



Storia della magistratura

Quaderno 6

Volume a cura di: Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio e Gianluca Grasso,
componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e
Francesco Antonio Genovese, *Presidente di Sezione della Corte di cassazione*

Contributo redazionale: Ilaria Laezza *nell'ambito del tirocinio curriculare presso*
la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con
la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:
Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio
Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca
Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022
ISBN 9791280600073

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori



Storia della magistratura

Quaderno 6

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Presentazione	11
Luigi Lacchè	
Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi e intersezioni	21
Antonella Meniconi	
Caratteri originari della magistratura italiana	37
Giancarlo Scarpari	
Quando il magistrato era un funzionario (1915-1925): dalla Grande guerra allo scioglimento dell'AGMI	53
Paolo Borgna	
Dal fascismo alla Liberazione. Figure luminose di magistrati italiani in un difficile passaggio della Storia	65
Paolo Alvazzi del Frate	
Una rivoluzione culturale: la difficile conquista dell'autogoverno della magistratura	75
Irene Stolzi	
Donne e magistratura	89
Benedetta Tobagi	
I terrorismi politici in Italia. Origini, caratteristiche, sviluppi e risposta giudiziaria	111
Gian Carlo Caselli	
La magistratura italiana e la Mafia	129
Marco Fabri	
La magistratura italiana e quelle europee: uno sguardo comparato	143

Edmondo Bruti Liberati

Chi governa i giudici? Il modello italiano di Consiglio Superiore della Magistratura 161

Marilisa D'Amico

Storia della magistratura italiana. Capitale sociale, principi costituzionali e recenti vicende storiche 181

Giovanni Verde

Considerazioni sul ruolo del giudice nel tempo presente 203

Luciano Violante

Sull'attuale condizione storico-spirituale della magistratura italiana 215

Gli autori

Paolo Alvazzi Del Frate

Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli studi di Roma 3

Paolo Borgna

già Procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino

Edmondo Bruti Liberati

già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano

Gian Carlo Caselli

già Procuratore della Repubblica presso i Tribunali di Palermo e Torino

Marilisa D'Amico

Professoressa ordinaria in Diritto costituzionale, Prorettrice alla Legalità, Trasparenza, Parità di diritti, Università degli Studi di Milano, Titolare e Coordinatrice accademica della Cattedra Jean Monnet "European Fundamental Rights and Women's Rights (EFRiWoR)"

Marco Fabri

Dirigente di ricerca CNR. Responsabile della sede di Bologna dell'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari (IGSG)

Luigi Lacché

Professore ordinario di Storia del diritto medioevale e moderno presso l'Università degli studi di Macerata e LUISS

Antonella Meniconi

Professoressa ordinaria di Storia delle istituzioni politiche presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Giancarlo Scarpari

già Presidente di sezione della Corte di Appello di Venezia

Irene Stolzi

Professore ordinario di Storia del diritto presso l'Università degli studi di Firenze

Benedetta Tobagi

Storica e scrittrice

Giovanni Verde

Professore emerito presso l'Università degli Studi di Roma Sapienza

Luciano Violante

Presidente emerito della Camera dei deputati

Presentazione

1. Tre periodi storici non omogenei

Il volume, che contiene i saggi e gli interventi di studiosi e magistrati nell'ormai tradizionale appuntamento costituito dal Corso sulla *Storia della magistratura e ruolo del magistrato nell'epoca contemporanea* [quest'anno, tenutosi *on-line* (piattaforma Teams) nei giorni dal 3 al 5 maggio 2021], un *must*, per la condivisibilissima decisione della SSM di darvi continuità, costituisce un'occasione per una breve riflessione sulla storia della Magistratura italiana, senza pretesa di interpolazioni ai contributi qui raccolti o di indicazione di (uno o più) fili che li leghino, spettando una tale ricerca al lettore, che sia già un appassionato della materia o magistrato (più o meno giovane) da stimolare allo studio di questa componente della cultura sulla Magistratura italiana, come formatosi in oltre 150 anni di vita unitaria (se si scorrono le pagine delle prime riviste, anche sindacali, di metà dell'Ottocento o le prime grandi voci enciclopediche sulla Magistratura o sull'Ordinamento giudiziario, si scoprirà l'esistenza di un vero e proprio mondo, assai vivace, che rifletteva e dibatteva sulla propria condizione sociale e istituzionale, con proposte riformatrici, spesso anche forti: è l'anelito, risalente, alla "riforma della Giustizia").

La domanda che mi sono posto, dapprima seguendo gli interventi dei relatori "via piattaforma" e poi di fronte alla messe del materiale qui raccolto, è se la tradizionale tripartizione della storia dell'Istituzione e dei suoi protagonisti, sia da tenere ancora per ferma o se essa, in ipotesi, non vada rivista e meglio articolata.

Per impostazione ricorrente – si ricorderà – la periodizzazione della storia istituzionale si presenta come sicuramente distinta: a) in un primo macroperiodo, che corre dal 1861 – e in ragione dell'unificazione dello Stato e dell'istituzione professionale che chiamiamo Magistratura (sebbene non del tutto perfettamente omogenea e allineata, per l'esistenza di diverse situazioni transitorie, in considerazione delle risalenti e forti tradizioni locali) – al 1922, data della sua "morte", segnata dall'avvento del fascismo e, quindi, dalla nascita dello Stato corporativo e, in generale, di una nuova realtà istituzionale, caratterizzata da una progressiva rottura dell'antecedente sviluppo istituzionale (che non era stato affatto lineare né omogeneo; ma, anzi, segnato da notevoli fratture e ricerca di nuovi equilibri); b) nel secondo tempo, molto più breve, quello del ventennio fascista, che va dal 1922 e s'interrompe solo con la fine del secondo conflitto bellico (anche se già con i governi Badoglio comincia il cambiamento rispetto al "regime" e l'instaurazione di quel clima nuovo, anelato come disgelo, anche dal personale della Magistratura); c) il terzo macroperiodo, segnato dalla fine della seconda guerra

mondiale, nel 1945 (e dalla successiva legge sulle guarentigie, di cui al Regio Decreto Legislativo 31 maggio 1946, n. 511, passando per la Costituzione, in vigore dal 1948) e ancora attualmente in essere. Questo, per tramandata e osservata consuetudine storiografica.

E, tuttavia, le ricerche degli studiosi (gli accademici e i magistrati che si sono cimentati sul tema), come emerge anche da alcuni contributi contenuti in questo volume, non hanno mancato, più o meno consapevolmente, di sezionare ciascuno dei tre blocchi temporali (di cui si è detto) in periodi più ristretti, dando – con i loro studi – la possibilità di meglio mettere a fuoco il funzionamento delle istituzioni della Magistratura italiana e il ruolo sociale e pubblico dei suoi protagonisti (i magistrati, gli avvocati, il personale delle amministrazioni e i componenti degli “organi costituzionali”) e consentire di apprezzare anche le discontinuità, interne a ciascuna fase, mostrando le difficoltà segnate da ogni passaggio dall’una all’altra, le sofferenze che li caratterizzò, gli esiti non scontati di ciascuna, le possibilità di altri approdi, viceversa sfumati. È del resto questo l’andamento del fiume della Storia, l’andare per percorsi facilmente prevedibili o, diversamente, imprevedibili; di emergere all’improvviso in superficie da una dispersione carsica.

Se la periodizzazione tradizionale sembra segnata dal variare della “cornice costituzionale dello Stato”, intesa in senso formale (ossia prescindendo dai mutamenti che essa ha assunto con il passare del tempo e con il susseguirsi di eventi rumorosi o silenti), nulla impedisce di tenere in conto i suoi scarti di significato, considerato che i cambiamenti della “costituzione materiale”, lungo il corso della storia, possono aver dato luogo a conformazioni anche significativamente diverse e prestarsi a ipotizzare sottoperiodi aventi ciascuno una sua autonomia e una distinta giustificazione strutturale. Si potrebbe fare il caso, ad esempio, della fase in cui – nella narrazione e nella ricostruzione dell’attuale periodo storico – si sono avverati alcuni precetti costituzionali come quello sull’attuazione organizzativa del CSM (non facile, non scontata) o l’accesso delle donne alle cariche giudiziali o, ancora, l’approdo per meriti insigni in Cassazione di accademici e avvocati. Il loro compimento, in questo terzo periodo della nostra storia istituzionale, ha determinato una fase diversa di essa o la novità ha contato poco perché, magari, è stata diluita in una progressione di micromutamenti, ciascuno dei quali di scarsa importanza?

Questa ipotesi non sembri oziosa poiché, ove – come qui si postula – essa fosse metodologicamente corretta, potrebbe consentirci di affrontare in termini più nitidi la contemporaneità, e in particolare spiegare le fibrillazioni di questa fase istituzionale repubblicana, sulle quali s’interrogano molti dei contributi riportati nel volume: quelli sugli effetti del costume nelle associazioni di categoria e nelle istituzioni da esse “occupate”; tema al quale è particolarmente sensibile lo stesso Comitato direttivo della SSM, che ha conferito il mandato all’esperto formatore di questo Corso.

Assieme a eventi così rumorosi e, forse, dirimpenti occorrerà considerare anche fatti più silenziosi, come ad esempio la lenta ristrutturazione della circoscrizione giudiziaria che, se – nel primo periodo storico di cui abbiamo fatto cenno – costituì oggetto di tante travagliate discussioni [e fu fonte di divisioni tra il personale della magistratura, quello amministrativo, il personale politico-parlamentare della Italia unita e le comunità locali, rappresentate dalla ristretta classe dirigente locale (i galantuomini)], nel secondo (ossia nel ventennio fascista) non subì alcuna modificazione [se non quelle connesse alla formazione magniloquente (per allargamento territoriale) delle grandi città (modifiche subite senza batter ciglio dalle comunità e dalle professioni)], ma venne, infine, risolta con la progressiva riforma delle preture, la creazione di quelle circondariali (1989), l'istituzione del giudice unico di primo grado (1998) e la concentrazione degli uffici nelle sedi tribunali: ossia in questa terza fase dello sviluppo storico delle istituzioni giustiziali. Una complessiva riallocazione di sedi e di risorse umane che hanno cambiato il modo di lavorare e di relazionarsi tra i protagonisti del processo; la scomparsa definitiva delle unità-monadi (il pretore mandamentale, il cancelliere unico, il vice-pretore onnipresente) e tutto il mondo, periferico e isolato, che vi ruotava intorno. Tale cambiamento del costume ha forse inciso assai più di tante, auspiccate e attese, riforme (di questa o quella parte) dell'ordinamento giudiziario, perché ha accentrato e riunito – in uffici pluripersonali – i magistrati, gli uomini delle cancellerie, concentrato le avvocature locali e le forze di polizia giudiziaria, nonché le rispettive associazioni nate a tutela degli interessi di gruppo, dando maggior peso al confronto e alle iniziative congiunte. È finita anche una stagione (assai lunga) di giurisprudenza pretorile, raccolta un tempo nei florilegi di celebri e tramontate riviste, finita con l'essere approdata – anche sulla spinta delle teoriche sull'*uso alternativo del diritto* – ai *dicta* dei cd. pretori d'assalto, con le sue luci e le sue ombre; molti piccoli luoghi, con il loro mandamento, sono usciti dal cono d'ombra delle pieghe del territorio, dopo aver conquistato qualche scampolo di celebrità nella stampa e nella narrativa, anche d'autore (si ricorderà, *Il pretore di Cuvio*, del 1973, opera di Piero Chiara). Gli stessi tribunali periferici [si pensi alle tristi atmosfere del Tribunale di Cassino, narrate nel racconto del magistrato irpino Dante Troisi (*Diario di un giudice*), divenuto un vero e proprio caso letterario: uscito nel 1955, dapprima su *Il Mondo*, di Mario Pannunzio e poi, nello stesso anno, nella collana *i gettoni* di Einaudi (ideata e diretta da Elio Vittorini)] hanno riacquisito smalto, funzionalità, vivacità; compresi quelli delle aree del Mezzogiorno d'Italia, destinate, come prime sedi, ad essere rivitalizzati dai giovani magistrati (i cd. giudici ragazzini: una formula, infelice, ma diventata celebre nella pubblicistica degli ultimi decenni).

Si tratta di trasformazioni che, mostrando la distanza siderale rispetto al modo d'interpretare il mestiere di giudice rispetto ai padri (o nonni) di un tempo lon-

tano, possiamo a ragione considerare anche come trasformazioni di costume, come del resto ha ben mostrato, a chi ha assistito al Corso, il bellissimo filmato (di Roberto Olla) sul cambiamento del rapporto tra il mondo della Giustizia e gli organi d'informazione [significativamente intitolato: *Il Giudice e la sua immagine nel sistema mediatico (dal dopoguerra ad oggi)*, purtroppo non consultabile – per ovvie ragioni – nella presente raccolta di scritti]. Un tema questo che meriterebbe di essere studiato lungo tutto il corso di questa carrellata storica, poiché sarebbe errato ritenere che, anche nella prima fase della nostra storia (quella non mostrata nel documentario, che si è mosso solo attraverso i documenti animati di archivio), il problema non sia esistito poiché, a tacer d'altro, i grandi processi penali (che oggi diremmo mediatici: si pensi a tutta la pubblicistica sul processo Murri) hanno sempre appassionato l'opinione pubblica e attratto i giornalisti, con i loro resoconti. Ciò senza voler negare che la trasformazione, intervenuta progressivamente con l'allargamento dell'offerta dei *media*, ha portato a forme di controllo penetranti e così invasive da far parlare di una vera e propria attività d'intrusione nella *privacy* dei protagonisti della giurisdizione e persino negli *interna corporis* degli organi preposti alla loro amministrazione.

La stessa disciplina statutaria dei soggetti professionali (l'ordinamento giudiziario e quello forense) è divenuta oggetto di corsi accademici e ha prodotto studi, monografie, storie e teorie, esami speciali di laurea e dottorati di ricerca. Molto degli autori del volume, che qui si confrontano, vengono dalle schiere degli studiosi di discipline che hanno, in tutto o in parte, ad oggetto la magistratura e l'avvocatura (considerate e studiate non solo rispetto alle prescrizioni della norma ma anche in relazione alla realtà del comportamento sociale).

2. I sottoperiodi della Nostra storia e la contemporaneità

La periodizzazione della nostra storia socio-istituzionale ha conosciuto una particolare fecondità di analisi con riguardo, particolarmente, all'ingresso nel, e all'uscita dal, fascismo. La crisi conseguente alla cessazione del primo conflitto mondiale, e le inquietudini e i torbidi della fine del primo ventennio del Secolo breve, hanno formato oggetto di studio e mostrato come la magistratura italiana si pose di fronte a quel passaggio storico così decisivo. Lo stesso è accaduto al declinare del secondo ventennio, ossia agli inizi dell'altro conflitto bellico e, poi, alla sua risoluzione; alla Resistenza; al ruolo della magistratura nella transizione tra Monarchia e Repubblica. In entrambi questi snodi (fase iniziale e fase finale) si sono rimarcate e messe in luce alcune nobili figure di giuristi, di avvocati (ad alcuni di loro sono intitolate, da tempo, alcune aule della Corte di cassazione) e magistrati, ma anche gli accademici, che onorarono le loro toghe e militarono

per la libertà (o, viceversa, la misero al servizio della tirannide). Negli ultimi anni vi è stato un fiorire di studi, biografici e ancor più larghi, tesi a far emergere il contributo di questi uomini: cioè il meglio del Paese.

Una tale impresa non pare ancora matura per definire il macroperiodo storico che viviamo: eppure la vita repubblicana tra i due secoli non è stata certo omogenea (indipendentemente dalla perimetrazione che ne ha fatto la pubblicistica corrente, tra una Prima, una Seconda e, addirittura, una Terza Repubblica).

Un'ipotesi di periodizzazione della storia repubblicana dovrebbe essere connessa ai fatti salienti della nostra vita democratica, come ad esempio in relazione al periodo storico volto a far conseguire la piena attuazione (e dar luogo all'istituzione legislativa) del CSM e della Corte costituzionale nonché, più in generale, alla cantierizzazione parlamentare, *in primis*, delle basilari disposizioni costituzionali, come l'art. 107, terzo comma, della Carta, con l'abolizione della carriera dei magistrati ordinari, realizzata non già con un frego di penna ma con discipline legislative specifiche: attraverso le celebri leggi Breganze (1966) e Breganzone (1973) [successivamente e parzialmente ridimensionate con il suo, più o meno surrettizio, ripristino delle differenze ad opera della legge Castelli (2005), annacquate in parte con le varianti della legge Mastella (2007)].

Tali "risultati" furono raggiunti con la decisiva mobilitazione delle associazioni dei magistrati, divise in correnti, allora animate da forti ideali e nutrite da serie piattaforme programmatiche; composte da *élites* attive nei collegamenti tra regioni; firmatarie di scarni documenti fatti di serie proposte e idee robuste.

Come quelle forme di sodalizio, scarsamente organizzate e tenute in piedi con il volontarismo di pochi, si siano poi trasformate in vere e proprie macchine elettorali e in corpi burocratizzati, è quesito che attende lo svolgimento di adeguate ricerche, con metodologie efficaci (non solo attraverso l'esame di documenti associativi e interviste, ma anche riguardanti la posizione ricoperta negli uffici *a quo*, il numero e la qualità dei processi trattati dai protagonisti, le statistiche di lavoro, i procedimenti disciplinari subiti, ecc.). Certo è che esse hanno conosciuto vicende varie, con aggregazioni e frazionamenti, hanno creato forme organizzative con organi e statuti, con riviste d'informazione e di formazione (non di rado frequentate anche dall'Accademia), con convegni e seminari, di studio e di formazione, anticipatrice di quella necessità di trovare una sede neutra, stabile e comune a tutti i magistrati, condotta in modo professionale e retta da criteri scientifici, con uno statuto di fondazione, voluta e organizzata dallo Stato, non da associazioni private, più o meno interessate.

Altro interrogativo, di non poco conto, nell'attuale fase storica, è quello teso a stabilire in che modo i Trattati istitutivi dell'UE abbiano influenzato il cambiamento qualitativo della magistratura italiana con le dirompenti novità del pri-

mato del diritto comunitario e del dialogo con la CGUE; quanto peso vi abbia apportato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Carta EDU e quale contributo abbiano dato gli stessi Osservatori sovranazionali sui sistemi giudiziari (es. CEPEJ); quale ne sia risultata la sua spinta verso un'efficacia positiva della giurisdizione; quale la connessa capacità di favorire la crescita economica e di offrire servizi di alta qualità a imprese e cittadini; quali gli apporti dati dai collegamenti, che si son fatti sempre più stretti, tra le magistrature europee e le forme di cooperazione avviate.

L'asse di rotazione dei sistemi giurisdizionali e giustiziali nazionali (e le professioni che vi ruotano intorno) è ormai sempre più spostato verso la rete multilivello e le richieste di adeguamento delle risposte organizzative (ultima delle quali la trattativa per il cd. PNRR e i finanziamenti collegati; i programmi di riforme; l'istituzione di commissioni di giuristi ed esperti; la predisposizione di progetti di nuove modifiche alle codificazioni; la messa sul terreno di ampie risorse per la collaborazione nella giurisdizione) così che, da tempo, si è acceso il dibattito sui rapporti tra l'*efficienza* e la *qualità* nella risposta alla domanda di giustizia. Il primo valore, specificamente postulato nella dimensione unionale e perseguito anche delle istituzioni del Consiglio d'Europa, ci porta all'affannosa ricerca di un chiaro miglioramento di *rating* reputazionale; il secondo obiettivo, necessariamente implicato dalla necessità di assicurare la protezione efficace ai diritti della persona (e non del solo cittadino), nella complessità dello spazio giudiziario nazionale, internazionale ed europeo, ci spinge ad allontanarci e prendere le doverose distanze da quelle (poche, invero) disastrose prove che ci hanno reso destinatari di biasimo in sede di UE e del Consiglio d'Europa (si tratta di esempi fin troppo noti, che non meritano una specifica menzione).

In tale quadro la qualità della magistratura ordinaria, assicurata da un migliore reclutamento, dalla formazione permanente (con la nascita stessa di una Scuola superiore dove concentrare la continuità del sapere a fini formativi tra i magistrati, ma persino i rapporti con le esperienze di altre Scuole, anche straniere), dall'accertamento continuo delle professionalità (ma con i problemi relativi all'attendibilità delle valutazioni e alla costruzione di una cultura valutativa comune alle principali magistrature dell'Unione), dall'esame della necessaria qualità delle risposte giurisprudenziali e organizzative, sono stati oggetto di alcuni degli interventi raccolti nel volume, a dimostrazione di un'attesa di cambiamento e di trasformazione che è ormai collettiva e ineludibile e che non può ancora essere gestita più (e solo) con le note connessioni correntizie.

Una tale consapevolezza ci porta a valorizzare e tenere in grande considerazione i rilevati esempi di professionalità quali sono emersi, in modo forse sconosciuto ai più (in ragione del loro risalire ai primordi della Magistratura nello Stato unitario), proprio nella relazione introduttiva a questo convegno. Si tratta del tema

del rapporto esistente tra la Storia della scienza giuridica italiana e la storia della magistratura, con i connessi problemi di metodo storico, dei luoghi del pensiero e dell'elaborazione compiuta da questi protagonisti della dottrina e della magistratura: problemi e intersezioni tra le elaborazioni del pensiero e la loro traduzione in decisioni di qualità. Una Magistratura che, ai livelli di eccellenza, mostrava di saper coniugare decisione giudiziaria e costruzione del sistema dottrinario.

In questa nuova fase della storia della Magistratura, diversamente, quella congiunzione sembra essere piuttosto un disvalore o una sopravvivenza priva di pregio. La crisi divampata negli ultimi anni non è tanto il frutto di scelte deprecabili di alcuni (peraltro, neppure pochi), ma rivela problemi che si trascinano da tempo e che affondano le loro radici in periodi più lontani, ossia nella risalente nostra storia medesima: lo dimostra il modo stesso in cui, nella pluridecennale necessità di risoluzione della questione nazionale dell'indipendenza esterna della Magistratura dagli altri poteri e apparati dello Stato e della Politica [questione oggi tendenzialmente risolta (anche se non sono da escludere i pericoli di un ritorno al passato, per quanto diversamente declinato) ma che ha costituito una costante dell'impegno difensivo dei magistrati], gli organismi associativi hanno dovuto fortificarsi, corporativisticamente, per tenere a bada le insidie provenienti dalla politica e dagli apparati di governo della Nazione. Ciò ha comportato una sorta di giustificazione machiavellica anche rispetto alle cadute di professionalità, da giustificare in ogni caso e comunque.

Una tale ricerca storica mi pare ancora non completata e si pone la necessità di conoscere se e come si siano formati, rafforzati o indeboliti, i presidi dell'indipendenza e dell'autonomia della Magistratura; attraverso quali passaggi e per merito di chi; e quali debbono essere ancora oggi gli scatti da compiere per assicurare, in condizioni di massima imparzialità, all'altezza della difficoltà di soluzione dei problemi, lo svolgimento della funzione.

3. Le questioni aperte: il Presente come Storia

La difficoltà della risposta italiana alla sfida europea è – come sappiamo – aggravata dalle specifiche questioni nazionali costituite dalla criminalità mafiosa, e la sua articolazione non più regionale (ma anzi transnazionale), e dai fenomeni terroristici e post terroristici, oltre che dai livelli ancora alti di corruzione nella vita pubblica (che – com'è emerso, con maggiore inquietudine in questi ultimi anni – non ha risparmiato neppure la magistratura).

La storia della giurisdizione ordinaria è anche la storia delle risposte a questi specifici fenomeni criminosi (si pensi all'istituzione della Procura nazionale antimafia e al pensiero organizzativo – e operativo – di alcuni grandi magistrati

dei cui insegnamenti può dare tanto proprio una compiuta e attenta indagine storiografica). Alcuni contributi racchiusi nel volume si occupano specificamente di queste vicende e dei problemi della loro permanenza, latente o conclamata, nel tessuto sociale.

Infine, ultimo solo per esposizione, la questione del declino dell'autogoverno che è il tema di cui parla e dibatte l'opinione pubblica (in tv, sui giornali, nelle riviste specializzate, e negli ambiti professionali della giurisdizione).

Se l'idea di autogoverno ha avuto una lunga gestazione, trovando nella Carta costituzionale la sua apparente soluzione, mezzo secolo di prassi discusse e criticate hanno fatto comprendere che non basta aver progettato ottime istituzioni se poi queste vengono mal governate e, soprattutto, se lo spirito che in esse vi aleggia è costituito solo dalle osservanze formali (formalistiche, quindi, perché diventate eccessive) con l'aggiramento sostanziale dei precetti (peraltro mutati di continuo e ricuciti *ad usum Delphini*). Se le correnti, con le loro politiche spartitorie, hanno teso solo ad assicurarsi i vantaggi elettorali, allo scopo di perpetrare le reciproche posizioni, ed anzi a spostare gli equilibri nei rapporti di forza a proprio vantaggio, ne discende che una riforma della materia difficilmente potrà risolvere il problema, senza un mutamento di costume che porti a scoraggiare le pratiche scorrette.

Si ragiona di meccanismi elettorali diversi, di sorteggio dei candidati o di riequilibrio tra le componenti dell'organo (un pareggio tra le parti laica e togata), senza una seria riflessione che prenda abbrivio dalla storia dell'organo nel contesto delle istituzioni rappresentative nel Paese.

Ci avviamo, probabilmente, all'ennesima riforma della legge elettorale che porterà a eleggere diversamente i componenti togati del Consiglio (ciò che spingerà le correnti a ricorrere a raffinate risposte, organizzate, per il voto, in corrispondenza della nuova difficoltà, con più o meno abili regie) ma occorrerebbe piuttosto che i componenti di un rinnovato CSM s'impegnassero, con un accordo di lungo termine, sulla corretta osservanza delle prassi decisionali (prese osservando la regola delle scelte giuste e corrette, con riferimento alle persone che le richiedono) e sulle conseguenze della loro violazione. Insomma, è indispensabile un'etica condivisa che, al di là delle divisioni post-ideologiche, scriva e pratichi un *modus agendi* onesto, a prova di osservatori esterni. Osservatori esterni al mondo della Magistratura, ma sapienti nelle cose che la riguardano.

Si potrebbe pensare a un ristrettissimo gruppo di "saggi" (tre persone, forse), cioè a figure alte, scelte al di fuori di ogni lottizzazione, che prestino il loro avallo sulla correttezza delle soluzioni di grande rilievo adottate, cioè pronte a garantire che sia avvenuto il rispetto delle regole decisorie condivise da parte del collegio dei decisori (il CSM). Questa potrebbe essere, forse, una risposta (transitoria?) all'attuale declino della democrazia giudiziaria: personalità disposte a "leggere"

tutti gli atti, e quando necessario finanche ad ascoltare gli interessati, e a intervenire con il loro prestigio morale, assicurando (con la loro *moral suasion*) il corretto operato dell'organo di governo.

Ancora una volta, il presente si mostra come storia, e ci indica la strada da percorrere, se non si vuole tornare a riviverla e a commettere i medesimi errori.

Francesco Antonio Genovese

Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi e intersezioni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Due condizionamenti di lunga durata. – 3. Il “fattore” Gorla. – 4. Nel contesto dello Stato liberale. – 5. Dalla scienza alla magistratura: Emidio Pacifici-Mazzoni e Lodovico Mortara. – 6. Dalla magistratura alla scienza: Raffaele Majetti, Eduardo Piola Caselli, Mariano D’Amelio. – 7. Per concludere.

1. Premessa

Il titolo del mio contributo riflette la complessa articolazione del tema ma anche talune rilevanti potenzialità utili a proporre una (rapida) riflessione sul binomio scienza giuridica/magistratura nel contesto che si intende privilegiare, ovvero quello dello Stato liberale italiano. Il binomio evocato può essere osservato da diverse angolazioni. In questa sede – per i limiti assegnati e in prima approssimazione – vorrei richiamare almeno cinque profili¹ che sarebbero tutti ampiamente meritevoli di considerazione.

1) Il tema di fondo: i magistrati e il loro rapporto con la scienza giuridica, o per dirla con meno enfasi, la dottrina, e, più in generale, con il problema della conoscenza scientifica del diritto;

2) La figura del magistrato-scienziato e quindi la storia del contributo di alcuni magistrati alla formazione e allo sviluppo del pensiero giuridico;

3) Il giudice e le sue decisioni: la giurisprudenza – cioè il complesso delle attività istituzionali dei magistrati – esaminata quale fattore di elaborazione, sviluppo, riforma, trasformazione del diritto in dialogo e/o in contrasto con orientamenti legislativi e dottrinali;

4) Le riviste come “ponte” tra dottrina, cultura giuridica e giurisprudenza giudicante²;

¹ In questa sede cercherò di dire qualcosa in merito ai soli punti 1), 2) e 3).

² Per una riflessione a più ampio raggio sulle riviste giuridiche v. L. LACCHÈ, M. STRONATI, *La “cultura” delle riviste e le scienze criminali. Introduzione*, in Id., a cura di, *Una tribuna per le scienze criminali. La ‘cultura’ delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, 2012, 719.

5) La magistratura riguardata attraverso l'ordinamento giudiziario inteso come "disciplina" scientifica legata tradizionalmente allo studio del processo civile e/o penale³.

Se riflettiamo a livello metodologico e storiografico sui molteplici rapporti/intrecci tra la storia della scienza giuridica italiana e la storia della magistratura, dei giudici e delle loro attività, possiamo cogliere un crescente interesse⁴ anche se rimane una certa difficoltà a mettere a fuoco il tema e integrarlo meglio con i progressi compiuti dalla storiografia politico-istituzionale della magistratura⁵ la quale, a partire dagli anni '60 del Novecento, ha consentito di selezionare e di sistemare molte acquisizioni riguardanti la storia della formazione della magistratura in Italia, il reclutamento, l'estrazione sociale, gli orientamenti politici dei magistrati, il tema classico dell'autonomia e dell'indipendenza, la carriera, le promozioni, i rapporti con le altre istituzioni, ecc.

Molteplici sono le ragioni che hanno limitato la possibilità di cogliere le potenzialità del tema e delle sue intersezioni. Oggi è sotto gli occhi di tutti l'ampiezza del processo di "giurisprudenzializzazione" dei sistemi cd. di *civil law* che sempre più mette al centro la giurisprudenza giudicante come fattore o fonte del diritto⁶. Di fronte al fenomeno di pluralizzazione degli ordini giuridici e allo sviluppo di una comunità di giudici a livello europeo, è sempre più evidente che il baricentro – si potrebbe dire la *costituzione materiale del diritto in chiave giusti-*

³ Non posso che rinviare ai lavori di F. A. GENOVESE, in particolare ai saggi raccolti in *Introduzione allo studio dell'ordinamento giudiziario*, Urbino, 1996 e *Lodovico Mortara guardasigilli e il 'progetto' impossibile (ovvero, utopia italiana di una magistratura di estrazione non 'burocratica')*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, 1, 191-200.

⁴ L'esempio più importante è il lavoro collettivo *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, tomi I e II dei *Quad. fior. per la st. del pens. giur. mod.*, 2011, 40. «Se infatti la storia della giurisprudenza è ormai ampiamente coltivata, la mole dei dati e la complessità dei problemi sono tali da far sì che le zone incognite siano ancora, nel complesso, più numerose delle aree esplorate [...] Il diritto giurisprudenziale è allora, sì, l'oggetto del 'Quaderno', che però lo assume non come un dato, ma come un problema. Se vi sia e che cosa sia un diritto 'prodotto' dai giudici; che rapporto questo ipotetico diritto abbia con il diritto creato dal legislatore e teorizzato dal giurista [...]» (P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, ivi, 2).

⁵ Cfr. il bel lavoro di sintesi di A. MENICONI, *Storia della magistratura in Italia*, Bologna, 2012, 11-18 per una rapida ma efficace rassegna storiografica.

⁶ Su questo tema, da diverse angolazioni, cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva.*, cit.; A. DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori: ricerche in tema di teoria delle fonti*, Lecce, 2002; A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, 2014, 3; il numero monografico *Il giudice e la legge di Questione giustiziosa*, 2016, 4; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Milano, 2017.

ziale – si sia spostato verso il polo del controllo giurisdizionale e della decisione del giudice. Queste trasformazioni sono il frutto di profondi processi di cui si ha contezza dalla fine del secolo scorso. Ma forti rimangono i condizionamenti che hanno orientato le percezioni circa il ruolo della giurisprudenza e quindi delle magistrature nella costruzione scientifica del diritto.

2. Due condizionamenti di lunga durata

Restando al caso italiano può essere utile un esempio autorevole. Negli anni '60 il comparatista americano John Henry Merryman (1920-2015) scrisse tre articoli dedicati all'*Italian Style*⁷, pubblicati nella *Stanford Law Review*, per cercare di cogliere e delineare i caratteri specifici e distintivi della cultura giuridica italiana all'interno della *civil law tradition*. Merryman sottolineava le differenze sostanziali tra il giudice di *common law* e quello della tradizione civilistica. Ai fini del nostro discorso interessa il rapporto con la scienza giuridica. «La storia del diritto continentale ha visto il ruolo dei giudici contrastato da quello degli studiosi. La giurisprudenza (in senso continentale: la raccolta delle decisioni giudiziarie) segue ed è dominata dalla dottrina, esattamente al contrario di quello che nei sistemi di *common law* viene generalmente considerato come l'ordine naturale delle cose. Il giudice di *civil law* non è una figura eroica (o una figura paterna) come tende ad essere in Inghilterra e negli Stati Uniti. Mentre i grandi nomi della *common law* sono quelli dei giudici, i grandi nomi della *civil law* sono quelli dei dottori della legge [...] Lo studioso è lo scienziato, e il giudice, al più, un mero ingegnere. Lo studioso provvede alla sistematica, alle strutture giuridiche di carattere scientifico, che il giudice accetta ed applica. Il lavoro dello studioso è creativo ed esaltante; quello del giudice, benché importante, si svolge un gradino più in basso. La funzione giudiziale non è una funzione creativa. La giurisprudenza non è soltanto dominata dalla dottrina, essa cerca anche di imitarla [...]»⁸.

⁷ *The Italian Style. Doctrine*, in *Stanford Law Rev.*, 1965, 18, 1, 39-65; *The Italian Style. Law*, ivi, 1966, 18, 2, 396-437; *The Italian Style. Interpretation*, ivi, 1966, 18, 3, 583-611. Gli articoli furono subito tradotti e pubblicati in *Riv. trim. dir. e proc. civ.: Lo stile italiano: la dottrina*, con una nota di G. GORLA, 1966, 4, 1170-1216; *Le fonti*, 1967, 3, 709-754; *L'interpretazione*, 1968, 2, 373-414. MERRYMAN pubblicò inoltre *The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, 1969, trad. it. *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, con prefazione di G. GORLA. Cfr. L. LACCHÈ, *On the Italian Style: The Eclectic Canon and the Relationship of Theory to Practice as key-elements of Italian Legal Culture (19th-20th Centuries)*, in *Journal of Const. Hist.*, 2017, 34, II, 263-264.

⁸ J.H. MERRYMAN, *Lo stile italiano: l'interpretazione*, cit., 378 ss.

Lo studioso americano sottolineava lo scarto tra la rappresentazione tributaria di una «concezione folkloristica dell'interpretazione giudiziale»⁹ fondata sui meccanismi del sillogismo e la realtà dei tribunali e dell'attività dei giudici sempre più sensibili ai precedenti e a istanze "creative".

Non è certo questa la sede per tracciare il percorso genealogico di ciò che Merryman definiva la concezione "folkloristica". È un percorso di lungo periodo che affonda le sue radici nel razionalismo, nell'illuminismo, nelle rivoluzioni costituzionali del XVIII secolo e nelle ideologie "legicentriche". La celeberrima metafora montesquieuviana – «Les juges de la nation ne sont que bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (*De l'Esprit des lois*, livre XI, chapitre VI) – è diventata, ben al di là delle intenzioni "costituzionali" dell'autore¹⁰, il punto di partenza di una visione basata sulla centralità della legge del sovrano politico e sulla sua applicazione "meccanica" da parte del giudice. Come è noto, Voltaire, Rousseau, Beccaria, i fratelli Verri, Filangieri e molti altri autori hanno visto nella nascente concezione moderna della legge e della legalità¹¹ il miglior argine all'*arbitrium iudicis*, a suoi dispositivi tecnici e alle "ingiustizie" della società cetuale. Nulla più della mutazione semantica di *arbitrium* in *arbitrio* descrive questo passaggio che trovò in Francia negli anni post-rivoluzionari l'"ecosistema" più favorevole per sviluppare, nel nuovo ordine giuridico caratterizzato da una forte ideologia legicentrica, dall'istituzione del tribunale di cassazione e dalle codificazioni, una visione svalutativa del giudice chiamato – come del resto il giurista-interprete – a compiere operazioni meramente "esegetiche".

Paradossalmente anche l'altro paradigma scientifico del primo Ottocento che pur valorizzava la storicità del diritto in contrasto con l'ideologia del legicentrismo e della forma-codice, ha prodotto conseguenze rilevanti. Se il *Beruf* del tempo della Restaurazione politica e del romanticismo giuridico è la *Rechtswissenschaft*, nella potente accezione tedesca¹², la figura eroica, nella nuova Università

⁹ J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law*, cit., 69.

¹⁰ S. DAUCHY, *Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*, in *Nagoya Univ. Journal of Law and Pol.*, 2014, 256, 325-343.

¹¹ L. LACCHÈ, «Alzate l'architrave, carpentieri». *I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto e Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. STORTI, Torino, 2016, 183 ss.

¹² «*Rechtswissenschaft* è l'affermazione — voluta e cosciente — di una 'conoscenza del diritto organizzata su un modello scientifico', in tutta la pregnanza del termine» (R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 238). Su questi aspetti v. L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in *Quad. fior. per la st. del pens. giur. mod.*, 2010, 39, 161 ss.

humboldtiana, non poteva che essere quella dello studioso, dello scienziato. Il *Professorenrecht* e non la *gerichtliche Rechtsprechung* era destinato a diventare, nel contesto successivo del concettualismo pandettistico, il pilastro del sistema.

Il ‘legicentrismo’ affermava il principio della diversità tra atto di volontà del legislatore e mera interpretazione/applicazione. L’ufficio del giudice (incompatibile con l’*arbitrium* di antico regime) doveva limitarsi ad estendere ai casi particolari, con processo sillogistico, il principio di ragione consacrato nella legge scritta per impedire che sotto il pretesto dell’interpretazione il giudice si sostituisse al legislatore. Nello stesso tempo, il giudice avrebbe dovuto assumere come “date” anche le architetture scientifiche elaborate dai giuristi universitari.

Le due “visioni ideologiche”¹³ (l’utopia del sillogismo giudiziale e la figura eroica dello scienziato) hanno comunque prodotto forti condizionamenti e non hanno certo favorito lo studio della giurisprudenza quale fattore/fonte del diritto in rapporto alla legge e alla scienza giuridica.

3. Il “fattore” Gorla

Negli anni in cui Merryman lavorava in chiave *realistica* allo *stile italiano*, il grande civilista e comparatista Gino Gorla (1906-1992) era, con Mauro Cappelletti¹⁴, il suo principale interlocutore italiano¹⁵. Non a caso, nello stesso torno di anni, Gorla, che da tempo aveva abbandonato l’impostazione dogmatico-concettualistica dei suoi maestri per imboccare la strada della conoscenza storico-comparativa dell’esperienza giuridica nel suo concreto prodursi¹⁶, aprì un grande

¹³ Che non devono però essere mitizzate: per es., F. ROSELLI, *Il sillogismo giudiziale nella giurisprudenza italiana dell’Ottocento*, in *Politica del diritto*, 1980, XI, 4, 631-693, in part. 659; L. LACCHÈ, *Il canone eclettico*, cit.

¹⁴ M. CAPPELLETTI, *John Henry Merryman the Comparativist*, in *Stanford Law Rev.*, 1986-87, 39, 1079-1081.

¹⁵ Merryman osservò che i tre articoli sull’*Italian style* erano stato scritti «in the company and with the enthusiastic encouragement and generous assistance of the late great Italian comparatist Gino Gorla and were revised in 1964-65 in response to suggestions by Mauro Cappelletti, who later became a colleague at Stanford and a major international figure in comparative law» (*Note on the Italian style* in J.H. MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, 1999, 175). Cfr. anche C. AMODIO, *In memoriam: Professor J.H. Merryman*, in *The Italian Law Jour.*, 2015, 2, 213 ss. P. LEGRAND, *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*, in *The Amer. Jour. of Comp. Law*, 1999, 47, 1, ha scritto che le loro posizioni erano «(...) very critical of Italian legal scholarship generally and of formalism and historicism, in particular» (17).

¹⁶ Per un bel profilo v. L. MOCCIA, *Gorla, Gino (Luigi)*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*

cantiere destinato ad accompagnarlo nei decenni successivi. Nessuno ha saputo evidenziare, meglio del giurista cremasco, “la grande lacuna”¹⁷ riguardante la conoscenza storica delle magistrature supreme in età moderna, la storia del diritto giurisprudenziale-forense, delle decisioni e del loro stile. La teoria storico-comparativa di Gino Gorla, nel suo itinerario originalissimo, ha rappresentato una modalità per lo studio e la conoscenza del diritto. La luce gettata sull’attività giurisprudenziale – creativa dei Grandi Tribunali in ambito europeo, *iurisprudentia* comune e comunicante, allargava la tradizionale nozione di *ius commune* facendone un sofisticato contenitore storico-comparativo in cui l’esperienza continentale e quella inglese, tradizionalmente divise da un fossato riempito di pregiudizi e di rimozioni¹⁸, potevano imbastire un dialogo.

Dalla metà degli anni ’60 Gorla ha cominciato ad elaborare un vero e proprio programma per una «scienza storico-comparativa della giurisprudenza e stile delle sentenze». «Come vi sono (o vi dovrebbero essere) una scienza della legislazione e una scienza della dottrina, così vi deve essere una scienza della giurisprudenza, cioè dei suoi problemi (in una visione contemporanea e storico-comparativa), compreso quello fondamentale dello stile delle sentenze. È questa, per così dire, una delle “aree sottosviluppate”, della nostra scienza giuridica, che ci presenta altrove delle aree “sovrasviluppate”¹⁹. Bisognava dunque maturare una nuova visione e dedicare maggiori energie allo studio delle aree

(XII-XX secolo), dir. da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, 2013, vol. I, 1040-1043.

¹⁷ G. GORLA, *Introduzione. I. Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo)*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 10.

¹⁸ Della vasta produzione gorliana si vedano almeno la raccolta *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit. e *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo Civil law - Common law»*, Milano, 1983. Per un inquadramento dei paradigmi interpretativi v., oltre ai saggi pubblicati in comune dallo stesso GORLA e da L. MOCCIA, di quest’ultimo in particolare *Il legislatore del «diritto comune» continentale (sec. XVIII-XIX) nell’opera di Gino Gorla*, in *L’educazione giuridica*, V, *Modelli e scienza della legislazione*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, Napoli, 1987, 69108; *La «comparazione» come «pedagogia» giuridica nell’opera di Gino Gorla*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, t. I, 825-860; *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell’ordinamento giuridico «aperto»)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 181-193. Cfr. inoltre il profilo ricostruttivo in M. ASCHERI, *Gino Gorla tra diritto e storia: per il diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 44, 945-962 (pubblicato anche in *Grandi Tribunali e Rote nell’Italia di antico regime*, a cura di M. SBRICCOLI e A. BETTONI, Milano, 1993, XIX-XXIII).

¹⁹ G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, estratto da *Quaderni del Foro italiano* (Raccolta di saggi sulla giurisprudenza diretta da G. Gorla), Roma, 1968, 71.

meno sviluppate proprio in virtù dei condizionamenti ricordati in precedenza e tali da riflettersi anche sulla formazione dell'attività del giurista (e del giudice). «Invero non si può affermare di conoscere un sistema giuridico (come complesso di attività giuridiche), non si può affermare di averne “scienza” e di poterne controllare (e, se del caso, dirigere) i moti, se non se ne conosce la giurisprudenza, sia essa o meno, in quel sistema, una fonte formale di diritto, sia esso o meno un'attività creatrice di diritto»²⁰.

I lavori di Gorla e dei suoi allievi hanno suggerito nuove piste di ricerca e mostrato il bisogno di recuperare alla conoscenza scientifica del diritto la giurisprudenza e l'ufficio del giudice, specialmente nel periodo tra Otto e Novecento. Tuttavia non si può dire che la *neglectio* del tema lamentata da Gorla sia stata superata. Molto resta da fare e rimane aperto il problema storiografico dello studio della giurisprudenza e delle attività scientifiche dei giudici come strumento imprescindibile per la storia della scienza giuridica e della magistratura.

4. Nel contesto dello Stato liberale

La conoscenza della cultura giuridica liberale si avvantaggerebbe non poco dell'approccio gorliano, integrato dagli studi e dal contributo storiografico e metodologico degli ultimi decenni²¹. Fondamentale appare la connessione tra i caratteri fondamentali dell'ordinamento giudiziario e delle prassi istituzionali e la *posizione costituzionale* dei magistrati. Per usare uno schema, si può dire che al *giudice dell'ideologia del sillogismo giudiziale* corrispondono un assetto del giudiziario sottoposto alla struttura gerarchico-piramidale che fa capo al potere esecutivo e una specifica teoria dell'interpretazione del diritto. In questo contesto il giudice-funzionario è visto come custode di un ordine giuridico positivo più che come soggetto in grado di co-determinare lo *ius in fieri*. È un giudice che, anche dal punto di vista culturale, si riconosce nella *statica del diritto*. Tuttavia, a questa figura di giudice, tra Otto e Novecento, comincia ad “affiancarsi” un *tipo* di giudice più *sensibile* alla *dinamica del diritto* e alle trasformazioni in atto. L'artificiosa semplicità del panorama post-rivoluzionario (da un lato lo Stato-legislatore, dall'altro l'individuo-proprietario) comincia ad essere scalfita dalla complessità socio-economica indotta dalla diffusione della civiltà industriale e caratterizzata da nuovi lavori, ceti sociali, nuove forme di organizzazione (sinda-

²⁰ G. GORLA, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 303.

²¹ Rinvio a L. LACCHÈ, *Italian Legal History: a survey of recent trends and themes (2006-2017)*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2018, 40, 3-4, 280-295

cali, professionali, mutualistiche, cooperative, assistenziali). La legge, per gli interpreti più avvertiti, non è più una forma data per sempre e destinata a regolare un ordine delle cose infisso in un determinato momento storico. La legge deve essere *ossigenata*: come in una stanza chiusa l'aria diventa presto viziata, così nella società la legge-statica non appare più in grado di corrispondere ai valori e agli interessi che cambiano. L'interpretazione evolutiva della legge e il ricorso "creativo" agli "organi respiratori" del sistema positivo (equità, buona fede, divieto dell'abuso del diritto ecc.) possono contribuire a far entrare aria fresca nella stanza chiusa della legge.

Tra '800 e '900 una parte significativa della dottrina europea abbandonò il feticismo della legge e l'idea del giudice mera *vox legis*. Si trattò di un grande dibattito che, per alcuni aspetti, coglieva l'importanza del diritto giurisprudenziale nelle nuove società democratiche di massa. Per Raymond Saleilles il giudiziario era chiamato a preparare – applicando un "buon" metodo scientifico²² – le soluzioni legislative del domani per realizzare il necessario progresso giuridico e trovare un nuovo punto di equilibrio tra diritto individuale e diritto sociale²³.

In Italia, è ben percepibile a inizi Novecento il "sincronismo" – o se si vuole il circolo "virtuoso" – tra alcune esperienze di esercizio della giurisdizione, una serie di riflessioni dottrinali sull'ufficio del giudice e l'interpretazione del diritto e sul ruolo della giurisprudenza, le riforme Orlando del 1907-1908 con l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, la riorganizzazione di un forte potere disciplinare, l'introduzione dell'inamovibilità assoluta²⁴ e nel 1909, a Milano, la fondazione del primo nucleo dell'Associazione Generale dei Magistrati Italiani²⁵.

5. Dalla scienza alla magistratura: Emidio Pacifici-Mazzoni e Lodovico Mortara

In questo contesto – anche sulla scorta degli aspetti più vitali del "programma" di Gino Gorla – possiamo cogliere l'importanza dello studio dell'attività dei giudici e dei caratteri della giurisprudenza e verificare in concreto quanto tale

²² Su cui v. M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010.

²³ C.M. HERRERA, *Entre équité et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-doctrinal français du début du XXe siècle*, in *Quad. fior. per la st. del pens. giur. mod.*, 2011, 40, I, 331-366.

²⁴ A. MENICONI, *Storia della magistratura in Italia*, cit., 113-130.

²⁵ F. VENTURINI, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani 1909-1926*, Bologna, 1987.

interesse storico-giuridico sarebbe utile per integrare una visione che ancora oggi tende a sottovalutare lo sviluppo di una vera «scienza della giurisprudenza». Prendiamo in esame i punti 1) e 2) delle nostre premesse, ovvero i due possibili percorsi inversi: il primo dalla “scienza alla magistratura”, il secondo dalla “magistratura alla scienza”. Si tratta solo di esempi per evidenziare le lacune di una storia della scienza giuridica incentrata soprattutto sull’opera dei giuristi/professori, lasciando più in ombra la dimensione “scientifica” della giurisprudenza e il contributo dei magistrati più capaci di muoversi tra foro, dottrina e legislazione.

Tra i professori transitati in magistratura²⁶ tra Otto e Novecento possiamo ricordare, come esempi probanti, Emidio Pacifici-Mazzoni (1834-1880) e Lodovico Mortara (1855-1937). Del primo, civilista “esegeta”, si ricordano²⁷ soprattutto la sua vastissima attività di commentatore e in particolare le *Istituzioni di diritto civile italiano*, opera ampliata e ristampata sino ai primi decenni del Novecento. Molto meno nota è la costante attenzione che il giurista ascolano ha dedicato alla giurisprudenza come fattore di unità, di progresso e di “nazionalizzazione” del diritto italiano. Gorla lo ha considerato non a caso uno dei *conditores* della nostra «scienza storico-comparativa della giurisprudenza». Dal 1874 fu direttore della *Giurisprudenza italiana*²⁸ prima ancora di diventare consigliere di Stato e dal 1877 – sino alla sua prematura scomparsa – consigliere della Corte di Cassazione romana²⁹. La conoscenza della giurisprudenza straniera (francese, tedesca, belga, britannica), lo studio dello “stile” delle sentenze, la predilezione per la dottrina francese che, a differenza di quella tedesca, era permeata dallo studio

²⁶ Sui fondamenti normativi di questa facoltà, sugli effetti e i principali esempi rinvio a L. LACCHÈ, “Personalmente contrario, giuridicamente favorevole”. La “sentenza Mortara” e il voto politico alle donne (25 luglio 1906), in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, 2004, 112-114.

²⁷ Cfr. G. CHIODI, *Pacifici-Mazzoni, Emidio*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, 2014, vol. 80, https://www.treccani.it/enciclopedia/emidio-pacifici-mazzoni_%28Dizionario-Biografico%29/, cui si rinvia per la più ampia letteratura.

²⁸ La storia di questa rivista è una parte rilevante della storia della cultura giuridica italiana dall’età subalpina in poi. Pacifici-Mazzoni ne era stato, con il suo allievo l’avvocato Samuele Coen, redattore del *Repertorio generale* dal 1866 al 1875, seguendo quello del periodo 1848-1859 (*Giurisprudenza degli Stati Sardi*, di cui la *Giurisprudenza italiana* fu la continuatrice dal 1862) e quello del 1860-1869 a cura di DOMENICO GIURIATI (cfr. nel dettaglio G. GORLA, *Lo stile delle sentenze*, cit., 131-134). Sulle origini e i primi sviluppi post-unitari v. G.S. PENE VIDARI, *Le origini di “Giurisprudenza italiana”*, in *Giur. it.*, 2000, 1-11; Id. *Filippo Bettini e la sua raccolta di giurisprudenza*, in *AA.VV., Giuristi liguri dell’Ottocento*, Genova, 2001, 95-124.

²⁹ Pacifici-Mazzoni «[...] esercita sulla giurisprudenza (e cerca di esercitare sul suo stile) una influenza larga, profonda, la cui importanza nella formazione del diritto (giurisprudenziale e dottrinale) italiano deve ancora essere apprezzata» (G. GORLA, *Lo stile delle sentenze*, cit., 107).

della giurisprudenza sono alcune delle direttrici fondamentali del suo lavoro. Nell'Introduzione alle *Istituzioni di diritto civile* il giurista marchigiano non esita a dire che «[...] l'opera interpretativa più grande per estensione, più proficua per varietà, più matura per istudii è incontrastabilmente quella dei magistrati. La giurisprudenza patria sul diritto civile italiano è straricca, sebbene non ancora trilustre; ed è sapiente e pregevole più che la sua giovinezza riprometterebbe. Lo studio di essa però specialmente per servire alla interpretazione scientifica del diritto è tuttavia uno dei più difficili»³⁰. Ma per attingere a questa ricchezza bisognava superare molti ostacoli e il suo impegno nell'ambito della *Giurisprudenza Italiana* era rivolto proprio a questo obiettivo.

L'altro personaggio evocato è Lodovico Mortara, uno dei più grandi giuristi italiani a cavallo tra Otto e Novecento. Come Pacifici-Mazzoni anche il "procedurista" di Mantova aveva lasciato la cattedra per la magistratura nel 1902³¹. E come nel caso del civilista ascolano, Mortara aveva maturato una visione "giurisprudenziale" del diritto ben prima di diventare magistrato, ufficio che, per alcuni versi, coronava proprio quella sua vocazione. Mortara ha sempre riguardato il diritto dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza³². È nota la formula secondo cui «mentre la legge rappresenta la statica del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la dinamica»³³. Alla fine dell'Ottocento il professore – allora a Pisa – coglieva nel binomio statica/dinamica le tensioni

³⁰ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano... quarta edizione... a cura dell'Avv. Giulio Venzi*, Firenze, 1903, vol. I, LIX. «Le Pandette del diritto civile italiano [...] sono le Collezioni di Giurisprudenza, cioè le decisioni dei magistrati. Studiare criticamente la giustezza e fare la sintesi o la somma di queste e cercarne il motivo di principio, come è studio essenziale per l'interprete, così è parte essenziale del libro che egli scrive» (ivi, XL).

³¹ Sulle ragioni di questa scelta e per l'attività di Mortara come alto magistrato, consulente legislativo, capo di gabinetto e infine ministro della giustizia per un anno tra il 1919 e il 1920, rinvio, per più ampia letteratura, a L. LACCHÈ, «Personalmente contrario, giuridicamente favorevole», cit., 114-121.

³² «[...] Con profondo intuito, Mortara si era reso conto che non la legge, ma il giudizio è al centro dell'esperienza, che l'azione non sta nel freddo testo elaborato in tempi magari lontani, ma nell'opera e nella sentenza del giudice. E giudice volle essere, con un'autorità e un coraggio che a noi appaiono mitici. Si badi bene: Mortara giudice ricomprende, nel lungo corso della sua carriera, il Mortara legislatore, il Mortara politico, il Mortara scienziato, poiché la sua opera scientifica è soprattutto opera di giudice» (S. SATTÀ, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 470).

³³ I. MORTARA, *Commentario del Codice civile e delle Leggi di Procedura civile. Vol. I. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, 2 ed. (s.d.), 76, n. 70. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, vi scorge «[...] la coscienza puntuale della dinamica dell'ordinamento, lenta [...] ma incessante» (pp. 65-66).

strutturali tra *ius positum* e *ius in fieri* e l'avvio di un dibattito di politica del diritto che avrebbe raggiunto il suo apice nei primi decenni del Novecento. Nelle *Istituzioni di ordinamento giudiziario* la giurisprudenza non è più *viva vox legis*: il magistrato era infatti chiamato spesso «[...] a modificare il dritto scritto, adattandolo alla multiformità e incostanza dei bisogni sociali e delle idee dominanti; e come in tutti i casi nei quali la legge tace è affidato alla sapienza del giudice la norma nei limiti individuali del caso controverso, ma sempre per dettare una norma, non già per *applicarla* puramente e semplicemente»³⁴.

Dopo la celebre (e dirompente) sentenza della Corte d'appello di Ancona (1906) di cui Mortara era Presidente, che riconosceva alle famose “maestrine di Senigallia” il diritto al voto politico, il magistrato, salito agli onori della cronaca, rilasciò un'intervista al *Giornale d'Italia* nella quale esprimeva molto chiaramente il suo pensiero: «[...] Se il magistrato può convincersi che l'intenzione del legislatore non sia conforme a quella dei compilatori, egli deve risolvere la indagine sulla intenzione in favore del legislatore di oggi e non già del legislatore del passato. Così il diritto pubblico moderno viene ad affidare al magistrato una funzione non meno nobile ed alta di quella che, prima della codificazione, gli spettava come creatore del diritto mediante la giurisprudenza. Oggi però il magistrato non crea il diritto: ne ricava la parola viva e conforme ai bisogni della vita civile dal testo della legge. Se egli s'inganna nell'interpretare il pensiero del legislatore, questi ne ha tosto il mezzo di eliminare l'interpretazione errata, con l'esercizio diretto della sua funzione»³⁵.

Mortara è stato uno dei giuristi più impegnati nella costruzione di una «scienza della giurisprudenza». E ancora una volta, pur nella radicale diversità dei due personaggi, risalta un aspetto comune. Dopo la morte di Pacifici-Mazzoni, la *Giurisprudenza* italiana – sempre edita da Utet – fu diretta dal civilista Francesco Ricci fino all'ottobre 1891 quando proprio Mortara fu invitato a succedergli alla direzione con il collega pisano Carlo Francesco Gabba. Mortara divenne nel 1915 Presidente della Cassazione romana e più tardi guardasigilli ma conservò la direzione della rivista sino alla morte. Grazie a lui divenne la più autorevole e seguita rivista italiana, una “cattedra” dalla quale osservare le dinamiche della cultura giuridica italiana e dalla quale per quarantacinque anni tirerà le fila del dibattito giurisprudenziale e scientifico³⁶.

³⁴ Firenze, 1890, 13-14.

³⁵ Su questa intervista e sul dibattito italiano di allora sull'interpretazione della legge v. L. LACCHÈ, “*Personalmente contrario, giuridicamente favorevole*”, cit., 137-145.

³⁶ Sul periodo di Mortara cfr. F. CIPRIANI, S. MAZZAMUTO, *La «Giurisprudenza Italiana» di Gabba e Mortara (1892-1936)*, in *Giur. It.*, 1992, vol. CXLIV, parte IV, col. 497-502.

6. Dalla magistratura alla scienza: Raffaele Majetti, Eduardo Piola Caselli, Mariano D'Amelio

Questo tipo di percorso non si riferisce tanto al passaggio dalla magistratura alla cattedra (che pure esiste), ma piuttosto all'attività di alcuni giudici capaci di svolgere una funzione scientifica di prim'ordine. I tre esempi qui richiamati mostrano esperienze assai diverse ma esemplificative di tipologie più ampie³⁷, ovvero di magistrati il cui ruolo, tipico del giurista e dell'organizzatore culturale del diritto, viene tendenzialmente sottovalutato.

Raffaele Majetti (1860-1930), giudice del tribunale di Campobasso tra il 1901 e il 1907, divenne famoso per le sue sentenze in materia di sfruttamento del lavoro minorile, di giustizia sociale, di tutela dei bambini abbandonati. Ma Majetti non fu solo il "buon giudice" italiano che si specchiava³⁸ nella più celebre figura del *bon juge* Paul Magnaud, le cui sentenze (sul diritto alla vita, sui diritti dei bambini, delle donne, dei lavoratori, ecc.) divennero paradigmatiche sin dal 1898. Majetti certamente ne trasse ispirazione tanto da tradurre e commentare in italiano le decisioni del presidente del tribunale civile di Château-Thierry³⁹. Ma al «cólto e battagliero»⁴⁰ magistrato napoletano si devono l'edizione italiana⁴¹ de *La lotta per la scienza del diritto* pubblicata con lo pseudonimo Gnaeus Flavius da Hermann Kantorowicz – il principale manifesto europeo del giusliberismo – e la traduzione de *Il diritto penale cinese* del comparatista e studioso poliedrico Josef Kohler⁴². Majetti non fu quindi "solo" il giudice d'equità, dal tono "sentimentale" e solidaristico, ma un riformatore che "applicava" le nuove teorie e corrispondeva con i più importanti giuristi europei e introduceva in Italia la loro opera, evidenziando problemi e intersezioni di grande rilievo.

³⁷ Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura in Italia*, cit., pp.100 ss., con riferimenti a Oronzo Quarta e Raffaele De Notaristefani.

³⁸ R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, in *Rev. Socialiste*, 1903, 15 juin.

³⁹ *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, tradotte ed annotate dall'avv. Raffaele Majetti, S.Maria Capua Vetere, 1901.

⁴⁰ COSÌ P. GROSSI, «Il coraggio della moderazione» (*Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), ora in ID., *Nobiltà del diritto. Profilo di giuristi*, Milano, 2008, 166. Sul punto – e sul modernismo giuridico ID., *Scienza giuridica italiana.*, cit., 105. Su MAJETTI V. ora M. STRONATI, *Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento*, in *Quad. fior. per la st. del pens. giur. mod.*, 2011, 40, II, 813-867.

⁴¹ *Con prefazione e note del giudice R. MAJETTI*, Milano, 1908. V. la ristampa Bologna, 1988, con introduzione di F. ROSELLI, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di GNAEUS FLAVIUS*.

⁴² J. KOHLER, *Il diritto penale cinese. Contributo alla storia universale del diritto penale*, Campobasso, 1907.

Un altro esempio di grande interesse è rappresentato da un personaggio come Eduardo Piola Caselli (1868-1943)⁴³. Giovane magistrato agli inizi del Novecento, attivissimo in una delle fasi più vivaci e significative del riformismo italiano fu segretario di numerose Commissioni ministeriali e collaborò con vari guardasigilli prima della sua lunga esperienza in Egitto (1908-1926) nei tribunali misti, come consulente del governo egiziano ed esperto di questioni internazionali. Nel 1935 fu nominato procuratore generale della Corte di Cassazione. Ma Piola Caselli non è stato soltanto un magistrato di riconosciuta competenza e figura di spicco durante il fascismo. A restare più in ombra è, non a caso, la sua attività come giurista: eppure non è possibile fare la storia del diritto d'autore e più in generale della proprietà intellettuale in Italia nel Novecento senza seguire il suo lungo itinerario, innovativo e di notevole spessore culturale, che muove dai primi casi giudiziari di inizio secolo, passa attraverso le edizioni del *Trattato del diritto d'autore* (1907 e 1927) per arrivare alla legge fondamentale del 1941 n. 633 sulla "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"⁴⁴ alla quale contribuì in maniera sostanziale anche come relatore della commissione ministeriale⁴⁵.

Da sottolineare ampiamente – come già fece Gino Gorla – è la "visione" di Piola Caselli, magistrato negli anni del modernismo giuridico, in tema di giurisprudenza e di interpretazione del diritto⁴⁶. La sua voce *Giurisprudenza* pubblicata nel 1902 nel *Digesto italiano* è un autentico capolavoro. Se il diritto – osserva l'autore – deve essere studiato «non come un principio teorico speculativamente perfetto, ma come una regola che funzioni nella vita sociale per raggiungere un dato scopo, – alla dottrina converrà di scendere dalla cattedra nel foro [...] per studiare sperimentalmente se e come la norma della legge abbia attuazione pratica, quali conseguenze derivino dall'attuazione stessa, quali elementi sociali diano

⁴³ Cfr. il profilo biografico di C. MELLONI, *Eduardo Piola Caselli, magistrato e giurista*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, 2, pp. 128-148, che colma una lacuna. Un esempio di "sottovalutazione" scientifica dell'opera di Piola Caselli è offerto dalla mancanza di una voce a lui dedicata nel Dizionario Biografico degli Italiani.

⁴⁴ *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova Legge 22 aprile 1941-XIX n. 633: corredato dei lavori preparatori e di un indice analitico delle leggi interessanti la materia*, Torino, 1943.

⁴⁵ C. MELLONI, *Eduardo Piola Caselli*, cit., 136-139.

⁴⁶ Se si mettono insieme le principali voci scritte da Piola Caselli per il *Digesto Italiano* (oltre a *Giurisprudenza* (1902), in *Il Digesto Italiano*, Torino, 1900-1904, vol. XII, 831-853, *Giurisdizione civile* (1902), ivi, 775-782; *Interpretazione delle leggi* (1901), ivi, 1901-1904, vol. XIII, p. II, 75-90; *Magistratura* (1903), ivi, 1903-1907, vol. XV, p. I, 121-271; *Ordinamento giudiziario* (1907), ivi, 1904-1908, vol. XVII, pp. 941-974) si ottiene un disegno complessivo che definisce i termini essenziali di quella che Gorla chiamava la "Scienza storico-comparativa della giurisprudenza".

i principali contributi degli atti antiggiuridici e per quali cause, quali bisogni etici, politici o economici richieggano un regolamento od una correzione mediante la sanzione coattiva dello Stato, e simili... »⁴⁷. La scienza delle codificazioni ha progressivamente isterilito l'ermeneutica, ha reso stazionaria la scienza del diritto «paralizzata in una specie di buddismo giuridico»⁴⁸ mentre la sociologia e l'economia hanno invaso il campo del diritto. Piola Caselli criticava sia l'approccio esegetico che quello sistematico pandettistico, «[...] aderendo piuttosto all'idea antiformalistica del rapporto tra diritto e società propria dello Jhering maturo»⁴⁹. Il predominio della giurisprudenza nella vita giuridica moderna doveva far riflettere il legislatore e i giuristi. Pur con vari distinguo Piola Caselli osservava come la giurisprudenza nel diritto moderno fosse «[...] sottoposta all'azione di quelle stesse cause che nei secoli passati hanno fatto sì che essa fosse una vera e propria *fons iuris*»⁵⁰.

Anche la figura di Mariano D'Amelio (1871-1943) può essere considerata paradigmatica⁵¹. Ben nota è la sua attività come giudice e «legislatore» coloniale in Eritrea, capo di gabinetto di tre guardasigilli, capo dell'ufficio legislativo della presidenza del Consiglio durante la Grande Guerra, membro di un numero infinito di commissioni legislative a livello nazionale e conferenze e istituzioni a livello internazionale. Studioso del diritto commerciale, vicino ad Angelo Sraffa (di cui sposò una sorella) e soprattutto ad Alfredo Rocco, divenne il personaggio chiave della magistratura italiana ordinaria durante il fascismo⁵²: dopo la giubilazione di Lodovico Mortara, D'Amelio fu nominato nel 1923 presidente della Cassazione unificata, cumulando poi le presidenze del Consiglio superiore della magistratura e della Suprema Corte disciplinare. Ebbe un ruolo guida nella de-

⁴⁷ E. PIOLA CASELLI, *Giurisprudenza*, cit., 844.

⁴⁸ Ivi, 843. «Mi limito soltanto a notare che tale buddismo giuridico perpetua ed aggrava il dissidio che già da secoli esiste fra il diritto e la vita sociale, e che forma uno degli aspetti più notevoli dell'attuale crisi della scienza giuridica» (ivi, p.848)

⁴⁹ M. BERTANI, *Piola Caselli, Eduardo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, 1593.

⁵⁰ E. PIOLA CASELLI, *Giurisprudenza*, cit., 846. «Ma la giurisprudenza, oltreché indicare al legislatore la via delle riforme, può riformare o completare essa stessa il diritto? In altre parole, la giurisprudenza è una *fons iuris*? [...] Oggidì la dottrina generale nega questo diritto giurisprudenziale [...] [Ma] Il problema è assai più complesso di quanto appaia ad un esame superficiale» (ivi, p. 845). Su questo aspetto v. F. ROSELLI, *Il sillogismo giudiziale*, cit., 677-678.

⁵¹ Cfr. V. CLEMENTE, *D'Amelio, Mariano*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, 1983, vol. 32, treccani.it/enciclopedia/mariano-d-amelio_%28Dizionario-Biografico%29/; F. AULETTA, *D'Amelio, Mariano*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., 635-638.

⁵² Questo aspetto è colto bene da A. MENICONI, *Storia della magistratura in Italia*, cit., *ad indicem*.

finizione dei caratteri “conservatori” della giurisprudenza durante il fascismo⁵³. Assunse la direzione del *Monitore dei tribunali*, seguì molto da vicino la *Rivista di diritto pubblico* dopo la scomparsa del fratello Salvatore che l’aveva fondata nel 1908 con Orlando e altri e alla morte di Mortara divenne direttore della *Giurisprudenza Italiana*, di cui abbiamo seguito la storia. Dal 1937 diresse e coordinò⁵⁴ con Antonio Azara il *Nuovo Digesto Italiano*. Non meraviglia che il guardasigilli Dino Grandi lo definisse, in un appunto per Mussolini (10 gennaio 1940), una «specie di dittatore del nostro Diritto». Un “dittatore” riguardato però più come magistrato che come giurista⁵⁵.

7. Per concludere

I richiami e gli esempi fatti sinora possono solo suggerire qualche spunto di riflessione. Il «predominio della giurisprudenza nella vita giuridica moderna» – per riprendere la formula usata da Piola Caselli agli inizi del Novecento – invita gli studiosi a “ripensare” e “superare” stereotipi e steccati ideologici molto radicati. Tra Otto e Novecento si posero le premesse per una rivoluzione culturale e “costituzionale” – nel vedere i rapporti e gli intrecci tra le fonti del diritto – che solo nella seconda metà del Novecento, a seguito di alcuni fattori di trasformazione (la nuova Costituzione, la giurisprudenza costituzionale, il pluralismo ecc.) ha potuto esplicarsi appieno. Ma restano forti – anche a livello della formazione universitaria – le incrostazioni del positivismo legalistico, certe infondate pretese egemoniche della scienza e l’idea della gerarchizzazione tra “teoria” e “pratica”⁵⁶, tra “dottrina” e “giurisprudenza”.

La storia del diritto ci può soccorrere se opera come “spazio critico” di riflessione in grado di ricomporre la trama profonda, spesso il groviglio, di un’esperienza giuridica. Siamo consapevoli del fatto che i rapporti tra i formanti del diritto non corrispondono a mondi incomunicabili. Come ci sono “giuristi” che

⁵³ Cfr. O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, *passim*.

⁵⁴ A lui spettava di coordinare anche le voci giuridiche dell’*Enciclopedia Italiana* secondo le direttive di Giovanni Gentile (G. TURI, *Il mecenate, il filosofo e il gesuita. L’“Enciclopedia Italiana” specchio della nazione*, Bologna, 2002, 113).

⁵⁵ In un lavoro molto importante quale *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCI e L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, che prende in considerazione gli “scienziati” cattedratici, figure come quella di D’Amelio – pur così attrezzata dal punto di vista scientifico – non trova spazio.

⁵⁶ Cfr. L. LACCHÈ, *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra ‘800 e ‘900*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 2015, 6, 233-268.

poco o nulla hanno contribuito alla formazione della dottrina, così ci sono magistrati, notai o avvocati che hanno elaborato nuove idee. Per colmare la “grande lacuna” denunciata da Gorla, specie per il periodo qui considerato, occorre integrare la storia della magistratura e della giurisprudenza con la dimensione scientifica, con reciproci benefici, per sviluppare un profilo *realistico* della storia della cultura giuridica. Pietro Costa⁵⁷ ha evocato Italo Calvino e il suo *Castello dei destini incrociati* per rappresentare il problema della “comunicazione” e della interrelazione tra gli strati che formano una determinata esperienza giuridica. Se oggi – a sessant’anni dalle osservazioni di John Henry Merryman – un comparatista americano dovesse scrivere sull’*Italian style* dovrebbe leggere Calvino e privilegiare la metafora dei “destini incrociati”.

⁵⁷ P. COSTA, *Pagina introduttiva.*, cit.

Caratteri originari della magistratura italiana

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La magistratura e l'unità d'Italia. – 3. Il quadro normativo agli esordi del nuovo Stato nel 1861. – 4. La composizione della magistratura. – 5. Il rapporto con la politica: il problema dell'autonomia "esterna". – 6. Le novità del nuovo secolo: il Novecento. – 7. Era possibile un modello alternativo a quello burocratico?

1. Premessa

Per cercare di ricostruire i caratteri originari della magistratura italiana, che hanno segnato in modo determinante non solo la storia italiana, ma anche gli sviluppi successivi della stessa magistratura, si deve fare almeno un accenno al lungo cammino che il magistrato ha compiuto in tutta l'Italia unita dal 1861 ai giorni nostri¹.

Si è trattato di un cammino non lineare verso l'autonomia: dagli "esordi" nell'età liberale, quando la legge e la volontà del governo costituivano i paletti entro i quali si doveva muovere l'azione giudiziaria; alla prevalenza degli alti vertici giudiziari sulla "bassa" magistratura; alla compressione della libertà del giudice durante il fascismo. Da un giudice del tutto integrato nella classe politica e nella élite della sua epoca, proprio dell'età liberale, si è passato a un modello di giudice essenzialmente tecnico, nel senso che reputava un valore la sua separazione dalle ideologie politiche, pur nella condivisione di un quadro di valori ben preciso, proprio del periodo fascista, ma prima ancora di quello liberale, nel senso della continuità. Del resto, l'ordinamento giudiziario Oviglio del 1923, pur presentato all'epoca come riforma fascista, non fu se non una sistemazione organica (con innovazioni – certo – in senso illiberale) della normativa precedente, le cui basi risiedevano a loro volta nell'ordinamento liberale del 1865 (e addirittura in quello piemontese Rattazzi del 1859). Tuttavia – è stato notato – questa sorprendente continuità non dimostrerebbe affatto "l'ispirazione liberale della legi-

¹ Mi permetto di rinviare ad A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2013, in cui sono approfonditi molti dei temi qui trattati.

slazione fascista sull'ordinamento giudiziario", quanto, al contrario, "l'ispirazione autoritaria della legislazione liberale"².

In ogni caso, il sistema tenne fino alla rottura rispetto al passato operata dalla Costituzione, ma il modello "tecnico" o presunto tale, continuò anche oltre, perché conosciamo la lenta attuazione della Costituzione (segnata dalla nascita del Consiglio superiore della magistratura del 1958) e le tensioni degli anni Sessanta e Settanta, che contribuirono tuttavia a provocare l'avvio della democratizzazione dell'ordine giudiziario e l'ingresso dei principi costituzionali nella giurisprudenza³.

Infine, in epoca repubblicana, si assiste, grazie alla (tardiva) attuazione costituzionale, alla nascita di un vero potere giudiziario, con un nuovo protagonismo dei giudici, che li porta spesso in conflitto con la politica. Si diceva: cammino lungo, non facile né lineare ma anzi caratterizzato da molte contraddizioni. E tuttavia culminato nella nascita di un nuovo modello di giudice, che si sarebbe dimostrato capace di fronteggiare le tre grandi emergenze degli anni Settanta, Ottanta e Novanta: i terrorismi, le mafie e la corruzione.

2. La magistratura e l'unità d'Italia

A ridosso dell'unificazione del Paese, il giudice – élite nell'élite patriottica reduce dal Risorgimento appena compiuto – partecipò a quell'osmosi delle classi dirigenti che rappresentò in ogni settore, politica compresa, il carattere peculiare del primo insediamento unitario. Osmosi tra i diversi poteri (governativo, legislativo, giudiziario) dovuta anche a una ristrettissima classe dirigente, poche centinaia di persone. A differenza però di quanto avvenne in quegli stessi anni in altri campi (ad esempio nell'alta burocrazia dello Stato, tutta piemontese e settentrionale), il giudice fu sin da subito "nazionale", con forte partecipazione dei giuristi meridionali e soprattutto con una cultura che apparve, assai più che nelle altre élite, tributaria della grande tradizione giurisdizionale del Mezzogiorno d'Italia: sentenza articolata e non breve, linguaggio fortemente improntato ai calchi dello *ius dicere* d'Ancien Régime. Nacque allora – ed è questo il primo punto di rilievo per comprendere poi la vicenda successiva – la dicotomia tra "alta" e "bassa" magistratura: l'una a pieno diritto dentro la classe dirigente, l'altra ai margini, confinata in una esperienza professionale e sociale che talvolta sembrava avvicinarla di più alle popolazioni periferiche e in generale contadine presso le quali esercitava il suo magistero giudiziario.

² M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 280.

³ A. MENICONI, *Verso l'indipendenza della magistratura (1944-1948)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1, 395-432.

E un'altra contraddizione si manifestò, già nella prima fase, tra il centro del sistema (le Corti giudiziarie delle città più importanti, i tribunali delle ex capitali) e la sua sconfinata periferia, le piccole sedi disagiate popolate di piccoli giudici, pretori per lo più, perennemente alla ricerca del trasferimento che ne poteva segnare (così almeno si legge in tanti fascicoli personali) il miglioramento di carriera e insieme l'ascesa tanto sospirata nella scala delle retribuzioni e del prestigio sociale.

Alti magistrati furono presenti a lungo e in gran numero nel Parlamento nazionale: l'otto per cento in tutta la storia del Senato del Regno, organo in cui potevano, in base all'articolo 33 dello Statuto, essere nominati secondo cinque categorie, e di cui spesso espressero il presidente, godendo di un implicito e efficace potere di veto su tutte le questioni inerenti la giustizia. Alla Camera dei deputati (assemblea in cui comunque furono presenti) vigevano invece limitazioni al loro numero. Al tempo stesso, le porte del governo furono subito aperte alla *expertise* giuridica di chi proveniva dalle fila della magistratura, e sarebbero rimaste spalancate almeno sino alla fine dell'Ottocento: sul totale di 45 guardasigilli tra il 1848 e il 1899 ben 21 furono i magistrati⁴.

3. Il quadro normativo agli esordi del nuovo Stato nel 1861

Il primo cardine è senza dubbio lo Statuto albertino del 1848, che divenne la costituzione dello Stato italiano. Gli articoli riguardanti la giustizia (artt. 68-73), ripresi quasi letteralmente dalla Charte francese del 1814 (ma, com'è noto, influenzati da quella del 1830 e dalla belga del 1831), contenevano in verità solo pochi e generici principi, per di più tutti derogabili da parte del legislatore a causa del carattere flessibile della costituzione stessa. In particolare, l'art. 68 stabiliva che "la Giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai Giudici che Egli istituisce", prefigurando così una magistratura "professionale" composta da funzionari nominati dall'esecutivo (che rispondevano al re), non dotati in alcun modo di autonomia. È il modello napoleonico che continua a influenzare la Penisola.

Non casuale appariva poi che gli stessi articoli fossero posti nell'impianto statutario sotto il titolo "Dell'ordine giudiziario", evitandosi dunque intenzionalmente l'uso del termine "potere", utilizzato invece per il "legislativo" e l'"esecutivo".

Fin da subito l'interpretazione delle norme statutarie avrebbe però oscillato tra una visione del potere giudiziario quale una branca di quello esecutivo,

⁴ P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione Linee di un'analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo*, Roma, 1979, 26.

conforme all'idea dominante durante la Restaurazione, e una diversa e opposta concezione, secondo cui fosse in qualche modo riconosciuta l'autonomia e l'indipendenza giudiziaria.

Ma lo Statuto sanciva anche una garanzia (l'unica) per il giudice prima della Costituzione italiana: il principio di inamovibilità (art. 69), che avrebbe dovuto garantire i giudici (non quelli di mandamento e i pubblici ministeri, però) dopo tre anni dall'entrata nelle loro funzioni. Vale a dire che il potere politico non avrebbe potuto almeno formalmente trasferire un giudice da una sede all'altra per ottenere una decisione gradita o un atteggiamento più "morbido" in un processo che riguardava ad es. qualche suo esponente. Come si vedrà, questa garanzia non sarebbe stata effettiva in molti casi.

Il primo ordinamento giudiziario italiano (regio decreto 6 dicembre 1865, n. 2626), frutto dell'estensione con poche modifiche dell'ordinamento del Regno di Sardegna del 1859, che a sua volta aveva ripreso le caratteristiche essenziali dell'ordinamento napoleonico previsto dalla legge 20 aprile 1810, avrebbe per decenni rappresentato l'ossatura stessa dell'assetto della magistratura.

Ciò almeno fino al 1941, con l'ordinamento Grandi, che comunque ne riprese a sua volta la struttura, aggiungendo – non è poco – la torsione autoritaria e razzista, come per i requisiti della razza ariana e l'iscrizione al Pnf per l'accesso alla magistratura.

Il r.d. n. 2626 del 1865 prevedeva che le funzioni giudiziarie fossero affidate a un corpo di magistrati di carriera nominati dall'esecutivo e dotati di uno status che nominalmente ne garantiva l'indipendenza. Indipendenza peraltro relativa, in quanto accordata solo ai magistrati che esercitavano la funzione giudicante e non a quelli del pubblico ministero, posti invece – questi ultimi – alle dipendenze "dirette" del ministro della Giustizia.

Infatti, il p.m. diveniva espressamente il "rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria", così da essere per forza "partigiano" (senza confondersi con il giudice). Al pubblico ministero era affidato l'esercizio dell'azione penale in nome dell'interesse pubblico "ormai incorporato nella persecuzione dei reati, sottratta alla disponibilità della parte lesa"; secondo il codice di procedura penale del 1865, la pubblica accusa manteneva il controllo "assoluto" delle indagini e della polizia giudiziaria⁵.

⁵ Art. 57 del codice di procedura penale del 1863 e art. 163 del codice del 1913. Sulle origini della figura del pubblico ministero resta fondamentale lo studio di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 204 ss.. Si veda anche G. BARTELLINI MOECH, *Il pubblico ministero dallo stato liberale allo stato fascista. Significato di un ordinamento leggi e circolari 1865-1941*, Roma, 1966.

Le due carriere di p.m. e di giudice erano definite “parallele e distinte”, ma era prevista la possibilità, detta “eccezionale”, ma di fatto frequente (per agevolare le promozioni), del passaggio dall’una all’altra.

Questi erano i principali caratteri di questo primo ordinamento:

- ruolo centrale del ministro della Giustizia sulle carriere dei magistrati, da cui dipendevano tutti i magistrati per gli avanzamenti, i trasferimenti, la disciplina ecc.;
- inamovibilità garantita solo in relazione al grado;
- fu anche stabilito il concorso per uditore come strumento di accesso alla carriera giudiziaria (con esami e poi un tirocinio). L’accesso per concorso da quel momento costituì la prima possibilità per il reclutamento dei magistrati, accanto alla pur persistente nomina da parte del ministro;
- vennero fissati limiti d’età per il collocamento a riposo (settantacinque anni per la magistratura giudicante, quando prima di allora la dispensa dal servizio era facoltativa);
- fu decisa la separazione tra le carriere di giudice di tribunale e di pretore: due strade fino al 1890 destinate a rimanere parallele.

Il sistema si strutturava in una struttura decisamente gerarchica: al vertice la Corte di cassazione (anzi le cinque Corti – Torino (per un breve periodo Milano), Firenze, Roma, Napoli e Palermo – fino al 1923) con funzione di legittimità, poi le Corti d’appello i cui responsabili (primo presidente e procuratore generale) per il potere su tutti i giudici del distretto erano definiti addirittura “guardasigilli di distretto”, essendo incaricati di formulare le proposte riguardanti sede e carriera del singolo magistrato, poi i tribunali e, infine, le preture.

4. La composizione della magistratura

Della funzione nazionale della magistratura si possono fare due esempi legati a figure in qualche modo rappresentative: Michele Pironti e Paolo Onorato Vigliani.

Michele Pironti fu un uomo la cui vicenda personale, a volte tragica, si fuse senza soluzione di continuità con la “causa nazionale”: nato nel 1814, coinvolto in prima persona nei moti del 1848 a Salerno, eletto al Parlamento napoletano e poi giudice della Gran Corte criminale di S. Maria Capua Vetere, fu accusato di far parte della setta “L’Unità d’Italia”, guidata da Silvio Spaventa. Alla reazione dei Borboni Pironti preferì opporsi senza andare in esilio come altri suoi sodali, “accettando” la condanna a 24 anni di “carcere duro” nel 1850. Aveva appena finito di scontare 10 anni della “pena dei ferri” ad opera dei Borboni (“nei peggiori bagni penali del Regno di Napoli”, a Ischia, poi a Nisida da dove uscì moribondo), quando nel 1860, liberato dal carcere, fu nominato consigliere della Corte di

cassazione di Napoli, eletto deputato e, nel luglio del 1861, nominato segretario di Grazia e giustizia nella luogotenenza Cialdini.

Come ha sottolineato Pietro Saraceno, sarebbe stato proprio Pironti a organizzare il primo piano organico di epurazione e di rinnovamento del personale delle province dell'ex Regno di Napoli (a esclusione della Sicilia); progetto molto severo, poi revisionato e "moderato" da una Commissione sempre formata da quattro meridionali, già magistrati e politici fuggiti in esilio dopo il '48, destinati tutti a giocare un ruolo importante nel futuro Stato (Raffaele Conforti, Bernardino Giannuzzi Savelli, Pasquale Stanislao Mancini, Giuseppe Vacca). Dall'aprile del 1862 al giugno 1866 tutti i cinque ministri che si succedettero al dicastero furono meridionali, in maggioranza ex-esuli e, al tempo stesso, magistrati: Conforti, Giovanni De Falco, Paolo Cortese, Giuseppe Pisanelli e Vacca.

Per tornare a Pironti, egli fu ministro della Giustizia nel 1869 (terzo ministero Menabrea); accusato poi di aver proceduto durante il suo mandato a una gran quantità di trasferimenti di sede di giudici e pubblici ministeri dimostratisi non sufficientemente duri in alcuni processi politici, fu perciò costretto alle dimissioni⁶.

Paolo Onorato Vigliani rappresentò a pieno il modello di magistrato proveniente dal Regno di Sardegna senza soluzione di continuità: entrato in carriera nel 1841, a 27 anni, come segretario capo sezione nella cancelleria di Sua Maestà presso il dicastero della Giustizia, poi a lungo impiegato tra funzione requirente e giudicante fino alla promozione a primo presidente di Cassazione di Firenze (dal 1876 al 1889). Il magistrato dedicò anche lunghi periodi alla politica: governatore in Lombardia nel 1859, ministro della Giustizia nel 1869 e poi dal 1873 al 1876.

Esempi non isolati. Se si prendono in esame i 43 primi presidenti e procuratori generali delle quattro Corti di cassazione e delle 18 Corti d'appello esistenti al 1866 nel Regno d'Italia, emergono due dati di rilievo: la partecipazione alla vita politica (ben 27 al Parlamento nazionale e 8 ministri; degli 8 capi di cassazione, 7 senatori) e la provenienza dei magistrati rigorosamente ripartita tra i "subalpini" (27 dalle vecchie province dell'ex Regno di Sardegna) e i "meridionali" (12), mentre tutte le altre regioni furono rappresentate da un magistrato ciascuna (Toscana, Emilia e Veneto)⁷.

Due tipologie ben distinte, dunque, che, in qualche modo, si confrontarono e, soprattutto, cooperarono nel processo di unificazione.

I primi, i "piemontesi", segnati in genere da una carriera abbastanza lineare, tutta percorsa all'interno o quasi dell'amministrazione della giustizia, connotata dalla stretta fedeltà alla dinastia dei Savoia.

⁶ P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, cit., 53-54.

⁷ Ivi, 49.

I secondi, i “meridionali”, riconducibili invece a un modello caratterizzato dagli studi legali compiuti in genere all’Università di Napoli, seguiti dall’attività forense piuttosto che dall’ingresso nella magistratura borbonica (il che li distingue dai colleghi subalpini); e poi coinvolti nei moti del 1848-49, con l’assunzione di un ruolo dirigente o nei governi provvisori di Napoli e di Palermo o nella carriera giudiziaria; perseguitati quasi tutti negli anni della reazione e quindi immessi (o riammessi) quasi per meriti patriottici nella magistratura italiana tra il 1860 e il 1862, con i gradi della carriera attribuiti, in questa prima fase, in funzione della partecipazione alla “causa nazionale”.

Ai vertici furono così poste persone relativamente giovani, che vi sarebbero rimaste per molti anni (e ciò avrebbe costituito un problema per il ricambio delle generazioni successive): nel 1862 a soli 40 anni, cioè a una età media di 20 anni più giovane rispetto ai decenni successivi, si poteva essere nominati presidenti di una Corte d’appello e, a 50 anni di una Corte di cassazione.

Queste furono le basi “umane” della nascita della nostra magistratura.

Ma vi è un altro carattere originario da segnalare: ovvero la contraddizione tra alta e bassa magistratura.

La c.d. “bassa” magistratura, i pretori, i giudici dei piccoli tribunali alla periferia del Regno non partecipavano alla vita politica: anzi, essi soffrivano tutti o quasi l’asprezza e la solitudine della vita in province di strette possibilità sia materiali che culturali. Essi coltivavano tuttavia la speranza (espressa in centinaia di lettere al ministro supportate da altrettante lettere di raccomandazione di deputati nazionali o di altre figure) di poter tornare (o andare) in una città più grande, dove ritrovare cultura, divertimento o semplicemente condizioni di vita più salubri (senza “febbri dovute al clima malsano”, come denunciava, ancora nel 1891, il presidente del Tribunale di Cagliari originario della provincia di Torino).

Tanto difficili le condizioni di vita che a volte comparivano articoli, per lo più anonimi (firmati, ad esempio “Un pretore”), che lusingavano a tinte fosche il vero aspetto della giustizia nei piccolissimi centri italiani. Ciò avveniva soprattutto nelle pagine del *Monitore dei pretori*, una vera e propria rivista di categoria, nonché veicolo di rivendicazioni quasi sindacali, pubblicata dal 1875 al 1891. Il tema tornava anche nel racconto di Antonio Raimondi, pretore di un piccolo comune delle Langhe (Murazzano) all’inizio degli anni Ottanta, che confessava nelle sue memorie: “quanta malinconia nelle lunghe serate d’inverno e nelle giornate non rare nelle quali la neve m’impediva di uscire e di recarmi in pretura”⁸.

Secondo una stima della Commissione speciale del Senato del Regno incaricata nel 1886 di studiare la riforma dell’ordinamento giudiziario, ciascun anno

⁸ A. RAIMONDI, *Mezzo secolo di magistratura. Trent’anni di vita giudiziaria milanese*, Milano, 1951.

erano soggetti a trasferimento 927 magistrati, pari al 18 per cento del totale (4.419), percentuale destinata a salire al 28 per cento per quanto riguardava le preture. Ne derivava – secondo le parole dello stesso consesso – una specie di “graduatoria delle residenze” che il magistrato “specie se inferiore, [doveva] percorrere e una lotta perenne per evitarla che tormenta[va] magistrati e governo, che gettando malcontento e diffidenza tra giudice e giudicabile, esercita[va] una pernicioso influenza sull’amministrazione della giustizia”⁹.

Il tema della “carriera” e del male del carrierismo è già tutto in queste considerazioni del 1886.

5. Il rapporto con la politica: il problema dell’autonomia “esterna”

Il cammino verso una maggiore autonomia “esterna” (ovvero dalla politica, mentre quella “interna”, o del singolo giudice rispetto alle gerarchie superiori non si poneva proprio) del corpo giudiziario trova una sua tappa importante nella istituzione da parte di Vigliani nel 1873, di commissioni locali (composte dai tre magistrati più alti in grado) presso le Corti d’appello, con il compito di proporre le nomine, le promozioni e i trasferimenti dei consiglieri di Corte d’appello e di tribunale. Per i giudici inamovibili fu stabilito il divieto di trasferimento senza consenso, nonché l’obbligo di informarli sui motivi del trasferimento stesso.

Gli altri, soprattutto i magistrati requirenti, restavano sotto l’ala del guardasigilli, che aveva piena libertà d’azione e la esercitò in diverse occasioni in tutto il periodo liberale, ai cambi di governo (ad es. nel 1876 dalla Sinistra storica), ma anche in occasioni singole¹⁰.

Nonostante avessero potere solo consultivo questi organi furono malvisti dai ministri, e con essi le garanzie previste, al punto che poco dopo nel 1879 furono abrogati ad opera di un altro ministro della Sinistra, l’ex magistrato Diego Tajani. Anch’egli magistrato, il nuovo guardasigilli, dapprima perseguitato dai Borboni, era stato a sua volta costretto nel 1871 proprio da un governo della Destra a lasciare la toga, in seguito a “uno scontro di una violenza inusitata”, avvenuto nel 1866 con il prefetto di Palermo, generale Giuseppe Medici (per evidenti collusioni della questura con la malavita locale, la “mafia”)¹¹. Quindi nel 1879, in soli

⁹ La Commissione era formata da quasi tutti magistrati-senatori: Luigi Ferraris presidente, Gaspare Finali, Giuseppe Miraglia, Tancredi Canonico, Giuseppe Saracco, Francesco Auriti, Bernardino Giannuzzi Savelli, Leopoldo Puccioni, Giuseppe Pica e Giacomo Giuseppe Costa relatore. Atti parlamentari Senato del Regno, Leg. XVI, 1a sess. 1886-1887, *Documenti*, S. n. 1 e 2-A, 9.

¹⁰ M. D’ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, 221-224; 230-232.

¹¹ E.G. FARACI, *Il caso Tajani. Storie di magistrati nell’Italia liberale*, Acireale, 2013; A. MENICONI,

sei mesi, si operò un grande movimento di personale: secondo una fonte non neutrale, quale era Marco Minghetti, furono trasferiti d'ufficio ben 122 magistrati, e spostati (considerando anche le promozioni) in totale 211 o 212 giudici. In una sorta di spoils system *ante litteram*, sarebbero stati colpiti dai provvedimenti in particolare i procuratori delle principali città del Regno, così da garantire – secondo i nuovi governanti – l'imparzialità della magistratura (a lungo compromessa, a sentir loro) dopo il passaggio di governo dalla Destra alla Sinistra.

In generale, stando ai dati del ventennio 1865-1886, i guardasigilli della Sinistra avrebbero certamente provveduto a un numero maggiore di “tramutamenti” rispetto ai governi precedenti.

Nel periodo vi furono, infatti, punte di trasferimenti: ad esempio, 81 procuratori del re nel 1876, su una media di 47 nel ventennio 1865-1886, o 75 consiglieri di Corte d'appello nel 1885 (la media era di 34 all'anno). Il fatto si conferma per i consiglieri di Cassazione (la quasi totalità dei 17 tramutamenti avvennero dal 1877 in poi) e per i procuratori generali di Corte d'appello, per cui il picco fu toccato nel 1876 con 23 trasferiti (di cui alcuni più volte), mentre la media era di 4 all'anno.

Di scontri e di allontanamenti di magistrati “scomodi” fu costellato, del resto, tutto il periodo liberale: il già ricordato caso Tajani che arrivò anche in Parlamento nel 1875; il caso di Carlo Lozzi procuratore generale di Bologna, che fu cacciato dalla magistratura per aver osato portare in giudizio Crispi in un processo collegato allo scandalo della Banca romana, tra gli altri¹².

Più in generale, la scena giudiziaria entrò in primo piano di fronte a un'opinione pubblica, che seguiva con grande interesse e partecipazione i processi “celebri”, al cui centro vi erano passioni, scandali, a cui le giurie popolari erano chiamate a giudicare¹³.

6. Le novità del nuovo secolo: il Novecento

Nonostante altri tentativi (come la Commissione centrale per i pareri sulla promozione e sul trasferimento dei magistrati istituita nel 1880) solo all'inizio del '900 due fattori contribuirono a cambiare il quadro: le riforme di Vittorio

Tajani, Diego, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 2019, 94, *ad vocem*. [https://www.treccani.it/enciclopedia/diego-antonio-tajani_%28Dizionario-Biografico%29/]

¹² A. MENICONI, *Politica e magistratura nella biografia di Carlo Lozzi, magistrato postunitario*, in *Le Carte e la Storia*, 2011, 2, 26-44.

¹³ F. COLAO, L. LACCHÈ. C. STORTI (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, 2008.

Emanuele Orlando del 1907-1908 e la nascita dell'Associazione generale fra i magistrati d'Italia nel 1909 (Agmi)¹⁴.

Con le prime, il ministro che era anche il più prestigioso giurista italiano dell'epoca, fondatore e dominus indiscusso della giovane scuola italiana del diritto pubblico, la magistratura assunse una posizione più definita e una consapevolezza più certa delle sue prerogative.

La nascita dell'Agmi agevolò senza dubbio, con l'estensione della sindacalizzazione, la forza della bassa magistratura, e si combinò con l'uscita di scena della generazione risorgimentale, che aveva tentato di garantire una indipendenza esterna. Com'è noto, l'Associazione avrebbe raggiunto il suo apice in età giolittiana per poi auto-sciogliersi nel 1925, poco prima della repressione fascista (cui non sfuggirono molti dei suoi dirigenti) e riprendere la sua attività come Associazione nazionale magistrati (Anm) il 21 ottobre 1945¹⁵.

Avanzavano, e si segnalavano per la freschezza dei loro studi, i "giovani" magistrati, vale a dire coloro che si stavano formando come pretori o giudici di tribunale (o sostituti procuratori del re), per forza di cose portatori di esigenze assai diverse rispetto a quelle dei loro più anziani superiori: una sorta di "proletariato giudiziario", ma non soltanto per condizioni di vita più precarie e retribuzioni più modeste. Ciò che li distingueva – in termini generazionali – era, precisamente, una più acuta percezione delle trasformazioni nel diritto d'inizio Novecento, e del nesso esistente tra quelle dinamiche innovatrici e i grandi mutamenti in atto nella società d'età giolittiana. Nella "bassa" magistratura prevalse un aspetto diverso, un tono più battagliero, influenzato come fu dalle lotte sindacali che nel pubblico impiego (e nel Paese) si stavano frattanto organizzando e, in seguito, dal fervente clima del primo dopoguerra. A stridere maggiormente con le aspettative di questa nuova generazione era una macchina della giustizia lenta e inefficiente, che cozzava contro la presunta centralità che, secondo lo schema classico, la magistratura avrebbe dovuto ricoprire nell'equilibrio dei poteri.

La nuova sensibilità, che pure si affermò sui temi della giustizia, non avrebbe però mai (neanche nelle fasi più agitate delle rivendicazioni) messo in discussione l'assetto istituzionale, anzi avrebbe sposato il più delle volte – nella sua giurisprudenza – le posizioni più conservatrici dell'apparato statale e del governo (ad

¹⁴ F. VENTURINI, *Un «sindacato» di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani 1909-1926*, Bologna, 1987.

¹⁵ ID., *L'Associazione Generale fra i Magistrati d'Italia 1909-1926*, in *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, 1991, 3, 183-199, 198; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, 713-192, 714.

es. nella repressione dello sciopero politico¹⁶, nei processi contro gli anarchici e i socialisti, pur con alcune sfumature nella fase iniziale)¹⁷. Si sarebbe piuttosto concentrata sul ruolo sociale del giudice, sulle sue rivendicazioni economiche e sulla richiesta di una maggiore autonomia del magistrato dal potere politico.

Proprio la rivendicazione dell'autonomia appariva centrale, insieme a ciò che ne conseguiva: conquista (faticosa, per la resistenza del ministro) dell'esercizio della disciplina interna, piena adozione del sistema concorsuale per il reclutamento (per quanto già l'obiettivo fosse stato colto a fine secolo grazie alla politica di Zanardelli), valutazione delle carriere affidata – sia pure in forma consultiva – all'appena nato Csm.

Due organi furono, infatti, istituiti, grazie al ministro Orlando: il Csm (legge 14 luglio 1907, n. 511)¹⁸ e la Suprema corte disciplinare (legge 24 luglio 1908, n. 438). Si tentò così di introdurre forme reali di garanzie istituzionali (previste da leggi) per l'indipendenza dell'ordine giudiziario. Come è stato sottolineato da Gaetano Silvestri, “cominciava a farsi strada l'idea che l'indipendenza del giudice rimane pura astrazione – penosamente contraddetta dalla realtà – se non esiste un complesso di regole e di organi destinato a rendere effettiva la sottrazione del giudice ai vincoli gerarchici inevitabilmente limitativi della sua libera coscienza di interprete imparziale della legge”¹⁹. In definitiva, la presenza di questi due organi contribuì alla creazione di un sistema “certo” per la carriera e l'aspetto disciplinare (almeno per i gradi meno elevati), anche se rimaneva ampia la prerogativa del guardasigilli, sancita, secondo Orlando, dallo Statuto.

Tra l'altro, la carriera nella magistratura giudicante e in quella requirente fu uniformata nella graduatoria, in modo da rendere più agevole il “tramutamento” di funzioni, ovviamente sempre all'interno dello stesso grado; mentre il percorso del giudice restava particolarmente lungo, dopo la riforma Zanardelli del 1890 (legge 8 giugno 1890, n. 6878), che aveva previsto per tutti un periodo di pretorato all'inizio della carriera.

D'altro canto, nella prassi da parte dei governanti in quegli anni continuarono le pressioni sugli andamenti dei processi, sullo svolgimento delle elezioni, anche con lo strumentario “consueto” dei predecessori politici di Vittorio Emanuele Orlando (come i “tramutamenti per ragioni dell'utilità di servizio” usati contro pretori scomodi o, al contrario, il trattenimento in servizio di quelli più favorevoli).

¹⁶ G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922*, Bari, 1969.

¹⁷ F. GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale*, Bari, 1970.

¹⁸ A. MENICONI, *Disciplina e garanzie: alle origini dell'attuale Csm*, in *Studi storici*, 2010, 4, 819-842.

¹⁹ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 2, 327-352, 329.

Alle soglie delle elezioni del 1909, il ministro dispose l'allontanamento di giudici (e persino cancellieri) schierati contro il governo. Poco dopo, in un processo per "delitti elettorali" sarebbe stato il primo presidente della Corte d'appello di Catania, Alfonso Cosentini, a impegnarsi personalmente per indirizzare la scelta di giudici che non fossero "propensi verso i partiti popolari".

Del resto, come da miglior tradizione (in questo caso è rimasta traccia nelle carte private del ministro), una fitta rete costituita da magistrati e prefetti a lui fedeli informava il guardasigilli costantemente sui casi più delicati, non solo in Sicilia. Lo stesso Orlando continuò a valersi del potere di ordinare inchieste (vere e proprie ispezioni) nelle sedi dove fossero accaduti episodi ritenuti incresciosi per l'amministrazione della giustizia e di sanzionare direttamente i magistrati ritenuti colpevoli.

Se si guarda all'insieme dei circa 4.000 magistrati degli anni Dieci del Novecento non si può non intravedere – però – il mutamento in atto nel corpo della magistratura. Furono quelli gli anni nei quali la seconda generazione di magistrati italiani (ormai molto diversa da quella gloriosa dei "patrioti" come Pironti o, per altro verso, Vigliani, ma ancora impregnata tuttavia dei valori risorgimentali) raggiunse le vette della carriera. Vi arrivava avendo percorso (per lo più) una lunga e difficile ascesa nei vari gradi, con una media di 40-50 anni prestati nel servizio giudiziario. Anche questi alti magistrati d'età giolittiana (come i loro predecessori) erano spesso di provenienza meridionale, ma li caratterizzava la maggiore distanza dall'impegno politico: essi insomma avevano "navigato" per tutta la loro vita professionale all'interno delle regole scritte (e non scritte) dell'ordinamento giudiziario del 1865, senza "mescolarsi troppo, neanche dopo l'unità, alla vita politica del paese"²⁰.

Tuttavia, a reggere il sistema ormai non bastava più la "protezione" benevola e un po' paternalista di quegli alti gradi. Si faceva faticosamente strada, e chiedeva d'essere legittimato, un modello diverso di giudice, più "burocratico" forse, ma anche di più sicura estrazione "tecnica", tanto da farne il protagonista di un rapporto nuovo, seppure sempre determinante, con la politica, anche se da una posizione più debole rispetto alla generazione precedente. Il rapporto era fondato – questa volta – non sull'antica osmosi, ma sulla perfetta conoscenza degli strumenti tecnici del diritto da parte dei magistrati. Era un diritto sempre più specializzato che si presentava maggiormente nella forma di "diritti", particolari e speciali, di legislazione di settore, di risposte normative calibrate sulla risoluzione di problemi specifici²¹.

²⁰ P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, cit., 59 ss.

²¹ G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. 1, Milano, 2000¹, 89-158, 206 ss.; P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. 1. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale. 1865-1920*, Milano, 2006.

Di fatto era cambiato il mondo intorno ai giudici con nuove istanze che provenivano dall'industrializzazione (e dal lavoro operaio e impiegatizio) e coinvolgevano ovviamente anche il mondo del diritto. L'*expertise* giuridica si doveva affinare per confrontarsi con la prima grande modernizzazione italiana.

Nei primi anni del Novecento furono proprio i magistrati più "provveduti", come Oronzo Quarta o Raffaele Majetti (giudice a Campobasso tra il 1901 e il 1907, traduttore di importanti giuristi tedeschi), ad avvertire per primi come fosse per merito del ruolo decisivo della "giurisprudenza pratica" "se l'ordinamento giuridico aveva mantenuto il suo contatto con la società in tumultuoso progresso"²². Altri ebbero un ruolo altrettanto cruciale nella "divulgazione" di leggi e principi giuridici. Ciò avveniva non solo nelle pagine delle riviste più diffuse, come la *Giurisprudenza italiana*, fondata nel 1865 o *Il Foro italiano* esistente dal 1876 o *La Giustizia penale* (dal 1893), ma anche su quelle di periodici minori, a diffusione più locale, come ad es. il *Foro delle Puglie* (dal 1900 al 1932).

Infine, se si volge lo sguardo ai mutamenti intervenuti con la Prima guerra mondiale, non v'è dubbio che essa rappresentò una "grande rivoluzione" silenziosa per il diritto, secondo la definizione di Filippo Vassalli²³.

Del resto, anche i magistrati furono chiamati "alle armi" e coinvolti direttamente o indirettamente nell'evento bellico. Ciò avvenne principalmente sotto quattro profili. Il primo nelle loro vesti d'ufficio: giudici ordinari che si trovarono ad applicare il diritto in tempo di guerra. Il secondo come giudici militari: presso i tribunali militari fu infatti "comandata" (soprattutto come sostituti avvocati militari, ad es.) un'intera generazione di giovani magistrati, nel futuro destinata a ricoprire ruoli decisivi, allora chiamata ad applicare le norme di diritto speciale di guerra. Il terzo profilo riguarda quei magistrati che, nella loro veste di giuristi rifletterono sui profondi, radicali mutamenti che la guerra stava portando alle regole stesse del diritto, prefigurando in certo senso un mondo "nuovo" del diritto. Infine, ultima categoria da non dimenticare, alcuni magistrati, i più giovani, parteciparono come ufficiali alla guerra combattuta e quell'esperienza dovette costituire, come accadde in genere per la generazione combattente, una pagina di maturazione umana non secondaria²⁴.

²² Di adesione al modernismo giuridico parla P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1865-1950*, Milano, 2000, 105.

²³ G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, Roma 1988, 235-236, che si occupa anche più in generale dell'amministrazione di guerra.

²⁴ A. MENICONI, *La magistratura e la Prima guerra mondiale. Prassi e discorsi giudiziari*, in G. PROCCACCI, N. LABANCA, F. GODDI (a cura di), *La Guerra e lo Stato 1914-1918*, Milano, 2018, 195-216.

7. Era possibile un modello alternativo a quello burocratico?

Nel 1919 giunse a ricoprire il ruolo di guardasigilli nel Governo Nitti Lodovico Mortara, primo presidente della Corte di cassazione di Roma.

Giurista teorico e giurista pratico, Mortara poteva dirsi una figura di giurista completa: avvocato e accademico (sua anche la direzione della prestigiosa rivista *Giurisprudenza italiana* dal 1892 al 1937), consigliere del governo su diversi progetti di legge specie in materia di procedura civile e ordinamento giudiziario²⁵.

Nel 1919 Mortara avanzò un progetto di ordinamento giudiziario – su cui fra i primi ha scritto Antonio Genovese parlando di un’utopia italiana di una magistratura di estrazione non “burocratica”²⁶ – alternativo rispetto a quello in vigore ormai dal 1865 (sia pure con alcune modifiche), partendo proprio dall’idea che da giovane (nel 1885) aveva avanzato sull’“autogoverno della magistratura”.

In effetti, quell’idea era ripresa in vari punti del progetto, ma ora si presentava temperata “anche sulla base di un’analisi spietata delle condizioni sociali e del livello culturale dei magistrati italiani”, che inducevano a introdurre alcuni elementi di controllo politico sulla funzione giudiziaria. Del resto, il livello sconsolante dei nuovi magistrati era già emerso in un’altra relazione dell’allora ministro Sacchi del febbraio 1918, per cui la maggioranza presentava un’insufficiente preparazione giuridiche e ignoranze delle comuni cognizioni letterarie.

Peraltro, la relazione riaffermava con nettezza il principio caro a Mortara: “la funzione del giudice è diretta funzione di sovranità”, per cui il giudice è responsabile del suo esercizio di fronte alla sua coscienza e all’opinione pubblica, non di fronte al suo superiore gerarchico.

L’idea di fondo è che la natura costituzionale della funzione giudiziaria comportava che i magistrati non dovessero avere un’investitura amministrativa come

²⁵ La letteratura sulla figura di Mortara è molto vasta. Ci si limita a citare: P. CALAMANDREI, *Ludovico Mortara*, *Riv. dir. civ.*, 1937, XXXIX, 444-467; G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1990, 19, 107-115 (ma lo scritto è del 1955); i saggi contenuti in *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara, Roma 17 aprile 1997*, Roma, 1997; F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 99-122; N. PICARDI, *Mortara, Lodovico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 77, Roma, 2012, *ad vocem* [https://www.treccani.it/enciclopedia/lodovico-mortara_%28Dizionario-Biografico%29/]; M. MECCARELLI, *Mortara, Lodovico*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Roma, 2012, *ad vocem*, [https://www.treccani.it/enciclopedia/lodovico-mortara_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/]; M. BONI, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d’Italia*, Roma, 2018. Ci si riferisce a L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia* (Torino, 1885), ripubblic. Napoli, 1992.

²⁶ F.A. GENOVESE, *Lodovico Mortara Guardasigilli e il ‘progetto’ impossibile (ovvero, l’utopia italiana di una magistratura ordinaria di estrazione non burocratica)*, in *Le Carte e la Storia*, 2004, 1, 191-200. Il disegno di legge era l’A.C. n. 92 presentato nella XXV legislatura del Regno alla Camera dei deputati.

gli altri impiegati, ma godessero di un'indipendenza anche dal punto di vista economico: fossero degni e rispettati e stessero, se meritevoli, a lungo nelle cariche senza preoccupazioni economiche. Proprio per questo Mortara puntava l'accento sul carattere democratico che i principi della riforma se accolti avrebbero conferito all'amministrazione della giustizia.

Insomma, al giudice "in giacchetta"²⁷ ovvero funzionario amministrativo si contrapponeva un modello in cui il giudice era "il vero depositario di uno dei poteri dello Stato".

In sintesi, il nuovo sistema puntava, per il reclutamento, all'apertura e al coinvolgimento pieno del ceto forense per tutte le nomine.

Coinvolgimento sia perché gli avvocati sarebbero entrati nell'ordine giudiziario a tutti i livelli (compresa, insieme ai professori universitari, la Cassazione unica), sia perché i Consigli professionali avrebbero "cogestito" questo accesso (eleggendo i magistrati di terza classe, i giudici di tribunale e di corte d'appello), insieme ai magistrati e al ministro.

Di fondo, si trattava di una vera e propria rottura rispetto al sistema precedente.

Certo, sussistevano molte cautele: la proposta prevedeva organi composti dagli stessi magistrati con il compito di vagliare l'accesso, la proposta dei capi delle Corti per le designazioni; e un ruolo centrale del ministro nelle nomine (che sarebbero state quindi in parte politiche), mentre al Consiglio dei ministri restavano pur sempre le nomine di presidente di sezione, avvocato generale, primo presidente e procuratore generale della Cassazione. Si proponeva così una valorizzazione della distinzione tra consiglieri di cassazione (per cui l'aspetto teorico-scientifico era preponderante) e dirigenti degli uffici per cui le concrete capacità direttive erano valorizzate.

L'idea quasi rivoluzionaria non fu però ben accolta né dall'Agmi (di cui Mortara faceva parte), perché metteva troppo in discussione la natura del potere giudiziario, fondato allora sulla pur tanto deprecata organizzazione gerarchico-burocratica, il quale sarebbe stato insidiato dalla concorrenza prevedibile dei numerosi avvocati agli avanzamenti di carriera. Ma la novità non fu ben intesa neanche dagli avvocati, che forse non ne compresero l'opportunità.

La proposta fu ritirata dallo stesso Mortara, amareggiato dalle critiche, senza arrivare neanche alla discussione in Parlamento.

Dopo la caduta del I Governo Nitti, nel 1920 egli ritornò allo scranno di primo presidente della Cassazione di Roma fino al 1923. Fu allora che, in occa-

²⁷ F. VENTURINI, *La magistratura nel primo dopoguerra: alla ricerca del "modello italiano"*, in *Le Carte e la Storia*, 2007, 2, 156-170, 163.

sione dell'unificazione della Corte di cassazione da lui tanto auspicata, Mortara fu cacciato dal regime fascista ed escluso dal ruolo che gli spettava naturalmente (ovvero quello di primo presidente), a causa delle sue posizioni politiche indipendenti e della sua vicinanza con Nitti²⁸.

Alla fine di questo lungo viaggio che arriva alle soglie del fascismo, si può affermare che la magistratura, nonostante alcune conquiste come l'elettività del Csm (raggiunta nel 1921, poi subito eliminata dal fascismo), ancora si trovava – in parte anche per sua scelta – stretta nelle maglie di un sistema autoritario, con al centro il totem della carriera da perseguire per ottenere i miglioramenti economici e di status, alle prese con le gerarchie dell'alta magistratura e priva di un'autonomia reale nei confronti della politica.

²⁸ A. MENICONI, *L'azione di Lodovico Mortara tra avvocatura e politica, ovvero del riformismo giudiziario di Mortara*, in *Riv. dir. processuale*, 2019, LXXIV, 4-5, 1214-1225.

Quando il magistrato era un funzionario (1915-1925): dalla Grande guerra allo scioglimento dell'AGMI

Per comprendere e valutare il comportamento serbato dai magistrati italiani di fronte all'avvento del fascismo non dobbiamo dimenticare che gli stessi, all'epoca, erano tutti funzionari dello Stato ad ogni effetto.

Nell'Ordinamento Giudiziario dell'Italia unita infatti, il ministro della Giustizia aveva l'alta sorveglianza sulle Corti, i tribunali e i giudici dello Stato ed era l'unico titolare del potere disciplinare su tutti i magistrati; il pubblico ministero era il rappresentante dell'esecutivo nell'ordine giudiziario (art. 129); i magistrati, sia quelli dell'accusa che quello della giudicante, erano espressamente collocati tra i pubblici funzionari, al pari dei cancellieri e dei segretari (art. 6)¹; erano inquadrati in un'organizzazione gerarchico-piramidale e, come tutti i pubblici impiegati, avevano la carriera al centro dei loro interessi.

Per salire di grado, per passare dalla bassa all'alta magistratura, la strada era lunga e ogni funzionario doveva percorrerla con cautela: doveva, cioè, applicare la legge alla lettera, evitare interpretazioni eterodosse e, soprattutto, doveva uniformarsi alla giurisprudenza di chi un domani lo avrebbe esaminato ai fini della tanto attesa promozione. Doveva quindi conoscere bene la legge e manifestare un'accorta dose di conformismo, ma poi, se tutto questo non bastava, il magistrato, se poteva, era solito ricorrere alla raccomandazione; e questa era talmente diffusa all'interno della corporazione, che Vittorio Emanuele Orlando aveva dovuto vietarla per legge, nel 1908²; ma inutilmente, perché questo costume si protrarrà nel tempo e sopravviverà anche ad Alfredo Rocco, che tornerà a proibirla nel 1930, ed a Dino Grandi, che dieci anni dopo ribadirà l'inutile divieto, lamentando il flusso e la permanenza a Roma dei magistrati che lasciavano l'ufficio per andare nella capitale a perorare le loro promozioni presso i "superiori" o i politici di riferimento³.

¹ R.D. 6/12/1865 n. 2626, *Ordinamento Giudiziario del Regno d'Italia*.

² Art. 10 della Legge 24/7/1908 n. 438

³ La circolare di Grandi è in B.U. n. 22 del 28/5/1940.

Il ruolo di funzionario portava dunque con se una mentalità, una “cultura” che non sarebbero automaticamente venute meno neppure con il radicale mutamento istituzionale previsto dal Titolo IV della Costituzione repubblicana; tanto che, ancora all’inizio degli anni ’60, addirittura un convegno era stato organizzato per appurare quanto tale mentalità fosse ancora diffusa⁴.

Ma chi era, alle soglie della Grande Guerra, quel magistrato funzionario?

Mariuccia Salvati, statistiche alla mano, ha parlato di una compiuta “meridionalizzazione” di tale apparato, a scapito dei “piemontesi”, già nel primo lustro del secolo scorso: i magistrati in attività nati nelle province del Nord erano appena il 22,17%, rispetto al 40,09 % di quelli nati al Sud ed al 16,51% di quelli delle isole. Se poi dalla provenienza geografica passiamo a considerare la loro estrazione sociale, vediamo che, nello stato monoclasse di allora, tutti erano borghesi, amanti dell’ordine, spesso figli di piccoli possidenti di provincia; e venivano mandati a studiare in città, nei licei classici, dapprima, quindi nelle rinomate facoltà di giurisprudenza delle università di Palermo e Napoli, dove, soprattutto in quest’ultima, il diritto veniva declinato secondo i principi del formalismo tecnico giuridico.

Usciti da queste scuole, i magistrati vincitori di concorso venivano a far parte di una corporazione generalmente lodata nei discorsi ufficiali ed apprezzata dall’opinione pubblica, che ad essa si rivolgeva con rispetto, talora con ossequio: l’immagine dei magistrati come “sacerdoti di Temi”, già allora diffusa (e che diverrà egemone dopo il Concordato), ben rappresenta questo atteggiamento inteso a considerare l’attività del giudice come una vera e propria missione, al pari del sacerdozio.

Quei funzionari si compiacevano di questa rappresentazione, che coltivavano con cura e che spesso rilanciavano, convinti di essere diversi e superiori agli altri impiegati dello stato per tre fondamentali ragioni.

Il magistrato sosteneva di essere indipendente, perché al momento della decisione era solo con la sua coscienza e nessuno poteva imporgli la soluzione da adottare; diceva di essere apolitico, perché estraneo alla disciplina di questo o quel partito, essendo un semplice esecutore della legge; e, soprattutto, riteneva di essere superiore agli interessi in gioco, essendo neutrale il diritto e tecnica – avalutativa la sua interpretazione⁵.

Si trattava di rappresentazioni prevalentemente ideologiche: l’indipendenza per i pubblici ministeri non esisteva, dipendendo essi dal Ministero della giustizia; ed assai condizionata era, come visto, quella dei giudici, spesso costretti

⁴ Gli atti del convegno vennero poi raccolti nel volume, *Magistrati o funzionari?*, a cura di GIUSEPPE MARANINI, Milano, 1962.

⁵ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Bari, 1999, 35.

all'autocontrollo preventivo per tema di essere poi censurati dall'alto; quanto alla politica, se non prendeva la forma della militanza, i legami con essa si rivelavano sovente in altri modi (le molte raccomandazioni di esponenti politici rinvenute nei fascicoli personali dei magistrati denotavano la loro contiguità con quegli ambienti⁶): insomma, quelle che poi verranno definite come dipendenze interne (cioè derivanti dalla struttura gerarchica della corporazione) ed esterne (quelle derivanti dai legami con la politica) avevano all'epoca un'incidenza di assoluto rilievo.

Rimaneva, la più dura a morire, l'ideologia della neutralità del diritto, considerato autonomo dalla società e dalla politica, valorizzato per il suo carattere tecnico scientifico e volutamente ignorato, invece, per i suoi legami con gli interessi che le singole norme in realtà tutelavano: il formalismo giuridico non ammetteva che si prendessero in esame simili contaminazioni.

Tutta questa problematica, nel quotidiano lavoro della stragrande maggioranza dei giudici, poco emergeva, perché nelle cause civili per usufrutto o in quelle penali per lesioni colpose, ad esempio, non aveva incidenza alcuna. Altro era il discorso se entravano in gioco fattori di immediata rilevanza politica, perché allora tutte le impalcature ideologiche venivano meno e le decisioni rivelavano non solo la trama degli interessi sottesi, ma sovente anche le preferenze politiche dei loro interpreti.

Nel primo dopoguerra, lo scontro tra i partiti si era fatto cruento, perché i fanti contadini, che avevano fatto ritorno a casa con la promessa ventilata della distribuzione della terra, si erano accorti ben presto che le loro attese venivano deluse; e perché gli ufficiali studenti, che li avevano comandati, erano rimpatriati in un'Italia che a loro era parsa "mutilata" nelle sue aspirazioni territoriali ed attraversata, invece, da scioperi ed insorgenze ad opera di classi che insidiavano la sicurezza del ceto medio e che premevano sulle malferme strutture dello Stato liberale.

Vi furono occupazioni di terre e di fabbriche, lotte contadine ed in questo contesto sorsero le prime squadre fasciste e iniziarono le "spedizioni punitive"; ma, se per gli operai e i contadini impegnati in quegli scontri vi furono processi penali rapidi e conseguenti, caratterizzati da numerosi arresti e condanne, per le azioni degli squadristi i pubblici ministeri rimasero inoperosi; e Giacomo Matteotti, intervenendo in Parlamento nel marzo del 1921, aveva ricordato che, quando si era recato dal Procuratore del re di Rovigo segnalandogli che anche sulla stampa erano apparsi i nomi dei responsabili dell'uccisione del capo-lega di

⁶ G. FOCARDI, *Magistratura e fascismo, L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, 2012, 111-131.

Pincara e gli aveva chiesto perché non erano ancora stati assicurati alla giustizia, si era sentito rispondere che nulla era stato fatto, perché il procuratore non aveva l'abitudine di leggere i giornali⁷.

Dunque, un primo punto fermo: confrontando gli episodi di squadristo fascista ed i loro riscontri processuali si può tranquillamente affermare, con evidenza statistica, che vi fu inerzia da parte dei funzionari del Pubblico Ministero e che corposo fu il numero dei potenziali processi a carico dei fascisti, che nella realtà neppure furono iniziati.

Ma in questa sede, al fine di valutare i comportamenti non solo dei rappresentanti dell'accusa, ma anche di quelli dei giudici, vanno esaminati i pochi processi che, invece, furono promossi e che ebbero un qualche seguito.

Tra questi, due meritano, in particolare, di essere analizzati: il primo è quello che vede imputati Mussolini, Marinetti, Albino Volpi ed altri per costituzione di un corpo armato ed il secondo quello in cui appaiono tra gli accusati Cesare Rossi, Giovanni Marinelli e Amerigo Dùmìni per l'assassinio di Giacomo Matteotti. Nel primo caso operano magistrati che ancora si comportano come funzionari tradizionali, nel secondo emerge la figura del magistrato che diviene militante.

Il processo contro Benito Mussolini, dunque⁸.

Siamo alla fine del 1919 (le date sono importanti), la situazione è ancora confusa, il movimento di Mussolini, da poco fondato, si presenta alle elezioni di novembre e conquista pochi voti; ma conduce una campagna elettorale all'insegna della violenza: coerente con la sigla adottata, Thevenot Ardito⁹, il movimento scende in piazza con comizi presidiati da militanti armati, spesso conclusi da sanguinosi scontri con i socialisti (a Lodi vi erano stati morti e feriti); dopo la sconfitta alle urne, i fascisti cercano la rivincita sul campo con armi da taglio, rivoltelle e bombe a mano, provocando nuovi scontri ed aggressioni; a seguito di perquisizioni effettuate nelle sede del loro Comitato elettorale e nella Casa degli Arditi vengono trovate armi e munizioni; ed anche nella cassaforte di Mussolini, nella sede del Popolo d'Italia, si rinvergono 13 rivoltelle. Mussolini, Ferruccio Vecchi, Filippo Tommaso Marinetti (questi ultimi due, nella precedente primavera, avevano preso parte, a Milano, all'incendio dell'"Avanti!"), Albino Volpi (che poi vedremo imputato e condannato per il delitto Matteotti) ed altri sono di conseguenza arrestati.

⁷ Così il deputato socialista nel suo discorso alla Camera il 10/3/1921. Ora in G. MATTEOTTI, *Scritti e discorsi*, Milano, 1974, 146.

⁸ Per le varie fasi di questo processo si rinvia a G. SCARPARI, *Obiettivo 1919-1923: il processo contro Benito Mussolini per costituzione di banda armata*, Questione Giustizia, Milano, Franco Angeli, n. 1/2012, 103-151.

⁹ La Thèvenot era una bomba di produzione francese, assai usata dagli Arditi durante la guerra.

Cosa succede? Si muove subito Luigi Albertini, il potente direttore del *Corriere della sera*, che telefona al Presidente del consiglio Francesco Saverio Nitti, segnalando che l'arresto di Mussolini veniva vissuto dalla pubblica opinione come un regalo fatto ai socialisti; e Nitti fa subito sapere all'Autorità Giudiziaria che, se a carico di quell'esponente politico non erano contestati gravi delitti, lo stesso doveva essere liberato; i magistrati interpretano a modo loro il messaggio e scarcerano immediatamente l'ingombrante personaggio.

Ma c'è un imprevisto: il questore di Milano Giovanni Gasti inoltra alla Procura generale un'articolata e documentata denuncia nella quale ipotizza a carico degli imputati non un reato pretorile, come aveva indicato il cronista del *"Corriere della sera"*, ma un delitto contro i poteri dello Stato, quello cioè previsto dall'art. 253 c.p. che puniva la costituzione di un corpo armato¹⁰; e spiega che all'interno dei Fasci di combattimento milanesi si era in effetti formata una milizia gerarchicamente organizzata, con ufficiali affluiti dal Comando militare di Fiume, pronta a ricorrere all'uso delle armi, col deliberato proposito di effettuare lesioni ed omicidi pur di vincere qualsiasi ostacolo; ed a questo programma già era stata data una pratica realizzazione con gli scontri del 7 e del 17 novembre, per i quali erano stati individuati i componenti del corpo armato che avevano detenuto e trasportato bombe a mano, rivoltelle e pugnali¹¹

È un'accusa pesante. La Procura del re a questo punto invia il suo fascicolo alla Procura generale e qui il magistrato incaricato resta a lungo incerto sul da farsi, o meglio rimane inerte in attesa degli eventi.

Questi, per la verità, non mancano: in pochi mesi uno degli imputati, Benedetto Vecchi, aggredisce il direttore dell'*"Avanti!"*, i fascisti, a Trieste, si organizzano militarmente, a Roma bruciano la sede dell'*"Avanti!"* e Mussolini rivendica tutto: "abbiamo incendiato l'*"Avanti!"* di Milano, lo abbiamo distrutto a Roma. Abbiamo revolverato in nostri avversari nelle lotte elettorali. Abbiamo incendiato la casa croata a Trieste, l'abbiamo incendiata a Roma"¹².

Ce ne sarebbe abbastanza per convincere la Procura generale di Milano sulla pericolosità crescente di quelle milizie armate e per spingerla ad accelerare il processo; ma quegli eventi non fanno parte dell'originaria denuncia, che non

¹⁰ Codice penale del 1889, art. 253: "Chiunque... per commettere un reato determinato forma un corpo armato è, per ciò solo, punito con la reclusione da 3 a 7 anni".

¹¹ M. FRANZINELLI, *Squadristi. Protagonisti e tecniche della violenza fascista 1919-1922*, Milano, Mondadori, 2004, pp.30 ss..

¹² Così Mussolini nel discorso tenuto a Pola il 20/9/2020,, nel quale aveva anche detto: "Di fronte a una razza come quella slava inferiore e barbara...si deve seguire la politica del bastone". Vedilo riportato in G. A. CHIURCO, *Storia della rivoluzione fascista*, Firenze, 1929, vol. II, 267-271.

viene incrementata con indagini conseguenti; né sul tavolo del magistrato giungono ulteriori rapporti da parte della Polizia Giudiziaria, in genere molto attiva invece quando si tratta di perseguire gli anarchici: così, per l'inerzia degli uni e degli altri, l'azione penale ristagna.

Quando si giunge al novembre del 1920 l'atmosfera politica è cambiata: la grande paura legata in settembre all'occupazione delle fabbriche è passata; gli agrari in Emilia e in Puglia si avvalgono delle milizie fasciste per contrastare leghe e cooperative, il movimento di Mussolini partecipa ai blocchi d'ordine che alle amministrative fronteggiano i socialisti e che a Roma li sconfiggono. I giuristi si muovono di conserva, e Vincenzo Manzini, il più accreditato penalista del tempo, scova un articolo del codice penale mai applicato, ma utile alla bisogna, l'art. 254¹³, quello che sanziona i gruppi di cittadini che si attribuiscono compiti di polizia senza essere in possesso della necessaria autorizzazione amministrativa¹⁴.

A questo punto la Procura generale milanese può uscire dal lungo letargo e il 14 novembre 1920 chiede alla Sezione Istruttoria di rinviare a giudizio Mussolini e gli altri imputati non più per aver costituito un corpo armato contro i poteri dello stato, ma per aver costituito una sorta di guardia civica senza licenza. Ad alcuni può sembrare una forzatura o peggio, ma il magistrato può farlo senza suscitare critiche, perchè ha trovato un articolo di legge utile allo scopo, un'interpretazione dottrinale favorevole ed una stampa che convince l'opinione pubblica.

Il processo, tuttavia, subisce ancora uno stallo, non sappiamo se per dubbi interpretativi od altro. Nell'inverno 1920-1921, le squadre fasciste dilagano nelle campagne, distruggono, incendiano sedi di cooperative ed ammazzano capi lega con apposite spedizioni punitive; ma il movimento politico di Mussolini è utile a Giolitti per rinforzare i blocchi nazionali con cui intende arginare socialisti e popolari alle elezioni politiche di primavera. Il piano dello statista di Dronero non funzionerà, ma grazie ad esso 35 fascisti saranno eletti in Parlamento. Tra questi, il più votato di tutti, Benito Mussolini.

Questo fatto ha una diretta conseguenza anche sul piano giudiziario, perchè l'elezione blocca il processo pendente a Milano nei suoi confronti. Certo i

¹³ Codice penale 1889, art. 254: "Chiunque, senza legittima autorizzazione, forma un corpo armato non diretto a commettere reati è punito con la detenzione sino ad un anno e con la multa sino a lire mille".

¹⁴ Manzini sosteneva che "se si costituisce senza autorizzazione un corpo di volontari per la tutela di qualche bene giuridico minacciato da pubblici disordini, esso non può considerarsi come corpo armato diretto a commettere reati solo perché, nell'attuazione del suo programma, sia prevedibile la possibilità ch'esso incorra in qualche reato. In tali casi sarà applicabile, eventualmente, l'art. 254". V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1920-21, vol. V, 677.

magistrati potevano stralciare la sua posizione e processare gli altri imputati, ma questa scelta non viene fatta e il giudizio rimane sospeso in attesa di un'autorizzazione a procedere che non verrà mai; e, dopo la marcia su Roma, uno dei primi atti del fascismo al governo sarà quello di promuovere un'amnistia per i reati commessi "a fini nazionali" e tali sono, ovviamente, tutti quelli compiuti dagli squadristi nei confronti dei loro avversari politici.

Questo provvedimento reca la data del 22/1/1922: due giorni dopo la Procura generale di Milano chiede l'applicazione del beneficio, cancella, sbarrando manualmente (!) la precedente richiesta di rinvio a giudizio e ne formula una seconda con la quale chiede l'improcedibilità dell'azione penale e la Sezione Istruttoria prontamente si adegua, ordinando anche la restituzione delle 13 rivoltelle a Benito Mussolini.¹⁵

Questo processo è emblematico: inizia con la pesante interferenza dell'esecutivo sulla magistratura, che non suscita alcuna reazione tra i funzionari direttamente interessati; il "messaggio" di Nitti è tuttavia "aperto": se vi sono delitti gravi, rigore, se reati di scarsa entità, scarcerazione degli imputati. I magistrati del Tribunale fanno propria l'interpretazione riduttiva, il questore quella più rigorosa, evidenziando così la divisione che esiste tra i diversi apparati dello Stato.

La Procura generale segue, con evidenti forzature, l'interpretazione dei colleghi del Tribunale: qui vediamo dunque all'opera vari magistrati, tutti però rappresentativi del funzionario tradizionale.

La realtà procede in un senso (il corpo armato iniziale si ingrossa, si ramifica, rivela una inquietante pericolosità), la magistratura, nelle sue varie componenti, la ignora: evidentemente anche i magistrati milanesi non leggono i giornali, si occupano solo delle carte che trovano sul loro tavolo; potrebbero incrementarle, è vero (anche l'art. 163 del codice di procedura penale del tempo poneva la Polizia Giudiziaria alla dipendenza delle Procure), ma preferiscono non farlo; per accusare gli imputati si avvalgono di una norma desueta, poco aderente alla realtà del caso, ma sollecitata con forza dalla dottrina; alla prima occasione, sospendono l'intero processo; alla seconda sollecitano l'amnistia.

In tutti questi passaggi non si allontanano dalla tradizione: quando devono scegliere (se tenere in carcere gli imputati, se sospendere il processo per uno o per tutti gli accusati, ecc.) trovano sempre la soluzione che risulta in sintonia con i desiderata che provengono dall'alto, che incontra il sostegno dell'opinione pubblica che conta e, soprattutto, che non mette in alcun modo a rischio la carriera.

¹⁵ Sentenza 8 febbraio 1923 contro Marinetti + 37 in Archivio di stato di Milano. Corte d'appello, Sezione d'accusa, vol. 179.

Discorso assai diverso deve farsi per il secondo processo considerato, quello promosso per l'assassinio del deputato socialista.

A differenza del precedente, questa inchiesta è stata più volte esaminata dagli storici¹⁶ ed ormai anche la vicenda giudiziaria è sufficientemente nota. Ma in questa sede non viene riesaminata per valutare le condotte degli esecutori e/o dei mandanti dell'assassinio, ma per considerare il ruolo differenziato che in essa ebbero a svolgere i magistrati incaricati, il giudice istruttore da un lato, i rappresentanti dell'accusa e i giudici del dibattimento dall'altro.

Qui, per la prima volta, vediamo all'opera magistrati funzionari e magistrati militanti. Siamo nell'estate del 1924: nel Paese l'assassinio del deputato socialista solleva un'ondata di sdegno, la stampa raccoglie una diffusa condanna morale del fascismo e il regime sembra vacillare; anche l'Associazione generale dei magistrati d'Italia, l'AGMI, troppo silenziosa in passato, esce allo scoperto invocando giustizia per l'efferato delitto.

Il processo, in Tribunale, vede impegnati il capo dell'ufficio istruzione e Filippo Alfredo Occhiuto, uno dei dirigenti dell'AGMI; ma alcuni tra gli imputati arrestati, Cesare Rossi, Giovanni Marinelli e Filippo Filippelli sono personaggi in vista del regime e, soprattutto, minacciano chiamate di correo che puntano più in alto; così, immediatamente, il 19 giugno, il neo Procuratore generale Vincenzo Crisafulli, nell'ambiente già noto come fascista, avoca a sé l'inchiesta, che viene da quel momento condotta da un suo sostituto Umberto Guglielmo Tancredi e, per la Sezione d'accusa, da Mauro Del Giudice, un magistrato conosciuto per un libro scritto a difesa delle allora discusse Corti di Assise¹⁷.

Sulle varie fasi di questo processo il giudice ha lasciato un suo memoriale¹⁸, un resoconto che va preso con cautela, ma che, incrociato coi dati risultanti dalle carte e da altre fonti reperite, ci consente di comprendere attraverso quali condotte dei magistrati si sia potuto giungere al giudizio farsa celebrato davanti alla Corte d'Assise di Chieti.

Ebbene, la nota dominante è l'assoluta solitudine in cui opera il giudice che cerca di istruire quel delicato processo; ogni atto da lui compiuto viene dal sostit-

¹⁶ Sul processo per il delitto Matteotti, v. M. CANALI, *Il delitto Matteotti*, Bologna, 2004; con particolare riferimento al processo intentato presso l'Alta Corte nei confronti del generale e senatore E. DE BONO, v. G. ROSSINI (a cura di), *Il delitto Matteotti tra il Viminale e l'Aventino. Dagli atti del processo De Bono davanti all'Alta Corte di Giustizia*, Bologna, 1966.

¹⁷ Sulle singole fasi processuali e sul contesto in cui lo stesso si svolse si rinvia a Giancarlo Scarpari, *Giustizia politica e magistratura dalla Grande Guerra al fascismo*, Bologna, 2019, 189-216.

¹⁸ M. DEL GIUDICE, *Cronistoria del processo Matteotti*, in MATTEOTTI, a cura di U. TERRACINI, Roma, ANPPIA, 1957.

tuto Tancredi comunicato al suo “superiore” Vincenzo Crisafulli e da questi a chi di dovere, concreta applicazione, questa, del ruolo svolto dal Pubblico Ministero quale rappresentante dell'esecutivo; gli imputati, che avrebbero dovuto rimanere isolati, si incontrano invece, con la compiacenza del direttore, nell'infermeria del carcere, per concordare le dichiarazioni da rendere al giudice: il magistrato istruttore opera dunque in un clima di vera e propria libertà vigilata.

Crisafulli, o chi per lui, ritiene che tutto questo non sia sufficiente e così l'alto magistrato avvicina Del Giudice, suggerendogli di sbarazzarsi di quell'ingombrante processo, inviando l'incarto all'Alta Corte di Giustizia. Nel suo memoriale il giudice annota di aver seccamente respinto l'invito, visto che il Senato era, a suo dire, per quattro quinti già asservito al fascismo. Ma, involontariamente, in dicembre, in soccorso a Crisafulli viene il direttore del Popolo, Giuseppe Donati, che, volendo suscitare in quel consesso una pubblica discussione sulla vicenda, denuncia il quadrumviro e senatore Emilio De Bono all'Alta Corte di Giustizia: e così, automaticamente, l'azione giudiziaria in corso viene sospesa.

Qui, a differenza di quanto si è visto nel processo contro Benito Mussolini, il contrasto non è sorto tra diversi apparati dello stato, ma è nato all'interno della stessa magistratura: di fronte ad un giudice istruttore che cerca di appurare le effettive responsabilità dell'accaduto, vi è la Procura generale che avoca a se il processo per controllarne gli sviluppi. Ma questa dialettica è di breve durata: il 3 gennaio 1925 Mussolini, certo ormai dell'impunità, rivendica, davanti un Parlamento ormai “normalizzato”, la paternità dello squadristo (“Se il fascismo è stata un'associazione a delinquere, io sono il capo di questa associazione”) ed affida ad Alfredo Rocco, nominato ministro della Giustizia, il compito di gettare le basi per la “trasformazione dello Stato”, cioè per la svolta autoritaria e l'instaurazione della dittatura.

Immedie sono le ricadute sul processo Matteotti.

Il precedente contrasto diviene uno scontro aperto. Per bloccare il giudice istruttore, si muove direttamente Rocco, che, anziché privarlo dell'inchiesta, toglie lui dal processo, promuovendolo. Del Giudice, come magistrato, aveva operato con coraggio, scrupolo e coscienza, difendendo le ragioni dello Stato; come funzionario, isolato anche nel suo stesso ufficio, accetta la promozione, pur sapendo che tutto il suo lavoro verrà in gran parte vanificato.

A questo punto, mentre Rocco sostituisce Del Giudice con un magistrato fidato, Antonio Albertini, il procuratore generale Crisafulli, rimasto dominus incontrastato dell'intero processo, designa a sua volta, quale sostituto, Nicodemo Del Vasto, cognato di Farinacci. E questo segna il salto di qualità impresso alla vicenda: ora non è più in discussione l'articolo di legge da applicare o la scelta tra diverse interpretazioni giuridiche da privilegiare, qui il procuratore adotta una decisione dichiaratamente politica, di evidente impatto simbolico (Farinacci in

quel momento era il segretario generale del partito fascista) e rende così visibile il passaggio di un magistrato, funzionario dello Stato liberale, che si fa militante di un partito che quello Stato si accinge ad abbattere.

Del Vasto e Albertini si accordano subito. Per gli imputati eccellenti (Rossi, Marinelli e Filippelli) cade l'accusa di concorso in omicidio e rimane solo quella di sequestro di persona (e Rocco si appresta a varare una amnistia¹⁹ che ricomprende, tra gli altri, proprio questo reato, per cui i tre imputati verranno subito prosciolti e scarcerati); per la manovalanza (Dùmini, Volpi e Poveromo) il delitto di omicidio volontario viene derubricato in quello di omicidio preterintenzionale (e per tale reato il provvedimento elaborato da Rocco prevede un condono della pena sino a 4 anni): si realizza così un compiuto ed efficace intreccio di scelte giudiziarie di sicura valenza politica e di scelte politiche dall'immediato impatto sulle decisioni giudiziarie.

La Corte d'Assise di Chieti, dove la Cassazione invia il processo "per legittimo sospetto" (sic), condanna i tre ultimi imputati a 5 anni, 11 mesi e 20 giorni di reclusione, in modo che, con i 4 anni di condono e la carcerazione sofferta, Dùmini, Volpi e Poveromo possono uscire dal carcere non il giorno della sentenza (cosa sconsigliata per il possibile impatto negativo sulla opinione pubblica), ma, silenziosamente, dopo soli due mesi. A Chieti Farinacci aveva assunto la difesa di Dùmini, che il cognato aveva mandato a giudizio; la vedova Matteotti, rassegnata, aveva ritirato la costituzione di Parte Civile; la sera prima del processo, secondo quanto riferito dall'avv. Giovanni Vaselli a Del Giudice, il Presidente della Corte, il Pubblico Ministero e i difensori degli imputati si erano incontrati a casa del primo per concordare il da farsi²⁰. Non vi sono altri riscontri a tale proposito: sta di fatto che Francesco D'Anza, il presidente del collegio e Alberto Salucci, il P.M. d'udienza, nonché Albertini e Del Vasto, saranno tutti premiati con un seggio senatoriale²¹.

Questo processo è certo un caso limite. Ma è importante perché ci consente di vedere, praticamente "in diretta", il passaggio del magistrato da funzionario a militante durante la trasformazione della forma stato, di cogliere cioè l'inizio e la conclusione di un "breve viaggio" di adesione al fascismo.

Un percorso, questo, che molti altri magistrati seguiranno, sia pure con tempi e modalità diverse. Penso, ad esempio, ad Antonio Marongiu, che rap-

¹⁹ Si tratta del R.D. 1/7/1925 n. 1277.

²⁰ M. DEL GIUDICE, *Cronistoria*, cit., 169-170. L'avv. VASELLI era stato "il regista occulto di tutto l'affare Matteotti" ed aveva trasmesso a Mussolini le lettere e messaggi inviati durante il processo al Capo del governo da Dùmini. Così M. CANALI, *Il delitto Matteotti* cit., 247.

²¹ Cfr. Archivio storico del Senato – Senatori dell'Italia fascista – Magistrati. Durante il regime furono 68 i magistrati che ricevettero il laticlavio.

presentò la Cassazione nella interlocuzione con Rocco al tempo della preparazione dei codici penali e che, in occasione del “decennale”, rivendicò alla magistratura il merito di aver sempre interpretato la legge “fascisticamente”, quando la Rivoluzione era ancora in marcia, favorendone quindi la conclusione vittoriosa²².

E penso anche a quei numerosi Procuratori generali, che giunti a quelle cariche apicali per meriti fascisti, nei vari discorsi inaugurali dell’anno giudiziario si affrettavano a ringraziare il governo che li aveva nominati, elogiando le grandi opere di rinnovamento create dal Duce e dal Regime²³.

Ma la pagina più nera della magistratura del tempo – una pagina generalmente trascurata dagli storici – rimane quella scritta dagli oltre 600 pretori che, nell’anno dell’assassinio di Matteotti, raccolsero in un libello una serie di omaggi al Duce e lo presentarono, nel corso di una solenne cerimonia, a Mussolini, a Rocco ed al presidente della Cassazione Mariano D’Amelio, accompagnandolo con queste parole: “Infinitamente umili noi ci sentiamo, dinanzi alla sublime Purità Vostra che vorremmo adorare in silenzio”; e così via per altre 100 pagine, nelle quali la vantata militanza sconfinava nel servilismo e nel grottesco²⁴.

Il magistrato militante è l’ultima e la più estrema trasformazione del funzionario che si compie quando lo Stato da liberale diventa autoritario. Costituisce una componente minoritaria, ma è certo la più vistosa ed è diffusa, non a caso, soprattutto tra gli alti gradi.

Per la grande maggioranza dei magistrati non è stato così, ma l’avvento della dittatura ha fatto sì che l’intera corporazione sia rimasta in silenzio per vent’anni.

Prima quando ancora si poteva parlare, avevano fatto però sentire la propria voce i dirigenti dell’Associazione Magistrati, che, sciogliendosi, con Vincenzo Chieppa avevano lasciato ai futuri magistrati una nobile testimonianza:

Forse, con un po’ più di comprensione – come eufemisticamente suol dirsi – non ci sarebbe stato impossibile organizzarci una piccola vita soffusa di tepide burette, al sicuro dalle intemperie e protetta dalla nobiltà di qualche satrapia. Ma

²² A. MARONGIU, *Nel decennale della Marcia su Roma. La magistratura italiana prima e dopo la Rivoluzione*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 61-64.

²³ Alcuni di questi discorsi sono riportati in appendice da FOCARDI, *Magistratura e fascismo*, cit.

²⁴ Gli autori del libello si erano anche autocelebrati (“*Noi che rappresentiamo la classe che eccelle per cultura e primizia per responsabilità*”) e, rivolgendosi ai colleghi che “*si preoccupano di apparire indipendenti*”, avevano dato prova delle vantate qualità, ricordando loro che “*la vostra scolastica è per i mediocri, ma non può prevalere agli (sic) animati da sacro entusiasmo*”. Cfr. A.S.E. Mussolini. I Pretori d’Italia, Tivoli, Arti grafiche Marella, 1924, 1-11.

la malafede non è il nostro forte, la “vita a comando” è troppo complessa per spiriti semplici come i nostri. Ecco perché abbiamo preferito morire²⁵.

Dopo, quando parlare non fu più consentito, vi furono solo esempi di resistenza privata (come quella di Alberto Apponi che spiega al padre perché non può iscriversi al fascismo, rinunciando in tal modo alla carriera²⁶) e, se pubblica, drammaticamente isolata (come è stato per Peretti Griva, che non ha esitato, malgrado i rischi, a condannare, come Presidente del Tribunale di Piacenza, gerarchi locali per aver aggredito un avvocato antifascista²⁷).

Vent'anni dopo tutti, anche i magistrati, potranno riprendere la parola; ma dal '43, con la Resistenza, alcuni troveranno la forza e il coraggio di passare dalla parola all'azione: cesseranno di essere funzionari, indosseranno le vesti del cittadino, faranno una scelta di campo e si batteranno contro il nazifascismo. Tra di essi vi saranno arrestati, torturati, inviati nei campi di sterminio, uccisi.

La Repubblica italiana, nata da quella lotta, ha reso omaggio, negli anni '50, a magistrati che avevano fatto carriera sotto il fascismo, promuovendo Gaetano Azzariti, già presidente del Tribunale della Razza, a Presidente della Corte costituzionale e destinando, all'inizio degli anni 60, Mario Comucci e Luigi Oggioni, due funzionari che avevano seguito Mussolini anche a Salò, a ricoprire le cariche, rispettivamente, di Procuratore generale e di Primo Presidente della Corte di Cassazione²⁸; ma di quei magistrati cittadini, per oltre trent'anni si era completamente dimenticata.

Solo nel 1975, infatti, il CSM si è ricordato, con un ritardo imperdonabile, del loro sacrificio, ed ha commemorato, con un'apposita cerimonia, quei magistrati, non più funzionari, “caduti nella guerra di liberazione”²⁹.

²⁵ Questo articolo di commiato apparve sull'ultimo numero de *La Magistratura*, periodico dell'AGMI, nel gennaio 1926.

²⁶ La lettera di Apponi è del 1932 e può leggersi ora in “*Questione Giustizia*”, n. 2/1889, 1033 e ss.

²⁷ D. R. PERETTI GRIVA, *Esperienze di un magistrato*, Torino, 1956, 24.

²⁸ Lo ha ricordato E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari, 2018, 27-28.

²⁹ Le singole vicende sono state raccolte in Consiglio Superiore della Magistratura, *La magistratura nella lotta di liberazione: i caduti*, Roma, 1976.

Dal fascismo alla Liberazione. Figure luminose di magistrati italiani in un difficile passaggio della Storia

Parto da una data. Perché le date sono sempre importanti per comprendere la valenza delle condotte e degli atti di coraggio civile delle persone.

3 aprile 1944. Un mese prima che la linea gotica venga sfondata. Due mesi prima della liberazione di Roma. La disfatta nazifascista, anche se ormai annunciata, ha tempi ancora incerti. Tutto il Nord è sotto il dominio della Repubblica sociale italiana. In quella data, Piero Pisenti, Guardasigilli di Salò, impara il significato dell'espressione "magistrati del vecchio Piemonte".

Quel 3 aprile 1944 Pisenti è venuto a Torino, da Milano, per incontrare una delegazione di magistrati, guidati da Domenico Riccardo Peretti Griva, e convincerli a prestare il giuramento di fedeltà alla Repubblica sociale. Tra quei giudici ci sono uomini moderati, legati alla tradizione di casa Savoia, che da sempre, sulle pareti di casa e dell'ufficio, hanno il ritratto di Vittorio Emanuele III. Ce ne sono altri, più giovani, di sentimenti ormai repubblicani e che, dopo la fuga del re a Brindisi, quel ritratto avevano tolto dal loro ufficio; ma poco dopo lo avevano riappeso, come risposta polemica alle circolari del nuovo Ministro che imponevano la rimozione, da tutti gli uffici pubblici, "dei ritratti e dei busti degli appartenenti all'ex casa regnante"¹. E, allo stesso tempo, avevano continuato ad intestare le loro sentenze "In nome del Re", disobbedendo all'ordine ministeriale che aveva disposto la nuova intestazione "In nome della Legge".

Quel giorno, anziani e giovani magistrati si ritrovano, tutti, sulla linea proposta da Peretti Griva: opporre il giuramento già prestato allo Statuto albertino come argine concettuale e morale contro la pretesa del nuovo Stato di Salò. Dopo una lunga ma serena discussione, Peretti Griva la spunta: Pisenti non insiste e rinvia la soluzione ad un momento successivo, di fatto esonerando dal giuramento i magistrati piemontesi².

¹ Circolari del ministro Pisenti del 31 gennaio e del 7 marzo 1944. Sulla visita a Torino di Pisenti, v. ALESSANDRO GALANTE GARRONE, *La magistratura italiana fra fascismo e Resistenza*, in "Nuova Antologia", n. 2159 – Luglio-Settembre 1986; nonché PAOLO BORGNA, *Un Paese migliore – vita di Alessandro Galante Garrone*, 195-196, Laterza, 2006

² PERETTI GRIVA, nel suo *Esperienze di un magistrato* (Einaudi, 1956, 30) ricostruisce questo episodio

Ma facciamo un passo indietro.

Quando parliamo di “magistrati resistenti” non possiamo ricordare soltanto la resistenza di alcuni magistrati dopo l'8 settembre 1943. Ci fu, durante il fascismo, un'importante resistenza di molti magistrati italiani. Soprattutto dei magistrati più anziani, formati nell'età giolittiana, i quali sentivano l'iscrizione al Partito nazionalfascista (che nel 1933 divenne obbligatoria) come un adempimento formale: un'umiliazione, che però non li obbligava a comportamenti contrari alla loro coscienza. Quei magistrati, di cultura liberale, non potevano non provare disgusto verso l'irrompere, nella vita civile e politica italiana, del fascismo con le sue “violenze squadristiche e sguaiataggini, la sua incultura, la sua sprezzante irrisione delle tradizioni liberali”³. Per loro l'opposizione al fascismo fu uno stato d'animo pre-politico. Un'opposizione innanzitutto culturale. Un “antifascismo di stile”.

Fu quella indipendenza culturale che consentì di pronunciare sentenze libere. E fece dire a Calamandrei che, nei vent'anni del regime, “la *trahison des clerics* ha avuto dai giudici minor contributo che da ogni altra categoria di intellettuali”. Intendiamoci: rievocando questo giudizio di Calamandrei non dobbiamo indulgere in quella narrazione, troppo univoca e pomposamente autoincensante, per decenni in voga tra i giudici, secondo cui il tribunale speciale fu creato perché il regime fascista non poteva fare alcun affidamento sulla magistratura ordinaria. In realtà, gli studi più recenti⁴ hanno dimostrato che la stragrande maggioranza della magistratura ordinaria non fu affatto estranea alla filosofia di fondo che ispirava i “Provvedimenti per la difesa dello Stato” del 1926.⁵

ricordando una discussione stranamente pacata: “Il Pisenti, per le verità, mostrò di non adontarsi per un simile atteggiamento che, *a priori*, nei suoi confronti, aveva potuto apparire alquanto ardito, e dichiarò che egli stesso si era dato carico della cosa e che ci sarebbe stato tempo per pensarci. In effetti, nonostante – si noti bene – le furie di Farinacci su questo tema specifico, fu lodevolmente risparmiata dal Pisenti l'imposizione del giuramento ai magistrati”.

³ Così A. GALANTE GARRONE, *La magistratura italiana fra fascismo e Resistenza*, cit., p. 80.

⁴ Tra tutti, v., da ultimo, L.P. D'ALESSANDRO, *Giustizia fascista – Storia del Tribunale speciale (1926-1943)*, il Mulino, 294.

⁵ Già lo sapevamo, avendo letto i panegirici di consiglieri di Cassazione che intravedevano, nella legislazione affermatasi sul finire degli anni '20, l'impronta “dell'unghia del leone fascista”; nonché i discorsi dei procuratori generali, in cui i “Provvedimenti per la difesa dello Stato” venivano salutati *cum gaudio magno*. Ora D'Alessandro ricorda le parole con cui, nel 1931, all'indomani della approvazione dei nuovi codici e alla vigilia della prima proroga quinquennale dei Provvedimenti del '26, il procuratore generale della cassazione omaggiava il tribunale speciale che “duramente ma giustamente colpisce”. E ne indicava l'orizzonte: “destinato, per l'altezza delle sue funzioni, nobilmente esercitate, a divenire, nella sua essenziale costituzione, il tribunale unico e permanente della Difesa dello Stato”.

Il contributo dato dai magistrati ordinari al funzionamento dell'organo speciale fu molto importante. Anche se il loro numero non fu elevatissimo (17 in tutto) essi occuparono quasi sempre i vertici di procura e tribunale. E, comunque, moltissimi furono i magistrati ordinari che fecero domanda per essere “comandati” al nuovo organismo e non riuscirono ad entrarci solo perché i vertici avevano posto dei limiti al personale. Questa osmosi culturale consente di concordare con il giudizio che, quasi vent'anni fa, formulava Alberto Aquarone: l'adesione della magistratura italiana ai valori dell'Italia fascista “fu esplicita ed estesa, anche se non profonda”⁶.

Eppure, anche in quel clima culturale vi furono giudici capaci di pronunciare sentenze libere. Possiamo ben parlare, come recita il titolo della relazione che mi è stata affidata, di “figure luminose di magistrati”.

Così, nel 1927 – quando già erano state emanate le “leggi fascistissime”, sciolti i partiti, chiusi i giornali non allineati, istituito il tribunale speciale, revocati tutti i passaporti – la sezione istruttoria della Corte di appello di Cagliari assolse per legittima difesa Emilio Lussu che undici mesi prima, con un colpo di fucile alla tempia, aveva fulminato uno dei fascisti che stavano dando l'assalto alla sua casa.

E nello stesso anno (1927), al processo di Savona per la fuga in Corsica di Filippo Turati, i giudici, di fronte ai dieci anni di reclusione richiesti dal pubblico ministero (che allora prendeva ordini dal governo), derubricarono il reato in una semplice contravvenzione, condannando gli imputati a soli dieci mesi di arresto.

È grazie a quella capacità di singoli magistrati di decidere da uomini liberi che nel 1931 Peretti Griva, allora Presidente del Tribunale di Piacenza, fissò un processo contro tre capi del fascismo locale imputati di aver aggredito un avvocato antifascista piacentino cui avevano fratturato un dito di una mano. Celebrò ritualmente il processo in un'aula affollata da miliziani in divisa e con gli imputati difesi da un collegio di avvocati fascistissimi guidati da Roberto Farinacci, che, oltre ad essere avvocato, era stato tra i fondatori dei “Fasci di combattimento”. E pronunciò sentenza di condanna. Molti anni dopo Peretti Griva, rievocando quel processo, ricorderà onestamente che la sentenza non provocò alcuna conseguenza negativa sulla sua carriera. Anzi: fu la “dimostrazione che anche in regime fascista, il magistrato era nella possibilità di ragionare con la propria testa e di seguire la propria coscienza”.⁷ Perché – ricorderà sempre Peretti Griva – “il conformista agisce da pauroso, anche senza che sussista, in concreto, una ragione”.⁸

⁶ A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, 2003, 242.

⁷ *Esperienze di un magistrato*, cit., 25.

⁸ *Ibidem*, 327.

Queste decisioni anti-conformiste e indipendenti avevano, sullo sfondo, una rigorosa difesa del principio di legalità, in netta contrapposizione con il c.d. “sistema della formulazione giudiziaria del diritto” che affidava all’interprete un vasto potere creativo: il compito di applicare la norma scritta rinvigorendola con le esigenze della società, lasciandosi investire dal “vento che irrompe dalle finestre”, sino a modificare la stessa norma: così annullando la distinzione tra il momento della creazione del diritto e quello della sua applicazione. Era, questo, l’indirizzo giurisprudenziale che si ispirava alle teorie del “diritto libero”, ampiamente diffuse nella Germania nazista. La resistenza giurisprudenziale dei magistrati liberali ha dunque anche il sapore di una resistenza all’influenza culturale dell’alleato tedesco.

È noto che la testimonianza più significativa di questa resistenza culturale fu la conferenza che Piero Calamandrei tenne, nel gennaio 1940, agli studenti cattolici fiorentini della FUCI⁹. Con le teorie del diritto libero – avvertiva Calamandrei – si annulla la distinzione tra il momento della creazione del diritto e quello della sua applicazione: “Qui il giudice non importa che si affatichi a studiare le leggi, perché le leggi non ci sono: occorre soltanto che in qualsiasi evenienza, anche quando si tratta di giudicare sulla rivendicazione di una gallina, egli sia pronto a interrogare la storia”.

In realtà, la polemica di Calamandrei si indirizza non tanto contro la teoria del “diritto libero” quanto piuttosto contro la degenerazione di questa teoria: che con il nazismo e il comunismo era divenuta diritto non “libero” bensì fortemente ideologizzato, ispirato alle ideologie dominanti. E infatti, nella conferenza ai giovani della FUCI, il giurista fiorentino cita l’esperienza della Russia staliniana; dove, grazie ad una riforma del 1936, il giudice era chiamato ad interpretare la legge ispirandosi “alla politica generale del governo” e dove era stato abrogato il principio “borghese” del *nullum crimen sine lege*.¹⁰

Non approfondisco questo tema – perché non è quello oggi assegnatomi – ma, anche per meglio comprendere ciò che avverrà nel 1945, devo fare una sottolineatura. A sorreggere la rigorosa difesa del principio di stretta legalità, che animava molti giudici degli anni Trenta, vi è la convinzione – ampiamente diffusa tra i magistrati che avevano preso le funzioni prima dell’avvento del fascismo –

⁹ Pubblicata per la prima volta da Laterza nel 2008 con il felice titolo *Fede nel diritto*.

¹⁰ Calamandrei indica alcuni esempi aberranti di ritorno alla “barbarie”, attuata contro i “russi bianchi” da “giudici politici liberati dal giogo delle leggi”: la madre del giovane ribelle che viene passata per le armi per “avere delittuosamente raccolto il cadavere di suo figlio”; il medico fucilato con l’accusa di “eccesso di popolarità”; il colonnello portato al patibolo “per avere fotografato il monumento di Caterina II”.

che il quadro legislativo italiano fosse rimasto in larga parte coerente con l'impronta liberale che lo aveva caratterizzato prima del ventennio e che il regime soltanto in parte aveva intaccato. Certo, Calamandrei sapeva bene che le leggi razziali del '38-'39 avevano costituito, rispetto a questo sistema, un *vulnus* difficilmente classificabile come una semplice contraddizione. Eppure, rimaneva in lui l'idea di fondo che, persino negli anni del fascismo trionfante, la difesa della legalità avrebbe perlomeno costituito un freno, un rallentatore, un "argine concettuale e morale contro l'invadenza accentratrice del potere esecutivo" (come avrebbe scritto il suo allievo Mauro Cappelletti). Persino con l'obbrobrioso innesto delle "leggi che facevano orrore" il sistema legislativo, nel suo complesso, era preferibile all'irruzione prepotente, nel sistema della giustizia, dell'ordalico "spirito dei tempi" affidato all'interpretazione delle nuove generazioni di giudici politicizzati, allevati dal regime.

Sappiamo bene che negli anni successivi il pensiero di Calamandrei avrà una svolta significativa. Quella svolta fu imposta dai carri armati tedeschi e dagli ebrei caricati sui carri bestiami, in forza della legge imperante in quel momento. Sappiamo anche che, difendendo la legittimazione del processo di Norimberga – in cui erano state applicate ai criminali di guerra norme con effetto retroattivo approvate dai vincitori – Calamandrei invocherà "Le leggi non scritte nei codici dei re, alle quali obbediva Antigone; le "leggi dell'umanità"; la legge che "in cuor di porta", che si pone "al di sopra delle leggi scritte".

Quella diversità tra il Calamandrei della fine degli anni '30 e il Calamandrei successivo al 1945 può apparire un abisso. Certo. Ma quell'abisso ha un nome preciso: quell'abisso si chiama Auschwitz. In realtà, dietro quella contraddizione profonda, in continua e mai appagata oscillazione tra *leges* e *mores*, c'è infatti una profonda coerenza di valori. I valori che muovono lo sdegno del Calamandrei del 1940 contro la condanna senza legge dei giudici russi e i valori che nel 1944 gli faranno dire che le leggi razziali non sono altro che "forma senza anima", sono immutati. La molla che lo spinge è la stessa: il terrore per la disumanità di cui sono capaci gli uomini; e dunque l'invocazione dei principi eterni, riconosciuti da tutti, portati nel cuore di ciascuno, di quei valori (religiosi, filosofici, culturali in senso lato) intorno ai quali e grazie ai quali, in ogni epoca della storia, un agglomerato di persone diventa società di essere umani e come tale sa vivere.

Ma abbiamo fin troppo divagato, soffermandoci sulla resistenza culturale dei magistrati durante il fascismo. Torniamo al nostro tema di oggi e alla scoperta attività antifascista di molti magistrati nel "difficile passaggio" storico successivo alla caduta del Regime.

Dopo il 25 luglio 1943, i giudici che negli anni precedenti erano stati sotteraneamente antifascisti cominciarono a prendere contatti, a contarsi, a uscire dall'ombra.

Dopo l'armistizio, a Roma si organizzò un CLN dei magistrati che, dopo la strage delle Fosse Ardeatine, del 24 marzo 1944, riuscirono a bloccare le udienze¹¹. Molti magistrati, in varie regioni d'Italia, pagarono con la vita il loro impegno antifascista.

Penso a Carlo Alberto Ferrero, della Corte d'Appello di Torino che, per aver definito "prive di fondamento giuridico" le sanzioni a carico dei familiari dei re-nitenti alla leva, fu catturato dai tedeschi, seviziato, costretto a sfilare nel paese di Chiusa Pesio con appeso al collo un cartello con la scritta "traditore" e infine fucilato.

Penso al magistrato socialista Mario Fioretti che a Roma, il 12 dicembre 1943, fu ucciso in piazza di Spagna al termine di un comizio.

Penso al giudice di Ferrara Pasquale Colagrande. Il quale, incarcerato dai fascisti, quando gli si offrì di fuggire, rispose "Salvarsi? O tutti o nessuno". E poco dopo, davanti al plotone di esecuzione, alzò il grido "assassini!". Dirà Calamandrei in un discorso commemorativo tenuto a Ferrara nel novembre 1950: "quella non fu un'imprecazione; egli era un magistrato: quella fu una sentenza, l'ultima inappellabile sentenza di un magistrato eroico".

Penso al giudice cuneese Vincenzo Giusto, che cadde in combattimento dopo aver raggiunto sulle montagne le formazioni partigiane.

Penso a due magistrati di Savona: il giudice Nicola Panevino, che morì sotto le torture delle SS; e il giudice Francesco Drago, catturato e fucilato dopo essersi unito alle unità combattenti.

Ma furono questi atti di eroismo individuale sostanzialmente isolati.

L'unica regione in cui una rete organizzata di magistrati venne coinvolta attivamente negli organismi politici e militare della Resistenza, fu il Piemonte. Anche perché a Torino, dopo il 25 luglio 1943, confluirono magistrati antifascisti da tutto il Nord. Tra questi, il giudice veneto Giovanni Colli, monarchico, che i magistrati della mia generazione ricordano come conservatore di ferro e arcigno Procuratore generale di Torino; ma che, nei mesi successivi al luglio 1943, fu tra i magistrati più intransigentemente antifascisti.

Proprio di questa originale esperienza piemontese devo ora parlare.

Già dall'estate 1944 il CLN piemontese affronta il problema di come assicurare l'ordine pubblico e governare la piazza al momento dell'insurrezione finale. Bisogna organizzare la giustizia per i giorni della Liberazione, per evitare il prolungamento della guerra civile.¹² Soprattutto, si tratta di stabilire come celebrare i

¹¹ Traggio la notizia da A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, 2012, 242.

¹² V. G. NEPPI MODONA, "Sanzioni contro il fascismo e amministrazione della giustizia", in *Aspetti della Resistenza in Piemonte*, Book's store (ed. 1977), 307-374 (v. in particolare 314 ss.). Neppi Mo-

processi nei giorni in cui, crollato il regime, le prevedibili rappresaglie di nazisti e fascisti imporranno una pronta repressione, per la quale certamente i normali tribunali saranno inadeguati. Cosa si dovrà fare delle spie, dei cechini colti in flagranza, degli appartenenti a formazioni volontarie presi con le armi in pugno? Come assicurare un'immediata repressione, senza che questa si trasformi in brutale vendetta? Fin dal 20 luglio 1944, il CLN del Piemonte nomina segretamente Domenico Riccardo Peretti Griva Presidente della Corte d'appello di Torino e Giacinto Bozzi Procuratore generale.¹³ Intorno a loro, avvocati e magistrati antifascisti torinesi intrecciano un'approfondita discussione, in costante collegamento con il CLN, sulle soluzioni giuridiche da adottare.¹⁴ Il punto di riferimento più autorevole è Paolo Greco, liberale, professore di diritto commerciale all'università di Torino, rettore alla Bocconi di Milano dal '38 al '45, autore di testi divenuti classici sul contratto di lavoro, le società commerciali, il diritto d'autore. Sarà lui – con il nome di battaglia di “dottor Martini” – il primo presidente del CLN piemontese¹⁵ e il vero “legislatore” del Comitato: l'estensore di tutti i principali suoi decreti.

Emergono subito due diverse posizioni. Gli “anziani”, Greco e Peretti Griva, tendono ad affermare una precisa continuità giuridica con il previgente ordinamento del regno d'Italia ed a rispettare, anche nella fase insurrezionale, i “fondamentali e universali canoni del diritto”¹⁶: nei processi che si dovranno celebrare ai fascisti arrestati nel momento del trapasso, Peretti Griva e Greco vogliono assicurare le garanzie processuali e vogliono che sia osservato il tradizionale principio di irretroattività della legge penale. Ritengono che sia possibile processare gli esponenti del regime autori dei fatti più gravi utilizzando gli strumenti del codice fascista, semplicemente invertendone i presupposti ideologici. Reati come il disfattismo politico a seguito di “intelligenza con lo straniero”, puniti grave-

dona approfondisce anche il problema del rapporto fra la produzione legislativa del CLN Alta Italia e quella del CLN della Regione Piemonte. Il Comitato piemontese precede il CLNAI nella propria attività legislativa, concependola come espressione di un “potere originario imposto dalla situazione di fatto, senza la necessità di alcuna investitura da parte di organi sovraordinati”. Al contrario, il CLNAI, a partire dal settembre 1944, nella intestazione dei suoi decreti farà seguire, alla propria sigla, la frase “in virtù dei poteri ad esso delegati dal governo italiano”: *ivi*, pp. 319 e ss.

¹³ Sia Peretti Griva che Bozzi sono magistrati di riconosciuta esperienza: entrambi già presidenti di sezione della Corte d'appello.

¹⁴ Tra i magistrati che affiancano Peretti Griva spiccano Giuseppe Manfredini (amico di Piero Gobetti e collaboratore di *Rivoluzione liberale* e, più tardi, tra i fondatori del Partito d'Azione in Piemonte) e Giovanni Colli (il giudice veneto di cui abbiamo prima detto).

¹⁵ Gli succederà Franco Antonicelli, anch'egli liberale.

¹⁶ Questo era il dichiarato intendimento di Peretti Griva: v. *Esperienze di un magistrato*, Einaudi, 1956, 36.

mente dal codice Rocco del 1930 – una volta assunto che lo Stato italiano, dopo il settembre 1943, è il regno di Brindisi – possono ora servire a colpire i fascisti.

Al contrario i più giovani, soprattutto gli uomini d'azione del CLN, non amano questi esercizi troppo giuridici: vorrebbero organi di giustizia e procedure eccezionali, capaci di realizzare una giustizia di popolo, con una repressione immediata e inflessibile.

Nei mesi che preparano l'insurrezione finale prevale la linea di coloro (i più giovani) che hanno contatti diretti con i combattenti. Il CLN del Piemonte approva a maggioranza un progetto che istituisce,¹⁷ per il periodo del trapasso, un organo straordinario di giustizia politica e militare: le “corti d'assise del popolo”, presiedute da un magistrato designato dal CLN, che dovranno giudicare con una procedura semplificata ed emettere sentenze senza appello, immediatamente esecutive.

Non solo: le istruttorie per i reati di competenza delle corti non saranno svolte dai pubblici ministeri delle procure bensì da “commissioni di giustizia”, composte da membri designati dai partiti¹⁸.

Peretti Griva si allarma: le corti del popolo ma ancor di più le “commissioni di giustizia” gli sembrano uno strumento rivoluzionario che agirebbe “in contrasto con un principio giuridico e politico che fu una delle prime rivendicazioni della coscienza civile moderna”¹⁹. Scrive una lettera che, tramite la Svizzera, riesce a far pervenire ad Umberto Tupini, ministro di Grazia e Giustizia del governo Bonomi: gli dice che il governo di Roma deve intervenire, per impedire atti di giustizia sommaria, perché queste “assise del popolo” rischiano di trasformarsi in “organi di vendetta, non di giustizia”.

Si giunge infine ad una mediazione: il 6 aprile 1945, al termine di una faticosa discussione con il CLN, Peretti Griva accetta l'istituzione delle corti d'assise del popolo, ottenendo però che i loro presidenti vengano nominati non dal Comitato di Liberazione ma dallo stesso Presidente della Corte d'appello.

Peraltro, si stabilisce anche che, prima ancora delle “corti di assise del popolo”, sino a quando le “operazioni belliche” saranno concluse, dovranno funzionare i “tribunali di guerra”: una sorta di organo di giustizia militare, che il CLN approva già nell'estate 1944, su proposta di Giovanni Colli²⁰. Questi tribunali

¹⁷ Con decreto n. 34 del 10 marzo 1945: riportato in *Aspetti della Resistenza in Piemonte* cit., 421.

¹⁸ NEPPI MODONA, in *Aspetti della Resistenza in Piemonte*, cit., 345.

¹⁹ Lettera di Peretti Griva al CLN del 18 ottobre 1944, cit. *ibidem*, 346.

²⁰ I “tribunali di guerra” sono istituiti con decreto n. 20 del 15 ottobre 1944 e saranno richiamati dall'art. 7 del piano “E 27” elaborato dal CLN piemontese come piano da applicare nei giorni dell'insurrezione. Il piano “E 27” fu approvato definitivamente dal CLN col nome ufficiale di “Prot. 211/1 segreto del 20 febbraio 1945”.

dovranno giudicare immediatamente, nei giorni dell'insurrezione, capi fascisti e spie.²¹ E ciò con il dichiarato intento di “evitare l'insorgere di sommosse popolari ai fini di una giustizia che fatalmente degraderebbe in disordine ed arbitrio”²².

Molto più delle “corti di assise del popolo”, i “tribunali di guerra” (che verranno poi impropriamente chiamati “tribunali partigiani”) sono organi di giustizia schiettamente politica, previsti per una fase rivoluzionaria. Sono composti da membri delle formazioni combattenti e decidono con giudizi sommari²³. Ministri, sottosegretari, prefetti e segretari federali si considerano già condannati a morte per “intesa con il nemico ed opera diretta a colpire le forze armate del governo legittimo”: per loro i “tribunali di guerra” dovranno semplicemente accertare l'identità fisica “per ordinarne l'esecuzione capitale”.²⁴ Ugualmente, per i combattenti fascisti, sarà sufficiente verificare l'appartenenza dell'imputato ad una formazione volontaria²⁵ per pronunciare condanna a morte con esecuzione immediata.

Dunque, secondo le decisioni finali del CLN, i “tribunali di guerra” dovranno funzionare esclusivamente nei giorni dell'insurrezione: per reprimere i reati commessi dai traditori in tempo di guerra, secondo le regole sommarie della giustizia militare. Immediatamente dopo la Liberazione, dovranno entrare in funzione le “corti d'assise del popolo”.

Questo era il programma, sulla carta, alla vigilia della insurrezione finale. Ma l'insurrezione di un popolo e l'incandescenza della folla al crollo di una dittatura non sempre sono incanalabili sui binari della giustizia tracciati dai giuristi. E così, nei giorni della Liberazione, gli equilibrati compromessi raggiunti tra Peretti Griva ed i membri del CLN non reggono l'onda d'urto dell'esplosione della piazza e sono spazzati dagli eventi. Le corti del popolo – che Peretti Griva aveva accettato a malincuore ma che avrebbero pur sempre operato nel solco della legalità –

²¹ Precisamente: “Coloro che hanno fatto prendere e portare le armi a favore dello straniero contro le forze armate del governo legittimo e coloro che con azione di spionaggio hanno favorito lo straniero”: art. 7, IV co. del piano “E 27”.

²² Art. 7, III co. piano “E 27”.

²³ Sono costituite cinque sezioni del tribunale di guerra: una per ogni settore operativo in cui viene divisa la città di Torino. Ciascuna sezione è composta da un presidente e due giudici tratti dalle formazioni mobili ed altri due giudici designati dai comandi di settore.

²⁴ Art. 7, IV co. lett. A) piano “E 27”.

²⁵ Brigate nere, formazioni Muti, X flott. MAS, Raggr. Btg. Cacciatori delle Alpi e degli Appennini, SS italiane, Milizie speciali indossanti la camicia nera, RAP, RAU (art. 7 IV co. lett. B piano “E 27”). La condanna a morte obbligatoria riguarda solo i volontari. Al contrario, per i militari coscritti dell'esercito repubblicano il piano “E 27” prevede (all'art. 10) che essi vengano lasciati liberi “previa esplicita dichiarazione di non portare ulteriormente le armi contro le forze del CLN”.

non diventano mai effettive. Operano invece “organi giudicanti composti in vario modo”²⁶ proclamatisi “tribunali partigiani” o “tribunali del popolo” il cui operato verrà semplicemente ratificato da decisioni dei “tribunali di guerra” delle formazioni del Corpo Volontari della Libertà. Il risultato sarà una giustizia sommaria che colpirà inesorabilmente alcune spie, qualche torturatore ma che a volte darà anche sfogo a “rancori e vendette private”²⁷.

Commentando questi fatti ed in particolare la scena di piazzale Loreto a Milano, Peretti Griva parlerà di “macabri episodi di sangue” e riconoscerà l’ingenuità della sua speranza di governare ed arginare “la sanguinosa immediata *vindicta* della folla esasperata”²⁸.

Piccola annotazione finale: gli anziani giuristi liberali, che erano stati protagonisti della “opposizione legalitaria” al fascismo, dimostrarono di essere difensori della Legalità anche quando la Storia si ribaltò. Nei “giorni del furore”, che accompagnarono la Liberazione, questi uomini furono i più strenui difensori delle garanzie processuali e del rispetto del tradizionale principio di irretroattività della legge penale.

Tentarono di sostenere, sia pur senza successo, l’idea dolce e giusta, anche quando storicamente irrealizzabile, che il “nemico”, nel momento in cui sale sul banco degli accusati, cessa d’essere un “nemico” e diventa, semplicemente, un imputato.

E nei giorni immediatamente seguenti, furono proprio questi magistrati liberali, intransigenti avversari del fascismo, a contribuire, più di chiunque altro, alla riaffermazione della Legalità, prima ancora che gli Alleati facessero ingresso nelle grandi città del Nord Italia.

Anche in questo, furono coerenti.

²⁶ A. GALANTE GARRONE, *Il mite giacobino – conversazione su libertà e democrazia* raccolta da Paolo Borgna – Donzelli, 1994, 92.

²⁷ *Ibidem*, 93.

²⁸ *Esperienze di un magistrato*, cit., 38.

Una rivoluzione culturale: la difficile conquista dell'autogoverno della magistratura

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Quale indipendenza – 3. La Costituente e il Csm – 4. L'attuazione del Csm – 5. La legge istitutiva – 6. I primi passi del Csm – 7. Epilogo.

1. Premessa

«E adesso, per dove?». Le efficaci parole del civilista Aurelio Candian, pronunciate nel 1945, ben descrivono la situazione di incertezza e disorientamento dei primissimi anni del dopoguerra¹. Caduto il fascismo e terminata la guerra, si trattava di ripartire e di ricostruire su nuove basi anche il sistema giudiziario e la magistratura. Al di là della valutazione sul grado di fascistizzazione della magistratura² – che fu comunque minore rispetto ad altri corpi dello Stato – gli interventi necessari erano moltissimi e non riguardavano esclusivamente il quadro normativo, ma anche gli aspetti culturali e la mentalità stessa dei magistrati.

Il fascismo, osservava Candian, sviluppò nei magistrati un «carrierismo» attento solo alle valutazioni dei superiori che aveva prodotto nelle aule di giustizia «un'atmosfera asfittica, irrespirabile» di dipendenza dal potere politico³. Tale dipendenza, concludeva il giurista, «è causa primordiale del marasma e deve essere non tanto attenuata quanto eliminata»⁴.

Era indispensabile voltar pagina e costruire una nuova mentalità perché, per essere indipendenti, è necessario innanzitutto *sentirsi indipendenti* e abbandonare la tradizionale subordinazione all'esecutivo. Una subordinazione che, sep-

¹ A. CANDIAN, *E adesso per dove? Il problema dell'ordinamento giudiziario*, in *Per l'ordinamento giudiziario*, a cura di A. CANDIAN, E. REDENTI, A. LOFFREDO, Milano 1945, pp. 3-21.

² Nel 1929, Alfredo Rocco, Ministro della giustizia, così vantava l'adesione della magistratura al regime: «è coi fatti che la Magistratura italiana ha dimostrato di essere aderente allo spirito del Fascismo: qualche eccezione isolata, subito repressa, non può che confermare la regola», Camera dei Deputati, 16 maggio 1929. Cfr. P. BORGNA, *Ricostruire la giustizia penale nel dopoguerra. I nuovi valori costituzionali e l'indipendenza del giudice*, in *Questione giustizia*, 2017/2 [on-line].

³ A. CANDIAN, *E adesso per dove?*, cit., p. 5.

⁴ *Ibid.*, p. 4.

pur considerevolmente accentuata dal regime, risaliva all'epoca pre-fascista, in quanto già l'ordinamento giudiziario del 1865 prevedeva una struttura gerarchica sottoposta al controllo dell'esecutivo.

La conquista della indipendenza non fu un'impresa facile. Non esisteva un preciso modello di riferimento e quindi la costruzione del nuovo sistema avrebbe rappresentato un percorso nell'ignoto, perché mai sino ad allora la magistratura italiana aveva goduto di una effettiva indipendenza dal potere politico⁵. Si trattò di una vera e propria «rivoluzione culturale» che avrebbe richiesto del tempo per realizzarsi pienamente.

2. Quale indipendenza

Il tema dell'indipendenza della magistratura rappresenta ancor oggi una questione aperta. Certamente è opinione universalmente condivisa che la giustizia debba essere amministrata da giudici imparziali e liberi da condizionamenti. Tuttavia, la definizione concreta di tale indipendenza e, soprattutto, l'individuazione dei mezzi per attuarla, si rivelano questioni assai delicate, perché legate al possibile insorgere di conflitti tra «giustizia» e «politica»⁶. Tali conflitti inducono a riflettere sulla contrapposizione tra i valori della «indipendenza» e della «rappresentatività politica» del giudice. Se da un lato appare indispensabile che la giurisdizione sia effettivamente libera da condizionamenti, dall'altro le teorie democratiche considerano in qualche modo necessaria la sua conformità (almeno nelle sue linee generali) agli orientamenti prevalenti nella società. Senza dubbio è impossibile, e di ciò appaiono tutti consapevoli, concepire una «indipendenza assoluta» e impedire al potere politico ed economico di esercitare una qualche forma di influenza di fatto sulla magistratura. Perciò si ritiene che l'indipendenza sia un *fenomeno tendenziale*, una sorta di valore al quale si ispirano gli ordinamenti giudiziari contemporanei e, nel loro agire concreto, i singoli magistrati.

A lungo dibattuta, sin dalla Rivoluzione francese, fu la questione della denominazione costituzionale della magistratura: *ordine* o *potere giudiziario*? Non si trattava soltanto di un problema lessicale, perché la denominazione aveva origine da un'opzione politico-culturale assai rilevante. Il termine «ordine» suggeriva una

⁵ Sono note le parole di Antonio Gramsci, il quale affermava nel 1920: «nello Stato italiano la giustizia non è un potere, è uno strumento del potere esecutivo», in *Ordine nuovo*, 7 febbraio 1920 (*Lo Stato italiano*).

⁶ Sulla storia della magistratura italiana, tra le opere più recenti A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2018, cui rinviamo per la vasta bibliografia.

derivazione dell'autorità della magistratura dal potere esecutivo e quindi una sua dipendenza da quest'ultimo. Mentre la locuzione «potere giudiziario», più corretta dal punto di vista della teoria della separazione dei poteri, avrebbe potuto consentire – secondo i democratici radicali – una pericolosa degenerazione del sistema provocando la reviviscenza del potere autonomo e ribelle dei giudici dell'*Ancien Régime*. Così, in genere, il pensiero democratico preferì la locuzione «ordine giudiziario», mentre i liberali, quella di «potere giudiziario». La Rivoluzione francese, nell'affermare il principio della separazione dei poteri⁷, adottò la locuzione «potere giudiziario» nei testi costituzionali del 1791 e 1795, accompagnata dalla previsione della elettività di tutti i giudici. L'elettività, secondo gli intendimenti dei rivoluzionari, avrebbe assicurato ai magistrati la necessaria legittimità e rappresentatività popolare. A partire dal periodo napoleonico si abbandonò l'elettività dei giudici, in favore della nomina governativa. Al tempo stesso, la magistratura perse nei testi costituzionali la denominazione di «potere» per assumere quella di «ordine giudiziario». Fu il caso delle costituzioni francesi del 1804, 1814 e 1830 che utilizzarono la locuzione «ordine giudiziario»⁸, così come lo Statuto albertino, agli artt. 68-73 (nel titolo: «Dell'ordine giudiziario»). L'ambiguità permane – com'è noto – anche nella costituzione italiana del 1947 che, all'art. 104, definisce la magistratura quale «*ordine* autonomo e indipendente da ogni altro *potere*». La questione, rimasta irrisolta, originava a sua volta da una opzione di fondo rilevante (e spesso elusa): *i poteri dello Stato sono tre, oppure soltanto due?* Secondo quest'ultima opzione i poteri sarebbero soltanto il legislativo e l'esecutivo, considerando il giudiziario una mera articolazione di quest'ultimo.

Strettamente legato alla disciplina costituzionale della giurisdizione, fu il problema della inamovibilità e quindi della legittimità della “epurazione” dei magistrati. La questione si manifestò particolarmente, in occasione dei frequenti rivolgimenti politici e cambiamenti di regime che caratterizzarono il XIX secolo. Anche in Italia il ricorso alle epurazioni fu abituale, anche se non assunse mai l'ampiezza del fenomeno conosciuta in Francia ove, ad esempio tra il 1878 e il 1884, furono allontanati oltre 1.500 magistrati, allo scopo di escludere dalle funzioni giurisdizionali monarchici e bonapartisti⁹. Negata sul piano teorico, ma

⁷ Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 26 agosto 1789, art. 16: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la *separazione dei poteri stabilita*, non ha una costituzione».

⁸ La costituzione francese della II Repubblica ripristinò nel 1848, agli artt. 81-100, la denominazione di «potere giudiziario».

⁹ Cfr., tra gli altri, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2021, 2.

tollerata (o addirittura auspicata) su quello fattuale, la prassi delle epurazioni politiche continuò a sussistere a lungo.

La nuova stagione politica nel Dopoguerra favorì lo sviluppo di una cultura democratica prima sconosciuta. Frutto di tale nuova sensibilità fu la diffusa consapevolezza della necessità dell'auto-governo della magistratura quale strumento in grado di assicurare non solo l'indipendenza «esterna» (l'assenza di condizionamenti da parte degli altri poteri), ma anche quella «interna» (l'assenza di condizionamenti da parte della magistratura stessa). Se l'*indipendenza esterna* appariva di facile definizione e comprensione, non altrettanto avveniva per l'*indipendenza interna* (sancita dall'art. 107, co. 3, cost.: «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni»).

Il riconoscimento della *indipendenza esterna* avrebbe scardinato la concezione gerarchica del sistema, principio sul quale era fondato l'ordinamento giudiziario italiano¹⁰. L'organizzazione gerarchica che aveva modellato la cultura e la mentalità dei magistrati italiani sin dall'Unificazione ne avrebbe a lungo condizionato l'evoluzione.

Si trattava di mettere in discussione il ruolo della Cassazione e le sue funzioni di controllo sulla magistratura, tradizionalmente esercitate in piena sintonia con l'esecutivo.

Come osserva Vladimiro Zagrebelsky,

L'ordinamento giudiziario e il conseguente orientamento culturale della magistratura, nel momento in cui iniziava il processo costituente che avrebbe portato alla Repubblica e alla Costituzione, era... caratterizzato dalla prevalenza assoluta, non solo giurisprudenziale, della Corte di cassazione. Il vertice della giurisdizione era infatti anche organo della progressiva selezione dei magistrati. La scelta dei magistrati delle Corti d'appello e poi, tra questi, di quelli destinati a comporre la Corte di cassazione avveniva per cooptazione da parte di commissioni composte da magistrati della Cassazione, scelti dal Ministro della giustizia. Il sistema dunque... creava una necessaria sintonia tra ministro e Corte di cassazione e tra questa e la magistratura tutta¹¹.

In conclusione di queste brevi considerazioni ricordiamo le efficaci parole di Piero Calamandrei, il quale si chiedeva nel 1921 «se la vantata indipendenza dei giudici non sia nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo»¹².

¹⁰ Leggi sull'ordinamento giudiziario del 1865 e del 1941.

¹¹ V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di LUCIANO VIOLANTE, Torino 1998, 718

¹² P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura (1921)*, in *Opere giuridiche*, II, Roma 2019, 197.

3. La Costituente e il Csm

Caduto il fascismo, già con il c.d. decreto Togliatti del 31 maggio 1946, furono aboliti i più vistosi strumenti di controllo governativo sulla magistratura, introducendo quel *minimum* di garanzie indispensabili in uno Stato democratico. Il provvedimento dimostrò l'intento delle forze antifasciste di intervenire con decisione, senza però sconvolgere del tutto l'ordinamento previgente: non venne effettuata «alcuna riforma complessiva, solo una rimozione 'chirurgica' di alcune parti dell'ordinamento del 1941»¹³.

Alla Costituente la necessità di assicurare dopo gli anni della dittatura una effettiva indipendenza alla magistratura, grazie all'istituzione di un organo di auto-governo, riscosse un consenso unanime. Diversi furono invece gli orientamenti riguardo alla composizione e alla definizione del grado di autonomia del Csm: i partiti liberali (Pli, Pri, Partito d'Azione) e la destra erano favorevoli all'auto-governo per così dire «assoluto» (e quindi ritenevano che il Csm dovesse essere composto da soli magistrati), mentre le sinistre (Psiup e Pci) erano contrarie a un potere giudiziario del tutto autonomo, dal momento che ritenevano indispensabile la legittimazione popolare¹⁴. La Dc infine mirava a realizzare un compromesso tra le due posizioni. A fronteggiarsi erano quindi una concezione «pura» della indipendenza, sostenuta dai liberali, e una «attenuata», propria della sinistra e dalla Dc. A prevalere nel corso dei lavori alla Costituente fu il timore che un Csm composta da soli magistrati avrebbe potuto creare una sorta di 'casta chiusa', uno 'stato nello Stato'¹⁵. La composizione mista di togati e di giuristi di nomina parlamentare avrebbe scongiurato (o almeno, limitato) questo rischio.

¹³ A. MENICONI, *Verso l'indipendenza della magistratura (1944-1948)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1, 405. Si devono ad Antonella Meniconi alcuni degli studi più importanti sulla storia della magistratura in età contemporanea. Cfr. tra gli altri EAD., *Storia della magistratura italiana*, cit.; EAD., *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Questione giustizia*, 2015, 4, 220-226; EAD., *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2017, 1, 1-19.

¹⁴ Da ricordare, ad esempio, l'opposizione delle sinistre nei confronti di una piena autonomia, orientamento ben sintetizzato dalle parole di Fausto Gullo: «noi consideriamo la sovranità del tutto inscindibile; nessun potere deve essere distaccato da questa unica fonte, da cui traggono l'autorità tutti i poteri [...] Noi vogliamo che il giudice viva a continuo contatto del popolo, ossia della fonte da cui esso unicamente trae i motivi e la giustificazione della sua autorità. La Magistratura deve essere legata con tutti gli altri poteri, appunto perché l'esercizio di tutti e tre i poteri risulti quanto più si può armonico e perché nessuno di essi venga, per nessuna ragione, distratto e scisso dagli altri», *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma 1970, V, seduta del 12 novembre 1947, 3827-3828.

¹⁵ Cfr. L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli 1973, 183.

Il compromesso raggiunto all'Assemblea costituente fu, a nostro parere, felice ed equilibrato. Composizione mista, prevalenza della componente togata, Vice-presidenza affidata a un laico eletto dal Csm stesso, furono i punti qualificanti della disciplina costituzionale. Al Ministro della giustizia fu riconosciuta la «facoltà di promuovere l'azione disciplinare» nei confronti dei magistrati allo scopo di conciliare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura con la previsione della responsabilità politica del Ministro davanti al Parlamento¹⁶.

Una volta scritta, la Costituzione doveva essere concretamente applicata. Ma i rapporti tra le forze politiche, con le elezioni del 1948 e la schiacciante e inattesa

¹⁶ Sul Csm la bibliografia è molto ricca. Ci limitiamo a ricordare alcune delle opere fondamentali: F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura. Principi e precedenti: legge istitutiva 24 marzo 1958 n. 195. Commento, Prefazione* di Andrea Torrente, Milano 1958; P. GLINNI, *Il Consiglio superiore della magistratura: funzione e struttura*, Roma 1959; A. TORRENTE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, 327-338; *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium 'Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura'*, a cura di GIUSEPPE MARANINI, Milano 1962; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964; F. COLITTO, *Il Consiglio superiore della magistratura: i primi tre quadrienni*, Campobasso 1973; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli 1973; *L'ordinamento giudiziario*, a cura di ALESSANDRO PIZZORUSSO, cit.; R. CANOSA – P. FEDERICO, *La magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna 1974; G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, 843-880; S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, II, Torino 1981, 459 ss.; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario. Ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Padova 1982; R. TERESI, *Il Consiglio superiore della magistratura. Venticinque anni di applicazione della legge 24 marzo 1958 n. 195*, Napoli 1984; A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, «Questione giustizia», III (1984), 281-306; ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit.; *Il ruolo e l'attività del C.S.M. Celebrazione del venticinquennale dell'istituzione. Roma 4-6 giugno 1985*, Roma 1985; F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *Art. 104-107*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, *La magistratura*, II, Bologna 1986; M. BESSONE – V. CARBONE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino 1989, 453-466; G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia fra ministro e Consiglio Superiore*, Padova 1990; S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e ministro della giustizia*, Torino 1993; *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di BENIAMINO CARAVITA, Roma-Bari 1994; R. TERESI, *La riforma del Consiglio superiore della magistratura*, Napoli 1994; G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo Presidente*, Padova 1995; E. BRUTI LIBERATI-L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano 1998; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano 1999; G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enciclopedia del diritto*, IV agg., Milano 2000, 380 ss.; *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, a cura di SALVATORE MAZZAMUTO, Torino 2001; *Ordinamento giudiziario e forense. Testi e questioni*, a cura di SAULLE PANIZZA, ALESSANDRO PIZZORUSSO, ROBERTO ROMBOLI, Pisa 2002; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, cit.

vittoria della Dc, cambiarono profondamente, rendendo accidentato il percorso dell'attuazione del nuovo ordinamento costituzionale.

4. L'attuazione del Csm

L'attuazione del Csm – osserva Edmondo Bruti Liberati, autore di alcuni fondamentali studi sul tema¹⁷ – fu «duramente e a lungo contrastata: convergono le resistenze della Corte di cassazione di fronte alla prospettiva di perdere il ruolo di unico vertice della magistratura e i timori dei governi dell'epoca di non poter disporre del controllo del ministro sulla magistratura ... si giunge addirittura a prospettare una revisione costituzionale»¹⁸.

Questa fu la situazione nel decennio che seguì l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, quando si cercò di rallentare, se non di impedire del tutto, l'attuazione di alcuni istituti particolarmente innovativi (quali il Csm e la Corte costituzionale) previsti dal testo del 1947. Si trattò, secondo la nota espressione di Piero Calamandrei, dell'*ostruzionismo di maggioranza contro la Costituzione*. La maggioranza centrista, affermatasi con le elezioni del 28 aprile 1948, cominciò infatti a ritardare i lavori necessari all'approvazione della legge istitutiva del Csm perché, tutto sommato, sarebbe stato molto più comodo «lasciare la Costituzione incompiuta com'era, ossia governare con una Costituzione diversa e meno democratica ... di quella voluta dalla Costituente»¹⁹. Il governo «comprese altresì che sarebbe stato imprudente dichiarare subito in maniera leale questo suo proposito di modificare in senso reazionario la Costituzione e di sottrarsi agli obblighi da essa imposti: e ritenne che fosse molto più machiavellico, invece di ribellarsi apertamente a tali obblighi, figurar di volerli adempiere, per poi, durante il cammino, riuscire ad eluderli»²⁰.

Ad assecondare le tecniche dilatorie delle forze politiche della maggioranza – che provocarono una sorta di «congelamento istituzionale»²¹ – fu anche

¹⁷ È sufficiente ricordare tra i suoi scritti E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni '90*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, Vol. 3/II, Torino 1997, 141-240; E. BRUTI LIBERATI – L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, cit.

¹⁸ E. BRUTI LIBERATI – L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., pp. 20-21.

¹⁹ P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, IX (1953), 135.

²⁰ *Ibid.*

²¹ U. DE SIERVO, *La mancata riforma delle istituzioni politiche*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di UGO DE SIERVO, Sandro Guerrieri, Antonio Varsori, Roma 2004, I, 4.

l'orientamento prevalentemente conservatore della Corte di cassazione, favorevole alla conservazione di parte della legislazione dell'ordinamento monarchico e fascista, sulla base di una attuazione graduale della Costituzione. La Cassazione si trovò così in piena sintonia con l'indirizzo politico dei governi centristi. Ciò consentì – osserva Vladimiro Zagrebelsky – «la lunga dilatazione nel dar attuazione alla Costituzione ... Che bisogno c'era, infatti, di creare la Corte costituzionale (o il Consiglio superiore della magistratura), se la Cassazione si dimostrava così duttile e sensibile nel regolare la graduale attuazione delle norme costituzionali?»²².

La resistenza opposta all'istituzione del Csm derivò dunque dalla convergenza della opposizione della Corte di cassazione, che temeva di perdere il ruolo di effettivo vertice della magistratura, e dei governi centristi, preoccupati che il drastico ridimensionamento delle prerogative del Ministro della giustizia non avrebbe più consentito l'esercizio del controllo dell'esecutivo sulla magistratura.

L'ostilità delle forze politiche di maggioranza nei confronti del Csm giunse al punto di prospettare una riforma costituzionale per la modifica (o addirittura l'abolizione) dell'organo di auto-governo²³. Perplexità sul Csm si manifestarono anche in dottrina e in parte della magistratura. Ciò suggerì «ad alcuni la opportunità di sopprimere il Consiglio superiore prima della sua stessa nascita con una revisione costituzionale, ad altri di disporre una lunga sospensiva alla sua attuazione, ad altri ancora di revisionare la Costituzione solo per apportare alcuni perfezionamenti all'istituto: quali la previsione di un veto presidenziale agli atti del Consiglio, del controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, di attribuzione al Consiglio di ampie facoltà consultive, e infine la riforma delle norme riguardanti la vice presidenza, da affidarsi, quest'ultima, al presidente della Corte di cassazione»²⁴.

²² V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di LUCIANO VIOLANTE, Torino 1998, 730.

²³ Critiche al Csm si manifestarono anche in dottrina e nella magistratura stessa. Alcuni proposero «la opportunità di sopprimere il Consiglio superiore prima della sua stessa nascita con una revisione costituzionale, ad altri di disporre una lunga sospensiva alla sua attuazione, ad altri ancora di revisionare la Costituzione solo per apportare alcuni perfezionamenti all'istituto: quali la previsione di un veto presidenziale agli atti del Consiglio, del controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, di attribuzione al Consiglio di ampie facoltà consultive, e infine la riforma delle norme riguardanti la vice presidenza, da affidarsi, quest'ultima, al presidente della Corte di cassazione», F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 88.

²⁴ F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 88.

5. La legge istitutiva

Il mutamento del quadro politico nazionale e internazionale dopo il 1948 provocò in Parlamento un rovesciamento di posizioni rispetto alla Costituente, ove l'indipendenza della magistratura era stata difesa soprattutto dai cattolici e dalle destre che temevano una probabile affermazione della sinistra alle elezioni. Con la prevalenza delle forze centriste, furono le opposizioni di sinistra a battersi per l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, mentre i partiti di governo cercarono di forzare l'interpretazione delle norme costituzionali nel tentativo di garantire all'esecutivo la conservazione del controllo sulla magistratura.

È opportuno ricordare che, in occasione del dibattito sulla legge istitutiva del Csm, vi furono interventi di rilievo da parte della magistratura associata in favore di una effettiva indipendenza dell'ordinamento giudiziario. Nel Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, svoltosi a Napoli dal 6 al 9 aprile 1957, si manifestò apertamente il dissenso della maggioranza dei magistrati nei confronti del gruppo dirigente, composto da cassazionisti. In nome della «assoluta parità» dei magistrati prevista dalle disposizioni costituzionali, l'Assemblea approvò un documento ove si affermava che il d.d.l. presentato dal governo «contrastava con i principi dettati dalla Costituzione» e si sottolineava la necessità di assicurare una rappresentanza paritaria alle categorie di magistrati in seno al Csm. Il Congresso auspicava:

che il Consiglio superiore abbia pieno e libero potere di iniziativa, senza che questa soffra alcuna limitazione dalle facoltà conferite al Ministro della giustizia e che sia esclusa ogni limitazione della facoltà d'iniziativa e di scelta del Consiglio anche nel conferimento di incarichi per uffici direttivi superiori; [...] che il Consiglio superiore abbia composizione paritaria tra le varie categorie dei magistrati e la stessa paritetica composizione sia riprodotta nelle sezioni; [...] che sia accolto il sistema di elezione diretta dei componenti magistrati [...] assicurando la parità di voto a tutti gli elettori²⁵.

La mozione «additava – sia pure implicitamente – ai magistrati associati un nuovo bersaglio, collocato per di più addirittura prima di quello tradizionale costituito dal Ministro: gli alti gradi raccolti nella Corte di cassazione»²⁶.

La reazione dei magistrati di Cassazione nei confronti del Congresso dell'Anm si manifestò immediatamente con l'approvazione di un documento in assemblea plenaria il 27 aprile 1957 che riaffermava con forza il principio gerarchico. Come

²⁵ Il testo è pubblicato in R. CANOSA-P. FEDERICO, *La magistratura italiana*, cit., 178.

²⁶ *Ivi*, 179.

rileva Ezio Moriondo, «l'evento era eccezionale ... la cassazione si valeva della facoltà di riunirsi in assemblea generale, e dissociava energicamente la propria posizione dal principio di pariteticità postulato nella mozione di Napoli. Questa fu la prima, clamorosa manifestazione dell'incipiente frattura interna della magistratura»²⁷. Di lì a poco, i cassazionisti, che intendevano mantenere un ruolo preponderante e di controllo sulla magistratura, istituirono nel 1960 la corrente Unione delle Corti e, nel 1961, con una scissione dall'Anm, l'Unione dei magistrati italiani.

In estrema sintesi, il tormentato *iter* di approvazione della legge istitutiva evidenzia il tentativo messo in atto da parte dei governi centristi di ridimensionare e «imbavagliare» il Csm attraverso l'attribuzione di rilevanti funzioni al Ministro della giustizia, in palese contrasto con il dettato costituzionale. La legge istitutiva del Csm, promulgata il 24 marzo 1958, suscitò immediatamente aspre critiche da parte della magistratura e della dottrina che manifestarono dubbi di incostituzionalità²⁸. In particolare l'ampiezza dei poteri del Ministro della giustizia – il quale deteneva il monopolio dell'iniziativa delle delibere del Csm in materia di «assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati» (artt. 10, co. 1, e 11, co. 1) – appariva in contrasto con gli artt. 104, co. 1, 105 e 110 della Costituzione e perciò lesiva della indipendenza della magistratura²⁹. Con tali disposizioni si giungeva «ad interventi così penetranti da negare, non pure il carattere costituzionale dell'organo, ma contrastare l'esercizio della stessa sua attività amministrativa, negando all'organo persino quell'autonomia nell'esercizio dell'azione diretta al conseguimento dei propri fini istituzionali che è riconosciuta ... al più

²⁷ E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura*, cit., 231-232. Il testo approvato a Napoli «tocca un argomento di interesse interno all'organizzazione giudiziaria, tocca cioè il problema dei rapporti tra i giudici, ponendo indirettamente sotto accusa il potere organizzativo detenuto dalle alte sfere della magistratura. Ciò esige una risposta da parte di queste ultime, e infatti la Corte di cassazione, dopo due settimane dal congresso di Napoli, si riuniva in assemblea generale per esprimere il proprio parere sulla questione», *ibid.*

²⁸ Si veda, tra gli altri M. BERUTTI, *Questioni di legittimità costituzionale di alcune norme della legge sul Consiglio superiore della magistratura*, in *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium 'Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura'*, a cura di GIUSEPPE MARANINI, Milano 1962, 388-396. Sugli orientamenti in dottrina si veda L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 239 ss.

²⁹ «La disposizione – secondo Teresi – appariva chiaramente in contrasto con lo spirito e la lettera della Costituzione... attraverso l'esercizio del potere di iniziativa il Ministro era in grado, anche con la semplice inerzia, di realmente vanificare e comunque limitare l'autonomia dell'organo di auto-governo nello specifico settore», R. TERESI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 105.

modesto Consiglio di amministrazione del più modesto ente pubblico»³⁰. La legge, osservò ironicamente Giuseppe Ferrari, «ebbe la rara ventura di raccogliere la unanimità dei dissensi, quando sull'insieme della disciplina, quando su taluni aspetti puntuali di essa, sia prima, sia nel corso, sia dopo l'approvazione: tanto che l'argomento decisivo in favore fu la considerazione che, tutto sommato, una legge qualsiasi valeva meglio di nessuna legge, perché finalmente si desse vita, a dieci anni dalla entrata in vigore della Costituzione, all'organo da quest'ultima previsto nell'art. 104»³¹.

Degli innumerevoli interventi in dottrina ci limitiamo a ricordare quelli di Giuseppe Maranini, il quale parlò di «legge eversiva», con la quale «gli imperativi costituzionali furono ... brutalmente violati»³², per concludere, «anche se seguitiamo a chiamarlo Consiglio superiore in realtà è la Corte di cassazione»³³.

Si può senz'altro affermare (Alessandro Pizzorusso) che la legge istitutiva fu «redatta in termini tali da stravolgere le indicazioni espresse dalle disposizioni costituzionali al fine di rendere possibile, almeno in certa misura, la conservazione del rapporto di dipendenza della magistratura dal Ministro della giustizia che aveva caratterizzato il periodo anteriore»³⁴. Il legislatore, forzando l'interpre-

³⁰ G. M. DE FRANCESCO, *La legge italiana istitutiva del Consiglio superiore della magistratura*, in *Magistrati o funzionari?*, cit., 368. «Si viene in tal modo a negare – proseguiva l'Autore – al Consiglio superiore della magistratura, non solamente il suo carattere di organo costituzionale, ma non lo si riconosce neppure quale organo che abbia tutti gli attributi normali di un qualsiasi organo collegiale amministrativo», 372.

³¹ G. FERRARI, *Poteri del Csm. Relazione al Convegno di studi per la riforma del Csm*, Catania, 5-7 giugno 1969, cit. in F. COLITTO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 28.

³² G. MARANINI, *Giustizia in catene*, Milano 1964, 26.

³³ G. MARANINI, *Magistrati o funzionari?*, cit., 417. Il Csm istituito dalla legge del 1958 era – secondo l'Autore – un organo «deformato e paralitico», G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze 1967 (rist. Milano 1995), 456. L'Autore riteneva che «in luogo di dare leale attuazione alla costituzione, quella legge (approvata, fra l'altro, dalla camera in commissione deliberante!) costituiva un aperto tentativo di demolire la costituzione, perseguendo fini esattamente opposti a quelli che il costituente aveva voluto. [...] la legge 24 marzo 1958 nel suo insieme e in tutte le sue essenziali disposizioni, procede in senso opposto, e mira a consolidare la struttura gerarchica (nell'interno dell'ordine giudiziario e nei confronti del governo), che la magistratura ha ereditato dalla tradizione borbonica, austriaca, napoleonica. Il Consiglio superiore nasce deformato e paralitico», *ivi*, 455-456.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, II ed., Torino 1990, 38. «Questo obiettivo – continua l'Autore – fu perseguito, da un lato, conservando al ministro una serie di poteri, principali dei quali furono quelli consistenti nell'esercizio in via esclusiva dell'iniziativa rispetto ai provvedimenti attribuiti alla competenza del Consiglio e, in taluni casi, nella partecipazione a talune decisioni, vincolate al conseguimento del 'concerto' col ministro stesso. Dall'altro lato, questo obiettivo fu perseguito assegnando all'alta magistratura una rappresentanza prevalente all'interno del Consiglio: era ovvio infatti che i magistrati

tazione delle norme costituzionali, intese attenuare il più possibile l'effettività dell'auto-governo della magistratura garantendo: a) l'esercizio di forme di controllo dell'esecutivo sulla magistratura, grazie alla rilevanza delle funzioni del Ministro della giustizia nei lavori del Csm; b) la preponderanza dei magistrati di cassazione – di orientamento più conservatore e quindi ideologicamente affini alla politica governativa – nell'ambito della componente togata del Csm³⁵.

6. I primi passi del Csm

Dopo la lunga e travagliata vicenda che abbiamo brevemente descritto, il Csm fu istituito e poté insediarsi il 18 luglio 1959. Le elezioni dei membri togati si svolsero il 18 gennaio 1959 mentre il Parlamento, convocato in seduta comune il 12 febbraio, impiegò molto tempo per trovare un accordo e riuscì a eleggere i sette consiglieri laici solo al quinto scrutinio, il 2 luglio 1959. L'elevato *quorum* richiesto per l'elezione dei membri laici implicava la necessità di un accordo tra le forze politiche. In particolare, la Dc comprese che avrebbe dovuto concordare la scelta dei consiglieri con le sinistre – Pci e Psi – oppure, volendole escludere, avrebbe dovuto accettare un accordo con tutti gli altri partiti e, quindi, anche con il Msi. La scelta cadde inevitabilmente sulla prima soluzione³⁶.

La seduta inaugurale del Csm si svolse al Quirinale nella Sala delle Feste alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi. I discorsi del Ministro della giustizia Gonella e del Presidente Gronchi furono di tono assai diverso³⁷. Mentre il Ministro Gonella, con molta cautela, rimarcò gli elementi

di grado più elevato, per il fatto di essersi formati sotto l'ordinamento anteriore e di avere ricevuto in base ad esso promozioni e riconoscimenti, risultavano più disponibili a mantenere i tradizionali legami col potere esecutivo o comunque si trovavano più facilmente in concordanza di vedute con i governi conservatori che in quel periodo reggevano il paese», 39.

³⁵ La legge – secondo V. Zagrebelsky – «metteva il Consiglio sotto la tutela del ministro, proprio per i provvedimenti che rappresentano il cuore della sua competenza. La disposizione era evidentemente lesiva dell'autonomia della magistratura», V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., 748. Anche Livio Paladin ritiene che il Csm abbia «visto sminuito il proprio ruolo, falsata la propria composizione, compresse le proprie attribuzioni, per effetto della legge istitutiva ... ciò contribuisce a far capire per quali ragioni la legge istitutiva sia stata radicalmente ed immediatamente contestata, nel merito politico e sullo stesso terreno della legittimità costituzionale, da parte dei più vari giuristi e magistrati», L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004, 148-149.

³⁶ Cfr. R. NIVA, *La storia e la laboriosa nascita del Consiglio superiore della magistratura*, in *Montecitorio*, XIII (1959), nn. 6-7, 3-10.

³⁷ Consiglio superiore della magistratura, *Notiziario*, I (1961), n. 1, 2.

di continuità nell'ordinamento giudiziario ed evidenziò il carattere puramente burocratico del Csm³⁸, il Presidente Gronchi enfatizzò l'importanza del nuovo Consiglio, collocato tra «gli organi che sono posti al vertice dell'ordinamento giuridico dello Stato ... come la Corte costituzionale, il Governo», che concorrono ad «attuare quell'adeguamento continuo della realtà giuridica alle mutevoli realtà politico-sociali in cui si identifica l'aspetto più positivo della nuova Costituzione»³⁹. Il Consigliere laico Michele De Pietro – già Ministro della giustizia – fu eletto dal Csm Vice-Presidente.

L'inizio dell'attività del Consiglio fu difficile: «con tutti questi condizionamenti, l'avvio del Consiglio superiore non poteva non svolgersi in sordina»⁴⁰. Circondato da diffidenza, se non da vera e propria ostilità, il Csm iniziò i lavori senza una sede propria, dovendosi accontentare di alcune stanze all'interno del Ministero della giustizia, privo delle strutture minime necessarie per adempiere un compito così delicato. Si deve ricordare, inoltre, che i magistrati eletti al Consiglio, per disposizione di legge, non erano dispensati dal servizio, circostanza che rese più gravoso il loro impegno⁴¹. Come ha ricordato Riccardo Pacifici, che fece parte del primo Csm,

nonostante sia posto dalla Costituzione al vertice della magistratura, il Consiglio, per effetto della legge istitutiva e di altri fattori, nacque con serie limitazioni e insufficienze; visse, perciò, una vita grama e stentata e si ridusse ben presto ad un organo di, sia pure elevata, burocrazia, [...] Limitazione e subordinazione legarono ... i primi passi del Consiglio, improvvidamente concepito come un qualsiasi formalistico e vago consesso amministrativo e non come il vertice di un potere⁴².

³⁸ «Si compie un nuovo passo verso la realizzazione della Costituzione, la quale ha voluto un Consiglio Superiore che non fosse un organo chiuso dei magistrati per l'auto-governo del corpo, né un organo aperto alle vicende volubili dell'istituzione politica», Consiglio superiore della magistratura, *Notiziario*, I (1961), *ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale*, cit., 152.

⁴¹ «Oltre agli uffici, mancava ogni altro rudimento strumentale come un numero sufficiente di segretari, raccolte di leggi e di dati informativi, autovetture, telefoni ... né si poteva provvedere con i limitatissimi stanziamenti concessi su alcuni capitoli del bilancio del ministero di Grazia e Giustizia, l'organo dal quale avrebbe dovuto avvenire – per effetto dell'applicazione della Costituzione – il distacco funzionale della competenza relativa allo stato giuridico dei magistrati», R. PACIFICI – L. SCARPINELLI, *Due esperienze al Consiglio superiore della magistratura*, in «Il Ponte», XXIV (1968), 822.

⁴² *Ibid.*

Il Csm si trovò così a operare in una sorta di «isolamento», costretto a difendere le proprie prerogative nei confronti dell'esecutivo e a mettere in discussione il ruolo tradizionale dei magistrati di Cassazione. Nonostante le difficoltà e, in alcune circostanze, l'aperta ostilità, il Csm seppe da subito conquistarsi un ruolo rilevante nella dialettica tra i poteri dello Stato e avviare il percorso per il riconoscimento della piena indipendenza e autonomia della magistratura.

7. Epilogo

Il 12 dicembre 1963 la Corte costituzionale emanò la sentenza n. 168, con la quale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 11, co. 1, della legge del 24 marzo 1958⁴³, che negava al Csm il potere d'iniziativa in materia di «assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati» (art. 10, co. 1), per attribuirlo al solo Ministro della giustizia. Si trattava delle disposizioni che più avevano limitato l'azione del Csm e posto il Consiglio stesso «sotto la tutela del Ministro, proprio per i provvedimenti che rappresentano il cuore della sua competenza»⁴⁴.

La sentenza ampliò considerevolmente i poteri del Csm e modificò i suoi rapporti con l'esecutivo, consentendogli di operare nella pienezza delle funzioni attribuite dalla Costituzione.

La vicenda che abbiamo descritto testimonia della sopravvivenza di forti resistenze, esterne e interne all'ordinamento giudiziario stesso, nei confronti di una effettiva indipendenza della magistratura. Si trattava di prassi e di eredità culturali profondamente radicate nella magistratura italiana che richiesero molto tempo per essere superate.

Una domanda per concludere. *Possiamo considerare l'indipendenza della magistratura come una conquista definitiva?* La risposta non può che essere negativa, perché l'indipendenza è un principio tendenziale, mai pienamente realizzato, un valore da difendere e conquistare quotidianamente. Data l'incessante evoluzione della società, il principio di indipendenza si trasforma e si arricchisce continuamente di significati e caratteristiche nuovi e imprevedibili: ciò richiede un'attenzione costante e l'individuazione di strumenti di tutela altrettanto nuovi, idonei a garantirne l'effettività.

⁴³ «Nelle materie indicate al n. 1 dell'art. 10 il Consiglio superiore delibera su richiesta del Ministro di Grazia e giustizia».

⁴⁴ V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., 748.

Donne e magistratura

SOMMARIO: 1. L'Assemblea costituente: le donne? Uguali, ma non troppo. – 2. Verso il 1960: il contributo della giurisprudenza. – 3. Eguaglianza e opportunità.

1. L'Assemblea costituente: le donne? Uguali, ma non troppo.

Sono dovuti trascorrere quindici anni dall'entrata in vigore della Costituzione perché le donne potessero avere accesso alla magistratura; e proprio le discussioni che sulla questione si svolsero in assemblea costituente rappresentano uno spaccato significativo per spiegare le ragioni di un tale ritardo. Scherzosamente – ma non troppo – si potrebbe parlare di un'autentica 'battaglia dei rinvii'¹; mi spiego: nel confezionare il testo di alcuni degli articoli più rilevanti ai fini del tema che ci occupa, si è spesso affidato al rinvio a fonti esterne alla costituzione², al loro volto apparentemente neutrale, il compito di procrastinare scelte più nette e, soprattutto, autenticamente coerenti con i principi posti a fondamento della stessa Carta fondamentale. Indubbiamente, una simile tecnica di normazione traduceva l'esigenza, messa in luce anche per altri passaggi della Costituzione, di raggiungere una convergenza (o, più semplicemente, un compromesso) tra differenti sensibilità; ma, oltre a questo aspetto, ve n'era probabilmente un altro, ugualmente importante, che chiamava in causa non solo (e non tanto) la

¹ Coglie questo aspetto, rinviano anche alle considerazioni in proposito espresse da A. ROSSI DORIA, F. TACCHI, *Eva Togata*, Torino, 2009, 86-87. Si rinvia a questo lavoro (88 ss.) anche per l'illustrazione dei lavori delle due commissioni Forti che affrontarono, tra gli altri, anche il problema della condizione giuridica della donna. Le conclusioni furono interlocutorie nel senso che il riferimento alla piena capacità della donna ai pubblici impieghi poteva essere temperato dalle «incompatibilità che le leggi stabiliscono» (ivi, 88).

² Particolarmente rilevante, come si avrà modo di vedere, la formula «secondo i requisiti stabiliti dalla legge» contenuta nell'art. 51, comma 1, Cost.; importante anche il riferimento, contenuto nell'art. 106, comma 2, alla legge sull'ordinamento giudiziario (sul punto, un ruolo non marginale fu giocato – come si dirà più avanti – anche il disposto della VII disposizione transitoria e finale). Per un eccellente inquadramento di insieme sul rapporto tra donne e lavoro, v. A. PESCAROLO, *Il lavoro delle donne nell'Italia contemporanea*, Roma, 2019.

rilevanza delle diverse ispirazioni politico-ideali, quanto la (spesso) trasversale radicazione di stereotipi e modelli, la loro tenace resistenza rispetto a principi di diverso segno, pur apertamente dichiarati dalla Carta.

Anzitutto rispetto al principio di uguaglianza, alla inedita ed estesa declinazione che esso ha ricevuto grazie al testo dell'art.3; del suo primo comma: non equiparabile alle tradizionali formulazioni del principio di uguaglianza formale, anche per il riferimento, tipico del costituzionalismo democratico, alla «pari dignità sociale»³, esso contiene un elenco (aperto) di fattori che non consentono di fondare trattamenti differenziati. Tra questi è menzionato anche il sesso, per effetto di una espressa richiesta di Lina Merlin che, diversamente da molti suoi colleghi, non trovò la precisazione ultronea («cittadino è considerato solo l'uomo con i calzoni, e non le donne, anche se oggi la moda consente loro di portare i calzoni»)⁴.

Poi c'è il disposto del secondo comma, a tutti noto: impegnando la repubblica a rimuovere gli «ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», la norma intende imporre all'ordinamento il confronto con la realtà delle diseguaglianze, con la loro origine e le loro plurime forme di emersione. Parità di trattamento e parificazione (almeno tendenziale) delle opportunità diventano così i due riferimenti all'interno dei quali si distende il concetto di uguaglianza, un concetto che non appare più nella sola veste del principio che si dichiara, ma assume le più impegnative fattezze dell'obiettivo, del traguardo dinamico, complesso, problematico, capace di legittimare, e talora di imporre, anche l'adozione di un diritto diseguale, differenziato. A queste norme si aggiunge il disposto dell'art. 51, su cui si avrà modo di tornare, che sancisce, per uomini e donne, l'accesso in condizioni di parità agli uffici pubblici e alle cariche elettive; e il disposto dell'art. 37 che, dopo aver fissato il principio della parità di diritti e retributiva (uguaglianza per assimilazione), richiede, per la donna lavoratrice, condizioni di lavoro capaci di consentire «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare» e di «assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione» (uguaglianza per differenziazione).

Il sesso, dunque, sembra collocarsi tra i fattori capaci di articolare e differenziare l'identità dei cittadini, senza tuttavia scalfire il principio di uguaglianza, ma anzi corroborandone la centralità. Quando, in proposito, si identifica nel personalismo uno dei tratti salienti della Costituzione repubblicana, si intende mettere

³ v., sul punto, M. DOGLIANI – C. GIORGI, *Art. 3*, Roma, 2017.

⁴ cit. in A. ROSSI DORIA, *Diventare cittadine – il voto alle donne in Italia*, Firenze, 1996, 13.

in luce proprio l'avvenuto superamento di quella visione astratta del soggetto tipica degli ordinamenti liberali, di quella visione che aveva, appunto, portato a rappresentare i soggetti come astrattamente uguali gli uni agli altri, con la conseguenza (viceversa ricca di implicazioni assai concrete) di spostare fuori dal campo visivo del giuridico, legittimandole appieno, le differenze di fatto esistenti tra gli uomini. Il transito dall'individuo alla persona vorrebbe dunque essere il modo per cogliere il soggetto nella sua unicità e nella concretezza della sua condizione esistenziale, il modo per legarlo allo specifico contesto di bisogni, aspettative, relazioni nel quale si muove. A emergere dalla Carta repubblicana non è tuttavia una mera certificazione delle differenze di cui si compone il tessuto sociale; la Costituzione, cioè, non si limita a dirci che non esiste l'individuo in astratto, ma esistono gli uomini e le donne, i giovani e i vecchi, i poveri e gli abbienti, i sani e i malati e così via. Una simile, realistica, ricognizione della soggettività è infatti calata in un quadro fortemente emancipatorio, promozionale, che impegna l'ordinamento a lavorare sulle differenze (su quelle che non appaiano giustificabili alla luce dei principi posti a fondamento della democrazia) e a garantire in ogni caso il valore, mai rinunciabile, della dignità; ma tale ricognizione realistica della soggettività impegna anche l'ordinamento – e non sempre questo aspetto viene evidenziato a sufficienza – a valorizzare le differenze, a vedere in esse una ricchezza, una delle espressioni essenziali del pluralismo democratico⁵.

Che, in un tale quadro, emergesse con particolare forza, grazie agli articoli 37 e 51, il legame tra sesso e lavoro non sorprende: perno della nascente democrazia, il lavoro si presenta, nel disegno costituzionale, tanto nella veste di essenziale

⁵ Ed è a partire da qui – come si immagina – che si innestava la distanza con la visione fascista della soggettività, ugualmente interessata a chiudere con le precedenti astrattezze, ma per realizzare finalità di tutt'altro segno. Se il personalismo della Carta Costituzionale è infatti concepito come importante terreno di coltura della libertà e delle opportunità del soggetto, come antidoto a ogni forma di strumentalizzazione rispetto a grandezze che lo sovrastano, il riferirsi a un individuo in concreto, negli anni del fascismo, serviva a dar corso alla vocazione totalitaria del regime e a realizzare quel processo di compiuta funzionalizzazione della società che avrebbe dovuto rendere lo stesso individuo – niente altro che un «elemento infinitesimale e transeunte del gioco sociale» – «strumento e organo» (A. Rocco) dell'interesse statale. Le donne non facevano eccezione, anzi divennero destinatarie di una specifica opera di inquadramento e mobilitazione: escluse da lavori non reputati adatti al femminile, celebrate e protette soprattutto come madri della patria, come operaie della specie, coinvolte in apposite organizzazioni del regime (i fasci femminili, le visitatrici rurali ecc.), le donne non rimasero estranee a questo processo interessato a trasformare la società in una milizia attivamente devota alla causa del nuovo Stato totale; sul punto, per un inquadramento di sintesi, mi permetto di rinviare a V. DE GRAZIA, *Le donne nel regime fascista*, Venezia, 2001³ e I. STOLZI, *Politica sociale e regime fascista. Un'ipotesi di lettura*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLVI, 2017, 241 ss.

strumento di emancipazione (non solo economica) del cittadino, quanto come momento, altrettanto importante, di partecipazione alla vita della comunità, terreno di coltura di quella coesistenzialità di diritti e doveri (art. 4) che rappresenta un altro *leit motiv* della nostra Carta.

Ma torniamo alla Costituente. Come noto, il dibattito in assemblea ebbe inizio nella seconda sezione della seconda Sottocommissione; nella seduta del 5 dicembre del 1946, Calamandrei, incaricato di relazionare sulle disposizioni relative all'ordinamento giudiziario, riferiva che la magistratura, interpellata sul punto, «si e[ra] dichiarata nettamente contraria» all'ingresso delle donne⁶; nella seduta del 10 gennaio del 1947 a essere preso in esame fu «l'articolo 20 del progetto Calamandrei» che conteneva, tra l'altro, un espresso riferimento alla questione: «i requisiti per essere ammessi al concorso – recitava il testo – sono determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario; possono esservi ammesse anche le donne»⁷. A questa formulazione, che fu votata lo stesso giorno, si chiese di aggiungere l'inciso «nei limiti e per le materie stabilite dalla legge sull'ordinamento giudiziario»⁸. L'accordo, infine, fu trovato sul seguente testo: «I magistrati sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su designazione del Consiglio superiore della magistratura, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario».

Sarebbe stato un ordine del giorno presentato il 26 novembre del 1947 in Assemblea costituente, ordine del giorno che aveva, quali prime firmatarie, proprio le costituenti che stavano portando avanti la battaglia per l'ingresso delle donne in magistratura, a chiedere che venisse eliminata la frase «possono accedere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario»; si ritenne infatti che l'art. 48 (quello che sarebbe diventato l'art. 51) già contenesse «le garanzie necessarie per quanto riguardava l'accesso delle donne alla magistratura»⁹.

In realtà, anche tale norma, nello stabilire che «tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso pote[ssero] accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in

⁶ Sul punto, e in generale per un'ottima ricostruzione di tutte le tappe del percorso che si tenta di restituire in queste pagine, v. F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 89 ss. Contrari si dichiararono, nel 1947, anche i magistrati e gli avvocati di Torino e i magistrati di Venezia (ivi, 94).

⁷ 10 gennaio 1947, Seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (gli atti della Costituente sono attinti in formato digitale; le pagine non sono numerate).

⁸ La proposta di integrazione fu formulata dai democristiani Giuseppe Cappi, Salvatore Mannironi, Giovanni Uberti, Giovanni Leone, Gaspare Ambrosini e da Pietro Castiglia, appartenente invece al fronte dell'Uomo qualunque.

⁹ Ac, seduta del 26 novembre 1947; le prime firmatarie dell'ordine del giorno furono Maria Federici, Filomena delli Castelli, Maria Maddalena Rossi, Vittoria Titomanlio.

condizioni di eguaglianza», non mancava di aggiungere il consueto rinvio: «secondo i requisiti stabiliti dalla legge»¹⁰. Fu Maria Federici a chiarire come l'ordine del giorno presentato non intendesse «precludere alla donna la via della Magistratura»; intendesse al contrario «spianarla», collocandola tra gli esiti obbligati del principio di uguaglianza stabilito dall'art. 48. Si trattava, dal suo punto di vista, di mettere le donne in condizione di esercitare la carriera di magistrato, semplicemente sottoponendole alla severa selezione per questo prevista: «Non so invece cosa rispondere – proseguiva – a coloro i quali ci hanno proposto di imitare i modelli domestici [...] se qualcuno che siede qui ha la propria moglie che in casa fa la calza, non ritengo questo un argomento valido per invogliare una donna che chiede una toga ad accettare anziché una toga una calza»¹¹.

Volendo radunare le posizioni emerse nella discussione alla Costituente, si possono identificare, con qualche approssimazione, tre principali linee argomentative. La prima è quella dei contrari. A emergere, come si immagina, fu un

¹⁰ L'originaria formulazione dell'art. 48 (poi divenuto il 51) prevedeva un riferimento alle attitudini («Tutti i cittadini d'ambo i sessi possono accedere agli uffici pubblici in condizioni d'eguaglianza, conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge»). Il 22 maggio del 1947, in Assemblea costituente, si decise di sostituire il riferimento alle «attitudini» con il riferimento ai «requisiti previsti dalla legge»; l'emendamento fu proposto da 13 costituenti («noi donne di tutti i settori dell'Assemblea») e fu motivato dall'esigenza di garantire nella forma più piena il principio di uguaglianza; nel suo appassionato intervento, Maria Federici, sottolineò come il richiamo alle attitudini risultasse o pleonastico («per tutte le manifestazioni del lavoro si deve verificare la possibilità che chi lavora segua la propria attitudine») ovvero finalizzato a limitare l'accesso alle donne a uffici pubblici e cariche elettive in condizioni di autentica parità («qui c'è l'idea di creare una barriera nei riguardi delle donne»). Non mancarono, peraltro, nelle parole della Federici, rassicurazioni sul fatto che la donna dovesse continuare a essere «regina della casa», che dovesse, anzi, «chiedere alla stessa costituzione ed ottenere di potersi occupare dell'educazione dei figli, del governo della propria casa. Questa è la corona della donna. Ma la donna dovrà fare liberamente la sua scelta».

¹¹ M. Federici, Ac, seduta del 26 novembre 1947; durissimo il contestuale intervento di Maria Maddalena Rossi che rivendicò il diritto delle donne a entrare in magistratura proprio «nell'interesse della giustizia», di un interesse che, a suo dire, non era stato onorato in alcune recenti pronunce relative a fatti coinvolgenti le donne: «Dopo tante prove mirabili date dalle donne italiane in questi anni tempestosi noi avremmo il diritto, onorevoli colleghi, di scandalizzarci che da parte di alcuni si contesti ancora alla donna il diritto di partecipare all'amministrazione della giustizia. Soprattutto quando si apprendono notizie come quelle riportate recentemente dai giornali circa certe sentenze emesse dai nostri magistrati in applicazione del decreto di amnistia, dalle quali risulta che sottoporre un patriota, per indurlo a parlare, a scariche elettriche al capo per mezzo di una specie di telefono da campo non costituisce sevizia. Oppure [...] quella sentenza pronunciata in Cassazione, che riguarda un famigerato capitano delle brigate nere, un certo Progresso, il quale abbandonò una donna, una patriota, alla violenza di non so quanti suoi sgherri, dopo averle bendato gli occhi e legato le mani. Questo, secondo un magistrato, non costituisce sevizia, no, ma soltanto oltraggio al pudore, e quindi reato oggetto di amnistia».

vieto repertorio di stereotipi e luoghi comuni; tuttavia, ancor più dei contenuti, a sorprendere sono i toni con cui vennero espresse le opinioni sulle (presunte) attitudini femminili, la brutale franchezza degli interventi dai quali non traspariva alcun bisogno di sorvegliare il linguaggio, di ricondurlo entro i binari di una (pur ipocrita) presentabilità.

Qualche esempio in ordine sparso: uno degli argomenti che emerse con una certa insistenza fu quello che faceva leva sulla «prevalenza che nelle donne ha il sentimento sul raziocinio»¹², prevalenza che le avrebbe rese inadatte a svolgere un ufficio per il quale, invece, erano richieste imprescindibili doti di equilibrio e imparzialità. Nel sostenere questa tesi, non si ebbe alcuna difficoltà a richiamare l'influsso negativo che «determinati periodi della vita femminile»¹³ avrebbero avuto sulle facoltà di apprezzamento delle donne, con il conseguente «inevitabile pregiudizio» patito dalla giustizia «il giorno in cui anche alle donne fosse stato consentito l'onore di vestire la toga dei magistrati»¹⁴. Prevedere una soluzione diversa non avrebbe significato soltanto «violentare le leggi della natura» ma anche aprire le porte a una «giustizia bilingue», condizionata dal differente «modo di sentire [...] di vedere [...] di ragionare»¹⁵ di uomini e donne.

Per questo «se San Paolo fosse vivo direbbe 'facciano silenzio le donne nei tribunali'»¹⁶: a dover essere affrontata era infatti una questione di «attitudini», non di preparazione: un concorso «anche se severo» non avrebbe rappresentato un'adeguata selezione «perché le donne studiano e possono prepararsi al pari dell'uomo [... solo che] il buon giudice non è quello che soltanto conosca bene il diritto; gli occorrono altri requisiti che potrebbero chiamarsi naturali (temperamento, forza d'animo, fermezza di carattere, capacità di sintesi) e la cui deficienza non si colma col semplice studio»¹⁷; e ancora: «le donne devono stare a casa»¹⁸; ma anche: chiunque, a scuola, fosse stato esaminato da una professoressa sapeva bene «come [fosse] tipicamente femminile il giudizio espresso da loro» e quanto fosse stata «un'esperienza dolorosa»: e se la presenza delle donne poteva giustificarsi «per quel che riguarda[va] l'istruzione pubblica, non d[oveva] assolutamente ammettersi questa

¹² Cappi (Democrazia cristiana), 10 gennaio 1947, Seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

¹³ Molè (democrazia del lavoro), 20 settembre 1946, Seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

¹⁴ Villabruna (Unione democratica nazionale), Ac, seduta del 7 novembre 1947.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Bettiol (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 7 novembre 1947.

¹⁷ Mannironi (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 10 gennaio 1947.

¹⁸ Romano (Democrazia cristiana), Ac, seduta dell'11 novembre 1947.

possibilità dannosa per l'amministrazione della giustizia!»¹⁹. La donna – gli faceva eco Persico – «sarà madre dei giudici, sarà la ispiratrice dei giudici, ma è bene che lasci questa grave e talora terribile responsabilità agli uomini»²⁰.

Un secondo fronte, più sfumato e articolato, fu quello dei favorevoli all'ingresso delle donne in magistratura; tuttavia – come si cercherà di mettere in luce – nel perorare le differenti posizioni furono spesso richiamate motivazioni fortemente legate a una percezione della donna che la voleva soprattutto madre e moglie, di modo che lo stesso ufficio magistratuale tendeva a essere concepito come una sorta di estensione della 'naturale' sensibilità domestica e familiare della donna. Furono pochissime le voci che chiesero, senza il bisogno di ricorrere a ulteriori specificazioni, l'ammissione delle donne in magistratura; forse solo le posizioni di Fausto Gullo, Ranzo Laconi e Carlo Farini si distinsero per la nettezza con cui ritennero di dover respingere qualsiasi argomento volto a «negare» alla donna «il diritto di essere giudice»: se si ragionava in termini di «parità di diritti» non vi era «un motivo solo – dal loro punto di vista – per dimostrare che la donna esercit[asse] meno bene dell'uomo, qualunque carica»²¹.

Persino la voce, autorevolissima, di Calamandrei, pur favorevole all'ingresso delle donne in magistratura, proponeva all'assemblea – forse anche per rendere, strategicamente, meno indigesta la novità – alcuni minimi distinguo. L'art. 20 del suo progetto – lo si è detto sopra – prevedeva espressamente il riferimento alle donne e nel suo intervento contestò apertamente l'immagine, ampiamente circolante, della donna vittima della sua stessa emotività; «esse – disse Calamandrei – hanno dato ottima prova in tanti altri uffici in cui occorrono doti di raziocinio, di equilibrio e di spirito logico [...] Si è obiettato che le facoltà psicologiche della donna sono soggette a periodiche variazioni che potrebbero portare ad una discontinuità nei giudizi»; in realtà – proseguiva – «in certi giudizi, come quelli di separazione coniugale, l'intervento della donna» appariva «utilissimo per raggiungere un maggior equilibrio di giudizio». Poteva, al più, essere prevista, «qualche limitazione, per certe materie della giurisdizione penale», mentre, a suo dire, dovevano essere chiamate «a far parte della giuria nei giudizi di Assise e del Tribunale per i minorenni e in tutte le questioni di giurisdizione volontaria e in quelle familiari»²². Dunque una proposta di esclusione,

¹⁹ Bellavista (Unione democratica nazionale), Ac, seduta dell'8 novembre 1947.

²⁰ Persico (democrazia del lavoro), Ac, seduta dell'8 novembre 1947.

²¹ Gullo (PCD), Ac, seduta del 12 novembre 1947; v. anche gli interventi di Farini (PCD) e Laconi (PCI) nella seduta del 10 gennaio 1947 durante i lavori della Seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

²² Calamandrei, seduta del 12 novembre 1947, Seconda sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

relativa al penale, ai suoi lati – si immagina – più efferati, unita all'idea che la presenza femminile potesse costituire anche un valore aggiunto (ma) negli ambiti ritenuti tradizionalmente (e naturalmente) di competenza femminile.

L'altra voce – non meno autorevole – fu quella di Oscar Luigi Scalfaro: del pari favorevole all'ingresso delle donne in magistratura, nel motivare la sua posizione, abbozzava una riflessione sull'eguaglianza, evidenziando – correttamente – come un simile principio non dovesse operare alla stregua di una coltre uniformante, insensibile alle differenze e alla loro valorizzazione. Poi, nel mettere a fuoco lo specifico contributo femminile alla vita pubblica e politica, e alla stessa vita giudiziaria, si riferiva a quel «palpito di maternità», a quel suo essere donna, cioè «madre di [... una] maternità spirituale, profonda, dolce e dolorosa insieme» che sola sembrava dare un senso specifico al lavoro femminile²³.

Nello stesso solco, possono essere collocate le posizioni di coloro che ritennero necessario limitare la funzione delle donne magistrato ai giudizi in materia familiare o minorile²⁴, o ai collegi dei probiviri, dove le donne già operavano con profitto (in tali collegi «si devono risolvere controversie economiche, per le quali l'ingegno femminile ha speciali attitudini»²⁵). Certo, le differenze di intonazione non furono di poco conto: si prenda l'intervento di Giovanni Leone, favorevole ad ammettere le donne alle sole funzioni coerenti con la loro «femminilità e sensibilità»: porte aperte, dunque, per le giurie e per «quei procedimenti in cui e[ra] richiesto un giudizio che prescind[esse] da esigenze non strettamente giuridiche, come p[oteva] essere il tribunale dei minorenni, che e[ra] la sede più adatta per la partecipazione della donna! Ma alle più alte magistrature, dove occorre resistere e reagire all'eccesso di apporti sentimentali, dove occorre invece distillare il massimo di tecnicità, penso che la donna – concludeva – non debba essere ammessa; perché solo gli uomini possono avere quel grado di equilibrio e preparazione per tali funzioni»²⁶. Tuttavia, anche quando si diceva apertamente che la questione dell'ingresso delle donne in magistratura dovesse essere vista come un «corollario del principio dell'uguaglianza»²⁷, peraltro suffragato da un complessivo «progresso» del costume, non si mancava di plaudire al rinvio alla legge sull'ordinamento giudiziario, rinvio che avrebbe garantito di modulare e graduare forme e modi scelti per dar corso all'«ardita innovazione»²⁸.

²³ Scalfaro (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 12 novembre 1947.

²⁴ V., a es., Caccuri (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 12 novembre 1947; Gasparotto (Democrazia del lavoro), Ac, seduta del 13 novembre 1947.

²⁵ Persico (Democrazia del lavoro), Ac, seduta dell'8 novembre 1947.

²⁶ Leone (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 13 novembre 1947.

²⁷ Carboni (Democrazia cristiana), Ac, seduta del 7 novembre 1947.

²⁸ *Ibidem*.

Del pari rilevante appare un altro aspetto, relativo al linguaggio utilizzato: anche nell'ambito di interventi favorevoli all'ingresso delle donne in magistratura, non era infatti raro che si facesse ricorso a termini che, pur inseriti in contesti volti a sottolineare l'intensità e gli eccellenti esiti dell'emancipazione femminile, sembravano tradire un forte legame con una certa concezione del femminile e, soprattutto, con una certa concezione dello sguardo maschile destinato alle donne («noi [...] che ci sentiamo onorati dalla presenza di tante *graziose colleghe*»²⁹; «nell'Università di Firenze una *avvenente giovinetta* ascende per concorso alla cattedra di fisica»³⁰; oltre al «tecnicismo giuridico» non bisogna trascurare il «*tecnicismo etico-affettivo*»³¹; «queste *povere donne* non danno alcun fastidio in nessuna parte»³² ecc.).

Infine, è possibile identificare un terzo fronte, che potrebbe essere compendiato nell'espressione: «siamo realisti, i fatti ci aiuteranno!», in sostanza, si riteneva che le discussioni sullo spinoso tema potessero in buona parte ritenersi superflue: valeva la pena ammettere (magari con qualche limitazione) le donne alla magistratura visto che non si sarebbe prodotto alcun esito catastrofico sulla tenuta della giustizia e dell'ordine giudiziario. Per una semplice ragione: perché sarebbero state pochissime le donne interessate a entrare in magistratura. Quelle per le donne-magistrato – a dirlo è Sardiello – «sono preoccupazioni non nuove; le abbiamo udite, le stesse, quando è sorta la questione della donna all'albo degli avvocati. Ogni avvocato si vide la toga strappata di dosso perché passasse sugli omeri più gentili di una collega. Ma sono venute le donne avvocato, pochine invero, e non abbiamo sofferto di vederle impegnate quasi esclusivamente in curatele, in attribuzioni confacenti alla loro indole. E si è fatto rumore anche per la donna deputato, e sono venute le egregie colleghe, pochine o poche, e le abbiamo ascoltate con interesse *a proposito di argomenti al loro spirito tanto vicini: problemi scolastici, educativi*. Nessun allarme. La realtà della vita lima gli eccessi. Verranno così anche le donne giudici, e non mi dispiacerà

²⁹ Mancini (Partito socialista italiano), Ac, seduta del 14 novembre 1947.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Conti (partito repubblicano), Ac, seduta del 15 novembre 1947. Interessante anche l'intervento di Targetti (Partito socialista): favorevole all'ingresso delle donne in magistratura, convinto che le opinioni contrarie dovessero essere attribuite a «misoneismo superstite», esprimeva però qualche dubbio sull'attitudine delle donne a essere giudici nei processi di separazione coniugale «perché in moltissimi casi, senza una ragione logica, si son viste le donne infatuarsi a favore dell'uomo contro una donna». Anche se – concludeva – «la perfezione [...] non si trova sempre nemmeno nell'uomo giudice» (10 gennaio 1947, seconda sezione della seconda commissione).

di vederne qualcuna in tribunale per minorenni»³³. O ancora: «quante sono le donne avvocate? Pochissime»: non valeva dunque la pena utilizzare riferimenti inappropriati, legati a una visione uterina della donna («anche molti uomini hanno ricorrenze: ci sono moltissimi i quali in certi periodi sono assolutamente intrattabili»). Era sufficiente mantenere un sano realismo: «Le donne potranno entrare in magistratura, ma non ci entreranno: questa è la mia convinzione»³⁴.

La storia, come noto, avrebbe preso un'altra piega; nel concorso per uditore giudiziario bandito nel 1987, il numero di vincitrici avrebbe superato, per la prima volta, quello dei vincitori. Senza che questo, peraltro, segnalasse necessariamente una revisione della mentalità retrostante. È Francesca Tacchi, in un libro che rimane un punto di riferimento per ricostruire il rapporto tra donne e professioni giuridiche, a riportare le dichiarazioni rilasciate dall'allora Presidente della commissione giudicatrice che, nel commentare lo storico risultato, rilevò che le donne «pur non eccellendo per brillantezza d'ingegno» presentavano tuttavia «doti di intelligenza e tenacia applicativa»³⁵, «utili per imparare a memoria un esame nozionistico»³⁶.

Del resto, nemmeno l'entrata in vigore della Costituzione, che pure – rinvii a parte – enunciava con chiarezza il principio di uguaglianza con un'attenzione specifica destinata alla parità in ambito lavorativo, aveva cambiato sensibilmente lo scenario. La pattuglia dei favorevoli, infatti, fu affiancata da un altrettanto pugnace fronte dei contrari, per lo più fermo nel sostenere che «la

³³ Sardiello (Partito repubblicano), Ac, seduta dell'11 novembre 1947; nella stessa direzione, anche l'intervento di Veroni (democrazia del lavoro); estesamente: «Io non capisco come si possa dire che la donna non sia matura per la vita giudiziaria, quando invece è matura per esercitare la professione di avvocato, quando soprattutto è matura per fare l'elettrice e per fare l'eletta. E così, mentre in regime di democrazia, il primo Gabinetto Bonomi concedeva alle donne il diritto elettorale passivo ed attivo, talché molte sono venute in questa Aula ad hanno fatto e fanno bene il loro dovere, io non capisco perché, potendo fare le leggi, potendo collaborare e dare al paese la sua nuova Costituzione, non possano disimpegnare le funzioni giudiziarie. In fondo *non saranno molte* a dedicarsi alla vita giudiziaria, non perché non siano capaci di farlo, ma perché avverrà ciò che è avvenuto per la professione forense, ove non si è ravvisata fervida passione per l'esercizio dell'avvocatura da parte delle donne [...] Ma la considerazione che le donne non saranno in folla a poter chiedere di entrare nell'ordine giudiziario, è ben diversa dalla considerazione che voi vogliate estraniarvele, dopo che sono state ritenute capaci a sedere e a legiferare in quest'Assemblea sovrana» (Ac, seduta del 12 novembre 1947).

³⁴ Conti, Ac seduta del 15 novembre 1947.

³⁵ Le parole del Presidente della Commissione possono essere lette in F. TACCHI, *Eva togata*, cit., pp. 198-199.

³⁶ F. TACCHI, *Eva togata*, cit. p. 199.

struttura fisica e morale della donna, e della donna latina in particolare» fosse incompatibile con l'esercizio della magistratura³⁷.

Se si è indugiato su questi passaggi, non lo si è fatto soltanto per misurare la distanza corrente tra la notevole estensione assunta dal principio di uguaglianza e le molte posizioni che ritennero di dover escludere il richiamo a tale principio in tema di accesso delle donne alla magistratura, ma anche per evidenziare un ulteriore effetto legato all'uso della tecnica dei rinvii cui si accennava all'inizio di queste pagine. Simile tecnica – i giuristi lo sanno bene – valeva a collocare la norma su un crinale mobile che le permetteva di vivere più di una vita: da un lato, infatti, si lasciava intatta una certa possibilità interpretativa (in questo caso: quella che permetteva il pieno dispiegamento del principio di uguaglianza); dall'altro lato, però, le si poteva, e per molto tempo, sbarrare la strada.

Non si dimentichi che, agli albori della Repubblica, era ancora vigente la legge 1176 del 1919 che, all'art. 7 ammetteva le donne «a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento». Esito non secondario del primo conflitto mondiale e della capacità dimostrata dalle donne di spendersi proficuamente su lavori e attività tradizionalmente ritenuti maschili, questa legge, che aboliva l'autorizzazione maritale e allargava di molto le maglie della cittadinanza lavorativa delle donne, continuava tuttavia ad escluderle dalle carriere giudiziaria, politica e militare, ovvero da ambiti chiamati, più di altri, a identificare lo spazio (non solo simbolico) della *res publica*. Sarebbe stato necessario aspettare – lo si vedrà tra poco – l'intervento della Corte Costituzionale del 1960 perché quella norma fosse dichiarata costituzionalmente illegittima. E come nel 1919 – sempre grazie al rinvio a una fonte esterna – era stata fortemente temperata la portata emancipatoria dell'art. 7 attraverso un regolamento di attuazione che

³⁷ Queste parole, pronunciate dal procuratore generale della Corte di Appello di Genova nel 1953 sono riportate in F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 129; per altre posizioni analoghe, v. ivi, 119. Nello stesso anno, al convegno organizzato a Firenze sul tema, si levò forte la voce di Calamandrei, contrario all'esclusione delle donne dalla magistratura; nella medesima direzione anche le posizioni di Battaglini, di Peretti Griva (v. ivi, 126) e di Paolo Barile secondo cui l'art. 51 della Costituzione sanciva «un autentico diritto soggettivo costituzionale a favore di una categoria di cittadini, le donne», diritto che aveva la forza di abrogare eventuali norme di tenore contrario (ivi, 118).

riduceva di molto l'ambito applicativo della norma³⁸, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione la tendenza a interpretare in modo restrittivo il rinvio ai requisiti previsti dalla legge, contenuto nell'art. 51, sembrava confortata e suffragata dal disposto della settima disposizione transitoria che lasciava in vita le disposizioni esistenti sull'ordinamento giudiziario in attesa che venisse emanata «una nuova legge [...] in conformità con la Costituzione»³⁹.

2. Verso il 1960: il contributo della giurisprudenza

Rispetto al panorama delineato, qualcosa iniziò a muoversi a partire dall'inizio degli anni Cinquanta; e questo avvenne anche grazie a una mobilitazione delle donne (e non solo, per il vero⁴⁰) che si espresse nelle tradizionali sedi pubbliche di discussione, ma che arrivò, spesso, anche nelle aule giudiziarie. E come capita nei periodi storici di transizione, nei quali si intrecciano e sovrappongono spinte diversamente orientate, la voce della giurisprudenza ha rispecchiato la complessità del contesto, talora agendo come forza di conservazione, altre volte, invece, dando un contributo importante alla evoluzione degli ordinamenti, al loro allineamento al tessuto di principi e contenuti enunciati nella Carta Costituzionale.

E se, per restituire le posizioni in assemblea costituente, ci si è riferiti a una sorta di 'battaglia dei rinvii', per descrivere questa ulteriore tappa si potrebbe parlare di un percorso parallelo, forse secondario, quello relativo alla formazione delle giurie e delle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale, percorso che tuttavia consentì di mantenere accesa l'attenzione sul tema dell'ingresso delle donne negli organi giudiziari. In estrema sintesi le tappe, già ben ricostruite altrove⁴¹, furono queste: la legge 10 aprile 1951, n. 287, relativa alle giurie popolari in Corte d'Assise non prevedeva, tra i requisiti d'ingresso, alcun

³⁸ Il regolamento di attuazione, cui rinvia l'art. 7 della legge 1176 del 1919, fu emanato con r.d. 4 gennaio 1920, n. 39; esso conteneva un elenco nutrito di eccezioni rispetto alla parificazione di capacità sancita dalla norma del 1919; non solo: a ridurre ulteriormente la portata della legge, intervenne il parere del Consiglio di Stato del 20 maggio 1920. Su questi passaggi, v. C. SCHWARZENBERG, *Condizione della donna e lavoro femminile in Italia (premesse storico-giuridiche)*, Milano, 1982, specialmente 125 ss.

³⁹ Sul punto v. C. LATINI, *Quaeta non movere – L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione*, in «Giornale di storia costituzionale», 27/2014, 148.

⁴⁰ v., a esempio, quanto detto, *supra*, alla nota n. 37.

⁴¹ v. S. VINCI, *La parità di genere nella giustizia onoraria in Italia. Riflessioni sulla sentenza n. 56 del 3 ottobre 1958 della Corte costituzionale italiana*, in «Jurisdictio», 1, 2020, 355 ss; C. LATINI, *Quaeta non movere*, cit., 149-151. e anche F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 117 ss.

riferimento esplicito al sesso. Il silenzio fu interpretato come segno di continuità rispetto al passato e le donne furono escluse dagli albi predisposti per la formazione delle giurie stesse; questo dette vita al c.d. ricorso delle trecento, al ricorso, cioè, di trecento donne che contestarono l'esclusione vedendo in essa una palese violazione del principio di uguaglianza. Non solo il tribunale nel 1951, ma anche la Corte d'Appello e la Cassazione, rispettivamente nel 1952 e nel 1953, confermarono la legittimità dell'esclusione, con due argomenti non nuovi: l'impossibilità di identificare il principio di uguaglianza con un'istanza di piatto livellamento tra i sessi; e la conseguente possibilità che il sesso figurasse tra i requisiti richiesti dalla legge, requisiti cui l'art. 51 Cost. espressamente rinviava.

Una prima indicazione di segno diverso si ebbe invece dal Consiglio di Stato nel 1952 che riconobbe il diritto delle donne a far parte delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale, a condizione di possedere i requisiti previsti dalla legge: e poiché la norma del 1951 non aveva espressamente menzionato il sesso, «il silenzio della legge fu interpretato [...] in senso favorevole alle donne: secondo l'estensore Alfonso Barra Caracciolo, le norme costituzionali, per quanto di non immediata applicazione, avevano pur sempre valore di principi generali dell'ordinamento giuridico, utilizzabili in sede di interpretazione delle leggi emesse»⁴².

Solo nel 1956, e anche grazie al contributo di Aldo Moro che riprese in mano i progetti nel frattempo arenatesi⁴³, venne promulgata la legge 27 dicembre 1956, n. 1441 intitolata alla *Partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti di assise e nei Tribunali per i minorenni*. Tale norma stabiliva che le giurie in Corte d'Assise d'Appello fossero composte «di sei giudici popolari dei quali almeno tre d[ovevano] essere uomini» (art. 4, lett. c)). Nel Capo II della legge si introducevano invece «modificazioni alle norme riguardanti la composizione del tribunale dei minorenni e della sezione di Corte di appello per i minorenni»; in particolare si prevedeva che in ogni tribunale dei minorenni sedessero anche «due cittadini, un uomo e una donna, *benemeriti dell'assistenza sociale*, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età». Si

⁴² La citazione è tratta da F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 120.

⁴³ Un gruppo di parlamentari democristiane presentò alla Camera il 9 maggio del 1951 un progetto di riforma in base al quale le donne potevano sedere nelle giurie popolari nella percentuale massima del 50% dei componenti (al massimo, cioè, 3 donne su sei). La relatrice sul progetto di legge, l'onorevole Erisia Gennai Tonietti, spiegò tale limitazione con l'esigenza di non distogliere eccessivamente le donne «dai consueti obblighi e dai consueti compiti»; la citazione è tratta da F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 121.

prevedeva inoltre che la sezione per i minorenni della Corte d'Appello giudicasse «con l'intervento di due esperti, un uomo e una donna, aventi i requisiti prescritti dalla legge, i quali sostituiscono due dei magistrati della sezione».

Sebbene, nella composizione delle giurie, il numero minimo garantito fosse quello riservato agli uomini («almeno tre devono essere uomini»), e sebbene le donne non concorressero alla composizione del tribunale dei minori o della sezione minorile della Corte d'Appello nella veste di esperte di diritto, ad alcuni l'innovazione parve comunque eccessiva, espressione di una censurabile «moderna frenesia d'egualitarismo»⁴⁴.

Fu proprio la disposizione relativa alla composizione delle giurie popolari a determinare, nel 1958, il primo intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 56⁴⁵; si ritenne infatti che il riferimento al numero minimo di componenti maschili integrasse una violazione del disposto degli art. 3, primo comma e 51, primo comma Cost. Sia l'Avvocatura generale dello Stato che la Corte ritennero non fondata la questione ricorrendo, almeno in parte, ad argomenti simili. Chiaramente il nodo della questione era rappresentato dall'interpretazione del rinvio ai «requisiti stabiliti dalla legge» contenuto nell'art. 51; si trattava infatti di capire se tale inciso autorizzasse a includere il sesso nella nozione di requisiti; e, in caso di soluzione affermativa, se potessero essere previsti trattamenti differenziati sulla base del sesso del tipo di quelli contemplati dalla norma impugnata. La risposta e entrambe le domande fu di segno positivo: perché il principio di eguaglianza, che pur aveva un ruolo decisivo in materia, non poteva significare «assoluto livellamento dei sessi», come il disposto degli articoli 29 e 37 Cost. stava a dimostrare. «Se così non fosse – sostenne l'Avvocatura dello Stato – se cioè non si dovesse o non si potesse porre alcuna limitazione riguardo al sesso, si dovrebbe giungere all'assurdo di considerare illegittime le norme che escludono le donne dalla carriera militare, dalla magistratura militare ecc.».

Era infatti vero – così invece la Corte Costituzionale – che l'art. 3, primo comma, «cont[eneva] un precetto di fronte al quale non [erano] ammesse deroghe da parte del legislatore ordinario» come era vero che il sesso figurava esplicitamente tra gli elementi incapaci di legittimare un trattamento differenziato; tuttavia – proseguiva la Corte – «poiché [...] nei riguardi del sesso – e solo nei riguardi del sesso – la Costituzione ha dettato altre norme», era necessario che il disposto dell'art. 3, comma 1, venisse anche alla luce di tali altre disposizioni, tra le quali l'art. 51 che appunto rinviava ai «requisiti previsti dalla legge».

⁴⁴ Così commentò la rivista *Iustitia* (la citazione è tratta da F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 127).

⁴⁵ Anche il tal caso, il testo della sentenza è attinto on line dal sito della Corte Costituzionale. Le pagine non sono numerate.

«Se per requisiti si dovessero intendere – concludeva la Corte – quelli generali o particolari stabiliti dalla legge ad esclusione del sesso, la disposizione apparirebbe piuttosto pleonastica, in quanto è ovvio che tutti gli aspiranti ad un pubblico ufficio debbono possedere, siano uomini o siano donne, i requisiti di capacità, età, idoneità fisica e intellettuale, e così via, occorrenti per accedervi. Se, invece, l'inciso contenuto nell'art. 51 si interpreta nel senso che possa riferirsi anche al sesso delle persone, la norma assume un significato più concreto e l'inciso viene a formare un tutto unico nel contesto del comma nel quale fa parte nonché nel contesto dell'intero art. 51, che non fu dettato in vista dell'ordinamento dei pubblici uffici bensì in vista della proclamazione dei diritti e dei doveri dei cittadini nei rapporti politici». Così come «non si [sarebbe potuta] negare, a priori, la legittimità costituzionale di una norma che dichiarasse i cittadini di sesso femminile esclusivamente adatti o più particolarmente adatti a determinati uffici o servizi pubblici», del pari si poteva ritenere che le leggi ordinarie, cui si rinviava negli art. 51 e 102 della Costituzione, potessero «tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purché non rest[asse] infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica».

In proposito, val la pena notare come una simile interpretazione venisse suffragata anche attraverso una certa lettura dei lavori dell'Assemblea costituente e di alcune vicende precedenti l'approvazione della legge del 1956. Da un lato, infatti, si sottolineava come quei lavori non offrirono «elementi univoci e sicuri» e come da essi trasparisse soprattutto l'esigenza di raggiungere una convergenza tra visioni differenti; dall'altro, nel ripercorrere le tappe che avevano condotto all'approvazione degli articoli nella loro formulazione definitiva, si tendeva a prescindere dalla considerazione di quei passaggi che avevano inteso rimarcare, anche in ambito lavorativo, la vocazione egualitaria della Carta costituzionale⁴⁶.

Seguendo una logica analoga, si evidenziava come la legge del 1956 andasse oltre le stesse richieste formulate, nel 1951, «da parte di un settore della rappresentanza femminile della Camera» che, nel promuovere il progetto di legge sulle giurie popolari, fissava a due il numero massimo dei componenti femminili.

⁴⁶ In particolare, l'avvocatura richiamò il fatto che il riferimento ai requisiti sostituì quello alle attitudini (su cui v. *supra*, nota n. 10), senza tuttavia menzionare le ragioni che avevano spinto le proponenti a chiedere la sostituzione e menzionando invece come il «Relatore ebbe ad osservare che “doveva rimanere ben chiaro come la donna non potesse ovviamente accedere a tutti gli uffici”; del pari, si menziona il fatto che in assemblea costituente fu escluso l'espresso riferimento alla possibilità di accedere alla magistratura, ma nulla si dice sul fatto che la caduta di quella precisazione fu voluta per rendere il principio di uguaglianza l'unico principio-guida in materia (v. *supra* la parte del testo in corrispondenza della nota 11).

Solamente nel 1960, sarebbe arrivata la sentenza, la n. 33, che avrebbe aperto la porta della magistratura alle donne. La vicenda è conosciuta. La questione di costituzionalità si originò dal ricorso, arrivato in Consiglio di Stato, di Rosa Oliva avverso il Ministero dell'Interno che l'aveva esclusa dalla possibilità di partecipare al concorso per la carriera prefettizia. Il difensore era, come ugualmente noto, Costantino Mortati e a essere tacciato di incostituzionalità fu il già citato art. 7 della legge 1176 del 1919 che escludeva le donne dagli impieghi pubblici che «implica[ssero] l'esercizio di diritti e potestà politiche [...] secondo la specificazione che sar[ebbe stata] fatta con apposito regolamento»⁴⁷.

Si sosteneva, in particolare, che simile norma fosse in contrasto con l'art. 3 primo comma e con l'art. 51 primo comma della Costituzione: perché i requisiti cui rinviava l'art. 51 non potevano riferirsi al sesso; perché, anche ove si fosse ammessa la possibilità di annoverare il sesso tra i requisiti stessi, non sarebbe stato ammissibile affidare a una fonte regolamentare la disciplina di una materia coperta, ex art. 51 Cost., da riserva di legge assoluta. Nella sua difesa, l'Avvocatura dello Stato fece leva su un argomento – semplificando: *tempus regit actum*⁴⁸ – già più volte dichiarato irricevibile dalla Corte Costituzionale⁴⁹ che, peraltro, nel decidere la questione, espressamente definì priva di «ogni rilievo» «la questione intorno alla quale si [erano] affaticate le parti».

Non si trattava, in sostanza, di definire i rapporti tra legge e fonti secondarie, né di interrogarsi sulla natura della riserva di legge posta dall'art. 51; a dover essere condotto era invece un «esame della norma tutt'intera». Esame dal quale sarebbe risultato «irrimediabile contrasto» della norma stessa con gli art. 51, comma 1, e 3, comma 1 della Costituzione. Né poteva essere ricevuta l'interpretazione che l'Avvocatura dello Stato aveva dato della sentenza n. 56 del 1958 della Corte Costituzionale: l'inciso «secondo i requisiti stabiliti dalla legge», infatti, «non sta punto a significare – come sosteneva l'Avvocatura – che il legislatore

⁴⁷ Vi era stata, in realtà, un'altra pronuncia, nel 1958, del Consiglio di Stato: le ricorrenti chiedevano l'annullamento del decreto del Ministero di grazia e giustizia col quale era stato bandito il concorso per uditore giudiziario limitato ai cittadini italiani maschi. Impugnarono l'art. 8 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941 che ammetteva solo gli uomini. Il Consiglio di Stato respinse il ricorso sostenendo che le ricorrenti, non avendo fatto domanda di partecipazione al concorso, non avevano titolo per impugnare il decreto. Sul punto, v. C. LATINI, *Quaeta non movere*, cit., 152.

⁴⁸ «Al momento dell'emanazione della legge – così appunto l'Avvocatura dello Stato – non esisteva riserva di legge, posta poi dall'art. 51 della Costituzione. Non si potrebbe pertanto imputare alla legge la trasgressione di una norma che all'epoca non esisteva».

⁴⁹ Come noto, nella sua prima sentenza (la n. 1 del 1956) la Corte costituzionale aveva dichiarato di poter estendere il proprio sindacato, contro il contrario parere espresso anche allora dall'Avvocatura dello Stato, anche alle norme esistenti prima dell'entrata in vigore della Costituzione.

ordinario possa, senza limiti alla sua discrezionalità, dettare norme attinenti al requisito del sesso, ma vuol dire soltanto che il legislatore può assumere, in casi determinati e senza infrangere il principio fondamentale dell'eguaglianza, l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario, come condizione, cioè, che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico: un'idoneità che manca agli appartenenti all'altro sesso o è in possesso di costoro in misura minore, tale da far ritenere che, in conseguenza di codesta mancanza, l'efficace e regolare svolgimento dell'attività pubblica ne debba soffrire». «Ora – concludeva la Corte – che questo non sia il caso della norma impugnata è di tutta evidenza. In essa, infatti, il sesso femminile è assunto come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità, non già a requisito di idoneità attitudinale, per una categoria amplissima di pubblici uffici [...] in via di regola, non già in via di eccezione [...] La sua illegittimità costituzionale è pertanto evidente al lume della giurisprudenza di questa Corte».

Sarebbe spettato, come ugualmente noto, alla legge 9 febbraio 1963, n. 66, di dare un nuovo significato all'inciso «secondo i requisiti stabiliti dalla legge» dichiarando espressamente che la donna poteva «accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge». Rimaneva invece affidata a «leggi particolari» la disciplina dell'«arruolamento della donna nelle forze armate e nei corpi speciali» (art. 1).

3. Eguaglianza e opportunità

«Insieme ai miei colleghi vincitori del concorso partecipo a una cerimonia di benvenuto promossa dal presidente della Corte d'Appello: si tratta di un incontro formale, alla presenza dei vertici di tutti gli uffici giudiziari del distretto; io sono l'unica donna presente.

Dopo il saluto del presidente della Corte prende la parola il procuratore generale della stessa Corte, Luigi Giannantonio, magistrato noto e autorevole, che nel rivolgere ai giovani uditori il suo messaggio di benvenuto inizia a leggere un brano di Francesco Filomusi Guelfi, filosofo del diritto della seconda metà dell'Ottocento, nel quale si delinea il profilo antropologico delle donne e si illustrano le loro specifiche ed esclusive attitudini per il ricamo e il cucito. Terminata la lettura e chiuso il libro, il procuratore generale non prende le distanze dal pensiero del filosofo, come mi aspettavo, ma osserva che da quel brano si trae autorevole conferma del gravissimo errore commesso da legislatore nell'ammiet-

tere le donne in magistratura e aggiunge che l'unico modo possibile per limitare il danno è quello di assegnarle tutte ai tribunali minorili. [...] in questo momento decido che non chiederò mai di esercitare le funzioni di giudice minorile»⁵⁰.

Correva l'anno 1965; il ricordo è di Gabriella Luccioli, una delle vincitrici del primo concorso per uditore giudiziario aperto anche alle donne; dalle sue pagine autobiografiche, tuttavia, non emerge solo il volto retrogrado e offensivo di tali parole, ma anche «lo sconcerto dei presenti»⁵¹ e, più in generale, il filo di una storia che ha saputo coltivare, contestualmente, riflessioni sulla identità (non solo) lavorativa delle donne, sui complessi sentieri dell'eguaglianza, e legami, altrettanto forti, di stima e colleganza che hanno coinvolto, insieme, uomini e donne.

Gli anni Sessanta sono anni complessi, nei quali, con fatica, prende corpo il principio di uguaglianza nella sua prima – per dir così – manifestazione, quella dell'uguaglianza per parificazione. Sono gli anni degli accordi interconfederali per la parità retributiva nell'industria e nell'agricoltura⁵², ma sono anche gli anni nei quali la giurisprudenza, dando per scontato il minor rendimento del lavoro femminile, continua a legittimare differenze di trattamento retributivo tra uomini e donne (l'art. 37 prevedeva la parità retributiva a parità di lavoro)⁵³ o nei quali ritiene inefficace (e non nullo) il licenziamento intimato per causa di maternità⁵⁴.

⁵⁰ G. LUCCIOLI, *Diario di una giudice – I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 23-24.

⁵¹ Ivi, 24.

⁵² L'accordo sulla parità retributiva nell'industria è del 1960 e quello sulla parità retributiva nell'agricoltura è di quattro anni successivo. Sull'importanza ma anche sui limiti di tali accordi si è molto riflettuto: da un lato, infatti, essi tendevano a collocare le mansioni tipicamente femminili nei livelli retributivi più bassi; dall'altro, essi consideravano l'aspetto retributivo tralasciando molti altri aspetti decisivi per consentire condizioni paritarie di accesso e di permanenza nel posto di lavoro. Senza contare che la parità retributiva nasceva anche dall'esigenza di evitare il vantaggio competitivo di quei rami produttivi che si avvalevano in prevalenza di lavoro femminile. Per un esame di questi aspetti, v. V. BALLESTRERO, *Parità e oltre*, Roma, 1989² e anche la pregevole introduzione di Vittorio Foa (13-14) che fece parte della delegazione che concluse l'accordo del 1960; v. inoltre M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 270.

⁵³ Fino a una sentenza della Cassazione del 1970 (la n. 707) che chiarì come il riferimento alla 'parità di lavoro' dovesse ritenersi svincolato da un'indagine sul rendimento ed essere fondato esclusivamente sulla verifica dell'inquadramento e delle mansioni attribuite al lavoratore.

⁵⁴ Era stata la legge 26 agosto 1950, n. 860, a prevedere, tra le altre misure, il divieto di licenziamento per causa di gravidanza. Tuttavia, la giurisprudenza ritenne che il divieto intimato alla donna in gravidanza fosse inefficace fino al compimento del primo anno di vita del figlio. Non solo: la legge del 1950 incentivò la pratica delle c.d. clausole di nubilato, cui si tentò di rimediare nel 1963 (legge 9 gennaio, n. 7) che introdusse il divieto di licenziamento per causa di matrimonio nel tentativo di anticipare la tutela offerta alla donna. Sul punto, si rinvia sempre a V. BALLESTRERO, *Parità e oltre*, cit., 39-40.

Sono gli anni in cui l'ingresso delle donne in magistratura passa sotto silenzio non solo in molte sedi rilevanti per la vita giudiziaria e pubblica del paese, ma anche nella «stampa femminile» che evidentemente non ritiene di dover dedicare particolare attenzione alla novità⁵⁵. Ancora: sono gli anni nei quali la Corte Costituzionale tornerà due volte sul problema del differente trattamento sanzionatorio riservato all'adulterio femminile dal codice penale, dapprima (nel 1961) per ritenere costituzionalmente legittima la scelta del legislatore e poi, nel cruciale 1968, per dichiararne il contrasto col principio di uguaglianza sancito dalla Carta fondamentale⁵⁶. Ma sono anche gli anni di Gardone, della consapevole assunzione di un ruolo di propulsione democratica da parte della magistratura: è vero che in quel convegno mancarono voci femminili, ma è pure vero che nel restituire i contenuti della seduta inaugurale si fa espresso riferimento all'ingresso delle donne in magistratura per il quale «l'ANM si è sempre battuta con fermezza»⁵⁷.

L'intensa stagione riformatrice degli anni 70 coinvolge, in molti suoi punti, anche la cittadinanza della donna, la sua posizione nella società e nella famiglia:

⁵⁵ Con la parziale eccezione, rilevata sempre da Francesca Tacchi, di «Epoca»; v. F. TACCHI, *Eva togata*, cit., 140.

⁵⁶ Si tratta della sentenza n. 64 del 1961 e della sentenza n. 126 del 1968.

⁵⁷ Il passaggio può essere letto in *Associazione nazionale magistrati – Atti e commenti – XII Congresso nazionale – Brescia – Gardone 25-28 settembre 1965*, Roma, Jasill 1966, 280. Sulla stessa linea anche il tenore delle osservazioni contenute nel Notiziario del CSM del 1 febbraio 1965: nel commentare gli esiti del concorso per uditore giudiziario appena svoltosi si denuncia, in generale, «per un grande numero di candidati (oltre un terzo) una completa carenza di basi giuridiche istituzionali e una povertà di esposizione, non sorretta neppure da una forma grammaticalmente e sintatticamente corretta»; al tempo stesso, nel dare notizia che «per la prima volta entra a far parte della Magistratura un gruppo di otto donne», si rileva come «tutte le candidate ammesse agli orali hanno superato brillantemente questa prova ponendo in evidenza una solida e seria preparazione dottrinarie acquisita con uno studio profondo e metodico delle varie materie [...] Tuttavia – si concludeva – l'ottimismo del giudizio sul comportamento delle candidate va in un certo senso attenuato dalla considerazione che, se è vero che tutte le donne ammesse alle prove orali hanno superato l'ostacolo con indubbia bravura, non è meno vero che di 31 candidate presentatesi agli esami scritti, soltanto otto sono riusciti a superarli»; il passo è tratto dal *Notiziario*, Consiglio Superiore della Magistratura, anno V, n. 2, 1 febbraio 1965, p. 14. In proposito, ci tengo a ringraziare Edmondo Bruti Liberati per avermi messo a disposizione il documento citato con riferimento all'incontro di Gardone insieme ai Notiziari del CSM cui avrei avuto difficoltà ad avere accesso tramite i normali canali di consultazione bibliotecaria. Al congresso di Gardone è dedicato anche un paragrafo (il terzo del secondo capitolo) del suo *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018, libro cui si rinvia per un eccellente affresco di insieme del primo sessantennio di storia repubblicana guardato (anche, non solo) attraverso il filtro del lavoro giudiziario e delle sue trasformazioni.

l'introduzione del divorzio e della interruzione volontaria di gravidanza; la riforma del diritto di famiglia; ma anche: la legge sulle lavoratrici madri e soprattutto la legge sugli asili nido che per la prima volta creava una dimensione extradomestica per l'assolvimento di compiti di accudimento tradizionalmente riservati al lato femminile della società; la legge di parità del 1977 (n. 903), sollecitata anche dagli interventi del legislatore comunitario degli anni precedenti e l'abolizione, agli albori degli anni 80, del matrimonio riparatore e dell'attenuante delle causa d'onore contribuiscono a imprimere all'ordinamento un volto nuovo, più sensibile ai valori posti a fondamento della democrazia (anche se, val la pena ricordarlo, si dovrà attendere il 1996 perché la violenza sessuale venga considerata un reato contro la persona e non contro la morale pubblica).

Sarà soprattutto a partire dagli anni Novanta che inizierà a farsi strada la cultura dell'eguaglianza per differenziazione alla ricerca di una parità che, da un lato, tenga conto delle complessive condizioni esistenziali delle donne e delle effettive opportunità sulle quali possono contare e, dall'altro, eviti di interpretare la parità nel segno della omologazione al modello maschile. Non pare casuale che proprio nel 1990 nasca l'ADMI, l'associazione donne magistrato italiane e che si intensifichi il dibattito sulle quote rosa e sulle azioni positive (è del 1991 la relativa legge, la n. 125), ritenute, queste ultime, in una storica sentenza della Corte Costituzionale, «il più potente mezzo e strumento a disposizione del legislatore [... per] superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino in discriminazioni di destino sociale»⁵⁸. L'obiettivo di tali, più articolati, interventi dovrebbe essere quello, come noto, di contrastare tanto la c.d. segregazione orizzontale, ovvero la sottorappresentazione di un genere rispetto all'altro in certi ambiti lavorativi, quanto la segregazione verticale, ovvero la difficoltà di un genere ad accedere ai livelli apicali delle diverse occupazioni.

Simili risultati – chiaramente – dovrebbero presupporre e al tempo stesso promuovere una diversa distribuzione (intrafamiliare ed extrafamiliare) dei carichi tradizionalmente reputati di esclusiva competenza femminile; questo eviterebbe, tra l'altro, di continuare a schiacciare la peculiarità del lavoro femminile sulla questione della maternità, ancora troppo spesso vissuta come un problema ai fini della efficiente organizzazione del lavoro degli uffici. Che, in concreto, il venir meno dell'apporto di una donna possa determinare l'andamento più affannoso di un ufficio, è un fatto molte volte sperimentato. Che però si attribuiscono le difficoltà in cui versa l'ufficio, anziché al difettoso funzionamento di un sistema che continua a concepire la maternità (e forse sarebbe ora di dire: la genitorialità, immaginando congedi obbligatori anche per i padri di durata non risibile) come

⁵⁸ È la sentenza n. 109 del 1993.

una scelta (o un capriccio) esclusivamente privato e non come una dimensione che coinvolge il futuro della società intera, è più grave. Perché è anche questo il modo che consente di rimandare scelte (potenziamenti di organico, diversa organizzazione della mobilità tre uffici ecc.) volte a evitare che il tempo del congedo produca ripercussioni negative sulla qualità del lavoro di una struttura.

In proposito, mi pare che la magistratura abbia seguito la tendenza di molte altre carriere: si è popolata di un numero crescente di donne con una presenza nei livelli direttivi che per molto tempo è stata ridotta e che negli ultimi anni sta crescendo. Molta strada dunque è stata fatta, ma ancora un bel tratto ne resta probabilmente da fare.

Sotto più di un profilo. Anzitutto è indispensabile – come un recente manifesto ha evidenziato, con toni polemici – non riferirsi al solo percorso delle donne ‘che ce l’hanno fatta’ per dichiarare risolto il problema della parità⁵⁹. Anche l’universo femminile non si sottrae infatti a un movimento più complessivo che coinvolge le società contemporanee e che attiene proprio al progressivo allargarsi della forbice delle disegualianze. Accanto a una minoranza che sembra essere riuscita a superare ogni forma di segregazione, resta una moltitudine di donne che stenta a costruirsi un destino soddisfacente. La sovrarappresentazione del genere femminile in lavori precari, sottopagati e poco garantiti, così come il persistere, in Italia, di un significativo *gender pay gap*, costituiscono l’eloquente testimonianza di una parità ancora difettosa, tra l’altro messa a durissima prova dalla recente emergenza pandemica, per le conseguenze, particolarmente pesanti, che ha prodotto proprio sul lavoro femminile. Non è esente da rischi neppure il frequente elogio degli impieghi part-time o del c.d. smart-working: se non frutto di una scelta consapevole, legata a specifiche esigenze esistenziali, si tratta di soluzioni che rischiano di ghettizzare il lavoro femminile, diventando strumenti cui le donne sono costrette a ricorrere per conciliare la loro vita professionale con lo svolgimento di compiti di accudimento e di cura che si tende a dare per scontato che gravino quasi esclusivamente sulle loro spalle.

Del pari, sul fronte delle ‘emancipate’, è necessario evitare che le donne si sentano trascinate in una sorta di vertigine iper-performativa che talora sembra abbia poco a che fare con la libertà di costruzione del proprio destino e molto invece col bisogno, tuttora frequente, di sentirsi (ed essere riconosciute) come capaci di fare tutto in maniera impeccabile. Vi è un argomento, forse il più subdolamente discriminatorio nel suo essere travestito da elogio, che circola con una certa frequenza: ed è quello della presunta superiorità della donna sull’uo-

⁵⁹ Il riferimento è a C. ARRIZZA, T. BHATTACHARYA, N. FRASER, *Femminismo per il 99% – un manifesto*, Roma-Bari, 2019.

mo, come attestato dalla martellante retorica sul cervello *multitasking* che solo le donne avrebbero la fortuna di avere e che consentirebbe loro di stare su più piani contemporaneamente.

Non so, francamente, se esista un modo tipicamente (o più tipicamente) femminile di svolgere un lavoro; credo però che ogni istanza emancipatoria non valga solo per il gruppo che di volta in volta se ne fa promotore (le donne, le minoranze etniche, i differenti orientamenti sessuali ecc.) ma che funzioni come una sorta di 'sbloccadestini', che serva, cioè, a ricordare a tutti come nessuno (non le donne, ma neppure gli uomini) sia vincolato a un percorso tracciato, obbligato. Così, ogni luogo rilevante per la vita di una società, si arricchisce se abitato da sensibilità e voci diverse, a loro volta non inchiodate a interpretare determinati ruoli e funzioni. Di modo che l'assunzione di alcune caratteristiche ritenute tipiche dell'altro gruppo non dia più vita ad espressioni purtroppo ancora molto in voga: la donna con gli attributi (per dirlo in modo urbano), se munita di caratteristiche ritenute tipiche del maschile; il mammo, per l'uomo viceversa incline a svolgere compiti tradizionalmente attribuiti alle donne.

Che i legami con certi modelli siano duri a estinguersi è rivelato anche dalla circostanza che si continuino a formulare domande differenti a uomini e donne, così come dalla frequente attribuzione di connotati diversi allo stesso lavoro a seconda che a svolgerlo sia un uomo o una donna. È tipico, ad esempio, che si chieda a una donna che ha avuto una buona riuscita professionale come abbia fatto a conciliare il lavoro con i suoi impegni familiari, mentre una identica domanda non viene mai rivolta agli uomini, anche quando hanno una famiglia (evidentemente si dà per scontato che il governo dell'ambito domestico abbia fatto capo in maniera pressochè esclusiva alla donna). Non è, del resto, infrequente che i lavori tendano a cambiare volto a seconda che vengano abbinati a un uomo o a una donna. A perpetuare simili visioni – beninteso – non contribuisce una sola metà del cielo; quando si ha a che fare con la radicazione di modelli, a servire è uno scatto di mentalità che, anche in questo caso, riguardi tutti, gli uomini, certo, ma anche le donne, che è importante non smettano di riflettere sulla loro condizione lasciandosi alle spalle, senza troppe nostalgie, appigli identitari che rischiano di rappresentare, ancor oggi, un ostacolo forte a un a libera (o più libera) costruzione del proprio orizzonte esistenziale e lavorativo.

I terrorismi politici in Italia. Origini, caratteristiche, sviluppi e risposta giudiziaria

SOMMARIO: Introduzione – 1. Anni Settanta: non solo terrorismo – 2. Una Repubblica giovane sottoposta a pesanti tensioni – 3. Alle origini dello stragismo – 4. La risposta giudiziaria allo stragismo – 5. Genesi ed escalation del terrorismo rosso – 6. La risposta dello Stato al terrorismo rosso – 7. Stato di emergenza, non di eccezione.

Introduzione

Il terrorismo politico è stato una tragica specificità della storia dell'Italia repubblicana, insieme alla presenza pervasiva della criminalità organizzata (mafia, camorra, 'ndrangheta). Dalla fine degli anni Sessanta del XX secolo, infatti, l'Italia ha conosciuto una stagione di terrorismi di matrice politico-ideologica protrattasi per oltre quindici anni che, per durata, intensità, complessità e numero di vittime, non ha eguali in Europa. Nel nostro Paese si sono intrecciati infatti un terrorismo di estrema destra e uno di estrema sinistra che, per dimensioni e impatto, sono paragonabili soltanto ai terrorismi di matrice etnico-nazionalista, come quello dell'Ira nell'Irlanda del Nord e dell'Eta in Spagna, fenomeni che si radicano però in conflitti antichi e diffusi (del tipo manifestatosi peraltro anche in Italia, in Alto Adige o Südtirol, soprattutto negli anni Sessanta).

Il terrorismo, nelle sue varie forme, ha segnato profondamente la nostra società, rappresentando una prova particolarmente ardua per le forze di sicurezza e la magistratura. Quest'ultima, oltre a essere stata colpita con notevole durezza (tre magistrati sequestrati e dieci assassinati, tra il 1974 e l'80)¹ è stata messa alla

¹ Gli assassinati: Francesco Coco ucciso l'8 giugno 1976 a Genova dalle Brigate Rosse; Vittorio Occorsio ucciso il 10 luglio del 1976 a Roma da Ordine Nuovo; Riccardo Palma ucciso il 14 febbraio 1978 a Roma dalle Brigate Rosse; Girolamo Tartaglione ucciso il 10 ottobre 1978 a Roma dalle Brigate Rosse; Fedele Calvosa ucciso l'8 novembre del 1978 a Frosinone dalle Unità Combattenti Comuniste; Emilio Alessandrini ucciso il 29 gennaio 1979 a Milano da Prima Linea; Nicola Giacom-

prova anche dal punto di vista professionale, perché l'emergenza terroristica è venuta a coincidere con una stagione di intense trasformazioni e forti tensioni all'interno del corpo che, a partire dal cosiddetto "disgelo costituzionale", ha visto una progressiva democratizzazione e affermazione della propria indipendenza interna ed esterna².

Per questo motivo mi pare molto significativa la scelta di includere un approfondimento sul terrorismo in un corso di formazione sulla "Storia della magistratura e ruolo del magistrato nell'epoca contemporanea". Significativa e utile, dal momento che, sebbene negli ultimi anni siano state pubblicate numerose ricerche storiche su quella stagione, essa non è quasi mai oggetto di studio nelle scuole secondarie superiori o all'università, mentre la rappresentazione che ne viene data nel dibattito pubblico resta troppo spesso parziale, distorta o appare ancora incagliata in vecchie polemiche a sfondo ideologico, in cui si riflettono le contrapposizioni e i conflitti che attraversarono gli anni Settanta, complice anche il fatto che molti dei protagonisti di allora sono ancora vivi e attivi sui media e nella scena pubblica. "Nella maggior parte dei casi", osserva il politologo Hervé Rayner, "chi ha scritto la storia di questo periodo è ancora implicato in procedimenti politici, memoriali e identitari. A volte persino giudiziari [...] un filone editoriale alimentato da ex terroristi, politici, magistrati e golpisti"³.

Anche per questo, ancor oggi, quando si parla di terrorismo il dibattito è rovente e alimenta infinite polemiche. A decenni di distanza dai fatti, poi, accade che il terrorismo torni a essere, paradossalmente, materia di cronaca, perché vi sono ancora inchieste e processi aperti, come nel caso della bomba del 2 agosto 1980 alla stazione di Bologna, l'attentato più grave della nostra storia, oppure come è avvenuto nella primavera del 2021 con il tardivo arresto di una manciata di ex brigatisti in Francia, che avevano beneficiato a lungo della "dottrina Mitterand" (ovvero il rifiuto del governo francese di estradare persone accusate

bi ucciso il 16 marzo 1980 a Salerno dalla colonna delle Brigate Rosse "F. Pelli"; Girolamo Minervini ucciso il 18 marzo 1980 a Roma dalle Brigate Rosse; Guido Galli ucciso il 19 marzo 1980 a Milano da Prima Linea; Mario Amato ucciso il 23 giugno 1980 a Roma dai NAR.

I sequestrati: Mario Sossi, dal 18 aprile al 23 maggio 1974, e Giovanni D'Urso, dal 12 dicembre 1980 al 15 gennaio 1981, entrambi rapiti dalle Brigate Rosse; Giuseppe di Gennaro rapito dai NAP tra il 6 e il 10 maggio 1975; nel 1976, i NAP feriscono poi il consigliere di Cassazione Pietro Margariti (28 gennaio) e il giudice Paolino Dell'Anno (5 maggio).

² A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012, 310-340; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018, 109-170.

³ M. LAZAR e M.-A. MATARD-BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo. Storia e memoria del terrorismo italiano*, Milano, 2010, 41.

di terrorismo che non si fossero macchiate di reati di sangue), pur essendo stati condannati in via definitiva per omicidio⁴.

Alla luce di queste considerazioni, nei limiti dello spazio concesso cercherò di offrire una breve introduzione per inquadrare la genesi, lo sviluppo e i tratti principali dei terrorismi politici in Italia, nonché le caratteristiche della risposta giudiziaria agli stessi, sulla base dei risultati delle principali ricerche finora svolte in ambito storiografico, sociologico e di scienza politica, che spero possa essere d'aiuto per comprendere a grandi linee ciò che è accaduto e offra, allo stesso tempo, qualche spunto per orientarsi tra le polemiche, le falsificazioni, le semplificazioni e i luoghi comuni che continuano ad appesantire il discorso pubblico.

1. Anni Settanta: non solo terrorismo

Il periodo di massima intensità dei terrorismi in Italia coincide con gli anni Settanta, più precisamente con i cosiddetti “lunghi” anni Settanta, che vanno dal 1969, con la strage di piazza Fontana, al 1980, anno della strage di Bologna. La dizione “terrorismi”, al plurale, sottolinea il fatto che in Italia si sviluppano e coesistono fenomeni di matrice diversa, di estrema destra ed estrema sinistra, con svariate sigle e organizzazioni all'interno di ciascuno schieramento, che ricorrono a strategie e repertori d'azione differenziati.

Il terrorismo nero ha la sua fase acuta tra il 1969 e il '74, con una decisa ripresa in prossimità del 1980, si manifesta in prevalenza con attentati non rivendicati a base di esplosivo e stragi indiscriminate (stragismo). Le stragi di estrema destra, dopo decenni di inchieste e processi, restano ancor oggi in larga parte o del tutto impunte, per le complicità e connivenze di cui poterono godere i gruppi eversivi di destra all'interno dei servizi segreti e delle forze di sicurezza dello Stato. Questo stragismo con coperture istituzionali è una peculiarità italiana, su cui la ricerca storica continua a interrogarsi.

Il terrorismo rosso predilige invece attentati mirati (ferimenti e omicidi) e rivendicati contro obiettivi specifici, di valore simbolico; dopo una prima fase di azioni incruente, segna la seconda metà degli anni Settanta con un'escalation di uccisioni.

Si parla spesso di “anni di piombo”, ma questa espressione giornalistica di grande successo deforma la realtà storica del periodo in due modi importanti. Primo, evoca solo il piombo delle pallottole, quindi soprattutto gli attentati del

⁴ M. GERVASONI, “La sinistra italiana, i socialisti francesi e le origini della ‘dottrina Mitterand’”, in LAZAR e BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo*, cit., 349-65.

terrorismo rosso, e rimuove la memoria della dinamite e del tritolo delle stragi neofasciste. Secondo, cancella la dimensione positiva e vitale degli anni Settanta, in particolare l'impegno politico intenso (e non violento) di milioni di cittadini, che si tradusse in una stagione di riforme senza eguali.⁵ Tra le più importanti, ricordiamo:

- nell'ambito del welfare: l'istituzione dei consultori famigliari nel 1975, l'equo canone, la c.d. "legge Basaglia", la sanità pubblica universale e la depenalizzazione dell'aborto nel 1978;
- in materia di diritti dei lavoratori: l'approvazione dello Statuto dei lavoratori nel 1970 e l'introduzione dei corsi delle "150 ore" nel 1973;
- nel campo dei diritti politici: l'introduzione dei referendum abrogativi nel 1970, quella degli organi collegiali nelle scuole nel 1974 e la concessione del voto ai diciottenni nel 1975;
- in quello dei diritti civili: l'introduzione del divorzio nel 1970 (e la connessa battaglia contro il referendum abrogativo nel 1974), l'obiezione di coscienza nel 1972, la riforma del diritto di famiglia e del sistema carcerario nel 1975;
- in materia di assetto dello Stato: l'istituzione delle regioni nel 1970, la creazione ministero dei Beni Culturali nel 1974, la riforma della *governance* della Rai nel 1975 e la riforma dei servizi segreti e della disciplina del segreto di Stato nel 1977.

L'espressione "anni di piombo" riflette una distorsione duratura indotta nella percezione di quella stagione dall'enorme impatto mediatico ed emotivo del terrorismo rosso. Ma gli anni Settanta non possono né devono essere ridotti alla dimensione della violenza terroristica, e il terrorismo stesso non deve essere presentato come un "fenomeno generazionale". Se è vero infatti che trovò le proprie reclute soprattutto tra giovani e giovanissimi, specialmente dopo il 1977, coinvolse tuttavia solo una piccola minoranza di quella generazione; data la durata ultradecennale del fenomeno, peraltro, occorre invece considerare che nel ridotto sottoinsieme dei terroristi si susseguirono differenti ondate generazionali, con caratteristiche diverse.

Il numero di ragazze e ragazzi che prese le armi e scelse la via del terrorismo e della clandestinità, per imporsi sulla maggioranza con la violenza, è calcolabile in poche migliaia, considerando chi fu toccato da inchieste giudiziarie anche per reati minori, mentre milioni di cittadini, tra cui ragazze e ragazzi, continuarono a fare politica in modo pacifico dentro i limiti della Costituzione, nelle piazze, nei partiti, nei collettivi, nei sindacati, facendo informazione.

⁵ G. MORO, *Anni Settanta*, Torino, 2007, 31-33.

È bene inoltre precisare che negli anni del terrorismo, in Italia non ci fu una “guerra civile” come quella che divampò nei venti mesi dall’8 settembre 1943 alla Liberazione, e nemmeno una “guerra civile a bassa intensità” o “strisciante”, una nozione suggestiva impiegata spesso, ma, come nota Marc Lazar, senza mai essere definita con precisione, di cui sono ben chiare, però, le implicazioni apologetiche (non a caso, era utilizzata nei testi e documenti dell’area brigatista già nella fase aurorale del terrorismo).⁶

Infine, uno dei nodi più complessi, affrontato precocemente dagli studiosi ma ancor oggi oggetto di polemiche strumentali, è il rapporto tra terrorismi e movimenti. Il terrorismo, quello rosso in particolare, nacque e poi conobbe una decisa impennata subito dopo i due grandi «cicli di protesta» che divamparono in Italia, nel 1968 e nel 1977. I detrattori, soprattutto di destra, sostengono che vi fu una continuità diretta tra le proteste giovanili e il terrorismo, che sarebbe “tutta colpa del Sessantotto” (al pari, secondo loro, del degrado della scuola pubblica, dell’università e di molti altri mali della società). A sinistra, tra gli intellettuali nostalgici e una parte degli estimatori della stagione dei movimenti, talvolta si presenta invece il brigatismo rosso come un semplice aspetto, per quanto sbagliato e deterioro nella scelta dei mezzi, della più ampia “grande rivolta” degli anni Settanta, in cui s’iscrivono il femminismo, i diritti civili, l’internazionalismo e le grandi lotte di quell’epoca: “la più importante e diffusa nel contesto occidentale del dopoguerra”, ha scritto per esempio la filosofa Donatella Di Cesare, intervenendo con toni critici nei confronti degli arresti degli ex brigatisti in Francia nel 2021, “che proseguiva quella del ’68 ma che era anche molto diversa, sotto ogni aspetto più radicale, e in alcune aree ha assunto la forma di lotta armata”.⁷

Contro queste semplificazioni suggestive, per riportare le dimensioni del terrorismo alle proporzioni corrette ed evidenziare la sua diversità strutturale da altre esperienze di lotta politica, in un breve saggio del 2007 Giovanni Moro, sociologo e figlio dello statista assassinato, invitava a distinguere tra conflitti di sistema e conflitti di (o sulla) cittadinanza. Tra i primi, rientrano i tentativi violenti di forzare il sistema democratico, in senso rivoluzionario o golpista; i secondi invece riguardano “la democrazia come fatto quotidiano” e “la democratizzazione

⁶ “Per chi affronta la questione in termini di guerra civile, i militanti di sinistra impegnati nella lotta armata si sono semplicemente difesi dopo essere stati attaccati: hanno agito in nome dei loro principi, considerati grandi e sinceri, e dei loro ideali [...] meritano perciò il rispetto e il perdono. Un approccio del genere porta a predicare, conseguenza abbastanza logica, una politica di riconciliazione e di amnistia”, LAZAR e BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo* cit., p. 160.

⁷ “Gli anni 70 non furono solo di piombo”, di D. DI CESARE, *La Stampa*, 6 maggio 2021.

della vita quotidiana e dei rapporti sociali”,⁸ ovvero le lotte condotte all’interno del sistema per cambiarlo, anche quando in queste lotte vi fosse un ricorso alla violenza (come poteva accadere per esempio durante le manifestazioni o le occupazioni). Negli anni Settanta, i due tipi di conflitto si sono incontrati, mescolati, scontrati e sovrapposti, ma restano comunque diversi.

Più in generale, negli anni dell’escalation terroristica la situazione italiana era particolarmente complessa poiché in essa s’intrecciava una costellazione di fenomeni diversi, che influirono in modo decisivo sul modo in cui il terrorismo fu percepito dalla società e sulla risposta dello Stato.

In particolare, la vita del Paese fu segnata da:

- violenza politica diffusa, in cui spiccano gli scontri tra militanti di estrema destra ed estrema sinistra, particolarmente acuta tra il 1966 e il ’75 (anno della cosiddetta “primavera di sangue”);⁹
- uso eccessivo della forza nella gestione dell’ordine pubblico: dagli anni Cinquanta all’inizio degli anni Sessanta, molti lavoratori erano stati uccisi dalle forze di polizia nel corso di manifestazioni, e l’uso eccessivo della forza aveva conosciuto una ripresa a partire dal Sessantotto, per tutti gli anni Settanta;¹⁰
- presenza di soggetti favorevoli alla prospettiva del golpe (rappresentati tra i poteri economici e le forze armate) tra fine anni Sessanta e inizio anni Settanta, ed espansione di forme di “potere occulto” (per esempio la loggia massonica P2), in particolare dalla metà degli anni Settanta¹¹.

Se l’uso della violenza in molte forme di lotta politica creò un’abitudine allo scontro fisico e si intrecciò con l’escalation terroristica, lo stillicidio di morti provocate dalle forze dell’ordine, sempre impunte, e la scoperta di trame antidemocratiche, insieme al disvelamento dei numerosi depistaggi nelle inchieste sulle stragi neofasciste avvenute dal 1969 contribuirono a diffondere un senso di sfiducia e talvolta di ostilità nei confronti dello Stato e dei rappresentanti delle forze di sicurezza. Questo, in alcuni segmenti della società, in particolare nell’area della sinistra extraparlamentare e in alcuni settori delle grandi fabbriche, alimentò un atteggiamento di tolleranza, e talvolta di simpatia, per le azioni del terrorismo di sinistra.

⁸ G. MORO, *Anni Settanta* cit., 66-67.

⁹ G. PANVINI, *Ordine nero, guerriglia rossa. La violenza politica nell’Italia degli anni Sessanta e Settanta (1966-1975)*, Torino, 2009.

¹⁰ D. DELLA PORTA e H. RITTER, *Polizia e protesta. L’ordine pubblico dalla Liberazione ai “no global”*, Bologna, 2003.

¹¹ F. BISCIONE, *Il sommerso della Repubblica. La democrazia italiana e la crisi dell’antifascismo*, Torino, 2003.

2. Una Repubblica giovane sottoposta a pesanti tensioni

Per capire le ragioni dell'esplosione di violenza dei terrorismi, il modo in cui lo Stato italiano li ha affrontati e l'impatto che hanno avuto sulla società, dobbiamo tenere presente alcune caratteristiche dell'Italia dell'epoca: una Repubblica giovane, gravata dai lasciti di un passato pesante e sottoposta a pesanti tensioni, interne e soprattutto internazionali.

In primo luogo, nasceva sulle ceneri di un ventennio di dittatura fascista, a cui, nel pieno della seconda guerra mondiale, erano seguiti venti mesi di guerra civile, dal 1943 al '45, che dopo l'8 settembre 1943 videro i partigiani combattere al fianco degli Alleati contro le truppe della Repubblica di Salò fedeli a Mussolini e all'alleanza con la Germania nazista.

La lunga dittatura aveva lasciato tracce profonde nel corpo dello Stato: dentro la polizia, la magistratura e la macchina burocratica e amministrativa continuavano a operare persone nate, cresciute e formatesi sotto il fascismo. Lo stesso vale per la guerra civile 1943-45, che produsse lacerazioni sociali e contrapposizioni ideologiche profonde e durature.

La vita politica della neonata Repubblica italiana inoltre era pesantemente condizionata dalle dinamiche internazionali. Nel mondo spaccato in due dalla Guerra fredda, al Partito Comunista Italiano (Pci), il più grande partito comunista dell'Europa occidentale nonché principale forza di opposizione, era di fatto precluso l'accesso al governo poiché per gli Stati Uniti tale prospettiva era inammissibile (si parla di *conventio ad excludendum*, ovvero "patto per escludere"). Fino alla caduta del Muro di Berlino, la Democrazia Cristiana rimase ininterrottamente al governo variando solo le alleanze, in una condizione di "democrazia bloccata", perché la reale alternanza di governo era impossibile. Ciò nonostante, come abbiamo visto, attraverso la dialettica e gli accordi in sede parlamentare, la politica riesce comunque a esprimere molte importanti riforme, in particolare negli anni Settanta.

Nella mentalità e nei comportamenti delle forze militari e di sicurezza, la pregiudiziale anticomunista prevaleva sul dettato costituzionale: per questo si parla di una "doppia lealtà", alla Costituzione e all'anticomunismo¹².

Occorre infine tenere conto del fatto che, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, l'Italia conobbe una crescita economica vertiginosa (il cosiddetto "boom" economico), accompagnata da rapidissime trasformazioni sociali, antropologiche, dei consumi e dei costumi, che coesistevano però con sacche di arretratezza. La modernizzazione fu segnata da pesanti contraddizioni e creò forti tensioni nella

¹² Franco DE FELICE, "Doppia lealtà e doppio Stato", in *Studi Storici*, n. 3, luglio-settembre 1989, 493-563

società, mentre l'accresciuto benessere economico portò con sé la domanda di maggiori diritti. Quando l'onda lunga della protesta studentesca del Sessantotto raggiunse l'Italia, questa si saldò con le lotte operaie, che toccarono il culmine nel cosiddetto "autunno caldo" del 1969, una stagione di lotte sindacali d'intensità mai vista. Il livello di conflittualità sociale si alzò notevolmente, tra grandi speranze di cambiamento e profonde paure, diffuse nei settori più conservatori del potere politico ed economico e delle forze armate. È in questa situazione che esplose la violenza.

3. Alle origini dello stragismo

Il 1969 era stato segnato da uno stillicidio di attentati (ben 145), in un crescendo di gravità che culminò con la strage di piazza Fontana e le altre bombe collocate tra Milano e Roma il 12 dicembre 1969. È la prima di una serie di stragi di matrice terroristica nera:¹³

- 12 dicembre 1969: strage di piazza Fontana, Milano (17 vittime)
- 22 luglio 1970: Strage presso la stazione Gioia Tauro (6 vittime)
- 31 maggio 1972: strage di Peteano (3 vittime)
- 17 maggio 1973: strage di via Fatebenefratelli, Milano (4 vittime)
- 28 maggio 1974: strage di piazza della Loggia, Brescia (8 vittime)
- 4 agosto 1974: strage sul treno Italicus, vicino Bologna (12 vittime)
- 2 agosto 1980: strage alla stazione di Bologna (85 vittime)

Un elenco a cui dobbiamo aggiungere una serie di attentati falliti per un soffio.

Oltre ad accertare la matrice neofascista (anche nel caso della strage del 1973, poiché sebbene l'autore, arrestato in flagranza di reato e reo confesso, si professasse anarchico, indagini successive portarono alla luce i suoi legami con l'estrema destra),¹⁴ decenni di inchieste hanno messo in evidenza il ruolo centra-

¹³ Spesso in sede di provvedimenti istituzionali (per esempio nella cosiddetta "direttiva Renzi" del 2014 per la declassifica dei documenti) nell'elenco viene inclusa la cosiddetta "strage di Natale" sul treno rapido 904 del 23 dicembre 1984 (16 vittime), poiché, sebbene avesse coinvolto "mano-valanza" nera, la sua matrice è mafiosa (il cassiere di Cosa Nostra Pippo Calò è stato condannato in via definitiva come mandante). Nello stesso periodo, dobbiamo inoltre ricordare le due stragi di Fiumicino, la prima avvenuta il 17 dicembre 1973 (34 vittime) e la seconda il 27 dicembre 1985 (19 vittime, tra cui 4 terroristi), compiute dai terroristi palestinesi.

¹⁴ M. DONDI, *L'eco del boato. Storia della strategia della tensione 1965-1974*, Roma-Bari, 2015, 311-321.

le delle sezioni venete di Ordine nuovo e dei gruppi gravitanti nella sua galassia eversiva (i processi hanno infatti riconosciuto il coinvolgimento di Ordine Nuovo in piazza Fontana, mentre uno dei suoi dirigenti storici, Carlo Maria Maggi, è stato condannato per la strage di Brescia, e anche il Bertoli, il sedicente anarchico responsabile della strage alla Questura di Milano, avrebbe avuto contatti con l'estrema destra ordinovista). Inchieste e processi hanno confermato inoltre la costante dei depistaggi, messi in atto, in particolare, da personale della polizia politica (uffici politici delle Questure e Ufficio Affari riservati del Viminale), dai servizi segreti dell'epoca (prima il Sid, poi il Sismi) e da settori dell'Arma dei Carabinieri. Sono emersi inoltre collegamenti stabili e documentati tra le forze di sicurezza e i terroristi di estrema destra. I terroristi neri miravano a un vero e proprio golpe, mentre chi li coprì, depistando le indagini, sembrava perseguire invece una semplice stabilizzazione del potere politico in senso centrista.

Il disegno complessivo risulta ormai chiaro: le stragi sono stata la risposta violenta allo spostamento a sinistra dell'asse politico e della società. Come scrisse Aldo Moro, quando era prigioniero delle Brigate Rosse nel 1978, «La cosiddetta strategia della tensione ebbe la finalità, anche se fortunatamente non conseguì il suo obiettivo, di rimettere l'Italia nei binari della "normalità" dopo le vicende del '68 ed il cosiddetto autunno caldo».

La ricerca storica ha ormai fatto propria, con largo consenso, l'espressione "strategia della tensione", diffusa dalla stampa britannica subito dopo piazza Fontana, con cui si intende, in senso lato, l'uso strumentale di stragi e attentati (non rivendicati) per creare paura e fibrillazione al fine di condizionare il clima politico e sociale, generalmente in senso anticomunista.

Nel quadro complessivo, si possono distinguere due tipologie di attentato, *stragi di provocazione* o *di mistificazione* e *stragi di intimidazione* o *di vendetta*, a cui corrispondono grossomodo due fasi nella strategia della tensione: la prima, fino al 1973, caratterizzata dall'uso *indiretto* degli attentati per criminalizzare gli anarchici e le sinistre; la seconda, che vede l'uso *diretto* delle bombe, in cui, sebbene perdurino i depistaggi, la matrice nera è riconoscibile (caso esemplare la strage di Brescia del '74, che colpisce una manifestazione antifascista).

L'uso politico delle stragi non era una novità nella storia d'Italia. Nel 1928, a Milano, gli autori della strage alla Fiera campionaria di Milano rimasero sconosciuti, ma il regime di Mussolini scaricò la responsabilità sugli antifascisti. Nel secondo dopoguerra, queste provocazioni rientrano nelle strategie della «guerra non ortodossa» al comunismo, che recupera la teoria della «guerra medica» dei comandi colonialisti francesi, secondo cui, contro il virus del comunismo in Occidente, occorre risvegliare gli «anticorpi» inoculando piccole dosi di violenza (per esempio, alimentando disordine e terrore e scaricandone responsabilità

sulle sinistre, per provocare contraccolpo conservatore).¹⁵ Nel 1965, a Roma, si tenne un convegno sulla “guerra rivoluzionaria” e le tecniche di guerra non ortodossa per contrastarle, che viene considerato l’atto di nascita della strategia della tensione in Italia.¹⁶

Dopo il 1976, alcune frange del terrorismo nero, anche per emulare le azioni eclatanti delle Brigate Rosse, cominciano a compiere attentati individuali a obiettivi specifici di alto valore simbolico. Il 10 luglio del 1976, Pierluigi Concutelli, leader del Movimento Politico Ordine Nuovo (ala scissionista del gruppo fondato da Rauti) uccide il pubblico ministero Vittorio Occorsio, rappresentante dell’accusa nel processo che aveva portato alla messa fuori legge di On nel 1973. A partire dal 1978, gli esponenti del cosiddetto “spontaneismo armato”, in particolare i Nuclei Armati Rivoluzionari di Giusva Fioravanti e Francesca Mambro, seminano il terrore a Roma compiendo un gran numero di rapine di autofinanziamento e omicidi, soprattutto contro le forze dell’ordine e la magistratura, in quanto rappresentanti dell’apparato repressivo dello Stato “nemico”. Tra il 1978 e l’82, uccidono 23 persone in attentati individuali. Nel 1979, il terrorismo nero riprende gli attentati con l’uso di esplosivo: dopo le stragi mancate davanti alla sede del CSM a Roma e accanto a Palazzo Marino a Milano, il massacro alla stazione di Bologna, il 2 agosto 1980, è la strage più grave mai avvenuta in Europa nel Dopoguerra fino a quel momento. Per l’attentato sono stati condannati in via definitiva i Nar Fioravanti, Mambro, Luigi Ciavardini.¹⁷ Insieme a loro, sono stati condannati per depistaggio il capo della P2 Licio Gelli e due ufficiali del Sismi.

Lo “spontaneismo armato” matura nella temperie del movimento giovanile del ’77 e dal clima di violenza politica crescente, in particolare dalla contrapposizione tra “rossi” e “neri” e dall’escalation di omicidi brigatisti, che impone anche all’estrema destra il modello dell’attentato individuale. Non si organizza in modo gerarchico, intende la violenza come affermazione individuale e rifiuto del sistema, si fonda sul primato dell’azione sull’ideologia e prevede una modalità di lotta armata a tutto campo, “spontanea” appunto, che si contrappone, oltre che ai tradizionali nemici comunisti, alle gerarchie del Msi. In particolare, in quanto nemici del “sistema”, i Nar si proclamano estranei alle logiche della destra eversiva della gene-

¹⁵ A. VENTRONE, *La strategia della paura. Eversione e stragismo nell’Italia del Novecento*, Milano, 2019.

¹⁶ *La guerra rivoluzionaria. Atti del Primo Convegno organizzato dall’Istituto Pollio (3-5 maggio 1965)*, disponibili online all’indirizzo http://www.stragi.it/foto/la_guerra_rivoluzionaria/index.htm

¹⁷ Nel gennaio 2020 è stato condannato in primo grado per concorso in strage anche il Nar Gilberto Cavallini (la sentenza è scaricabile qui https://drive.google.com/file/d/1_Mj_PfjZCp6TY7rXUnsb9P62BfSGQdt/view)

razione precedente, e soprattutto alle sue collusioni con i servizi segreti. Tuttavia, numerosi elementi emersi nel corso delle inchieste e dei processi per la strage di Bologna hanno messo seriamente in discussione le loro pretese di “purezza”.

4. La risposta giudiziaria allo stragismo

“L’Italia detiene il record mondiale di stragi rimaste impunte” nel mondo occidentale, scrive Giovanni Moro con amara ironia¹⁸. Tutti i processi per questi delitti, in effetti, ebbero durata e complessità abnorme, e in massima parte mancarono l’obiettivo di assicurare alla giustizia i responsabili, gli esecutori materiali e i mandanti, principalmente a causa dei depistaggi. Più che di processi, in realtà, dobbiamo parlare di “iter giudiziari” composti da due, tre o più procedimenti penali, che si dipanano nell’arco di decenni, per esempio tre processi nell’arco di 36 anni nel caso di piazza Fontana, tre processi in 43 anni e un’indagine ancora aperta per la strage di piazza della Loggia, mentre a 41 anni dal fatto, l’iter giudiziario per la strage di Bologna è ancora in corso, e si articola finora in cinque processi, di cui due ancora aperti.

La lunghezza e la tortuosità dei procedimenti, insieme alla loro incapacità di assicurare alla giustizia i colpevoli, o comunque di farlo in tempi ragionevoli, hanno contribuito ad alimentare un profondo senso di sfiducia dei cittadini nei confronti dello Stato. In questo senso, Taviani centrava il punto quando, nel 1997, davanti alla Commissione stragi, affermava che “i depistaggi e le sentenze assolutorie mantennero viva la tensione”¹⁹.

Quest’esito è il prodotto, da una parte, di fattori strutturali e problemi che gravavano sull’ordinamento giudiziario all’epoca, tra cui:

- le problematiche connesse alla polizia giudiziaria: in particolare, la scarsa autonomia del personale che indaga per conto dei magistrati dalle gerarchie interne, per cui l’art. 109 della Costituzione resta di fatto inattuato; la mentalità dei funzionari formati sotto il regime fascista; la scarsa preparazione degli addetti più giovani;
- i limiti all’indipendenza interna ed esterna della magistratura;
- la cronica carenza di mezzi e personale che affliggeva le procure e gli uffici istruzione;
- le complessità procedurali, che potevano rallentare in modo fatale i procedimenti, in particolare in caso di conflitti di competenza, avocazioni o rimesioni.

¹⁸ G. MORO, *Anni Settanta*, cit., 58-59.

¹⁹ <https://www.parlamento.it/parlam/bicam/terror/stenografici/steno24.htm>

Vi sono poi alcuni comportamenti specifici che ostacolarono le inchieste e processi per strage:

- i “depistaggi di provocazione”, ovvero la disseminazione di false piste: particolarmente gravi quelli compiuti dall’Ufficio Affari riservati del Viminale a carico degli anarchici, nell’inchiesta di piazza Fontana e sulle bombe precedenti;
- i “depistaggi di copertura”, ovvero l’occultamento di elementi utili alle indagini, compiuti soprattutto da ufficiali dei servizi segreti militari (Sid e poi Sismi) e dell’Arma dei Carabinieri (con condanne passate in giudicato nei processi per piazza Fontana, per la strage di Peteano e per quella di Bologna);
- gli interventi dell’alta magistratura, dai Procuratori capo alla Cassazione, che in numerose circostanze rallentò e ostacolò in vario modo i procedimenti²⁰.

La confusione alimentata dai depistaggi e il loro impatto devastante sul corso delle indagini e, di riflesso, sull’opinione pubblica, l’alternanza, nei processi, di pesanti condanne e clamorose assoluzioni nei vari gradi di giudizio, ha alimentato (in particolare negli ambienti influenzati dalla subcultura di destra) “narrazioni alternative” che contestano la matrice neofascista delle stragi terroristiche. Il caso più eclatante resta forse quello della strage di Bologna. A dispetto delle condanne passate in giudicato nei diversi processi, esiste un vivace e composito movimento d’opinione che sostiene l’innocenza dei Nar, rilanciando piste alternative già vagliate e scartate in sede giudiziaria (in particolare una presunta “pista palestinese”)²¹.

5. Genesi ed escalation del terrorismo rosso

Dalla fine degli anni Sessanta nel calderone della sinistra extraparlamentare si moltiplicano i gruppuscoli che inneggiano alla rivoluzione contro il riformismo e all’uso della violenza per l’affermazione del comunismo (anche in contrapposizione al Pci, considerato un “traditore” della classe operaia). Si richiamano al mito della “Resistenza tradita” e alle esperienze di guerriglia urbana dei gruppi

²⁰ Su questi temi, mi sia consentito rimandare a B. TOBAGI, *Piazza Fontana. Il processo impossibile*, Torino, 2019, e id., “Quale giustizia? I processi per piazza Fontana tra Roma, Milano e Catanzaro”, *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2/2020, 17-42.

²¹ Sulla strage di Bologna, TOBAGI, “Loggia P2, servizi segreti, terrorismo neofascista. Cosa sappiamo della strage di Bologna 41 anni dopo e cosa sta rivelando il nuovo processo ai mandanti”, *Valigia Blu*, agosto 2021, <https://www.valigiablue.it/strage-bologna-41-anni-dopo/>

“fochisti” in America Latina (per esempio, i Tupamaros in Uruguay e le dottrine del brasiliano Carlos Marighella) e dall’inizio degli anni Settanta discutono apertamente l’opzione di quella che definiscono “lotta armata”. In questi ambienti esercitano un’influenza importante anche il timore che in Italia possa avere luogo un golpe, come quello dei colonnelli in Grecia nel 1967, e la pratica del cosiddetto “antifascismo militante”, che prevedeva schedature del nemico e scontro fisico tra “rossi” e neofascisti²².

È in questo contesto che, a partire dal 1969, alcuni soggetti maturano la scelta di passare all’azione terroristica: il Gruppo 22 ottobre a Genova, i Gap di Giangiacomo Feltrinelli e soprattutto le Brigate Rosse. Un contesto in cui la strage di piazza Fontana agisce come un “catalizzatore” di processi già in atto e contribuisce a radicalizzare le posizioni, ma non è la causa né l’origine del terrorismo di sinistra, che non fu una semplice “risposta” allo stragismo, come hanno suggerito molti militanti per giustificare le proprie azioni.

Come abbiamo già accennato, il terrorismo rosso non è una semplice “emanazione” del Sessantotto, il nesso è più complicato. Gli studiosi hanno ricostruito come il terrorismo non sia un sottoprodotto delle proteste giovanili *tout court*, quanto piuttosto della loro crisi: quando, cioè, il ciclo di protesta si riassorbe, le frange più estremiste e abituate all’uso della violenza di alcuni gruppi optarono per la “lotta armata” e la clandestinità. In particolare, ampi spezzoni dei servizi d’ordine di Potere Operaio e di Lotta Continua vanno a ingrossare le fila, rispettivamente, delle BR e di Prima Linea.

A partire dalla fine degli anni Ottanta, l’Istituto Cattaneo di Bologna ha avviato un ampio programma di ricerche sulla genesi e lo sviluppo del terrorismo rosso, valendosi di dati quantitativi, atti giudiziari, documenti ideologici e soprattutto delle “storie di vita” raccolte sottoponendo a interviste strutturate numerosi ex terroristi (prestando dunque la dovuta attenzione alla percezione soggettiva della realtà da parte dei suoi protagonisti). Attraverso queste ricerche, tra le condizioni politiche e sociali collegate a genesi e sviluppo del terrorismo di sinistra, sono state individuate:

- la percezione di una «democrazia bloccata», per l’impossibilità del Pci, principale partito d’opposizione, di andare al governo a causa dei vincoli della Guerra fredda;
- la crisi economica, che a partire dal 1973 ha colpito in modo sempre più pesante i giovani, contribuendo ad allargare il bacino di reclutamento delle organizzazioni terroristiche;

²² G. PANVINI, “Parole come pietre. Verso la militarizzazione della lotta politica nell’estrema sinistra”, in G. BATTELLI e A. VINCI (a cura di), *Parole e violenza politica. Gli anni Settanta del Novecento italiano*, Roma, 2014, 92-109.

- la percezione dello Stato come violento e ingiusto (alla luce del comportamento opaco, quando non depistante nelle inchieste sulle stragi, e degli abusi compiuti dalle forze di polizia)²³.

A questi fattori vanno ad aggiungersi peculiari condizioni ambientali:

- la già ricordata presenza di interessi collettivi mobilitati e non efficacemente mediati, a seguito della crisi dei grandi cicli di protesta del 1968-'69 e 1977;
- l'ampia diffusione di ideologie politiche favorevoli alla violenza e di repertori d'azione violenti e illegali all'interno dei movimenti;
- la presenza di gruppi politici dotati di strutture semi-militari (ovvero i servizi d'ordine);
- la scelta della clandestinità da parte dei gruppi che optarono per la "lotta armata", la quale ha alimentato poi la dinamica del «gruppo chiuso».
- l'escalation e la radicalizzazione dei repertori violenti stimolata dalla competizione tra le organizzazioni terroristiche, sia all'interno del terrorismo rosso, sia tra "rossi" e "neri" (come abbiamo anticipato parlando dei Nar)²⁴.

Le BR, la più importante e longeva organizzazione del terrorismo di sinistra, nascono nel 1970, e sono attive fino alla fine degli anni Ottanta (con sporadiche riprese da parte dei loro epigoni tra il 1999 e il 2002). Dopo una prima stagione di "propaganda armata", fatta di piccoli attentati e rapimenti-lampo, nel 1974, a poca distanza dalla strage di Brescia, compiono i primi omicidi (non pianificati, ma rivendicati), uccidendo i militanti del Msi Mazzola e Giralucci. Nel 1976 compiono i primi omicidi pianificati (uccidendo il giudice Coco e la sua scorta a Genova), punto di partenza dell'escalation di ferimenti e uccisioni con cui intendono portare l'"attacco al cuore dello Stato", culminato nel rapimento e omicidio di Aldo Moro.

Dalla metà degli anni Settanta, in una spirale di competizione ed emulazione, si moltiplicano le sigle del terrorismo di sinistra, tra cui spicca la breve e sanguinosa parabola dei Nap e soprattutto quella di Prima Linea, seconda solo alle BR per dimensioni e numero di vittime. Molti giovani fuoriusciti dall'ondata di protesta del Settantasette, in particolare dall'area dell'Autonomia operaia organizzata (l'ala più radicale della sinistra extraparlamentare), vanno a ingrossare le fila del terrorismo rosso, che alla fine del decennio tocca il suo picco di intensità nella stagione del cosiddetto "terrorismo diffuso".

²³ D. DELLA PORTA, "Movimenti sociali, terrorismo e istituzioni", in LAZAR e BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo*, cit., 175-89.

²⁴ D. DELLA PORTA, *Il terrorismo di sinistra*, Il Mulino 1990, 286-297.

In quegli anni il terrorismo rosso sceglie i propri obiettivi soprattutto tra le figure più progressiste e riformiste nei rispettivi ambiti (come per esempio Aldo Moro e Vittorio Bachelet nella Dc, Guido Galli ed Emilio Alessandrini nella magistratura), nell'ottica di accelerare il crollo dello Stato, secondo la logica del "tanto peggio, tanto meglio". Il terrorismo di sinistra ha potuto giovare a lungo di ampie aree di contiguità e di simpatizzanti, in molti settori della sinistra extraparlamentare e non solo. In passaggi particolarmente critici, inoltre, per esempio durante il processo al nucleo storico della Brigate Rosse celebrato a Torino tra il 1977 e il '78, si è manifestato un atteggiamento ambiguo da parte di alcuni intellettuali e settori dell'opinione pubblica e della società, sintetizzabile nello slogan "né con lo Stato, né con le BR". Sullo Stato italiano, le sue istituzioni e apparati, infatti, gravava l'ombra pesante dei depistaggi e delle collusioni col terrorismo stragista, oltre a numerosi drammatici abusi di potere da parte delle forze dell'ordine (a cominciare dalla ferita, mai rimarginata, della morte di Pinelli in circostanze mai chiarite, mentre si trovava in stato di fermo illegale), che avevano alimentato scetticismo e disaffezione, quando non vero e proprio rifiuto in molti cittadini.

6. La risposta dello Stato al terrorismo rosso

Nel maggio del 1974, subito dopo il clamoroso sequestro del magistrato genovese Mario Sossi messo a segno dalle Br, su iniziativa del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa l'Arma dei Carabinieri costituisce a Torino un Nucleo speciale di polizia giudiziaria (il "Nucleo Scintilla", o Nucleo speciale antiterrorismo) costituito da quaranta elementi selezionati dallo stesso generale, che in brevissimo tempo ottiene grandi risultati, tra cui l'arresto dei cofondatori dell'organizzazione Curcio e Franceschini, anche grazie all'efficace utilizzo di infiltrati.

All'inizio di giugno dello stesso anno, subito dopo la strage di Brescia, il Ministro dell'Interno Taviani scioglie l'Ufficio Affari riservati del Viminale e costituisce l'Ispettorato generale antiterrorismo, o Igat, guidato dal Questore Emilio Santillo (trasformato in Servizio di sicurezza, Sds, nel 1976, sarà disciolto nel 1978, contestualmente alla nascita dell'Ucigos e del Sisde). Mentre il nucleo Dalla Chiesa si dedica principalmente alle BR, l'Ispettorato svolge una dura azione di contrasto dei Nap e del terrorismo di destra.

Nel maggio del 1975 è varata la "legge Reale" (legge 22 maggio 1975 n. 152, "disposizioni a tutela dell'ordine pubblico"), che inasprisce le misure repressive, per contrastare terrorismo e violenza politica, suscitando la vivacissima opposizione di un variegato fronte garantista. A luglio, il Nucleo antiterrorismo di Dalla Chiesa è sciolto dal Comandante generale dell'Arma Enrico Mino; i suoi componenti sono disseminati in varie città italiana per coordinare le sottosezioni spe-

ciali anticrimine, esperienza da cui, nel dicembre 1990, nasce il Raggruppamento Operativo Speciale (R.O.S.) dell'Arma²⁵.

Il clamoroso rapimento di Aldo Moro provoca un ulteriore, netto inasprimento delle misure antiterrorismo. Poco dopo l'omicidio dello statista, è varata la legge 18 maggio 1978 n. 191 ("norme penali e processuali per la repressione di gravi reati"). Ad agosto, con un apposito decreto interministeriale, il generale Dalla Chiesa è nominato Coordinatore delle forze di polizia e degli agenti informativi per la lotta contro il terrorismo, con la specifica previsione che riferisca direttamente al Ministero dell'Interno.

Il decreto legge del 15 dicembre 1979 (convertito nella legge n. 15 del 6 febbraio 1980) introduce nuove figure di reato, come l'associazione con finalità di terrorismo, l'attentato con finalità terrorismo ed eversione e la circostanza aggravante della finalità di terrorismo. Introduce inoltre le prime previsioni in favore dei collaboratori di giustizia, i cosiddetti "pentiti", che saranno formalizzate e codificate con la legge n. 304 del 29 maggio 1982. La legislazione premiale si dimostra uno degli strumenti più efficaci per contrastare il terrorismo, e sarà ripresa e applicata con altrettanto successo nella lotta contro le mafie.

L'introduzione delle aggravanti insieme alla legislazione premiale, pur efficace dal punto di vista del contrasto dell'emergenza, aveva comportato pesanti squilibri: spesso, infatti, chi aveva compiuto i reati più gravi scontava pene mitissime, poiché, avendo un ruolo di rilievo nella propria banda armata, era stato in grado di fornire molte informazioni alla giustizia, mentre ragazze e ragazzi responsabili di reati minori erano condannati a pene molto più pesanti. Simili sperequazioni nelle sanzioni penali erogate urtavano col senso comune di giustizia dei cittadini e rendevano più acuto e urgente il problema di recuperare alla società i condannati per terrorismo, per lo più molto giovani.

Per porre rimedio alla situazione, il 18 febbraio 1987 fu varata la legge n. 34 sulla dissociazione, frutto di un lungo iter parlamentare e di un ampio dibattito svoltosi dentro e fuori le carceri. La normativa prevedeva la concessione di benefici anche a chi, pur non collaborando con la giustizia, si "dissociava", ossia abbandonava definitivamente l'organizzazione in cui militava, ammettendo le proprie responsabilità e ripudiando la violenza come metodo di lotta politica, e ha rappresentato, in senso lato, un tentativo riuscito di gestire sul piano politico e sociale la via d'uscita dall'emergenza terroristica²⁶.

²⁵ <http://www.carabinieri.it/arma/oggi/organizzazione/organizzazione-mobile-e-speciale/raggruppamento-operativo-speciale/storia>

²⁶ Un'approfondita ricostruzione di questo passaggio in M. GALFRÉ, *La guerra è finita. L'Italia e l'uscita dal terrorismo 1980-1987*, Laterza, 2014.

7. Stato di emergenza, non di eccezione

Una vulgata diffusa in alcuni ambienti culturali di sinistra, in Italia e in Francia, mantiene viva una rappresentazione deformata della stagione del terrorismo rosso, i cui protagonisti sarebbero stati vittime di una sorta di “persecuzione politica”, condotta in violazione dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali. Le polemiche connesse a questa narrazione hanno occupato ampio spazio sui media in relazione al cosiddetto “caso Battisti”, ovvero i reiterati tentativi dell’Italia di ottenere, prima dalla Francia, poi dal Brasile, l’extradizione dell’ex terrorista dei Proletari Armati per il comunismo (Pac) condannato in contumacia per delitti di sangue, e non si sono estinte nemmeno dopo il colpo fatale ricevuto quando il Battisti stesso, finalmente arrestato nella primavera del 2019, ha ammesso tutti i reati per cui era stato condannato. Storicamente, si richiamano spesso a posizioni espresse da studiosi come il giurista Luigi Ferrajoli, che ha definito il sistema giuridico dispiegato in Italia per contrastare il terrorismo un “sottosistema penale d’eccezione”, in cui “si assiste al primato della ragion di Stato sulla ragione giuridica” e, addirittura, sui principi dello Stato di diritto²⁷.

Studi recenti hanno contestato in modo definitivo questo tipo di rappresentazione, ricostruendo come, se pure “la legislazione penale degli anni Settanta è indubbiamente criticabile”, per “una limitazione, se non addirittura [...] una negazione di certe libertà fondamentali”, tali misure però non comportarono “una sospensione del diritto, uno stato di eccezione né una trasformazione del sistema giuridico-politico in ‘macchina letale’”.²⁸

Un importante precedente, in questo senso, era rappresentato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 15 del 1982, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 10 e 11 del già ricordato d.l. del dicembre 1979, come modificati dalla legge del febbraio ’80 (relativi all’estensione della carcerazione preventiva), con esito positivo. “In quanto alla causa occasionale, esplicitamente indicata dallo stesso legislatore nella necessità di tutelare l’ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l’eversione”, si legge nel provvedimento, “non può certo dubitarsi dell’esistenza e consistenza, della peculiarità e gravità del fenomeno che si intende combattere [...] Di fronte ad una situazione d’emergenza, [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d’emergenza”. In particolare, “i limiti massimi della carcerazione

²⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, 844.

²⁸ FRANCK LAFFAILLE, “Lo Stato di diritto in Italia negli anni di piombo”, in LAZAR e BONUCCI, *Il libro degli anni di piombo* cit., 334.

preventiva, derivanti dal prolungamento stabilito [...] non possono considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle ‘obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali’ nei procedimenti che hanno ad oggetto ‘i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell’ordine democratico’²⁹. Occorre inoltre sottolineare che anche le misure legislative più drastiche sono state adottate dal binomio governo-parlamento, sotto il controllo della corte costituzionale, come prescrive la Costituzione, e sono state comunque temporanee.

Detto questo, gli eccessi e gli abusi ci sono stati, basti pensare ai casi di lunghissima carcerazione preventiva di persone poi risultate del tutto innocenti (particolarmente eclatanti quelli connessi al cosiddetto processo “7 aprile”),³⁰ e addirittura risulta documentato il ricorso, seppur sporadico, alla tortura³¹. La difesa della complessiva tenuta dei principi dello Stato di diritto ha tanta più forza ed efficacia se accompagnata dal riconoscimento e dalla netta condanna degli errori, degli abusi, delle forzature, un principio che non vale solo in relazione alla storia della risposta ai terrorismi. E in questo senso, la ricerca storica può e deve dare il suo contributo.

²⁹ <https://www.giurcost.org/decisioni/1982/0015s-82.html>

³⁰ S. GIRALUCCI, *L'inferno sono gli altri*, Milano, 2011, 153-54.

³¹ N. RAO, *Colpo al cuore. Dai pentiti ai “metodi speciali”, come lo Stato uccise le Br. La storia mai raccontata*, Milano, 2011.

La magistratura italiana e la Mafia

SOMMARIO: 1. La magistratura italiana e la Mafia. – 2. Domande e risposte.

1. La magistratura italiana e la Mafia

Benedetta Tobagi ha concluso la sua relazione con l'elenco dei magistrati vittime di violenza terroristica. Io purtroppo comincio allo stesso modo elencando i magistrati vittime di violenza mafiosa. È un elenco lungo: Pietro Scaglione; Giangiacomo Ciaccio Montalto; Alberto Giacomelli; Cesare Terranova; Rocco Chinnici; Rosario Livatino; Antonino Sietta; Giovanni Falcone; Francesca Morvillo; Paolo Borsellino. Tutti uccisi da Cosa nostra. Tutti uccisi in Sicilia. Altri magistrati sono stati uccisi in Calabria, Francesco Ferlino e Antonio Scopelliti, quest'ultimo chiaramente in proiezione Cosa nostra, perché doveva sostenere l'accusa nel Maxiprocesso in Cassazione. E poi ancora la 'ndrangheta, a Torino uccide il Procuratore capo, Bruno Caccia.

Una vera e propria ecatombe. Ma anche, senza nessuna retorica, un forte motivo di orgoglio. Salvatore Lupo, uno dei principali storici di mafia soprattutto siciliana si è interrogato sul significato delle vittime di mafia e ha scritto che da loro nasce una sorpresa. La sorpresa che, in un'Italia senza senso della patria e senso dello Stato, ci siano funzionari disposti a morire per il loro dovere, a morire per questa patria, per questo Stato. Per cui (scrive Lupo) ad ogni funerale, ad ogni commemorazione prende forma l'idea di per sé contraddittoria dei magistrati come rivoluzionari, in quanto portatori di legalità. E così essi restituiscono allo Stato un po' di fiducia, perché i cittadini possono finalmente pronunciare le parole "lo Stato siamo noi" come qualche cosa di realmente sentito, non come una formula vuota.

A questo punto premetto che io parlerò non di mafie in generale, perché ci vorrebbe chissà quanto tempo. Parlerò prevalentemente se non esclusivamente di Cosa nostra, perché avendo lavorato a Palermo per quasi sette anni, dopo le stragi del '92, questa mafia dovrei conoscerla un po' meglio. Anche se poi a Torino, come procuratore della Repubblica, mi occuperò anche di 'ndrangheta.

Proverei quindi a fare una mini storia di Cosa nostra. Partendo dalla stagione che la mafia... non esisteva, nel senso che fior di notabili, cardinali, procuratori generali, politici facevano a gara nel negarne appunto l'esistenza, ufficialmen-

te solennemente e pubblicamente. Qualcuno faceva anche peggio: le citazioni che potrei fare al riguardo sono moltissime, mi limito ad una. Siamo in Cassazione, terzo grado del processo per l'assassinio di un sindacalista siciliano, Salvatore Carnevale. Il Pg Tito Parlatore, responsabile della pubblica accusa (si fa per dire...) se ne esce sostenendo che: "*gli imputati non sono mafiosi, bensì portatori di una mentalità mafiosa. La mafia è materia per conferenze e come tutti i problemi sociali esula dalle funzioni della Corte di Cassazione*". Incredibile, se si considera che l'omicidio Carnevale appartiene ad una pagina epica del movimento contadino siciliano. Per fermare l'occupazione dei feudi e delle terre incolte, agrari, mafiosi, separatisti e banditi programmarono l'uso della violenza contro i contadini e l'eliminazione fisica di quanti li appoggiavano, soprattutto i sindacalisti. Ben 18 sindacalisti (comunisti, socialisti e democristiani) furono assassinati, oltre a 15 fra sindaci, segretari di camere del lavoro e politici di tutte le bandiere. Un disegno criminale culminato nella strage di Portella della Ginestra (11 morti e 56 feriti). Davvero materia solo per conferenze...

È allora evidente che se qualcosa non esiste nessuno la cerca; e se qualcuno un po' borderline la cerca lo stesso, difficilmente la trova; e se la trova facilmente gli sfuggirà di mano. In effetti questa della mafia che non esiste è la stagione in cui i pochi processi che si fanno si concludono regolarmente, sistematicamente, con un'assoluzione per insufficienza di prove.

Del resto, se una condotta non è prevista come vietata e punita nel grande libro dei delitti delle pene che è il codice penale, quella condotta non esiste. Ora, se noi cerchiamo mafia nel codice penale, oggi ce la troviamo, come reato previsto dal 416 *bis*. Ma la mafia, quella siciliana come le altre, esiste da circa due secoli, mentre bisogna arrivare ai giorni nostri (1982) perché sia finalmente prevista nel codice penale. Cos'è successo nel 1982 perché il nostro Stato, d'improvviso sembrerebbe, si risvegliasse? Una strage, quella di Palermo in via Carini, che appunto nel 1982 ha causato la morte del generale Carlo Alberto dalla Chiesa, allora prefetto antimafia di Palermo, della moglie Emanuela Setti Carraro e del loro autista Domenico Russo. Strage verificatasi sei mesi dopo l'omicidio di Pio La Torre, l'uomo politico che aveva ideato la legge, che però con la sua morte (dovuta probabilmente proprio al progetto di legge) viene relegata in un cassetto; dove sarebbe rimasta chiusa per sempre se dopo la strage di via Carini e la morte di dalla Chiesa non vi fosse stata nel nostro paese un'ondata di indignazione collettiva e di rabbia incontenibile che costrinsero a tirar fuori dal cassetto il progetto La Torre trasferendolo nella legge che appunto si chiama Rognoni - La Torre (rispettivamente ministro degli Interni dell'epoca e ideatore della legge).

In realtà tutta o quasi la legislazione antimafia è una legislazione del giorno dopo, una sequela di *bis ter quater quinquies sexies* ecc. Perché raramente si interviene in prevenzione, quasi sempre si interviene quando non se ne può più

fare a meno, quando è successo un fattaccio che ci sveglia, che scuote le nostre coscienze.

E attenzione: il 416 *bis* non è una qualunque norma generica che con la sua genericità non serve a niente e a nessuno. È una norma specifica mirata sulla realtà concreta, effettiva della mafia. Perciò uno strumento di intervento molto importante, che prima non esisteva. Diceva Falcone che senza 416 *bis* sperare di fermare la mafia era come illudersi di poter fermare un carro armato con una cerbottana!

A questa novità se ne aggiunge un'altra, il metodo di lavoro del pool palermitano, che anche usando con intelligenza e con coraggio lo strumento del 416 *bis* riesce a conseguire un risultato davvero straordinario, il cosiddetto "maxi processo", la fine dell'impunità di Cosa nostra.

Una parola ancora sul pool di Falcone e Borsellino (creato da Rocco Chinnici poi sviluppato e perfezionato da Nino Caponnetto) perché riguarda l'organizzatore del lavoro della magistratura. Il sistema di lavoro del pool si basava su due parametri, rivoluzionari per quel tempo ma normali oggi: la specializzazione e la centralizzazione. I magistrati che facevano antimafia dovevano occuparsi soltanto di questo. Di modo che la loro sensibilità, la loro capacità di approfondire il fenomeno si sviluppavano sempre di più. E centralizzazione: non inchieste parcellizzate in mille rivoli non comunicanti, ma tutte confluenti – come risultati – in un unico motore di raccolta, la prima rudimentale banca dati. Così da non dover partire ogni volta da zero, ma poter contare su un significativo punto di conoscenza già acquisito.

Questo metodo paga; ed ecco un capolavoro, un vero e proprio capolavoro investigativo-giudiziario, il maxi processo. Maxi non perché, come è stato malignedamente detto più volte, Falcone, Borsellino e gli altri magistrati del pool volessero finire sotto i riflettori di un palcoscenico, fossero ammalati di protagonismo. Maxi perché maxi era stata l'impunità di cui Cosa nostra (che non esisteva...) aveva goduto prima del maxi, che difatti segna la fine del mito, un vero e proprio mito, della invulnerabilità di Cosa nostra facendo affiorare un mare di reati, per centinaia di imputati, nell'arco di decine di anni. Si dimostra, nel rispetto delle regole, che Falcone aveva ragione quando diceva che la mafia è una vicenda umana come tutte le altre, e come ogni altra ha un inizio, uno sviluppo e può benissimo avere anche una fine.

Tutto a posto, allora? No, perché a dispetto del maxi succede una cosa che se non fosse vera nessuno ci crederebbe. Quando vado a parlare nelle scuole mi capita a volte di fare questo discorso: ragazzi, abbiamo visto che la mafia è una brutta cosa; abbiamo visto che Falcone e Borsellino riescono a sconfiggerla (nell'interesse di tutti, perché non è soltanto un problema siciliano); secondo voi, a questo punto cos'è successo? E c'è sempre un ragazzo che mi guarda con gli occhi spalancati, come a farmi capire che sta pensando che io sia scemo: cos'è questa domanda,

cosa vuoi che sia successo? Gli avranno dato una mano ad andare avanti! E io dico al ragazzo che ha risposto bene secondo logica e buon senso, ma che storicamente ha sbagliato. Perché a Falcone e Borsellino non gli hanno dato nessuna mano per andare avanti. Anzi, professionalmente parlando li hanno spazzati via! Un vero scandalo che molte volte ci dimentichiamo. Spazzati via da una serie infinita di polemiche. Una tempesta di polemiche vergognose, ingiuste, diffamatorie, ma efficacissime, che purtroppo riescono nel risultato che si proponevano. Si comincia con “professionisti dell’antimafia” (così venne intitolato un articolo di Sciascia sul *Corriere della sera*, per significare che Falcone, Borsellino e gli altri del pool erano gente che faceva antimafia per fare carriera, scavalcando arbitrariamente tutti coloro che non avevano avuto la fortuna di fare processi antimafia). Si prosegue con “uso spregiudicato dei pentiti” (Falcone, ancora sul *Corriere della sera*, che portava i cannoli a Buscetta, per dire che cercava un rapporto intimistico con i pentiti affinché dicessero quello che voleva lui, non la verità). E poi “uso distorto della giustizia per fini politici di parte” (non era ancora di moda toghe rosse, ma la sostanza era la stessa) e “pool trasformato in un centro di potere”. Alla fine il pool viene cancellato e con lui il suo metodo di lavoro vincente. Il contrasto alla mafia subisce un arretramento di una trentina d’anni (così in un commento di Borsellino).

In questa storia non si può non ricordare il ruolo avuto anche dal Consiglio superiore della magistratura; meglio, la maggioranza del CSM. Dovendo nominare il successore di Caponnetto, il CSM non sceglie il campione dell’antimafia (scusate questa espressione un po’ forzata, di taglio sportivo) cioè Giovanni Falcone. Nomina un magistrato, Antonino Meli, digiuno di mafia, che rispetto a Falcone aveva il vantaggio di essere una trentina d’anni di carriera più anziano. Dirà Borsellino, dopo la strage di Capaci, che Falcone comincia a morire proprio quando gli viene negato quello che era un suo diritto (dirigere l’Ufficio istruzione dopo Caponnetto), quando viene umiliato preferendogli un magistrato senza titoli antimafia in una situazione che invece ne esigeva al massimo livello.

Ma la storia non finisce con l’umiliazione del CSM. Di mortificazioni ne arrivano altre. Tutte le porte, anche quelle degli uffici giudiziari, vengono chiuse in faccia a Falcone, che alla fine viene di fatto espulso da Palermo. Nessuno lo vuole più. Per il grande (ma solo dopo morto...) Falcone a Palermo non c’è più posto. Deve trovare una sorta di asilo politico-giudiziario a Roma al Ministero, dove (coraggioso e “testa dura”, nel senso nobile del termine) continua nel suo impegno antimafia e crea l’antimafia moderna, quella che funziona bene ancora oggi.

Recupera a livello nazionale quei valori (specializzazione e centralizzazione) che erano stati sperimentati con successo a Palermo. Così crea la Procura nazionale antimafia, le Procure distrettuali antimafia, la DIA (una specie di FBI italiana antimafia) e mette in cantiere una serie di norme, (anche il 41 bis e il quattro bis ordinamento penitenziario, di cui tanto si è parlato in questi giorni a proposito

di ergastolo ostativo), che si innestano sulla legge a favore dei pentiti - anch'essa voluta da Falcone - e costituiscono l'architettura legislativa dell'antimafia che funziona ancora oggi. Intanto la Cassazione, in via definitiva, conferma le condanne del maxiprocesso, convalida il cosiddetto teorema Buscetta. Quindi conferma tutta la ricostruzione fatta dal pool in ordine alla struttura di Cosa nostra e alle responsabilità sia associative sia individuali.

Attenzione: la storia del maxi processo è complessa. Non abbiamo il tempo di descriverla in questa sede. Ma va ricordato che grande merito per il risultato finale va dato al Presidente della Corte di Cassazione di allora, Brancaccio, che decide, sulla base di un monitoraggio che aveva disposto Falcone sulle sentenze della Cassazione, di assegnare i processi di mafia non più sempre allo stesso Presidente (Corrado Carnevale, definito da una pubblicistica irriverente "ammazzasentenze"), ma di fare una rotazione. Per cui il maxi viene assegnato ad un magistrato diverso da Carnevale, di nome Valente. *Nomen omen?* Una coincidenza? Sta di fatto che contro tutte le aspettative, in particolare di Cosa nostra, per la prima volta nella storia la Cassazione conferma in via definitiva pesanti condanne per un folto gruppo di mafiosi d'ogni ordine e grado. Confermato il crollo del mito della invulnerabilità di Cosa nostra.

Facciamo il punto. Da un lato c'è Falcone che sta creando l'antimafia moderna; dall'altro c'è la Cassazione che frustra le aspettative di Cosa nostra, che pure aveva cercato in tutti i modi di condizionare il processo: un "uno-due" micidiale che per Cosa nostra è assolutamente intollerabile. Un "uno-due" che nella logica criminale di Cosa nostra significa "strage". Ecco allora le stragi di Capaci e via d'Amelio del 1992, che sono una vendetta postuma di Cosa nostra nei confronti dei suoi peggiori nemici, Falcone e Borsellino e, nel tempo stesso, un tentativo di seppellire definitivamente nel sangue il loro metodo di lavoro. Che non riemerge mai più il modello vincente di Falcone e di Borsellino.

Con le stragi (lo dice Caponnetto quando torna in Sicilia per il funerale di Borsellino) sembrava tutto finito, sembrava che non ci fosse più niente da fare. La nostra democrazia, coi suoi limiti, coi suoi difetti, ma pur sempre una democrazia, stava per essere travolta dalla potenza criminale mafiosa e trasformata in un narco-stato, in uno stato mafia controllato dai feroci corleonesi stragisti. Invece no, si fa squadra tutti insieme: la politica (che vive un momento magico approvando all'unanimità senza distinzioni di casacche le leggi antimafia di cui ho detto), le forze dell'ordine, la magistratura, la società civile (con le lenzuola bianche che inondano Palermo per chiedere legalità, pulizia e trasparenza). Facendo squadra tutti insieme si riesce a fare resistenza e la mafia non passa. Lo Stato rialza la testa e inverte la tendenza.

La risposta investigativo-giudiziaria del dopo strage è imponente. Una cifra soltanto riferita alla Procura di Palermo che allora dirigevo. Io sono spesso accusato di essere un "manettaro"; non lo sono, però questa volta posso sembrarlo

davvero. Non mi piace fare il notaio degli ergastoli, ma gli ergastoli chiesti e ottenuti dalla Procura di Palermo nel dopo stragi sono stati ben 650, un numero che parla da solo dei risultati ottenuti. E poi oltre all'ala militare, per così dire, di Cosa nostra, oltre ai mafiosi doc, sono stati fatti processi contro la zona grigia, contro le relazioni esterne, contro la spina dorsale del potere mafioso. Spina dorsale, ripeto. Perché non saremmo ancora qui a parlarne, se i mafiosi fossero soltanto gangster. Sono sì gangster, e terribilmente efficienti (ricordiamo il traffico di droga, armi, rifiuti tossici, esseri umani; l'usura e l'estorsione; il gioco d'azzardo e gli appalti truccati...), ma se fossero soltanto gangster non appesterebbero il nostro paese da oltre due secoli. Tutte le bande di gangster al mondo sono sparite, se non altro per motivi generazionali, dopo 40/50 anni. I mafiosi no, li abbiamo ancora tra i piedi. Perché? Perché oltre ad essere gangster godono di coperture, complicità, collusioni: proprio da parte della cosiddetta zona grigia, grazie appunto alle cosiddette relazioni esterne. E i processi si devono fare anche ai protagonisti di quest'area, se ci sono i presupposti in fatto e in diritto, altrimenti la lotta alla mafia si fa soltanto a metà. Ed ecco i processi, tanto per citare i due più importanti, ad Andreotti e Dell'Utri. Ma ecco anche – proprio a causa di questi processi – una reazione perfettamente speculare a quella che aveva colpito il pool di Falcone e Borsellino. Le stesse accuse, le stesse calunnie, gli stessi attacchi ingiusti. Ma con una grossa differenza: il pool fu spazzato via, noi no. Il risultato decisivo che la procura di Palermo del dopo stragi aveva a portata di mano si allontana, sfugge. Non siamo spazzati via, ma la strada si fa sempre più in salita. Per usare un'immagine sportiva, stavamo per battere un facile rigore, ma qualcuno ci porta via il pallone...effetto della delegittimazione organizzata contro di noi come ai tempi di Falcone.

E tuttavia Cosa nostra subisce dei colpi durissimi. Ma è un'organizzazione criminale, con una testa e un'intelligenza criminali fin che si vuole, che però funzionano. Non stanno lì passivi, ad aspettare altri colpi. Si inabissano. E entrano, come dire, in stand by, diventano sempre più mafia degli affari. Non uccidono, non fanno più stragi. Per fortuna. Cercano di non farsi notare e di non finire più sotto i riflettori per non scatenare altre reazioni dello Stato per loro decisamente perdenti. Nel frattempo altre mafie, non è che prima non ci fossero, vengono alla ribalta e si affermano: la 'ndrangheta, che è in continua espansione in Italia e in Europa; la camorra, ancora fortemente presente nel Napoletano; le mafie pugliesi, quella foggiana in particolare. Ma, con l'eccezione della camorra e del foggiano, si uccide sempre di meno. Le mafie tendono a non esasperare la situazione, nel loro interesse, per fare meglio i propri loschi affari e non svegliare il can che dorme (cioè lo Stato, la reattività dello Stato).

Però... ecco che riemerge la tendenza di sempre a considerare la mafia come una questione esclusivamente di ordine pubblico e non come un sistema crimi-

nale. Se scorre il sangue c'è un problema. Ma se non uccidono non esistono. E difatti le mafie finiscono agli ultimi posti dell'agenda della politica. Sicuramente non anche nella considerazione delle forze dell'ordine e della magistratura. Basta sfogliare i quotidiani. Giorno dopo giorno ci sono operazioni efficacissime sul versante del contrasto alle varie organizzazioni mafiose. Ma attenzione – e con questo chiudo – oggi come oggi le difficoltà per la magistratura sono decisamente superiori a quelle del passato. Perché la mafia, ripeto, cerca di non farsi notare, cerca di mimetizzarsi, cerca di nascondersi e quindi è più difficile trovarla e colpirla. Non c'è più bianco o nero, domina il grigio, domina la nebbia e conseguentemente è molto più difficile muoversi.

Di più: una sentenza della Corte di Cassazione (n. 15412/15 del 23.2/14.4 2015 – processo “Minotauro” riguardante la 'ndrangheta insediata in Piemonte) ha stabilito questo principio: il metodo mafioso può essere adoperato anche in forma “silente”, cioè senza ricorrere a forme eclatanti, “avvalendosi di quella forma di intimidazione – per certi aspetti ancora più temibile – che deriva dal non detto, dall'accennato, dal sussurrato, dall'evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere”, quando “la capacità di intimidazione della ‘casa madre’ è ben presente nella memoria collettiva”. In altre parole, la Cassazione ha colto un'importante evoluzione della mafia, che, pur non praticando in modo eclatante forme di violenza o di intimidazione, continua a esercitare quella “gestione” o quel “controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, ecc.” che sono l'essenza dell'articolo 416 *bis* (associazione di stampo mafioso).

È nel codice genetico della criminalità mafiosa – da sempre – una camaleontica abilità di adattarsi alle circostanze di tempo e di luogo in cui di volta in volta si trova a operare. Questa caratteristica riguarda la mafia ovunque nel mondo (guai a circoscriverla alla sola Italia!) e le consente di essere costantemente al passo coi tempi. Così da potere utilizzare (sfruttandole con straordinaria prontezza e abilità) le nuove opportunità che l'evoluzione quotidiana del sistema tecnologico offre. Tanto più che le mafie “moderne” compiono operazioni di “arruolamento”, lautamente remunerato, di operatori sulle diverse piazze finanziarie del mondo. Si tratta di persone colte, preparate, plurilingue, con importanti e quotidiane relazioni internazionali al servizio del business mafioso che, proprio grazie a loro, assume e consolida un'apparenza “perbene” transnazionale e globale. Così la mafia trova sempre più accesso ai salotti “buoni” dove si fanno gli affari migliori.

La magistratura, secondo me, ha saputo anch'essa sufficientemente rinnovarsi in modo da poter trovare risposte adeguate anche alle nuove mafie. Io credo che il nostro paese debba essere riconoscente a chi ancora oggi si occupa di questi problemi da posizioni (se è consentito un linguaggio bellicistico) di frontiera, tenute con efficienza, determinazione e coraggio.

2. Domande e risposte

Se Capaci e via d'Amelio si possano leggere come un momento di flessione della strategia di Cosa nostra.

Credo che la parola “flessione”, con tutto il rispetto per chi ha formulato la domanda, sia fuori luogo. Hanno voluto intervenire con ferocia. Perché la sentenza della Corte di Cassazione e la nuova antimafia che Falcone stava costruendo al ministero quasi li costringeva, secondo la loro mentalità criminale, a fare qualcosa, per dimostrare a se stessi e agli altri che erano ancora vivi. Colpendo coloro che non avevano rispettato i patti e i loro nemici più efficienti, più credibili, Falcone e Borsellino. Col senno di poi si può dire che lo Stato ha avuto una reazione che loro non si aspettavano. E poi, sullo sfondo (devo ricordarlo, ma non posso dire niente di più perché il processo è ancora aperto: siamo in fase di appello), c'è il problema della “trattativa” Stato-mafia.

Assumendo dimensioni transnazionali, le mafie hanno perso la loro identità?

La mia opinione personale (esposta più volte parlando di ergastolo ostativo), è che nonostante i cambiamenti intervenuti le regole di base sono sempre le stesse. Con particolare riferimento a Cosa nostra, quando si tratta di mafiosi non si può prescindere da due fatti incontestabili: essi giurano fedeltà perpetua all'associazione; e chi non si pente conserva lo *status* di “uomo d'onore” fino alla morte. Il mafioso non pentito continua a essere convinto di appartenere a una “razza” speciale, nella quale rientrano soltanto coloro che sono davvero uomini (non a caso autodefinitisi “d'onore”). Tutti gli altri, quelli del mondo esterno, non sono uomini. Sono individui da assoggettare. Non persone ma oggetti, esseri disumanizzati. Una realtà (confermata dall'esperienza e dai migliori studi sull'identità mafiosa) all'evidenza assolutamente incompatibile con ogni prospettiva di recupero, salvo che il mafioso – pentendosi – dimostri concretamente di voler disertare dall'organizzazione criminale, cessando di esserne strutturalmente parte.

Professionisti dell'antimafia.... Che dire di Sciascia?

Ne dovremmo parlare per molto più del tempo che abbiamo a disposizione. Premetto che io sono un ammiratore di Sciascia. Ho letto praticamente tutte le sue opere, e ho cercato di farle leggere anche ai miei figli (per quel che si può consigliare ai propri figli...). Questo non vuol dire che Sciascia non possa avere avuto anche alcuni momenti su cui uno si trovi in disaccordo. Nell'articolo intitolato (non da lui ma dal giornale) “professionisti dell'antimafia”, Sciascia attacca duramente, tra l'altro, Paolo Borsellino, nominato dal CSM procuratore di Marsala scavalcando un magistrato molto più anziano, sostanzialmente digiuno di mafia. Attenzione: era stata applicata una regola specifica che quel CSM (io ne facevo parte) si era

dato, e cioè che per i posti direttivi di frontiera antimafia doveva essere presa in considerazione, se non privilegiata, la professionalità maturata sul versante proprio dell'antimafia. Borsellino aveva questo requisito, non ce l'aveva l'altro concorrente, per cui il Csm nomina Borsellino, non l'altro. Poi si rimangerà questo orientamento quando invece di Falcone sarà nominato Meli, digiuno di mafia ma più anziano. Qualcuno porta a Sciascia il bollettino del CSM sulla nomina di Borsellino, una pubblicazione che di certo non si poteva trovare nelle edicole di Regalbuto.... e Sciascia cita proprio questo bollettino nel suo articolo. La prova, secondo me, che qualcuno lo aveva informato fuorviandolo. In seguito Sciascia incontrando Borsellino gli dirà di avere sbagliato e si scuserà. Ma intanto il danno era fatto. E questo articolo sarà utilizzato alla grande nel CSM contro Falcone per dire che di sicuro non si potevano ancora privilegiare i professionisti dell'antimafia. Quindi Sciascia, al di là delle sue intenzioni, provoca di fatto il risultato di "bruciare" Falcone.

Sempre Sciascia è all'origine della frase "Né con lo Stato né con le brigate rosse". Non l'ha detta proprio così, ma come ha ricordato Benedetta Tobagi, eravamo nel momento in cui la Corte di Assise di Torino non riusciva neanche a formare la giuria popolare a causa dell'omicidio dell'avv. Fulvio Croce con cui le BR avevano messo in ginocchio Torino. In quel momento il terrorismo sembrava aver vinto, ma Sciascia (credo che questo sia stato il suo ragionamento) dice che se avessero chiamato lui per fare il giurato forse avrebbe risposto di sì, ma forse anche no, perché in questo Stato non si può stare né con lo Stato né con le Br. Era un abbaglio. Sciascia è un gigante della nostra letteratura e del pensiero, un grandissimo italiano, ma come tutti qualche volta può sbagliare. Secondo me gli errori sono stati due, uno con la mafia, l'altro con le BR.

Sul revisionismo.

Ho detto che la spina dorsale del potere mafioso sono le relazioni esterne, cioè lo scambio di favori, gli affari in comune con pezzi (non generalizziamo: pezzi, però consistenti) del mondo legale, soprattutto della politica e dell'imprenditoria. La lettura degli atti e delle sentenze dei processi cosiddetti "politici" (Andreotti e Dell'Utri in particolare) dimostra l'esistenza di tali rapporti. Per contro si deve registrare il tentativo (in gran parte riuscito) di far passare una rilettura surreale e improponibile in chiave di "riduzionismo/negazionismo" dei rapporti mafia-politica-imprenditoria. Tali rapporti sarebbero in pratica inventati da indagini creative e quindi inquinate. La mafia rimarrebbe un fenomeno localistico, articolatosi quasi soltanto sul terreno degli appalti pubblici per motivazioni di tipo meramente economico, addebitabili agli appetiti di singoli. Una "mala-politica" locale che non avrebbe mai contaminato quella nazionale. Viceversa la realtà emergente anche dai processi non è affatto la cronaca di una modesta e arretrata

realtà periferica; ha invece i tempi della storia nazionale: spesso con i connotati di una tragedia imminente, che sembra quasi destinata a ripetersi ciclicamente.

E attenzione: si può percepire in filigrana un problema di qualità della democrazia. Negare o distorcere tale realtà, cancellare o ignorare i fatti gravissimi su cui essa si fonda, svuotare di significato l'intreccio di rapporti tra mafia e politica che ne deriva, equivale di fatto a legittimare i rapporti mafia-politica-imprenditoria (non solo per il passato, ma anche per il presente e il futuro). Una legittimazione estremamente pericolosa per la buona salute della nostra democrazia. Una legittimazione che è parente stretta di una specie di patologia, una sorta di amnesia del passato. Vale per il terrorismo, vale anche in certa misura per la mafia e ci impedisce anche di irrobustire gli anticorpi che dobbiamo avere dentro.

Per il terrorismo lo abbiamo visto nel caso dei terroristi italiani condannati nel nostro paese e arrestati in Francia dei quali si vorrebbe che fosse negata l'estradizione con l'argomento che quarant'anni dopo i fatti non ha più senso, è una barbarie, una vendetta, perseguire ancora dei poveri anziani. La risposta, in polemica con alcuni intellettuali del suo paese, è venuta dal ministro di giustizia francese, che in sostanza ha detto: se coloro che sono stati condannati per la strage del Bataclan fossero riparati in Italia, che cosa diremmo noi francesi? Dunque amnesia, rifiuto del passato e indebolimento degli anticorpi, ma soprattutto mancanza di una continuità di etica, di responsabilità etica. Per quello che è stato, per quello che potrebbe tornare ad essere, per il terrorismo e per la mafia.

Storia del pool.

Il primo pool non è stato quello di Falcone e Borsellino ma quello antiterrorismo di Torino. Quando le Brigate Rosse uccidono a Genova il procuratore generale Coco, la Cassazione assegna il processo a Torino. Finisce sul mio tavolo per connessione, perché io mi stavo già occupando di Brigate Rosse, in particolare del processo ai capi storici. Il mio dirigente, un grandissimo magistrato, Mario Carassi, mi chiama e mi dice: "Caselli, questo processo lo farai tu, perché di Brigate Rosse dovresti capirne qualcosa ormai, ma non lo farai più da solo; lo farete in tre". "Perché consigliere?", chiedo io. E lui mi risponde: "perché adesso le Brigate Rosse uccidono i magistrati e noi abbiamo un solo compito, quello di portare a termine il lavoro che ci viene affidato volta per volta. Ora, se siete in tre e ne uccidono uno, gli altri due possono andare avanti, se invece sei da solo e ti uccidono fine della storia". Carassi era un intellettuale raffinato e ha usato parole più sofisticate, ma la sostanza era comunque l'etica della responsabilità, non cedere ad una interpretazione burocratica del proprio ruolo, ma tenere conto anche della necessità, nel rispetto delle regole, di fare di tutto per arrivare a un risultato. Poi Caponnetto (lo scrive nella sua autobiografia) telefonerà a Torino per sapere come facevamo, posto che il giudice istruttore (tali eravamo noi ed i colleghi di

Palermo) era un giudice monocratico non collegiale. Carassi aveva applicato la norma di attuazione del codice di procedura penale allora vigente secondo cui il consigliere istruttore poteva assegnarsi il processo delegando uno più dei suoi giudici per l'intero processo o per singoli atti. Così nasce il primo pool. Gli altri due componenti erano un tal Luciano Violante, che di lì a poco passerà alla politica, e un magistrato meno noto ma bravissimo, Mario Griffey, che poi diventerà un illustre civilista responsabile della sezione fallimentare del Tribunale di Torino.

Se in tema di mafia ci vorrebbe anche una specializzazione per la magistratura giudicante.

Rispondo che non lo si è fatto neppure per il terrorismo, per evitare il sospetto che si volessero creare dei “tribunali speciali”. Il terrorismo lo abbiamo sconfitto rispettando le regole dello stato di diritto che la lotta armata voleva abbattere, magari raschiando il fondo del barile, ma senza mai oltrepassare il limite della rispondenza sostanziale ai principi fondamentali (lo ha detto più volte la Consulta). È stata una scelta di principio che vale anche per la mafia. In ogni caso, non è vero (come sembra pensare chi ha formulato la domanda) che ci fossero soltanto giudici ragazzini. In primo grado il presidente del maxi in assise è stato Alfonso Giordano, un anziano magistrato, non di primo pelo diciamo, venuto dal civile perché nessuno del penale voleva fare quel processo. Un problema analogo si è posto nel processo di Torino ai capi storici delle BR per il pubblico ministero: non poteva essere Bruno Caccia, PM durante l'indagine in quanto sostituto della Procura generale che aveva avvocato e quindi non abilitato al dibattimento di primo grado. Ebbene, non si trovava un PM della mitica (per me mitica) procura di Torino disposto a fare questo processo. E allora viene designato d'ufficio il più anziano; costretto ad accettare obtorto collo, fa poi bene il suo lavoro (si chiamava Moschella).

Il problema dei pentiti.

Premetto che per ogni forma di crimine organizzato (sia terrorismo o mafia) che si basi su una struttura segreta la collaborazione dei pentiti è essenziale; perché soltanto chi è stato terrorista o mafioso conosce i segreti dell'organizzazione e può rivelare la “password” indispensabile per penetrare dentro la struttura, con qualche speranza di poterla disarticolare.

A quel che ha detto Benedetta Tobagi ho ben poco da aggiungere, se non che la legge sui pentiti di terrorismo arriva solo dopo i pentimenti. I terroristi sanno che potrebbe arrivare una legge importante, ma quando decidono di collaborare la legge non c'è ancora. Tuttavia si pentono, fidandosi dello Stato, ma soprattutto perché sono “scoppiati” psicologicamente e politicamente, non ce la fanno più. Il terrorismo è ormai entrato in una crisi politica irreversibile e con il terrorismo sono in crisi i singoli terroristi.

Quando arriva, la legge dice che il pentito per essere ammesso ai benefici deve avere una sentenza definitiva che riconosca il suo effettivo contributo. Il problema si pone per Patrizio Peci capo colonna delle Brigate Rosse di Torino, primo pentito che trascina dietro di sé tutti gli altri. Per avere una sentenza definitiva si sceglie, d'accordo con il difensore di Peci, un singolo reato, una rapina in un negozio di fotocopiatrici. Peci confesso con riscontri, condanna in primo grado sicura, poi definitiva se accusa e difesa rinunziano all'appello. Beh, in un caso che non presentava alcun problema "tecnico" non si trova un presidente di sezione del Tribunale di Torino disposto a fare questo processo di per se stesso banale. Si fa avanti un solo magistrato, non torinese ma napoletano, Vittorio Pempinelli, che si presta volontariamente laddove i magistrati di origine sabauda, per così dire, si erano fatti da parte. Perciò non è tanto un problema di generazione quanto piuttosto un problema che si pone caso per caso e sul quale incidono lo spirito di servizio insieme alla cultura e alla formazione professionale di ciascuno.

Si può dire anche per i mafiosi che in alcuni casi la lunga permanenza carceraria abbia sortito qualche effetto di rieducazione?

Il valore dell'art. 27 della Carta (le pene devono tendere alla rieducazione del condannato) è incontestabile. Ci mancherebbe. Ma perché abbia un senso occorre che si tratti di condannati che mostrano di volersi reinserire o almeno fanno sperare che prima o poi ci proveranno. Non è assolutamente il caso dei mafiosi "irriducibili", che non si sono pentiti e perciò vengono assoggettati al regime carcerario del 41 *bis* e dell'ergastolo ostativo. Non lo è ontologicamente, culturalmente e strutturalmente, per tutte le ragioni che abbiamo già visto rispondendo a un'altra domanda. Senza pentimento la decisione diventa un azzardo, ci si consegna alle strategie del mafioso, tutto si riduce ad un atto di fede nei suoi confronti. Un pericoloso salto nel buio. È la realtà specifica della mafia che porta a concludere come si debba escludere che il vincolo dell'associazione criminale possa cessare fuori dell'ipotesi di collaborazione, anche nel caso di lunga buona condotta (che oper il mafioso doc è un "dovere").

Bisogna ricordare che cosa è stata, che cos'è la mafia: vuole assoggettare gli altri, asservirli ai propri fini, ricorrendo alla violenza anche estrema. Perciò è la negazione assoluta dei valori della Carta, un suo nemico esiziale. Ora, la Costituzione non è un bancomat. Per avere i benefici della Costituzione io credo si debba dimostrare di esserne davvero meritevoli, rientrando nel perimetro dei principi costituzionali. Se non ci sono segnali obiettivi e univoci, affidabili e riconoscibili, attenzione: significa delegare tutto al giudice di sorveglianza e lasciarlo solo. Sicché le decisioni del magistrato di sorveglianza rischiano di essere

una sorta di azzardo surreale, con fortissimi rischi di sovraesposizione personale. Perché se la Consulta stabilisce che i benefici si possono dare, agli occhi del mafioso – poco avvezzo ai “distinguo” – il giudice che li nega diventa un “nemico”. Lo diventa automaticamente, con tutte le possibili nefaste conseguenze di cui la storia di Cosa nostra è maestra, posto soprattutto lo storico e costante interesse dei boss per i compagni detenuti.

Dobbiamo infine ricordare che, con un’ordinanza pronunciata il 15.4.2021, la Consulta ha dichiarato l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo con riferimento al beneficio della libertà condizionale, ma nello stesso tempo ha differito gli effetti della pronuncia perché il Parlamento possa intervenire entro un anno. Il differimento è stato motivato con il rischio “*di inserirsi in modo inadeguato nell’attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata*”. Equivale a riconoscere che bisogna fare molta attenzione a toccare una componente dell’architettura complessiva antimafia, se si vuole evitare che questa crolli tutt’intera. Perché – dice ancora la Consulta – la mafia ha una sua “specificità” rispetto alle altre condotte criminali associative; e la collaborazione di giustizia è un valore da preservare. Si tratta in sostanza di paletti (sia pure generici) di orientamento e il legislatore dovrà tenerne conto. In ogni caso, si potrà pur dire che la centralità del pentimento non appartiene solo al pensiero giustizialista?

La magistratura italiana e quelle europee: uno sguardo comparato

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le strutture di governo (governance) delle magistrature. – 3. Gli incarichi direttivi.

1. Introduzione

Ringrazio la scuola per questo invito, in particolare il dott. Antonio Genovese, esperto formatore del corso, e il dott. Gianluca Grasso, membro del Comitato direttivo della Scuola.

Come ha detto il presidente Genovese nella sua introduzione, mi occupo di organizzazione giudiziaria con un approccio comparato ormai da molti anni. I miei “occhiali” non sono quelli di un giurista o di uno storico, ma di uno studioso delle organizzazioni, in particolare delle organizzazioni giudiziarie.

L'analisi di qualsiasi organizzazione deve prevedere l'approfondimento di almeno cinque dimensioni: le strutture di governo (la governance), i processi, le persone, le risorse, le tecnologie. Queste cinque variabili, se opportunamente e correttamente studiate, permettono di avere un quadro approfondito delle caratteristiche strutturali e del funzionamento di qualsiasi organizzazione.

La mezzora di questo pomeriggio, come richiesto dalla Scuola, li dedicherò ad introdurre, con un approccio comparato, due elementi dei cinque sopra menzionati. Il primo argomento di discussione sarà la “governance”, l'intelaiatura delle organizzazioni giudiziarie a livello europeo, il secondo sarà invece dedicato ad un breve focus sugli incarichi direttivi. Si tratta di due temi di estrema contemporaneità, anche in relazione alle riforme che dovrebbero caratterizzare i prossimi interventi normativi.

2. Le strutture di governo (governance) delle magistrature

Fra le diverse classificazioni che sono state proposte per fornire un primo inquadramento di massima circa le strutture di governo delle magistrature, ritengo che quella che ancora oggi ha una sua validità euristica sia quella che propone

una distinzione fra “magistrature burocratiche” e “magistrature professionali”. Come è noto, il discrimine fondamentale fra le due è che nelle magistrature “professionali” i giudici sono reclutati dopo aver svolto per un certo numero di anni la professione di avvocato o di pubblico ministero, mentre in quelle “burocratiche” il reclutamento dei giudici avviene di fatto subito dopo il diploma di laurea in giurisprudenza, o poco dopo, e tutta la “carriera” viene svolta all’interno dell’organizzazione giudiziaria. Si tratta pertanto di giudici che raramente hanno esperienze lavorative pregresse significative, tendenzialmente più giovani al momento di entrare in “ruolo” rispetto ai colleghi delle magistrature professionali¹.

A questa fondamentale caratteristica di fondo, se ne associano altre che riguardano la “carriera”, la retribuzione, i trasferimenti, le modalità di scelta delle funzioni esercitate, la formazione, l’etica, la deontologia giudiziaria. Quest’ultima è da sempre tratto distintivo delle magistrature professionali, proprio per la loro caratteristica di reclutare professionisti ai quali viene chiesto di convertire il proprio bagaglio conoscitivo e comportamentale sviluppato in un’attività libero professionale alle necessità e alle peculiarità dell’esercizio della giurisdizione. Parimenti, si viene solitamente reclutati per ricoprire un incarico specifico, e sono pertanto assenti i meccanismi complessi, e spesso dibattuti, per gli avanzamenti di carriera, che invece caratterizzano le “magistrature burocratiche”.

Come è noto, alle magistrature professionali appartengono prevalentemente i paesi anglosassoni e con caratteristiche diverse, parzialmente, quelli scandinavi; mentre fra quelle burocratiche si annoverano i paesi dell’Europa continentale, ma anche in questo caso con significative differenze, che incidono sia sulla governance sia sul loro funzionamento.

Il cosiddetto modello burocratico di matrice napoleonica, che conosciamo bene perché caratterizza l’assetto della nostra magistratura, prevede l’esistenza di una carriera strutturata e quindi un meccanismo di valutazione periodica del singolo giudice, utilizzabile anche per l’eventuale conferimento di un incarico direttivo.

Nella breve introduzione sull’assetto di alcune magistrature che mi accingo a svolgere, ritengo inoltre utile tenere sullo sfondo tre variabili più generali, che però hanno un ruolo importante sui vari assetti.

¹ G. DI FEDERICO (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2012. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *Il Sistema giudiziario*, Bologna, 2017. C. GUARNIERI and P. PEDERZOLI, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Innanzitutto, la forma di Stato. Come vedremo la forma più o meno federale dello Stato, connessa alle spinte autonomistiche, influenza la scelta della struttura di governance diffusa o centralizzata della magistratura.

Il secondo aspetto di “sfondo” è la dimensione del Paese. Come è noto, i paesi europei sono molto diversi in termini di dimensioni e di popolazione e quindi di magistrati in servizio. È intuitivo, ma non meno importante, che gestire qualche centinaio di magistrati sia decisamente diverso che doversi cimentare con l'organizzazione di diverse migliaia di giudici e/o pubblici ministeri, con meccanismi di carriera e trasferimenti particolarmente laboriosi e complessi se gestiti a livello centrale.

Terza e ultima variabile di sfondo altrettanto importante è il contesto storico, sociale, giuridico, politico ed economico che caratterizza uno Stato, e che inevitabilmente ne influenza anche l'assetto ed il funzionamento della sua magistratura.

Negli esempi che propongo oggi ho scelto cinque paesi europei che forniscono altrettante strutture di governance diverse, e che ben rappresentano il panorama europeo.

Certamente la Francia ha la struttura amministrativa e di governo della magistratura più simile alla nostra. Con uno Stato storicamente forte e centralizzato, la struttura di governance vede la presenza del Ministero della giustizia e di un Consiglio superiore a livello nazionale, un reclutamento centralizzato, una Scuola nazionale di formazione dei magistrati (giudici e pubblici ministeri), meccanismi di carriera tipicamente “burocratici”, una gerarchia all'interno degli uffici piuttosto pronunciata.

Germania e Austria sono invece due stati federali che però hanno due assetti del governo della magistratura significativamente diversi. La Germania ha un sistema giudiziario che si basa sul decentramento ai sedici lander delle funzioni organizzative e gestionali attraverso sedici Ministeri della giustizia, uno per ogni lander, al quale si affianca il Ministero della giustizia federale e le corti supreme con giurisdizione nazionale. Come è noto, non è presente in alcun lander, e tantomeno a livello federale, un Consiglio superiore della magistratura. Il reclutamento dei giudici, il loro percorso di carriera, il livello di retribuzione le risorse, le tecnologie sono gestite autonomamente dai vari lander, anche con significative differenze.

L'Austria ha invece un assetto centralizzato, simile al modello francese ed italiano con un unico Ministero della giustizia che si occupa del reclutamento, delle risorse, anche tecnologiche, in maniera accentrata. Anche in Austria, fedele al modello tedesco, non è presente un Consiglio superiore della magistratura, ma il cosiddetto “autogoverno” è garantito da una serie di Consigli giudiziari locali che

possono essere, in prima approssimazione, considerati simili ai nostri Consigli giudiziari, anche se hanno una diversa composizione, più ampi poteri, e le loro decisioni non sono vagliate da un Consiglio superiore a livello nazionale.

Particolarmente interessante è quello che è avvenuto e sta ancora avvenendo in Spagna. A fronte, come è noto, di una forte spinta autonomistica in particolare di alcune aree del paese, la scelta è stata quella di mantenere l'amministrazione giudiziaria centralizzata per quanto riguarda il reclutamento dei giudici e dei pubblici ministeri, con la presenza di un Ministero della giustizia e di un Consiglio superiore a livello nazionale. Una notevole autonomia è stata invece riconosciuta alle comunità autonome che l'hanno richiesta per il funzionamento dell'amministrazione giudiziaria sul territorio, attraverso il reperimento, l'allocazione e la gestione delle risorse, anche relative al personale, che dipendono dal governo locale. Vi è stata pertanto l'istituzione di "Ministeri della giustizia" per ciascuna comunità autonoma che hanno competenze sulle risorse ed il funzionamento dell'amministrazione giudiziaria nel territorio della comunità autonoma. Le funzioni assegnate alle comunità autonome riguardano anche lo sviluppo e la gestione delle tecnologie informatiche, aspetto che sta creando non pochi problemi di coordinamento fra i vari applicativi a livello nazionale. Sono dodici le comunità autonome che hanno optato per un'autonomia più ampia sui "servizi giudiziari", mentre cinque hanno ancora una gestione centralizzata dal Ministero della giustizia nazionale.

Ultimo paese brevemente considerato come un ulteriore esempio di governance del giudiziario è la Svizzera, che con i suoi ventisei cantoni federati di fatto si caratterizza per avere ventisei differenti sistemi giudiziari sotto tutti i profili, dal reclutamento, alla retribuzione, alla carriera, con una marcata tendenza al ruolo dei parlamenti locali anche per la selezioni dei giudici. Un paese non particolarmente grande che ha in sé una serie di esempi diversi di organizzazione della giustizia, una sorta di piccola Europa.

Un tema importante nella struttura di governo delle magistrature è certamente la presenza di un Consiglio superiore che, come è noto, ha caratteristiche e funzioni anche molto diverse da paese a paese.

Una prima linea di demarcazione fondamentale riguarda la competenza del Consiglio sullo status dei giudici e dei pubblici ministeri. In Europa, i paesi che hanno un unico Consiglio per entrambi questi ruoli sono l'Italia, il Belgio, la Bulgaria, la Romania e, con significative differenze, la Francia e la Grecia².

² D. KOSAR, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, CUP, 2016. European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), <https://www.encj.eu/>

Tabella 1 – Sintesi della classificazione dei sistemi di governance della magistratura giudicante

Consiglio Nazionale	Ministero	Altro
Italia	Germania	Regno Unito
Francia	Austria	Irlanda
Spagna	Rep. Ceca	Svezia
Belgio		Norvegia
Portogallo		Danimarca
Romania		Finlandia
Slovacchia		Malta
Olanda		Islanda
Croazia		Estonia
Bulgaria		Svizzera
Albania, Bosnia, Georgia, Grecia, Lettonia, Lituania, Moldova, Nord Macedonia, Kosovo, Serbia, Slovenia, Turchia, Ungheria, Ucraina		

Molti altri paesi europei hanno un Consiglio superiore a livello nazionale che si occupa esclusivamente dello status dei giudici, mentre il “governo” dei pubblici ministeri è lasciato ad altre istituzioni con varie soluzioni. Ad esempio, un Consiglio ad hoc in Portogallo, la Procura generale in Olanda, il Ministero della giustizia in molti altri paesi (Germania, Spagna, Slovacchia, Croazia ecc.).

Come è stato accennato in precedenza, e indicato nella relativa tabella, il modello ministeriale senza Consiglio, è presente in Germania, Austria e Repubblica Ceca, anche se in questi casi è significativo il ruolo dell’autogoverno dei giudici in Consigli giudiziari territoriali, caratteristica molto interessante sulla quale non possiamo però soffermarci ulteriormente oggi.

Diversi altri paesi, sostanzialmente il “blocco dei nord Europa” nel corso degli ultimi vent’anni, (primo in ordine di tempo il Regno Unito, ultimo la

Finlandia qualche anno fa) hanno progressivamente optato per l'istituzione di una "agenzia indipendente" dal Ministero della giustizia. L'agenzia si occupa della gestione delle risorse e del funzionamento degli uffici giudiziari, lasciando al Ministero la produzione legislativa e, più in generale, la politica giudiziaria. Reclutamento, carriera e disciplina dei giudici sono spesso "appaltati" all'esterno con la creazione di apposite commissioni solitamente formate in prevalenza da giudici, ma anche con la presenza di persone provenienti da altre categorie professionali (es. accademia, organizzazioni non governative).

Tabella 2 – Sintesi dei modelli di governance delle risorse

Consiglio Nazionale	Ministero	Agenzia
Olanda	Italia	Regno Unito
	Germania	Irlanda
	Austria	Svezia
	Rep. Ceca	Norvegia
	Croazia	Finlandia
	Slovacchia	Danimarca
	Polonia	Lettonia
	Spagna	Lituania
	(Slovenia)	Islanda
	Albania, Bosnia, Bulgaria, Estonia, Georgia, Grecia, Malta, Moldova, Nord Macedonia, Kosovo, Serbia, Svizzera, Turchia, Ucraina	Ungheria

Un nodo cruciale per qualsiasi organizzazione è l'approvvigionamento e la gestione delle risorse³. Nei paesi del nord Europa, l'acquisizione delle risorse è una funzione del Ministero in fase di redazione del bilancio statale, la gestione rientra fra le competenze di un'agenzia indipendente. Nella maggioranza degli altri paesi europei, entrambe le funzioni sono invece prevalentemente svolte dal Ministero, o dai Ministeri (e.g. Spagna, Germania). Unica eccezione, è l'Olanda, dove il Consiglio superiore olandese, istituito nel 2002, ha progressivamente acquisito una pluralità di funzione togliendole al Ministero della giustizia e ad oggi negozia anche direttamente con il Parlamento le risorse da destinare all'amministrazione della giustizia⁴. Le risorse sono quindi assegnate agli uffici giudiziari, che godono anche di una marcata autonomia gestionale, sulla base del metodo del "costo per procedimento" (*cost per case*)⁵, che definisce un certo importo per ogni procedimento concluso sulla base di un sistema di pesatura della complessità del stesso (*case weighting*)⁶.

In Olanda, anche lo sviluppo e la gestione delle tecnologie informatiche per gli uffici giudicanti, caso unico in Europa, è passato dal Ministero della giustizia al Consiglio superiore finora con risultati non particolarmente positivi.

Come brevemente descritto, i paesi europei hanno adottato modelli diversi di "governo del giudiziario", nel tentativo di raggiungere due obiettivi fondamentali. Una irrinunciabile indipendenza ed imparzialità del giudice da pressioni esterne ed interne, e un'amministrazione della giustizia accessibile e apprezzata, con decisioni coerenti, di buona qualità, in tempi ragionevoli.

A questo proposito è interessante soffermarsi un attimo sulla ricerca svolta dalla Rete Europea dei Consigli Superiori del Giudiziario (*European Network of Councils for the Judiciary* – ENCJ) che nel 2019 ha proposto un questionario a

³ EUROPEAN NETWORK OF COUNCIL FOR THE JUDICIARY (ENCJ) (2016). *Funding the judiciary.*, 2016, https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/encj_2015_2016_report_funding_judiciary_adopted_ga.pdf. Wittrup J., *Budgeting in the era of judicial independence*, in "International Journal of Court Administration", 2010, 39-48 <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.40/>

⁴ CONTINI F. (ed.), *Handle with care. Assessing and designing methods for evaluation on and development of the quality of justice*, 2017, <https://www.lut.fi/documents/27578/465522/HWC+Final+reports28may18sent.pdf/5db1f5ae-0a03-461f-a187-cf9360955077>

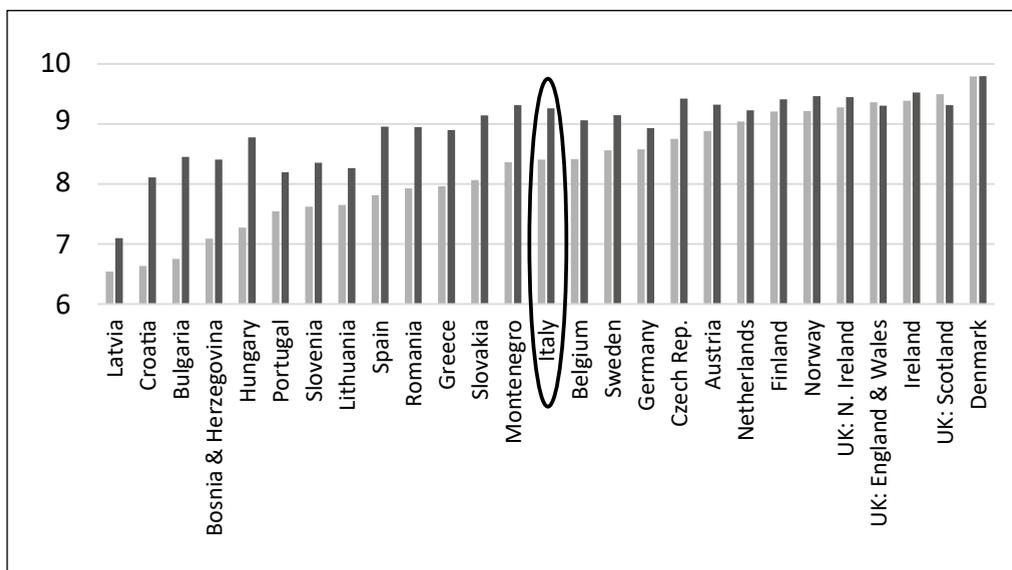
⁵ DE RECHTSPRAAK – Council for the Judiciary. *The financing system of the Netherlands Judiciary*, 2014, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/The-Financing-System-of-the-Netherlands-Judiciary.pdf>

⁶ FABRI M., *Metodi per la pesatura dei procedimenti giudiziari in Europa*, in "Questione giustizia", 23 novembre 2020 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/metodi-per-la-pesatura-dei-procedimenti-giudiziari-in-europa>

tutti i giudici e a tutti i pubblici ministeri (nei pochi paesi in cui entrambi appartengono allo stesso “corpo”) sulla percezione dell’indipendenza dei giudici⁷.

Come mostra la figura qui riprodotta, un quesito del questionario chiedeva ai singoli giudici quale fosse il grado di indipendenza percepita di sé stessi e dei colleghi. La barra scura indica la percezione della propria indipendenza, quella chiara quella dei colleghi, espressa in una scala da zero a dieci (Domanda 16 e 17 del questionario: “I giudici professionali nel mio paese sono indipendenti”. “Come Giudice io sono indipendente”).

Figura 1 – ENCJ Indipendenza individuale e collettiva percepita dai giudici europei



Ho cerchiato la percezione dei giudici italiani che hanno risposto, fra l’altro con una partecipazione numericamente significativa rispetto ad altri paesi europei. Come si evince dalla figura, vi è una percezione dell’indipendenza individuale significativamente più alta rispetto all’indipendenza percepita dei colleghi nel loro complesso.

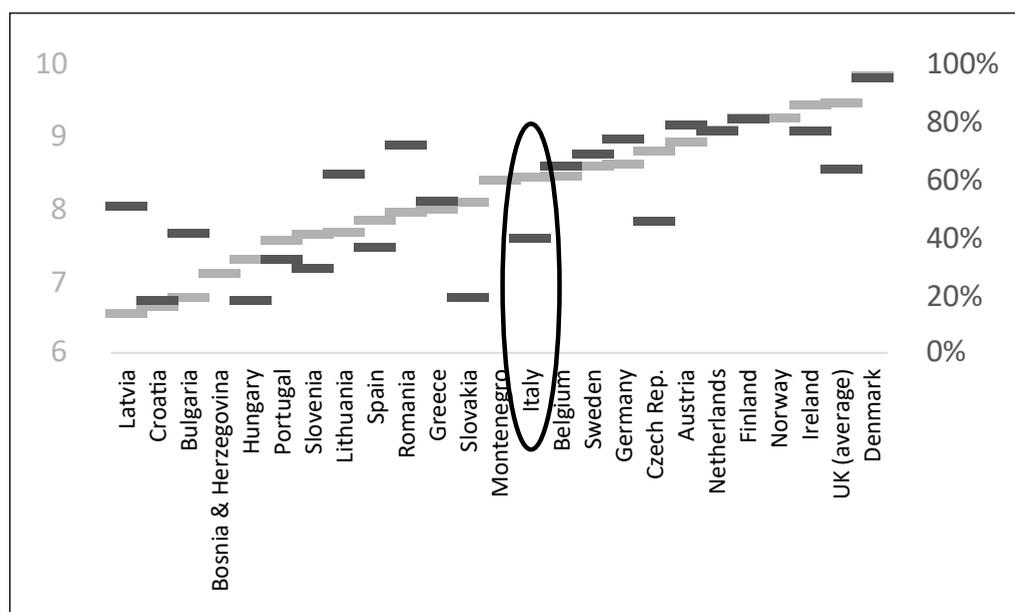
È interessante notare come tutti i paesi a democrazia consolidata del centro-nord Europa, ad esempio Olanda, Austria, Germania, abbiano valori di indi-

⁷ <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/Reports/Data%20ENCJ%202019%20Survey%20on%20the%20Independence%20of%20judges.pdf>

pendenza percepita molto alti, e una distanza fra l'indipendenza percepita individuale e l'indipendenza dei colleghi più bassa rispetto agli altri paesi dell'Europa continentale. Fra i paesi che hanno una struttura di governance caratterizzata dalla presenza di un Consiglio superiore, spiccano i valori piuttosto bassi di Spagna, Portogallo e Romania.

La figura successiva riproduce i dati relativi ad un quesito del questionario "Eurobarometro" del 2019 somministrato periodicamente a livello europeo. Nello specifico veniva chiesto ad un campione di imprese il livello di indipendenza percepita dei giudici. I valori raccolti nei vari paesi europei (in grigio chiaro) sono stati poi messi in relazione con la percezione di indipendenza espressa dai giudici rispetto ai colleghi, i cui dati sono stati raccolti, come detto in precedenza, con il questionario dell'ENJC.

Figura 2 – Eurobarometro e ENJC Indipendenza dei giudici e percezione delle imprese



Come si nota dalla figura, in Italia la distanza fra l'indipendenza percepita dalle imprese (linea scura) rispetto a quella percepita dai giudici (linea chiara) è molto marcata. Fra i paesi europei oggetto del sondaggio, l'unico paese che ha un differenziale maggiore di percezione rispetto all'Italia è la Slovacchia,

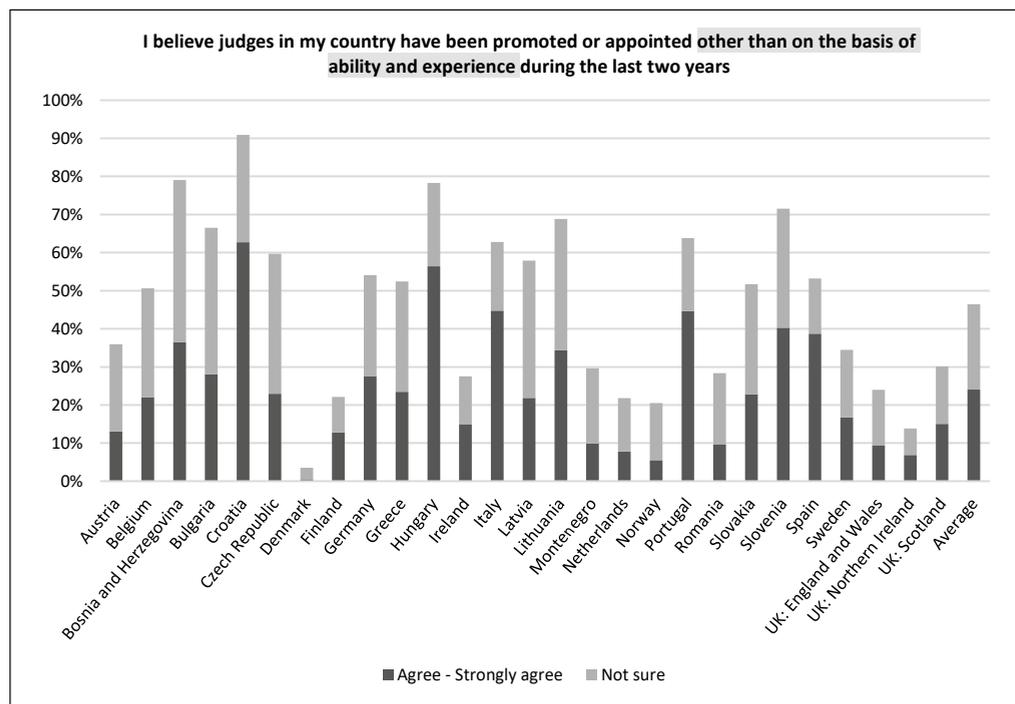
recentemente scossa da vari episodi di corruzione che hanno coinvolto anche giudici e membri del Consiglio superiore.

Ancora una volta le differenze meno marcate si notano nei paesi del centro e nord Europa. In Austria e Germania l'indipendenza percepita dalle imprese è addirittura superiore rispetto a quella percepita dagli stessi giudici.

Ultima figura da condividere sull'indipendenza percepita in Europa, riproposta dal questionario della Rete Europea dei Consigli Giudiziari (ENCJ) del 2019 riguarda il tema delle promozioni. La domanda proposta ai giudici dei vari paesi europei è stata la seguente: "Ritiene che negli ultimi due anni i giudici nel suo paese siano stati promossi o nominati sulla base di criteri che non fossero solo la loro competenza ed esperienza?"

Le barre scure indicano coloro i quali sono d'accordo o molto d'accordo con questa affermazione, cioè ritengono che altri criteri siano utilizzati oltre alla capacità e all'esperienza. I valori in grigio chiaro invece indicano la risposta "non sono sicuro".

Figura 3 – Percezione dei criteri utilizzati per promuovere o nominare giudici



Come indica il grafico, i paesi in cui i giudici percepiscono che siano presenti altri criteri che esulano dalla competenza e dall'esperienza per le promozioni sono la Croazia, l'Ungheria, il Portogallo, la Spagna, la Slovenia ed anche l'Italia.

Ancora una volta nei paesi nordici, in Olanda, in Austria vi è la chiara percezione da parte dei giudici che la capacità e l'esperienza siano gli elementi preponderanti che regolano la loro carriera. È piuttosto interessante la percezione dei giudici tedeschi, che questa volta ha valori un po' più simili ai paesi del sud Europa.

Anche in questo caso, nei paesi che hanno un Consiglio superiore è più alta la percezione che le promozioni siano governate da criteri che non siano solo la competenza e l'esperienza, rispetto ai paesi che non hanno un Consiglio. Un'eccezione è l'Olanda, in cui però il ruolo del Consiglio per quanto riguarda le promozioni è diverso rispetto agli altri paesi europei.

In quest'ambito, mi permetto una breve nota sui dati delle valutazioni di professionalità dei magistrati italiani. La tabella sottostante raccoglie gli unici dati sulle valutazioni dei magistrati italiani attualmente disponibili sul sito del Consiglio superiore della magistratura dal 2013 al 2017.

Tabella 3 – Valutazioni di professionalità dei magistrati italiani dal 2013 al 2017

Anno	Positivo	Non positivo	Negativo	Totale
2013	98,18	1,46	0,36	100
2014	97,39	1,86	0,75	100
2015	99,56	0,24	0,20	100
2016	99,30	0,38	0,32	100
2017	98,45	0,81	0,74	100

Come si evince dalla tabella, e come è noto, le percentuali di valutazione con esito positivo sono altissime, rasentando il 100%. C'è ovviamente da chiedersi se con queste percentuali il metodo di valutazione predisposto raggiunge gli scopi che si era prefissato.

È inoltre opportuno segnalare che, come indica la tabella, i dati pubblici attualmente disponibili si fermano al 2017: perché? Questo e altri dati che ri-

guardano il funzionamento dell'amministrazione giudiziaria dovrebbero essere costantemente aggiornati e resi pubblici dal Consiglio superiore e dal Ministero della giustizia, sia per affermare il principio di trasparenza sia per permettere una maggiore circolazione delle informazioni basate su dati empirici, che arricchirebbero il dibattito anche grazie ad ulteriori elaborazioni ed analisi che potrebbero essere fatte da ricercatori e associazioni.

A onor del vero, è molto difficile trovare dati pubblici anche sulla valutazione dei giudici di altri paesi europei. Dati non recentissimi relativi ad alcuni lander tedeschi, indicano che i giudizi sui giudici hanno tendenzialmente questo esito. Nessuno risulta "sotto la media", il 2-3% risulta con un giudizio "soddisfacente", il 40-50% ottiene un giudizio "pienamente soddisfacente", il 45-55% "buono" e il 5-10% "eccellente".

In Francia, i dati disponibili risalenti a qualche anno fa indicano al "livello più alto", costituito da tre classi stipendiali, 1006 magistrati, in questo caso giudici e pubblici ministeri, (pari all'11% dell'organico), al "primo livello", composto da otto classi stipendiali differenti, 5.146 magistrati (pari al 54% dell'organico), al "secondo livello", composto da cinque classi, 3.347 magistrati (pari al 35% dell'organico).

Francia, Germania, Italia hanno tre distinti modelli di governance, ma comunque si caratterizzano, come abbiamo visto, per essere modelli fondamentalmente "burocratici". All'interno di questa cornice, le valutazioni di professionalità dei giudici sono necessarie e presenti in tutti e tre i paesi; ma mentre in Germania e in Francia si notano situazioni tutto sommato abbastanza simili, con un 10% di "eccellenze", ed il restante 90% che si colloca in due livelli intermedi, in Italia, forse anche per la modalità della valutazione che volutamente prevede solo tre giudizi: "positivo", "non positivo", "negativo", fa sì che oltre il 98% delle valutazioni sia positiva.

Come è noto, un'ulteriore fondamentale differenza fra la magistratura italiana e le altre magistrature burocratiche europee è il cosiddetto "ruolo aperto", in virtù del quale, di fatto, tutti i magistrati raggiungono il livello più alto della carriera sotto il profilo retributivo pur continuando a svolgere le solite funzioni, ad esempio giudice di primo grado.⁸ In questo modo la "piramide burocratica", una classica rappresentazione iconica della burocrazia, nella magistratura italiana risulta capovolta, con un numero elevato di magistrati ai livelli apicali e un numero relativamente più basso a quelli iniziali ed intermedi, dando vita ad un "modello burocratico" decisamente atipico con una piramide il cui vertice è in basso.

⁸ G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria in Italia e il suo contesto burocratico*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1978, 2, 798-813.

3. Gli incarichi direttivi

Come preannunciato, la seconda parte di questo breve intervento riguarda gli incarichi direttivi.

Le mie note si basano principalmente su uno studio commissionato e condotto in collaborazione con il Consiglio consultivo dei giudici europei del Consiglio d'Europa (*Consultative Council of European Judges*, CCJE).⁹

Periodicamente il Consiglio raccoglie informazioni su argomenti specifici che riguardano l'amministrazione della giustizia utilizzando la rete composta dai 47 paesi del Consiglio d'Europa e, sulla base di queste informazioni, redige una cosiddetta "opinione" sull'argomento¹⁰.

La raccolta delle informazioni sugli incarichi direttivi nei paesi europei del Consiglio d'Europa è stata condotta attraverso la predisposizione e la somministrazione di un dettagliato questionario che ha riguardato molteplici aspetti quali, ad esempio, le modalità di selezione, le necessarie qualificazioni professionali, le funzioni, la durata dell'incarico, la retribuzione, l'eventuale riduzione del carico di lavoro etc.

Come è già stato enfatizzato, è opportuno sempre rammentare che nella maggioranza dei paesi europei, rispetto all'Italia, vi è una netta distinzione fra giudici e pubblici ministeri, e questa distinzione si ripercuote anche nelle modalità di scelta e nelle procedure con cui sono assegnati gli incarichi direttivi

Nel processo di selezione, il ruolo principale, nei paesi che ne sono provvisti, è certamente giocato dal Consiglio superiore (es. Albania, Croazia, Slovenia, Spagna) ed eventualmente dal Ministero (es. Belgio, Danimarca, Francia, Olanda etc.) a cui spetta "l'ultima parola" sulla proposta più o meno vincolante, del Consiglio. In questo caso la "leale collaborazione istituzionale" fra il Consiglio ed il Ministero ha un ruolo fondamentale nella scelta della persona cui assegnare l'incarico direttivo, con equilibri difficili da investigare in profondità, ma che ancora una volta appaiono volti a scegliere il candidato che abbia certamente buone competenze giuridiche, ma anche organizzative e relazionali.

In diversi paesi in cui non è presente il Consiglio è invece una commissione ad hoc ad occuparsi della selezione dei giudici che ricopriranno l'incarico direttivo (es. Estonia, Finlandia, Regno Unito, Svezia). Anche in Germania, pur sussistendo differenze fra i vari lander, è prevista una commissione ad hoc per l'assegnazione dell'incarico direttivo, che però in questo caso deve avere anche il parere positivo del Ministro della giustizia e del Parlamento locali. La Germania presenta

⁹ "M. FABRI, *Opinion n. 19 Consultative Council of European Judges. Synthesis of the replies to the questionnaire on the role of courts' Presidents*, 11 March 2016.

¹⁰ <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta>

un sistema particolarmente articolato che cerca di trovare il necessario equilibrio fra competenze professionali, capacità organizzative, ed anche politico-relazionali, tutti elementi che dovrebbero caratterizzare il ruolo del presidente di tribunale¹¹.

Ci sono poi altri due sistemi di selezione dei giudici per ricoprire incarichi direttivi utilizzati da pochi paesi europei, che sono l'elezione parlamentare (es. Lituania e Liechtenstein), e l'elezione da parte dei colleghi (es. Svizzera e Ucraina). L'elezione del presidente del tribunale da parte dei colleghi del tribunale è anche utilizzata in molti uffici giudiziari di diversi stati negli Stati Uniti.

In estrema sintesi, i sistemi di selezione per gli incarichi direttivi degli uffici giudiziari sono molto vari in Europa, quelli che abbiamo sommariamente descritto sono gli assetti formali. Sarebbe ovviamente necessario approfondire come queste regole formali sono effettivamente applicate, si pensi alla distanza siderale fra regole formali e pratiche consolidate in Italia¹². Mi auguro che si possa in un prossimo futuro sviluppare una ricerca sul campo su questo argomento, magari attraverso un'iniziativa delle varie Scuole della magistratura europee.

Fra le informazioni raccolte con il questionario vi è stata anche l'indicazione delle qualificazioni professionali necessarie in ciascun paese per potersi candidare. In generale, le qualificazioni necessarie sono piuttosto simili, anche se il "peso" assegnato a ciascun criterio varia da paese a paese. Una certa anzianità di servizio è la base per candidarsi in Norvegia e Spagna. Le precedenti valutazioni di professionalità sono un punto di riferimento fondamentale in Albania e Bulgaria. Piuttosto innovativi ed interessanti i criteri adottati in Francia e in Germania, che sarebbero da approfondire con analisi puntuali sull'effettiva modalità di applicazione. In Germania, sono importanti le esperienze maturate in vari ruoli che hanno riguardato la gestione amministrativa dell'ufficio, la flessibilità e, particolarmente interessante, la capacità di affrontare le critiche. In Francia, oltre alla capacità giuridica e gestionale è indicato come criterio utilizzato per qualificare la professionalità di un potenziale presidente di tribunale anche l'attitudine al dialogo.

Altro aspetto di cui si è occupata la ricerca è stato quello relativo alla possibilità e al numero delle eventuali impugnazioni dei candidati sconfitti nel processo

¹¹ A. BLISA e D. KOSAR, *Court Presidents. The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance*, in "German Law Journal", 2018, 7, 2031-2076.

¹² G. DI FEDERICO, *Lottizzazioni correntizie e politicizzazione del CSM: quali rimedi?*, in "Quaderni costituzionali", X, 2, 279-297. S. BENVENUTI, *Il conferimento degli incarichi direttivi riflessioni comparate a partire dall'affaire CSM*, 2020, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Simone_Benvenuti_-_Il_conferimento_degli_incarichi_direttivi.pdf. D. Cavallini *La selezione e valutazione dei magistrati dirigenti degli uffici giudiziari: problematiche e prospettive a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura Civile*, 2019, 4. C. CASTELLI, *La nomina dei dirigenti: problema dei magistrati o del servizio?*, in *Questione giustizia*, 9 giugno 2020.

di selezione. Come riportato dalle risposte al questionario, nei vari paesi europei la tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario o amministrativo è sempre possibile, in linea teorica, ma sono pochi i casi in cui il diritto di impugnazione viene effettivamente esercitato. Eccezioni sono la Spagna, che segnala una percentuale di circa il 30% di impugnazioni e l'Italia con i numeri che sono riportati nella tabella sottostante. Si tratta di dati pubblicati dal CSM ma che, ancora una volta duole notare, si fermano al 2018.¹³

Tabella 4 – Conferimenti incarichi direttivi e semidirettivi e ricorsi

Tabella 7. Conferimenti e ricorsi								
Anno	Delibere Conferimento Direttivi	Delibere Conferimento Semidirettivi	Delibere Conferimenti	Ricorsi su Conferimento Direttivi	Ricorsi su Conferimento Semidirettivi	Rapporto % Ricorsi / Delibere direttivi	Rapporto % Ricorsi / Delibere semidirettivi	Rapporto % Ricorsi / Delibere
2010	72	131	203	48	28	66,7%	21,4%	37,4%
2011	56	107	163	31	9	55,4%	8,4%	24,5%
2012	60	89	149	21	16	35,0%	18,0%	24,8%
2013	68	78	146	22	13	32,4%	16,7%	24,0%
2014	76	90	166	14	10	18,4%	11,1%	14,5%
2015	93	113	206	20	19	21,5%	16,8%	18,9%
2016	137	159	296	29	22	21,2%	13,8%	17,2%
2017	97	173	270	28	24	28,9%	13,9%	19,3%
sett. 2018	89	168	257	20	19	22,5%	11,3%	15,2%
Totale	748	1108	1856	233	160	31,1%	14,4%	21,1%

Interessante la soluzione individuata in Norvegia, dove nei casi, rarissimi, in cui si ricorra alla tutela giurisdizionale a fronte di un incarico non ottenuto, è possibile richiedere solo una somma di denaro a titolo di risarcimento.

La durata dell'incarico direttivo giudicante nei paesi europei è molto varia. Dai due anni della Svizzera, ricordiamo che in molti cantoni i dirigenti giudiziari

¹³ https://www.csm.it/documents/21768/137951/Conferimenti+consiliatura+2014-2018/d34ba237-a05c-0242-95fd-b88ac00_4eab3

sono eletti dai colleghi, ai tre anni della Romania, ai sei anni dell'Olanda, ma con un'ulteriore possibilità di rinnovo di soli tre anni. Francia e Repubblica Ceca prevedono una delle durate maggiori di esercizio dell'incarico direttivo pari a sette anni. In Austria e Germania l'incarico direttivo viene conservato fino alla pensione, ma solitamente viene assegnato in età piuttosto avanzata.

Il rinnovo dell'incarico è comunque sempre soggetto ad una nuova procedura valutativa, alla quale possono partecipare anche altri candidati.

Nella maggioranza dei paesi europei che hanno risposto al questionario è prevista una riduzione del carico di procedimenti assegnati al dirigente rispetto allo standard. Riduzione che in alcuni casi è fissata dalla legge ed in altri è applicata per prassi consolidata. Gli unici paesi in cui non è stata indicata alcuna riduzione del carico di lavoro per la dirigenza sono il Regno Unito, la Norvegia, l'Irlanda e Cipro.

Per quanto riguarda la retribuzione dei capi degli uffici, molti paesi hanno indicato una retribuzione maggiorata che spesso è posta in relazione al tipo di ufficio (es. di primo o secondo grado) e, più raramente, alla dimensione. In percentuale alla retribuzione già percepita, l'incremento varia dal 13% fino al 30%.

Dai dati del questionario non emergono valutazioni specifiche sulle capacità gestionali dei presidenti di tribunale una volta ottenuto l'incarico. Ciò sembra avvenire solo in caso di richiesta di rinnovo. In Francia, la valutazione dei presidenti di tribunale, ricordiamo che restano in carica per sette anni, è effettuata dal corrispondente presidente di Corte di appello. Mentre su questi ultimi non è prevista alcuna valutazione.

I dati raccolti con il questionario, le attività di ricerca svolte, e la poca letteratura disponibile sull'argomento, permettono comunque, con un buon livello di certezza, di affermare che la tendenza nelle amministrazioni giudiziarie europee è quella di avere una gestione dell'ufficio più collegiale, fermo restando il ruolo cruciale del capo dell'ufficio. La complessità e la varietà dei compiti, le dimensioni degli uffici, che, come è noto, in molti paesi è stata aumentata con processi di revisione della geografia giudiziaria, spinge ad adottare nei fatti una governance degli uffici giudiziari più collegiale e partecipata. Tutte le tematiche organizzative più strettamente connesse all'esercizio della giurisdizione vedono una condivisione delle scelte ed il coinvolgimento dei giudici nelle decisioni che li riguardano.

Resta ancora irrisolto in molti paesi europei il problema della cosiddetta "doppia dirigenza", con un rapporto ancora difficile fra dirigenza giudiziaria e dirigenza amministrativa soprattutto nel sud Europa.

Il mandato che mi era stato assegnato nell'ambito di questo corso di formazione era quello di stimolare la riflessione e la discussione utilizzando alcuni esempi europei su due temi principali: i sistemi di governo delle magistrature ed un focus sugli incarichi direttivi. È opportuno ribadire che questo intervento

ha riguardato quasi esclusivamente le strutture di governo e gli incarichi direttivi degli uffici giudicanti, dal momento che in molti paesi europei, a differenza dell'Italia, i pubblici ministeri sono regolati da strutture di governo diverse da quelle dei giudici.

La presentazione si è avvalsa delle attività di ricerca svolte in questi anni anche in collaborazione con la Commissione per l'Efficienza del Consiglio d'Europa (CEPEJ) e il Consiglio Consultivo dei giudici europei sempre del Consiglio d'Europa (CCJE) ed alcuni dati di una ricerca svolta dalla Rete Europea dei Consigli Giudiziari (ENCJ). L'Europa è un costante laboratorio di innovazione nel giudiziario, e gli esempi che provengono dai 47 stati membri del Consiglio d'Europa permettono di riflettere criticamente e in maniera prospettica sulle scelte del proprio paese, rimettendo in discussione concetti e prassi consolidate che spesso sono talmente radicate da inibire anche solo la ricerca di soluzioni alternative.

Come si è visto, in Europa non ci sono soluzioni univoche a problemi complessi come quelli della governance dei sistemi giudiziari e della scelta sugli incarichi direttivi negli uffici giudiziari. Ogni Paese ha costantemente cercato, e continua a cercare con periodici aggiustamenti, un difficile equilibrio fra i diversi obiettivi che un'amministrazione giudiziaria deve perseguire.

In ultima analisi, l'articolo 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo, sottoscritta a Roma nel 1950, ritengo sia tuttora il faro che dovrebbe illuminare ogni azione legislativa e individuale in ambito giudiziario: "ogni persona ha il diritto che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge".

Chi governa i giudici? Il modello italiano di Consiglio Superiore della Magistratura

SOMMARIO. 1. Governo dei giudici?. – 2. Il Csm e l'associazionismo giudiziario. – 3. Le correnti dell'Anm e l'associazionismo dei magistrati in Europa. – 4. Il Csm delle "correnti". – 4.1. La "carriera dei magistrati". – 4.2 Il "sistema tabellare". – 4.3 Organizzazione ed efficienza del sistema giudiziario. – 5. L'evoluzione del modello "Consiglio di giustizia" in Europa. – 6. Una sfida per la magistratura italiana. – Scheda. Il sistema elettorale del Csm nel DDL C 2681.

1. Governo dei giudici?

1788. Alexander Hamilton *Federalista n. 78*: "Il giudiziario è senza paragone il più debole dei tre rami del potere e non può insidiare con successo alcuno degli altri due; per questo ogni possibile precauzione deve essere adottata per difenderlo dagli attacchi degli altri rami del potere. Del pari, sebbene l'oppressione di un individuo possa ora ed in futuro essere conseguenza di decisioni delle corti di giustizia, le libertà fondamentali del popolo non possono mai essere messe in pericolo da questa branca del potere; intendo dire sin quando il giudiziario rimanga effettivamente separato dal legislativo e dall'esecutivo. Sono d'accordo che 'non vi è libertà se il potere di giudicare non è separato dal potere legislativo ed esecutivo' (Montesquieu)...La assoluta indipendenza delle corti di giustizia è essenziale".

1921. Édouard Lambert *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*

19 ottobre 1994. "Uno spettro si aggira per la Repubblica, quello del governo dei giudici" è l'attacco ironico dell'editoriale dal titolo *La République et ses juges* pubblicato su *Le Monde* a firma del direttore J.M. Colombani, nel clima che seguiva le dimissioni ravvicinate di due ministri, del governo in carica a seguito di indagini della magistratura.

1996. "*The global expansion of judicial power*" è il titolo di un volume pubblicato da New York University Press a cura di C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder

Nel novembre 1215 Papa Innocenzo III al Concilio Laterano IV proibisce la pratica delle ordalie come mezzo di decisione delle controversie. Eppure le ordalie, con le varie tecniche come prova dell'acqua, del calderone bollente, del ferro incandescente, prova del fuoco nelle versioni erano "funzionali come mezzi per risolvere le controversie in maniera rapida, semplice e definitiva ed inoltre assicuravano l'accettazione dell'esito della controversia da parte dell'ambiente sociale circostante"¹. Da allora "I giudici ereditano una funzione che era riservata a Dio"².

La legittimazione del potere di giudicare è perennemente in discussione. Uomini che giudicano su altri uomini, un potere "*si terrible parmi les hommes*" (Montesquieu). Non soddisfa la elettività diretta dei giudici che, applicata con grandi difficoltà e temperamenti in alcuni stati degli Stati Uniti, ma non per i giudici federali, era criticata già nel *Federalista n. 51*.

Rimane fondamentale la legittimazione che deriva dalla soggezione alla legge, anche se non può più operare con il modello del "giudice bocca che pronuncia le parole della legge... essere inanimato". Soggezione alla legge e soltanto alla legge come vuole la nostra Costituzione rimanda alla garanzia di indipendenza "da ogni altro potere".

Il nucleo primario della garanzia ordinamentale a tutela dell'indipendenza del giudice consiste nel precludere all'esecutivo di rimuoverlo dalla sua funzione, come ritorsione per decisioni sgradite. È questo il fondamento del principio della nomina a vita dei giudici, caratteristico della tradizione inglese a partire dal 1700 e sanzionato dalla Costituzione americana per i giudici federali all'art 3 sez. 1 con la formula "*during good behaviour*" traduzione del latino "*quam diu bene se gesserint*" dell'Act of Settlement emanato dal Parlamento inglese nel 1701.

Nei sistemi ove la magistratura è organizzata come corpo burocratico, con accesso in giovane età e sistema di carriera all'interno di una organizzazione gerarchica, assume un ruolo centrale il principio della inamovibilità, il cui contenuto va oltre quello della nomina a vita per estendersi alla garanzia di non essere trasferito, senza consenso, in una sede diversa. In una organizzazione burocratica, che prevede una carriera come progressione nelle funzioni e nella retribuzione, la garanzia di inamovibilità non basta.

Per rispondere a questa esigenza nasce l'idea di Consiglio superiore della magistratura. Di fronte a una magistratura strutturata gerarchicamente, non sono più sufficienti le "garanzie classiche, come l'inamovibilità, garanzia di indipendenza puramente statica", ma occorrono "garanzie dinamiche poste contro l'eventuale

¹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 7.

² A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, 2008, 15.

arbitrio dell'esecutivo, che gestisce la carriera". In questi termini viene introdotta la trattazione del Consiglio superiore della magistratura, in un saggio sulla amministrazione della giustizia in Francia³. In una significativa consonanza è stato rilevato che "Riferire sui precedenti storici del Consiglio superiore della magistratura equivale a scrivere la storia del progressivo affermarsi, non solo nella coscienza collettiva, ma anche nel nostro ordinamento positivo, del principio dell'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo"⁴.

In mancanza di una istituzione di garanzia, quale sia la reale situazione, pur in presenza del principio di indipendenza dell'ordine giudiziario, lo esprime chiaramente Giovanni Giolitti in un discorso tenuto agli elettori di Caraglio nel 1897 nel quale fa riferimento solo alla magistratura giudicante, poiché nel periodo liberale per il pubblico ministero non si poneva neppure il concetto di indipendenza rispetto al ministro.

"Al governo restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente, senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del governo; il governo può negare loro qualsiasi trasferimento; è il governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato può essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che debbono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte fra le varie sezioni delle corti e dei tribunali, è il governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in mano sua l'istruzione dei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il ministro guardasigilli ha il diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte e di tribunale⁵".

2. Il Csm e l'associazionismo giudiziario

Nella Assemblea costituente vi è condivisione sul mantenere l'organizzazione giudiziaria del regime liberale, ma in reazione dalla esperienza del periodo fascista si intendono rafforzare le garanzie di indipendenza.

³ T.S. RENOUX, A. ROUX, *L'administration de la justice en France*, Paris, 1994, 34.

⁴ A. TORRENTE, *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1961, 327.

⁵ G. GIOLITTI, *Discorsi extraparlamentari*, Torino 1952, 195 citato da G. NEPPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto*, 1972, 3-4, 568, pubblicato anche in *Fascismo e società italiana* a cura di G. QUAZZA, Torino, 1973.

La novità, la “rivoluzione”⁶ è rappresentata dal Consiglio superiore della magistratura, il quale, per la composizione e le attribuzioni, è posto come garante non solo della indipendenza esterna, ma anche dell’indipendenza interna. Il Csm previsto dalla Costituzione, che si differenzia radicalmente dai precedenti organi dalla stessa denominazione, sarà definito dalla Corte Costituzionale “pietra angolare” del nuovo ordinamento⁷.

Nel denunciare la mancata attuazione del Csm, Balladore Pallieri nel 1954 rileva che il principio dell’indipendenza solennemente affermato in Costituzione “può riuscire viva illusione finché la carriera dei giudici ed il trasferimento dei giudici da una sede all’altra è nelle mani del governo”⁸.

La rivendicazione di un Consiglio Superiore della Magistratura è da sempre al centro dell’azione dell’associazionismo dei magistrati italiani. Il contributo dell’Anm, ricostituita nel 1945, all’elaborazione della Costituzione per la parte sull’ordinamento giudiziario presenta una ambivalenza: l’affermazione del principio di indipendenza rispetto all’esecutivo è unita alla difesa dell’organizzazione gerarchica con la Corte di cassazione al vertice, in un’ottica di chiusura corporativa.

L’Anm vorrebbe un Csm formato di soli magistrati, con esclusione di ogni presenza dei laici e propone di attribuire alla Cassazione il controllo di costituzionalità delle leggi. Per fortuna le “aspirazioni dei magistrati italiani” di questi anni non sono accolte dai costituenti che resistono alla gran parte delle sollecitazioni: infatti all’esito di un difficile confronto, il titolo IV della Costituzione dedicato alla magistratura, come si è visto, risulta fortemente innovativo.

Csm e Corte Costituzionale sono stati il bersaglio di quello che Piero Calamandrei in un saggio del 1955 definì come “ostruzionismo della maggioranza”, citando a sua volta un saggio del 1953 del prof. Balladore Pallieri che aveva scritto di “spaventosa carenza costituzionale”.

L’entrata in funzione della Corte Costituzionale nel 1956 rafforza l’ostruzionismo verso l’attuazione del Csm che inizierà ad operare solo tre anni dopo sulla base di una legge, la n. 195 del 24 marzo 1958, che cerca di sterilizzare la novità operando sui due nodi fondamentali, il ruolo del ministro della Giustizia e il peso della Corte di Cassazione.

⁶ Il concetto di “rivoluzione” è utilizzato a questo riguardo da G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 76 e 139.

⁷ Corte Costituzionale sentenza n. 4 /1986.

⁸ G. BALLADORE PALLIERI, *La costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, IV, 1, 45.

Quale fosse la linea della maggioranza governativa su questi due nodi ed in sostanza sulla effettiva garanzia della indipendenza della magistratura è bene espresso dalla carriera di Antonio Azara. Eletto senatore democristiano nella I legislatura (1948-1953) è riconfermato ininterrottamente nelle successive II, III e IV legislatura, pur continuando ad esercitare le funzioni giudiziarie, come consentito dalla normativa allora vigente; non termina il mandato nella IV legislatura (1963-1968) essendo deceduto il 20 febbraio 1967.

La carriera in magistratura del senatore Azara procede verso i vertici come Procuratore generale della corte di Cassazione dal 15 febbraio 1951 all'11 novembre 1952 e Primo Presidente dal 12 novembre 1952 al 17 gennaio 1953, data della messa a riposo per limiti di età; prosegue come ministro della giustizia del governo Pella dal 17 agosto 1953 al 12 agosto 1954.

Una vicenda esemplare di commistione di poteri giudiziario, legislativo ed esecutivo, che peraltro, con buona pace di Montesquieu, non sembra turbare l'Anm, che anzi con le parole del presidente Battaglini, nell'ottobre del 1953, si attende molto "dalla assunzione alla direzione del dicastero della Giustizia di un magistrato, che non solo è salito ai fastigi dell'ordine giudiziario, ma che ha vissuto intensamente la vita giudiziaria ed ha allo stesso tempo esperienza ed autorità politica"⁹.

Fra questa magistratura e le forze politiche di governo si crea quasi subito rapporto di buona collaborazione. [...] La magistratura, ed in particolare la corte di Cassazione, si mostra abbastanza sensibile all'evolversi della situazione politica e quindi anche al fatto che, dopo il 1948, al governo si consolida un partito di orientamento moderato come la DC"¹⁰.

Per Azara, come peraltro per diversi altri magistrati, non era stato d'ostacolo alla brillante carriera, il sostegno alla politica razzista del regime fascista. Antonio Azara, qualificato come presidente di sezione della corte di Cassazione, figura come componente del "Comitato scientifico" della rivista *Il diritto razzista*¹¹ nel primo numero del 1939; un suo scritto dal titolo *Direttive fasciste nel nuovo codice civile* nel quale sostiene, tra l'altro, che "la razza interessa ben poco l'individuo, mentre è importantissima per la famiglia e per lo Stato, che vuole difendersi dagli

⁹ *La magistratura*, 1953, n. 10, 1 citato in E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura*, Bari, 1967, 225, il quale chiosa "della propria esperienza in magistratura Azara si servì più per tradurre in termini delicati per i giudici i punti di vista del governo che non per inserire nel programma governativo le tradizionali istanze dell'Associazione".

¹⁰ C. GUARNIERI, *Magistratura e politica. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992, 94.

¹¹ C. BRUSCO, *La rivista "Il diritto razzista"*, in *Storia e memoria*, XXIV, 1, 2015, 161.

ibridismi” è recensito favorevolmente dal direttore della rivista Cutelli¹². Nella voce dedicata ad Azara nel *Dizionario Biografico degli italiani Treccani*, vol 34 (1988) si cita la collaborazione a numerose riviste, ma viene omesso *Il diritto razzista*.

L’impegno dell’Anm era stato anzitutto rivolto alla attuazione del Csm. Ma non appena l’attenzione dalla “indipendenza esterna” si estende alla “indipendenza interna” mettendo in crisi la adesione, fino a quel momento indiscussa, all’assetto gerarchico tradizionale, si apre all’interno dell’Anm un dibattito molto vivace. Al congresso di Napoli del 1957 la mozione che esordisce con la proclamazione della “assoluta parità” di tutti i magistrati, essendo l’attività giurisdizionale “espressione immediata dello stesso potere sovrano”, viene approvata, ponendo in minoranza il documento presentato dai dirigenti dell’associazione.

Nell’Anm, che già nelle elezioni interne del 1958 aveva visto per la prima volta due liste contrapposte, è viva una dialettica tra gruppi che si confrontano sui temi generali della giustizia e nel 1964, accanto alle correnti Terzo Potere e Magistratura Indipendente, si forma Magistratura democratica, un nuovo raggruppamento fortemente innovativo per l’accento posto sulla apertura alla società. Prendendo atto di questa realtà, l’Anm, per le elezioni del Comitato direttivo centrale del 1964, adotta il sistema proporzionale, e ciò avrà riflessi anche sulla riforma del sistema elettorale del Csm del 1975.

Il Congresso di Gardone dell’Anm del 1965, che segna l’adesione matura della magistratura italiana alla nuova tavola di valori della Costituzione repubblicana, da tutti i commentatori successivi viene valutato come uno dei momenti più alti della esperienza dell’associazionismo italiano. Ebbene Gardone è il congresso delle “correnti”, del confronto vivace, della dialettica tra le “correnti” che trova una sintesi nella mozione principale approvata all’unanimità. Al Congresso per la prima volta partecipano donne magistrato, essendo finalmente caduta la scandalosa discriminazione: la novità è salutata nell’intervento introduttivo del Presidente Mario Berruti¹³.

3. Le correnti dell’Anm e l’associazionismo dei magistrati in Europa

Le “correnti” dell’Anm sono nient’altro che libere, trasparenti associazioni di magistrati, strutturate con organismi direttivi, quote di adesione e strumenti di comunicazione, che si formano sulla condivisione di una concezione del sistema di giustizia e delle riforme da proporre.

¹² Riportato in G. SCARPARI, *Tra fede e politica: giuristi e magistrati nel passaggio dal fascismo alla repubblica* in *Questione giustizia*, 2010, n. 3, 133, n. 106.

¹³ ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale. Brescia – Gardone 25-28 IX 1965. Atti e commenti*, Roma, 1966, 280.

In tutti i paesi europei esistono associazioni di magistrati e, quasi sempre, più di una. L'associazionismo dei magistrati non solo si fonda su un diritto fondamentale di libertà dei magistrati, ma è stato anche incoraggiato come elemento di crescita della coscienza professionale già in un testo adottato a livello Onu nel 1985¹⁴.

Nella stessa direzione si sono mosse diverse iniziative adottate nell'ambito del consiglio d'Europa. Nella "Magna carta dei giudici" approvata nel 2010 dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE) il tema è affrontato all'art. 12: "I giudici hanno diritto di aderire ad associazioni di magistrati, nazionali o internazionali, con il compito di difendere la missione della magistratura nella società". La Raccomandazione (2012) 12 del Comitato dei ministri del consiglio d'Europa all'art. 25 detta: «i giudici devono essere liberi di formare o aderire a organizzazioni professionali che abbiano come obiettivo di difendere la loro indipendenza, proteggere i loro interessi e promuovere lo stato di diritto».

Da ultimo è intervenuto il parere n. 23 (2020) del CCJE Consiglio Consultivo dei Giudici Europei intitolato "Il ruolo delle associazioni dei magistrati a sostegno dell'indipendenza della giustizia" approvato il 6 novembre 2020¹⁵

Il Parere, nella indicazione degli obiettivi dell'associazionismo, riprende e consolida la novità proposta dalla Raccomandazione (2012) 12 del Comitato dei ministri del consiglio d'Europa

"[...] promuovere e difendere l'indipendenza dei giudici e lo Stato di diritto e proteggere statuto e condizioni adeguate di lavoro dei giudici [...]."^{§9}

Se in Italia la spinta dell'Anm è stata decisiva per l'attuazione, sia pure con dieci anni di ritardo, del Csm, ovunque la evoluzione del fenomeno associativo si è misurata con gli organi di governo della magistratura. Così il Parere:

"Nella maggioranza degli Stati membri le decisioni relative alla carriera dei giudici e /o l'amministrazione dei tribunali sono attribuite a Consigli di Giustizia. "^{§29}

"Il CCJE ha rilevato che in numerosi Stati membri, l'associazione dei giudici esercita una certa influenza sulla selezione dei membri del Consiglio di Giustizia in diversi modi: facoltà di emettere un parere sui candidati, sostenere i candidati per i quali è richiesto che un certo numero di colleghi proponga la nomina,

¹⁴ Vedi i punti 8 e 9 dei "Principi fondamentali sulla indipendenza della magistratura" adottati dal Congresso Onu di Milano 26 agosto / 6 settembre 1985 e confermati dalla Assembla generale il 29 novembre e il 13 dicembre 1985.

¹⁵ Vedi E. BRUTI LIBERATI, *Il Parere N. 23 (2020) del Ccje Consiglio Consultivo dei Giudici Europei sulle associazioni dei giudici e l'esperienza italiana*, in *Questione giustizia*, 27 novembre 2020, ove è pubblicato anche il testo integrale del Parere in versione italiana

possibilità di presentare dei giudici ovvero obbligo di presentare candidati, assumere un ruolo formale e previsto dalla legge nella selezione, ovvero eleggere direttamente i membri.” §31

“A condizione che non leda l’indipendenza dei lavori del Consiglio di Giustizia, questa partecipazione alla selezione dei membri può essere auspicabile.” §32

Tenuto conto della situazione di fatto che vede operare, come abbiamo ricordato, una pluralità di associazioni nella maggioranza degli Stati membri del Consiglio d’Europa, i Consigli di giustizia “vivono” dell’apporto dell’associazionismo giudiziario. L’irrigidimento autoritario che, in diversa misura, ha caratterizzato alcuni paesi, da Polonia a Ungheria a Turchia, ha immediatamente provocato un ridislocamento dei poteri di governo della magistratura da organi del tipo Consiglio Superiore o Consiglio di Giustizia al Ministro della Giustizia e al Governo, direttamente o per il tramite di nuovi organismi strettamente controllati dall’esecutivo. Ed insieme pesanti interferenze sulle associazioni di magistrati, fino alla vicenda turca dello scioglimento di una libera associazione con l’incarcerazione di alcuni dirigenti.

Rimane indubbiamente aperto il tema del corretto rapporto tra associazioni di magistrati e Consigli di Giustizia.

“[...] le associazioni dei giudici debbono pertanto interloquire con queste istanze.” §25

“Questi contatti debbono essere fondati sull’apertura, il rispetto dei rispettivi ruoli e competenze e la volontà di confrontarsi con gli argomenti degli altri. Le associazioni dei giudici non devono intervenire nelle decisioni sulla carriera, ma possono controllare se gli organi competenti seguono corrette procedure e corretti criteri.” §26.

“L’adesione ad una associazione non deve avere alcuna influenza sulla carriera dei giudici e non deve presentare né vantaggi né svantaggi [...]”. §57

Con riferimento alla situazione dei Paesi dell’Europa dell’Est e come reazione alle associazioni “ufficiali”, “di regime” dei magistrati, si è molto insistito sul concetto di libere associazioni, aprendo la strada ad una molteplicità di associazioni nell’ambito di uno stesso Paese e dunque al pluralismo ideologico. Il tema era emerso con molta evidenza dopo la caduta del muro di Berlino. Il Consiglio d’Europa si è adoperato nell’Europa centrale e dell’est per incoraggiare la formazione di libere associazioni di magistrati. In molti paesi, Francia, Spagna, Belgio, Polonia e Germania, sono attive diverse associazioni di magistrati (alcune delle quali sono una sezione di sindacati generali); ovviamente queste associazioni concorrono alle elezioni dei vari Consigli superiori o Consigli di giustizia.

La peculiarità italiana non è l’esistenza di una pluralità di associazioni di magistrati, le cosiddette “correnti”, ma il fatto che l’Italia è oggi uno dei pochi paesi in Europa ad avere un’associazione nazionale di magistrati, che in sostanza è una federazione di diverse associazioni.

L'Anm deve la sua rappresentatività al fatto di comprendere tutte le posizioni presenti nella magistratura italiana; afferma la sua autorevolezza quando è capace di esprimere la sintesi del dibattito che si alimenta del pluralismo interno, entra in crisi quanto prevalgono le pulsioni corporative.

Due tensioni costantemente si propongono nell'associazionismo dei magistrati: da una parte il versante corporativo, ovvero la tutela dei diritti e degli interessi professionali, dall'altra la tutela dell'indipendenza, esterna ed interna, come presupposto per la tutela degli interessi della giustizia e dei diritti delle persone. Questa tensione tra i due poli da sempre si riflette, nel bene e nel male, sul Csm

4. Il Csm delle “correnti”

Nell'analisi dell'influenza dell'Anm, se vogliamo delle “correnti”, sull'operato del Csm l'attenzione si concentra oggi, non senza ragione, sul tema della nomina degli incarichi direttivi. Ma vi sono altri settori di intervento del Csm che consentono di analizzare come abbia operato, nel corso degli anni ed in differenti situazioni, questa influenza, in positivo ed in negativo. Tra i più emblematici si segnalano la evoluzione della carriera, il sistema tabellare e gli interventi sull'efficienza del sistema giudiziario.

Nel processo di attuazione del principio di indipendenza si collocano due vicende centrali, quella della carriera a ruoli aperti e quella del sistema tabellare, che incidono sull'organizzazione del corpo, ma hanno un riflesso diretto sul sistema delle garanzie: soggezione alla legge e non alla gerarchia, attuazione effettiva del principio del giudice naturale.

4.1. La “carriera dei magistrati”

Il sistema di carriera previsto dall'ordinamento Grandi è decisivo nell'assicurare una sintonia con il potere. L'accesso alle categorie di appello e cassazione, con il relativo trattamento economico, è collegato al conferimento delle funzioni corrispondenti in relazione ai posti disponibili, attraverso il sistema del concorso-cooptazione.

Facciamo un passo indietro di mezzo secolo e un poco più. Una testimonianza del clima dominante nella magistratura dell'epoca ci è stato fornito in poche righe da Elena Paciotti entrata in magistratura nel 1967:

Ricordo che nel corso del nostro breve tirocinio di uditori fummo applicati, io e il dott. Pulitanò, poi diventato professore, alla Procura della Repubblica per redigere (“voi che siete freschi di studi”) requisitorie scritte per il Procuratore e il suo vice che dovevano presentarsi agli scrutini per la promozione¹⁶.

¹⁶ E. PACIOTTI, *Breve storia della magistratura italiana, ad uso di chi non sa o non ricorda*, in *Questione Giustizia*, 7 marzo 2018.

La stessa esperienza è capitata anche a me, “fresco di studi” nel mese di tirocinio alla Procura della Repubblica di Milano nel 1970, con la sola variante che il sostituto cui ero stato affidato mi aveva dato un pacco di sentenze di Pretura, tra le quali dovevo scegliere quelle che si prestavano a “brillanti atti di impugnazione”.

In un’incisiva rievocazione del clima di quegli anni è stato scritto:

“influiva su tale sintonia il fatto che ogni magistrato in qualche modo dipendesse dal potere esecutivo quanto a carriera; i selettori erano alti magistrati col piede nella sfera ministeriale; tale struttura a piramide orientava il codice genetico; l’*imprinting* escludeva scelte, gesti, gusti ripugnanti alla *biensèance* filogovernativa; ed essendo una sciagura l’essere discriminati, come in ogni carriera burocratica, regnava l’impulso mimetico”¹⁷.

Nel nostro paese nell’arco di un decennio, tra il 1963 ed il 1973, il sistema di carriera è radicalmente modificato realizzandosi il distacco della categoria (grado) dalla funzione, con un sistema di progressione cosiddetta a ruoli aperti, che consente di conseguire la categoria e lo stipendio della funzione superiore pur continuando a svolgere le funzioni svolte in precedenza¹⁸.

Il vecchio modello di carriera cade per la sua irrazionalità interna e per la verificata inidoneità ad operare quale stimolo per un accrescimento della professionalità in una situazione generale completamente mutata. E per questo che le rivendicazioni “sindacali” dell’Anm, non prive di riflessi corporativi, hanno ricevuto il sostegno dei settori più avvertiti della cultura giuridica.

La predisposizione di una nuova struttura alternativa è affidata alla riforma globale dell’ordinamento giudiziario; di fronte all’inadempimento del legislatore, rimane in vigore un sistema “zoppo”, rimesso sostanzialmente all’opera di supplenza del Csm, che si adatta però ad una gestione sensibile alle istanze corporative.

E tuttavia, senza l’affanno della carriera e dell’avanzamento verso le funzioni “superiori” di appello e cassazione, magistrati con esperienza assicurano delicate funzioni, si può dire di “prima linea” nelle preture, nelle procure e nei tribunali, come giudici e giudici istruttori.

L’abolizione della carriera, intesa come percorso verso l’alto, ha prodotto magistrati pieni di tensione morale e di passione civile, si trattasse di magistrati nel pieno della loro vita professionale o di “giudici ragazzini”. Una volta terminata la corsa necessitata alle funzioni di appello e di cassazione, magistrati di espe-

¹⁷ F. CORDERO, *I poteri del magistrato*, in *L’indice penale*, 1986, n. 1, 31.

¹⁸ Sulla riforma della “carriera” vedi, volendo, E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell’Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2018, 79-84.

rienza sono rimasti nelle funzioni e negli uffici di prima linea: sono i magistrati che, come giudici o come pubblici ministeri, per primi vengono in contatto con i cittadini ed i problemi della società. Funzioni fino ad allora poco ambite, come quella di magistrato di sorveglianza, per i problemi penitenziari, o di giudice minorile hanno visto nuove vocazioni.

Questa magistratura “senza carriera” affronta le grandi riforme degli anni '70 e poi si misura con criminalità organizzata, mafia, terrorismo e corruzione.

Il Csm si è troppo a lungo adagiato su un lassismo corporativo nelle valutazioni di professionalità. Nel corso degli anni '80, sia pure con incertezze e battute d'arresto, avanza al Csm una linea di maggiore rigore, a livello di funzione disciplinare e paradisciplinare nel controllo sulla correttezza nell'esercizio della giurisdizione. Il mutamento di tendenza nella giurisprudenza disciplinare è stato generalmente riconosciuto, anche se da taluni valutato come insufficiente. Le statistiche sui procedimenti disciplinari presi in blocco hanno scarsa significatività, data l'eterogeneità dei casi che vengono all'esame della sezione disciplinare. Nel considerare i dati inoltre è essenziale tenere in conto le dimissioni intervenute dopo l'inizio della azione disciplinare o dopo l'apertura di una procedura di trasferimento d'ufficio perché si tratta normalmente dei casi che avrebbero dato luogo alla applicazione delle sanzioni più gravi.

Sul tema delle valutazioni di professionalità nell'Anm, continua a prevalere un atteggiamento di chiusura corporativa: nel 1996 un equilibrato progetto di valutazioni periodiche proposto dal Ministro della Giustizia viene sbrigativamente liquidato come “pagelle Flick”¹⁹.

Qualche anno dopo l'Anm riesce a fare un passo avanti una proposta organica, elaborata all'esito di un ciclo di seminari locali, in un confronto con l'avvocatura e la cultura giuridica, presentata nel convegno conclusivo a Roma il 20 marzo 2003 e trasmessa al Governo e alle forze politiche²⁰.

Con la “riforma Mastella” (art. 2 legge n. 111/2007), che sostituisce integralmente, sul punto, la “riforma Castelli, viene introdotto il sistema delle valutazioni quadriennali di professionalità. Sono note le criticità nell'attuazione pratica. Si dice: sono meno del 3% le valutazioni negative o non positive. Il prof. Marco Fabri, nella sua relazione svolta in questo corso della SSM, ha mostrato la statistica della Germania sulle valutazioni di professionalità.

Giudizi sui magistrati valutati:

Sotto la media (0%)

¹⁹ Si veda la documentazione pubblicata in *Questione giustizia*, 1996, n. 3-4, 831 ss.

²⁰ Vedi il documento conclusivo, unitamente ai contributi preparatori, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, Milano, 2003, 91-92.

Soddisfacente (2-3%)

Pienamente soddisfacente (40-50%)

Buono (45-55%)

Eccellente (5-10%)

In sostanza, nessuna valutazione negativa e valutazione sufficiente tra 2 e 3%, percentuale del tutto simile alla somma delle nostre negative e non positive. La differenza è che in Germania vi è una valutazione più articolata all'interno di coloro che hanno ricevuto una valutazione positiva. È il tema per noi dei dati di conoscenza più puntuali che i fascicoli personali dovrebbero offrire al Csm per le sue decisioni, ad esempio per il conferimento di funzioni direttive.

4.2 Il “sistema tabellare”

Nonostante la diversa opinione della Cassazione e le oscillazioni della Corte Costituzionale, il Csm, già a partire dalla fine degli anni '60, si indirizza verso una attuazione rigorosa del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 co. 1 Cost.), riferendolo non solo all'organo giudiziario, ma anche alle persone fisiche dei giudici. La questione era stata posta sin dal 1963 da Gaetano Foschini:

“Impedire che un dato processo possa essere giudicato dal Tribunale di Catania invece che da quello di Ragusa non vale niente, se non resta impedito anche che si costituisca il tribunale di Ragusa, applicando ad esso i giudici del tribunale di Catania²¹”.

Il Csm rivendica il suo sindacato sui provvedimenti di applicazione e supplenza e costruisce progressivamente il “sistema tabellare” con le circolari per la formazione delle tabelle di composizione degli uffici giudiziari ed i criteri di assegnazione degli affari²², che rappresentano uno dei più rilevanti esempi dell'attività “paranormativa” del Consiglio.

A livello di normativa primaria con la legge 6 agosto 1982 n. 532 istitutiva del Tribunale della libertà viene prevista per la prima volta la precostituzione del giudice, non solo come ufficio, ma anche come persona fisica, con un esplicito riferimento alla formazione delle tabelle da parte del Csm.

²¹ G. FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro It.*, 1963, II, c.168 sgg. Sul tema R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981.

²² Cfr. G. GILARDI, *Tabelle di composizione degli uffici giudiziari*, in *Norme e prassi in tema di direzione degli uffici giudiziari con particolare riferimento ai procedimenti tabellari, ai pareri per la progressione in carriera, ai poteri di vigilanza*, “Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura”, n. 24, Roma, 1989, 38 ss.; R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Il principio di precostituzione del giudice*, “Quaderni del Consiglio superiore della magistratura”, n. 66, Roma, 1993, 28 ss.

Il Parlamento dà riconoscimento al sistema tabellare: in questa materia si è istituito tra Csm e Parlamento un “circolo virtuoso”. Ma prima ancora ha operato in modo “virtuoso” l’influenza delle “correnti” dell’Anm sul Csm. La limitazione del potere arbitrario dei capi degli uffici che nasce come richiesta “corporativa”, che peraltro si fonda sul principio dell’indipendenza interna, approda a rendere effettiva la garanzia del giudice naturale. Per altro verso il sistema tabellare negli anni successivi si svilupperà nel senso di progetto organizzativo degli uffici giudiziari.

4.3 Organizzazione ed efficienza del sistema giudiziario

A lungo il tema dell’efficienza del sistema giudiziario rimane fuori dal centro di interesse del Csm. Il punto di svolta è con il Csm eletto nel 1968, nel quale, a dispetto del sistema elettorale maggioritario, risultano rappresentate tutte le “correnti” dell’Anm, che già avevano animato il Congresso di Gardone del 1965. È questo “Csm delle correnti” che emana nel 1968 la prima circolare su quello che diverrà il “sistema tabellare”²³ e adotta la prima relazione annuale del 1970 dal titolo “Realtà sociale ed amministrazione della giustizia”²⁴.

Per la prima volta il Csm presenta una compiuta relazione dell’attività svolta, corredata di dati e riferimenti²⁵ nella quale si rivendica che

“il Consiglio non è l’organo attraverso cui la magistratura provvede alla cura dei suoi particolari interessi settoriali, come talvolta è stato erroneamente ritenuto, ma è piuttosto l’organo che realizza – attraverso la garanzia della libertà e dell’autonomia dell’ordine giudiziario e una conseguente politica del personale della magistratura – gli interessi fondamentali dello Stato ad una efficiente e libera amministrazione della giustizia”.

Una occasione, purtroppo, lasciata cadere per lungo tempo. Ma il tema della efficienza della giustizia non può essere eluso e compare per la prima volta nel titolo del XXVII Congresso nazionale dell’Anm (Venezia 2004) “Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini”²⁶. I magistrati,

²³ Circolare 14 maggio 1968 n. 7671. Vedi al riguardo e per gli sviluppi successivi E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio Superiore*, Milano, 1998, 125 ss

²⁴ Consiglio superiore della magistratura, *Realtà sociale e amministrazione della giustizia. Relazione annuale sullo stato della giustizia*, 1970.

²⁵ Ivi, Cap. X, 190-217.

²⁶ Gli atti del Congresso sono pubblicati in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, Milano, 2004.

impegnati con l'Anm in un duro contrasto alla "riforma Castelli" si rendono conto che la ricerca di un sostegno dell'opinione pubblica a difesa dell'indipendenza richiede che i magistrati stessi mostrino un più deciso impegno per l'efficienza del servizio giustizia. La conclusione della relazione del Presidente dell'Anm lo testimonia:

“La partecipazione dell'Anm al dibattito sui temi della giustizia, che si nutre del confronto che abbiamo sempre perseguito con l'avvocatura, gli studiosi del diritto e tutti gli operatori, si concreta in ricognizione della situazione organizzativa, in valutazioni sui problemi interpretativi e applicativi della legislazione in vigore, in proposte di riforma, in analisi delle iniziative legislative in corso. È questo il contributo della magistratura associata per la qualità del servizio giustizia e per un sistema sempre più adeguato di tutela dei diritti dei cittadini”²⁷.

Le criticità dell'organizzazione giudiziaria e l'inadeguatezza del servizio giustizia sono sotto gli occhi di tutti.

Peraltro si riconosce che negli anni più recenti vi sono stati notevoli miglioramenti, anche se con forti difformità²⁸

“Se l'iniziativa virtuosa di alcuni uffici è dipesa dall'impulso dato dai presidenti di Tribunale e dai procuratori della Repubblica, il più significativo laboratorio di innovazione organizzativa attivo nel settore giustizia in Europa si è trovato in Italia a partire dal 2007, quando l'Unione Europea finanzia con il Fondo Sociale Europeo il programma Diffusione delle *best practices* negli uffici giudiziari”²⁹.

Daniela Piana sottolinea che l'iniziativa è nata dal Ministero della Giustizia, nel breve periodo in cui è retto da Clemente Mastella, su proposta del capo del DOG Dipartimento per l'Organizzazione Giudiziaria, il magistrato Claudio Castelli³⁰. Si tratta di un magistrato tra i più impegnati sui temi dell'efficienza e dell'innovazione del servizio giustizia, già segretario generale dell'Anm e componente del Csm. Al programma *Best Practices* partecipano attivamente molti uffici giudiziari grandi e piccoli e il Csm svolge un ruolo significativo di propulsione, raccolta di esperienze locali e iniziative di coordinamento.

²⁷ Ivi, 52.

²⁸ Si veda in particolare D. PIANA, *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Bologna, 2016.

²⁹ D. PIANA, *Uguale per tutti?*, cit., 94-95.

³⁰ Ivi, 95.

È diffusa l'opinione che le inefficienze del sistema giustizia, in particolare nel civile, penalizzino e ostacolino lo sviluppo del tessuto imprenditoriale e produttivo del Paese: vedi da ultimo lo studio "Efficienza della giustizia e lotta alla corruzione quali elementi per la competitività del Sistema Paese. Analisi dello status quo e proposte di intervento" curato dal Gruppo di Lavoro The European House – Ambrosetti presentato al Forum del settembre 2020. È significativo peraltro che, pur segnalando le criticità, il Rapporto dà atto in più passaggi e con accenti di apprezzamento, delle iniziative poste in essere dal Csm e tuttora in evoluzione.

Oggi il tema assume rinnovata attualità con i gravissimi problemi che Covid 19 ha posto alla organizzazione giudiziaria e richiederà a regime incisive riforme, ben oltre gli aggiustamenti imposti dall'emergenza.

5. L'evoluzione del modello costituzionale del Csm nel corso degli anni

L'"amministrazione della giurisdizione", secondo l'efficace formula di Alessandro Pizzorusso, o il "governo della magistratura", altra formula oggi in uso, implicano un soggetto istituzionale di riferimento.

In Italia (e in molta parte d'Europa), nel modello tradizionale in vigore negli ultimi due secoli nei sistemi democratici, il "governo della magistratura" era stato affidato al Governo, attraverso il Ministro della Giustizia. In Francia, fino a pochi anni addietro, la nomina dei Procuratori generali era di competenza esclusiva del Consiglio dei Ministri.

La storia ci mostra quanto questo modello abbia reso problematica l'effettività di quel principio di indipendenza del potere giudiziario pure formalmente proclamato. In Italia il regime fascista, nel momento in cui struttura l'assetto totalitario, ritiene necessario legiferare sul sistema penale (con i codici penale e di procedura penale), sui poteri di polizia (con il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) e sul sistema carcerario (con il regolamento penitenziario). Il fascismo non ritiene urgente legiferare in materia di "governo della magistratura" e vi provvederà solo nel 1942 quando il regime è ormai in declino.

Il modello italiano di Csm "forte" è stato punto di riferimento per i paesi mediterranei che hanno riconquistato la democrazia, come la Spagna e il Portogallo, e altrettanto lo è stato successivamente per i paesi dell'Europa centrale e dell'est dopo la caduta del muro di Berlino.

Il Csm italiano nel 2004 si è fatto promotore, insieme a tredici stati membri dell'Unione europea, della fondazione, a Roma, della Rete europea dei consigli di giustizia (ENCJ *European Network of Councils for the Judiciary* e un componente laico del Csm italiano, Luigi Berlinguer, ne è stato il primo presidente. Ad oggi ENCJ conta le istituzioni di ventidue stati membri e quindici osservatori. In

un recente studio si è rilevato che

“Il Consiglio superiore della magistratura italiano registra oggi sul piano internazionale, e soprattutto all’interno dei network giudiziari, un grado di legittimità ed autorevolezza tale da essere considerato come uno standard di qualità della giustizia³¹”.

Ed infatti, nonostante le recenti vicende che hanno investito il Csm siano ben note anche fuori d’Italia, il 10 giugno 2020 è stato eletto Presidente dell’ENCJ il prof. Filippo Donati, membro laico dell’attuale Csm.

6. Una sfida per la magistratura italiana

Le recenti vicende del nostro Csm pongono una sfida alla magistratura italiana. Aaron Barak qualche anno fa scriveva:

“La fiducia del pubblico nell’autorità del giudice è il bene più prezioso che costui possenga ed è inoltre uno dei più preziosi della nazione. [...] Fiducia del pubblico non necessariamente è sinonimo di popolarità del giudice. [...] La fiducia dell’opinione pubblica non si acquisisce una volta per tutte, né la sua esistenza può considerarsi scontata.”³²

Due anni fa in conclusione di un mio lavoro sulla storia della magistratura scrivevo:

“A fronte di una società civile disgregata e di una politica in crisi di credibilità, soffia di nuovo in alcuni settori della magistratura un vento di chiusura corporativa con il proporsi quale unica istituzione sana del paese (magistratura vs politica corrotta, magistratura vs avvocatura).

Le posizioni di chiusura corporativa e di autoreferenzialità tendono a coniugarsi con il populismo giudiziario e l’indebito protagonismo di taluni magistrati, in particolare PM.

Le tensioni e le polemiche sul Csm non sono altro che il riflesso delle tensioni e dei problemi che investono il ruolo della magistratura nella società³³”.

³¹ D. PIANA, A. VAUCHEZ, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Bologna, 2012, 277.

³² A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 1989, trad. it., Milano, 1995, 210-211.

³³ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., 333.

Sono osservazioni che ripropongo oggi.

Il recupero di credibilità della giustizia, il “voltare pagina” richiesto dal Presidente Mattarella già il 21 giugno 2019, non passa per le tecnicità dei sistemi elettorali, ma è nelle mani dei miei colleghi magistrati. Sta a loro essere capaci di rifuggire da pratiche deteriori e ritrovare l’orgoglio del confronto tra posizioni ideali nell’associazionismo giudiziario, rivitalizzandone una storia non priva di momenti elevati, e nel Csm, valorizzando tutte le potenzialità del modello voluto dalla Costituzione.

Appendice.

Scheda.

Il sistema elettorale del Csm nel DDL C 2681

Il sistema previsto nel DDL C2 2681 articolato su venti collegi uninominali sacrifica una equilibrata presenza di giudici e pubblici ministeri e per salvaguardare un equilibrio di genere è costretto ad artificiosi correttivi. Irrazionale e di dubbia costituzionalità il collegio riservato per la legittimità. Il sistema elettorale del Csm è stato nel corso degli anni, il terreno sul quale il sistema politico, dietro la bandiera del contrasto al “correntismo”, ha perseguito in realtà l’obbiettivo di recuperare momenti di influenza sull’organo di autogoverno.

Il sistema elettorale dei togati è stato oggetto di un riformismo frenetico: «segno, indubbiamente, della costante volontà politica di incidere – oltre che sugli equilibri della componente politica e di quella giudiziaria – sulla definizione stessa dell’identità della magistratura. Non a caso, il periodico riemergere del tema della riforma elettorale è sempre stato strettamente legato al più ampio progetto di riforma degli equilibri generali dell’ordinamento giudiziario»³⁴.

In realtà sul profilo del sistema elettorale finiscono per riversarsi, quasi alla ricerca di una soluzione taumaturgica, le ricorrenti polemiche che investono il funzionamento del Csm. Le tensioni e le polemiche sul Csm non sono altro che il riflesso delle tensioni e dei problemi che investono il ruolo della magistratura nella società.

Nonostante la “fine delle ideologie” i magistrati, come tutti, sono piuttosto conservatori o piuttosto innovatori (se non si vogliono utilizzare le categorie di “destra” e “sinistra”), e si devono, singolarmente e nell’ambito associativo, confrontare con la molteplicità dei temi specifici che il mutamento della società e della legislazione propongono. E come sempre la tensione sarà tra il ripiega-

³⁴ D. PIANA, A.VAUCHEZ, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 90.

mento corporativo (che oggi assume talora il nuovo linguaggio del populismo) e la apertura al confronto e alla ricerca del modo in cui la tutela dei diritti si pone oggi a fronte dei nuovi problemi.

Nel clima segnato dallo sconcerto per quanto emerso dalla indagine di Perugia il dibattito sul Csm ha finito per concentrarsi sul sistema elettorale e la fantasia si è scatenata nel proporre i più diversi “toccasana”, non pochi dei quali francamente stravaganti.

I sistemi elettorali, lo sappiamo, sono materia tecnicamente complicata e talora producono risultati perversi ovvero risultati del tutto opposti a quelli che il malaccorto legislatore dell’epoca si proponeva, come è avvenuto con l’attuale sistema elettorale.

Il sistema proposto nel DDL C2681 si fonda su due opzioni: 1) avvicinare eletti ed elettori, 2) “spezzare il legame con le realtà associative”, così testualmente la Relazione

Ogni sistema però deve tener conto della specificità dell’elettorato e dell’organo di cui si eleggono i componenti. I magistrati in servizio al 7 febbraio 2021 sono 9.566: un piccolo borgo, supera non di molto il numero di abitanti di San Gimignano.

Nei sistemi politici maggioritari può capitare che la maggioranza dei voti espressi a livello nazionale dagli elettori non si traduca in maggioranza dei seggi, ma l’evento non è frequente e la distanza tra i due dati non è rilevante. Nel piccolo paese, suddiviso in piccoli collegi le distorsioni possono essere rilevantissime. La legittimazione di un organo in cui la totalità o quasi dei componenti sia espressa da una minoranza degli elettori è soggetta a forti tensioni, come accade per il Csm del 1972, nel quale un gruppo che raccolse poco più del 40% dei voti si assicurò tutti i seggi, al punto da indurre il Parlamento a mutare radicalmente, a larghissima maggioranza, il sistema che aveva consentito quel risultato.

A seconda del numero, 16 o 20 dei componenti da eleggere in collegi uninominali, ciascun collegio è formato tra 500 e 600 elettori, un quartiere di un piccolo paese, ma le realtà sono molto diverse. A Milano città circa 500 magistrati lavorano nello stesso palazzo di giustizia. Nella intera regione Umbria i magistrati sono 135. A Milano il mitico “magistrato della porta accanto” lavora ogni giorno nei diversi piani al civico 20123 Via Freguglia 1. In altri collegi il vicino della porta a fianco si trova a decine, talora a più di un centinaio di chilometri di distanza.

Il maggioritario uninominale “1 collegio= 1 eletto” non assicura, nella maggioranza delle situazioni, la vicinanza eletto/elettore. Questa è peraltro un valore ove l’eletto legittimamente sia portatore delle istanze del territorio, ciò che avviene per le amministrazioni locali e anche per il Parlamento, sia pure con il temperamento previsto dall’art. 67 Cost.” Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato”.

Non lo è per il Csm, che deve svolgere il suo compito avendo di mira l'organizzazione della giustizia a livello nazionale, rifuggendo anzi dalle pressioni ed istanze localistiche. Ad assicurare il canale informativo e di proposta delle realtà territoriali sono previsti ed operano i Consigli Giudiziari presso ciascuna Corte di Appello.

Il “vicino della porta accanto” potrebbe essere piuttosto il collega che opera nella stesso settore di specializzazione, in altri uffici e in altri distretti, ma con il quale si è venuti in contatto nei seminari, nei convegni e nello scambio quotidiano di opinioni, che a maggior ragione oggi internet rende possibile superando ogni distanza fisica.

Con il collegio unico nazionale posso scegliermi il “vicino della porta accanto”. Il sistema proporzionale per liste concorrenti rispetta la mia volontà di elettore di contribuire alla elezione dei colleghi con i quali condivido le idee sulla giustizia, anche se la “porta accanto” è fisicamente molto distante.

È vero che le dirigenze dei gruppi formano la lista dei candidati secondo le regole interne, ma nessun apparato potrebbe praticare scelte di esclusione in una lista ampia di 16 o 20 candidati e l'elettore, che possa esprimere un numero limitato di preferenze, ha un'ampia possibilità di scelta.

La rigidità del meccanismo delle liste concorrenti, può essere poi attenuata in diversi modi: Voto Singolo Trasferibile, *panachage*, vecchio sistema del Senato.

Se i “pregi” fondamentali del maggioritario son proprio quelli che per il Csm si devono comunque evitare, occorrerebbe essere molto cauti nel “giocare” con varie combinazioni incentrate sul maggioritario. I “pregi” che si attribuiscono ai sistemi maggioritari nelle elezioni politiche o amministrative sono esattamente ciò che per il Csm si deve cercare di evitare.

A sistemi che hanno insiti i rischi del notabilato, delle visioni localistiche e delle pratiche di scambio (ineluttabili nel ballottaggio), si contrappongono i sistemi che operando per la rappresentanza del pluralismo di posizioni culturali e professionali, hanno in sé gli antidoti per quelle derive. Si tratta allora di operare per valorizzare quegli antidoti.

Oggi il corpo elettorale della magistratura è composto per il 54% da donne e per il 46% da uomini. Negli ultimi anni la discriminazione di genere si è fortemente attenuata, anche se ai due incarichi di vertici della magistratura. Presidente e Procuratore generale della Cassazione finora non sono mai arrivate donne. È però un fatto la perdurante sottorappresentazione delle donne tra i componenti del Csm: si giustifica quindi tentare, attraverso una “azione positiva” nel sistema elettorale, di indurre un riequilibrio. Ma ancora una volta operando su piccoli numeri i meccanismi correttivi possono produrre distorsioni così rilevanti della volontà degli elettori da porre problemi di rappresentatività e anche di compatibilità costituzionale. Questi rischi sono evidenti nei sistemi maggioritari, mentre

la finalità del riequilibrio può essere invece perseguita agevolmente, e senza distorsioni eccessive, in un sistema proporzionale in collegio unico nazionale ed è facilitata dall'aumento degli eletti da 16 a 20.

Il pluralismo culturale e professionale caratterizza la magistratura, come qualunque altro gruppo professionale. Nonostante le degenerazioni questo pluralismo è insieme un valore positivo e una realtà che nessuna alchimia elettorale può eliminare. Ovunque vi è una elezione libera si confrontano diverse opinioni e si formano aggregazioni, nuove o preesistenti.

La peculiarità italiana non è l'esistenza di una pluralità di associazioni di magistrati, le cosiddette "correnti", ma il fatto che l'Italia è oggi uno dei pochi paesi in Europa ad avere un'associazione nazionale di magistrati, che in sostanza è una federazione di diverse associazioni.

Le "correnti" dell'Anm sono nient'altro che libere, trasparenti associazioni di magistrati, che si formano sulla condivisione di una concezione del sistema di giustizia e delle riforme da proporre.

L'Anm deve la sua rappresentatività al fatto di comprendere tutte le posizioni presenti nella magistratura italiana; afferma la sua autorevolezza quando è capace di esprimere la sintesi del dibattito che si alimenta del pluralismo interno, entra in crisi quanto prevalgono le pulsioni corporative.

Due tensioni costantemente si propongono nell'associazionismo dei magistrati: da una parte il versante corporativo, ovvero la legittima tutela dei diritti e degli interessi professionali, dall'altra la tutela dell'indipendenza, esterna ed interna, come presupposto per la tutela degli interessi della giustizia e dei diritti delle persone. Questa tensione tra i due poli da sempre si riflette, nel bene e nel male, sul Csm.

Nella Relazione a questo DDL si legge che il proposito è quello "di dare un segnale di discontinuità rispetto al sistema vigente" proponendo un sistema "ispirato al dichiarato proposito di contrastare talune degenerazioni correntizie e di impedire indebite interferenze di gruppi associativi".

Proposito commendevole se il sistema elettorale rende libera la scelta degli elettori. Se invece si tende a ignorare il fenomeno dell'associazionismo il risultato, come l'esperienza ha insegnato, può risultare addirittura controproducente.

Storia della magistratura italiana. Capitale sociale, principi costituzionali e recenti vicende storiche¹

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Una storia dimenticata. – 3. Il modello costituzionale e il ruolo iniziale delle correnti. – 4. I fatti storici che trasformano la posizione della magistratura nella società. – 5. I fatti normativi che accelerano la crisi. – 6. Esiste un fattore *D* in magistratura? – 7. I sistemi elettorali del CSM: dal sorteggio alle proposte alternative. – 8. Considerazioni finali.

1. Il contesto

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad una crisi della magistratura senza precedenti, culminata con l'espulsione, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura (di seguito CSM), di uno dei suoi rappresentanti più autorevoli, Luca Palamara, già Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati (di seguito ANM) e componente del CSM, a causa di vicende legate a contatti fra magistrati e politici in occasione delle nomine più importanti ai vertici degli uffici giudiziari.

La vicenda ora citata², che ha coinvolto altri componenti dello stesso Consiglio che hanno rassegnato le proprie dimissioni, sembra costituire il punto più estremo di una realtà che vede gran parte della magistratura italiana condizionata dal cosiddetto sistema delle “correnti”, che ne sembra determinare a sua volta vicende professionali e progressioni di carriera; un sistema, molto permeabile in alcuni ambiti ed in alcuni momenti storici anche ai condizionamenti della politica.

Lo stesso Luca Palamara non ha, però, accettato l'allontanamento definitivo dalla magistratura, ritenendo piuttosto di essere stato vittima di una “persecuzio-

¹ Il presente saggio costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione della tavola rotonda tenutasi in data 5 maggio 2021, presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso dal titolo “Storia della magistratura e ruolo del magistrato nell'epoca contemporanea”.

² Per un'analisi dei principali riflessi di rilievo costituzionale di questa vicenda, si vedano, *ex multis*, N. ZANON, F. BIONDI, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 669; S. BENVENUTI, *Brevi note sull'affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni?*, in *Osservatorio Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 1.

ne” personale, in cui “il sistema” avrebbe difeso se stesso, decidendo poi di intraprendere un cammino politico anche per contribuire da cittadino a denunciare questa situazione³.

Da tanti anni, comunque, da quando Antonio Di Pietro, magistrato simbolo di “mani pulite”, decise di abbandonare la toga per fondare un proprio partito politico, sembra che si stia realizzando quanto profeticamente affermava Piero Calamandrei durante i primi anni di attuazione della Costituzione con riferimento al previgente regime fascista. Affermava, in proposito, il Costituente e studioso, che: “quando per la porta della magistratura entra la politica, la giustizia esce dalla finestra”⁴.

Nelle pagine che seguiranno, cercherò di sviluppare alcune riflessioni sui principi costituzionali e sulla loro inevitabile trasformazione, alla luce del cambiamento profondo che sta interessando il ruolo del giudice all’interno della società contemporanea, convinta dell’importanza di difenderli tutti e tentando di suggerire interpretazioni che consentano, anche, di accompagnare tale trasformazione. Si premette che si è optato per la necessaria selezione dei numerosi argomenti meritevoli di riflessione ed, invece, per la sintesi di quelli trattati.

2. Una storia dimenticata

Per comprendere il senso dell’oggi, è fondamentale prendere le mosse da una prospettiva storica. E trovo molto corretto, come si è prospettato nel corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, focalizzarsi sul modello del giudice dell’età liberale, sulla magistratura durante il regime fascista e, infine, sul difficile avvio dell’esperienza di autogoverno della magistratura.

³ Il punto di vista personale del protagonista è ospitato all’interno del volume A. SALLUSTI, L. PALAMARA, *Il sistema. Politica, potere, affari: storia segreta della magistratura italiana*, Milano, 2020; ampiamente nota e diffusamente trattata a livello giornalistico è, inoltre, la recente notizia che proprio Palamara ha deciso di candidarsi alle elezioni suppletive del 3 ottobre 2021, nel collegio di Roma Monte Mario, Primavalle: cfr., per tutti, https://www.corriere.it/politica/21_agosto_06/luca-palamara-scende-politica-corro-libero-cittadino-un-mio-simbolo-f310d9d2-f6bb-11eb-a5f5-12ec0bccb575.shtml.

⁴ Per approfondire il pensiero di Piero Calamandrei, tra i molti scritti a disposizione, si segnalano in questa sede P. CALAMANDREI, *Diario*, I, 1939-1941, Roma, 2015, rist. 2017, 12 aprile 1939; P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità*, Bari, 2013; inoltre, per una analisi più recente della vicenda, umana e professionale, di P. Calamandrei, si veda, anche, E. BINDI, *Piero Calamandrei e le leggi razziali*, in M. PERINI (a cura di), *L’Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche a 70 dalla Costituzione, Atti del Convegno tenuto a Siena nei giorni 25 e 26 ottobre 2018*, Pisa, 2019, 191 ss.

Se in tanti si sono appassionati alla figura del giudice “bocca della legge” e al modello di giudice “funzionario”, teorizzato e praticato da Vittorio Emanuele Orlando⁵, vi è costantemente un passaggio frettoloso, che, invece, a mio avviso, dovrebbe essere indagato meglio e che investe il senso stesso dell’esperienza costituzionale. Ci si riferisce al ruolo effettivo assunto dalla magistratura italiana durante il fascismo.

Nel racconto comunemente accettato e tramandato, si narra che la magistratura italiana, a differenza di quella tedesca, viene “salvata”: il giudice italiano si “salva”, perché rimane ancorato al modello orlandiano, cioè quello del giurista formalista “bocca della legge”, evitando di aderire ideologicamente al regime, come viceversa è successo in Germania in ossequio alla dottrina nazista del c.d. giudice “popolare”⁶.

Come è noto, infatti, in Germania il giudice ritiene di essere depositario della voce del “popolo”, rifiuta il formalismo giuridico e aderisce con entusiasmo ad un modello valoriale, che rende il giudice primo interprete e teorizzatore dei principi nazisti.

La magistratura italiana, si argomenta, preserva al contrario una propria autonomia ed integrità tradottasi nel rifiuto di tale dottrina, nel rigoroso rispetto della forma della legge e del ruolo del giudice come semplice “applicatore” di quest’ultima. Nella forma, però, i magistrati italiani aderiscono quasi tutti al regime fascista, applicano le leggi razziali e, in fondo, sperimentano che il giudice non può rimanere avulso ed estraneo dalla realtà circostante. Quello che sorprende, però, è che, a fronte di poche storie coraggiose di chi cercò di opporsi, di chi, come Vittorio Emanuele Orlando, rimase in silenzio e per questo fu comunque emarginato, la maggioranza dei magistrati italiani fu permeabile alla politica, ne accettò i dettami, inclusa la creazione di “mostri giuridici” quale quello del famigerato Tribunale della razza.

Ancora, a differenza di quanto avvenne in Germania, i giudici italiani non pagarono in termini di vita e di carriera l’applicazione senza sconti delle leggi

⁵ Su cui, si rinvia a F. BIONDI, *Egemonia del diritto pubblico e formazione delle élites: la Magistratura da corpo separato a potere integrato (e ritorno?)*, in F. CORTESI, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di) *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, Milano, 2020; e, della stessa A., *Il ruolo dei giuristi*, in M. D’AMICO, A. DE FRANCESCO e C. SICCARDI (a cura di), *L’Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant’anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, Milano, 2019.

⁶ Per un approfondimento sul ruolo dei giudici nel corso del ventennio fascista, soprattutto quanto alla posizione accolta dalla magistratura nei suoi rapporti con il potere politico, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in M. D’AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a cura di), *L’Italia ai tempi del ventennio fascista*, cit., 219 ss.

fasciste e, in particolare, di quelle razziali. La magistratura si ritrovò, allora, a passare da un regime, quello fascista, allo Stato repubblicano, democratico e costituzionale, senza praticamente alcuna forma o momento di discontinuità⁷.

Ciò spiega anche un aspetto di cui ci si stupisce ancora e, cioè, la difficoltà con la quale i principi costituzionali faticarono ad essere applicati, così come anche la diffidenza iniziale, soprattutto per i giudici della Corte di Cassazione, nei confronti del ruolo assegnato alla Corte costituzionale come Giudice delle leggi.

Come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, si cercò per molti anni di sminuirne la portata precettiva, teorizzando che l'intero testo costituzionale, a cominciare dai suoi principi più importanti, come quello di eguaglianza, fosse in realtà costituito soltanto da norme "programmatiche" rivolte al legislatore e che, quindi, il sistema di principi, diritti e doveri contenuti nella Prima Parte della Costituzione potesse essere attuato negli anni dal legislatore con tempi lunghi ed incerti.

Colpisce, quindi, nella prima fase della storia repubblicana, la resistenza al "nuovo" registrata soprattutto sul piano normativo: una resistenza, che vide come protagonisti, da un lato, il potere politico e *in primis* il Parlamento; dall'altro, il potere giudiziario, chiamato ad applicare le leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione.

Tecnicamente, la resistenza ai principi costituzionali si concretizza con l'indifferenza dei giudici nell'applicare le leggi anteriori alla Costituzione dal 1948 al 1956, data in cui la Corte costituzionale diede avvio ai propri lavori⁸.

Ancora, a differenza di quanto avvenne in Germania dove tutte le norme incompatibili con il testo costituzionale si ritennero abrogate, in Italia, questo controllo, affidato ai giudici, venne effettuato in casi rarissimi⁹. In generale, i giudici, anche in ragione della formazione liberale che vuole il giudice "bocca della legge", si limitarono ad applicare tutte le leggi, ignorandone la contrarietà talvolta anche testuale con i principi costituzionali. Un esempio su tutti: lo sciopero, definito "diritto" a norma dell'art. 40 della Costituzione e, all'opposto, punito come

⁷ Su cui, si consenta, più diffusamente, il rinvio a M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, cit., 219 ss.

⁸ Sul tema si veda, in particolare, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 503 ss.

⁹ Lo dimostra emblematicamente la vicenda del reato di bestemmia, su cui è intervenuta la Corte costituzionale con una storica pronuncia a metà degli anni novanta: la sentenza n. 440 del 1995; al riguardo, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3484 ss.

“delitto” dal codice Rocco, che rimase in vigore fino ad una serie di pronunce della Corte costituzionale sul finire degli anni sessanta¹⁰.

Non è, però, stato sottolineato abbastanza che la ragione di una resistenza così forte all'applicazione diretta della Costituzione, prima, e all'intervento della Corte costituzionale, poi, soprattutto da parte dei giudici più anziani, quelli della Corte di Cassazione, potrebbe ritrovarsi anche nella continuità non soltanto tecnica e normativa, ma anche personale. Come si è detto, i vertici giudiziari avevano tutti operato durante il previgente regime fascista applicandone le leggi e quelle stesse leggi venivano applicate, con eguale metodo “formale”, alla luce di principi costituzionali spesso profondamente diversi, ma lasciati a promesse future.

Esiste, quindi, un non trascurabile problema di continuità fra una parte della magistratura e il fascismo, che deve essere tenuto in adeguata considerazione anche per ragionare sul ruolo, importante e necessario, dell'associazionismo degli anni sessanta.

Non deve sorprendere che, per lungo tempo, all'interno del mondo della magistratura, l'idea che la Costituzione fosse un testo vincolante, in grado di pervadere l'intero tessuto ordinamentale, è stata male digerita dalla componente più conservatrice, formatasi e cresciuta a livello professionale nel contesto di una dimensione culturale e valoriale profondamente diversa¹¹.

In tale contesto, si è soliti individuare nel Congresso di Gardone del 1965 il fondamentale momento di discontinuità rispetto al passato¹², a partire dal quale è andata nettamente prevalendo, tra le fila dei magistrati, la concezione per cui la Costituzione presenta un rilievo giuridico diretto e concreto, operante a prescindere dalle – più o meno puntuali e tempestive – specificazioni del legislatore.

¹⁰ Cfr., ad esempio, le sentenze n. 290 del 1974 e n. 165 del 1983, in tema di diritto di sciopero, riguardanti la “Serrata e sciopero per fini non contrattuali” (art. 503 c.p.) e la “Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero” (art. 504 c.p.), dichiarate incostituzionali nella parte in cui puniscono anche lo sciopero politico o a fine di coazione dell'Autorità “non diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare”. Per un'analisi delle ricadute di queste decisioni sui principi costituzionali che regolano la materia penale, sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2016, 1 ss., e, della stessa A., anche, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 2000, 3 ss.

¹¹ Sul punto, si veda, ancora, V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati*, cit.; alcune di queste riflessioni sono state recentemente riprese dall'A. in *Intervista di Elisabetta Lamarque e Alberto Roccella al Prof. Valerio Onida*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021.

¹² Su cui, di recente, anche M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 355 ss.

È utile ricordare, peraltro, che la mozione finale, approvata all'unanimità al termine dei lavori di quel Congresso, muoveva significativamente dal rifiuto della tesi che “pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese”¹³, per rilevare, all'opposto, che il giudice “deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione”¹⁴.

Questa tematica si inquadra in un ragionamento più ampio, che solo di recente comincia a farsi strada sulla cultura dei Costituenti e sugli aspetti di continuità, anche personale, fra il regime e i padri costituenti, a cominciare dalla emblematica figura di Costantino Mortati, ideologo del regime fascista e padre della Costituzione e delle dottrine costituzionaliste italiane¹⁵.

Nell'ambito di queste riflessioni, un aspetto ritengo andrebbe ricordato e approfondito: il ruolo centrale delle donne nel momento fondativo dell'Assemblea costituente e, al contrario, la loro forte emarginazione nel momento attuativo¹⁶. Donne che, a differenza di molti uomini, erano tutte profondamente antifasciste e non compromesse con il regime. Questo filo rosso, a mio avviso e come vedremo oltre, andrebbe tenuto sempre presente quando oggi si ragiona della storia della magistratura, delle sue caratteristiche, dei momenti gloriosi e di quelli bui: una narrazione, nella quale le donne magistrato, che sono state e sono oggi protagoniste, rimangono ai margini. Di questi temi si legge, si ragiona, si discetta secondo un unico punto di vista: quello maschile¹⁷.

¹³ Cfr. Associazione nazionale magistrati, *XII Congresso nazionale. Brescia-Gardone 25-28-IX-1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966.

¹⁴ *Ibidem*, 309-310; tra i moltissimi contributi sul tema, v., in particolare, E.B. LIBERATI, *Considerazioni su magistratura e società*, in *Questione giustizia*, 2016; e, più di recente, E.B. LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018.

¹⁵ V., in particolare, M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, cit., 226 ss.

¹⁶ Per un approfondimento sul ruolo delle 21 donne costituenti, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti. Un percorso non ancora concluso*, Milano, 2017.

¹⁷ Ciò, in molti casi, è conseguenza della scelta di valorizzare gli scritti e i contributi di quanti hanno partecipato personalmente all'attività del CSM, da cui le donne sono state per lungo tempo escluse e ora sono presenti ancora in poche; così, da ultimo, F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 2021.

Non è, quindi, un caso che il tema della presenza femminile nei ruoli apicali e nell'organo di autogoverno della magistratura venga ancora oggi ampiamente sottovalutato.

3. Il modello costituzionale e il ruolo iniziale delle correnti

Non è questa la sede per riprendere argomenti ampiamente arati dalla dottrina, come quelli che attengono ai caratteri del modello costituzionale della magistratura.

Interessa, qui, soltanto sottolineare l'ambiguità teorica di una magistratura costruita in modo rivoluzionario rispetto al passato, ma ancora ancorata al modello del giudice "liberale". Da un lato, infatti, il potere giudiziario viene finalmente svincolato dal potere esecutivo e, in particolare, dal Ministro di grazia e giustizia a cui rimangono attribuiti soltanto la possibilità di esercitare l'azione disciplinare e poteri ispettivi legati all'organizzazione; dall'altro, la sua indipendenza viene affidata ad un organo di "autogoverno", presieduto dal Presidente della Repubblica e composto da una maggioranza di componenti magistrati e da un terzo di componenti tecnici eletti dal Parlamento in seduta comune, che doveva servire a creare uno scambio quotidiano fra le problematiche della magistratura e la società. Proprio il CSM è oggi al centro dei maggiori interrogativi riguardo al suo funzionamento e alla sua capacità di assolvere fino in fondo al proprio ruolo di difensore dell'autonomia dei magistrati non soltanto nei confronti degli "altri poteri" (c.d. autonomia esterna), ma anche al proprio interno (c.d. autonomia interna).

Merita ricordare che, durante l'approvazione delle norme costituzionali, fu acceso il dibattito sulla natura ed anche sui rischi legati alla istituzione di un simile organo. Come ricorda Piero Calamandrei, i Costituenti erano preoccupati che: "con le norme previste, si [sarebbe avuto] un corpo di magistrati completamente indipendente, il quale [avrebbe deciso] delle nomine, [provveduto] alla designazione ai vari uffici, [autoesercitato] la disciplina e [deliberato] sulle spese. Con una magistratura così chiusa e appartata, – si proseguiva – si [sarebbero potuti] verificare conflitti con il potere esecutivo o legislativo, in quanto, per esempio, la magistratura [avrebbe potuto rifiutare] [...] l'applicazione di una legge o attribuirsi il potere di stabilire criteri generali di interpretazione delle leggi"¹⁸.

Altro principio rivoluzionario è, poi, quello che stabilisce, ai sensi degli artt. 101, comma 1, Cost. e 107, comma 3, Cost., l'assenza di qualsiasi gerarchia

¹⁸ Queste, precisamente, le parole utilizzate da Piero Calamandrei, in occasione del dibattito sui rapporti tra magistratura e governo, nella II Sezione della II Sottocommissione dell'Assemblea costituente, in data 5 dicembre 1946.

interna, dal momento che il giudice è soggetto soltanto alla legge e i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.

Sono questi i principi che conducono a profondi cambiamenti e fanno emergere l'ambiguità della Costituzione scritta: il giudice soggetto alla legge è il giudice liberale, il semplice funzionario applicatore di qualsiasi norma secondo il modello orlandiano. Il giudice repubblicano, però, si trova di fronte non solo ad una realtà che cambia, ma, soprattutto, a dover fare i conti con la Costituzione come fonte del diritto sovraordinata alla legge.

Come in parte già anticipato, risale proprio agli anni sessanta lo scontro fra modelli di giurisdizione: da un lato, i magistrati fedeli al modello liberale, fedeli applicatori della legge e tutto sommato di una gerarchia fra giudici almeno sul piano interpretativo con il richiamo alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione; dall'altro, i magistrati più giovani, interpreti e sostenitori di un modello di Giudice costituzionale, come giudice che mette in discussione la legge affermando la propria fedeltà alla Costituzione, e che consentono al Giudice costituzionale di cominciare a funzionare, attuando, sia pure in parte, i principi costituzionali anche e prima del legislatore¹⁹.

La Costituzione, quindi, rompe lo schema del giudice funzionario, mero applicatore della legge e soggetto alla funzione nomofilattica dei giudici superiori. Un giudice, che esce anche dal modello "burocratico" del semplice funzionario statale e che comincia a prendere posizione. È emblematica di questa diversa concezione del ruolo del giudice la vicenda che vede protagonisti Guido Galli e altri magistrati milanesi, costretti a subire un procedimento disciplinare in ragione della scelta di manifestare il proprio dissenso rispetto alla decisione di trasferire il processo della strage di Piazza Fontana da Milano a Catanzaro²⁰.

Come è ampiamente noto e già richiamato nel precedente paragrafo²¹, anche

¹⁹ La portata innovativa e di rottura della fedeltà alla Costituzione, e non alla legge, è descritta nitidamente da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

²⁰ Procedimento, poi, concluso con una pronuncia di assoluzione sul presupposto che la "critica" manifestata dai magistrati, in quel contesto, fosse mossa unicamente dalla "necessità di tutelare gli interessi morali della magistratura di Milano, sentitasi ingiustamente colpita dal trasferimento del noto processo". Su questa vicenda, in particolare, E.B. LIBERATI, *In ricordo di Emilio Alessandrini e Guido Galli*, in *Questione giustizia*, 2017.

²¹ Sul tema, da ultimo, G. VERDE, *Il problema della giustizia non si risolve modificando le regole del processo*, in *Giustizia insieme*, 17 giugno 2021; dello stesso A., per un'analisi a più ampio raggio delle problematiche legate all'attività dell'organo di autogoverno, si veda, in particolare, *L'amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1999; e, più di recente, dello stesso A., *L'amministrazione della giustizia nel sistema dei rapporti fra Csm, Ministro e Parlamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020, 1 ss.

la nascita di Magistratura democratica (oggi ribattezzata “Area”) è stata contrassegnata negli anni sessanta proprio dalla rivendicazione di una fedeltà del giudice alla Costituzione, da una esigenza anche generazionale di affermare modelli interpretativi nuovi, con risvolti applicativi importanti sulla libertà “creativa” del giudice, soprattutto in alcune materie cruciali per i diritti: pensiamo *in primis* al diritto del lavoro. Il correntismo ha significato negli anni sessanta e settanta una chiara distinzione in ordine all’interpretazione dei principi costituzionali: l’irrompere quindi dei valori costituzionali trasforma profondamente il ruolo del giudice, chiamato a “prendere posizione” fra diverse interpretazioni delle leggi.

Sono questi gli anni delle grandi trasformazioni sociali, del sessantotto, della nascita del femminismo, delle grandi riforme, come quella del diritto di famiglia con la riforma del codice e l’introduzione della disciplina sul divorzio e sull’aborto, e del processo penale. Riforme, tutte, stimolate anche da un’emersione dei principi costituzionali attraverso questioni di costituzionalità sollevate dai giudici e accolte dalla Corte costituzionale: è in questo dialogo, fra giudici innovatori e Corte costituzionale, che finalmente trovano affermazione i principi di parità e di non discriminazione fra i sessi, il diritto di sciopero, i diritti dei lavoratori, la parità fra accusa e difesa nel processo penale. E le correnti aiutano a ragionare sui principi, a organizzarsi culturalmente, a prepararsi a cogliere queste nuove sfide²².

Se questa è la spinta ideale che ha caratterizzato la nascita dell’associazionismo, l’analisi del contesto attuale non può che portare all’amara constatazione che proprio quella funzione originaria di orientamento ed elaborazione culturale è andata in larga parte perduta; le correnti rappresentano sovente soltanto un luogo di decisione e di spartizione di posti e, paradossalmente, proprio quei movimenti nati negli anni sessanta per scardinare la gerarchia fra magistrati ora ripropongono una gerarchia diversa.

²² Furono questi anche i tempi in cui venne posto in discussione lo stesso sistema di accesso al sindacato di costituzionalità sulle leggi in via incidentale. Ci si riferisce, in proposito, al tentativo promosso con ordinanza di rimessione da parte del Pretore di Chieri il 21 maggio 1970, con cui il giudice *a quo* aveva sollevato, come noto, questione di costituzionalità dell’art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87 “nella parte in cui, richiedendo la rilevanza della questione, esclude la proponibilità di eccezioni di costituzionalità che, pur sorgendo nel corso di un giudizio, non si pongono come pregiudiziali rispetto alla definizione del giudizio stesso”. La questione di costituzionalità fu poi dichiarata infondata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 130 del 1970. A commento della pronuncia, si vedano le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 1001 ss., che aveva suggerito una lettura della rilevanza incline ad attenuare il requisito della pregiudizialità in favore di una mera pertinenza della questione al giudizio a quo. In dottrina, per questa tesi, si vedano F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.

Come è stato felicemente osservato²³, quello che è cambiato oggi è proprio la cultura dell'indipendenza del magistrato e della magistratura.

Nei fatti, attraverso comportamenti concreti e reiterati, si assiste spesso ad una violazione dello spirito dell'art. 107, comma 3, Cost., in base al quale i magistrati si distinguono per diversità di funzioni. Se, infatti, l'incarico direttivo è un servizio, allora si può tornare a funzioni non direttive, dopo averlo svolto: ma questo principio pare essere diventato un'eccezione.

Al tempo stesso, il CSM, da luogo di tutela della magistratura e del magistrato, appare in troppi casi un'istituzione da cui invece il magistrato deve difendersi, incrinandosi il principio costituzionale cardine dell'indipendenza interna del magistrato.

4. I fatti storici che trasformano la posizione della magistratura nella società

Ci sono alcuni momenti cruciali della storia italiana, che hanno trasformato inevitabilmente la posizione del giudice nella società e nelle dinamiche fra poteri dello Stato: momenti diversi, accomunati dalla richiesta, inevitabile, ai giudici di supplire o rimediare all'assenza dello Stato, alle debolezze della politica o di parti di entrambi.

Non è questa la sede per ragionare storicamente e sociologicamente, ma non è nemmeno possibile ignorare il fortissimo impatto di questi accadimenti.

Potremmo anche dividerli storicamente in decenni: negli anni settanta, la magistratura è impegnata in prima persona nella lotta al terrorismo e paga con la vita di tanti dei suoi rappresentanti. In questo caso, più che negli altri, i poteri giudiziario, legislativo ed esecutivo sembrano uniti nella difesa dei valori costituzionali e *in primis* nella difesa dello Stato pur con tante ombre.

Negli anni ottanta, fino alla tragica scomparsa dei magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, per primi impegnati nel contrasto della criminalità organizzata, il fenomeno mafioso occupa la scena pubblica e la lotta alla mafia contrassegna, sino a polarizzarli, ruolo e azioni dei giudici.

A differenza di quanto accadde negli anni del terrorismo, i giudici c.d. "antimafia" non agiscono in totale sinergia con le istituzioni e con gli apparati statali. Parti dello Stato si dimostrano indifferenti o, addirittura, contigui al fenomeno mafioso che si voleva estirpare, come testimoniano i lunghi processi e le ampie zone d'ombra che tuttora caratterizzano quel momento storico, buio, del nostro

²³ Così, ancora, F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, cit., *passim*.

Paese. Si pensi alle stragi del 1993, agli interrogativi ancora aperti nella vicenda inquietante della c.d. trattativa Stato-mafia, alle ambiguità di alcuni pentiti. Cambia, in questi anni, anche il rapporto fra il giudice e l'opinione pubblica: i nuovi mezzi di comunicazione di massa cominciano ad interessarsi ai processi e si inizia ad assistere ad una progressiva spettacolarizzazione di alcune azioni e strategie giudiziarie.

Al tempo stesso, è forse con la indifferenza nei confronti del giudice Giovanni Falcone, a cui viene preferito Antonino Meli, che il Consiglio superiore della magistratura conosce la sua prima gravissima caduta e perdita di fiducia e prestigio.

Con le inchieste sulla corruzione politica, negli anni novanta, la situazione cambia completamente, perché in questo caso, con un fenomeno dalle proporzioni allarmanti, un *pool* di magistrati si trova a inquisire la politica ai suoi più alti vertici. Si assiste ad azioni giudiziarie che coinvolgono mezzo Parlamento e si proseguirà con inchieste che toccheranno addirittura un Presidente del Consiglio. Qui la società chiede ai magistrati di essere difesa da una "politica" che appare viceversa tutta corrotta, senza alcuna distinzione.

Con "mani pulite", quindi, i magistrati ottengono una delega in bianco: è la società che chiede "giustizia". Si rompe, in questo momento storico, quell'equilibrio fra poteri che la Costituzione aveva posto a presupposto della democrazia costituzionale. Per i motivi più nobili, in alcuni casi si scavalcano garanzie individuali in nome di una giustizia "di massa", di una sete di moralità: pensiamo all'uso massiccio della carcerazione preventiva, con tutti i problemi che essa comporta.

Si realizza, in questi anni, una contrapposizione fra una parte della magistratura e gli altri poteri dello Stato, con uno scivolamento del giudice chiamato ad assolvere ad una impropria funzione sociale. Negli stessi anni, Antonio Di Pietro, simbolo di "mani pulite", uscirà dalla magistratura per fondare un proprio partito politico. In tanti seguiranno questa strada, sempre più spesso senza rinunciare alla carica di magistrato.

Lo sconfinamento da parte della magistratura nell'agone politico e la commistione tra la prima e il secondo diventeranno così uno dei problemi principali della democrazia costituzionale e del sistema politico-partitico italiano. Un problema cruciale: dannoso per la politica, incapace di rispondere in modo credibile alle esigenze della società e di farsi espressione, trasparente ed affidabile, delle eterogenee volontà dei propri rappresentanti, dei propri cittadini e delle proprie cittadine; ancora più nocivo per la magistratura e per il suo ruolo nell'assetto istituzionale, che la vede allontanarsi dalle garanzie costituzionali, prima tra tutte l'autonomia dagli altri poteri dello Stato, e sempre più di frequente soggetta a valutazioni dell'opinione pubblica, di massa, prevalentemente irrazionali.

5. I fatti normativi che accelerano la crisi

Accanto agli importanti e diversi accadimenti storici che mutano il ruolo e la percezione del ruolo del magistrato nella società, occorre menzionare alcuni “fatti normativi”, che contribuiscono ad accelerare quella torsione della posizione del giudice, mettendone in crisi la legittimazione fondata sulla obbedienza, intesa come soggezione, in via prioritaria ed esclusiva, alla legge.

Ci si riferisce soprattutto alla legge n. 150 del 2005, *Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico*, nota come “legge Castelli”, e, in particolare, a due importanti norme: la prima è quella che prevede la valutazione di “professionalità” del magistrato, staccando l'operato del CSM nel conferimento di incarichi apicali (direttivi e semi-direttivi) da un criterio oggettivo, la valutazione di anzianità salvo demerito²⁴. Si introduce, quindi, una discrezionalità nell'assegnazione di incarichi che, in molti casi, anziché essere interpretato come la ricerca del migliore, al contrario si riduce a una valutazione strettamente correlata con l'appartenenza a correnti.

Se a questo primo dato si aggiunge l'ulteriore circostanza che lo stesso CSM, esercitando il proprio potere “normativo”, ha tentato di definire criteri di valutazione, non può sorprendere il fatto che il sindacato giudiziario sui provvedimenti consiliari, relativi proprio al conferimento degli incarichi, sia andato accrescendo, in termini sia quantitativi che qualitativi, nel corso del tempo²⁵. Si tratta, invero, di una questione che intercetta, su un piano più generale, una peculiarità – per così dire – ontologica dello stesso CSM, che viene in rilievo, ad un tempo, come organo amministrativo, che esercita un potere di tipo autoritativo, e come organo di autogoverno della magistratura, chiamato a difenderne l'indipendenza istituzionale.

Con la riforma citata, in secondo luogo, si stabilisce anche il criterio dell'efficienza e dei conteggi numerici nell'attività quotidiana del giudice, che per molti magistrati ha significato uno svilimento della funzione e che non ha però ottenuto risultati positivi in termini di tempi della giustizia, come testimoniano i dati ufficiali.

²⁴ Su queste tematiche, si vedano, per tutti, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019; e il volume curato dagli stessi A. *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano, 2020.

²⁵ Sul tema, si rinvia, in particolare, a R. DE NICOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M.*; B. TONOLETTI, *Indipendenza della magistratura e sindacato del giudice amministrativo sul conferimento degli incarichi direttivi da parte del C.S.M.*; entrambi pubblicati all'interno del volume N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, cit.

Il secondo “fatto normativo” introduce in via normativa un elemento che accentua il protagonismo dei pubblici ministeri²⁶: quello della gerarchizzazione delle procure, che rafforza il ruolo dei “capi” e quindi anche la possibilità che ci si orienti su scelte di politica criminale legate a valutazioni “politiche”. Più nel dettaglio, la riforma sopra citata ha determinato l’abrogazione dell’art. 7-ter, comma 3, del regio decreto n. 12 del 1941, *Ordinamento giudiziario*, a norma del quale il CSM stabiliva i criteri generali per l’organizzazione degli uffici del pubblico ministero e per l’eventuale ripartizione dei magistrati in gruppi di lavoro. In base al vigente art. 1, comma 6, d.lgs. n. 106 del 2006, *Disposizioni in materia di riorganizzazione dell’ufficio del pubblico ministero, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150*, il procuratore determina i criteri di organizzazione dell’ufficio e di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio, individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell’ufficio.

Se è vero che questa gerarchizzazione ha avuto indubbiamente esiti positivi, soprattutto in termini di organizzazione del lavoro e di operatività, è indubbio che essa ha contribuito moltissimo alla personalizzazione e spettacolarizzazione della figura del pubblico ministero, soprattutto del procuratore capo.

Non a caso il CSM, nelle sue circolari, ha tentato di ridurre l’impatto di questa norma. Merita di essere segnalata, in particolare, la *Circolare sull’organizzazione degli Uffici di Procura*, approvata il 16 novembre 2017²⁷, con cui l’organo di autogoverno ha tentato di recuperare un proprio, autonomo, spazio di intervento. I progetti organizzativi adottati dai titolari degli uffici requirenti e le eventuali variazioni, infatti, pur non dovendo essere formalmente “approvati” dal Consiglio, sono in ogni caso assoggettati ad una “presa d’atto” da parte di quest’ultimo²⁸.

²⁶ Su cui, si veda S. PANIZZA, *L’organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in N. ZANON, G. DI RENZO VILLATA, F. BIONDI (a cura di), *L’ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, Milano, 2012, 83 ss.; e, più di recente, P. GAETA, *L’organizzazione degli uffici di procura: note sull’evoluzione dell’indipendenza ‘interna’ del pubblico ministero*, in *L’indipendenza della magistratura oggi*, cit., 165 ss.

²⁷ Il testo integrale della Circolare può essere consultato, unitariamente ai successivi aggiornamenti, al seguente link: https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/dettaglio/-/asset_publisher/YoFflzL3vKc1/content/elaborazione-di-una-risoluzione-unitaria-in-materia-di-organizzazione-degli-uffici-del-pubblico-ministero.

²⁸ Al riguardo, si vedano, ancora, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 280 ss.

6. Esiste un fattore *D* in magistratura?

La storia della magistratura italiana è segnata dall'ingresso delle donne magistrato, che avviene con una tappa storica anche per la Corte costituzionale²⁹.

Nella sentenza n. 33 del 1960, è il Giudice costituzionale a dare una prima importante attuazione del principio di parità, dichiarando incostituzionale la legge che impediva alle donne di accedere alla magistratura e ad alcuni importanti uffici pubblici.

Le prime donne entrano in magistratura nel 1966 e, nel giro di qualche decennio, conquistano, almeno come numeri, la maggioranza. Il c.d. "sorpasso rosa" tra i vincitori del concorso è avvenuto per la prima volta nel lontano 1987, quando, tra i nuovi 300 magistrati, le donne furono più della metà (156); negli anni immediatamente successivi il *trend* della percentuale di donne vincitrici del concorso è stato in qualche modo altalenante, fino al 1996, da quando il numero delle donne vincitrici del concorso in magistratura è sempre stato superiore a quello degli uomini. Questo divario si è allargato in modo significativo, a partire dal 2007: nel penultimo concorso, le donne hanno rappresentato addirittura il 63% dei vincitori, mentre nell'ultimo sono scese al 57%, comunque sempre nettamente oltre la metà.

Nonostante dal 2015 il numero totale di donne magistrato abbia superato, in termini assoluti, quello degli uomini, sorprende, però, la loro scarsa presenza a livello apicale, dove le proporzioni sono ancora molto squilibrate, ma, soprattutto, l'assenza per lungo tempo dall'organo di autogoverno, nel quale ancor oggi entrano in proporzioni davvero esigue. I 437 magistrati con incarichi direttivi, infatti, si distribuiscono in modo disomogeneo tra i due sessi; circa il 70% dei magistrati che esercitano funzioni direttive sono uomini; mentre, tra quanti svolgono funzioni semi-direttive, le donne rappresentano circa il 40%.

Del problema della assente o della sotto-rappresentanza femminile, ci si è resi conto per la prima volta nell'ambito del Consiglio superiore della Magistratura, in occasione della delibera del 2 aprile 2014³⁰, di cui fu protagonista l'allora consigliere Aniello Nappi.

²⁹ Sul tema sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Magistratura e questione di genere: alcune riflessioni sulla (necessaria) presenza femminile nel Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Milano, 2020; nello stesso ambito, con un'attenzione specifica al tema della presenza femminile nelle Istituzioni, si segnalano i report dal titolo "Equilibri di genere e procedure di nomina" predisposti da *LeCostituzionaliste* e pubblicati sulla rivista *Federalismi.it*.

³⁰ Ci si riferisce alla delibera consiliare intitolata "Introduzione delle quote di risultato negli organismi rappresentativi", del 2 aprile 2014. La delibera, in particolare, si concludeva con la proposta rivolta al Ministro della Giustizia di modificare il sistema di elezione del CSM, prevedendo: "1) la doppia preferenza di genere nella elezione della componente togata; 2) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 per la componente togata; 3) la riserva di una quota minima di genere di 1/3 della componente laica".

Risale, invece, al 2017 il Ddl. Ferranti e altri³¹ con cui non ci si proponeva di forzare il risultato dell'elezione della componente togata del CSM attraverso la previsione di quote, preferendo, piuttosto, l'introduzione di norme incidenti sulla presentazione delle candidature, sull'ordine di compilazione dell'elenco dei candidati e delle candidate e sul voto dell'elettore o elettrici, con il già citato meccanismo della doppia preferenza di genere³².

Come ampiamente noto, però, tali proposte, apprezzabili nel loro contenuto³³, non hanno trovato alcuna concretizzazione ed è forse possibile ritenere che a contrastare queste auspiccate modifiche sia stata anche una certa componente della stessa magistratura (ovviamente maschile), verosimilmente preoccupata dal rischio di perdere il "controllo" su alcune dinamiche interne al Consiglio, che risultano però spesso decisive proprio per condizionare ed orientare le candidature e le elezioni della quota togata.

Va sottolineato, che sono state successivamente presentate diverse proposte per la riforma elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura: alcune di esse si concentrano soltanto sul problema della rappresentanza di genere, altre invece sono proposte organiche nelle quali il problema della rappresentanza di genere è assente.

Nel quadro di tale contesto, si inserisce la c.d. proposta "Bonafede", di cui si segnala, in particolare, l'introduzione di un meccanismo a doppio turno basato su collegi uninominali, con garanzia di perfetta parità fra i generi nelle candidature³⁴. Dal punto di vista generale, si tratta di un meccanismo elettorale piuttosto

³¹ Cfr. A.C. 4512 del 2017, recante "Modifiche alla legge 24 marzo 1958, n. 195, in materia di equilibrio tra i sessi nella rappresentanza dei magistrati presso il Consiglio superiore della magistratura".

³² Nel dettaglio, tale proposta consentiva ai gruppi di magistrati abilitati a presentare le candidature di proporre non già una per categoria – come è previsto oggi – ma due per ciascuna categoria, a condizione però che si trattasse di due candidati di sesso diverso. Si stabiliva, inoltre, che le liste dei tre collegi nazionali fossero formate seguendo un ordine alternato per genere e, per ciascun genere, l'ordine alfabetico. All'elettore era poi consentito di esprimere, per ciascun collegio, una o due preferenze, con l'obbligo di far ricadere il secondo voto su un candidato di sesso diverso dal primo, pena l'invalidità della seconda preferenza. Da ultimo, la proposta Ferranti prevedeva che, in caso di parità di voti tra candidati di sesso diverso, prevalesse il candidato appartenente al genere meno rappresentato nella precedente consiliatura.

³³ Per un approfondimento su questa proposta, vedi i contributi raccolti in M. D'AMICO, C.M. LENDARO, C. SICCARDI (a cura di), *Eguaglianza di genere in magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Milano, 2017, 57 ss.

³⁴ L'art. 29 della proposta, che porta la firma dell'allora Guardasigilli, recante "Modifiche in materia di componenti eletti dei magistrati", va ad incidere sul vigente art. 23 della legge n. 195 del 1958, che disciplina, come noto, l'elezione al Consiglio superiore dei componenti togati. Per la parte che in questa sede più rileva, la proposta prevede che, nel primo turno di

complesso, caratterizzato da molteplici novità, che alcuni commentatori hanno già etichettato addirittura come “indecifrabile”³⁵.

L'introduzione di alcune misure finalizzate alla garanzia della parità di genere all'interno del CSM è da guardare con favore, soprattutto perché l'esigenza di riequilibrare l'organo di autogoverno è un aspetto di una riforma più ampia: le norme introdotte, però, presentano alcune criticità, che potrebbero condizionare pesantemente il raggiungimento del risultato cui le stesse sono preordinate³⁶.

La previsione della parità di genere nella presentazione delle candidature e l'alternanza nelle preferenze, non solo costituiscono meccanismi di non facile applicazione ma, soprattutto, non garantiscono l'elezione di candidate, che ben possono restare soccombenti per ragioni diverse che operano sul piano socio-culturale e dell'organizzazione sociale. Si è sottolineato criticamente, inoltre, che sarà possibile introdurre candidature di facciata a fronte di nomi noti e robotanti del genere opposto, ai più noti per il clamore mediatico dell'attività svolta.

Questi strumenti, in definitiva, pur essendo stati presentati come risolutivi del problema della sotto-rappresentanza delle donne magistrato, rischiano di vanificarsi alla prova concreta dei fatti.

Il tema della riforma del Consiglio Superiore della Magistratura non si è però arrestato con la già citata proposta “Bonafede”.

Venendo alle ipotesi di cui si discute ora, colpisce che nelle proposte della c.d. “Commissione Luciani”³⁷ non sia stato dedicato uno spazio adeguato al

votazione, l'elettore possa esprimere fino a quattro preferenze, stabilendo la regola per cui “se l'elettore ne esprime più di una, le stesse devono essere espresse sulla scheda alternando candidati di genere diverso”. Il nuovo testo dell'art. 23 prescrive, poi, che ciascun collegio debba esprimere un numero minimo di dieci candidature, di cui cinque per ciascun genere, rispettando la parità di genere anche nel caso in cui esprima un numero superiore di candidature; è inoltre previsto, per l'occorrenza in cui le candidature siano in numero inferiore a dieci oppure le candidature non rispettino la parità di genere, che l'ufficio elettorale centrale proceda, in seduta pubblica ad estrazione a sorte delle candidature mancanti in modo tale che, tramite estrazione da elenchi separati per genere, sia raggiunto il numero minimo di candidature e rispettata la parità di genere, appunto. Anche al secondo turno, dove è prevista la possibilità di esprimere due preferenze, è stabilito che esse, se plurime, devono essere espresse per candidati di genere diverso.

³⁵ Così F. DAL CANTO, *La riforma elettorale del C.S.M.*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020.

³⁶ Ci si riferisce alla posizione espressa, all'indomani della presentazione della proposta, dalla Dott.ssa Carla Marina Lendaro, Presidente dell'Associazione Donne Magistrate Italiane, secondo la quale il disegno di legge “Bonafede” mirava ad introdurre niente di più che una c.d. “quota di chance”.

³⁷ La Commissione Luciani – Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario è stata istituita con Decreto del Ministro della Giustizia in data 26

tema³⁸: sembra quindi che, esattamente come accade nella maggioranza delle trattazioni dottrinali, la tematica di “genere” nell’ambito della magistratura non sia percepita come un aspetto importante, da un lato, sintomo di un grosso scollamento fra la magistratura e la società, dall’altro, possibile fattore di rinnovamento e di rigenerazione.

Se è vero, infatti, che le magistrature sono oggi in maggioranza, è emblematica la circostanza che non si senta la necessità che siano presenti nell’organo di autogoverno: alla luce del ruolo cruciale del giudice nella società, nelle scelte valoriali, anche su temi sensibili, che i giudici vengono chiamati a compiere, il risultato è che l’organo che li rappresenta incarna ancora una falsa neutralità, solo al maschile.

Così, anche in recenti ricostruzioni dottrinali che trattano della storia della magistratura, il tema e il protagonismo femminile sembra assente.

Sorprende, anche, che in un momento riformatore come quello attuale venga sottovalutato il problema: esattamente come avvenne per le costituenti, che furono marginalizzate nel momento di avvio della nostra democrazia, allo stesso modo le donne magistrature non vengono percepite come un fondamentale ed imprescindibile fattore di cambiamento.

Se è vero che il sistema delle correnti che oggi si vorrebbe trasformare è stato gestito in gran parte da uomini, sono convinta che una maggiore presenza femminile consentirebbe di rinnovare e di trasformare la realtà della magistratura in modo più veloce e a quest’ultima di rispondere alle istanze di una democrazia costituzionale fondata sul principio di parità.

marzo 2021. Il testo della relazione finale della Commissione può essere letto al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUCIANI_relazione_finale_31mag21.pdf

Il testo delle *Proposte di interventi per la riforma dell’ordinamento giudiziario attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2681, recante Deleghe al Governo per la riforma dell’ordinamento giudiziario e per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura* può, invece, essere consultato al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUCIANI_articolato_4giu21.pdf.

³⁸ A tal riguardo, peraltro, è utile ricordare che la stessa Commissione, nella parte conclusiva della Relazione, riconosce che la soluzione dei molteplici problemi che riguardano l’organizzazione della magistratura e il funzionamento del Consiglio superiore possa essere trovata solo all’interno di un complessivo sforzo di riforma, che tuttavia richiederebbe tempi assai lunghi, incompatibili con le esigenze di rapidità connesse all’attuale crisi pandemica e all’attuazione del PNRR.

7. I sistemi elettorali del CSM: dal sorteggio alle proposte alternative

Negli ultimi anni, la crisi dell'organo di autogoverno e la degenerazione del sistema delle c.d. "correnti", percepito come un blocco rigido di potere con la funzione di spartizione di posti a seconda dell'appartenenza e dettato da logiche completamente staccate dal "merito", ha portato all'elaborazione di vari progetti di modifica del sistema elettorale, che sono addirittura arrivati a proporre un "sorteggio". Per spezzare la logica dell'appartenenza a correnti c'è chi³⁹ ritiene che l'unico modo sia quello della candidatura "per caso", che richiederebbe uno spirito "di servizio" e non di appartenenza e di "do ut des".

Naturalmente, si è riproposta l'alternativa fra sistemi uninominali⁴⁰, legati al territorio e dove peserebbero di più le qualità individuali, e sistemi proporzionali di lista, che però lasciano maggiore spazio alle correnti.

In realtà, come noto, alla luce degli studi e delle riflessioni sui sistemi elettorali politici, non esiste un sistema migliore di per sé, perché esso dipende da come viene utilizzato in concreto, così come è illusorio pensare che la tecnica elettorale possa davvero modificare la realtà, in quanto è molto più facile che si verifichi il contrario, e cioè che sia la seconda a trasformare e condizionare in concreto il sistema elettorale.

A pensarci bene, quello attuale con specifiche candidature e collegi ampi, era nato proprio per rendere autonomo il magistrato: invece, è stato usato male, combinando l'ampiezza dei collegi con la scarsità delle candidature controllate dalle correnti.

Oggi, come si evince dalla relazione finale della Commissione Luciani, si sta ipotizzando anche il sistema del voto singolo trasferibile con varie preferenze⁴¹. Si tratterebbe di una ipotesi che consentirebbe di controllare meno "dall'alto" e di dare voti in più oltre l'appartenenza.

³⁹A commento di questa proposta v. R. ROMBOLI, *Le modifiche alla legge elettorale del Csm nel disegno di legge "Bonafede": la nuova figura del 'candidato per caso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 503 ss.

⁴⁰ In questo senso, A. NAPPI, *La crisi della magistratura: origine e possibili rimedi*, in *Giustiziainsieme*, 2020, 1 ss., che rileva che "[e]scclusa l'adeguatezza di un sistema elettorale maggioritario, incompatibile con un collegio destinato a maggioranze variabili, sarebbe preferibile un sistema elettorale a doppio turno, che imponga di eleggere al primo turno un numero predeterminato di candidati per ciascuno dei distretti di corte d'appello: al secondo turno sarebbero così in competizione molti più candidati, con una selezione più aperta e non ingessata dagli apparati di corrente".

⁴¹ Nella relazione finale si legge, in proposito, che tale sistema "consente di produrre, in collegi di ampiezza almeno media (quattro – cinque seggi) dei risultati di tipo tendenzialmente proporzionale e valorizza fortemente il potere di scelta dell'elettore, eliminando il fenomeno del voto inutile, grazie al trasferimento ad altri candidati delle preferenze espresse dagli elettori di candidati già eletti o giunti ultimi nel confronto elettorale".

Si può, dunque, auspicare che venga introdotto un sistema elettorale, che valorizzi la persona e non la lista e che assicuri al consigliere oppure alla consigliera una maggiore autonomia.

Sono personalmente convinta che si debba tentare comunque una riforma dall'interno, senza ricorrere a modifiche costituzionali, che sono espressione della completa sfiducia nei confronti di tutta la magistratura e di tutti i magistrati. Una così forte delegittimazione non si giustifica neanche alla luce dei fatti pur gravi che stanno succedendo e, soprattutto, appare molto rischiosa, contribuendo ingiustamente a ledere la fiducia delle persone nei confronti dei loro giudici.

8. Considerazioni finali

Quanto finora detto non esaurisce, ovviamente, i tanti interrogativi che la crisi istituzionale e morale della magistratura pone oggi in Italia.

Vero è che la società italiana è in crisi da lungo tempo, che le istituzioni anche rappresentative paiono profondamente "malate" da almeno trent'anni e che era inevitabile che questa crisi finisse con il ripercuotersi anche sulla magistratura. E ragionare sul rapporto profondo fra società e giudici, sulla circostanza inevitabile che il giudice viva e si adegui ai tempi è utile e necessario.

Una simile consapevolezza del quadro istituzionale entro cui si inserisce la crisi della magistratura di cui si discute non può, però, esimere chi oggi è chiamato a studiare e ad intervenire con proposte di riforma, dall'identificare i problemi maggiori e dall'ipotizzare rimedi che incidano anche a livello normativo.

Se parte della magistratura è entrata in crisi, se le correnti sono diventate strumenti di lottizzazione e se, in varie occasioni, vi sono state troppe interferenze fra giudici e politica, non può omettersi di rilevare che esiste un problema, per fortuna non di tutti i magistrati ma di una loro piccola porzione. Ci si riferisce alle c.d. "porte girevoli". Magistrati, cioè, che entrano in politica, che ricoprono per anni incarichi tecnici a servizio della politica e che poi ritornano in magistratura, pretendendo ed ottenendo non soltanto di rientrare nei ruoli giudicanti o requiranti, ma addirittura immediate promozioni di carriera.

A questo fenomeno, che suscita l'impressione, sgradita, che il magistrato ma, più in generale, la magistratura sia percepita come non equidistante, almeno dal punto di vista non tanto dell'essere quanto piuttosto del suo apparire imparziale, si è discusso di recente nell'ambito delle proposte di riforma. La Commissione Luciani si è occupata specificatamente del tema dei rapporti tra attività politica e ruolo e funzioni del magistrato nella consapevolezza che il transito dalla prima alla seconda, o meglio, il rientro nelle funzioni, giudicanti o requiranti, si dimo-

stri “suscettibile di appannare l’immagine di indipendenza e imparzialità della magistratura”⁴².

A questo proposito, la Commissione Luciani ha previsto un ridimensionamento dei ruoli potenzialmente ricopribili dal magistrato che rientri nell’esercizio delle sue funzioni dopo una più o meno prolungata attività di tipo politico. In particolare, la relazione della Commissione riferisce di un “ricollocaimento nei ruoli della magistratura, ma con decise limitazioni alle funzioni esercitabili”⁴³, secondo un’impostazione ampiamente condivisa dalla Ministra della Giustizia, Marta Cartabia.

L’aspetto sicuramente centrale riguarda il divieto per il magistrato che abbia svolto attività politica, per un arco temporale da definire, di ricoprire incarichi direttivi oppure semi-direttivi in netta contro tendenza rispetto alle norme vigenti.

Un ultimo rilievo riguarda, infine, la profonda trasformazione del ruolo del giudice, chiamato ad operare in un contesto che è simultaneamente nazionale, strettamente legato al diritto positivo, ed europeo, viceversa slegato dalla rigida applicazione del principio di legalità, attraverso la rispondenza anche a principi costituzionali e sovranazionali, a cui si affianca il rapporto talvolta problematico con altri giudici e altre Corti, nazionali e sovranazionali.

Se è vero che il mestiere del giudice è molto cambiato nel tempo, non lo stesso può dirsi per la sua formazione, che si dimostra ancora inadeguata e inadatta alle sfide dei tempi e della società attuale. In Italia, in particolare, le università insegnano ancora con un metodo spesso vetusto, legato ad un diritto dei concetti e del legislatore che non esiste quasi più. Per la formazione del magistrato è, al contrario, quasi fallita l’esperienza delle scuole di specializzazione legate alle università, mentre fioriscono scuole ed istituti privati. In generale, sia nelle università che nelle “scuole” per l’accesso alla magistratura, la preparazione risulta in gran parte insufficiente, circoscritta a soli casi specifici, con un metodo inadatto a formare un giurista aperto, completo, in grado di affrontare problemi generali, nuovi, che incrociano temi e competenze anche altamente diversificati.

⁴² Così dalla relazione finale della Commissione.

⁴³ La Commissione ha, così, previsto che tali limitazioni debbano seguire alcuni criteri direttivi, tra cui: “In particolare si propone che: a) il magistrato sia eleggibile solo se si trova in aspettativa senza assegni da almeno quattro mesi; b) il mandato o l’incarico siano sempre svolti in luogo territorialmente diverso e lontano da quello ove erano svolte le funzioni giudiziarie; c) il magistrato eletto o che accetta un incarico politico sia collocato, senza eccezione alcuna, in aspettativa senza assegni; d) al termine del mandato elettivo o incarico politico il magistrato sia ricollocato in ruolo con precisi limiti territoriali e funzionali, in particolare prevedendosi che, per un certo periodo di tempo, possa svolgere solo funzioni giudicanti e collegiali e non possa ambire a un incarico direttivo o semidirettivo”.

La recente riforma dell'ufficio del processo, tramite l'innesto di figure temporanee di laureati e di laureate qualificati che svolgano attività di supporto del giudice, potrebbe essere un primo passo verso una trasformazione del "modo di fare" il giudice. Un "modo di fare" ma, anche, di "essere" giudice che potrebbe contribuire a creare figure professionali che si formano "sul campo" apprendendo un mestiere in un contesto che sia sinergico e reale, abbandonando, viceversa, strategie di formazione che finiscono con il rendere il giudice una monade sparsa, spesso incapace di rispondere alle eterogenee esigenze della società contemporanea.

Considerazioni sul ruolo del giudice nel tempo presente

SOMMARIO: 1. Il primato della legge e la separazione dei poteri dello Stato. – 2. La difficile via dell’attuazione del principio della separazione dei poteri. – 3. Di alcuni esempi concreti. – 4. Le ricadute sul processo dell’attuale evoluzione del ruolo del giudice. – 5. Il processo civile in ostaggio dell’economia e a colloquio con internet e con le intelligenze artificiali.

1. Il primato della legge e la separazione dei poteri dello Stato

Non ho alcun titolo per occuparmi di storia della magistratura. Sono, tuttavia, convinto che un giurista non svolge correttamente il suo mestiere se non si interroga su come le istituzioni e gli istituti giuridici sono nati, su come operano attualmente e su quali siano i possibili sviluppi futuri. Un buon giurista, che non voglia essere soltanto un tecnico del diritto, deve avere il senso della storia e deve conoscere la riflessione critica che accompagna e spesso precede gli eventi. Da questa convinzione traggio conforto per intervenire nel dibattito.

È doverosa una precisazione preliminare. Le mie osservazioni hanno come oggetto la magistratura giudicante e non quella requirente. Non mi nascondo che si tratta di funzioni interrelate, ma sono ontologicamente diverse, per cui, quando si scrive la storia della magistratura, è per me necessario distinguere. Quella della cd. magistratura requirente è un’altra storia, nella quale la gestione del potere ha un peso e un rilievo assai diversi (e le recenti vicende ce lo stanno, purtroppo, a testimoniare).

Da profano oso ritenere che è possibile scrivere una storia della magistratura giudicante solamente da quando si è affermato il principio della separazione dei poteri. Gli antichi greci, che qualche millennio fa avevano capito tutto o quasi tutto, lo hanno insegnato. Nell’*Eumenide* di Eschilo, Atena, ossia l’autorità, rifiuta di giudicare Oreste e lo affida al giudizio di un tribunale di umani, così offrendoci un esempio, tra i primi che io sappia, della separazione tra chi comanda e chi giudica.

Senza peccare di presunzione, ma proprio in quanto cerco di cogliere le ragioni che sono a base dell’attuale evoluzione del ruolo della magistratura (mi riferisco sempre a quella giudicante), parto dalla consapevolezza che la separa-

zione dei poteri è il prodotto di una concettualizzazione, che, in quanto tale, in qualche modo tradisce o deforma la realtà. I poteri dello Stato, infatti, al pari di una qualsiasi organismo complesso e unitario, non sono corpi distaccati l'uno dall'altro, ma operano e devono operare coordinandosi tra di loro. È, perciò, inevitabile che i confini delle rispettive competenze siano liquidi e mobili e che vi siano avanzamenti e arretramenti, per cui bisogna preoccuparsi che ciò non comprometta l'equilibrio delle istituzioni, perché c'è un punto oltre il quale l'equilibrio si rompe e viene messa in pericolo la stessa essenza della democrazia, che è il fondamento irrinunciabile della nostra Repubblica.

In questi Settant'anni di vita repubblicana la disposizione della Costituzione che ha condizionato la storia della magistratura si rinviene nel secondo comma dell'art. 101: "I giudici (si badi, non anche i pubblici ministeri) sono soggetti soltanto alla legge".

La disposizione, al pari di qualsiasi altra disposizione di legge, contiene un enunciato; è un "significante" al quale bisogna collegare un significato: ossia va interpretata e l'interpretazione ha ad oggetto tre parole: "soggezione"; "soltanto"; "legge". Nel fare l'operazione ermeneutica viene fuori l'inevitabile equivocità dell'enunciato.

Partiamo dalla "soggezione". Che si intende per "soggezione"? È, cioè, possibile affermare che il giudice è "soggetto" alla legge, là dove egli ne è l'interprete e là dove, qualunque sia l'idea che si abbia dell'attività interpretativa, la stessa non può essere ridotta ad un'attività meramente intellettuale di ricognizione, implicando una inevitabile valutazione che la rende in qualche misura creativa? In altri termini il rapporto tra giudice e legge non può essere di sudditanza passiva e la disposizione costituzionale allude a un obiettivo o una tendenza, pone ("significa") una sorta di limite oltre il quale il giudice cessa di essere "soggetto" e diventa "creatore"; ed è un limite indefinibile "a priori", affidato alla prudenza e al "self restraint" dei destinatari della disposizione.

Lascio da parte la parola "soltanto", che qui non interessa, riguardando il diverso problema dell'autonomia della magistratura. Vengo alla parola "legge". Quale è la legge cui si riferisce l'art. 101? Qui si annida un equivoco. Nessuno mette in dubbio che i giudici siano tenuti ad applicare anche ed in primo luogo la Costituzione. L'art. 101 Cost., tuttavia, non è un enunciato che indica ("significa") quale sia il "criterio di giudizio" al quale i giudici si devono attenere nell'esercizio della loro funzione. L'art. 101 è una disposizione che delimita la sfera di competenza del potere giudiziario rispetto agli altri organi dello Stato e risponde alla preoccupazione dei Costituenti di stabilire la precisa linea di demarcazione tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato al fine di garantirne l'indipendenza e l'autonomia. In questa prospettiva nell'art. 101 la Costituzione, la cui custodia è affidata alla Corte costituzionale su sollecitazione (non a caso) dell'autorità giu-

diziaria (art. 134), non viene in rilievo. Leggere l'art. 101 Cost. come se in esso fosse inserito il criterio di giudizio cui la magistratura si deve attenere nel giudicare ha indotto a porre sullo stesso livello leggi ordinarie e Costituzione, dando la possibilità di creare combinati disposti con i quali si sono messe insieme le disposizioni di legge ordinaria (che sono costruite intorno a fattispecie secondo lo schema: se "x", allora "y") e disposizioni della Costituzione (che, esprimendo valori, non sono legate a fattispecie). Sul punto dovremo tornare.

Pur consapevole che la teoria di Montesquieu costituisce una concettualizzazione e pur consapevole dei suoi limiti, la ritengo un dato irrinunciabile per la democrazia. Infatti, quando non c'è la separazione, la magistratura, parlo di quella giudicante, finisce con l'essere uno dei bracci del potere, come accade nei regimi autoritari (per tutti basta ricordare ciò che al riguardo pensava Mussolini).

La separazione dei poteri, tuttavia, presuppone il primato della legge sul diritto, perché tocca al legislatore di stabilire, in posizione di monopolio esclusivo, le regole, che i giudici, ma anche in generale gli operatori, devono tradurre in azione concreta. Nel regime fondato sulla separazione dei poteri il diritto è assorbito dalla legge. Anche questo è un significato sotteso nell'art. 101 Cost.

Dove la separazione dei poteri è concepita come separazione di tipo ontologico, non ci dovrebbe essere spazio per il diritto sapienziale, quale nel passato si è affermato negli interstizi lasciati liberi dall'autorità, in un periodo di sovranità debole nel quale il potere era eroso dalle innumerevoli forze centrifughe che avevano modo di operare. Ciò non vuol dire che il diritto sia definitivamente cristallizzato nell'enunciato normativo. Vuol dire che la giurisprudenza e la scienza dei dottori (oggi sempre più marginalizzata), così come le stesse *inventiones* di chi per agire ha bisogno di regole precostituite su cui fare affidamento, operano su di un piano diverso, che non è quello della "creazione", ma quello della interpretazione (compatibile con "il significato proprio delle parole") e della sollecitazione al cambiamento legislativo o all'innovazione. Non dovrebbero essere ammesse scorciatoie di tipo giusnaturalistico.

È in questo contesto che la magistratura giudicante trova legittimazione per l'esercizio del suo potere in assoluta indipendenza ed autonomia. Ed è qui che essa esercita la sua funzione che è quella di garanzia del rispetto delle regole eteroimposte e di protezione del singolo dagli abusi da parte di chi esercita il potere. La nostra Costituzione è il precipitato storico di questi principi.

Dati questi presupposti, era del tutto coerente che i giudici fossero nominati sulla base di un concorso (basato su conoscenze tecniche), che fossero nominati a vita e che progredissero secondo un sistema di promozioni, che sono tali soltanto se il numero dei posti a concorso è di molto inferiore al numero dei legittimati a concorrere (nella sostanziale abolizione delle promozioni è da vedere, insieme con la dequalificazione dell'idoneità tecnica come criterio di valutazione

del merito – oramai subordinata al carattere valoriale della funzione che premia l'appartenenza ideologica –, la principale causa della degenerazione correntizia che non si contrasta con leggi elettorali e meno che mai con sistemi affidati alla sorte. Anche se l'enfasi con cui viene trattata la degenerazione correntizia nasconde la crisi di un sistema che, come dimostrano le attuali vicende in particolare della Procura milanese, è ai limiti dell'implosione).

2. La difficile via dell'attuazione del principio della separazione dei poteri

La separazione dei poteri è, tuttavia, facile da teorizzare, ma è difficile da praticare. Il legislatore attuale sempre più spesso (non legifera, ma) provvede, perché le sue leggi hanno perduto i connotati della astrattezza e della generalità che sarebbero state loro essenziali; il Governo sempre più spesso (non provvede, ma) legifera, con decreti che sottopone alla fiducia del Parlamento con un atto di ossequio formale o, non di rado, per ottenere una non disinteressata protezione; la magistratura non attua la legge, ma tende ad applicare il diritto, a prescindere dalla legge, e sempre più spesso è chiamata a svolgere funzioni di vera e propria amministrazione o surrogatorie del governo o dell'amministrazione. A ciò si aggiunga che viviamo in un mondo sempre più complesso e composito, nel quale le sovranità nazionali sono in vario modo condizionate. A maggiore ragione ciò accade per i Paesi dell'Unione europea che hanno dovuto accettare la sottomissione a Tribunali soprastatali, che (penso soprattutto a quello di Strasburgo) governano il diritto piuttosto che applicare le leggi.

L'impronta positivista, sottostante alla sistemazione che la Costituzione ha dato alla Magistratura giudicante, era tale da fare ritenere che il giudice fosse chiamato a sussumere la fattispecie alla norma di legge applicabile, con un'operazione di natura puramente intellettuale, quale ben si adattava al funzionario di carriera. Ma quel presupposto, già nella Costituzione, era ambiguo e debole. Il positivismo, infatti, sconta un difetto di origine; è ideologico e concettuale. Presuppone che il giudice sia "bouche de la loi". Ciò non è, non può essere ed è bene che non sia, perché la legge (lo dico da positivista temperato quale mi professo), quando nasce, ammazza il diritto, in quanto lo cristallizza in una formula che "fissa" il passato, là dove al tempo stesso si proietta nel futuro, dovendo adeguarsi al flusso incessante della vita. Di più. La nostra Costituzione recepisce e proclama valori con norme che sono inevitabilmente prive di fattispecie. E nel momento in cui il Giudice ritiene di doversi rifare, nell'esercizio delle sue funzioni, a quei valori, inevitabilmente tende a trasformarsi da giudice della fattispecie in giudice dei valori. Si sono determinate le condizioni per una sorta di ritorno al passato, in nome di un neogiusnaturalismo che ha la sua base nelle disposizioni,

tutte precettive, della Costituzione. Ed è un'evoluzione di cui non si conoscono gli esiti ultimi, perché dietro i valori c'è l'etica.

L'evoluzione, è bene sottolinearlo, è stata favorita da alcuni fattori. I Costituenti non ammisero che i cittadini si rivolgessero direttamente alla Consulta, ma introdussero il filtro della preventiva valutazione da parte del giudice ordinario, che rimette alla Corte le questioni "non manifestamente infondate". Il filtro ha una trama assai fitta, in quanto la Corte costituzionale ha abilitato i giudici ordinari a sindacare se tra le varie disposizioni enucleabili dal testo di legge ve ne sia anche una compatibile con la Costituzione. Infatti, in tal caso, il rinvio della questione alla Corte è ritenuto superfluo. Questa evoluzione è stata favorita dalla dottrina che ha distinto tra testo e norma, ponendo l'una e l'altra sullo stesso livello. Al contrario il testo è pura forma, ha consistenza oggettiva, ha la fissità del fatto compiuto, là dove la norma è **sostanza**, è la regola (enucleata dal testo) del caso concreto, mobile, specifica, soggettiva. Testo e norma non sono omogenei e deve essere chiaro che la giurisprudenza non fa "legge" ma estrae dal testo la regola del caso cui si adatta come un vestito cucito "ad hoc". Avviene, invece, che per effetto di questi due fattori oramai siamo abituati a ritenere che i giudici, dando la loro interpretazione della disposizione di legge, possano in qualche misura incidere sul testo, conformandolo secondo i valori che le ritengono sottesi, quasi che possano dal testo ricavarne un sottotesto di eguale natura (a tutto ciò non è estraneo l'art. 65 ord. giud., una disposizione che non ha la mia simpatia, giudicandola prodotto della cultura autoritaria dell'epoca in cui fu introdotta). È inutile chiedersi se questa sia stata l'intenzione dei Costituenti. Dobbiamo prendere atto che ciò è avvenuto.

La storia della magistratura e l'evoluzione della giustizia in questi Settant'anni di vita repubblicana sono, pertanto, la storia del progressivo mutamento del ruolo del giudice, cui si è affiancato quello della magistratura requirente, che da operatore di un procedimento prevalentemente sussuntivo si va trasformando in un realizzatore di valori e che va oltre, alla ricerca di un'etica dei comportamenti. Il giurista deve prendere coscienza di questa evoluzione ed è chiamato a ragionare sull'attualità dell'assetto istituzionale, che non è più quello che aveva ispirato i Costituenti.

3. Di alcuni esempi concreti

Penso che il diritto sia uno strumento utile e indispensabile a servizio degli uomini. Di conseguenza non amo le discussioni soltanto teoriche e ho sempre cercato di mettere le mie idee alla prova con esperienze di vita reale. I tempi in cui viviamo mi danno l'occasione di una verifica di ciò che ho appena detto. La

pandemia che si protrae per tempi eccezionalmente lunghi non può non avere ripercussioni sulla sorte dei contratti, specialmente su quelli di durata.

Il contratto, lo sappiamo, è l'espressione massima dell'autonomia privata. L'art. 1372 c.c. è il riflesso della teoria della pluralità delle fonti normative, quando assegna al contratto la forza di legge. È come se ciascuno di noi sia in grado di essere legislatore nella propria sfera, anche se la sua potestà normativa è necessariamente subordinata. E il giudice deve rispettare la legge che le parti si sono data, salvo che essa confligga con principi inviolabili dell'ordinamento sovraordinato.

Quando il contratto, ossia la legge contrattuale sta nei confini di ciò che è lecito e possibile, la sua efficacia può venire meno soltanto in presenza di circostanze che ne giustificano la risoluzione: l'inadempimento; l'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenute. La pandemia può essere iscritta tra le cause di risoluzione del contratto, rendendo giustificabile l'inadempimento? Una delle ipotesi più frequenti in cui se ne può oggi discutere riguarda il contratto di locazione. Il conduttore non paga. Può il locatore chiedere la risoluzione del contratto? In particolare, può avvalersi dello strumento celere dell'intimazione di sfratto per morosità? L'art. 2 Cost. richiama i doveri inderogabili di solidarietà. Si potrebbe ritenere che il dovere di solidarietà è un valore di cui il vincolo contrattuale deve tenere conto e che, nella situazione di generale sofferenza creata dalla pandemia, il giudice non può non valutare che il rispetto della norma contrattuale realizzerebbe un disvalore. Non a caso mi è stato riferito che un presidente di Tribunale ha emesso una sorta di circolare con la quale ha disposto che i giudici non convalidino le intimazioni di sfratto per morosità. Non credo che sia un caso isolato e da più parti mi è segnalato la difficoltà nell'ottenere ordinanze di convalida.

Il giurista positivo potrebbe osservare che l'art. 658 c.p.c. stabilisce che la convalida deve essere concessa in caso di mancato pagamento del canone di affitto alle scadenze e che gli artt. 1453 ss. c.c. rendono possibile la risoluzione del contratto se la prestazione dovuta è diventata impossibile e che la risoluzione non si concreterebbe mai in una possibilità di restare nell'immobile senza pagare, ma comporterebbe semplicemente il venire meno degli obblighi contrattuali reciproci, per cui il conduttore dovrebbe restituire la cosa locatagli.

In realtà quando ci si addentra nel mondo dei valori si introduce nel sistema un soggettivismo che era ben lontano dalle intenzioni dei Costituenti. Del provvedimento mi ha riferito chi curava gli interessi della locatrice: una vedova il cui unico reddito e, quindi, la cui unica fonte di sopravvivenza era costituita dai canoni di locazione, che ne è privata con la beffa di dovere anticipare le imposte (salva la restituzione). In una situazione del genere, la solidarietà finisce con l'essere a senso unico e, quindi, ne perde le caratteristiche essenziali.

I giudici di quel Tribunale potrebbero non adeguarsi alle indicazioni del capo

dell'ufficio, che sicuramente non sono vincolanti. Sta di fatto che molti si conformano. E non ha senso chiedersi se essi possono o se non possono farlo. Sta di fatto che lo fanno. Si obietterà che la locatrice ha a sua disposizione i rimedi contro il provvedimento che nega la convalida. Ma qui non è in discussione la possibilità di chiedere tutela contro un provvedimento "contra legem" in un processo i cui tempi lunghi sono ben noti; qui è in discussione il comportamento del giudice che chiaramente esorbita dai suoi poteri e che lo può fare godendo del privilegio dell'irresponsabilità.

4. Le ricadute sul processo dell'attuale evoluzione del ruolo del giudice

Ho portato un esempio della trasformazione attuale del ruolo del giudice, che volutamente si ricollega a controversie seriali e all'attualità. Questa trasformazione incide sul processo. Il giudice della fattispecie interviene su di un accadimento del passato. Infatti l'art. 2909 c.c. dispone che il giudicato, che è l'espressione massima del potere giudiziale, si concreta in un accertamento. Nel nostro codice vi è un'apertura al giudice del futuro nell'art. 2908 c.c., che, tuttavia, restringe ai casi espressamente previsti dalla legge.

Il giudice dei valori non è il giudice che accerta, è il giudice che regola, che dispone. In questo contesto, il giudicato è messo nell'angolo, non costituisce più il timbro proprio della giurisdizione. Il giudice finisce con l'essere sovraccaricato di compiti che nulla hanno a che fare con l'accertamento. Sono compiti, l'ho già detto, che potremmo indicare come di governo. Oggi alla magistratura di affidano sempre più spesso compiti di prevenzione, che riguardano la sicurezza sociale e, non infrequentemente, la pace sociale.

La legislazione degli anni recenti, con un'evoluzione che paradossalmente si è accentuata dopo che nel 1999 abbiamo inserito in Costituzione disposizioni sul processo "giusto", è infarcita di provvedimenti anticipatori, cautelari, interdittivi che sono emessi sulla base di indizi, di sospetti, di presunzioni, molte volte per la semplice "posizione" del soggetto (ad es., è parente di...).

La cartina di tornasole di questa evoluzione sta nella disciplina della prova, perché in questi procedimenti il giudice non ha modo di formarsi un convincimento fondato sul prudente apprezzamento. La ricerca della verità scade in un giudizio prognostico di verosimiglianza. Il giudice non deve decidere, ma si trova a gestire una situazione avendo come obiettivi, come ho detto, la sicurezza e, talora, la pace sociale. Il processo in questi casi non è il luogo in cui viene attuata la legge, ma è il luogo in cui si amministra, si regola, si governa. L'obiettivo della semplificazione in nome di un recupero di efficienza del sistema e di riduzione della durata dei processi paga un prezzo assai alto. Il filosofo (Capograssi), set-

tant'anni fa, in un memorabile saggio denunciava con preoccupazione che nel processo potesse prevalere la volontà sul giudizio.

C'è di più. Nell'ordinario processo, cioè in quello che si conclude con il giudicato, si pone il problema della prova illecita. Aggettivare la prova è un non senso. La prova o è o non è. L'attributo di illiceità indica che nel processo non tutte le prove sono utilizzabili, ma soltanto quelle che sono raccolte e introdotte nel processo con il rispetto delle regole. Avviene che, essendosi scaricato sulla magistratura il compito della sicurezza (e della pace) sociale, il processo penale spesso serve più che a sanzionare il crimine, a neutralizzare il delinquente, a reprimere la devianza. L'evoluzione è più evidente nel processo penale, ma riguarda il processo in genere. Sta di fatto che il sintagma "giusto processo", introdotto nell'art. 111 Cost., non è inteso nel senso che il processo è giusto se è svolto nel rispetto delle leggi che lo regolano (là dove la legge processuale funge anche da limite al potere del giudice), ma che è tale se ottiene la decisione giusta. Se questo è l'obiettivo (peraltro in contraddizione con riti costellati di preclusioni e decadenze, che spesso hanno soltanto fini dissuasori), è inevitabile che la prova venga utilizzata comunque, anche se è stata acquisita senza il rispetto delle regole, perché le fonti di conoscenza, in questi casi, sono preziose e non vanno disperse (ce lo ha detto anche la Corte costituzionale). Si creano, in questo modo, i presupposti per pericolose deviazioni, in quanto i pubblici ministeri, avendo il potere di indagare, che, come tale, è refrattario a qualsiasi limitazione preventiva, hanno la possibilità di acquisire informazioni anche in maniera non rispettosa dei limiti di legge. Avviene in tal modo che, per l'impossibilità di porre freno all'uso incontrollato dei sistemi di captazione delle nostre vite private, gli Uffici delle Procure sono diventate immensi serbatoi di notizie riguardanti le vite delle persone, là dove gli stessi si mostrano incapaci di impedire che tali notizie siano diffuse anche se sono del tutto prive di rilevanza penale.

5. Il processo civile in ostaggio dell'economia e a colloquio con internet e con le intelligenze artificiali

Quando leggiamo nell'art. 111 Cost. che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", la conseguenza è che processo giusto è quello che si conclude con una decisione idonea a diventare regola definitiva del caso controverso pronunciata all'esito di una istruttoria svoltasi nel contraddittorio tra le parti e idonea a fornire al giudice elementi sufficienti perché, nel processo civile, si formi un convincimento ragionevole e, nel processo penale, un convincimento scevro da dubbi.

Questa conclusione, che – per vero – era a base della Costituzione anche

prima che nel 1999 fosse riscritto l'art. 111, è oggi sottoposta ad un processo di erosione. Me ne occupo in relazione al processo civile.

È venuto in rilievo, come mai prima, il rapporto tra processo ed economia e non solo per i suoi costi, ma per l'incidenza che la sua durata può avere sui processi produttivi. Infatti, l'Europa, nel momento in cui mette a nostra disposizione i fondi per la ripartenza dopo la pandemia, pone tra le sue richieste quella di un sistema di giustizia rapido ed efficiente. Il problema, pertanto, non è quello o non è soprattutto quello di decisioni "giuste", ma quello di decisioni emesse in tempi "ragionevoli". Ed un sistema di giustizia che non sia in grado di produrre decisioni in tempi ragionevoli e preventivabili finisce con l'essere per definizione non affidabile.

Di fronte a questa richiesta dell'Europa, ci sono alcune possibili risposte.

La prima: incentivare la cd. giustizia "consensuale". Da tempo nel mondo si parla di "soft law" o di "justice douce". È l'altra faccia di chi (ed io fra questi) considera il processo come una malattia e il sistema di giustizia come il rimedio o la cura. È evidente che la propensione alla mediazione, alla conciliazione, alla risoluzione contrattuale del conflitto devono essere il prodotto di un cambiamento profondo della nostra cultura, che, per l'appunto, relega la lite o la controversia giudiziaria tra le risorse estreme. Ed è altrettanto evidente che questo cambiamento, se avvenisse, consentirebbe un grandioso recupero dei valori di solidarietà che rendono forte una comunità. Ciò, tuttavia, dovrebbe avvenire come prodotto di un'adesione spontanea e non come effetto di un'imposizione autoritaria.

Il problema è che questo profondo mutamento culturale è di là da venire e da noi sconta la difficoltà di ridisegnare il ruolo di un'avvocatura pletorica, che si è lasciata crescere ben oltre le effettive esigenze e che è avvezza a considerare il suo ruolo in funzione della controversia giudiziale. Di conseguenza, il mutamento presuppone una trasformazione del ruolo degli avvocati con un processo che non può essere breve e neppure indolore. Del resto, la stessa nostra Carta costituzionale ponendo l'azione in giudizio come strumento indefettibile di tutela dei nostri diritti non favorisce il mutamento, là dove a tal fine ci aiuterebbe una maggiore elasticità sia per ciò che riguarda le forme di tutela sia per ciò che riguarda il monopolio della giustizia affidato in via esclusiva ai giudici ordinari.

La via è, tuttavia, segnata e bisogna pure che si dia inizio al rinnovamento. I tempi, tuttavia, non sono brevi e gli esiti non sono certi. In tale situazione sembra che il nostro legislatore persegua la via delle scorciatoie.

Vengo alla seconda possibile risposta: l'uso delle norme processuali come "deterrente". Oramai, infatti, le riforme delle norme sul rito sono a senso unico: mirano a scoraggiare il cittadino affinché non ricorra ai giudici. Aumentano i costi; sono inserite sanzioni minacciate a chi agisce senza normale prudenza; il

processo è costellato di preclusioni e decadenze contro le quali i primi a dovere protestare dovrebbero essere i giudici. Penso, infatti, che chi sceglie la (delicata, ma tremenda) funzione di giudicare, lo faccia per assolvere ad un istintivo senso di giustizia, che non è di sicuro soddisfatto nel momento in cui amministra un processo pieno di decadenze e di preclusioni che non servono a stabilire chi ha torto o chi ha ragione, ma che lo elevano ad arbitro del mero rispetto delle regole formali.

Le attuali riforme designano un nuovo ruolo del giudice, ben diverso da quello immaginato dai Costituenti: egli non è più chiamato ad attuare la legge (non vorrei equivoci: mi guardo bene dal pretendere che il giudice realizzi la giustizia, quella assoluta, che è nella mente di Dio, e mi basta che la giustizia del caso singolo costituisca pur sempre l'obiettivo da perseguire), ma diviene mero strumento di composizione delle liti, alternativo a qualsiasi altro strumento che sia in grado di conseguire il medesimo risultato. La via delle scorciatoie non è, a mio avviso, una risposta soddisfacente, non sembra in linea con il precetto costituzionale che garantisce un processo "giusto" e non dovrebbe essere condivisa dai giudici, almeno da quelli che ritengono di esercitare una funzione essenziale e non di svolgere un mestiere.

La terza risposta: l'uso dei mezzi che sono messi a nostra disposizione dal progresso della scienza. Nel parlarne, confesso di appartenere ad una generazione che paga la sua inadeguatezza. Quando, sessant'anni fa, ho cominciato a studiare il processo, Virgilio Andrioli, che fu il mio primo maestro e che era stato l'ultimo allievo di Chiovena, mi introdusse alla religione dell'oralità, il cui presupposto era la partecipazione personale del giudice alla costruzione di un processo rapido e immediato. La mia fede prese ad incrinarsi quando, dopo qualche anno, cominciai a collaborare con Corrado Vocino, che fu il mio secondo maestro. Egli mi instillò il dubbio che l'oralità chiovendiana avesse presupposti ai limiti dell'utopia. E fu questa la ragione per la quale, quando negli anni Settanta, si inneggiò al nuovo rito per le controversie del lavoro, sostenendo che realizzava il principio chiovendiano, fui molto cauto, limitandomi a constatare che quel rito si adattava, più di quello ordinario, a controversie di tipo seriale, prevalentemente aventi ad oggetto impugnazione di atti datoriali (erano anche gli anni nei quali si giustificava l'avversione per la collegialità sostenendosi che il giudice unico fosse la maniera migliore per realizzare il rapporto diretto tra il giudice e il cittadino). Esaltare l'oralità come valore appare impossibile perché i presupposti, già in origine assai problematici, sono venuti meno del tutto. Oggi, abbiamo strumenti che ci permettono di lavorare a distanza anche nell'ambito del processo, come abbiamo potuto constatare in questi tempi di pandemia (così che, se un rimprovero possiamo muoverci, è quello di esserci mossi con colpevole ritardo in questa direzione, permettendo che per mesi il Paese fosse in

sostanza senza giustizia). Di più. Ci sono operazioni che le intelligenze artificiali possono fare senza errori e in tempi più brevi di quelli che ci sarebbero necessari. L'uso di questi strumenti paga tuttavia un prezzo. La rarefazione del rapporto umano e personale tra il giudice, le parti, i difensori e gli altri protagonisti del processo rischia di trasformare l'attività del giudice in un routinario disbrigo di pratiche senza una sia pur minima dose di umana partecipazione alla vicenda giudiziaria. L'uso delle intelligenze artificiali rende seriale la controversia, omologando tutto sulla base di criteri precostituiti, facendo eguale ciò che nel caso concreto può contenere elementi di diversità. È, pertanto, necessario un accorto dosaggio tra ciò che è bene ed è utile fare, servendosi degli attuali strumenti di collegamento a distanza e delle intelligenze artificiali, e ciò che invece va conservato all'imprescindibile rapporto personale tra le persone che partecipano al "dramma processuale".

È appena il caso di aggiungere, a mo' di chiusura, che abbiamo di fronte problemi di non facile soluzione e che è fuorviante rapportarli alle cd. degenerazioni del sistema correntizio o ai criteri in base ai quali il CSM effettua le sue nomine. Non dobbiamo confondere problemi interni al corpo dei magistrati con quelli della giustizia in generale. Al cittadino non interessa chi lo giudichi, perché, nel nostro sistema, i giudici sono per definizione tra di loro eguali (avendoli il concorso, novello Procuste, resi tali) e perché il giudicare dovrebbe essere attività vincolata (e comunque, proprio per questa ragione al cittadino è preclusa qualsiasi interferenza nella scelta del giudice o nella predisposizione dei criteri di scelta). Al cittadino, ma soprattutto a chi esercita il potere (anche quello economico) può, invece, interessare che l'azione penale sia affidata ad uno piuttosto che ad altro magistrato, il cui potere di azione (ma si dovrebbe parlare di un "onere", se fosse vero che il suo esercizio è obbligatorio) si basa sul potere di indagine necessariamente discrezionale.

È anche la ragione per la quale della storia della magistratura requirente non ho inteso parlare in questa sede, non volendo, peraltro, oltrepassare i confini e invadere territori che non sono di mia competenza.

Sull'attuale condizione storico-spirituale della magistratura italiana

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La lunga marcia. – 3. La politica dei diritti. – 4. Il primato costituzionale del diritto. – 5. L'abdicazione. – 6. Il “controllo di legalità”. – 7. Le Procure della Repubblica. – 8. La condizione spirituale della magistratura. – 9. La riforma Cartabia. – 10. La legittimazione. – 11. Superare la separatezza. – 12. Proposte di soluzione.

1. Premessa

La magistratura attraversa una fase difficile. Circa i due terzi degli italiani non ne hanno fiducia¹. Ci sono stati certamente momenti peggiori. Durante i governi Berlusconi, dal 2008 al 2011, la sfiducia era condivisa da circa l'80% degli italiani². Ma a differenza del passato, quando la mancanza di fiducia era frutto di campagne di stampa animate da specifici interessi di alcune personalità politiche, oggi le fonti della delegittimazione vengono dall'interno della stessa magistratura. Pesano gli scandali, i conflitti interni, le denunce reciproche, i casi di corruzione, le indagini avviate e condotte con strepito dei mezzi di comunicazione, conclusesi nel nulla dopo danni irrisarcibili alla reputazione e alle risorse finanziarie degli indagati³.

La tesi delle poche mele marce può consolare, ma non riesce a risanare il rapporto con la società. Si tratta certamente di eccezioni. Ma la magistratura

¹ *Il titolo di questo articolo riprende quello di un noto saggio di C. SCHMITT (*La condizione storico spirituale dell'odierno parlamentarismo*). Il parallelismo non va oltre il titolo. L'articolo è destinato agli studi in onore di Fulco Lanchester.

Nel periodo gennaio-luglio 2021 la fiducia nella magistratura era al 29%, mentre quella nel governo era a circa al 33%; nel 2020 si attestava attorno al 38%, mentre quella nei confronti del governo era al 47%; dati cortesemente forniti da Euromedia Research

² Nel periodo 2008-2011 la fiducia ha oscillato tra il 16% e il 20% circa; la fiducia nel governo era invece tra il 60% e il 27%, dati Euromedia Research

³ Indicativo l'articolo di J. HOROWITZ, NYT 29 luglio 2021, *Italy's Mr. Fix-It Tries to Fix the Country's Troubled Justice System and Its politics, Too*.

da sempre presenta sé stessa come istituzione compatta, potere unitario dello Stato e così è concepita dall'opinione pubblica; è perciò inevitabile che oggi la sfiducia coinvolga l'intera istituzione. Lo stesso coinvolgimento, in positivo, c'è stato nei tragici anni degli assassinii dei magistrati, quando la commozione e la solidarietà si riverberavano anche su chi era del tutto estraneo a indagini rischiose. I magistrati esercitano poteri discrezionali nei confronti della vita, della libertà, della reputazione delle persone e delle imprese. Nella indeterminatezza delle leggi, la fiducia resta la principale fonte di legittimazione dell'esercizio di questi poteri. La mancanza di fiducia può produrre la destrutturazione del sistema democratico, per la mancanza di un luogo dal quale si possa costruire un equilibrio tra i diritti e i doveri, oppure la costruzione di un nuovo ordine giuridico basato sul controllo politico o sulla minaccia⁴. In questo articolo tento di indicare il percorso storico e le cause tecnico giuridiche (par. 2, 3, 4), quelle più specificamente politiche (par. 5, 6) e quelle inerenti alla "condizione spirituale" della magistratura che hanno portato alla attuale situazione (par. 7); quindi (par. 8, 9, 10, 11, 12) tento di delineare un via per il superamento delle attuali difficoltà.

2. La lunga marcia

La magistratura ordinaria entrò nell'età repubblicana condizionata da una serie di vincoli che ne limitavano fortemente quella indipendenza⁵ che la Costituzione pienamente garantiva. Sino alla caduta del fascismo l'Esecutivo, attraverso il ministro della Giustizia, disponeva di diversi mezzi di controllo: *a)* il pubblico ministero dipendeva dal ministro della Giustizia; *b)* l'azione penale era obbligatoria, ma il p.m. poteva decidere discrezionalmente di archiviare la notizia di reato; *c)* Il ministro della Giustizia avviava il processo disciplinare e irrogava le sanzioni. *d)* Il ministro della Giustizia orientava l'intervento dei pubblici ministeri e, più raramente, dei giudici, inviando circolari e persino specifiche direttive su singoli processi; *e)* L'inamovibilità, solo dopo tre anni di servizio, era prevista per i giudici e non per i pubblici ministeri. *f)* La polizia giudiziaria era sotto il pieno controllo del ministro dell'Interno.

Le promozioni avvenivano per cooptazione e la progressione economica era legata alla carriera. Questo sistema azzerava la cosiddetta "indipendenza interna"

⁴ Ispirato alla minaccia sembra essere il referendum che propone la responsabilità civile diretta del magistrato.

⁵ V.L.VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 18 ss., dalle quali sono tratte le informazioni contenute in questo paragrafo.

perché consegnava alle Corti d'Appello e alla Corte di Cassazione un potere di controllo praticamente assoluto non solo sulle carriere dei magistrati ma anche sulla giurisprudenza, perché erano promossi al grado superiore solo coloro che nelle sentenze, da presentare obbligatoriamente come titolo, avevano applicato pedissequamente i principî fissati dalla stessa Cassazione.

Di contro, la politica e l'amministrazione erano protette da alcuni "scudi" che limitavano l'intervento giurisdizionale: *a)* i parlamentari godevano dell'autorizzazione a procedere; *b)* i prefetti e i sindaci potevano essere sottoposti a processo penale per atti del loro ufficio solo su una speciale autorizzazione del capo dello Stato, «tranne in caso di imputazione di reati elettorali»; *c)* non si poteva procedere per i reati commessi dalle forze di polizia nel corso del servizio, con uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, senza l'autorizzazione del ministro della Giustizia; *d)* per i casi di testimonianza falsa o reticente, quando le vicende erano coperte da segreto d'ufficio o da segreto di Stato, non si poteva procedere senza l'autorizzazione del ministro della Giustizia.

Vincoli e scudi caddero uno dopo l'altro prima per effetto di decisioni della Corte costituzionale e poi, a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, per una serie di leggi che affrancarono progressivamente i magistrati ordinari da tutti i vecchi condizionamenti. L'ultimo scudo della politica, l'autorizzazione a procedere, cadde nel 1993, in piena Tangentopoli⁶. Parallelamente venivano approvate leggi che aumentavano la discrezionalità del magistrato in settori di grande rilevanza per la società, le imprese e i singoli cittadini: condotta antisindacale, aborto della minorenne, stato di adottabilità del minore, calcolo delle circostanze aggravanti per i reati, provvedimenti restrittivi della libertà personale, nuovo diritto di famiglia.

In sintesi, sono sei le strade attraverso le quali la magistratura, in particolare la magistratura penale, partendo dalla periferia, ha occupato il centro del sistema politico-costituzionale, costituendosi come componente della *governance* del Paese:

- a) l'acquisizione di una piena e assoluta indipendenza dal potere politico, anche nella figura del pubblico ministero e nella disponibilità della polizia giudiziaria;
- b) la possibilità di concorrere al sindacato costituzionale le leggi approvate dal Parlamento;

⁶ L'abolizione avvenne in un clima di forte discredito del Parlamento, per cercare di recuperare (invano) una parte della fiducia persa prima di Mani Pulite. Alla stessa logica obbedì la riforma della norma costituzionale sull'amnistia, L. cost. 1/1992, che ne rese difficile la promulgazione perché richiedeva l'approvazione da parte dei due terzi di ciascuna Camera per il voto su ciascun articolo e per il voto finale. Da allora non sono più state concesse amnistie.

- c) il riconoscimento dell'impegno contro i diversi terrorismi e contro le organizzazioni mafiose insieme alla commozione e alla solidarietà per l'omicidio di magistrati da parte di terroristi e di mafiosi, 24 dal 1971 al 1992;
- d) il consenso per le indagini sulla corruzione, da Tangentopoli in poi;
- e) la titolarità a decidere su ogni tipo di ricorso per il riconoscimento di diritti, presunti o effettivi, e di interessi legittimi (art. 24 Cost.);
- f) La piena autogestione amministrativa attraverso la massiccia presenza di magistrati negli uffici del Ministero della Giustizia e del CSM.

3. La politica dei diritti

Un contributo teorico alla *montée en puissance* della magistratura è venuto dalla cosiddetta politica dei diritti. Si tratta del frutto del neocostituzionalismo, una costruzione giuridica che, in Italia, si è concentrata sul controllo giudiziario del potere politico⁷, assegnando alla magistratura un ruolo prevalente rispetto alle istituzioni politiche. Secondo una delle più autorevoli enunciazioni di questa teoria, la democrazia dovrebbe emanciparsi dal principio dell'onnipotenza del legislatore. Se i diritti dipendessero soltanto dalle leggi, sostiene questa tesi, una maggioranza parlamentare potrebbe cancellarli con un semplice voto di maggioranza; è quindi «lecito parlare di diritti fondamentali anche come valori che hanno uno spazio di propria affermazione indipendentemente dal rapporto con un'autorità che li garantisca o li neghi».⁸

Le differenze tra politica e giustizia nella tutela dei diritti sono profonde. Mentre la politica può non rispondere alle istanze dei cittadini ed è comunque tenuta al rispetto dei vincoli di bilancio, il giudice ha l'obbligo di rispondere e non è tenuto al rispetto dei vincoli finanziari. Il carattere *necessario* della risposta giudiziaria e la sua indifferenza al costo economico della decisione a fronte del carattere *eventuale* della risposta politica e del doveroso rispetto, da parte di quest'ultima, dei vincoli finanziari, rende la prima agli occhi dei cittadini più capace di garantire i diritti individuali. Con una differenza che a volte sfugge: il giudice garantisce il diritto individuale solo al singolo ricorrente mentre le istituzioni politiche lo garantiscono a tutta la collettività.

La politica dei diritti sostiene il riconoscimento, attraverso la giurisdizione ordinaria, di nuovi diritti non previsti dalla legge⁹. Potrebbe verificarsi una eterogenesi

⁷ V. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 36 ss. e bibliografia ivi citata.

⁸ G. SILVESTRI, *Verso uno jus commune europeo dei diritti fondamentali*, Quaderni Costituzionali, n. 1, marzo 2006, 7 ss.

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 64 ss.; si tratta del testo guida della politica dei diritti.

dei fini con il risultato dell'ulteriore indebolimento di quella democrazia che invece si vorrebbe potenziare¹⁰. La politica dei diritti sostituisce infatti la relazione fra sovranità popolare e diritti fondamentali con la relazione tra giurisdizione e domanda di nuovi diritti. È condivisibile la preoccupazione circa le sorti della democrazia, ma le conseguenze vanno nella direzione di una sorta di tecno-giuristocrazia non compatibile con i capisaldi di quella democrazia che si voleva difendere. Questa politica, inoltre, trascura il ruolo dei doveri per la tenuta di quel contesto di civiltà senza il quale i diritti diventano armi che ciascun cittadino, isolato dagli altri, punta contro il concorrente per soddisfare un proprio individuale interesse. Un sistema politico privo di diritti non è una democrazia. Ma una democrazia senza doveri resta in balia di egoismi individuali e conflitti istituzionali, priva dei valori della solidarietà e dell'unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo¹¹. Le magistrature, inoltre, costituiscono una tecnocrazia, i cui abusi per le libertà dei cittadini e la stabilità della democrazia non sono meno pericolosi degli abusi del potere politico. «In base a che cosa, – si è chiesto Gustavo Zagrebelsky, – noi riconosciamo a corporazioni indipendenti il diritto di prendere decisioni collettive, che si riflettono cioè sull'insieme della cittadinanza?»¹².

La politica dei diritti è stata avallata dalla Corte Costituzionale con decisioni del 1994 (n. 443), 1996 (n. 356), 2013 (n. 21) che delegarono al giudice comune il potere di interpretare le leggi ordinarie in forma costituzionalmente corretta. La Corte avvertì che sarebbero state ritenute inammissibili eccezioni di incostituzionalità in relazione a leggi che avrebbero potuto avere una interpretazione conforme alla Costituzione da parte dello stesso giudice comune. A questa tesi conseguiva «una non voluta marginalizzazione (*della stessa Corte, nda*), rispetto a questioni in materia di diritti ad appannaggio quasi esclusivo del giudice comune»¹³ e conseguentemente mutavano i confini della giurisdizione comune (ordinaria, amministrativa, contabile) che veniva assumendo anche funzioni proprie della Corte Costituzionale. Leopoldo Elia segnalò la pericolosità di una sorta di diritto costituzionale libero, affidato alla creatività interpretativa di ciascun giudice, e invitò la Corte a riesaminare la sua posizione¹⁴. Posizione analoga espressa Massimo Luciani, segnalando il rischio di «derive pangiurisdizionaliste che oggi

¹⁰ L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, cit. 41 ss.

¹¹ R. RORDORF, *Magistratura, giustizia, società*, Bari, 2020, 23.

¹² L. CANFORA e G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia*, dialogo a cura di G. PRETE-ROSSI, Roma-Bari, 2014, 104.

¹³ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020, 46 ss.

¹⁴ L. ELIA, Intervento, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e le altre Corti)*, Milano, 2009, 127.

dominano il dibattito scientifico” che mirerebbero a sostituire a un processo “nomopietico democratico, un processo aristocratico”¹⁵. Successivamente la Corte, consapevole dei rischi, cambiò orientamento, sostenendo la necessità della propria valutazione nel merito “pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile”¹⁶.

L'affidamento dei diritti dei cittadini alle tecnocrazie degli avvocati che sollevano questioni e dei magistrati che su quelle questioni decidono, lasciando le istituzioni elettive nel ruolo di comprimari, getta una luce preoccupante sulle possibili trasformazioni dello Stato costituzionale di diritto in una strisciante *Judicial Dictatorship*¹⁷.

4. Il primato costituzionale del diritto

Il cedimento del politico rispetto al giuridico è stato agevolato da un contesto costituzionale che ha sancito sin dall'origine il primato del diritto. Questo primato è dichiarato dalla clausola della immodificabilità della forma repubblicana dello Stato, fissata nell'art. 139 della Costituzione. Il giuridico interviene su “una zona primaria dell'ordinamento”¹⁸, di rilevanza totalmente politica, quale la forma dello Stato. Una eventuale scelta politica antirepubblicana troverebbe pertanto un insuperabile ostacolo giuridico nella Costituzione¹⁹. La scelta non fu pacifica; tanto durante la discussione sulla norma quanto successivamente, si manifestarono forti divergenze circa il carattere solo politico o anche giuridico di quella clausola.

¹⁵ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'«interpretazione conforme a»*, in *federalismi.it*, 8 agosto 2007, 7.

¹⁶ D. TEGA, *La Corte nel Contesto*, cit., 37 e n. 28.

¹⁷ W. QUIRK e R. R. BRIDWELL, *Judicial Dictatorship*, Transaction Publisher, New Brunswick N.J. – London 1993; suggestiva la riflessione di M. DJUKOVIC, *Judicial dictatorship as an instrument of renovated Monroe doctrine*, *Revista de Estudios Internacionales*, vol 2, Nro1, gennaio-giugno 2020, del quale riprendo l'abstract: “*The author analyzes how the United States uses the phenomenon of judicial dictatorship to perform a wave of change of government in Latin America. First, the meaning of the judicial dictatorship is explained. Author then analyzes how judges in individual countries in Latin America usurped their position and directly interfered in political processes. With their unilateral and instrumentalized methods of combating the alleged corruption, judges helped remove the leaders of the pink tide from power and facilitate bringing to their places practitioners loyal to the United States. Special focus is on Brazil, Argentina and Ecuador.*”

¹⁸ C. PINELLI, *La scelta per la Repubblica*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Ricomporre le parti: fratture e continuità nella storia delle istituzioni repubblicane*, numero speciale de *Il Politico*, 2019, I, 25 ss.

¹⁹ Così L. ELIA, *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia* (1949), in AA.VV. *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 12, cit. in C. PINELLI, *op. loc. cit*

Leopoldo Elia trovò un raffinato punto di conciliazione tra le due visioni: “Per impostare con esattezza il problema bisogna rifarsi a concezioni giuridiche, le quali, pur non uscendo dal campo del diritto positivo, sappiano guardare oltre le norme scritte, e, con più viva consapevolezza della realtà storica, si propongano di identificare in una zona più profonda e più remota, i caratteri fondamentali che distinguono tutto un ordinamento; è necessario ricorrere cioè alle recenti ricerche sui concetti di Costituzione e di regime politico”²⁰. “Non si esclude naturalmente, continuò il futuro presidente della Corte Costituzionale, che possa esser mutata per via pacifica o anche apparentemente legale (mediante gli organi e le procedure stabilite dalla Costituzione) la forma repubblicana di governo; si esclude soltanto che si resti nel quadro della vigente Costituzione, che l’atto di revisione possa imputarsi alla fonte giuridica degli atti precedenti, che resti immutato il tipo di Stato: ci troveremmo sempre dinanzi ad una instaurazione di fatto”²¹.

Il primo comma dell’art. 24 della Costituzione conferma il principio della prevalenza del giuridico (“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”) rendendo giustiziabile ogni denuncia di qualsiasi pretesa lesione di diritti o di interessi legittimi. Al fine di delimitare l’intervento della giurisdizione nei confronti degli atti politici, l’art. 7, comma 1, c.p.a. dispone che “non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”. Ma la Corte costituzionale ha ridimensionato la portata della norma. Con sentenza n. 81/2012, nel riconoscere la natura politica della decisione dell’atto di nomina di un assessore da parte del presidente di una Giunta Regionale, la Corte si è autoattribuita anche il potere di sindacare l’atto politico: “Gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall’ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l’ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un’azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell’atto, sindacabile nelle sedi appropriate”.

La prevalenza del giuridico venne ribadita dalle tre leggi costituzionali (1/1948, 1/1953, 2/1967) relative alla giustizia costituzionale. Il dogma liberale

²⁰ L. ELIA, *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia* (1949), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 12.

²¹ L. ELIA, *ibidem*.

della sovranità della legge e del Parlamento si dissolveva nella sovranità della Costituzione e dei suoi giudici²². La legge approvata dal Parlamento sarebbe stata messa in discussione e annullata da un circuito che vedeva la magistratura comune nel ruolo di soggetto attivo e la Corte Costituzionale come giudice finale della conformità alla Costituzione della scelta del Parlamento. La stabilità dell'ordinamento passava dalle mani del Parlamento a quelle dei giudici, dal circuito politico a quello giurisdizionale.

La ragione storica della scelta sta nella reciproca sfiducia delle parti che si contrapponevano in Assemblea Costituente. Una parte, DC e suoi alleati, era legata agli Stati Uniti e all'Occidente; l'altra, PCI e PSI, era legata all'Unione Sovietica; ciascuna dubitava dell'affidabilità democratica dell'altra. Non si sapeva, naturalmente, chi avrebbe vinto nelle prime elezioni politiche, quelle del 1948, ed era in gioco un'alternativa di sistema, non una semplice alternativa di governo. Libertà e diritti avrebbero avuto un assetto diverso a seconda del vincitore, se quello filooccidentale o quello filosovietico. Di qui la costruzione di un Parlamento orientato alla mediazione e non alla decisione e di una magistratura totalmente indipendente dal potere politico, provvista di un potere di decisione che per estensione e profondità non ha pari nel mondo democratico.

5. L'abdicazione

L'indebolimento della capacità strategiche e decisionali delle istituzioni politiche è stato un fattore decisivo per la crescita dei poteri della magistratura. La politica è allo stesso tempo soggetto regolante e soggetto regolato. Detta le regole e deve osservare le regole che ha dettato; pone i confini dell'azione della magistratura e assoggetta sé stessa all'azione della magistratura. Nelle democrazie contemporanee ordinamento giuridico e ordinamento politico sono confinanti; pertanto, ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. È espressione della sovranità della politica la definizione del confine tra i due ordinamenti. Il Parlamento ha il potere di indicare i confini del giuridico attraverso la definizione delle regole per il funzionamento dell'amministrazione della giustizia. I magistrati, applicando quelle regole, limitano il potere politico, dal quale sono indipendenti.

La determinazione del confine è un esercizio proprio della sovranità della politica²³. Quando la politica non esercita questa funzione, come accade in Italia,

²² M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *La Corte Costituzionale*, in L. VIOLANTE (a cura di) *Ricomporre le parti*, cit, 38 ss.

²³ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, 8 ss.

con alterne vicende, a partire dai processi di Mani Pulite, il confine scompare, la confusione tra diritto e politica prevale, il diritto si scioglie in un contenitore di opzioni politiche prive di regole. Se la politica non riesce a svolgere le sue funzioni ordinarie, il diritto e la legge sono destinati al declino con due conseguenze significative²⁴.

La legge diventa sempre più spesso frutto di un approccio ideologico che mette in campo luminosi obiettivi e confusi precetti, esprimendo indirizzi che disegnano non una regola né tantomeno un ordine, ma solo il punto di intesa o di minor conflitto tra le parti. La legge risulta così parte del sistema politico piuttosto che dell'ordinamento giuridico, e conseguentemente usa più la lingua della politica che quella del diritto²⁵.

La politica abdica e cede il campo alla magistratura. Le funzioni ordinarie sono quindi svolte dai magistrati, che, nella loro attività costruiscono più o meno consapevolmente un nuovo ordine, avvalendosi spesso anch'essi nei loro atti della lingua della politica e non della lingua del diritto. Cresce quindi un diritto prevalentemente giurisprudenziale, che nello Stato di diritto chiederebbe una certa vincolatività del precedente. Le Corti maggiori, Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti, consapevoli di questa esigenza e dei rischi di un diritto giurisprudenziale libero, cercano di far prevalere in misura ragionevole il principio dello stare decisis; le magistrature di merito, invece, tendono a rifiutare questo vincolo ritenendolo una lesione del principio di indipendenza²⁶. Entra in crisi la ragionevole prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti dei singoli e delle imprese, che è un corollario del principio di legalità.

Parte delle difficoltà della magistratura nascono quindi dalle difficoltà del Parlamento. Ma si tratta di crisi con esiti diversi. Le difficoltà di funzionamento del Parlamento trovano rimedio in procedure di emergenza, decreti-legge, maxi-emendamenti, emendabilità priva di confini dei testi legislativi, apposizione di questioni di fiducia, monocameralismo di fatto, che sono frutto della adattabilità delle procedure parlamentari e della flessibilità degli strumenti di emergenza. Le

²⁴ E. SEVERINO in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, 34.

²⁵ Leggendo il testo di alcune leggi viene alla mente una nota riflessione di Kirkegaard: il cuoco ha preso il comando della nave e da quel momento dalla cabina del comandante non sono più arrivate indicazioni sulla rotta e sui porti da raggiungere; ogni mattina arriva soltanto il menu del giorno.

²⁶ Il tema del ruolo delle grandi Corti fu affrontato in un Memorandum, proposto dal centro culturale italiadecide e sottoscritto dai vertici delle tre Corti. Il testo del Memorandum con commenti di A. Proto Pisani, G. Scarselli, G. Canzio, A. Carrozza, G. Costantino, G. Ruffini, A. Lamorgese, E. Scoditti, G. Amoroso, F. Patroni Griffi, M. Luciani, S. Cassese, L. Torchia, A. Travi, C. Consolo, A. Cosentino, A. Pajno, G. D'Auria, C.M. Barone, R. Pardolesi, in *Fo.It.* 2018, V, 58 ss.

procedure giurisdizionali sono invece rigide non sono né adattabili, né flessibili; perciò, come tutto ciò che è rigido rischiano di frantumarsi.

È necessario cogliere il senso dei tempi, la direzione di marcia delle nostre, ma società. Siamo, come ha spiegato Papa Francesco, di fronte a un cambiamento d'epoca²⁷. Quello che abbiamo di fronte non è la crisi del diritto; è il diritto della crisi, della cessazione di un ordine e del passaggio verso un ordine diverso del quale non sono ancora noti né tutti i caratteri, né i confini. Il diritto della crisi è costituito dal coacervo di regole, spesso contraddittorie, proprio delle fasi di passaggio, quando le novità premono, il vecchio si dimostra inadeguato e il nuovo fatica ad assumere una fisionomia precisa. Il sistema giuridico barcolla, non riesce a proporre un ordine, accoglie norme incerte nella loro applicabilità, si scompone in frammenti normativi che sfuggono al meccanismo regola-eccezione. Cambia il titolare della sovranità. Sovrano è non solo chi decide nell'emergenza, ma anche chi decide nel disordine. Chi deve estrarre la regola dal disordine normativo, per risolvere casi concreti è investito da una sorta di sovranità che non deriva da una investitura popolare, ma dal ruolo e dal nudo potere che può esercitare. Resuscita la nobiltà di toga ma il Terzo Stato esige con intensità crescente il rispetto dei propri diritti e la verifica del funzionamento di tutti i poteri dello Stato. Una composizione si rende necessaria per evitare il rischio della frattura.

6. Il “controllo di legalità”

Il fondamento filosofico del ruolo salvifico della magistratura penale è stato costruito dalla stessa magistratura, aiutata da alcuni prestigiosi penalisti, attraverso una ardita estensione delle proprie funzioni. Compito del magistrato sarebbe non solo l'accertamento delle *responsabilità penali*, ma anche il *controllo di legalità*, inteso come verifica che la legalità non sia stata violata²⁸. Questa autoinvestitura cozza contro la natura del controllo di legalità che comporta lo svolgimento di attività preventive spettanti, nello Stato di diritto, alla amministrazione e non alla giurisdizione. Si tratta di obbiettivi generici e vastissimi; per perseguirli la pubblica amministrazione, in particolare la polizia amministrativa, dispone di poteri che sono limitati perché gli obbiettivi sono generici. Ispirandosi a questo criterio, il legislatore democratico, correggendo le leggi del periodo fascista, ha

²⁷ V. Il Foglio, 21 dicembre 2019, “*Non siamo più nella cristianità; questo è un cambiamento d'epoca*”.

²⁸ V. ad es. A. PATRONO, *Controllo di legalità e professionalità del magistrato*, Rel. Tenuta al CSM il 21 febbraio 2012, in Magistraturaindipendente.it

ridotto fortemente i poteri di polizia. Il magistrato invece può esercitare, in base alla Costituzione e ai codici, poteri penetranti perché il suo intervento è condizionato dalla finalità, che è precisa e circoscritta. Il magistrato può intervenire soltanto quando c'è la notizia, apparentemente non destituita di fondamento, che un reato è stato commesso. La compressione di diritti fondamentali dei cittadini è possibile nello Stato di diritto solo perché l'esigenza di individuare i responsabili dei delitti prevale sui diritti di libertà. Proprio per questa ragione non è compito del magistrato cercare il reato quando non ne ha notizia: egli, per agire, deve disporre di una «notizia di reato», una notizia attendibile che un reato è stato commesso. Soltanto dopo aver acquisito questa notizia, può agire. L'ampiezza dei poteri concessi al magistrato ha come contrappeso la chiara determinazione delle condizioni che ne giustificano l'esercizio.

La interpretazione estensiva dei poteri del pubblico ministero è agevolata dalla ambiguità della prima parte dell'art. 330 cpp: "*Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa...*". Sembrerebbe che il pm possa svolgere una attività investigativa anche in assenza di una notizia di reato, per *prendere* quella notizia. L'interpretazione sarebbe incostituzionale perché in base alla Costituzione al magistrato spetta l'esercizio della sola funzione giurisdizionale e non anche di quella amministrativa, mentre l'attività di prevenzione è compito della funzione amministrativa. La interpretazione costituzionalmente corretta è stata più volte confermata dalla Corte di Cassazione per la quale presupposto necessario per iniziare le indagini è l'esistenza di una notizia criminis che abbia ad oggetto un fatto specifico idoneo ad integrare gli estremi di reato e dotata di adeguata credibilità. La stessa Cassazione ha tenuto a sottolineare che l'attività diretta ad accertare se un reato sia stato commesso è consentita solo all'autorità di polizia nell'esercizio della propria attività amministrativa di prevenzione e repressione dei reati²⁹.

²⁹ 24. Ad es. "Presupposto necessario perché possano essere iniziate le indagini preliminari è l'esistenza di una notizia criminis la quale per essere tale, deve avere per oggetto un fatto specifico idoneo ad integrare estremi di reato e deve essere dotata, per la fonte da cui proviene, di adeguata credibilità. Pertanto è da escludere che possano essere promosse indagini preliminari non già sulla base di una notizia di reato ma al fine di eventualmente acquisirla, come nel caso di indagini a tappeto ed in forma indiscriminata, dirette ad accertare se eventualmente ipotetici reati siano stati commessi, essendo una tale attività consentita soltanto agli organi di polizia nell'esercizio della propria attività amministrativa di prevenzione e repressione dei reati; attività che, in quanto svolta al di fuori delle norme del codice di rito, va effettuata nel pieno rispetto delle altrui libertà, fatti salvi, ovviamente, gli specifici poteri di accertamento attribuiti da specifiche disposizioni di legge". (Cassazione penale, Sez. III, sentenza n. 3261 del 26 gennaio 1999).

In sintesi: a obbiettivi generici e indeterminati corrispondono ristretti poteri di intervento, quelli che può esercitare la polizia; a obbiettivi ben definiti, ricerca dei colpevoli di un reato, corrispondono poteri della magistratura assai ampi. Il pm, ad esempio, può sequestrare gli atti di un assessorato, di un'azienda o di un privato se ha notizia non palesemente infondata *che un reato è stato commesso*, ma non può sequestrare quegli atti quando manca una notizia di reato, solo per accertare *se un reato sia stato commesso*.

La questione si é posta nel passato anche per le Procure presso la Corte dei Conti. A seguito di alcune polemiche, l'art. 51 del Codice della giustizia contabile dispone oggi inequivocabilmente: "Il pubblico ministero inizia l'attività istruttoria, ai fini dell'adozione delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione erariale, sulla base di specifica e concreta notizia di danno".

La politica ha reagito in forma nevrotica alla anomala estensione dei poteri della magistratura, senza impegnarsi in una ridefinizione dei confini tra ordinamento politico e ordinamento giuridico. Gli intenti punitivi hanno trovato la loro espressione più compiuta nella riforma dell'ordinamento giudiziario proposta dal ministro Castelli (L. 150/2005)³⁰. Questa riforma fu rinviata alle Camere dal Presidente Ciampi per alcuni contenuti ritenuti incostituzionali; venne quindi corretta dal Parlamento e infine, nella Legislatura successiva, fu profondamente rivista dalla cosiddetta riforma Mastella (L. 111/2007). Sono finite nel nulla anche le numerose proposte di commissioni d'inchiesta presentate nella XI, XIII, XIV Legislatura³¹. Nella XVIII Legislatura, dopo lo scandalo Palamara, sono state presentate alla Camera da parlamentari di centrodestra quattro proposte per la istituzione di commissioni d'inchiesta sull'uso politico della giustizia³². Anche queste proposte si sono arenate perché probabilmente, esaurite le esigenze della comunicazione, il mondo politico che le ha presentate si è reso poi conto della complessità della gestione di commissioni di questo genere e delle possibili conseguenze negative nei confronti di tutto l'assetto istituzionale.

Inequivocabilmente diretto a ridimensionare il peso della magistratura, dopo la vicenda Tortora, é stato il referendum sulla responsabilità civile dei magistrati del 1987;

³⁰ Il senatore Luigi Bobbio propose un emendamento al ddl Castelli, dichiaratamente diretto ad impedire la nomina del dottor Giancarlo Caselli a Procuratore Nazionale Antimafia; la norma è stata successivamente dichiarata incostituzionale, ma il dr Caselli non poté comunque ricoprire quell'incarico. La Procura di Palermo, diretta dal dr. Caselli aveva esercitato l'azione penale nei confronti di Giulio Andreotti.

³¹ V. L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit, 109.

³² Pdl Gelmini C.2565, Dal mastro Delle Vedove C.2586, Turri (Lega) C.3012, Bartolozzi (Forza Italia) C 3054; la proposta Gelmini è stata sottoscritta da altri 255 deputati di Forza Italia, Lega e Fratelli d'Italia.

la stessa finalità, dopo la vicenda Palamara hanno tre dei sei referendum sui quali, nel corso dell'estate 2021, si sono raccolte le firme necessarie per avviare la consultazione, dopo le valutazioni della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale³³.

7. Le procure della Repubblica

Nel corpo della magistratura si sono progressivamente differenziate le Procure della Repubblica. Le ragioni stanno nel primato che ha assunto il diritto penale nella nostra società, nella disponibilità diretta della polizia giudiziaria, nella obbligatorietà dell'azione penale, nelle indagini nei confronti di fenomeni di rilevante interesse sociale o politico, nella frequente presenza sui mezzi di comunicazione³⁴. La differenziazione nelle figure di giudice e di pm trova già oggi una consacrazione nell'elettorato attivo e passivo per il CSM. La legge 44/2002 prevede la separazione tra p.m. e giudici sia per l'elettorato attivo che per quello passivo. Del CSM devono far parte dieci componenti che siano giudici di merito e quattro componenti che siano che siano magistrati del PM. I giudici possono votare solo per i giudici e i pm solo per i pm. Questa differenziazione è fortemente sostenuta da vasti settori dell'avvocatura penalistica i quali ritengono che l'eccessiva vicinanza dei p.m. ai giudici sia lesiva della imparzialità del giudice. La preoccupazione è comprensibile ma sembra smentita dalla percentuale di esiti favorevoli all'imputato, circa il 40% dei casi. L'obiezione più radicale ad una ulteriore differenziazione sta nel rischio che il pm invece di integrarsi nella cultura della giurisdizione, possa integrarsi nella cultura della inquisizione, configurarsi come inquisitore indipendente, corredato da una polizia alle sue dipendenze, con rischi gravi per i diritti dei cittadini e per l'equilibrio tra i poteri. Sarebbe un potere indipendente all'interno di un potere indipendente. Un rischio da evitare.

8. La condizione spirituale della magistratura

I fattori indicati nei paragrafi precedenti, tutti diretti alla valorizzazione della componente giurisdizionale della governance, hanno mutato la condizione spi-

³³Il quesito 2 prevede la responsabilità civile diretta dei magistrati, il quesito 3 prevede il diritto di voto sulla professionalità dei magistrati da parte della componente non togata (avvocati e professori universitari) dei Consigli Giudiziari, il quesito 4 prevede la netta separazione delle carriere tra pm e giudici. I quesiti sono stati sottoscritti anche da cinque Conasigli Regionali: Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Sicilia, Umbria, Veneto.

³⁴ M. DONINI, *Crisi della giustizia e ruolo politico della magistratura penale. Quando si cerca il potere perché non si vuol fare il diritto*, *Questione Giustizia*, 5 aprile 2021.

rituale della magistratura. Per condizione spirituale si intende il complesso dei valori identitari della professione, l'idea che quella istituzione coltiva del proprio ruolo nella Repubblica e del suo modo di porsi nei confronti della società³⁵. Settori della magistratura hanno progressivamente concepito sé stesse non come parte della democrazia, ma come protettori della democrazia nei confronti di supposti complotti, nati nella società, nel mondo del business, nei servizi di sicurezza. La politica, secondo questa impostazione sarebbe o imbellè o corriva. La magistratura ha certamente difeso la democrazia da gravi pericoli, con rischi e lutti, ma questo impegno non può costituire il presupposto per autoattribuirsi una funzione generale di protezione. All'autorità giudiziaria spetterebbe non l'accertamento della responsabilità penale per singoli reati, ma il conseguimento di una finalità generale, la lotta alla corruzione, alla mafia, all'immigrazione clandestina, attraverso il perseguimento di persone che rientrano nelle figure del tipo di autore. Il P.M. o il giudice diventano magistrati di scopo: devono punire, duramente, il guidatore sbadato, per ammonire tutti i guidatori, devono sanzionare il politico o il pubblico funzionario accusati di malversazione perché rientrano nel tipo d'autore configurato dal populismo, devono assolvere il cittadino che ha ucciso il ladro. La punizione viene ad assumere tanto una funzione vendicativa quanto una funzione risanatoria, perché l'espulsione dal sistema pubblico di chi rientra nelle categorie sospette avrebbe l'effetto miracoloso di cancellare le disfunzioni. Se poi le disfunzioni permangono è segno non che la cura era sbagliata ma che non si è punito abbastanza e quindi che bisogna rendere le pene più pesanti, i controlli più penetranti, i commissariamenti più diffusi³⁶. Sembra che la società abbia perso l'idea che debba essere governate dalla politica, anche perché la politica (a differenza dal secolo scorso) sembra aver rinunciato all'idea che la sua funzione sia quella di dirigere la società, soppiantando questa idea con l'altra per la quale la società dev'essere assecondata. I partiti e le istituzioni politiche dovrebbero assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai social network. Figlie singolari di questo clima sono state le iniziative di due sostituti procuratori della Repubblica, il dr. Di Pietro e il dr. Ingroia, che rispettivamente nel 1998 e nel 2013, dopo aver lasciato la magistratura, hanno fondato due partiti politici, Italia dei Valori e Rivoluzione Civile, di modesta fortuna, entrambi ispirati al primato della denuncia penale nell'azione politica. Altre volte la

³⁵ Per il concetto di condizione spirituale nel senso di *geistige*, T. WURTENBEGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica tedesca*, 1965, 39ss; M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, Cassazione Penale, fasc.5, 2016, 1853B ss

³⁶ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, passim

magistratura penale³⁷ ha rivestito il ruolo di esercito di riserva della politica: sono stati magistrati provenienti dalle Procure della Repubblica il primo capo dell'autorità anticorruzione, l'assessore alla legalità del comune di Roma, dopo la scoperta delle corruzioni nella città, il sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Puglia; viene dagli uffici della procura di Napoli uno dei candidati a sindaco della città, e dagli uffici della Procura Generale di Roma una candidata a vicesindaco della città (elezioni comunali dell'autunno 2021).

Alla dilatazione concettuale e pratica del ruolo della magistratura, soprattutto di quella penale e, all'interno di questa, delle Procure della Repubblica, non ha corrisposto, all'interno della istituzione, un parallelo sviluppo dei temi relativi alla responsabilità e all'etica della professione. La magistratura preferisce trattenersi sulla indipendenza e sugli attacchi che all'indipendenza sembrano muoversi da parte del mondo politico. Si tratta di giuste e condivisibili preoccupazioni. Ma la difesa della indipendenza sarebbe più convincente se accompagnata da altrettanto impegnate riflessioni sulla responsabilità e l'etica della professione.

Non vanno sottaciuti alcuni sforzi. Ad esempio, sono lodevoli le pratiche di autoregolazione di alcune procure della Repubblica in materia di conferenze stampa, intercettazioni telefoniche, avvisi di garanzia. La Procura Generale presso la Corte di Cassazione sta concordando con le Procure Generali criteri di massima in materia di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Nella stessa direzione si muovono le richiamate innovazioni introdotte nella Cassazione, nel Consiglio di Stato e nella Corte dei Conti per migliorare l'efficienza e la qualità delle decisioni. Si tratta tuttavia di iniziative che nel corpo della magistratura soffrono di diffidenza.

La giustizia è potere e servizio, ma la seconda dimensione, quella del servizio, sembra fortemente indebolita nella attuale cultura professionale del magistrato. Spero di non esagerare se sostengo che in molte vicende si rivela l'assenza di una educazione civile adeguata al ruolo. È sembrato a volte che una parte della magistratura sia precipitata negli stessi vizi che sono contestati ai faccendieri e al personale politico dei partiti e delle istituzioni, addirittura con immedesimazioni nella volgarità della lingua e nei comportamenti più disdicevoli.

9. La riforma Cartabia

La riforma del processo penale elaborata dalla Commissione Lattanzi e proposta, con alcune variazioni, dalla Ministra Cartabia affronta alcuni nodi decisivi del processo penale, ma corre il rischio di non conseguire i risultati previsti se

³⁷ Si tratta, in prevalenza, di pm.

non si interviene anche sulla formazione della magistratura che quella riforma deve applicare.

Oggi la punizione comminata dal giudice del dibattimento consiste nella determinazione del numero di anni durante i quali il condannato sarà chiuso in un luogo separato dalla società. In questa separazione sta l'essenza della pena, mentre c'è un generale disinteresse per la vita in carcere. Quel condannato potrebbe essere mandato dall'amministrazione penitenziaria in un carcere fatiscente, dove manca persino l'acqua corrente, o in un carcere modello, dove ci sono celle singole, offerte di lavoro, occasioni di formazione culturale. Per il giudice del dibattimento è tutto uguale. La riforma rovescia questa prospettiva perchè assegna al giudice del dibattimento un compito diverso da quello di puro misuratore della durata della pena. Nei casi non gravi, il giudice dovrà favorire con misure concrete la ricostituzione del legame tra condannato e società, spezzato dal delitto. La Repubblica guadagnerà un cittadino; la criminalità perderà un suo potenziale manovale. L'estensione della non punibilità per la particolare tenuità del fatto, anche attraverso la valutazione della condotta tenuta dopo il reato, comporta la non inflizione della pena per le violazioni lievi per le quali si sia già manifestata respiscenza. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato valorizza la giustizia riparativa. L'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi direttamente da parte del giudice che pronuncia la condanna, evita al condannato il passaggio dal carcere, oggi necessario.. Queste innovazioni richiedono un giudice capace di valutare la personalità dell'imputato, di bilanciare il livello della responsabilità e la possibilità di ricostruire un rapporto positivo con la società e con le vittime del reato. Questo giudice è più vicino al modello del giudice minorile che a quello del tradizionale tribunale ordinario e ha bisogno di una formazione adeguata al nuovo ruolo.

10. La legittimazione

Tutte le grandi istituzioni hanno bisogno di una continua legittimazione perché l'esercizio delle loro funzioni deve essere inteso dalla comunità come essenziale per il proprio benessere. La legittimazione si conquista con fatica e si perde con facilità. Non è data una volta per tutte. Proprio per questo va continuamente coltivata anche nella vita quotidiana. Per le istituzioni che non si fondano sulla rappresentanza politica, come appunto la magistratura, la legittimazione, parafrasando quanto ha scritto Enzo Cheli a proposito della Corte Costituzionale³⁸, si

³⁸ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 16 ss

fonda sulla Costituzione e poi anche sulla storia e sulla cultura politica e giuridica del paese, sull'autorevolezza dei precedenti, sulla trasparenza degli argomenti, sul rispetto delle parti e degli argomenti ex adverso. La Costituzione prevede che i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con *disciplina e onore* (art.54). La disciplina non equivale all'ossequio formale per le leggi, né si appiattisce nella responsabilità disciplinare; significa autocontrollo, discrezione, competenza, adempimento puntuale dei propri doveri in coerenza con i valori che la Costituzione assegna alla giurisdizione. Il concetto di onore integra quello di disciplina. Significa acquisire rispetto e autorevolezza, riconoscimento del significato della funzione che si esercita. Occorre, inoltre, saggezza³⁹, categoria che consiste nelle modalità con le quali si esercitano le funzioni, nella forma e nel contenuto delle motivazioni, nel rispetto dei limiti e dei doveri, nelle modalità del rapporto con i mezzi di comunicazione e con le parti. Onore, disciplina, saggezza, consapevolezza delle responsabilità connesse all'esercizio della giurisdizione sono i capisaldi che possono valorizzare le grandi riserve di competenze e dignità già presenti nella magistratura e orientare i comportamenti dei magistrati più giovani.

11. Superare la separatezza

Oggi la magistratura è tornata ad essere un "corpo separato"⁴⁰. I due punti di governo, CSM e Ministero della Giustizia, sono gestiti in grande prevalenza da magistrati, che compongono per i due terzi il CSM e occupano tutte le responsabilità significative nel Ministero della Giustizia. Sono magistrati tutti i segretari e tutti i componenti del servizio studi del CSM. Un sistema di questo tipo finisce necessariamente, per le leggi che regolano i corpi separati, di diventare asfittico, di avvitarci su sé stesso con il rischio di isolarsi e di autodistruggersi. Il CSM ha cercato di compensare l'autoreferenzialità con criteri di un barocchismo esasperato. La procedura per la copertura di un posto significativo si apre con una domanda, accompagnata da un'autorelazione e dal deposito di documenti e titoli. Su questo dossier si esprime il capo dell'ufficio con una relazione che deve tener conto di tutti gli elementi formalizzati in numerose circolari del CSM. L'intero

³⁹ Q. CAMERLENGO, *La saggezza della Corte Costituzionale*, Riv. Trim. di Dir. Pubblico, 2011

⁴⁰ Lo era certamente negli anni Cinquanta e Sessanta; ha smesso di esserlo a partire dagli anni Settanta, sull'ondata delle riforme e dell'impegno sui grandi fenomeni criminali; è tornata ad esserlo negli anni più recenti in seguito alla mancanza di riforme adeguate al nuovo ruolo dei magistrati e al peso anomalo delle correnti dell'ANM, che hanno chiuso nel proprio circuito interno le decisioni più rilevanti del CSM, a volte tentando di interferire anche su procedimenti in corso.

dossier è esaminato dal Consiglio Giudiziario in una seduta alla quale partecipano, senza diritto di voto, i rappresentanti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. Il Consiglio Giudiziario esprime a sua volta una relazione molto dettagliata che viene letta dall'interessato. Se non emergono osservazioni, la relazione è trasmessa al CSM. La competente Commissione del CSM, la Terza o la Quinta a seconda dei casi, esamina tutte le domande con i rispettivi fascicoli, vota e predispone una o più delibere. Una delibera può comprendere anche centinaia di pagine se concorrono più candidati. La delibera o l'insieme delle delibere va al plenum che discute in seduta pubblica e l'intera discussione è trasmessa da Radio Radicale. Il voto è pubblico. Nessun'altra procedura è così complessa nella amministrazione pubblica e nessuna, forse, è tanto soggetta a ricorsi. Un ambasciatore o un prefetto potrebbero essere nominati con una procedura analoga? Con la seduta del Consiglio di Amministrazione del Ministero degli Esteri o del Ministero dell'Interno trasmessa alla radio? La concreta inidoneità della procedura a garantire quella correttezza che si prefiggeva è dimostrata da libri scritti da componenti del CSM⁴¹ e dalla frequente riforma delle decisioni da parte della giustizia amministrativa. Si è confusa la controllabilità con la pubblicità; si è cercato di acquisire una credibilità pericolante attraverso una esasperata minuziosità procedurale che fornisce appigli di ogni genere per rimettere tutto in discussione. Queste minuziosità barocche dovrebbero cedere il passo a un governo interno fondato su procedure lineari, coerenti con le alte funzioni della istituzione e caratterizzate da forme di autorevole verifica esterna.

12. Proposte di soluzione

Va discussa una soluzione non solo per consolidare un ruolo costituzionalmente corretto della magistratura, ma anche perché emergono nuove domande di giustizia che richiedono una magistratura autorevole. Permane infatti la fiducia che il diritto possa continuare ad orientare i comportamenti della comunità, a prevenire e risolvere i conflitti, a ristorare la lesione dei diritti. C'è anzi un paradossale eccesso di fiducia nella giustizia e nel processo, in particolare nel processo penale al quale si ricorre per qualsivoglia esigenza. Colpiscono le file di parenti di vittime di gravi tragedie che si presentano nelle aule dove si celebrano i processi, indossando magliette con l'immagine delle vittime per chiedere non giustizia ma la condanna degli imputati. Sembrerebbe che in una società larga-

⁴¹ N.Nappi, *Quattro anni a Palazzo dei Marescialli*, Roma, 2014; A. Sallusti, L. Palamara, *Il sistema*, Milano, 2021

mente secolarizzata, quella funzione consolatoria del dolore che era assunta sino al recente passato dalla fede religiosa, dalla speranza di un Altrove pacificato, si sia laicamente e tragicamente convertita in domanda di pena, di inflizione di sofferenza come compensazione della sofferenza patita.

Occorre attingere la legittimità non solo dal riconoscimento del valore dell'etica della professione, ma anche da una nuova forma del governo interno che rompa il cerchio dell'autoreferenzialità e connetta la magistratura ai valori del nostro tempo. La democrazia contemporanea non tollera circuiti di potere chiusi in sé stessi. Occorre individuare connessioni che non tocchino l'indipendenza ma valorizzino le responsabilità.

Sarebbero opportuni tre interventi, uno di attuazione costituzionale e due, invece, di riforma costituzionale.

Il primo riguarda l'elezione dei componenti del CSM. L'art.104 della Costituzione, settimo comma, stabilisce che i membri elettivi del Consiglio durano in carica 4 anni; pertanto, non scade l'organo, ma scadono i singoli componenti che abbiamo compiuto il quadriennio. La norma può trovare una interessante applicazione nelle prossime elezioni che si terranno nel 2022. Sei dei suoi componenti magistrati si sono dimessi per effetto delle rivelazioni di Luca Palamara e uno per raggiunti limiti di età; i sette sono stati sostituiti da altrettanti magistrati. A questo punto il quadriennio non scade per tutti nello stesso giorno perché l'entrata in funzione di alcuni è stata diversa da quella degli altri. Quindi le prossime elezioni dei magistrati, che si terranno nel luglio 2022, non dovrebbero riguardare tutti i componenti, ma solo quelli eletti nel luglio 2018. Gli altri verrebbero eletti alla scadenza del loro quadriennio. Una applicazione corretta della Costituzione favorirebbe la rotazione dei componenti, come accade per la Corte Costituzionale, la sdrammatizzazione delle elezioni, la sedimentazione delle prassi e, con il tempo, quando il quadriennio "personalizzato" scatterà anche per i componenti laici, il superamento del differenziale di conoscenze pratiche tra togati e laici.

Il primo intervento innovativo riguarda la nomina del vicepresidente del CSM. Oggi il vicepresidente è eletto tra i laici componenti del CSM. La sua elezione è il primo atto di ogni consiliatura. I laici sono 8 e i togati sono 16; per l'elezione sono necessari i voti di un numero rilevante di magistrati. I candidati, che devono essere laici, si incontrano quindi con i loro colleghi magistrati membri del CSM per concordare una sorta di agenda degli impegni che, qualora eletti, assumerebbero nel corso del quadriennio. Nella trattativa hanno un peso rilevante le correnti dell'ANM. Il candidato viene eletto se c'è il consenso delle correnti (tutte o alcune) sul programma concordato. Ogni consiliatura si apre quindi con una negoziazione, naturalmente riservata, che è destinata a condizionare in misura più o meno vincolante gli aspetti più significativi dell'attività dell'organo. Quella trattativa darà poi origine ad accordi successivi altrettanto riservati. Per rompere

questi condizionamenti sarebbe necessario evitare l'elezione del vicepresidente, che è poi vice del Presidente della Repubblica. La soluzione potrebbe consistere nella designazione da parte del Capo dello Stato di personalità dotata di adeguati titoli, ad esempio quelli per accedere alla Corte Costituzionale. Si eviterebbe così un condizionamento "concordato" tanto inevitabile quanto improprio sull'attività di chi ha il compito di sostituire il Capo dello Stato al vertice della istituzione.

Il secondo intervento costituzionale riguarderebbe la costituzione di un'Alta Corte, composta da personalità con le stesse caratteristiche richieste per accedere alla Corte Costituzionale, che sia giudice di primo e di secondo grado nei confronti di tutte le decisioni, disciplinari e amministrative non solo del Csm, ma anche dei consigli di presidenza della giustizia amministrativa e di quella contabile. La Corte potrebbe essere composta per un terzo da magistrati delle tre giurisdizioni, per un terzo da eletti dal parlamento, per un terzo da designati dal Presidente della Repubblica. Insomma, una Corte per il ricorso in prima e seconda istanza nei confronti degli organi di governo interno di tutte le magistrature, ordinaria, amministrativa e contabile. Questa Corte potrebbe giudicare in sezione in primo grado e in plenum in grado di appello, seguendo il modello della CEDU.

Le misure legislative, queste o altre, non hanno effetti taumaturgici. Tuttavia innovazioni che girino pagina segnando l'avvio di un tempo nuovo possono favorire la crescita di un nuovo costume professionale e la ripresa di un rapporto di fiducia tra società e magistrati.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

