

DALLA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE ALLA DIVISIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO

di Roberto Bartoli

Nella riflessione sul referendum in tema di c.d. separazione delle carriere sembra mancare un oggetto a dir poco fondamentale: il rapporto tra potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato a cominciare da quelli politici, vale a dire il legislativo e l'esecutivo. Insomma, siamo proprio sicuri che questa riforma sia soltanto una riforma destinata ad incidere all'interno dell'amministrazione della giustizia, nel rapporto tra giudicante e inquirente? Oppure, a ben vedere, v'è un nodo centralissimo, ancora non del tutto emerso ed esplorato, relativo alla relazione – per così dire – esterna tra potere giudiziario e poteri legislativo-esecutivo. Questo tema viene affrontato dalla prospettiva del costituzionalismo, mettendo in evidenza come dietro la separazione delle carriere vi sia anche la divisione del potere giudiziario con conseguenze rilevantissime in un assetto in cui tale potere svolge una funzione contro-maggioritaria e di bilanciamento dei poteri politici.

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Due riflessioni preliminari. Una sulla nostra costituzione. – 2.1. L'altra sul potere giudiziario. – 3. Il fascismo. – 4. La Costituzione. – 5. La riforma costituzionale.

1. Il contesto.

Come accade ormai da decenni in Italia, anche sul tema del referendum costituzionale relativo alla c.d. separazione delle carriere, si è aperto un vero e proprio scontro tra schieramenti, parti, fazioni, senza esclusioni di colpi. A questa tornata, però, i toni si sono fatti accesi come non mai, la politicizzazione ha conosciuto una prima coloritura nemicale, orientata a delegittimare *in toto* l'avversario. Con la peculiarità ulteriore che stavolta nell'agone politico è stato coinvolto e si è fatto coinvolgere addirittura un potere dello Stato, quello giudiziario. Un coinvolgimento inevitabile, non soltanto perché la proposta di riforma della Costituzione riguarda proprio tale potere, ma anche perché, dal caso c.d. Apostolico in poi, si è venuto a creare un clima in cui la magistratura si trova indiscutibilmente sotto attacco per l'esercizio della sua stessa funzione di limite al potere politico. Se, da un lato, ci si esprime contro una parte della magistratura che si definisce politicizzata, dall'altro lato, però, è la stessa giurisdizione in quanto tale ad essere contestata, anche perché, se, per un verso, si contestano decisioni che vengono qualificate come "politicizzate" (di tutti, PM, GIP e GUP, giudici), per altro verso, dalle carte processuali emerge che si tratta di decisioni nel pieno rispetto della legalità o a tutela di diritti fondamentali, e che quindi non hanno nulla di politicizzato.

E questo stato di cose si trova compendiato nello slogan espresso dopo gli scontri a Torino durante la manifestazione contro lo sgombero del centro sociale Askatasuna, secondo cui “la polizia arresta e la magistratura scarcerà”: “e guai se non fosse così”, hanno subito commentato tutti gli operatori del diritto e i cittadini, felici di appartenere a uno Stato di diritto democratico e costituzionale, dove ad accertare e a giudicare sui fatti è la magistratura e non il potere politico detentore della maggioranza di turno.

In questo contesto incendiato, non è un caso che il Presidente Sergio Matterella si sia trovato costretto a intervenire per chiedere il rispetto delle Istituzioni, del CSM, che poi significa rispetto della magistratura e quindi riconoscimento, non delegittimazione, del potere giudiziario.

Conseguenza inevitabile: l'impossibilità di ragionare sul merito della proposta di riforma costituzionale, di riflettere in termini problematici, di dialogare, di confrontarsi. Proviamo a farlo.

2. Due riflessioni preliminari. Una sulla nostra Costituzione.

La prima è dedicata alla nostra Costituzione, meglio, al nostro costituzionalismo. Secondo una vulgata, la nostra Costituzione sarebbe frutto di un compromesso, per cui tre schieramenti politici, vale a dire DC, PCI e liberali, si sarebbero accordati mettendo in comune alcuni aspetti e rinunciando a proprie prerogative identitarie. Un compromesso, alto, si dice, anche perché è attraverso il compromesso che si realizzano le condizioni di una convivenza pacifica.

Ebbene, questa visione tramandata, in realtà, non corrisponde fino in fondo al vero, trascurando un aspetto fondamentale, della cui importanza ci accorgiamo proprio oggi, in una fase storica in cui il Trumpismo e il pensiero c.d. Maga si muovono in una direzione volta a riscrivere la cultura occidentale in termini tali da riaffermare il primato della politica sul diritto. Ed infatti, a ben vedere, la nostra Costituzione è sì il frutto di un compromesso, ma prima ancora, al fondo, è il frutto di una piena e assoluta condivisione da parte di tutti gli schieramenti di alcuni punti fermi, direi preliminari, che per certi aspetti possiamo considerare privi di connotazione politica: la nostra Costituzione fu prima di tutto un riconoscersi su questi punti fermi, dopo di che fu poi un compromesso.

E quali erano e sono questi punti fermi? In estrema sintesi, l'idea di fondo è che la politica non può più operare senza limiti. Ed infatti, questa idea si radicava nella consapevolezza che quello che era accaduto in passato, vale a dire autoritarismi e totalitarismi, non sarebbe più dovuto accadere, il che significava mai più un potere assoluto che viola diritti umani, mai più un assetto di poteri concentrati nelle mani di una sola persona, mai più un potere esecutivo più forte di tutti gli altri poteri, mai più la supremazia dello Stato sulla persona, mai più la dimensione politica che sovrasta quella giuridica.

Anche perché, tutti gli schieramenti che avevano preso parte ai lavori della Costituente avevano avuto persone al proprio interno che avevano conosciuto la violazione di questi punti fermi, subito aggressioni da squadracce, arresti arbitrari,

confini per opinioni o modi di essere, prevaricazioni e torture, insomma, avevano vissuto sulla propria pelle un potere istituzionale governato soltanto dal potere politico, come tale illimitato, arbitrario e quindi capace di abusi. Qualcosa di molto simile a ciò che si vede in Iran e che è apparso ai nostri occhi nei veri e propri rastrellamenti compiuti dall'ICE nella totale impunità, nonostante l'impiego ingiustificato di una violenza smisurata.

Ecco che la Costituzione ci dice preliminarmente che queste cose non devono più accadere e per creare le condizioni perché ciò non accada più si è dato vita al costituzionalismo moderno, fatto di diritti fondamentali inviolabili e propri di tutte le persone, come anche di un assetto di poteri bilanciato al fine di garantire il pieno controllo di legittimità costituzionale delle leggi, la vera grande novità del costituzionalismo nascente dal Secondo dopoguerra.

Insomma, al cuore della nostra Costituzione sta l'idea che la politica trova limiti giuridici, la sovranità popolare è esercitata nei limiti della Costituzione, dovendosi precisare che ci sono limiti modificabili, ma anche limiti supremi, immodificabili, poiché altrimenti si perde il primato del giuridico sul politico. Non solo, ma questi limiti alla politica sono effettivi in virtù della presenza di strumenti di controllo, tra i quali primeggia il potere giudiziario.

Visione questa chiarissima soprattutto ad Aldo Moro, che nella seduta del 3 dicembre 1946 della Prima Sottocommissione, concluse la sua riflessione relativa alla formazione dell'art. 1 della Costituzione con queste parole:

«dopo venti anni di arbitrio del potere esecutivo che avevano portato alla creazione di una dottrina per la quale la sovranità dello Stato consisteva nell'assoluta potenza, o prepotenza, si deve affermare nella Costituzione che il potere dello Stato è un *potere giuridico* [corsivo nostro], e che lo Stato comanda nei limiti della Costituzione e delle leggi ad essa conformi».

2.1. *L'altra riflessione sul potere giudiziario.*

Nell'ambito penalistico, il potere giudiziario è un potere che *da sempre* determina il passaggio dal potere punitivo astratto al potere punitivo concreto, all'esercizio effettivo della forza. In questa prospettiva, il potere giudiziario costituisce una sorta di ponte, in un duplice senso. Da un lato, è ponte tra il potere statale *tout court* e la realtà concreta, potremmo dire fattuale, collocandosi quindi dalla parte dello stesso potere statale, come una sorta di ultimo anello prima della dimensione fattuale. Dall'altro lato è ponte tra il potere punitivo astratto del legislatore e il potere punitivo concreto dell'amministrazione (l'impiego esecutivo delle forze di polizia giudiziaria o penitenziaria), collocandosi come cerniera e ganglio centrale nelle dinamiche del potere.

Al suo interno si deve distinguere tra il potere giudicante e quello inquirente/requirente. Il potere giudicante è un potere ponte, ma di verifica, nel senso che ha una funzione di accertamento e di controllo. In questa prospettiva, il potere giudicante è caratterizzato da necessaria terzietà, equidistanza, e quindi anche da

intrinseca e necessaria indipendenza. Potremmo dire che l'indipendenza del potere giudicante deriva dalla sua terzietà. Insomma, il potere giudicante è strutturalmente terzo e questa terzietà si porta dietro la dimensione della indipendenza. Certo, può essere condizionato, ma nel momento in cui svolge una funzione *super partes* il potere giudiziario è strutturalmente lontano da condizionamenti: terzietà/imparzialità e indipendenza vanno di pari passo.

D'altra parte, ridurre oggi il potere giudicante a questa sola funzione sarebbe sbagliato e impossibile, perché, oggi, nel moderno costituzionalismo, il potere giudicante non solo applica la legge, non solo "proietta" la legge sul caso concreto, ma è titolare anche di una giurisdizione che potremmo definire costituzionale, in quanto orientata a sindacare la legge. In questa prospettiva, il potere giudicante si accorda con la giurisdizione della Corte costituzionale e svolge una fondamentale funzione antimaggioritaria di limite al potere politico. Si potrebbe dire che oggi il giudice è terzo non solo rispetto alle parti che si trovano davanti alla legge, ma per certi aspetti anche rispetto alla stessa legge davanti alla Costituzione.

Così configurato, il potere giudicante è tanto indispensabile quanto fragile. Indispensabile perché chiude il sistema, nel senso che pone fine alla conflittualità; ed oggi ancor più indispensabile proprio perché fa parte della giurisdizione costituzionale, pone limiti agli abusi del potere politico, esprimendo quella dimensione "giuridica" che pone limiti, un guinzaglio, al potere politico (il "potere *giuridico*" di cui parlava Aldo Moro).

Indispensabile, ma anche fragile. Fragile non solo per la sua terzietà davanti alle parti, trovando legittimazione in se stesso, si potrebbe dire nella sua autorevolezza, ma anche perché, soprattutto oggi nel costituzionalismo, svolge questa funzione di giurisdizione costituzionale destinata ad entrare in tensione con il potere politico, che, nel momento in cui decide di forzare la mano e porsi in tensione con la Costituzione, appena trova come ostacolo il potere giudiziario garante della Costituzione, è tentato di farne un bersaglio.

Per quanto riguarda il potere inquirente, anch'esso è un ponte, ma non propriamente di verifica e di controllo, quanto piuttosto di attivazione e promozione del potere punitivo. Subordinato alla legge, privo della giurisdizione costituzionale. E non potendo sollevare questione di legittimità (Corte cost., sent. n. 22/1960), non è caratterizzato da autentica terzietà, non solo perché è un potere di parte che nel processo esprime l'accusa, ma anche proprio perché si colloca strutturalmente dalla parte della legge.

Non essendo caratterizzato da terzietà, il potere inquirente non è necessariamente indipendente. Inoltre, il potere punitivo inquirente tende fisiologicamente agli eccessi, spinge verso gli eccessi, in considerazione della sua parzialità, ma anche in considerazione del suo essere autenticamente subordinato alla legge, nel senso che là dove la legge eccede, il potere inquirente, nell'applicare la legge, non può che tendere a eccedere.

Il potere inquirente è un potere senz'altro forte, perché attiva il potere punitivo, dispone direttamente della violenza, è collegato alla polizia giudiziaria e penitenziaria quindi all'amministrazione. Inoltre, è un potere forte proprio perché promuove l'accusa

ovvero si pone dalla parte della dimensione punitiva esprimendola appieno, ma alla fine andando anche oltre quella espressa dal politico, visto che ha a che fare con il caso concreto.

Questo quadro è confermato dalla circostanza che mentre in tutti gli ordinamenti “democratici”, meglio direi “costituzionali”, insomma in tutte le democrazie costituzionali, vale a dire democrazie con limiti, il potere giudicante in quanto necessariamente terzo è anche necessariamente indipendente, diversamente il potere inquirente può assumere discipline differenziate, spesso condizionate da aspetti storici, per cui è ben possibile che il potere inquirente assuma connotati di indubbia indipendenza, venendo unito al potere giudicante oppure connotati di minore indipendenza, venendo ricondotto in termini più o meno stringenti al potere esecutivo oppure connesso a una legittimazione democratica.

Inoltre, la prospettiva di un potere giudiziario subordinato alla legge assume una valenza diversa a seconda che si abbia a che fare con il potere giudicante oppure con quello inquirente. Se giudicante, il magistrato è subordinato alla legge, ma soltanto se legittima, con la conseguenza che se non ritiene la legge legittima, in quanto in contrasto con la Costituzione, il giudice non è più subordinato, potendo sollevare questione di legittimità costituzionale. Se invece è inquirente, il magistrato è subordinato alla legge, ma non ha un vero e proprio vincolo costituzionale, non dovendo necessariamente vagliare la legittimità della legge. Certo, ha il potere di promuovere la questione di legittimità costituzionale e si potrà impegnare a farlo, ma ciò dipenderà dalla sua cultura e da un potere meramente promozionale, non tanto dalla attribuzione di un vero e proprio potere di controllo di legittimità costituzionale, come del resto avviene anche per l’avvocato.

3. Il fascismo.

È molto difficile compiere una ricostruzione dell’assetto dei poteri in epoca fascista, sia perché in realtà occorre distinguere le due fasi, quella della presa del potere e quella del potere preso, ma anche perché una volta che il potere venne preso, il fascismo ha sempre potuto avvalersi di quelle realtà violente “private” che gli avevano consentito di prendere il potere. Insomma, a ben vedere, il fascismo si è composto di due livelli. Un piano permanente, sempre presente, costituito dall’esercizio della violenza da parte di soggetti privati, che continuano ad operare anche dopo la presa del potere: insomma, il Partito Fascista, privato, stava sopra tutte le leggi. A ciò si aggiunge un altro piano che si afferma con la presa del potere e che passa dall’esercizio del potere costituito e che si mostra legale, ma non lo è, perché tanto dell’ideologia violenta e prevaricatrice fascista penetra nella legalità e la circostanza che si utilizzi lo strumento della legge, gli dà parvenza di legalità, ma in realtà si tratta di leggi che sono contrarie a principi fondamentali. Espressione di questo è il Codice Rocco, fascistissimo, come anche le terribili leggi razziali. Da qui l’emersione con forza dell’idea di “legge ingiusta” elaborata dai costituenti, da vagliare davanti a principi fondamentali che stanno sopra la legge e quindi l’idea del costituzionalismo.

Ebbene, in questo contesto è molto difficile valutare l'assetto dei poteri. Da un lato, si dice che il pubblico ministero era sotto il Ministro della giustizia. Ma in realtà, si dovrebbe dire che tutto il potere giudiziario, anche quello giudicante, era sotto il potere esecutivo. Emblematico quanto avvenuto proprio nella fase della presa del potere con l'omicidio Matteotti.

Ebbene, l'esperienza del fascismo ci permette di riflettere su cosa accade allorquando già il solo potere inquirente va formalmente o anche solo sostanzialmente sotto il potere esecutivo.

Anzitutto, significa assenza di indipendenza, proprio perché il potere dipende dal potere esecutivo. Si può ragionare su come viene articolata questa dipendenza, che può essere più o meno stringente, ma il dato di fondo è che se esiste un rapporto di sovra-ordinazione e subordinazione tra potere esecutivo e potere inquirente, il potere esecutivo può condizionare il potere inquirente affinché lo eserciti nei confronti degli avversari politici oppure non lo eserciti nei confronti degli amici politici: compare la dimensione decisamente arbitraria.

Ma v'è un'altra conseguenza che attiene alle stesse dinamiche dei rapporti tra i poteri: il potere esecutivo può condizionare il potere inquirente affinché eserciti il potere punitivo per compiere pressioni sullo stesso potere giudicante. Un potere inquirente condizionato dal potere esecutivo mina la stessa terzietà del potere giudicante. La circostanza che il potere punitivo del potere inquirente sia riconducibile all'esecutivo che è potere politico crea le condizioni per influire, fare pressioni sul giudicante. Come si può impiegare il potere punitivo in termini strumentali nei confronti dei consociati e della società civile, alla stessa stregua si può impiegare il potere punitivo in termini strumentali nei confronti del potere giudicante che nel rimanere terzo non fa il gioco del potere esecutivo/politico.

Ecco che se la dipendenza tende ad essere particolarmente forte, ne derivano alcune conseguenze che i nostri costituenti hanno avuto ben presente ed hanno voluto evitare proprio affermando con forza non solo l'indipendenza dell'intero potere giudiziario, ma anche, come vedremo subito, unendo il potere inquirente a quello giudicante.

4. La Costituzione.

Cosa hanno fatto i Costituenti? Si è soliti affermare che la nostra Costituzione sancisce con forza l'indipendenza della Magistratura, nonché la sua terzietà, riconoscendosi come questa terzietà risulti più difficile da giustificare e comprendere là dove riferita non solo al giudicante, ma anche all'inquirente.

Tuttavia, a me pare che il grande punto fermo sancito dalla nostra Costituzione non siano soltanto l'indipendenza e la terzietà, aspetti – per così dire – classici, sui quali torneremo, ma piuttosto la sua unità. Insomma, i nostri Costituenti oltre all'indipendenza e alla terzietà hanno affermato che magistratura giudicante e inquirente devono stare unite.

Perché?

Anzitutto, per creare un potere giudiziario forte. Se riflettiamo sull'assetto dei poteri, ci rendiamo conto che la valenza dei tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario è piuttosto complessa. Ed infatti, vero che legislativo ed esecutivo sono separati, è anche vero che essi sono profondamente uniti, essendo espressione del potere politico. Non solo, ma sempre per la logica dei poteri, il potere legislativo tende a schiacciarsi su quello esecutivo al vertice del quale non può che stare il capo politico. E oggi il potere legislativo è schiacciatissimo su quello esecutivo: non solo impiego smisurato dei decreti-legge sui quali si appone addirittura la fiducia, ma anche Presidente del consiglio che spesso è capo di partito che sceglie i candidati all'interno di liste bloccate, talvolta senza passare nemmeno da organi interni democraticamente eletti. Insomma, il potere politico che si esprime nel potere legislativo ed esecutivo è un potere fortissimo.

A bilanciare il potere politico legislativo/esecutivo sta il potere giudiziario, ma attenzione, ed ecco il punto, oggi non solo in termini di mera terzietà e indipendenza, ma prima ancora in termini di potere giurisdizionale costituzionale, come potere che svolge la funzione di raccordare l'esercizio del potere legislativo/esecutivo alla Costituzione.

Ebbene, se così stanno le cose, la prima ragione per cui i nostri Costituenti hanno unito il potere giudiziario sta nel fatto che hanno voluto un potere giudiziario altrettanto forte quanto quello politico, e questa forza non può che essere garantita dall'unione del potere giudicante e di quello inquirente.

Non solo, ma v'è una seconda ragione molto rilevante. Come abbiamo visto il potere giudicante acquista la sua indipendenza dalla sua terzietà, mentre il potere inquirente, non essendo terzo, non è necessariamente indipendente. Ecco che la ragione per cui i nostri Costituenti hanno unito l'inquirente al giudicante è connessa all'obiettivo di rendere il potere inquirente indubitabilmente indipendente proprio perché connesso a un potere terzo. Insomma, nel momento in cui il potere inquirente è legato a quello giudicante, tale potere non potrà che essere indipendente proprio perché connesso a un potere necessariamente indipendente in quanto terzo.

Ed ancora. La circostanza che potere giudicante e potere inquirente stiano assieme consente di creare una cultura giurisdizionale comune, per cui il pubblico ministero non può che adottare una prospettiva che lo rende terzo rispetto al suo stesso operato di parte in vista della necessità di sostenere l'accusa davanti a un giudice terzo, mentre in una visione separata il potere inquirente finisce per chiudersi nella sua prospettiva unilaterale e parziale, secondo alcuni finendo addirittura per divenire l'avvocato della polizia giudiziaria. Non solo, ma oggi consente anche di creare una cultura comune della giurisdizione costituzionale, per cui il pubblico ministero, pur essendo privo del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale, nell'avvicinarsi al potere giudicante respira un'aria giurisdizionale che va al di là della mera legge, per cui la sua visione non è chiusa nella legge, ma per l'appunto raccordata alla Costituzione.

Non v'è alcun dubbio che questa scelta di unire giudicante e inquirente possa apparire in parte distonica, visto che unisce un potere terzo con un potere che addirittura è parte, soprattutto se, poi, si ritiene di creare un processo accusatorio.

Qui il discorso si farebbe lunghissimo e di estremo interesse. Al netto del fatto che, a ben vedere, il vero accusatorio non esiste nemmeno negli Stati Uniti d'America, visto che la stragrande maggioranza dei procedimenti si definisce con riti alternativi caratterizzati da autentica negozialità. Al netto del fatto, che con ogni probabilità, anche per ragioni pratiche, il modello accusatorio finisce per valorizzare la fase delle indagini preliminari interamente in mano al potere inquirente, con la conseguenza che il dibattimento in cui si dovrebbe esaltare la dinamica accusatoria finisce per essere spesso deprimente ratifica delle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria. Al netto di tutto questo, il punto è che, a ben vedere, ammesso e non concesso che i nostri costituenti abbiano per certi aspetti compromesso la cristallinità dei rapporti di potere tra giudicante e inquirente all'interno del processo, ebbene, ciò è avvenuto per preservare la dimensione dei poteri nell'assetto istituzionale-costituzionale in termini tali da avere un potere giudiziario capace di controbilanciare il potere politico. Si potrebbe dire che, spezzando l'unità del giudiziario, la riforma s'ispira al principio del *divide et impera*, divenendo fondamentale pensare alle possibili conseguenze.

Ecco che vero tema anche per realizzare l'accusatorio, non è tanto quello di eliminare l'unità, ma quello di ridurre lo strapotere del pubblico ministero oppure di rafforzare il potere della difesa dell'imputato: si pensi al rapporto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria che amministrativamente dipende dal Ministero di rispettiva competenza, rapporto che spesso condiziona anche quello con le forze di pubblica sicurezza (una separazione delle polizie) oppure alla circostanza che le indagini della difesa non sono collocate sullo stesso piano di quelle dell'accusa. Certo anche il potere giudicante ha le sue enormi responsabilità, nel momento in cui tende ad assecondare le istanze punitive, ma questa indubbia deformazione non dipende tanto dalla vicinanza del giudicante al pubblico ministero, quanto piuttosto dalla vicinanza al fatto concreto, agli interessi offesi, alla vittima e dalle pressioni massmediatiche.

5. La riforma costituzionale.

Posto che, di per sé, non determina alcuna dipendenza del potere inquirente dall'esecutivo, si tratta di una riforma che definirei affetta da molteplici strabismi. Anzitutto, viene proclamata in virtù di una tutela avanzata della terzietà del giudice e una maggiore parità tra le parti, ma con il paradosso che si rafforza il pubblico ministero sia come parte, sia perché, sganciandolo dalla giurisdizione, c'è il rischio che diventi sempre più espressione del populismo, del vittimismo, della giustizia massmediatica, che trovi cioè una sorta di legittimazione nell'istanze punitive espresse dalla società.

In secondo luogo, proprio perché opera all'interno di un modello accusatorio, il pubblico ministero dovrebbe essere sempre più calato in una dimensione giurisdizionale, visto che la sua attività deve essere proiettata in prospettiva del dibattimento e quindi nella prospettiva del potere giudicante da persuadere, ma con il paradosso che con questa riforma il pubblico ministero viene separato da quel potere giurisdizionale che è in grado di trasmettergli la cultura giurisdizionale.

In terzo luogo, si opera per separare le carriere e le funzioni, ma allo stesso tempo si incide sugli organi di governo della magistratura, sul loro assetto oltretutto in termini costituzionali, con problematiche sul piano del sistema elettorale e dell'alta Corte disciplinare, non potendosi non ricordare quanto la proposta di riforma dell'Unione delle Camere Penali Italiane fosse molto diversa dall'odierna riforma.

Ma soprattutto, infine, l'ultimo strabismo sta nella circostanza che questa riforma si dipinge come processuale, in quanto relativa al rapporto tra giudice e pubblico ministero nel processo penale, ma in realtà non riguarda tanto il ruolo e i poteri dei due soggetti entro le dinamiche processuali, bensì il loro assetto ordinamentale all'interno dell'unitario potere od ordine giudiziario, si tratta, cioè, di una riforma che non riguarda le parti nel processo, l'amministrazione della giustizia da una prospettiva interna, ma piuttosto l'assetto dei poteri nella loro relazione esterna e cioè il rapporto tra potere politico e potere giudiziario in un contesto in cui il potere giudiziario svolge un ruolo di bilanciamento costituzionale del potere politico.

Ebbene, se si guardano le cose da quest'ultimo angolo visuale, per cui tale riforma non verte tanto sulla separazione delle carriere o delle funzioni, ma sul rapporto tra poteri dello Stato che vanno oltre quello giudiziario, il tema non è soltanto se tale riforma rafforza o indebolisce la terzietà del giudice: i rischi di indebolire la terzietà del giudice sono altissimi, proprio perché si potenzia il pubblico ministero che troverà la sponda nella giustizia massmediatica tutta orientata in senso punitivo.

Inoltre, il tema non è soltanto se tale riforma rafforza o indebolisce l'indipendenza del pubblico ministero: i rischi di indebolimento ci sono se si considera che a quel punto viene meno la certezza dell'indipendenza derivante dall'unione, con la conseguenza che il passaggio successivo potrebbe essere quello di creare le condizioni per condizionare sempre di più l'operato del pubblico ministero: si pensi alle affermazioni del Ministro Tajani in cui si adombra la possibilità di sganciare la polizia giudiziaria dalla dipendenza funzionale del pubblico ministero, con conseguente indebolimento non tanto dall'alto, ma dal basso, e avvicinamento non tanto al Ministro della Giustizia, ma a quello dell'Interno.

Il tema vero attiene alle conseguenze che questa riforma potrebbe avere sull'assetto dei poteri costituzionali. Ebbene, a mio avviso, in estrema sintesi, la riforma finirà per creare condizioni istituzionali destinate ad acuire i conflitti tra i poteri. Ed infatti, anzitutto, una volta che potere giudicante e potere inquirente saranno separati, si potranno avere vere e propri conflitti tra tali poteri, i quali potranno poi essere letti in termini di politicizzazione (gli inquirenti saranno di destra, mentre i giudicanti di sinistra o viceversa).

In secondo luogo, saranno proprio il potere giudicante e quello inquirente ad entrare – per così dire – operativamente in conflitto. Ed infatti, mentre non muta la doppia posizione del giudice di potere subordinato alla legge legittima, ma svincolato da quella illegittima, rispetto all'inquirente diviso dal potere giudicante risulterà rafforzata la sua sottoposizione alla legge, quale che sia.

Ed ancora, là dove la legge dovesse diventare sempre più populista, punitivista, securitaria, sarà inevitabile che essa si porrà sempre più in tensione con i principi costituzionali. Ebbene, se ciò accadesse (e già accade), più il potere politico politicizzerà

le leggi in termini di tensione con la Costituzione, più il pubblico ministero, in virtù della sua subordinazione alla legge, finirà per essere fisiologico ganglio di politiche incostituzionali, mentre il potere giudicante sarà sempre più chiamato a intervenire a tutela dei diritti e dei principi costituzionali. Ecco che tale scenario acuirà ancor di più le tensioni, potendosi venire a delineare un asse non tanto formale, ma sostanziale fra potere legislativo, esecutivo e giudiziario inquirente cementato dalla mera legalità, al quale si contrapporrà il potere giudicante nel suo ruolo di limite costituzionale agli eccessi del potere politico.

Ebbene, questione cruciale: tale scenario indebolirà anche il potere giudicante sul piano del controllo della legittimità costituzionale? Di primo acchito la risposta non può che essere negativa, anche perché questa riforma non incide su tale potere. D'altra parte, là dove il potere politico dovesse esprimere politiche populiste se non liberticide e dovesse iniziare a contestare con forza la funzione di limite alla politica del potere giudicante, venendo considerato un impedimento alla volontà popolare, è indubbio che tale potere si troverebbe a fronteggiare eventuali attacchi in maggiore solitudine e con maggiore debolezza, essendo venuta meno la sponda strutturale del potere inquirente, divenuto ganglio attuativo delle scelte legislative.

Inoltre, in questa prospettiva nessuno sta riflettendo sulle conseguenze che si avranno sulla avvocatura. La circostanza che l'Unione delle Camere Penali Italiane si sia schierata compatta sul fronte del Sì sta impedendo di riflettere serenamente sulle conseguenze che potrebbero derivare dal referendum sulla stessa avvocatura. Ebbene, a mio avviso, il rischio è che essa finisca per uscire non rafforzata ma indebolita, non soltanto per il rafforzamento del PM, ma anche perché l'avvocatura oggi sta strutturalmente anzitutto dalla parte dei diritti fondamentali che possono essere insidiati dal potere politico, come anche dal potere inquirente, nel senso che oggi, più che mai, l'avvocatura sta dalla parte dei diritti dell'imputato non solo in quanto parte accusata, ma anche in virtù della Costituzione, potendo essere l'imputato vittima di una legge illegittima, con la conseguenza che davanti a un eventuale asse legislativo tra potere politico e magistratura inquirente, l'avvocatura non potrà che stare dalla parte costituzionale della magistratura giudicante. Ma se tale potere sarà debole, anche l'avvocatura sarà debole. E il rischio è che finisca per essere indebolito tutto il nostro costituzionalismo.