dalla Sezione disciplinare del CSM allo scrutinio del giudice amministrativo.

E) La legge istitutiva del CSM (L. 195/1958), disciplinando la "forma dei provvedimenti" (art. 17), stabilisce che "tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità della deliberazione del C.S.M., con decreto del Capo dello Stato o del Ministro della giustizia" (co. 1); e contro i provvedimenti in materia disciplinare (i provvedimenti della Sezione disciplinare, art. 6) è ammesso ricorso alle Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione (così l'art. 17 u.co.). Non c'è nessun elemento, in questa disposizione, che autorizza a qualificare i "provvedimenti" disciplinari di cui all'art. 17 u.co. in modo diverso dai provvedimenti che il C.S.M. adotta ai sensi del primo comma. Se questi ultimi sono, pacificamente, provvedimenti amministrativi, la tutela contro i quali è affidata al giudice amministrativo (così l'art. 17 co. 3), non si vede perché i provvedimenti in materia disciplinare (una *species* del *genus*) debbano essere qualificati come provvedimenti giurisdizionali.

Né si vede perché il C.S.M., nel *plenum*, venga qualificato come organo amministrativo, anche se di rilevanza costituzionale, mentre un organo interno dello stesso (la Sezione disciplinare) avrebbe natura giuridica radicalmente diversa (natura giurisdizionale).

F) In realtà “carattere giurisdizionale” ha solo il procedimento (così la sentenza delle S.U. del 14 maggio 2024, pag. 61 lett. d). E ciò in considerazione della disciplina dettata dagli artt. 16 ss. d.lgs. n. 109/2006 e del rinvio che questo fa al codice di procedura penale: ma la Sezione disciplinare non è sicuramente un “giudice”, alla stregua dell’art. 101 co. 2 Cost. (e 102). Se tale fosse considerata, la relativa previsione dovrebbe fare i conti con il disposto dell’art. 102 co. 2 Cost., che vieta l’istituzione di giudici speciali.

G) Poiché la Sezione disciplinare è un organo amministrativo, come lo è il CSM al quale gli atti della Sezione vengono imputati (art. 10 n. 3 L. 195/1958), i suoi atti sono “atti della pubblica amministrazione”; e contro di essi è “sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi” (art. 113 Cost.). Cosa che, ripetesi, è chiarita in modo inequivocabile dall’art. 17 co. 2 L. 195/1958 (nel testo di cui all’art. 3 dell’all. 4 al d.lgs. n. 104/2010).

In definitiva la previsione del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione contro i provvedimenti della Sezione disciplinare non può ritenersi preclusiva della ordinaria (e più ampia) tutela davanti al giudice amministrativo.

E’ arduo quindi desumere la natura giurisdizionale della sentenza disciplinare e sembra più onesto ritenere che il sistema attuale configuri una giurisdizione speciale, in violazione dell’art. 102 co. 2 Cost.

Per la copertura costituzionale dell’attuale assetto, cioè per l’affermazione secondo cui la natura giurisdizionale della Sezione disciplinare del CSM non contrasta con il divieto di istituzione di giudici speciali, è interessante notare che la Corte costituzionale ha utilizzato un argomento storico²⁰. La configurazione giurisdizionale del procedimento disciplinare per i magistrati ordinari, cioè, risponde alla tradizione e ciò sarebbe sufficiente per non eludere l’art. 102 (sent. n. 71 del 1995). Ma il richiamo alla *tradizione* può davvero giustificare l’attuale assetto? E questo assetto ha funzionato?

Domani, la giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti, sarebbe attribuita ad una Corte istituita *ad hoc*, la cd. Alta Corte disciplinare, composta in modo non dissimile dalla Corte costituzionale, cioè: quindici giudici tre dei quali nominati dal Presidente della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno venti anni di esercizio e tre estratti a sorte da un elenco di soggetti in possesso dei medesimi requisiti, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall’insediamento, compila mediante elezione, nonché da sei magistrati giudicanti e tre requirenti, estratti a sorte tra gli appartenenti alle rispettive categorie con almeno venti anni di esercizio delle funzioni giudiziarie. La maggioranza del Collegio, dunque, è dei magistrati e tale previsione dovrebbe rassicurarli, considerato oltretutto che il presidente della Corte sarà eletto proprio dalla maggioranza tra i giudici nominati dal Presidente della Repubblica o estratti a sorte dall’elenco compilato dal Parlamento in seduta comune. E’ previsto un riesame delle sentenze dell’Alta Corte davanti ad altra Sezione della stessa Corte: ciò mette al riparo da possibili errori e rende il sistema conforme, nel suo insieme, alla Costituzione.

Rispetto ad altre precedenti proposte, quella attuale si caratterizza più nettamente per una sottrazione della giurisdizione disciplinare al CSM.

Una futura legge determinerà gli illeciti disciplinari e le relative sanzioni, indicherà la composizione dei collegi, stabilirà le forme del procedimento disciplinare e le norme necessarie per il funzionamento dell’Alta Corte e dovrà assicurare che i magistrati giudicanti o requirenti siano rappresentati nel collegio. Anche in questo caso vale quel che si è detto prima sulla importanza della legge, che sarà successivamente adottata, per affinare alcune questioni aperte.

²⁰ Più in dettaglio, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 71 del 1995, ha affermato sul punto che il CSM non possa considerarsi un nuovo giudice speciale nel senso indicato dall’art. 102 della Costituzione, in quanto “La configurazione giurisdizionale del procedimento disciplinare per i magistrati ordinari risponde, come si è già precisato, alla tradizione. La giurisdizione disciplinare, affidata, prima della Costituzione ed immediatamente dopo la sua entrata in vigore, ad appositi Tribunali disciplinari (regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511), cui era rimessa l’adozione delle sentenze in materia, è stata successivamente attribuita, in adempimento a quanto prescrive l’art. 105 della Costituzione, al Consiglio superiore della magistratura e conferita alla Sezione disciplinare in cui esso si articola (sentenza n. 12 del 1971), mantenendosi la scelta legislativa per un procedimento disciplinare che si esprime nei modi e nelle forme, quindi con le garanzie proprie della giurisdizione (sentenze n. 220 del 1994 e n. 289 del 1992)”.



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

4. Conclusioni

Se si guarda più serenamente al merito, si può votare SI. Se si vuole confermare la *tradizione*, si può votare NO²¹. In quest'ultimo caso, troverebbe conferma la tesi del Bentham sul sofisma delle leggi irrevocabili. Il sofisma della sapienza degli antichi, spinto al suo grado estremo, sulla supposta natura irrevocabile di certe leggi: “*Uomini che, per fondare il loro giudizio, hanno un secolo di esperienza in più cedono il proprio intelletto ad uomini che hanno un secolo di esperienza in meno*”²².

²¹ Ed è quindi quasi paradossale che le forze di sinistra, che dovrebbero dirsi progressiste, sono per il NO; quelle conservatrici, che dovrebbero garantire lo status quo, sono per il SI.

²² J. Bentham, *Il libro dei sofismi*, Bologna, 1981, p. 31.