

Referendum sulla Giustizia: breve guida per non perdere l'orientamento

Quali sono i quesiti, quali sono i loro obiettivi, quali sono i loro pregi e limiti.
Tra spinte garantiste e esigenze di riforma

Di Carlo Machirelli

I. Introduzione

Il 4 giugno 2021 nella Gazzetta Ufficiale n. 132 sono stati pubblicati i sei quesiti referendari abrogativi depositati in Corte di Cassazione dal Partito Radicale e dalla Lega aventi ad oggetto rilevanti modifiche all'ordinamento giudiziario, al sistema giustizia, alla struttura e funzionamento di alcuni suoi organi.

L'oggetto dei quesiti verte su temi molto diversi tra loro ed è innegabile che la maggior attenzione ricada sul quarto di essi, riguardante la separazione delle carriere dei magistrati (inquirenti e giudicante), tema storicamente più rilevante e divisivo.

A prima vista potrebbe stupire il tempismo con cui sono stati depositati, vale a dire in un momento in cui il governo – di cui fa parte anche la Lega – era impegnato nelle assai complesse e delicate mediazioni politiche per ottenere un testo condiviso per la Riforma del processo penale (approvata poi in Consiglio dei Ministri e in prima lettura alla Camera dei Deputati).

Tuttavia, se sul piano politico appare discutibile il momento scelto per la promozione di tali referendum abrogativi, nel pubblico dibattito in corso in particolare sul tema della separazione delle carriere, sono da annotare prese di posizioni favorevoli tutto sommato trasversali nel panorama politico (si pensi ad alcuni esponenti del centrosinistra¹).

I temi trattati, per la loro complessità e tecnicità, meritano certamente un'attenta analisi.

Tale esigenza è quanto mai opportuna se si considera il contesto attuale, in cui la comunicazione è spesso frammentaria, fatta di slogan, *fake news*, indifferenza o prese di posizione acritiche puramente “di bandiera”, quando invece le questioni che vengono messe in risalto appartengono ad ambiti diversi tra di loro e non possono prescindere da un minimo approfondimento.

Prima di analizzare brevemente il merito dei singoli quesiti, è necessario esser con-

1. Tra i favorevoli al referendum, oltre al supporto compatto del Centro Destra (Lega, FI, Udc) e del Partito Radicale, troviamo anche alcuni esponenti politici Dem che si sono pubblicamente espressi a favore tra cui Goffredo Bettini, l'On. Luciano Pizzetti, nonché il senatore Gianni Pittella e l'eurodeputato Massimo Smeriglio.

Carlo Machirelli è avvocato penalista e componente della Commissione “Giovani Avvocati” del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna. Collabora con l'associazione *Extrema Ratio*.

sapevoli che il referendum abrogativo non possa ritenersi lo strumento ideale per ridefinire ambiti normativi così delicati (e divisivi) come quelli di cui trattasi.

È infatti evidente che la riforma di un intero settore come quello della Magistratura (che peraltro comporterebbe necessariamente anche modifiche alla Carta Costituzionale), meriterebbe oltre che una seria discussione sul punto, una riforma dal carattere organico, armonico e coerente, obiettivi questi incompatibili con le potenzialità del referendum abrogativo (e che, anche dopo la raccolta delle firme necessarie, sconta un ulteriore ostacolo come il taglio della Consulta sull'ammissibilità dei singoli quesiti).

Nonostante questi limiti "oggettivi", il vero merito di questa iniziativa è quello di aver riportato tali temi di matrice chiaramente garantista (dopo anni di "punitivismo" e "populismo giudiziario"²), all'attenzione della pubblica opinione e – si spera – dei partiti politici.

È infatti evidente la rinnovata esigenza di aprire un confronto, di prendere posizione e di riformare tali ambiti in maniera organica, sebbene tali obiettivi siano di difficile realizzazione nell'attuale legislatura, governata da una maggioranza eterogenea e di natura "emergenziale".

2. I singoli quesiti

I quesito: Riforma del CSM³

Il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) è l'organo di autogoverno dei magistrati il cui funzionamento è disciplinato dalla L. 195 del 24 marzo 1958 e che si occupa di tutte le questioni giurisdizionali (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni, applicazione di sanzioni disciplinari) oltre ad assicurare l'indipendenza e l'autonomia della categoria come previsto dagli artt. 101 e 110 Cost.

È presieduto dal Presidente della Repubblica che è membro di diritto al pari del Presidente della Suprema Corte di Cassazione e del Procuratore Generale presso la stessa Corte.

Gli altri 24 componenti sono eletti per due terzi dai magistrati, scelti tra i magistrati, mentre il restante terzo viene eletto dal Parlamento in seduta comune.

Il quesito propone di eliminare l'attuale obbligo per il magistrato che voglia candidarsi a far parte del CSM di raccogliere dalle 25 alle 50 firme a sostegno della propria candidatura.

Tale obbligo, nei fatti, comporta che egli debba avere il sostegno di una delle correnti (come ad esempio Magistratura indipendente, Unicost e Area), le quali come una sorta di "partiti", influenzano le scelte prese dall'organo.

Senza voler a tutti i costi richiamare il recente "Caso Palamara",⁴ è noto come le correnti

2. Per un approfondimento sul tema si consiglia la lettura dei volumi: "Diritto e Ragione di Luigi Ferrajoli (Laterza); "A furor di popolo" di Ennio Amodio (Donzelli Editore); "I dannati della gogna" di Ermes Antonucci (Liberilibri)

3. «Volete voi che sia abrogata la Legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: articolo 25, comma 3, limitatamente alle parole "unitamente ad una lista di magistrati presentatori non inferiore a venticinque e non superiore a cinquanta. I magistrati presentatori non possono presentare più di una candidatura in ciascuno dei collegi di cui al comma 2 dell'articolo 23, né possono candidarsi a loro volta"?»

4. Per un approfondimento sul punto si veda il paper IBL "Ripensare la magistratura Analisi e proposte,

favoriscano l'assegnazione di incarichi, decidano trasferimenti e il rischio è quello che le decisioni vengano spesso prese in un'ottica corporativa e non di merito, a discapito dell'azione nell'interesse della efficiente amministrazione della Giustizia e dunque dei cittadini. Come è stato notato in proposito,

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”.⁵

Onestamente, non ci si illuda che con l'eliminazione del limite delle firme a supporto della candidatura, venga eliminato anche il cosiddetto “*correntismo*”. Tuttavia – così come nella formulazione originaria della L. 195/1958, che non prevedeva alcun obbligo sulla raccolta di firme a supporto delle candidature – l'obiettivo del quesito è quello di consentire ad ogni magistrato di potersi liberamente candidare, mettendo maggiormente in risalto le qualità personali e professionali a discapito degli interessi e di particolari orientamenti politici (ad oggi, infatti, dipendendo le candidature dal supporto di correnti, esse non possono prescindere anche dalla inevitabile iscrizione ad esse).

Il quesito: Responsabilità diretta dei magistrati⁶

Attualmente la responsabilità civile dei magistrati, disciplinata dalla cd Legge Vassalli (L. n. 117 del 13 aprile 1988), poi modificata dalla L. 18/2015, è di fatto una responsabilità “indiretta”: il soggetto che lamenta di aver subito un danno può agire solo nei confronti dello Stato, ciò per garantire piena indipendenza e autonomia al singolo magistrato. Lo Stato a sua volta potrà eventualmente esercitare azione di rivalsa nei confronti del magistrato, cioè potrà recuperare da quest'ultimo la somma versata, principalmente nei casi di “*dolo o negligenza inescusabile*”.

Il quesito si propone di eliminare dalla legge il riferimento allo Stato come unico soggetto tenuto al risarcimento, consentendo al cittadino di agire direttamente contro il singolo magistrato, oltre che contro lo Stato che infatti rimarrebbe obbligato in solido.

Il quesito referendario si propone evidentemente di perseguire una maggiore responsabilizzazione del singolo giudice, nel momento in cui questi viene reso diretto destinatario dell'azione di risarcimento del danno. Il timore, infatti, è che lo “scudo” dello Stato elimini un potente incentivo per il magistrato a esercitare il proprio potere con la prudenza e la perizia necessarie: a ben vedere, peraltro, i promotori possono invocare anche il principio fissato in Costituzione, il cui art. 28 stabilisce che «*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli*

dalla separazione delle carriere al nuovo CSM, alla luce del “caso Palamara” di Francesco d'Errico e Mario Arbotti (<https://www.brunoleoni.it/ripensare-la-magistratura>)

5. 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/>)
6. «Volete voi che sia abrogata la Legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad essa successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: art. 2, comma 1, limitatamente alle parole “contro lo Stato”; art. 4, comma 2, limitatamente alle parole “contro lo Stato”; art. 6, comma 1, limitatamente alle parole “non può essere chiamato in causa ma”; art. 16, comma 4, limitatamente alle parole “in sede di rivalsa,”; art. 16, comma 5, limitatamente alle parole “di rivalsa ai sensi dell'articolo 8”?»

enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti». Tuttavia, va osservato che eliminare la responsabilità vicaria dello Stato, come avverrebbe nel caso di approvazione del quesito, non ha solo aspetti “positivi”. Difatti, se è vero che in questo modo si rafforzerebbe la funzione di pressione e di rivendicazione del diritto propria dell'azione di responsabilità, è altrettanto vero che si finirebbe per sminuire l'interesse del singolo a vedersi riparato il danno subito: d'altronde, la maggiore garanzia economica per il cittadino è quella offerta non dal patrimonio del magistrato, ma da quello dallo Stato, per cui è solo ragionevole che questi rivolga le sue pretese contro il creditore più solvibile. Sarebbe forse più opportuno, allora, individuare altri e più puntuali strumenti di “responsabilizzazione” del singolo magistrato.

III quesito: Equa valutazione dei magistrati⁷

Il procedimento di valutazione dei magistrati è disciplinato dal D.lgs 160/2006 oltre che da tre circolari, avviene a cadenza quadriennale, ha ad oggetto criteri come l'indipendenza, l'imparzialità, l'impegno, la diligenza, e viene svolta dal CSM sulla base di un parere motivato (ma non vincolante) del Consiglio giudiziario del Distretto in cui il magistrato presta servizio, dunque un organismo territoriale e ausiliario del CSM.

Ogni Consiglio è composto per due terzi da magistrati e per un terzo anche da una componente “laica” formata da avvocati e professori universitari in materie giuridiche.

La componente laica è tuttavia esclusa dalle discussioni e dalle valutazioni che attengono alle competenze dei magistrati.

Anche in questo caso (come per il primo quesito), i promotori criticano il fatto che il giudizio sul singolo magistrato avvenga in maniera “interna” e che si corra il rischio che la valutazione segua in taluni casi logiche corporativistiche e dunque poco attendibili.

Vero è che affidare un ruolo attivo ad avvocati (per esempio) nel redigere pareri vincolanti su magistrati che incontrano quotidianamente e a cui sono per natura *contrapposti*, potrebbe far emergere il rischio di valutazioni preconcepite o immotivatamente ostili, tuttavia è diffusamente riconosciuta l'opportunità di un vero e proprio “diritto di tribuna” alla componente laica, che – in un'ottica di leale collaborazione – consenta un concreto e fattivo contributo di giudizio. In generale, dunque, il quesito in questione propone di abrogare le norme che attualmente limitano l'apporto dei laici quanto ai profili di natura organizzativa e alle funzioni di vigilanza sull'andamento degli uffici giudiziari, mirando a scongiurare così l'attuale totale autoreferenzialità dell'organo.

7. «Volete voi che sia abrogato il Decreto Legislativo 27 gennaio 2006, n. 25 (Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei Consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c) della legge 25 luglio 2005 n. 150), risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: art. 8, comma 1, limitatamente alle parole “esclusivamente” e “relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettere a)”»; art. 16, comma 1, limitatamente alle parole: “esclusivamente” e “relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 15, comma 1, lettere a), d) ed e)”?»

IV quesito: Separazione delle carriere dei magistrati sulla base della distinzione tra funzioni giudicanti e requirenti⁸

Si tratta certamente del quesito cui è rivolta maggior attenzione – e probabilmente séguito

8. «Volete voi che siano abrogati: l' "Ordinamento giudiziario" approvato con Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, risultante dalle modificazioni e integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: art. 192, comma 6, limitatamente alle parole: " , salvo che per tale passaggio esista il parere favorevole del consiglio superiore della magistratura"; la Legge 4 gennaio 1963, n. 1 (Disposizioni per l'aumento degli organici della Magistratura e per le promozioni), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad essa successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: art. 18, comma 3: "La Commissione di scrutinio dichiara, per ciascun magistrato scrutinato, se è idoneo a funzioni direttive, se è idoneo alle funzioni giudicanti o alle requirenti o ad entrambe, ovvero alle une a preferenza delle altre"; il Decreto Legislativo 30 gennaio 2006, n. 26 (Istituzione della Scuola superiore della magistratura, nonché' disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 25 luglio 2005, n. 150), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: art. 23, comma 1, limitatamente alle parole: "nonché' per il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa"; il Decreto Legislativo 5 aprile 2006, n. 160 (Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché' in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: art. 11, comma 2, limitatamente alle parole: "riferita a periodi in cui il magistrato ha svolto funzioni giudicanti o requirenti"; art. 13, riguardo alla rubrica del medesimo, limitatamente alle parole: "e passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa"; art. 13, comma 1, limitatamente alle parole: "il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti"; art. 13, comma 3: "3. Il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, non è consentito all'interno dello stesso distretto, né all'interno di altri distretti della stessa regione, né con riferimento al capoluogo del distretto di corte di appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni. Il passaggio di cui al presente comma può essere richiesto dall'interessato, per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata ed è disposto a seguito di procedura concorsuale, previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale, e subordinatamente ad un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni, espresso dal Consiglio superiore della magistratura previo parere del consiglio giudiziario. Per tale giudizio di idoneità il consiglio giudiziario deve acquisire le osservazioni del presidente della corte di appello o del procuratore generale presso la medesima corte a seconda che il magistrato eserciti funzioni giudicanti o requirenti. Il presidente della corte di appello o il procuratore generale presso la stessa corte, oltre agli elementi forniti dal capo dell'ufficio, possono acquisire anche le osservazioni del presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati e devono indicare gli elementi di fatto sulla base dei quali hanno espresso la valutazione di idoneità. Per il passaggio dalle funzioni giudicanti di legittimità alle funzioni requirenti di legittimità, e viceversa, le disposizioni del secondo e terzo periodo si applicano sostituendo al consiglio giudiziario il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, nonché' sostituendo al presidente della corte d'appello e al procuratore generale presso la medesima, rispettivamente, il primo presidente della Corte di cassazione e il procuratore generale presso la medesima."; art. 13, comma 4: "4. Ferme restando tutte le procedure previste dal comma 3, il solo divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, all'interno dello stesso distretto, all'interno di altri distretti della stessa regione e con riferimento al capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di

tra i promotori – nonché quello di cui si discute da più tempo.

Già in passato, nell'anno 2000, il partito radicale di Marco Pannella promosse un referendum sulla separazione delle carriere che però non raggiunse il *quorum*; nel 2007 vi furono ulteriori iniziative legislative in merito e nel 2013 una raccolta firme che non raggiunse il numero di sottoscrizioni necessarie.

Il dibattito, sempre vivo, nasce a seguito della riforma del codice di procedura penale (cd Riforma Vassalli del 1989) con cui si è trasformato il processo penale da inquisitorio ad accusatorio. In estrema sintesi, con tale riforma venne soppressa la figura del Giudice Istruttore, e il Pubblico Ministero è diventato colui che esercita l'azione penale, svolge le indagini preliminari e rappresenta la pubblica accusa mentre la funzione giudicante è esercitata da altri magistrati a seconda delle fasi del procedimento/processo penale.

Ciononostante, il concorso di magistratura è unico sia per i magistrati requirenti che giudicanti, motivo per cui chi lo supera può diventare P.M. o Giudice e nel corso della sua carriera può anche passare da una funzione all'altra.

Il problema fondamentale, sollevato da tempo anche dall'Unione delle Camere Penali Italiane – che il 27 aprile 2017 hanno presentato una proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare (sottoscritta da oltre 70.000 persone e tuttora giacente in Parlamento), recante norme per l'«attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura» – è infatti quello dell'identità, sul piano dell'ordinamento, delle due categorie di magistrati, dall'unicità organizzativa, e degli effetti, ormai intollerabili, che la stessa pro-

procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni, non si applica nel caso in cui il magistrato che chiede il passaggio a funzioni requirenti abbia svolto negli ultimi cinque anni funzioni esclusivamente civili o del lavoro ovvero nel caso in cui il magistrato chieda il passaggio da funzioni requirenti a funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti, in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro. Nel primo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura civile o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. Nel secondo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura penale o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. In tutti i predetti casi il tramutamento di funzioni può realizzarsi soltanto in un diverso circondario ed in una diversa provincia rispetto a quelli di provenienza. Il tramutamento di secondo grado può avvenire soltanto in un diverso distretto rispetto a quello di provenienza. La destinazione alle funzioni giudicanti civili o del lavoro del magistrato che abbia esercitato funzioni requirenti deve essere espressamente indicata nella vacanza pubblicata dal Consiglio superiore della magistratura e nel relativo provvedimento di trasferimento.”; art. 13, comma 5: “5. Per il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, l'anzianità di servizio è valutata unitamente alle attitudini specifiche desunte dalle valutazioni di professionalità periodiche.”; art. 13, comma 6: “6. Le limitazioni di cui al comma 3 non operano per il conferimento delle funzioni di legittimità di cui all'articolo 10, commi 15 e 16, nonché, limitatamente a quelle relative alla sede di destinazione, anche per le funzioni di legittimità di cui ai commi 6 e 14 dello stesso articolo 10, che comportino il mutamento da giudicante a requirente e viceversa.”; il Decreto-Legge 29 dicembre 2009 n. 193, convertito con modificazioni nella legge 22 febbraio 2010, n. 24 (Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad essa successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: art. 3, comma 1, limitatamente alle parole: “Il trasferimento d'ufficio dei magistrati di cui al primo periodo del presente comma può essere disposto anche in deroga al divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti e viceversa, previsto dall'articolo 13, commi 3 e 4, del Decreto Legislativo 5 aprile 2006, n. 160?»

duce sul piano delle garanzie processuali (si pensi ad esempio al tema delle intercettazioni durante le indagini preliminari).

Tale identità culturale (e corporativa) ha assunto connotazioni innaturali conservando al suo interno una unicità di culture che dovrebbe però reggere insieme posizioni (in teoria) antitetiche, e *“che tiene innaturalmente unite, in una cultura ibrida e ancipite, l'arbitro e il giocatore”*,⁹ con evidente *vulnus* ai principi del giusto processo cristallizzati nella nostra Carta fondamentale.

Non si pensi solo alle situazioni di (insolita?) vicinanza tra colleghi (nonostante le diverse ed anzi conflittuali posizioni), ma altresì (del rischio) che venga meno l'indispensabile condizione di sano conflitto e di pura indipendenza tra ruoli o ancora – in un'espressione illuministica – di “inimicizia” in senso politico: tutte garanzie di quel

fisiologico antagonismo fra poteri, volto all'efficienza e all'equilibrio di ogni sistema ordinamentale e istituzionale democratico, complesso e aperto” [...] L'assunzione da parte dei magistrati [...] di un'identica cultura del processo visto come strumento di contrasto al crimine fa sì che pubblico ministero e giudice pensino entrambi di essere impegnati nella medesima “lotta” contro questo o quel “fenomeno criminale [...] Così il giudice non potrà mai essere terzo

(cfr relazione accompagnatoria alla citata proposta di legge UCPI). Il parametro fondamentale o meglio, il valore da tutelare, è quello del Giusto Processo nei termini indicati dall'art. 111 Cost.: un processo equo, privo di interessi di parte.

Tornando al quesito referendario, è innegabile che la sua formulazione, per un comune cittadino (ma in realtà anche per gli addetti ai lavori), sia lunghissima, complessa ed estremamente articolata, intervenendo su ben cinque leggi diverse. In sintesi, la proposta referendaria abrogativa si propone di differenziare il concorso di accesso alla magistratura, eliminare la normativa sui passaggi tra una funzione e l'altra e bloccare i percorsi formativi che accompagnano i mutamenti di funzione. Pertanto, al magistrato che sia stato destinato, all'atto dell'assunzione in servizio alla funzione di Pubblico Ministero o Giudice, sarebbe precluso definitivamente chiedere il passaggio all'altra.

Come già detto, il referendum abrogativo non è certamente il mezzo adatto per una riforma verrebbe da dire “epocale” e così complessa, ma rappresenta certamente un'occasione unica non solo per riaprire un confronto, ma dare a questo confronto un impulso non più procrastinabile. È innegabile, infatti, che una vera riforma della magistratura non possa prescindere ad esempio da modifiche all'assetto costituzionale, alla fisionomia del processo penale, alla creazione di due distinti organi di autogoverno, alla separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente con previsione di distinti concorsi per l'accesso. Per di più, è importante evidenziare come qualsiasi riforma “strutturale” dell'ordine giudiziario appaia insufficiente, se non accompagnata da una riforma “culturale” necessaria per fronteggiare i modelli di cultura giudiziaria e di cultura penale “iper-punitivisti”.¹⁰

9. Relazione accompagnatoria alla proposta di legge costituzionale d'iniziativa popolare – “Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura” presentata alla Camera il 31 ottobre 2017

10. Per un ulteriore approfondimento sulla “questione culturale” in materia di diritto e giustizia penale si rimanda nuovamente al paper pubblicato da IBL “Ripensare la magistratura Analisi e proposte, dalla separazione delle carriere al nuovo CSM, alla luce del “caso Palamara” di Francesco d'Errico e Mario

V quesito: Limiti agli abusi della custodia cautelare¹¹

Come è noto, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari, oltre alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, l'art. 274 c.p.p. elenca tre tipi di esigenze cautelari idonee a giustificare l'applicazione di misure cautelari: il pericolo di inquinamento delle prove, il pericolo di fuga e il pericolo di reiterazione di gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata. A quest'ultimo il codice aggiunge anche il pericolo di reiterazione di "reati della stessa specie di quello per cui si procede" precisando che

se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni [...].¹²

L'oggetto di questo quinto quesito è l'abrogazione di tale ultima previsione, con l'obiettivo di contrastare il pericolo di automatismi nell'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, nel limitare quindi il massimo sacrificio della libertà personale e considerarlo – in un'ottica costituzionalmente orientata – *effettivamente* come l'*extrema ratio*.

Sono infatti all'ordine del giorno i casi in cui l'applicazione della custodia cautelare in carcere si pone come una inaccettabile anticipazione della pena, in spregio della presunzione di innocenza, per non considerare quelli – ben più gravi – in cui l'indagato-cautelato al termine del calvario processuale, viene poi dichiarato innocente.

Sul punto, i dati ci dicono che nel 2019 sono stati liquidati quasi 1000 casi di ingiusta detenzione (procedimenti terminati con assoluzione) per complessivi 43 milioni di euro mentre nel 2020 i casi sono stati 750 con un costo per lo Stato di circa 37 milioni di euro.¹²

Ebbene, quest'ottica non va fraintesa – come con ricorsività viene pretestuosamente affermato – nel senso di volere garantire l'impunità a chicchessia (l'abrogazione non riguarda ad esempio il rischio di reiterazione del reato con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale...), bensì di pretendere una più rigorosa applicazione di garanzie già previste a livello costituzionale. E che dunque imponga al Giudice una valutazione – e quindi una motivazione – più rigorose quando si tratta di accertamento del *periculum libertatis* e di applicazione, in sede cautelare, della più afflittiva misura della custodia in carcere.

Arbotti (<https://www.brunoleoni.it/ripensare-la-magistratura>)

11. «Volete voi che sia abrogato il Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 (Approvazione del codice di procedura penale), risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: articolo 274, comma 1, lettera c), limitatamente alle parole: "o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni?».

12. Osservatorio Errori Giudiziari; link: <https://www.errorigiudiziari.com/errori-giudiziari-quant-sono/>

VI quesito: Abolizione del decreto Severino¹³

L'ultimo quesito mira all'abrogazione dell'intero D.Lgs 235/2012, meglio conosciuto come Decreto Severino, il quale prevede, anche retroattivamente, l'incandidabilità, ineleggibilità e decadenza automatica per i parlamentari, per i rappresentanti di governo, per i consiglieri regionali e per gli amministratori locali in caso di condanne definitive sostanzialmente per delitti non colposi.

Il Decreto prevede altresì casi di sospensione dalla carica in un ente territoriale, anche nel caso di condanna non ancora passata in giudicato.

In caso di abrogazione, si tornerebbe quindi al regime previgente, con il superamento dell'automatismo applicativo e l'ampliamento della discrezionalità dell'organo giudicante.

Sebbene il quesito preveda l'abolizione dell'intero testo normativo, il vero obiettivo dei promotori è quello di eliminare il carattere retroattivo delle misure.

Ciò sebbene la Corte EDU, investita della questione sulla compatibilità del decreto Severino¹⁴ in merito all'incandidabilità (o alla decadenza dal mandato in caso di incandidabilità sopravvenuta) alle cariche parlamentari o alle cariche elettive regionali dei condannati in via definitiva per determinati reati, abbia concluso che le disposizioni non costituiscono sanzioni aventi natura "penale"; con la conseguenza che, nel caso di specie, non trova applicazione il principio di irretroattività di cui all'art. 7 della Convenzione. La Corte EDU ha raggiunto questo risultato affermando che la connotazione afflittiva da un punto di vista politico conseguente alla perdita del diritto all'elettorato passivo non sia sufficiente per attribuire carattere penale alla sanzione, soprattutto tenuto conto del fatto che le disposizioni del decreto Severino lasciano immutati i diritti di elettorato attivo. Messa da un canto la questione dell'esatta qualificazione giuridica della misura in parola, resta comunque che essa deve temperare opposte esigenze. Da una parte, infatti, il decreto Severino ha recepito alcuni obblighi convenzionali, cui dunque l'Italia è tenuta a conformarsi. Dall'altra, però, esiste il rischio che si creino dei vuoti di potere e delle vere e proprie paralisi nell'amministrazione del singolo ente, senza considerare poi i casi (già verificatisi nella prassi) in cui l'amministratore sospeso venga reintegrato nel suo ruolo (siccome dichiarato innocente o per ordine del Tribunale¹⁵), dopo una sospensione che può durare fino a 18 mesi: il tutto in violazione del principio di presunzione di innocenza e in contrasto tanto con il diritto di elettorato passivo, quanto con il principio di rappresentanza democratica. Anche in questo caso, dunque, lo strumento referendario risulta potenzialmente inadeguato a garantire una opportuna composizione dei contrapposti interessi di rilievo fondamentale che vengono in rilievo in questo caso.

13. «Volete voi che sia abrogato il Decreto Legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190)?»

14. CEDU, Sez. I, sent. 17 giugno 2021, Galan c. Italia — CEDU, Sez. I, sent. 17 giugno 2021, Miniscalco c. Italia.

15. Si vedano ad esempio i casi di Federico Gregorio, Sindaco di Narzole o di Salvo Pogliese Sindaco di Catania. Si aggiunga poi che secondo dati ANCI, nel 2017 sono stati 6.500 i procedimenti aperti per abuso d'ufficio; di questi, solo 57 sono terminati con condanne definitive. Nel 2018, i procedimenti definiti da Gip e Gup sono stati 7.133: 6.142 sono stati archiviati. Si può dire che i procedimenti aperti per abuso d'ufficio sfociano in condanne definitive in meno di un caso su cento.

3. Conclusioni

I comitati promotori affermano che a metà luglio le firme raccolte fossero oltre 300.000, a riprova di una partecipazione che a quasi due mesi dal termine ultimo per la raccolta (il 30 settembre 2021), è già indice quantomeno di una forte spinta riformatrice “dal basso”.

Con buona probabilità si giungerà a superare la soglia di firme richiesta ma la strada è certamente ancora lunga e tortuosa, dovendo i quesiti superare il severo vaglio di ammissibilità della Consulta.

Sotto un profilo prettamente culturale (ma non solo), stiamo vivendo un periodo storico in cui le tensioni “punitivistiche” hanno la meglio quasi ovunque, nelle campagne elettorali, nella risposta legislativa spesso e volentieri disorganica, foriera di un’inaccettabile ipertrofia di norme (soprattutto in ambito penale,¹⁶ costantemente scollegate da una visione riformatrice), e un evidente séguito nella magistratura.

È nel solco di anni di “populismo penale” che si inserisce però la recente riforma della Giustizia, promossa dalla Ministra Cartabia, che ha cristallizzato soluzioni sino ad ora oggettivamente impensabili nonostante l’(inopportuno) intervento di taluni magistrati: questo, infatti, il massimo risultato possibile nell’attuale quadro politico, terreno di costante scontro culturale e giuridico, disgregato, schizofrenico e dominato da vibranti e nutrite spinte di natura populista e giustizialista.

L’opera della Guardasigilli sembra quindi percorrere un altro sentiero, maggiormente ispirato alle garanzie e alla compatibilità con i precetti costituzionali, dando così nuova linfa ad una spinta culturale opposta (o quantomeno tangenziale), che rifugge dai modelli “iper-punitivistici” che abbiamo conosciuto sino ad ora.

In conclusione, proprio sotto un profilo culturale (e indipendentemente dall’esito referendario), ciò che forse più conta (anche per coloro che ritengono questo referendum puramente “simbolico”), è che la forte partecipazione e sensibilità ai temi trattati imponga di spostare la discussione su un terreno istituzionale e parlamentare, favorendo quindi un approccio riformatore quanto più organico e sistematico possibile (viste peraltro le già presenti proposte di legge come quella presentata dall’UCPI in tema di separazione delle carriere).

16. Per approfondire, si consiglia la lettura de “Il diritto penale totale” del Prof. Filippo Sgubbi (ed. Il Mulino)

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.