

## **Editoriale**

### **Dell'*ethos* dei giuristi e della babele comunicativa al tempo del referendum costituzionale sulla separazione delle carriere in magistratura**

di

Vincenzo Baldini\*

La campagna referendaria sulla legge costituzionale che separa le carriere dei magistrati volge (finalmente...) al termine, caratterizzata essenzialmente da toni veementi e non di rado estremamente aggressivi, infarcita più di slogan e di formule a effetto che di argomentazioni tecnicamente congrue e plausibili, con l'effetto di rendere impossibile ogni serio confronto tra i contendenti delle opposte posizioni. Quello che è andato ed ancora va in scena ha assunto piuttosto la forma del dialogo tra sordi, una Babele comunicativa in cui ognuno declina la riforma con una lingua incomprensibile all'altro. Una tale Babele non è certo opera dell'intervento di un Dio sceso in terra a confondere le lingue per punire la presunzione dell'uomo, essa è piuttosto la conseguenza (forse, ovvia) di un intrecciarsi di interessi differenti che generano, a loro volta, piani diversi di apprezzamento della novella costituzionale, seppure celati dietro la comune matrice dell'argomentazione costituzionale. Non è, tale miscuglio valutativo, qualcosa di cui sorprendersi o dolersi: tuttavia, può sorprendere e lasciar perplessi, almeno fino ad un certo punto, la stridente divaricazione di letture offerte dai giuristi, in ispecie dai costituzionalisti.

Il giurista, si sa, è avvezzo per mestiere a trattare un materiale circoscritto ed omogeneo, fatto di fonti e disposizioni del diritto positivo, per arrivare a definire i contenuti normativi dell'atto attraverso un'esegesi condotta anch'essa nell'osservanza di regole giuridiche -per quanto necessariamente formulate per principi (artt. 11 e 12 disp. prel. c.c.)- ed altre coniate in via dogmatica (interpretazione costituzionale) o giurisprudenziale (es., diritto vivente). Quella del giurista, dunque, è un'attività di tipo tecnico che però non riduce il primo ad un "idiota specializzato"<sup>1</sup> poiché ad essa sottende un *ethos* che -come ben sottolinea Ernst Wolfgang Böckenförde- "caratterizza il giurista come giurista e lo distingue da un qualsiasi ... tecnico del diritto". Il nucleo dell' *ethos* consiste in una specifica direzione di senso del lavoro del giurista "al e con il diritto", nella ricerca di ciò che qui ed ora concretamente è/costituisce diritto"<sup>2</sup> e al tempo dello Stato costituzionale, nel "riconoscimento e impiego dei principi della Costituzione esistente"<sup>3</sup>.

In quest'ordine di idee, allora, prioritaria per il giurista, ai fini del corretto apprezzamento della riforma, è la verifica della sua compatibilità con i principi costituzionali e la normativa internazionale e comunitaria funzionali, a partire dall'indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice (art. 101 Cost.; artt.10 e 11 Dich. Univ. ONU; artt. 2 e 6 TUE; art. 6 CEDU), dal diritto al giusto processo (art. 111 Cost.), per giungere fino alle ulteriori previsioni di garanzia che riguardano la libertà individuale (artt. 2, 13 e 113 Cost.). Tale verifica dovrebbe tuttavia riguardare unicamente le previsioni formulate nel nuovo testo senza includere, come in una sorta di *id quod plerumque accidit* la possibilità, o anche la probabilità, di futuri ulteriori ribaltamenti incostituzionali della disciplina legislativa o della stessa normativa costituzionale. Come quelle di altri Stati europei successive al II conflitto mondiale, anche la nostra Legge fondamentale non è neutrale rispetto ai valori (*Lüth-Urteil*, 1958). Pertanto, il raffronto con il complessivo sistema dei valori

---

\*Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>1</sup> E.W. Böckenförde, *Vom Ethos der Juristen*, 2. durchgesehene Aufl., Berlin, 2011, p. 37.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 38.

costituzionali rappresenta un ulteriore, successivo segmento del processo interpretativo.

2. Il lavoro del giurista, tanto più del costituzionalista, non può non muovere da alcuni postulati di teoria della Costituzione quali, ad es., la sua peculiare connotazione di Legge fondamentale nel contesto del sistema legale delle fonti del diritto (H. Kelsen), come di decisione politica fondamentale (C. Schmitt) e di sistema di valori che conforma ogni ambito materiale dell'ordinamento giuridico dello Stato (R. Herzog). Da tali postulati deriva anche la consapevolezza della non identità di Costituzione e legge costituzionale (C. Schmitt), la prima risalente ad esercizio di potere, la seconda integrata nel complesso delle funzioni pubbliche costituite e perciò, di consistenza e capacità innovativa giuridicamente limitata<sup>4</sup>. Ciò implica che una violazione di principi supremi della Costituzione ad opera della legge di revisione costituzionale finirebbe per essere censurata d'illegittimità da parte della Corte costituzionale (sent. n. 1146/88). Nella sfera di apprezzamento del giurista rientra anche la consapevolezza dell'esistenza di una pluralità di funzioni ascritte alla Carta fondamentale<sup>5</sup>, dalla fondazione e organizzazione di poteri e funzioni pubbliche, alla limitazione del potere politico per giungere, in fine, alla capacità di legittimazione dell'unità politica dello Stato. Deriva, da tanto, un obbligo generalizzato di osservanza da parte di tutti i poteri dello Stato delle funzioni ad essi attribuite.

L'interpretazione della Carta costituzionale è svolta<sup>6</sup>, in modo non dissimile dall'esegesi legislativa<sup>7</sup>, attraverso il ricorso ad una pluralità di criteri e metodi, a

---

<sup>4</sup> G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), Elibron Classic 2005, p. 3 ss., in cui tuttavia la revisione costituzionale è intesa come riferita ad ogni variazione del testo della Costituzione mentre manca ogni riferimento della stessa quale funzione costituita e, perciò, giuridicamente limitata.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. anche U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 38 ss.

<sup>6</sup> E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss.

<sup>7</sup> K. Larenz, C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin – Heidelberg, 1995, p. 180 ss., con specifici richiami al modello di interpretazione costituzionale -non dissimile da quello dell'esegesi legislativa- secondo Ernst Forsthoff.

volte tra loro integrati, a partire dall'esame della lettera delle disposizioni in quanto base oggettiva di riferimento. Tra i paradigmi interpretativi rientrano, in particolare, quello di unità della Costituzione, di pratica concordanza che comporta, a sua volta, una permanente tensione all'ottimizzazione della garanzia dei Beni costituzionali concorrenti. Inoltre, di rilievo è anche il criterio della giustizia funzionale, per il quale allorquando la Costituzione determina i rispettivi compiti e la cooperazione tra organi titolari di diverse funzioni, l'organo che interpreta la Carta fondamentale deve mantenersi entro la sfera delle proprie attribuzioni funzionali<sup>8</sup>.

3. La dimensione specifica dell'*ethos* del giurista induce, così, ad un metodo di analisi giuridica della novella costituzionale più organico e complesso attraverso cui si perviene alla determinazione ed all'apprezzamento dei contenuti della stessa inquadrati nel contesto dell'ordito costituzionale. Ma proprio l'applicazione di tale metodo porta alla conclusione che la legge di riforma costituzionale in questione non lascia generare particolari dubbi o inquietudini circa la sua conformità ai principi ed ai valori recati dalla Carta repubblicana.

In primo luogo, nessun pregiudizio essa reca al principio di indipendenza del giudice (art. 101 Cost.) non toccato dalla novella se non per ciò che riguarda l'estensione della garanzia costituzionale di indipendenza anche ai Magistrati requirenti (risolvendosi così un antico enigma insoluto nel testo vigente della Carta).

Nemmeno toccate dalla riforma sono altre norme costituzionali parimenti connesse sul piano funzionale con il principio di indipendenza del giudice, quale quella relativa alla nomina per concorso dei magistrati (art. 106 Cost.) e quella che sancisce l'inaMOVibilità del giudice (art. 107 Cost.). La riforma non pone in pregiudizio il principio di autogoverno dell'Ordine (art. 104, c. 1 Cost.) -principio, come dimostra l'esperienza comparata, non necessario ai fini della suddetta

---

<sup>8</sup> K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl, Heidelberg, 1999, p. 27 ss (Rdn. 71 e 72).

garanzia di indipendenza del giudice- solo, ne rimodella le forme prevedendo l'istituzione di due distinti Consigli Superiori, uno per la Magistratura giudicante e l'altro per quella requirente, entrambi presieduti dal Capo dello Stato ed entrambi a prevalente composizione tecnica. La vera novità al riguardo è rappresentata, invece, dal ricorso al metodo del sorteggio, che sostituisce quello elettivo per la composizione di entrambi i consessi, eccezion fatta per le componenti di diritto.

In fine, un'altra novità di rilievo è l'attribuzione della competenza a giudicare sugli illeciti disciplinari dei Magistrati ad un giudice speciale, l'Alta Corte di disciplina, la cui composizione è determinata, ancora una volta, per sorteggio.

A prescindere dalla riforma, tutto sommato, di piccolo cabotaggio, della separazione delle carriere che, come specificato dalla Corte costituzionale (sent. 37/2000), avrebbe potuto effettuarsi anche ad opera del solo legislatore ordinario, sembra che il vero nodo di Gordio riguardi invece il meccanismo del sorteggio per la composizione -accanto ai componenti di diritto- dei due Consigli, oltre che dell'Alta Corte di disciplina. La scelta in favore di tale metodo può essere criticata o meno, sul piano del merito, nondimeno essa non genera alcuna questione di ordine costituzionale dato che il ricorso al metodo elettivo non rappresenta certo un principio costituzionale irretrattabile della garanzia di indipendenza dell'Ordine.

Peraltro, va rammentato come alla scelta del legislatore costituzionale sottenda l'intento specifico di voler superare l'attuale situazione di forte politicizzazione del CSM, che ha finito per integrare nell'azione dell'organo di autogoverno dei magistrati, di natura amministrativa (Corte cost., sent. n. 44/68) connotazioni precipue dell'organo politico, condizionandone l'operato secondo le logiche specifiche della partigianeria politica. Tale *ratio* assume, pertanto, una portata costituzionalmente rilevante tanto ai fini dell'effettività della garanzia di indipendenza del giudice -anche nell'ottica di uno sviluppo di carriera non influenzato da appartenenze politiche- quanto nella direzione di assecondare le aspettative di fiducia dei cittadini in una Giustizia affidabile. Di contro, non sembra che si possa fondatamente dedurre dai contenuti prescrittivi della legge di revisione costituzionale l'esistenza di rischi e pericoli per la tenuta stessa dello

Stato costituzionale di diritto (sottomissione della Magistratura alla politica, perdita di indipendenza del giudice, etc.).

4. Ad offrire una giustificazione empirica del suddetto pluralismo di posizioni su virtù e pericoli della riforma costituzionale anche all'interno della categoria dei giuristi può forse valere il riferimento alla falsificazione della verità di cui parla *Augusto Barbera*, in cui "non conta la verità ma ... le sensazioni che riesci a creare, creando timori o creando aspettative...". Ora, può essere comprensibile che questa falsificazione della verità celi una contesa di natura politica sull'esito del referendum costituzionale, inteso come terreno di scontro tra forze politiche della maggioranza parlamentare, favorevoli alla riforma; e forze della minoranza, ostili alla riforma perché ed in quanto opera dell'altra parte politica. La scarsa consistenza argomentativa di tale contesa si rivela, del resto, attraverso il ricorso a meri slogan od affermazioni apodittiche sui rischi costituzionali, prive di alcuna giustificazione tecnicamente razionale.

L'impiego della tecnica comunicativa di falsificazione della verità, tuttavia, non si pone, di regola, in armonia con l'ethos del giurista (v. *supra*), anzi di quest'ultima può costituire ripudio in quanto priva di ogni congruenza effettiva con il materiale normativo di riferimento, che è il testo della novella costituzionale insieme al sistema dei principi e diritti costituzionali.

L'impressione è che molti giuristi, anche costituzionalisti, abbiano optato per questo piano di comunicazione soprattutto avvinti da timori e pregiudizi che la riforma sia l'approdo di un *work in progress* destinato a compiersi, in fine, con l'addomesticamento dell'Ordine giudiziario ai voleri del potere politico, piuttosto che essere confortati dalla certezza sulla portata garantista dei contenuti normativi della legge di revisione costituzionale, destinata in ultima analisi a rafforzare l'integrità dello Stato di diritto. Peraltro, la stessa natura propria di tale atto configura ex sé l'ulteriore garanzia che eventuali ipotesi di future modificazioni proposte con l'obiettivo di erodere le garanzie costituzionali della indipendenza della Magistratura (giudicante e requirente) implicherebbero nuovamente il ricorso

al procedimento aggravato di revisione costituzionale, con la necessarietà di plurimi passaggi parlamentari (art. 138 Cost.).

5. Il “tradimento” di quell’*ethos* che vale a qualificare il giurista nel suo lavoro di riconoscimento di ciò che è diritto, finisce fatalmente per confondersi e intorbidare la retorica della politica sui contenuti dannosi della riforma costituzionale, di conseguenza frenando l’acquisizione, da parte del cittadino, di una chiara consapevolezza ai fini dell’espressione del voto referendario. L’elettore ha, ovviamente, la più piena e assoluta libertà di esprimersi in senso favorevole o contrario alla riforma costituzionale, a piacimento conferendo maggiore importanza, nell’orientamento della sua posizione, alle indicazioni tecniche o all’analisi politica della riforma costituzionale. Ciò che conta, soprattutto, è il conferimento a quest’ultimo di una chiara informazione che è premessa per una capacità di distinguere ruoli e modelli comunicativi rispettivamente, di giuristi e ceto politico, di selezionare e comprendere argomentazioni di un vero e di un falso giuridico in quanto non presente nella sostanza normativa della novella costituzionale.

In questa selva scomposta di piani di argomentazione, l’elettore è chiamato al difficile compito di districarsi operando, tra questi piani, una giusta ponderazione.