

*dsg*

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

6

*Nella stessa collana:*

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola e Ludovica Poli, 2010.

MAGISTRATURA  
E DEMOCRAZIA ITALIANA:  
PROBLEMI E PROSPETTIVE

*a cura di*

STEFANO SICARDI



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Il volume è stato pubblicato nell'ambito e con il contributo del Ministero dell'Università PRIN 2007 - Titolo del Progetto Nazionale «Magistrature, giurisdizioni ed equilibrio istituzionale (MaGIE) - Coordinatore Nazionale Prof. Roberto Toniatti. Titolo della ricerca locale «La responsabilità politica dei magistrati fra ius dicere ed equilibri istituzionali» - Responsabile Prof. Alfonso di Giovine*

SICARDI, Stefano (*a cura di*)  
Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive  
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino  
*nuova serie*, 6  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010  
pp. VIII+336; 24 cm  
ISBN 978-88-495-2004-0

---

© 2010 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
00185 Roma, via dei Taurini 27

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)  
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

*Nel ricordo di Giorgio Lombardi*



# Indice

STEFANO SICARDI, <i>Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana</i>	1
ALFONSO DI GIOVINE, <i>Potere giudiziario e democrazia costituzionale</i>	31
STEFANO SICARDI, <i>Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario</i>	57
GIORGIO SOBRINO, <i>La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria e le sue implicazioni istituzionali, tra legge 150/2005 e legge «Mastella»: un'altra occasione mancata?</i>	103
STEFANO SICARDI, <i>Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007</i>	183
LUCA IMARISIO, <i>La libertà di espressione dei magistrati tra responsabilità disciplinare, responsabilità deontologica ed equilibri del sistema informativo</i>	209
GIORGIO SOBRINO, <i>Esercizio dell'azione penale, responsabilità disciplinare ed avocazione: un intreccio «a rischio» di imbarazzanti sospetti (alcune notazioni «di sistema» a margine di un'emblematica vicenda catanzarese)</i>	273
<i>Elenco degli Autori</i>	331





*Percorsi e vicende del Terzo Potere  
dallo Stato liberale allo Stato costituzionale:  
da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*

di Stefano Sicardi

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. La collocazione della Magistratura negli equilibri costituzionali della modernità: differenze, sviluppi, crisi, problemi aperti. - 2.1. Il contesto inglese. - 2.2. Il contesto americano. - 2.3. Il contesto europeo continentale, specie di derivazione francese. – 3. Magistratura e pubblico ministero. – 4. Il modello europeo continentale ed i suoi problemi: evoluzione e questioni aperte. – 5. Due spinosissime questioni: quale legittimazione e quale responsabilità per l'attuale ruolo dei magistrati e delle Magistrature?

1. *I termini del problema*

Il rapporto della Magistratura con gli “altri” poteri<sup>1</sup> è, da sempre, questione assai delicata e controversa, mai sopita e mai definitivamente sistematizzata e, in alcuni difficili tornanti istituzionali, destinata ad assumere toni incandescenti.

E infatti, tributati negli ultimi due secoli i rituali omaggi alla ben nota tripartizione (peraltro costruibile in modi tra loro molto diversi) o, comunque, all'esigenza di assicurare garanzie di indipendenza ai titolari dell'attività giurisdizionale, ci si è poi ripetutamente chiesto: la Magistratura ha davvero da essere un potere come tutti gli “altri”? Ed il cosiddetto “Terzo Potere” è ancora, come aveva a suo tempo affermato Hamilton, *the Least Dangerous Branch*<sup>2</sup> o invece, già in

<sup>1</sup> Nelle pagine che seguono si concentrerà l'attenzione, come di regola avviene, per esigenze di delimitazione del tema e di conoscenza degli argomenti affrontati, sulla Magistratura “ordinaria” (anche rispetto alla posizione del pubblico ministero). Si è peraltro consapevoli dell'importanza che, tanto sul piano storico-istituzionale, quanto rispetto all'esame del presente, rivestirebbe una trattazione che estendesse l'indagine al ruolo giocato negli equilibri istituzionali dalle Magistrature speciali: se è impossibile, nelle pagine che seguono, muovere in tale direzione, ci si trova di fronte ad un nodo problematico che meriterebbe una maggiore attenzione rispetto a quella sin qui dedicatagli.

<sup>2</sup> Proprio su questo interrogativo imposta la sua trattazione S. BARTOLE, *Il magistrato e l'ordine giudiziario: è ancora la magistratura «the least dangerous branch»?*,

passato periodicamente bollato e temuto come assai pericoloso (fino all'evocazione del "governo dei giudici"<sup>3</sup>), dovrebbe oggi – come non pochi pensano – essere adeguatamente e nuovamente "neutralizzato" (espressione dai plurimi possibili significati) e quindi ammesso nell'impianto costituzionale solo ove costituisca qualcosa di "meno" degli "altri" poteri? E da dove verrebbe la "pericolosità" del terzo potere e cosa gli difetterebbe, gli impedirebbe di rivendicare la parità rispetto agli altri? E, infine, ancor più radicalmente: la Magistratura deve essere un potere?

Attribuzioni e loro misura, collocazione nel sistema complessivo, legittimazione della Magistratura e dei suoi membri, sono questioni che costantemente si ripropongono proprio in quelle forme di Stato (la liberal-rappresentativa, prima, la democratico-costituzionale, poi) che hanno inteso riconoscere *all'attività/funzione giurisdizionale* (variamente disegnata e delimitata, ma comunque caratterizzata da un riconoscibile "nocciolo duro") una *rilevanza costituzionale specifica*, connessa con la necessità di presupporre, per coloro che la esercitano e, sempre più, per il corpo o i corpi di cui essi fanno parte, garanzie di indipendenza. Ciò al fine di assicurarne la genuinità delle esplicazioni; al fine, quindi, di presidiare il connotato di imparzialità/terzietà<sup>4</sup> del giudice, ritenuto (anche prima dell'età moderna) connatu-

in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori principi del regime repubblicano. 3. Legalità e garanzie*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 399 ss.

<sup>3</sup> Espressione resa celebre dal saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi* (1921), trad. it. Milano, Giuffrè, 1996.

<sup>4</sup> *L'imparzialità* si definisce in relazione sia «alle modalità con le quali il soggetto in questione affronta la controversia» (in senso oggettivo o funzionale), sia «come una qualità del soggetto stesso», in modo che esso fornisca «adeguate garanzie di agire imparzialmente» nella sua risoluzione. In tal caso, «una condizione personale e soggettiva si traduce nell'attesa di una particolare prestazione, caratterizzata da imparzialità» (imparzialità in senso soggettivo) È stato, peraltro, ulteriormente e giustamente affermato che «colui che decide imparzialmente non resta neutrale tra i contendenti e i loro contrastanti interessi: decide *a favore* di qualcuno e *contro* qualcun altro, anche se la sua decisione matura sulla base di un atteggiamento disinteressato ed equanime, ove i contendenti e i loro interessi sono *in partenza* posti su un piano *paritario*. Colui che resta neutrale, al contrario, decide di non decidere», un «"non interventismo"» (che può significare «anche, più semplicemente, *indifferenza*») tale da poter divenire l'opposto dell'imparzialità, lasciandosi che prevalga il più forte. L'imparzialità «trova il suo primo fondamento nell'*uguaglianza* di fronte alla legge», ma la si è anche ricollegata ad altri riferimenti costituzionali – agli artt. 24, 25, 101 Cost.; più di recente, poi, all'esplicito richiamo nel nuovo testo dell'art.111 Cost. – (N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2006, 85-86, 91 ss., corsivi nel testo).

Si parla poi di *terzietà* in diverse accezioni. Quale «caratteristica del giudice nel

rato allo *ius dicere*, talora anche prevedendosi la tutela di attività ad esso funzionalmente collegate pur se con esso non coincidenti (si pensi alla pubblica accusa).

Tutto ciò si è iscritto, da più di due secoli, nell'esigenza di sottoporre i singoli e le entità associative (compresi, attraverso un più tardo ed accidentato percorso, i pubblici poteri) al diritto (nell'ottica, in senso lato, della parola d'ordine dello "Stato di diritto") o, se si vuole, in termini generali, nell'opzione per il "governo delle leggi" rispetto al "governo degli uomini".

Quanto precede, peraltro, non si colloca, come è noto, nel quadro di una evoluzione pacifica ed incontrovertita, ma, invece, annovera impostazioni di portata assai differente ed il riproporsi nel tempo di momenti assai critici di confronto e di riassetto.

È opportuno quindi formulare alcune considerazioni – assai sinteti-

*processo*, come soggetto distinto dalle parti», cioè propria dell'organo giudicante e non del pubblico ministero (N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 103 corsivi nel testo), venendo la terzietà a costituire un carattere «elementare» della giurisdizione, un aspetto dell'imparzialità che le è propria o una nozione volta ad integrare la definizione di imparzialità (in proposito F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Commento all'art. 105 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *La Magistratura, II*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1986, 31, che richiamano, per quest'ultima impostazione, A. CAPACCIOLI, *La terzietà del giudice*, in *Critica Giudiziaria*, 1976, 9). Si ha terzietà, nell'accezione maggiormente corrente del termine, quando appunto il giudice «si pone come terzo disinteressato tra due parti interessate al conflitto, allo scopo di decidere il conflitto medesimo», la terzietà costituendo «il *proprium* della giurisdizione»; in tal caso «l'attenzione non si focalizza sull'attività in sé e per sé, ma sulla posizione reciproca dei soggetti (parti in contrasto, giudice terzo), dalla quale deriva il modo più accentuatamente garantistico di attuare le norme» (G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 21 ss.). Diversamente, si ritiene che «la terzietà riguard[i] il piano ordinamentale e l'organizzazione degli uffici, mentre l'imparzialità concerne la funzione esercitata nel processo» (P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2005, 51). La Corte Costituzionale parrebbe orientata a non assegnare alla terzietà un significato autonomo rispetto all'imparzialità (l'«imparzialità... non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio». Così C. cost., 131/1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 1139 ss., in particolare 1146, punto 3.1 in diritto). Si fa comunque giustamente notare che la terzietà potrebbe differenziare i giudici dagli altri dipendenti pubblici (anch'essi vincolati all'imparzialità) e dal pubblico ministero (N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 102-103; in consimile prospettiva, di recente, G.U. RESCIGNO, *Note sull'indipendenza della Magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 363 ss., in particolare 383 ss., il quale afferma che «la terzietà non si esaurisce nella imparzialità, ma la presuppone direttamente. Se sei terzo devi essere anche imparziale, ma puoi essere imparziale senza essere terzo» (*ivi*, 385).

che e necessariamente incomplete – su alcuni aspetti delle vicende e degli sviluppi appena considerati (richiamandoci ai tradizionali contesti occidentali nei quali ha avuto modo di esplicarsi la funzione giudiziaria), al fine di sottolineare i profili che, nel dibattito attuale, sono al centro dell'attenzione e raccordarli con i saggi contenuti nella presente raccolta.

## 2. *La collocazione della Magistratura negli equilibri costituzionali della modernità: differenze, sviluppi, crisi, problemi aperti*

### 2.1. *Il contesto inglese*

Nel contesto inglese la posizione ed il ruolo dei giudici è il frutto di un millenario processo che dal costituzionalismo medioevale, attraverso passaggi anche assai delicati e drammatici, si prolunga in quello moderno. I giudici inglesi conquistano nei secoli uno spazio proprio e garantito (facendo grande attenzione a non allargarlo e, in particolare, a non dare l'impressione di allargarlo), assumendo il ruolo di guardiani, prima, della *lex terrae* e della sfera della *iurisdictio* e, poi, della sua evoluzione, costituita dalla *Common Law* e dalla correlativa difesa dei tradizionali diritti dei sudditi. Questa collocazione del *Judiciary* a difesa della “costituzione inglese” e delle garanzie che essa assicura ne fonda la legittimazione, che persiste fino ad oggi, rafforzata dalla qualificazione professionale (e dagli alti stipendi) attraverso la tradizionale osmosi con l'avvocatura pur in relazione al reclutamento di competenza governativa, di recente peraltro mitigato dalla istituzione di un apposito organo indipendente<sup>5</sup>.

Il collegamento (non vissuto in forme brutali) con il potere governativo (di recente oggetto di innovazioni di notevole rilievo<sup>6</sup>) e

<sup>5</sup> In proposito, anche, in particolare, rispetto alle incisive innovazioni degli ultimi anni, J.M. JACOB, *I giudici inglesi*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia d'Europa*, Bologna, il Mulino, 1997, 67 ss.; P. LEOPOLD, *La struttura della Magistratura britannica e la Costituzione*, in S. GAMBINO (a cura di), *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, 273 ss., specie 277 ss. e 281 ss.; M. MAZZA, *Il potere giudiziario*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE e G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 921 ss., in particolare 929 ss.

<sup>6</sup> Si pensi alle valutazioni da operare a seguito dell'eclissi della figura del Lord Chancellor: in proposito A. TORRE, *Il nuovo Department for Constitutional Affairs: una “bomba a grappolo” nell'ordinamento britannico*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 106 ss.; R. RESTA, *Il Lord Chancellor: una deroga al principio della separazione dei poteri?*, in A. TORRE e L. VOLPE (a cura di), *La Costituzione britannica/The British Constitution* (Atti del Convegno della Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, 29–30 maggio 2003), II, Torino, Giappichelli, 2005, 1077 ss.

con il potere legislativo (tramite – per molti secoli – i *Lords* giudiziari) hanno contribuito ad assicurare al *Judiciary* una relativa tranquillità, sapientemente gestita anche attraverso la diffusa adesione a criteri ermeneutici tranquillizzanti, non poi così lontani da quelli tradizionalmente utilizzati in Europa continentale<sup>7</sup>.

Oggi è in atto un delicato processo di ulteriore avvicinamento del *Judiciary* almeno a certi stilemi del giudice continentale degli Stati a costituzione rigida, attraverso: 1) l'istituzione, nel 2005, e l'insediamento, nel 2009, della *Supreme Court*, che prende il posto, come giudice di ultima istanza, della *House of Lords*; 2) l'incremento nel numero dei giudici professionali (cioè non onorari), non più solo provenienti dai *barristers* ed il profilarsi di un possibile percorso di avanzamento in ambito giudiziario, in passato assente<sup>8</sup>; 3) il riferimento – al di là, almeno per adesso, delle non ancora eclatanti ma nemmeno sottovalutabili conseguenze – a parametri sovra legislativi prima insussistenti o comunque non così tematizzati (si pensi all'*Human Rights Act* del 1998, che introduce nel diritto inglese il parametro costituito dalla CEDU<sup>9</sup>); 4) la competenza sui conflitti conseguenti all'applicazione della normativa sulla *devolution*<sup>10</sup>. Semmai il *Judiciary* è stato criticato, nello scorso secolo, per un eccesso di conservatorismo sul piano giurisprudenziale e caratterizzato da un «modesto pro-

<sup>7</sup> In proposito P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche/Sez. Civile*, X, Torino, Utet, 1993, 32 ss., in particolare 36 ss. Si può ancora ricordare che William Blackstone, come è noto il massimo teorico dell'onnipotenza parlamentare nell'Inghilterra del Settecento, elaborò una concezione prettamente dichiarativa del diritto (non corrispondente a ciò che, nella realtà, accadeva ed accadrà nei paesi – non solo – anglo-sassoni); una teoria, quindi, precettiva e non descrittiva, che, peraltro, ancor oggi è frequentemente espressa dai giudici e da autorevoli giuristi inglesi. È stato pure fatto rilevare, richiamandosi all'impostazione di H.W.R. WADE, che in Inghilterra «è ancora largamente diffusa l'idea che i giudici siano i puntuali esecutori della legge e che la loro attività sia del tutto priva di creatività e, a maggior ragione, di rilievo politico. A fondamento di questa credenza è il principio, ora diventato in buona misura un mito, della sovranità del Parlamento» (M. CHITI, *Introduzione* a A.G. GRIFFITH, *Giudici e giustizia in Inghilterra*, trad it. Feltrinelli, Milano, 1977, cit., 5).

<sup>8</sup> Cfr. G. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 59-60 e, per le vicende iniziali di tale processo, F. CASSELLA, *La riforma dei Legal Services nel Regno Unito*, in *Dir. Soc.*, 1993, 267 ss.

<sup>9</sup> Si tratta di un passo di non poco conto, anche se il giudice inglese non può invalidare o disapplicare la legge contraria allo *Human Right Act* ma solo far presente, tramite una «dichiarazione di incompatibilità» il contrasto, restando liberi Parlamento e Governo di dar seguito o meno e nel modo da loro ritenuto più opportuno alla segnalazione appena ricordata.

<sup>10</sup> Opportunamente richiamano questi ultimi due aspetti G. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura*, cit., 55-56.

filo... conservato fino a tempi recenti», che potrebbe però essere corretto, a seguito degli elementi di novità prima ricordati, almeno in parte, in futuro<sup>11</sup>.

## 2.2. *Il contesto americano*

La situazione americana si caratterizza per condividere, ovviamente, il ceppo della *Common Law* e quindi il carattere giurisprudenziale di gran parte (sia pure decrescente nel tempo) del diritto e, soprattutto, il ruolo del giudice che ne consegue sul piano interpretativo; ma se ne distacca per: a) l'influenza della concezione illuministica del Giudiziario<sup>12</sup> (assente in Gran Bretagna); b) la coesistenza, fin dall'inizio, di una pluralità di giurisdizioni (federale e statali<sup>13</sup>); c) i diversi sistemi di reclutamento, di provenienza governativo/parlamentare o popolare (attraverso l'elettività)<sup>14</sup>; d) il rapporto che si istituisce – dai

<sup>11</sup> G. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura*, cit., 64 ss. Si veda, per il ruolo della Magistratura inglese nella seconda metà del secolo scorso A.G. GRIFITH, *Giudici*, cit. *passim*.

<sup>12</sup> Si veda, emblematicamente, ne *Il Federalista*, n. 78 (A. HAMILTON) – in M. D'ADDIO e G. NEGRI (a cura di), *Il Federalista*, trad. it. Bologna, il Mulino, 1980, 583 –, il richiamo a Montesquieu, suggellato dalla ripresa della celebre frase “Non potrà mai esservi libertà se il potere giudiziario non sarà separato da quello legislativo e da quello esecutivo”.

<sup>13</sup> Più in generale, per una recente innovativa collocazione, in prospettiva comparata, della problematica giudiziaria in un contesto multilivello, G.F. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>14</sup> Le procedure di reclutamento si sono poi articolate, a livello federale, con la nomina presidenziale previa conferma del Senato, ed a livello statale prevalentemente nelle forme dell'elezione diretta, variamente configurata (G. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura*, cit., 72-73). Ciò apre una serie di problemi sia in relazione al carattere più o meno intensamente rappresentativo dei giudici americani, sia alle loro garanzie di indipendenza. La scelta dei giudici federali anche sulla base delle appartenenze politiche viene bilanciata dal fatto che «i giudici federali vengono nominati a vita e sono praticamente inamovibili. Detto altrimenti, l'influenza del sistema politico si manifesta, ma tende ad esaurirsi, con l'atto di nomina. Le qualificazioni professionali e le competenze dei candidati hanno comunque una parte tutt'altro che trascurabile nel processo di scelta, comprovata anche dal prestigio che circonda la magistratura federale». Le cose si presentano in termini diversi a livello statale, ove «una delle forme di reclutamento più diffuse resta l'elezione diretta con mandato a termine», tramite consultazioni o esplicitamente *partisan*, cioè nelle quali le candidature sono patrocinate dai partiti politici, o comunque da questi ultimi fortissimamente condizionate (elezioni *non partisan*). Anche in tal caso, peraltro, sono previsti una serie di meccanismi volti a depotenziare nel tempo il carattere politico-rappresentativo dell'elezione: «molti Stati hanno adottato i cosiddetti *merit plans*, il cui obiettivo consiste nel rafforzare la selezione fondata sul merito professionale senza d'altra parte recidere ogni canale tra il giudiziario e i poteri rappresentativi... Le candidature vengono formulate da un'apposita commissione – composta da giu-

primordi<sup>15</sup> – tra giudici, Costituzione e legge, in relazione al quale essi sono chiamati a giudicare della conformità di quest’ultima rispetto alla *Paramount Law*, in quanto le Corti «sono state designate ad essere organo intermedio tra il popolo e il corpo legislativo al fine, tra l’altro, di mantenere quest’ultimo nei limiti imposti dal suo potere», senza che ciò implichi la superiorità del Giudiziario rispetto al Legislativo, presupponendo soltanto «che i poteri del popolo siano superiori ad ambedue; e che laddove la volontà del Legislativo, manifestatasi con leggi, dovesse contrastare quella del popolo, espressa dalla Costituzione, i giudici dovranno essere ossequienti a quest’ultima piuttosto che alla prima»<sup>16</sup>.

Insomma, qui il giudice deve rispettare sì le leggi (federali e statali) ma si trova, sin dall’inizio, “di fronte” e non inesorabilmente “sotto” la legge, come invece avviene nel modello che maggiormente ha caratterizzato l’Europa continentale; nel contesto americano l’influenza di Montesquieu (pur come poco sopra si è visto, ben presente) si è fin dall’inizio dovuta correlare, perdendo gran parte dei suoi connotati, con il rapporto tra Costituzione scritta/rigida, leggi e giudici proprio dell’esperienza statunitense<sup>17</sup>.

Tutto quanto precede ha fatto del *Judiciary* americano un attore, quanto mai variegato ed articolato, dei processi di *Policy Making*. Ciò ha costituito, nel tempo, oggetto di «un animato dibattito fra gli stu-

dici, avvocati e cittadini – e raccolte in una lista che di regola include da tre a cinque nominativi per ogni carica vacante. Nell’ambito di tale lista il governatore provvede poi a nominare il giudice con un mandato non inferiore ad un anno. Decorso tale termine, il giudice deve infine sottoporsi ad un referendum popolare, la cui posta è rappresentata dalla conferma in carica per un periodo di tempo che è solitamente piuttosto lungo» (Per quanto precede C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, il Mulino, Bologna, 1997, 31-32. Si veda pure, in precedenza, L. STURLESE, *L’indipendenza dei giudici degli Stati degli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1970).

<sup>15</sup> Si ricordi ancora *Il Federalista*, n. 78 (A. HAMILTON), in M. D’ADDIO e G. NEGRI (a cura di), *Il Federalista*, cit., in particolare 584 ss.

<sup>16</sup> *Il Federalista*, n. 78 (A. HAMILTON), cit., 585.

<sup>17</sup> «I diritti, in quanto patrimonio soggettivo indipendente, costituivano i singoli come soggetti attivi originari e sovrani e così rendevano possibile l’atto di delega costituzionale, fondando il *Government* e, in esso, il potere legislativo. La legge... derivava dai diritti»; da questo quadro «conseguita un atteggiamento verso la legge che – a differenza della Francia rivoluzionaria – era di cautela. Mentre là dalla legge ci si attendeva ogni bene», negli Stati Uniti «vi si vedeva un male potenziale, che doveva essere neutralizzato. La concezione individualistica dei diritti come patrimonio naturale portava alla diffidenza verso le assemblee onnipotenti nella quali si perdono le coscienze individuali» ed all’opzione per la «*balanced constitution*» (per quanto precede G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 69 e 72, corsivi nel testo).



diosi e fra gli stessi giudici»<sup>18</sup> e non è stato vissuto né come uno scandalo, né come un vanificarsi della *differentia specifica* tra il Giudiziario e gli altri poteri. Si è significativamente affermato che i giudici statunitensi, su cui il sistema istituzionale scarica le contraddizioni sociali (evidenziate dal contrasto tra tolleranza dei principi e intolleranza dei costumi) sono chiamati, quali esponenti della *majoirity rule*, ad operare un bilanciamento tra le regole proprie di quella e la protezione del dissenso. Tra le ragioni della maggioranza e quelle del dissenso si instaura un confronto in sede giurisdizionale che rifugge dagli schemi di ragionamento sillogistico dei paesi di tradizione giuridica europeo continentale, dovendosi dimostrare – in una prospettiva empirica, proiettata sulla “giustizia del caso concreto” – di volta in volta se e perché prevalgano le ragioni della maggioranza. I limiti del riconoscimento del dissenso si paleserebbero «quando il dissenso è o sembra sufficientemente diffuso e comunque non marginale [tanto] da farsi avvertire come contropotere, sia pure potenziale». E si è ancora ricordato che il giudice elettivo, tipico degli Stati degli Stati Uniti, «possiede un certo grado di autonomia, a destra e a sinistra degli indirizzi governativi, che riflette un più diretto contatto con la base elettorale da cui proviene»<sup>19</sup>. In questo quadro vanno collocate le riflessioni relative al “ruolo politico” giocato dai giudici<sup>20</sup>, una dimensione che deve essere correttamente inquadrata e non può essere meccanicamente trasposta (pur considerando i processi di trasformazione in essi in atto) nei contesti europeo-continentali.

### 2.3. *Il contesto europeo continentale, specie di derivazione francese*

Lo Stato liberal-rappresentativo europeo continentale (nel cui alveo si colloca ovviamente anche l'esperienza del nostro Paese), in particolare nella sua versione francese, si costruisce, in relazione al potere giurisdizionale, sulla discontinuità<sup>21</sup> rispetto all'organizzazione del

<sup>18</sup> C. GUARNIERI, *L'indipendenza della Magistratura*, Padova, Cedam, 1981, 172 ss.

<sup>19</sup> Per le due citazioni che precedono nel testo, rispettivamente, G. AMATO, *Sistema giudiziario e dissenso sociale*, in *Pol. del Dir.*, 1972, 301 ss., e R. CANOSA e G. FEDERICO, *La Magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, il Mulino, Bologna, 1974, 454.

<sup>20</sup> Si pensi alle concezioni statunitensi proprie della *political jurisprudence* che considerano i giudici innanzitutto come attori politici (C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, cit., 60, che richiama M. Shapiro e P. Weiler; Più ampiamente C. GUARNIERI, *L'indipendenza della Magistratura*, Cedam, Padova, 1981, 41 ss.).

<sup>21</sup> Le affermazioni che seguono non intendono assolutamente negare la celebre impostazione di A. de Tocqueville sulle continuità, i travasi, i trasporti (ad alcuni dei quali ci si richiamerà anche più oltre) che in generale intercorrono, implicita-



corpo giudiziario, ai connotati e modi di esercizio della sua funzione e, prima ancora, rispetto alla sua collocazione nel più generale impianto delle istituzioni.

Nel tardo e declinante assolutismo francese i magistrati, sia in relazione ai compiti svolti (dai *Parlements*, con le correlative attribuzioni, che facevano di quei corpi un sorta di contropotere nei confronti del sovrano), sia in relazione al loro status sociale e professionale (elevato – *noblesse de robe* –, protetto dalla venalità ed ereditarietà delle cariche, e foraggiato dalle *épices*), avevano assunto da tempo una posizione di notevole eminenza e rilievo, in un quadro concettuale cui era estraneo il canone della separazione dei poteri. Proprio la sua teorica affermazione, a seguito delle ideologie e degli eventi rivoluzionari, coincide però con un generale ribassamento del ruolo del Giudiziario e dei suoi componenti, che resterà un tratto distintivo, come è noto, del modello francese e di quelli che da esso trarranno ispirazione.

Il nuovo potere rivoluzionario (da proiettare nel periodo napoleonico, che certe impostazioni porta a compimento) teoricamente non può che sposare la teoria della separazione (in versione peraltro assai attenuata, ponendo, sotto il Legislativo, “due Esecutivi”<sup>22</sup>, uno dei quali peraltro si manterrà sempre forte – l’Esecutivo/Amministrazione –, mentre l’altro verrà reso assai debole – il Giudiziario –) ma, in realtà, non vuole robusti contropoteri, come d’altronde ben si può constatare, in particolare negli ultimi due secoli, in tutti i casi in cui irrompono sulla scena forze politiche nuove (o che si reputano tali), le quali intendono esercitare una profonda opera di trasformazione delle istituzioni e del diritto, marcando i tratti di “novità” rispetto a chi le ha precedute. Tali forze, ritornando in specifico alla Francia della Rivoluzione, privilegiano concezioni monistiche – della rappresentanza e della sovranità – e hanno come scopo – lo si è appena accennato – quello di modificare profondamente l’ordinamento giuridico, dai principi alle regole (anche se, in relazione ai contenuti, non mancheranno i transiti dalle passate elaborazioni giuridiche alla nuova legislazione) ed al modo di porle e produrle, secondo criteri di drastica semplificazione del panorama delle fonti, di razionalità e certezza. In questo quadro – che raggiunge il suo compimento nel

mente ma non meno chiaramente, tra Antico Regime ed assetti post rivoluzionari; esse si riferiscono ad alcuni aspetti salienti della problematica giudiziaria in relazione alla quale una serie di discontinuità invece paiono indubbie.

<sup>22</sup> Questa concezione verrà poi specificamente tematizzata nel contesto francese: si ricordino le considerazioni di R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese* (1933), trad. it., Milano, Giuffrè, 2003, in particolare 48 ss.

periodo della codificazione napoleonica – i magistrati non devono frenare e controllare ma obbedire al nuovo sovrano, eseguirne in via giudiziaria la volontà.

Da qui si consolida il modello francese<sup>23</sup>: la Magistratura diviene organizzazione burocratica all'interno dell'apparato statale, presidiata dal Ministro competente (il Guardasigilli), i rapporti interni si modulano sugli schemi di carriera (e di controllo sul personale) tipici dei corpi amministrativi, salvo la blanda concessione di alcune garanzie di indipendenza (soprattutto funzionale), in omaggio al canone della tripartizione. In questo contesto il ruolo del giudice «post-giacobino»<sup>24</sup> è quello dell'esecutore, non “di fronte”, ma inesorabilmente

<sup>23</sup> Esprimendo una serie di caratteristiche che si ritrovano in un più generale modello continentale (cfr. L.M. DIEZ PICAZO, *Il modello europeo di magistratura: un approccio storico*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere*, cit., 23 ss.). L'assetto affermato in Germania presenta molti tratti comuni, ma anche elementi di differenziazione: da un lato si deve tener conto del frazionamento politico, prima, e del federalismo, poi, che caratterizzano la situazione tedesca (ne richiama gli effetti sulla problematica del pubblico ministero C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1992, 55-56) e che rompono il carattere prettamente centralista dell'assetto francese; dall'altro lato si deve considerare il mancato affermarsi in Germania di teorie dell'interpretazione di carattere strettamente legalistico od esegetico – anche a seguito della tardiva codificazione del diritto –. Come tratto comune si deve semmai ricordare lo spiccato carattere burocratico della Magistratura tedesca e la mentalità di ossequio all'autorità costituita – ben più forte, peraltro, che in Francia –, specie nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento. La cesura col passato caratteristica del dopoguerra (in relazione a tutti i problemi di garanzia costituzionale) è stata poi, comprensibilmente, in Germania, incomparabilmente più drastica che in terra francese. Si ricordi ancora, in relazione ai contesti francese e statunitense, che se il costituzionalismo americano sottolineò, anche per le caratteristiche della Guerra d'Indipendenza, «la valorizzazione massima dei diritti dei cittadini anche contro il Parlamento... la Francia rivoluzionaria si rivoltò non contro un Parlamento, ma contro il re e i suoi giudici. Conseguentemente in Francia la rottura rispetto al passato fu caratterizzata dalla costituzione di un Parlamento onnipotente e dal riconoscimento di una sorta di laica sacertà delle sue leggi. I diritti sarebbero stati tutelati dal Parlamento e garantiti dalla legge. In America diverranno centrali i cittadini e i loro diritti; in Francia diverranno centrali il Parlamento e le sue leggi» (L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, 13-14). Per un'acuta ricostruzione dei modi di concepire la figura del giudice nello scenario della cultura europea vedi M. LA TORRE, *Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il Rechtsstaat tedesco*, in *Sociol. Dir.*, 1999/2, 37 ss.

<sup>24</sup> Per questa espressione G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, 44. Su una paradigmatica vicenda di “neutralizzazione” del Giudiziario attraverso la positivizzazione delle regole sull'interpretazione, vedi V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Napoli, Jovene, 2009. Nella prospettiva di «collegare il profilo più strettamente ermeneutico, proprio dell'attività del giudice, a quello funzionale, legato, cioè, all'organizzazione del potere giudiziario», D. BIFULCO, *Il giu-*

“sotto” la volontà sovrana espressa dalla legge (per la verità, nel periodo napoleonico, espressione di assemblee nemmeno elette); di qui il tentativo (peraltro, come è poi sempre avvenuto, illusorio) di “braccarlo stretto”, ancorandolo alla “lettera” della legge stessa (*école de l'exegèse, référé législatif* e, da qui, *Tribunal de Cassation*, sorto, come è noto, *aupres du Corp Législatif*, per difenderlo dai giudici<sup>25</sup>), levandogli quel potere di “*interpretatio*” che in precedenza aveva fatto dei giudici – in assenza di regole specifiche – i veri signori del diritto<sup>26</sup>.

dice è soggetto soltanto al «Diritto». Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli, Jovene, 2008, 3 e 16. *Ivi* (cap. I) significative considerazioni sul precedente giudiziario nei sistemi di *Common* e *Civil Law*, in collegamento, più in particolare, con l'art. 101 Cost.

<sup>25</sup> Più di un secolo dopo l'operazione si ripeterà con il *Conseil Constitutionnel*, sorto per difendere il potere governativo dagli abusi parlamentari, anche qui con esiti diversi dalle intenzioni iniziali. Ancor sempre magistrale, in relazione alle vicende ricordate nel testo, risulta la trattazione di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920, specialmente capp. XIX, XX, XXI (481 ss.).

<sup>26</sup> Più specificamente (richiamo, in proposito, anche il mio *Percorsi del diritto dalla modernità al mondo contemporaneo*, in AA.Vv., *Ideologie, linguaggi e valori alle soglie del Duemila*, Farigliano, Milanostampa, 2001, 67 ss., in particolare, 87 ss.), i principi sull'*interpretatio* nel diritto comune (ricostruiti sulla base degli orientamenti presenti all'inizio del XVIII secolo) distinguevano il *casus legis* (il caso deciso dalla legge) – cioè l'esistenza di una legge (atto del sovrano, consuetudine, statuto, testi romani del *corpus iuris*) espressa e chiara sul punto in questione – dall'assenza del *casus legis*. Nella prima ipotesi si diceva che la legge era “autorità necessaria”, cioè criterio vincolante per la decisione, e non poteva essere contrastata con raziocinii o ragioni o con altre autorità. Ma ove non si fosse in presenza di un *casus legis*, entravano in campo le cosiddette “autorità probabili”. Quindi «una legge che non sia chiara ed espressa sul caso non può deciderlo per sé come criterio vincolante o assoluto di decisione (come “autorità necessaria”): sarà essa stessa oggetto di dubbio o di interpretazione, e in questa “decideranno”, sia pure in modo non vincolante, i dottori e i tribunali, mediante un concorso (o una dialettica) di autorità e ragioni», peraltro espressione di principi legali e non solamente naturali. «Insomma, al di fuori del *casus legis*, del “caso deciso dalla legge”, l'interprete, dottore o tribunale, godeva di una grande libertà, purché l'*interpretatio* fosse fondata su quelle ragioni obiettive» (G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 122 ss., in particolare 115-116). Va quindi sottolineato che, nella prospettiva del diritto comune, l'*interpretatio* era ammessa *in mancanza* di una legge espressa e chiara, la cui presenza costituiva un limite al suo dispiegarsi, nel senso che «si subordinava alla fonte della *lex*, la fonte dell'*interpretatio*». In questo quadro il detto “*in claris non fit interpretatio*” non era una banalità, come invece appare oggi (Rispettivamente, per quanto citato nel testo, U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 1999<sup>2</sup>, 5 e G. GORLA, *op. cit.*, 117). Al di là quindi del *casus legis* essa acquistava una incisività e una ricchezza di tecniche che il significato di interpretazione affermatosi tra la fine del Settecento e l'Ottocento ha oscurato («Mentre i giuristi moderni, più fedeli al significato letterale della parola, intendono per interpretazione soltanto quell'attività rivolta alla comprensione della vo-

Qui il potere rivoluzionario e post rivoluzionario troverà un grande alleato nelle formule montesquieviane incasellate nella nuova realtà istituzionale.

In un tale contesto svaporano i problemi della legittimazione del Giudiziario e della responsabilità dei giudici. Il potere giurisdizionale si fonda sul portare ad effetto la volontà dei rappresentanti racchiusa nelle fonti che i suoi membri sono tenuti, il più possibile senza fronzoli, ad eseguire; tale potere non ha bisogno di alcuna peculiare forma di legittimazione (meno che mai “dal basso”), costituendo (come, sulla carta, quello amministrativo, destinato peraltro, in Francia, a ben diverse fortune) un essenziale specifico anello dell’esecuzione “a cascata” della volontà sovrana<sup>27</sup>. In questo quadro il problema della responsabilità viene risucchiato dai tradizionali mezzi di controllo propri delle burocrazie (con qualche concessione all’attenuazione di aspetti della gerarchia incompatibili con i connotati dello *ius dicere*). La legittimazione rappresentativa è assicurata dai poteri politici, la responsabilità si gioca all’interno dei meccanismi di controllo burocratico.

Il trascorrere del tempo – lasciandone in piedi le coordinate teoriche – si incaricherà però di ammorbidire il rigore iniziale di questo modello: i giudici – senza troppi clamori – si riappropriano dei loro spazi interpretativi e la *Cour de Cassation* sempre più detterà il diritto in luogo di proteggere la lettera del legislatore o la sua storica volontà. Ed in Francia il potere politico, a sua volta, in un contesto di ripetuti *bouleversements* costituzionali, si premunirà da un personale giudiziario di cui più non si fida attraverso una serie di epurazioni, che hanno punteggiato la storia istituzionale di quel paese<sup>28</sup>.

lontà attraverso la sua espressione, i giuristi antichi, più aderenti al valore sostanziale dell’*interpretatio*, vi comprendono tutta quanta l’attività intellettuale diretta alla elaborazione dell’ordinamento, e quindi non soltanto la spiegazione, ma anche la integrazione della norma»; così N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1938, 8); e ancora: «“interpretatio” non significava tanto attribuzione di significato a documenti, come l’attuale “interpretazione”, quanto il prodotto dell’attività della dottrina e dei giudici, in assenza di *lex*: dove per “lex”, a sua volta, non s’intendeva solo la legislazione statale, ma tutte le fonti allora concorrenti con questa, come la consuetudine e il diritto romano» (M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, 31).

<sup>27</sup> Rispetto ad una più generale ricostruzione del paradigma positivista/legalista, si ricordi la recente pubblicazione del saggio di P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>28</sup> Sulla riuscita epurazione repubblicana del 1883, già tentata nel 1871 (che portò all’allontanamento di 611 giudici sui 2447 allora in servizio, considerati inaffidabili per le loro simpatie monarchiche), L. MONTANARI, *Il governo della Magistratura in Francia*, Padova, Cedam, 1998, 10 ss. Per un richiamo alle epurazioni del 1830, del 1940 e dopo la Liberazione della Francia, C. CHARLE, *Magistratura e politica in*

### 3. Magistratura e pubblico ministero

All'impianto appena ricordato si affianca la sistematizzazione di quel personale pubblico che svolge funzioni non giudicanti, ma requirenti. Esso, nel modello francese (altrove non sarà così<sup>29</sup>) viene mantenuto soggettivamente nell'ordine giudiziario, ma, sul piano funzionale, pressoché integralmente attratto (in ragione delle attribuzioni che svolge, non repute di natura giurisdizionale) nella posizione del personale amministrativo-burocratico, alle dirette dipendenze dell'Esecutivo in relazione all'esercizio dell'azione penale e privo di quelle (pur blande) garanzie di indipendenza lasciate ai giudici, in omaggio ai connotati di terzietà da assicurare loro. Il che non vale invece per i pubblici ministeri (titolari, in questa prospettiva, di una potestà punitiva da considerarsi assimilabile alle esigenze di conservazione e protezione demandate agli apparati amministrativi) e, specie in alcuni contesti storico-istituzionali (Francia, Italia nel corso dell'Ottocento), posti in posizione di condizionamento e sorveglianza rispetto alla Magistratura giudicante, in considerazione dell'esercizio discrezionale dell'azione penale (a sua volta controllato dal Governo) e del potere di iniziativa disciplinare (non solo su impulso ministeriale) nei confronti dei giudici.

Anche nel modo anglosassone, va subito detto, la posizione del personale che svolge funzioni requirenti non viene assimilata in punto garanzie a quella dei giudici, con implicazioni e conseguenze però molto diverse dal modello francese.

In Inghilterra, ove non si è comunque mai rinunciato all'azione privata, si è assistito tardi alla costituzione di una struttura nazionale della pubblica accusa (alla fine del XIX secolo, con la creazione a Londra del *Director of Public Prosecution* e con la previsione, un secolo dopo, di un'organizzazione che ha fortemente ridimensionato – ma non eliminato – le tradizionali competenze della polizia in tema di azione penale, il cui esercizio, peraltro spesso, in giudizio, viene

*Francia nei secoli XIX e XX*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere*, cit., 215 ss., in particolare 216-218. Un aggiustamento meno drastico dei rapporti tra potere politico e giudiziario nell'800 (che si proietterà sul futuro italiano di tali rapporti) lo si ritrova nelle vicende piemontesi successive all'approvazione dello Statuto (in proposito P. PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della Magistratura nello Stato liberale. Il Piemonte e lo Statuto (1848-1851)*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, 1975, 535 segg).

<sup>29</sup> Mi permetto di rinviare a S. SICARDI, *Ordine Giudiziario e separazione delle carriere: pareggiamento o differenziazione delle garanzie di indipendenza?*, relazione tenuta al Seminario interdisciplinare organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Roma, 08-06-2009, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Problemi attuali della Giustizia in Italia*, Napoli, Jovene, 2010, 49 ss.

delegato a professionisti privati). La configurazione attuale, con le linee guida delle politiche penali nelle mani dell'*Attorney General*, ministro tecnico a cui risponde il *Director of Public Prosecution*, vede una struttura della pubblica accusa sì dipendente dal potere esecutivo, ma in relazione alla quale sia l'omogeneità dei valori propri del personale (tratto dall'avvocatura), sia un significativo *self restraint* nell'esercizio dei poteri "più pesanti" (quali il veto all'azione penale) attenuano il carattere indubbiamente gerarchico della struttura della pubblica accusa inglese<sup>30</sup>.

Negli Stati Uniti le cose, come è noto, si sono atteggiare in termini assai diversi, anche se anche qui i rappresentanti della pubblica accusa non sono assimilati ai giudici. Pure in relazione al personale requirente si deve tener conto delle diversità indotte dall'articolazione federale ed, analogamente a quanto riscontrato per i giudici, può dirsi che in «gran parte degli Stati i capi degli uffici sono di nomina elettiva e godono pertanto di notevole autonomia rispetto alle altre istituzioni, anche nei confronti dell'*Attorney General* statale. I capi degli uffici federali... sono nominati dal Presidente ma devono essere confermati dal Senato»; hanno un mandato quadriennale (e spesso non mantengono a vita, per loro scelta, l'impiego) e possono essere revocati anticipatamente dal Presidente. Il quadro complessivo comporta che il personale del pubblico ministero goda di notevole autonomia (pure in relazione ai poteri discrezionali relativi all'esercizio dell'azione penale), collocandosi «nell'ambito di un sistema politico e giudiziario fortemente policentrico, in cui la capacità dell'esecutivo federale di influenzare il sistema della pubblica accusa è ridotta dalle prerogative degli Stati e dal fatto che, anche a livello federale, mancano gli strumenti che un assetto burocratico può offrire; i capi degli uffici spesso godono di un sostegno politico proprio e gli altri funzionari tendono con facilità a passare ad altre occupazioni. A livello statale i capi degli uffici sono quasi sempre elettivi e non vi sono rapporti gerarchici fra i vari uffici»<sup>31</sup>.

Si tratta insomma di esperienze maturate e sviluppatasi in contesti del tutto diversi da quello europeo-continentale; se è opportuno sinteticamente richiamarle è invece a quest'ultimo che bisogna nuovamente rivolgersi, per vederne le successive evoluzioni e trasformazioni.

<sup>30</sup> C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura*, cit., 61-63; vedi pure, in precedenza, C. GUARNIERI, *Pubblico Ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984.

<sup>31</sup> C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura*, cit., 73-74.



#### 4. *Il modello europeo-continentale ed i suoi problemi: evoluzione e questioni aperte*

Si è visto come in Europa continentale la Magistratura sia oggetto di un processo di accelerata burocratizzazione (a differenza di quanto avvenuto, e con soluzioni diverse, in area anglosassone) che si fonda, nel contesto francese, sulla legittimazione derivante dal compito di esecuzione della volontà legislativa, a sua volta legittimata dal carattere rappresentativo (in termini sia pur molto diversi tra loro nel tempo) degli organi che la legge producono; e, in area tedesca, su quella proveniente dall'esercizio di una delle fondamentali ed indefettibili funzioni dello Stato (volta ad assicurare la supremazia del diritto), affidata ad un corpo funzionari specializzati<sup>32</sup>.

Peraltro – dovendosi comunque sottolineare che l'insistenza sull'obbedire alla volontà legislativa va collocata in un contesto nel quale, non di rado, i magistrati, per estrazione sociale ed orientamento ideale, erano tenacemente attaccati ai principi del "vecchio ordine" – gli "elementi di criticità" del modello europeo-continentale verranno progressivamente al pettine, in un crescendo che muove dalla fine del XIX secolo e si dipana fino ad oggi. Si pensi: a) alla caduta del mito del diritto legislativo e della correlata concezione meramente esecutiva dell'attività giurisdizionale (anche in connessione con il sopravvenire delle Costituzioni rigide); b) alla progressiva conseguente trasformazione del ruolo del giudice e della Magistratura all'interno delle liberal-democrazie<sup>33</sup> (si vedano in proposito le articolate considera-

<sup>32</sup> C. TOMMASI, *Giudici, giustizia e potere politico. Sulla storia della magistratura tedesca dall'età dell'assolutismo alla fondazione del Reich*, e B. DÖLEMEYER, *Da dipendente statale a «ingegnere sociale». L'immagine del giudice sotto la monarchia asburgica nella seconda metà del XIX secolo*, ambedue in R. ROMANELLI (a cura di), *Magistratura e potere*, cit., rispettivamente 169 ss. e 197 ss.; in particolare, sul retroterra culturale, M. LA TORRE, *Il potere ambiguo*, cit., 63 ss.

<sup>33</sup> Si ricordi quanto affermato, nell'ambito di una peculiare impostazione, da M. LA TORRE, *Il potere ambiguo*, cit., 76, corsivi nel testo: «La tradizionale diffidenza verso giudici e giuristi, la trasformazione della libertà politica in libertà negativa, la mondanizzazione e burocratizzazione del potere politico, ed infine la visione romantica e/o aggregativa della decisione sovrana, sono i fattori che determinano il paradigma del giudice "cinghia di trasmissione" Che è comune tanto all'ambito culturale francese quanto a quello tedesco. È un paradigma decisionistico che si impone. In un tale paradigma, una volta stabilito che il giudice è mera "bocca della legge", l'unica razionalità concessa alla decisione è quella *logica*: la corrispondenza al testo ed alla volontà della legge e l'assenza di contraddizioni interne. Nel paradigma deliberativo invece, che è una delle opzioni in discussione nel dibattito illuminista, non adottato però né dal modello francese di democrazia né dal modello tedesco di Stato di diritto (almeno fino all'introduzione in entrambi i sistemi di forme di giustizia costituzionale), la razionalità concessa al giudice non è solo quella logica, ma essa

zioni formulate da Alfonso Di Giovine in questo volume); c) all'insoddisfazione crescente per l'insufficienza delle garanzie di indipendenza originariamente previste per il personale giudiziario (e non solo in relazione ai giudici ma pure ai pubblici ministeri) che non lo tutelano nei confronti dei poteri "forti" (sia pubblici che privati); d) alle domande rivolte al potere giudiziario di anticipare la garanzia di "nuovi diritti"; e) ma anche alla richiesta di nuove forme di legittimazione del suo crescente potere; f) così come di forme di responsabilità per il suo mal fare.

È chiaro che lo sgretolarsi degli elementi portanti del modello originario inducono a ripensare molte delle implicazioni che ne erano state considerate come "naturali" conseguenze<sup>34</sup>.

Dal punto di vista dell'evoluzione storico-istituzionale degli ultimi cent'anni va posto in rilievo che la crisi di alcuni essenziali presupposti del modello europeo-continentale, ha portato, nel tempo, non a ripudiarlo esplicitamente (per sostituirlo poi con che cosa?) ma al manifestarsi di traiettorie evolutive, talora più empiriche e meno estreme, tal altra decisamente correttive<sup>35</sup>.

giunge a comprendere la *ragionevolezza*, cioè criteri di giustizia dell'argomentazione che tendono a riprodurre ed a perpetuare le argomentazioni svolte nel processo deliberativo compiutosi a livello legislativo (e costituzionale).

<sup>34</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'Ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2002, 2-3: «Questa garanzia di indipendenza ha un senso solo e proprio perché il giudice è soggetto alla legge; la legge, composta da norme generali e astratte, contiene in sé la decisione politica complessiva che il giudice è incaricato di invertere nei singoli casi sottoposti a suo giudizio. Quando giudica, il giudice deve essere indipendente da direttive e ordini esterni e concreti perché nello Stato di diritto è decisiva la sua soggezione ai comandi generali contenuti nella legge.... L'indipendenza garantita al giudice ha esattamente l'obiettivo opposto [di quella garantita al rappresentante parlamentare], quello cioè di impedirgli ogni discrezionalità politica, ogni sconfinamento da ciò che è normativamente prestabilito nella legge. Questo modo di vedere, nella sua radicalità, si fonda su due pre-condizioni, e sta e cade con esse. In primo luogo, richiede che la legge non solo contenga norme generali... e astratte..., ma anche e soprattutto presuppone che la legge sia costituita da comandi chiari, completi e facilmente interpretabili. In secondo luogo, ritiene che la funzione del giudice non consista che in un'operazione, pressoché meccanica, di trasformazione e adattamento a una particolare controversia di ciò che è stato deciso in via generale dalla legge, secondo l'insegnamento di Montesquieu».

<sup>35</sup> Per un ricco panorama comparato sull'evoluzione delle garanzie di indipendenza, in particolare organizzativa, M. VOLPI, *I Consigli di giustizia in Europa*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, 949 ss. Per una serie di tabelle comparative assai utili sulle competenze dei diversi CSM si vedano quelle allegate a C. FUSARO, *Il sistema di autogoverno della Magistratura. Il modello italiano nella prospettiva comparatistica*, CSM, Nona Commissione, Tirocinio e Formazione Professionale, prima settimana relativa al tirocinio ordinario in materia ordinamentale riservata agli uditori



Se alla versione francese, soprattutto negli ultimi decenni, sono state “limate le unghie” (con il crescere delle garanzie dei magistrati giudicanti e poi di quelle dei magistrati requirenti, anche attraverso forme di indipendenza organizzativa; con il mitigarsi del ruolo del Guardasigilli, ecc.), alla versione italiana<sup>36</sup>, con intensità ben maggiore, sono stati “tagliati” “pezzi” essenziali del modello francese (cui anche noi ci eravamo originariamente ispirati), sostituiti da altri elementi caratterizzanti (talora oggetto di forti critiche, in via di principio o per la loro incompletezza o le loro inadeguate modalità di attuazione). Si pensi: a) alla crescente tutela dell’indipendenza, tanto funzionale, quanto organizzativa (interpretata anche come, se non doveroso, comunque possibile integrale pareggiamento delle garanzie dei giudici e dei pubblici ministeri), che ha svolto una funzione di battistrada pure per il significativo rafforzamento dell’indipendenza, anche organizzativa, dei giudici speciali; b) all’abolizione dei meccanismi tradizionali della carriera giudiziaria (e del correlativo controllo che, mediante le tappe della carriera, si proiettava sul corpo della Magistratura); c) alla rottura del cordone ombelicale tra Guardasigilli e Procure, correlato al principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale.

Va poi sottolineato che – in una prospettiva sovranazionale – un processo di convergente rafforzamento delle garanzie di indipendenza della Magistratura (soprattutto giudicante, ma in parte anche requirente) è derivato, negli ultimi decenni, dall’affermarsi (in particolare da parte del Consiglio d’Europa, ma pure in relazione ai *political e juridical criteria* dell’Unione Europea) di una serie di pronunciamenti (spesso non giuridicamente vincolanti, ma non per questo ininfluenti), suscettibili di orientare e condizionare in particolare la ricostruzione degli ordinamenti giudiziari di quegli Stati transitati più di recente alla democrazia liberale ed, in particolare, ammessi, previo riscontro del raggiungimento di certi *standard*, all’Unione Europea. Si tratta di un processo *multilevel* (non solo più nazionale, ma sovranazionale) di affermazione di principi e definizione di regole che comporta significativi elementi di interazione tra ordinamenti (ormai, anche sul

giudiziari nominati con D.M. 19 novembre 2002, in *www.csm.it*. Per uno specifico quadro comparativo tra la situazione transalpina e quella del nostro Paese cfr. M. PIETROPOLLI, *L'autonomia e l'indipendenza della Magistratura ordinaria in Italia e in Francia*, in *Dir. Soc.*, 2008, 65 ss.

<sup>36</sup> Elementi della quale hanno ispirato, non alla lettera né integralmente, ma comunque significativamente, nuovi assetti costituzionali della Magistratura, ad esempio, nelle democrazie iberiche.

piano comparativo, da non circoscrivere a quelli classici dell'Occidente euroamericano)<sup>37</sup>.

Nel contesto fin qui delineato l'Ordine Giudiziario si è venuto sempre più configurando (peraltro con particolare intensità nel nostro Paese) come potere “diffuso” (suffragato in ciò dalla giurisprudenza costituzionale), fortemente allentandosi (anche negli uffici re-quirenti) i precedenti vincoli burocratici<sup>38</sup>.

Tutto ciò si è intrecciato con l'emergere del “ruolo” e della “visibilità pubblica” dei magistrati e con il correlativo attenuarsi (in Italia talora in termini davvero eccessivi) degli “obblighi di riservatezza”<sup>39</sup> da parte dei componenti dell'Ordine Giudiziario rispetto alle attività processuali (proprie ed altrui), quanto, più in generale, alle prese di

<sup>37</sup> Basti qui ricordare l'attività svolta dal Consiglio d'Europa (sia come produzione di raccomandazioni e documenti, sia come azione di supporto nei confronti di paesi recentemente passati alla democrazia liberale). Si pensi: alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, adottata il 13-X-1994, n. 12, “In tema di Indipendenza, Efficacia e Ruolo dei Giudici” (e, ancor prima l'art. 6 della CEDU, ove si richiede un giudice «indipendente e imparziale»; disposizione poi specificata da numerose pronunce della Corte di Strasburgo e, successivamente ed in sintonia, dalla Corte di Lussemburgo); alla Carta Europea sullo Statuto dei Giudici del 1998; ed alla Raccomandazione agli Stati membri – REC (2000) 19 –, adottata il 6 ottobre 2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa “Sul Ruolo del Pubblico Ministero nell'Ordinamento Penale”. Di recente va posto in rilievo il processo di elaborazione, apertosi nel 2008, di una nuova raccomandazione che prenda il posto di quella, già citata, del 1994. La Commissione incaricata della stesura, composta da esperti di diversi paesi europei, ha concluso i suoi lavori nel dicembre 2009 e l'articolo sarà esaminato dall' *European Committee on Legal Co-operation (CDCJ)*, prima di passare al Comitato dei Ministri, che dovrà esprimersi sulla sua approvazione. Si veda, in proposito, l'ampia ed accurata trattazione di G. OBERTO (uno dei membri della Commissione sopra ricordata), *La proposta di una nuova raccomandazione sul tema: «indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici», elaborata dal Comitato d'Esperti sulla Magistratura (CJ-S-JUD) del Consiglio d'Europa*, in [www.giacomooberto.com](http://www.giacomooberto.com). Per un'approfondita recente indagine sull'interazione tra fattori di varia natura, nazionali e sovranazionali, sui processi di trasformazione degli ordinamenti giudiziari europei (con particolare riguardo ai paesi dell'est) vedi D. PIANA, *Judicial Accountabilities in New Europe. From Rule of Law to Quality of Justice*, Farnham (GB)-Burlington (USA), Ashgate, 2010.

<sup>38</sup> Cfr., per un quadro generale della situazione italiana, con particolare riguardo agli ultimi decenni, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1990, 40 ss., 160 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 70 segg., 162 ss.; R. ROMBOLI e S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubblic.*, X, Torino, Utet, 1995, 368 ss.; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, il Mulino, 2008, 77 ss.

<sup>39</sup> In una prospettiva generale di ricostruzione storico-istituzionale, sugli obblighi scaturenti dai doveri di fedeltà del funzionario pubblico, vedi G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 190-191.

posizioni pubbliche, sempre più suscitandosi interrogativi (in un clima di forti polemiche) sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati<sup>40</sup>, cui ha inteso fornire, nel nostro Paese, una risposta legislativa la riforma/codificazione degli illeciti disciplinari del 2005-2007 (su di uno specifico e rilevante aspetto di tale tematica ci si sofferma anche in questo volume, nel saggio inedito di Luca Imarisio).

Sul piano poi del loro rapporto con il diritto da applicare ai casi concreti il ruolo dei magistrati si è svincolato dal figurino giuspositivista: non solo la cooperazione nel sindacato di costituzionalità, ma l'impatto con una legislazione sempre più spesso di principi e di rinvii (e quindi di "delega" all'interprete) e frequentemente quanto mai disordinata, così come la crescente richiesta di tutela di "nuovi" diritti<sup>41</sup> (vedi, in proposito, in questo volume, il saggio di Alfonso Di Giovine), e di reazione al malcostume pubblico, politico e privato, hanno inciso profondamente sul ruolo giocato dalla Magistratura nel sistema.

Come peraltro dovrebbe già essere emerso dalle considerazioni che precedono, il nuovo ruolo assunto dai magistrati e dalle Magistrature non dipende che in parte da un colpevole deterioramento nel rapporto tra Legislazione e Giurisdizione da imputarsi a Parlamenti (e Governi) disattenti o inadeguati a reagire a tale stato di cose. Se, infatti, è comunque certo che l'ordine e la decifrabilità dell'ordinamento giuridico, dell'insieme del nostro diritto oggettivo, possono sicuramente migliorare in quantità e qualità rispetto alla situazione attuale, ciò non significa che si possa oggi riprodurre il rapporto tra diritto legislativo e sua stretta interpretazione proprio della tradizione (e dell'"ideologia") giuspositivista: sicuramente il contesto attuale non consente una tale configurazione. È stato affermato, in proposito, che oggi i giudici «sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia»<sup>42</sup>. Quand'anche si vogliano

<sup>40</sup> In proposito, di recente, R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA e G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè-Tirant lo Blanch Libros, 2005, 293 ss.

<sup>41</sup> Si è parlato, in termini molto espliciti, di «una rinascita del diritto dei giudici, della possibilità che siano gli stessi giudici, indipendentemente o addirittura contro il diritto scritto del legislatore ufficiale, a creare, con la norma del caso concreto, anche la norma generale che dal caso viene ricavata (è la tesi, non sempre detta con tanta chiarezza e decisione, di tutti coloro che distinguono il diritto secondo principi o valori rispetto al diritto secondo regole)» (G.U. RESCIGNO, *Note sull'indipendenza della Magistratura*, cit., 381-382).

<sup>42</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213.

mantenere atteggiamenti più prudenti non pare comunque contestabile che, se in relazione a certi ambiti di applicazione, il giudice può ancora riuscire a comportarsi secondo classici schemi di obbedienza alla regola scritta (comunque fortemente mediata dal *corpus* della giurisprudenza) – ed è compito di una “virtuosa” legislazione facilitarli questo compito –, in relazione ad altri ambiti esso non può che utilizzare (almeno anche) approcci ben diversi, dovendo affrontare e dare risposta a casi concreti alla stregua di una pluralità (in tensione dinamica) di principi compresenti nell’ordinamento, dovendo inevitabilmente far ricorso a tecniche di bilanciamento o ad altri criteri di applicazione del diritto non di ascendenza positivista.

Naturalmente tutto quanto precede (dal nuovo ruolo del giudice di fronte al diritto, non più – percepito come – strettamente esecutivo, all’attivismo giudiziario nel nome dell’affermazione di “nuovi” diritti o di repressione di illeciti ascritti a “poteri forti”, pubblici – ed, in particolare, politici<sup>43</sup> – e privati, e fonte di scandalo per ampi settori della pubblica opinione) ha più che mai “esposto” la Magistratura al giudizio della collettività, suscitando contrastanti e spesso antitetici valutazioni su aspetti essenziali del suo operato.

Le travagliate vicende sin qui richiamate si sono peraltro situate, in Italia, in un contesto normativo che, per un cinquantennio, ha visto sovrapporsi al vecchio impianto della legge di ordinamento giu-

<sup>43</sup> Si ricordi quanto affermato da A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998, rispettivamente 62 e 96 (corsivi nel testo), che ha posto in rilievo l’«attività che il giudiziario si è trovato di fatto a dover esercitare, e alla quale mi è sembrato opportuno dare il nome di per sé esplicativo di *controllo della virtù*. E apparirà ormai intuitivo» – continuava l’autore citato – «che, in circostanze in cui la scelta politica viene di più in più fondata su informazioni che riguardano non le capacità tecnico-politiche bensì le qualità morali, cioè la “virtù” dei candidati, e nello stesso tempo l’esposizione alla corruzione si fa più diffusa, diventa centrale la domanda, da parte della popolazione, di controllo di virtù sul comportamento dei politici». Ciò in un più generale quadro di «forme di controllo della virtù politica» che «l’opera delle opposizioni e la sanzione delle elezioni si sono dimostrate incapaci di esercitare». Resta peraltro da accertare quanto questa richiesta di requisiti “virtuosi” nei candidati corrisponda alla realtà (comunque sempre circoscritta a cerchie ristrette) fino a sfociare in mera ideologia (nel senso, proprio, di “falsa coscienza”, nel quadro cioè di un “lavacro” collettivo attraverso la punizione di una serie di – peraltro non innocenti – capri espiatori). E va ancora considerato come, nella media degli elettori, nel “male” (perché si vogliono conseguire certi vantaggi), come – se così si può dire – nel “bene” (perché un governante viene valutato, in generale, ben prima che per sua personalità morale, per la sua riuscita e le sue capacità sul piano prettamente politico – carisma, presenza rassicurante, capacità di soddisfare meglio di altri le richieste e le attese individuali e sociali, ecc. –), la ricordata esigenza di attenzione anzitutto alla moralità dei politici, salvo periodi ciclici, ma piuttosto brevi, di rimorso collettivo (più o meno sincero), è destinata ad avere vita dura.

dizionario del 1941 (più volte parzialmente rimaneggiata) una serie di nuove discipline, a cominciare da quella attuativa del titolo IV della II parte della Costituzione (indipendenza esterna ed interna, ecc.), ed una crescente attività cosiddetta “paranormativa” ad opera del CSM. Ed una spinta determinante per una modifica integrale dell’ordinamento giudiziario è venuta da quelle forze politiche, da anni in polemica con il Giudiziario, che vi hanno posto mano dal 2005.

Peraltro, come è noto, l’ultimo quinquennio, in Italia, è stato caratterizzato da un contrastato e reiterato processo non solo di riforma, ma di “riforma della riforma” dell’ordinamento giudiziario. A questi interventi, di portata sconosciuta in passato, sul piano quantitativo e qualitativo, ha continuato ad intrecciarsi un teso dibattito sul modo di operare dei magistrati (giudicanti, ma soprattutto requirenti), in relazione ad una serie di casi giudiziari particolarmente delicati per i reati contestati e le caratteristiche delle personalità coinvolte.

Per quanto riguarda il primo punto si rivela dunque opportuna una riflessione sui contenuti del processo normativo che ha coinvolto i vari aspetti dell’ordinamento giudiziario. Su ciò ci si sofferma in questo volume, più in generale, con due contributi di chi scrive (uno già altrove pubblicato ed uno non ancora edito<sup>44</sup>) e, con particolare attenzione al problema del reclutamento dei magistrati, con un saggio, già comparso sul sito dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, di Giorgio Sobrino.

Per quanto riguarda il secondo punto l’indubbia difficoltà di scervere comportamenti corretti od invece eccessivi dei magistrati a contatto con questioni delicate e che coinvolgono personaggi politici e comunque personalità di primo piano, non può esimere dall’intraprendere accurate analisi in proposito (in questa prospettiva viene a situarsi un altro lavoro, già comparso sul sito Forum Costituzionale, di Giorgio Sobrino, contenuto nel presente volume, su di un complesso e tormentato caso che di recente è balzato reiteratamente al centro dell’attenzione).

<sup>44</sup> Quest’ultimo è costituito da parte della mia relazione, dal titolo *Reclutamento, carriera, imparzialità ed inamovibilità dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, tenuta a VI Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, *El Poder Judicial, A Coruña* (27-28 settembre 2007), e destinata al volume degli Atti (per ora in <http://turán.uc3m.es>). Già pubblicata è invece una mia successiva relazione – qui riprodotta – che costituisce svolgimento di quella prima citata, dal titolo *L’oggetto della valutazione e l’attività giudiziaria (formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell’ordinamento giudiziario del 2005/2007)*, al convegno *Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché)*, Lecce, febbraio 2008 (a cura di G. CAMPANELLI), Torino, Giappichelli, 2009, p. 51 ss.

5. *Due spinosissime questioni: quale legittimazione e quale responsabilità per l'attuale ruolo dei magistrati e delle Magistrature?*

Proprio il clima di confronto e di polemiche sul “posto” dei magistrati e delle Magistrature negli ordinamenti contemporanei ci riporta (per i nodi teorici che sottende e l'intrecciarsi di due elementi che l'originario modello europeo-continentale di derivazione francese aveva “svaporato”) ai grandi interrogativi sul fondamento di legittimazione per l'esercizio dell'attività tipica svolta dai componenti dell'Ordine Giudiziario e sui connotati della responsabilità da far valere per il cattivo esercizio delle funzioni loro affidate.

In ordine al primo punto: se il potere dei magistrati non è più esecutivo-vincolato ma possiede significative porzioni di libertà e creatività, un potere che così liberamente e fortemente incide sulla vita delle persone può essere attribuito, in democrazia, ad un personale strettamente impiegatizio, privo di legittimazione/scelta elettorale, per di più tutelato (ma pure fortemente protetto rispetto agli altri consociati) da crescenti garanzie di indipendenza?

E in ordine al secondo punto: un potere così libero e forte, presidiato dall'indipendenza, può sfuggire alla “simmetria democratica” che all'ampiezza del potere dovrebbe far corrispondere altrettanta responsabilità?

Per quanto riguarda il primo punto ci si trova di fronte a quello che è stato chiamato il «“paradosso” della democrazia costituzionale», cioè a dire – nella sua formulazione rapportata al sindacato di costituzionalità – del contrasto tra «autogoverno politico» e «costituzionalismo», inteso come «limitazione del potere politico di decisione attraverso una legge fondamentale»<sup>45</sup>, interpretata dalle Corti; si tratta peraltro di un “paradosso” declinabile, con gli opportuni adattamenti, anche con riferimento alla funzione svolta dai giudici comuni europeo-continentali (in particolare in ragione del loro incremento di poteri, in quantità e qualità), sottratti al circuito elettivo/rappresentativo (e quindi alla dimensione dell'autogoverno politico) e, da questo punto di vista, privi di legittimazione democratica, il che però dovrebbe andare a vantaggio del loro ruolo generale di imparziale applicazione del diritto nei confronti di tutti (anche di chi volesse farsi forte di una diretta legittimazione democratica).

Già le considerazioni che immediatamente precedono portano quindi a chiedersi se di vero paradosso si tratti, visto che il discorso che qui si conduce riguarda non una “democrazia” senza ulteriori

<sup>45</sup> Si veda F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, Dedalo, 2004, 64.

aggettivi, ma una democrazia “costituzionale”. Certo – potrebbe indubbiamente sostenersi, ancora con particolare riferimento al ruolo della giustizia costituzionale, ma in una prospettiva suscettibile di allargarsi –, «data una concezione della democrazia che assegna un ruolo fondamentale all'autogoverno, è evidente che l'attività di interpretazione della costituzione deve rientrare nella sfera della democrazia», da intendersi come competenza dei «cittadini attraverso le procedure politiche» e non di «un gruppo di giudici indipendenti»<sup>46</sup>. Ma, si potrebbe aggiungere, siccome si tratta di democrazia “costituzionale”, tale interpretazione spetta sicuramente *anzitutto* ai rappresentanti politico/elettivi del popolo (attraverso la revisione della Costituzione e lo svolgimento del dettato costituzionale da parte di fonti subordinate), ma *non solo* ad essi.

Entra in questione il carattere complesso, non rigidamente monistico (nel suo rapporto popolo/rappresentanti), della “democrazia costituzionale” (si vedano, in proposito, le ricchissime, approfondite considerazioni svolte da Alfonso Di Giovine nel suo contributo contenuto in questo volume), attraverso l'introduzione di istituti/procedure/stazioni che, non negando il momento politico/elettorale, non solo ne impediscono una deriva “totalitaria” (nella quale non è il popolo a decidere, ma quelli che lo signoreggiano, dichiarandosi, in nome di una qualche investitura di tipo elettorale<sup>47</sup>, interpreti autentici della sua volontà), ma fanno della “democrazia costituzionale” un'originale forma di Stato, nella quale la “rappresentanza” assume caratteristiche diversificate, il fine essendo quello di proteggere principi differenti ma tutti indispensabili (non solo l'elezione dei più votati o l'attribuzione del governo ai vincenti, ma pure la pari tutela nel tempo dei vincenti e dei perdenti e la preservazione di spazi istituzionali, politici, sociali, economici, culturali dall'occupazione da parte dei vincitori<sup>48</sup>); e – va sottolineato – non per diminuire il tasso di de-

<sup>46</sup> Riprendo alcune osservazioni prospettate da F.I. MICHELMAN, *La democrazia*, cit., 90, il quale peraltro le supera, elaborando una risposta equilibrata e non iperdemocratica al paradosso sopra ricordato.

<sup>47</sup> Va in ogni caso notato che le investiture a maggioranze “risicate” lasciano comunque intendere che una parte consistente del corpo elettorale non si sente rappresentato da chi ha vinto – e quindi si adatta alla sconfitta solo se non verrà spazzato via, perseguitato, ammutolito e se potrà in seguito nutrire ragionevoli speranze di ribaltare il risultato –; e che le investiture a maggioranze molto elevate sono di regola espressione (in società “naturalmente” differenziate nelle opinioni) di pesanti condizionamenti sulle modalità e il modo di espressione del voto (ma anche in società meno inclini ad esprimere in forme “occidentali” le loro differenziazioni, percentuali di voto al di sopra del 65% fanno di “percentuali di broglio”).

<sup>48</sup> Si pensi alla diffusione, su scala non certo solo italiana, delle autorità indipendenti, che sono ormai generalmente considerate come un significativo elemento



mocrazia, ma per incrementarlo, evitando anzitutto che il governo del corpo elettorale si trasformi in “eterogoverno” dei vincenti (e, in termini via via più ristretti, di quelli che affermano di agire a loro nome).

Sulla base di quanto precede la democrazia costituzionale prevede (ed in questo quadro va intesa la collocazione nel sistema delle Magistrature), accanto alla legittimazione politica/elettorale, altre modalità legittimanti, costituite dall’affidare fondamentali e delicati compiti di controllo, verifica, rispetto dell’ordinamento a soggetti qualificati per la loro legittimazione “culturale”, sulla base cioè di determinate loro conoscenze, sensibilità e competenze, da esercitarsi rispettando determinati limiti e scelti secondo procedure che mirino a favorirne e tutelarne l’imparzialità/terzietà. È persino banale osservare quanto oggi – lo si è già accennato – si senta il bisogno, anche al di fuori delle funzioni giudiziarie, di autorità “indipendenti”, nella consapevolezza che una democrazia che si risolva in un solo ed unico canale di legittimazione senza contro-limiti si incammini verso una democrazia “totalitaria”, magari nella sua becera e contemporanea versione “populistico-mediatica”.

Va, al proposito, ricordata una riflessione di alcuni decenni addietro che muoveva dalla compresenza, nella formazione degli atti giuridici di diritto pubblico, di un fattore «a carattere più propriamente politico» e di un fattore «a carattere culturale», attraverso cui «si realizza il contemperamento degli indirizzi contingenti con la sistematica giuridica preesistente, consentendo così un’evoluzione ordinata e graduale del “diritto vivente”»; in questo quadro – si diceva – «la posizione costituzionale del potere giudiziario trova la sua giustificazione in questa funzione che ad esso», come alla Corte costituzionale ed ai giudici speciali, «è affidata, di farsi portatore, nel processo di creazione-attuazione del diritto, di quelle influenze politico-

di rafforzamento della correttezza delle procedure e degli esiti democratici. Si ricordi anche, in altra ma non divergente prospettiva, la bella espressione di P. PASQUINO, secondo cui le maggioranze politiche dovrebbero sempre considerarsi «*en sursis*, in prova», in considerazione del fatto che «le elezioni sono per l’essenziale un giudizio retrospettivo degli elettori e sul governo e sulla maggioranza uscente», per cui, insomma, «la fiducia preventiva che gli elettori danno a una nuova maggioranza politica deve essere presa dai vincitori con beneficio d’inventario. È solo dalla prossima tornata elettorale che il nuovo giudizio retrospettivo dirà se quella nuova maggioranza ha incontrato o meno il favore degli elettori». Di qui la necessità di magistrati non impotenti o sottomessi al potere politico e quindi in grado di assicurare il «principio della sovralegalità della Costituzione» e del rispetto della legalità (*Uno e trino. Indipendenza della Magistratura e separazione dei poteri. Perché le maggioranze democratiche possono rappresentare una minaccia per la libertà*, Anabasi, Milano, 1994, 50-51).



culturali che valgono ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali che compongono la “costituzione materiale” vigente nel nostro paese e, più in generale, la “continuità” del diritto nella sua costante evoluzione»; una funzione che sempre i giuristi hanno svolto nel corso della storia<sup>49</sup>, ma che si rivela di particolare importanza nella democrazia costituzionale, uno degli scopi essenziali della quale (senza che questo significhi cadere nel “paternalismo giurisdizionale”<sup>50</sup>) è l’evitare che l’indirizzo politico espresso in forme rappresentativo/elettorali degeneri in tirannia o pluspotere della maggioranza. Insomma: i “tutti”, che una democrazia non solo meramente monistica ed identitaria vuole garantiti evitando di farne una massa unica ed indifferenziata, non possono essere tutelati da una sola “parte” (la maggioranza); occorrono autorità che siano preservate per quanto possibile dai rischi di essere “parte”, e che possano perciò essere poste nelle condizioni di porsi “al di sopra delle parti”.

Per quanto riguarda poi il secondo punto (la necessaria “simmetria” potere-responsabilità in uno Stato democratico) esso è strettamente collegato a quanto precede, perché il concetto di democrazia – in qualsiasi accezione la si intenda – porta con sé la conseguenza della responsabilità per ciò che si è chiamati a fare; ma pure perché l’idea di democrazia “costituzionale” introduce una serie di limiti, di freni e contrappesi, introduce insomma un’architettura non elementare, che non può essere soddisfatta da “un solo” modo di essere responsabili e che gradua le responsabilità in ragione della salvaguardia di altri valori e principi. Di qui il suo divergere da una concezione di “democrazia” semplificata, che conoscerebbe, al limite, la sola responsabilità politica/elettiva. In questo quadro generale ne consegue allora che il problema della responsabilità dei magistrati – ovviamente, da prendersi sul serio e non da rimuovere – deve tener conto di queste articolate esigenze e non può essere semplicisticamente appiattito su di una responsabilità di tipo elettorale.

Quest’ultima, estranea alla tradizione europeo-continentale, rischierebbe<sup>51</sup>, in particolare ma non solo nel nostro Paese, di esacer-

<sup>49</sup> A. PIZZORUSSO, *Introduzione a L’ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974, 14 ss., in particolare 49 e 51. Si tratta di una legittimazione “professionale-specialistica” di sapore weberiano (come fanno notare N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto*, cit. 6), che però non collide, ma inverte – lo sottolineo subito dopo nel testo – la democrazia costituzionale.

<sup>50</sup> Su cui, di recente, N. ZANON, *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, nel saggio di apertura del numero monografico di *Percorsi Costituzionali*, 2009/2, “Dove va la Magistratura”, 5 ss., in particolare 9.

<sup>51</sup> Se ne potrebbero tentare applicazioni circoscritte e “sperimentali”, che peraltro potrebbero rappresentare il grimaldello, il “cavallo di Troia” di ulteriori allarga-

bare tensioni e divisioni, rendendo i magistrati ben più permeabili di oggi a pulsioni emozionali e pregiudizi (diffusi in coloro che sarebbero chiamati ad eleggerli) che li allontanerebbero da un corretto esercizio dello *ius dicere*. Ciò non significa beninteso che chi amministra la giustizia non debba sentirsi rapportato alla società in cui opera: di qui muovono non solo le richieste che l'amministrazione della giustizia risponda (il che spesso non è) a requisiti di efficienza, attenzione per gli utenti del servizio, operosità e tempestività, ma pure quelle impostazioni che richiamano i magistrati (in tutti i crescenti casi in cui loro non soccorre lo stretto rispetto della regola) a risultare convincenti nei confronti del loro "uditorio"<sup>52</sup>, attraverso, in particolare, un attento controllo sulle motivazioni delle loro decisioni, o, se si vuole, a dimostrare «rispetto nei confronti dei cittadini», risultando disponibili a essere influenzati da un dibattito pubblico, nel quale si esprimono, in modo completo, le diverse visioni della situazione, degli interessi e della giustizia», tra cui quelle che «rendono il dibattito pubblico realmente recettivo e gli organi istituzionali aperti alla sua influenza»; ed a proporsi quindi di conquistare la «fiducia del pubblico»<sup>53</sup>. Essere convincente non significa, ovviamente, essere succube: il magistrato deve rifarsi anzitutto ai principi ed alle disci-

menti, sull'onda di messaggi politici fortemente connotati in senso populistico e localistico.

<sup>52</sup> Si tratta di un tema centrale nell'approccio perelmaniano all'interpretazione, di recente significativamente riproposto da M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, in particolare 143 ss.

<sup>53</sup> Si pensi, rispettivamente alle considerazioni svolte da F.I. MICHELMAN, *Democrazia*, cit., 124 e da A. BARACK, *La discrezionalità del giudice* (1989), trad. it. Milano, Giuffrè, 1995, 199 ss., 210 ss., corsivi nel testo, in un quadro in cui il giudice non deve enfatizzare la dimensione del consenso rispetto alla società e deve pensare «al legislatore e non come legislatore», configurandosi il suo ruolo nel senso «della discrezionalità limitata...», ove il giudice crea diritto marginalmente all'atto decisionale, valendosi del potere discrezionale limitato a lui conferito» (*ivi*, 227). Insomma, «il giudice crea il diritto. È un potere legislativo molto ridotto, una legislazione che di inserisce tra le righe di quella esistente, ma non può assumere che il giudice si limiti a svelare che cosa dica il diritto esistente», ma «il giudice legifera come giudice e non come legislatore», nella sua «attività creativa», se opera «un bilanciamento tra il principio maggioritario ed i valori fondamentali della nazione... si colloca all'interno della tradizione democratica»; e nei casi in cui si trovi di fronte ad un «testo legislativo... oscuro, ambiguo, programmaticamente aperto a varie soluzioni, sia capace di interpretarlo in conformità ai valori fondamentali e non in aderenza a sentimenti ondivaghi e diffusi, in conformità con gli articoli di fede della nazione» (*ivi*, 233-234). Ritiene pacifico che «il giudice crea diritto per il caso concreto sul quale decide, ma non crea diritto se per creazione del diritto intendiamo formulazione di regole generali e astratte che governano il processo decisionale e le conclusioni del giudice» G.U. RESCIGNO, *Note sull'indipendenza della Magistratura*, cit., 380.

pline che è chiamato ad applicare e l'operazione di invero da parte sua dell'ordinamento deve procedere dal loro rispetto, come da quello delle regole della logica e dell'argomentazione. Tutto quanto precede – non ce lo si può nascondere – è reso quanto mai complicato dai connotati delle attuali società pluraliste caratterizzate da politeismo dei valori; ma è comunque con tali società che si devono fare i conti, evitando le tentazioni di imboccare pericolose scorciatoie semplificanti. Si tratta quindi di giocare, in concreto, su plurimi registri di responsabilità: accanto a perfezionamenti della responsabilità civile dei magistrati (richiesti anche dalla giurisprudenza europea<sup>54</sup>) – da operarsi non in forme demagogiche<sup>55</sup> – sta l'esigenza di modulare, in termini meno assolutori del passato (ed alcuni sintomi in tal senso si ritrovano nella più recente giurisprudenza del CSM) la responsabilità disciplinare.

Le considerazioni che precedono – se ne è consapevoli – affrontano i problemi non immaginando che la loro “soluzione” possa pervenire da ricette ad una dimensione, ma in una prospettiva – meno eclatante ma, se realmente perseguita, efficace e non pericolosa – incrementale ed articolata, nell'ottica della salvaguardia della specificità (anche in relazione alle garanzie da attribuirgli) del Giudiziario.

I connotati dello *ius dicere* e il ruolo del giudiziario (nelle sue articolazioni giudicante e requirente) sono mutati da più di un secolo a questa parte (e mutazioni consimili si sono registrate in tutta la vicenda plurimillennaria della storia della Giustizia); ma l'idea che chi giudica (e, a mio avviso, anche chi strettamente collabora, in via strumentale – come la pubblica accusa – a tale giudizio) non sia assimilabile a chi è chiamato a decidere sulla base di parametri esplicitamente politici o a chi assolve ai compiti di sicurezza e benessere ti-

<sup>54</sup> Si pensi emblematicamente, ma non solo, alla sentenza della Corte di Giustizia cosiddetta “Traghetti del Mediterraneo” (TdM c/Repubblica Italiana, sent. 13-06-2006, causa C-173/2003) (in proposito, per tutti, F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un «brutto colpo» per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. Cost.*, 2006, 839 ss.; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 661 ss.). Per una recente riflessione d'insieme sulla giurisprudenza comunitaria in proposito, A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Problemi attuali della Giustizia in Italia*, cit., 11 ss. In generale e di recente per un quadro complessivo dei problemi di responsabilità del giudice nell'ordinamento italiano F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006; M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008.

<sup>55</sup> Una responsabilità civile diretta o un diritto di regresso troppo allargato renderebbero impossibile qualsiasi azione giudiziaria nei confronti dei poteri “forti”.

pici delle pubbliche amministrazioni non si vanifica in ragione delle trasformazioni più volte sopra ricordate. In tutti i tempi, salvo che nelle concezioni rigidamente autocratiche o totalitarie di esercizio del potere, la “diversità” dei magistrati (e, *in primis*, dei giudici) mai è stata disconosciuta e non in ossequio a personali privilegi per determinati soggetti “fortunati”, ma in nome di una garanzia (quella della tensione verso la terzietà/imparzialità) che sta a tutela di tutti i consociati, che contraddistingue la ragionevole aspettativa che i propri atti e comportamenti siano valutati secondo prevedibilità ed equanimità e non in nome dell’interesse o del capriccio di chi ha le leve del comando. E, in particolare, l’indipendenza dei magistrati e della Magistratura non solo può ma deve sopravvivere oltre il suo legame storico con lo Stato di Diritto ottocentesco europeo continentale – fondato sul raccordo indipendenza/attività meccanica e dichiarativa, non “politica”, dello *ius dicere*<sup>56</sup> – perché presidia valori essenziali nell’equilibrio dei poteri che vanno oltre il periodo storico sopra richiamato ed, in particolare, attengono all’architettura della democrazia costituzionale.

Se ciò è vero, solo l’indipendenza (sia pur variamente declinata ma non solo nominalmente, bensì realmente assicurata) può garantire che i magistrati siano posti in condizioni di terzietà/imparzialità. In questo quadro – al di là del suo rapportarsi con una concezione del Giudiziario condizionata anche (ma non solo) da premesse montesquieviane – coglieva nel giusto, a mio parere, Alexander Hamilton quando affermava che «se è vero che...nulla più dell’*inamovibilità* delle cariche può contribuire a garantire la fermezza e l’indipendenza – allora questo requisito dovrà essere considerato un elemento giustamente indispensabile... e, addirittura quasi la CITTADELLA della giustizia e della sicurezza di tutti. Una Costituzione rigida richiede in modo particolarissimo che le Corti di Giustizia siano indipendenti in maniera assoluta»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Per questo nesso N. ZANON, da ultimo in *Il diritto costituzionale*, cit., 6 e pure A. CHIAPPETTI, *Crisi della giustizia e della democrazia (la sliding door della giustizia)*, in *Percorsi Costituzionali*, 2/2009, cit., 35 ss., in particolare 37. Va comunque ricordato che il raccordo richiamato nel testo vale solo in linea teorica perché, nonostante le concezioni positivistiche formaliste dell’interpretazione, le classi politiche fecero tutto per limitare l’indipendenza del Giudiziario.

<sup>57</sup> *Il Federalista*, n. 78 (A. HAMILTON), cit., 583 (corsivo e maiuscolo nel testo della traduzione italiana), il quale immediatamente proseguiva (583–584): «per costituzione rigida intendo riferirmi a quel tipo di Costituzione che prevede delle specifiche limitazioni al potere legislativo», le quali «non possono in pratica ottenersi che facendo uso delle Corti di Giustizia, il cui compito sarà quello di dichiarare nulli tutti gli atti contrari all’evidente intendimento della Costituzione. Senza di ciò tutte le riserve di particolari diritti o privilegi non avrebbero più alcun valore».

Una conclusione a questo punto si impone: come già sopra sottolineato, l'assoluta esigenza di indipendenza non cade se cadono i presupposti del modello originario europeo-continentale; potrà essere aggiornata, precisata, correlata in forme più precise ed esigenti del passato con previsioni di responsabilità, ma resta essenziale. Senza indipendenza non c'è giudice, né potere giudiziario e senza di loro non c'è quel contropotere indispensabile alla prevedibilità, sicurezza e libertà di ognuno di noi. Tutto quanto segue in questo volume è ben lungi dal poter affrontare nel suo insieme i problemi ed il futuro del modello europeo-continentale di assetto del Giudiziario; ma sicuramente intende collocarsi nel quadro di questa consapevolezza e dei principi e valori che la sorreggono.



# *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*

di Alfonso Di Giovine

SOMMARIO: 1. Crescita del ruolo del potere giudiziario nello Stato interventista e nello Stato costituzionale. – 2. Su alcune peculiarità dello Stato costituzionale. – 3. Potere giudiziario e principio democratico. – 4. Potere giudiziario e interpretazione del diritto: caratteri della giurisdizione. – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. *Crescita del ruolo del potere giudiziario nello Stato interventista e nello Stato costituzionale*

Nelle democrazie liberali contemporanee (e non in altre forme di Stato) si sono verificati – come è noto – una serie di fenomeni che hanno condotto a una crescita del ruolo della magistratura nell’ambito della tradizionale tripartizione dei poteri<sup>1</sup>: espressioni come “giudiziarizzazione della politica”<sup>2</sup> e “giurisdizionalizzazione del diritto”<sup>3</sup>, per non parlare della più risalente “governo dei giudici”<sup>4</sup>, intendono riflettere una situazione non priva di criticità, ma che trova nell’oggettività di strutturali processi storici (e non certo nella premeditata volontà di un fantomatico “colpo di Stato”<sup>5</sup>) le sue ragioni di fondo.

Di tali ragioni, ampiamente analizzate dagli studiosi<sup>6</sup> e che Mauro

<sup>1</sup> Sul punto sinteticamente da ultimo D. DELLA PORTA, *Introduzione alla scienza politica*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 225 ss.

<sup>2</sup> M. SHAPIRO, *Judicialization of Politics in The United States*, in *International Political Science Review*, 1994, n. 2; C.N. TATE e T. WALLINDER (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 5.

<sup>3</sup> C. GUARNIERI, *La responsabilité des juges*, in O. BÉAUD e J.M. BLANQUER (a cura di), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes & Cie, 1999, p. 184.

<sup>4</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Marcel Giard, Paris, 1921.

<sup>5</sup> “Quello che i giudici hanno consegnato è un colpo di Stato, lento, sottile, ma comunque un colpo di Stato”: così un campione del conservatorismo nordamericano come R.H. BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, *liberilibri*, 2006, p. 25.

<sup>6</sup> A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 11 ss.; G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 180 ss.; C. GUARNIERI,

Cappelletti ha saputo sintetizzare nel fenomeno del gigantismo delle organizzazioni contemporanee (sicché a fronte del *Big Business* e del *Big Government* “soltanto un *Big Judiciary* può erigersi quale adeguato custode ed efficace contrappeso”), ai fini del discorso che s’intende sviluppare è qui opportuno richiamare le due più strettamente collegate al ruolo di interprete del giudice: una collegata all’affermarsi di uno Stato sempre più interventista in materia sociale ed economica, l’altra all’affermarsi dello Stato costituzionale.

Stato che amplia a dismisura l’ambito dei suoi interventi significa, fra le altre cose, produzione di una normativa alluvionale e polverizzata, caotica e “a generalità ridotta... o a basso grado di astrattezza”<sup>8</sup>, dal carattere accentuatamente compromissorio e spesso oscuro, la cui approvazione piuttosto che un esito finale costituisce l’inizio della lotta per la sua interpretazione<sup>9</sup>. Ne consegue che il giudice interprete di questo tipo di legislazione, lungi dal potersi atteggiare, di fronte al “muro di oscurità normativa”<sup>10</sup> che si trova di fronte, come inanimata *bouche de la loi*, assume un ruolo attivo nella determinazione della norma da applicare al caso concreto, investito com’è “della formidabile funzione di «rimettere ordine», attraverso le sue decisioni, negli sparsi elementi del compromesso legislativo, e di ridare così unità al diritto”<sup>11</sup>: la sottoposizione del giudice alla legge quasi si converte in una sottoposizione della legge al giudice<sup>12</sup> e diventa lanciante la “contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli”, quella per cui “il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo”<sup>13</sup>. Anche perché esso nell’inesauribile rincorsa fra una realtà in continua evolu-

*Giustizia e politica*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 26 ss.; P. Pederzoli, *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 61 ss.

<sup>7</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 51.

<sup>8</sup> A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, p. 270.

<sup>9</sup> M. Dogliani, *Garanzie d’indipendenza della Magistratura*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 68.

<sup>10</sup> A. Garapon e D. Salas, *La Repubblica penale*, Macerata, *liberilibri*, 1997, p. 25.

<sup>11</sup> N. Zanon e F. Biondi, *Diritto costituzionale dell’ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 4.

<sup>12</sup> G. Maranini, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, ora in A. Pizzurro (a cura di), *L’ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974, p. 259.

<sup>13</sup> M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in AIC, *Annuario 2004 (Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale)*, Padova, Cedam, 2008, p. 10.



zione e la pretesa/necessità di regolarla viene a trovarsi spesso in posizione di strutturale vantaggio rispetto al legislatore, grazie alla capacità di essere più molecolarmente e agilmente in sintonia rispetto ai sempre nuovi scenari che la realtà economica, sociale, della scienza e della tecnica propone<sup>14</sup>: il punto estremo di tale tendenza è rinvenibile – al di là della sua effettiva applicazione – nell’art. 1, II co., del codice civile svizzero a norma del quale nei “casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore”.

In contemporanea con lo Stato interventista si afferma in Europa, con molto ritardo rispetto agli Stati Uniti, lo Stato costituzionale, lo Stato cioè a costituzione rigida giurisdizionalmente garantita, che spinge verso l’alto il processo di giudiziariizzazione del potere iniziato con lo Stato di diritto<sup>15</sup>: rinviando a più oltre alcune considerazioni in merito, va qui sottolineato che trattasi di un’evoluzione epocale che coinvolge lo stesso concetto di sovranità, posto che nello Stato costituzionale si realizza la rimozione del concetto di sovranità teorizzata da Kelsen<sup>16</sup>, si ha il dissolversi della sovranità come categoria fondante della Costituzione<sup>17</sup> e la sovranità finisce per coincidere simbolicamente con la supremazia normativa della Costituzione<sup>18</sup>. La sovranità cioè si oggettiva nella Costituzione e nei suoi valori, viene, per così dire, desoggettivata<sup>19</sup> o meglio soggettivata di volta in volta nei vari organi<sup>20</sup>, nessuno dei quali la incarna pienamente e concretamente<sup>21</sup>: nello Stato costituzionale, in altri termini, non esiste un

<sup>14</sup> Si veda la contrapposizione fra “governo del buon legislatore” e “governo del buon giudice” su cui ragiona C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4095 ss.

<sup>15</sup> P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 159.

<sup>16</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 469; come spiega P. PORTINARO, *Breviario di politica*, Brescia, Morcelliana, 2009, p. 91-92, nello Stato costituzionale – secondo l’impostazione Kelseniana – “non può esistere alcun potere sovrano, perché soltanto dove non si dà sovrano vi può essere garanzia giuridica della libertà, vale a dire libertà come conseguenza del riconoscimento dei diritti dell’uomo e non semplicemente come corollario dell’idea di tolleranza”.

<sup>17</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 355.

<sup>18</sup> Così, con riferimento agli Stati Uniti, ma plausibilmente generalizzabile, D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato*, cit., p. 30.

<sup>19</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 88 ss.

<sup>20</sup> *Op. e loc. ult. cit.*

<sup>21</sup> S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 200.

potere sovrano, neppure il popolo potendosi ritenere tale<sup>22</sup>, ma solo poteri autorizzati dalla Costituzione e fra loro in equilibrio<sup>23</sup>.

Ma se sovrana è la Costituzione<sup>24</sup>, ad essa sono sottomessi il *gubernaculum* e la *jurisdictio*<sup>25</sup>, l'attività di *legis latio* e quella di *legis executio*<sup>26</sup>, due bipartizioni – sia detto per inciso – oggi meglio capaci della classica tripartizione di proporsi come chiavi di lettura delle democrazie contemporanee<sup>27</sup>, posto che in esse si fronteggiano un potere governante<sup>28</sup>, comprensivo dell'esecutivo e della maggioranza parlamentare di sostegno, e un contropotere giudiziario<sup>29</sup>: non è un caso che si sia proposto di rileggere la storia costituzionale europea “in chiave di continua e ricorrente ricerca di equilibrio tra *gubernaculum* e *jurisdictio*, ovvero rispettivamente tra sfera insindacabile di dominio politico... e sfera riservata e protetta di esercizio dei diritti di libertà”<sup>30</sup>.

Conseguenza strutturale della subordinazione di ogni potere dello Stato alla costituzione è un riposizionamento sia del potere governante che di quello giurisdizionale, ma in direzioni opposte rispetto allo Stato di diritto dell'800: di indebolimento del primo (sul piano giuridico, s'intende) e di rafforzamento del secondo.

Il primo viene depotenziato perché con l'avvento dello Stato co-

<sup>22</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., p. 357; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 34; V. ONIDA, *Conclusioni*, in L. CARLASARRE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladini*, Padova, Cedam, 2004, p. 260; Id., *La costituzione*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 21 («se c'è un sovrano assoluto, sia pure il popolo, non c'è Costituzione»).

<sup>23</sup> Così, con esplicito riferimento al sistema statunitense, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 94.

<sup>24</sup> Si veda peraltro lo spunto critico di L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., p. 44.

<sup>25</sup> Si riprende la distinzione, tematizzata con riferimento al diritto medioevale, di C.H. MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, Neri Pozza, 1956.

<sup>26</sup> È la bipartizione cui si rifa H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, p. 261: “la tricotomia comune è quindi in fondo una dicotomia, la distinzione fra *legislatio* e *legis executio*. Quest'ultima funzione si suddivide nella funzione giurisdizionale e nella funzione esecutiva in senso stretto”.

<sup>27</sup> Parla di una “phisionomie bipolaire de la nouvelle séparation des pouvoirs”, P. PESCATORE, *La légitimité du juge en régime démocratique*, in *Commentaire*, 2000, n. 90, p. 340.

<sup>28</sup> G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 71.

<sup>29</sup> Faccio mia la posizione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 593, secondo il quale “il potere giudiziario si configura, rispetto agli altri poteri dello Stato, come un *contro-potere*” (corsivo nel testo).

<sup>30</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 113; P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 156. Anche per M. DOGLIANI, *Garanzie*, cit., p. 277, “la posizione del potere giudiziario potrebbe oggi di nuovo essere letta... come una riproposizione dell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio*”.

stituzionale né il parlamento può ritenersi organo sovrano, né sovrano può ritenersi il più importante strumento di indirizzo politico del governo – la legge – ambedue essendo ridimensionati in un ruolo *sub constitutione*, di *potestas quae superiorem recognoscit*. Il secondo viene, simmetricamente, rafforzato, in quanto “porre la politica *sub constitutione* significa inevitabilmente porla *sub iudice*”<sup>31</sup>, il “baluardo di una costituzione rigida” non potendo che essere le corti<sup>32</sup>, che diventerebbero – nella versione troppo unilateralmente pangiurisdizionalista di un illustre studioso<sup>33</sup> – “le capitali dell’impero del diritto”.

Già messa in crisi – come si diceva prima – dal contesto di legislazione caotica in cui deve operare, anche la sottoposizione del giudice alla legge (quale si ritrova in articoli come il 101 della Costituzione italiana e il 117 della Costituzione spagnola) assume una dimensione più problematica e complessa in un contesto di costituzione rigida: chi guardi ad alcune delle più recenti costituzioni europee noterà la presenza di articoli di grande interesse ai fini di questo discorso. Così, ai sensi dell’art. 87 della costituzione greca, “i giudici sono sottoposti soltanto alla Costituzione e alle leggi”; nella costituzione portoghese all’articolo che stabilisce la soggezione dei tribunali solo alla legge (203), fa seguito un altro (204), secondo il quale nelle “questioni sottoposte a giudizio i tribunali non possono applicare norme che violino il disposto della Costituzione o i principi in essa contenuti”; e questo è il senso anche dell’art. 100 della Costituzione tedesca. Tenendo conto pure del contesto di sovranazionalità del diritto che caratterizza la realtà europea, appare quindi del tutto plausibile il suggerimento che viene da tre studiosi italiani di riscrivere idealmente il nostro articolo art. 101 come se dicesse: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge (non quale che sia, bensì) *a condizione che* la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario, e che sia conforme alla Convenzione europea sui diritti dell’uomo”<sup>34</sup>; oppure “i giudici sono soggetti soltanto alla legge *a condizione che la legge possa venire interpretata* in modo da renderla costituzionalmente legittima, ovvero da renderla conforme al diritto co-

<sup>31</sup> L. ELIA, *Politica e costituzione* (Lectio magistralis in occasione dell’inaugurazione dell’a.a. 2002-2003 della Facoltà di Scienze Politiche dell’Università della Calabria), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, p. 9; v. anche P. COSTA, *Lo Stato*, cit., p. 158.

<sup>32</sup> A. HAMILTON, J. JAY e J. MADISON, *Il federalista* (1788), Pisa, Nistri-Lischi, 1955, p. 535.

<sup>33</sup> R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, Milano, il Saggiatore, 1989, p. 378.

<sup>34</sup> D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008, p. 114.

munitario e alla Cedu<sup>35</sup>; oppure, più semplicemente, “i giudici sono soggetti soltanto alla Costituzione”<sup>36</sup>.

Introducendo nel sistema normativo “un fattore permanente di virtuale invalidità”<sup>37</sup> e intaccando la “presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere”<sup>38</sup>, queste «riscritture» del principio di legalità giurisdizionale – che del resto non sono che l’esplicitazione di quanto avviene nei tribunali – hanno, com’è ovvio, ricadute di grande rilievo sul ruolo dei giudici: posti in diretto contatto con la Costituzione e con i suoi principi ad alta densità politica (oltre che con le norme sovranazionali), essi sono chiamati a prestazioni interpretative complesse, che ne fanno la *bouche du droit* (dell’intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*<sup>39</sup>, così divenendo tutti, “in senso profondo e lato, «giudici costituzionali»”<sup>40</sup>. È quello che chiede loro, del resto, la Corte costituzionale italiana quando li spinge a valutare, insieme con la rilevanza e la non manifesta infondatezza, la possibilità di addivenire a un’interpretazione conforme a costituzione<sup>41</sup>, sulla base dell’assioma secondo il quale “le leggi non si dichiarano incostituzionali, perché è possibile darne un’interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne un’interpretazione costituzionale” (sentenza n. 356 del 1996).

A fronte di questa situazione, hanno la pretesa di quasi fotografarla coloro che si spingono ad affermare che la legge ha ormai due padroni, “il sovrano che la pone e il giudice che la sancisce controllandone la conformità ai testi fondanti e accogliendola nell’ordine giuridico”<sup>42</sup> o che constatano che nella trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell’Ottocento nello Stato costituzionale del Nove-

<sup>35</sup> R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE e R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi 10 anni*, Napoli, Jovene, 2006, p. 82.

<sup>36</sup> E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, ESI, 1999, p. 110.

<sup>37</sup> L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 55.

<sup>38</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Id. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 29.

<sup>39</sup> V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione “di confine” fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, ESI, 2006, p. 538.

<sup>40</sup> P. HABERLE, *Lo stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2005, p. 213.

<sup>41</sup> In argomento si rinvia a M. D’AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2009.

<sup>42</sup> A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 28.

cento si determina un passaggio di mano, dal legislatore al giudice, nel ruolo di «padrone del diritto»<sup>43</sup>: forse, però, è meglio adattarsi all'idea – suggerita dallo stesso Zagrebelsky<sup>44</sup> – che “il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto della cura di tanti”, fermo restando che evocare il fantasma del “governo dei giudici” si riduce, nel contesto attuale, a una polemica di corto respiro, destinata a infrangersi contro i baluardi (ormai indiscutibili e irreversibili) dello Stato costituzionale, fondato su una tanto sovrana primazia di un *higher law*<sup>45</sup> da poter far dire al Conseil constitutionnel in una celebre decisione (n. 197 del 23 agosto 1985) che “la loi votée... n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”: il che significa, per un verso, che la conclamata “identità dei dominanti e dei dominati, dei governanti e dei governati, di quelli che comandano e di quelli che ubbidiscono”<sup>46</sup> non va considerata in una democrazia costituzionale un *a priori* ontologicamente dato, ma un *a posteriori* da verificare di volta in volta attraverso il controllo del “respect de la Constitution”. Per un altro, che alla Costituzione viene riconosciuto appieno il ruolo, che le è proprio, di “garantie prise par le peuple contre ceux qui font ses affaires, afin qu’ils n’abusent pas contre lui du mandat qui leur a été confié”<sup>47</sup>.

## 2. Su alcune peculiarità dello Stato costituzionale

La sentenza appena citata del Conseil constitutionnel rappresenta una sintesi vertiginosa della democrazia costituzionale e spinge a ulteriormente riflettere su questa forma di Stato.

Si può in proposito cominciare con l’osservare che chi guardi alla storia costituzionale europea può individuare due costanti capaci di riassumerne il senso, rinvenibili nella progressiva laicizzazione della fonte ultima del potere (attraverso la traiettoria Dio-monarca-popolo) e nella ricorrente propensione a limitarne la potenziale absolutezza: è dalla saldatura di queste costanti che nasce, nei secoli successivi alle

<sup>43</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 208.

<sup>44</sup> *Op. ult. cit.*, p. 213.

<sup>45</sup> Nota G. SILVESTRI, *Lo Stato*, cit., p. 132, “che la crociata «sociale» contro la casta dei giudici ostile alle «innovazioni» non è altro che la rivendicazione del primato del legislativo – e quindi del politico – sulla costituzione intesa come *higher law*”.

<sup>46</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, p. 307.

<sup>47</sup> Così si esprimeva E. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles* (1872), Centre de Philosophie politique et juridique, URA – CNRS, Université de Caen, 1993, p. 373.

rivoluzioni di fine Settecento, la forma di Stato comunemente definita democrazia costituzionale. La sua peculiarità rispetto ad altre forme di governo limitato (ad esempio, la monarchia costituzionale) sta nel fatto che la limitazione non proviene da un principio diverso da quello che legittima il potere, ma dallo stesso principio, quello democratico, incarnato al massimo livello dalla costituzione: è cioè all'interno della costituzione che il principio democratico, per così dire, si sdoppia nella versione maggioritario-rappresentativa dell'esercizio del potere e in quella garantistica della limitazione del potere. In proposito, merita anche sottolineare un'altra peculiarità dello Stato costituzionale, questa volta con riferimento allo Stato di diritto che lo precede: i due – chiamiamoli così – sottoprincipi di legittimazione (“sotto”, perché derivati entrambi da un principio superiore, quello democratico) si dispiegano nello Stato costituzionale al massimo livello, rendendo ancora più ardua la loro composizione e ancora più abbagliante la vocazione del costituzionalismo a creare benefici ossimori, limitando poteri accreditati come assoluti<sup>48</sup>. Il principio democratico, infatti, registra il passaggio dal suffragio ristretto a quello universale, mentre quello garantista registra la già richiamata spinta verso l'alto del processo di giuridicizzazione del potere, nel senso di rendere giurisdizionalmente controllabile non solo l'operato dell'amministrazione, ma anche quello del potere legislativo.

È alle costituzioni rigide giurisdizionalmente garantite – punto di emersione giuridicamente rilevante del filone di pensiero che va sotto il nome di costituzionalismo – che si deve l'audace ma riuscito tentativo di ricomporre sul piano storico la frattura concettuale fra democrazia e costituzionalismo attraverso la ricerca di un equilibrio tra il principio democratico e l'esigenza di porre limiti alla politica<sup>49</sup>: il senso delle moderne democrazie costituzionali – è stato scritto<sup>50</sup> – sta nella “combinazione di sovranità popolare e garanzia dei diritti, determinazione dell'indirizzo politico affidata al principio democratico e tutela dalla «tirannia della maggioranza» di competenza della giurisdizione”. Conciliare gli imperativi dell'autodeterminazione e della sovranità popolare con i limiti al potere democraticamente investito comporta, evidentemente, l'accantonamento di concezioni puramente rappresentativo-maggioritarie della democrazia e la valorizzazione della

<sup>48</sup> Si riprendono sinteticamente considerazioni già esposte in A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, p. 328.

<sup>49</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 160-161.

<sup>50</sup> E. SCODITTI, *Il contropotere*, cit., p. 33.

vocazione antimaggioritaria (non antidemocratica) del costituzionalismo, in nome di “limiti assiologici alla sovranità popolare”, così marcando “la differenza fra la democrazia *tout court* e la democrazia costituzionale”<sup>51</sup>. Quest’ultima si propone pertanto come un paradigma di fascinosa complessità, la cui cifra distintiva è meglio colta da chi parla di delicato equilibrio fra principi in fisiologica e reciproca dialettica<sup>52</sup>, piuttosto che da quanti segnalano un’irriducibile tensione fra logiche contrapposte<sup>53</sup>, fra esigenze in astratto inconciliabili<sup>54</sup> quali sarebbero quelle dei “diritti” della democrazia e dei “diritti” del costituzionalismo<sup>55</sup>. Giusto dunque parlare, a proposito della democrazia costituzionale, come di un regime misto<sup>56</sup> o come di un modello additivo<sup>57</sup> o di sintesi<sup>58</sup>: sintesi appunto fra democrazia vista come autogoverno popolare e costituzionalismo “visto come la limitazione del potere politico di decisione attraverso una legge fondamentale”<sup>59</sup> custodita dai giudici ordinari e costituzionali (che diventano pertanto lo snodo centrale dell’intero sistema oltre che – inevitabilmente – la calamita che attira tutte le tensioni).

La sintesi – lo si diceva all’inizio del paragrafo – si colloca all’interno della costituzione e ha il senso, che ben note metafore hanno cercato di evocare<sup>60</sup>, di un’autolimitazione<sup>61</sup> (che si risolve in una garanzia) della democrazia che potremmo definire “di tutti i giorni” in nome della democrazia custodita dalla costituzione, posta in una posizione di supremazia gerarchica rispetto alle ordinarie decisioni po-

<sup>51</sup> E. SCODITTI, *Il contropotere*, cit., p. 89.

<sup>52</sup> A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 192; P. PEDERZOLI, *Magistratura*, cit., p. 59.

<sup>53</sup> P. PORTINARO, *Breviario*, p. 148.

<sup>54</sup> M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. XIII.

<sup>55</sup> M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 45.

<sup>56</sup> P. PASQUINO, *Il giudice e il voto*, in *il Mulino*, 2003, p. 810.

<sup>57</sup> S. VECA, *Dell’incertezza*, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 157.

<sup>58</sup> D. SETTEMBRINI, *Democrazia senza illusioni*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 32.

<sup>59</sup> E.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, Dedalo, 2004, p. 64.

<sup>60</sup> Si va da Ulisse che si fa legare all’albero della nave (Elster), alla contrapposizione fra Pietro ubriaco e Pietro sobrio (Hayek) o fra popolo ubriaco e popolo sobrio (Mc Ilwain), alle parole di Stockton secondo cui “le costituzioni sono catene con le quali gli uomini legano se stessi nei momenti di lucidità, per non morire di mano suicida nei giorni della follia”.

<sup>61</sup> Osserva D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 85 che il “concetto di autolimitazione è pensabile solo in una democrazia, nella quale i soggetti e il sovrano sono gli stessi uomini considerati sotto diversi rapporti”: è quanto emerge anche dalle mie considerazioni *ultra*.



litiche in quanto depositaria “di una più forte, più consapevole, più condivisa, più ragionevole ed anche meno transeunte espressione del principio deliberativo democratico”<sup>62</sup>: in tal modo la costituzione, nella dimensione garantista prima richiamata, funge da *remedium onnipotentiae* e della tentazione di onnipotenza<sup>63</sup> nei confronti del potere politico di volta in volta al governo, protegge la democrazia da se stessa<sup>64</sup> o meglio dalla sua declinazione rappresentativo-maggioritaria, sul presupposto che non sempre la sua massimizzazione coincide con la sua ottimizzazione, potendo, al contrario, sfociare in derive entropiche. A ragionare in questi termini, lo stesso concetto di limite solitamente usato appare bisognoso di una rivisitazione, nel senso di rendersi conto che quello che a prima vista può apparire un limite all’esplicarsi del principio democratico si rivela una garanzia nei confronti della democrazia<sup>65</sup>: garanzia che le sue estrinsecazioni maggioritarie non minino le fondamenta dell’edificio e in particolare non alterino il delicato equilibrio fra potere e libertà. Si dovrebbe risolvere in questa prospettiva la – da alcuni pretesa<sup>66</sup> – inconciliabilità fra i due termini di «democrazia costituzionale», posto che quella che viene definita visione teorica irenica della democrazia costituzionale<sup>67</sup> è in realtà una visione fondata sull’osservazione di una peculiarità che caratterizza questa forma di Stato rispetto ai regimi precedenti.

Per cogliere tale peculiarità bisogna muovere dal concetto di rappresentanza: il corpo elettorale è infatti un “sovrano” che non comanda quasi mai in prima persona, ma lo fa – secondo la teoria che

<sup>62</sup> G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 57.

<sup>63</sup> L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI e T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 148: l'illustre studioso si riferisce alla giustizia costituzionale, ma essa – come si sa – altro non è che la “garanzia della garanzia” (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1976, p. 202), che rende “completamente obbligatoria” la costituzione (H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), ora in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1980, p. 199).

<sup>64</sup> Per l'assimilazione della democrazia costituzionale a una sorta di democrazia protetta, cfr. A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in ID. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 9.

<sup>65</sup> Molto convincente sul punto G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, Bari, Dedalo, 1997, sia quando afferma che una parte del contenuto delle costituzioni non indica “un limite insormontabile al potere sovrano, ma al contrario ne configura una garanzia” (p. 19), sia quando sostiene che il costituzionalismo lavora “come motore interno della democrazia, proteggendone i caratteri essenziali e garantendo la «grammatica» del linguaggio della volontà popolare” (p. 20).

<sup>66</sup> A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2, p. 7.

<sup>67</sup> *Op. e loc. ult. cit.*



Kelsen definì una finzione<sup>68</sup> – attraverso suoi rappresentanti, in genere professionisti della politica senza vincolo di mandato. Anzi: è un “sovrano” che è soggetto alle decisioni di altri, i suoi rappresentanti per l’appunto. Proprio la consapevolezza che peculiarità del principio democratico, nella sua versione rappresentativa, è di essere l’unico fra i principi di legittimazione storicamente succedutisi nel quale la fonte del potere coincide con coloro che al potere (esercitato dai rappresentanti) sono soggetti evita di confondere piani che restano irriducibilmente diversi: quello dell’esercizio del potere e quello della soggezione ad esso. Si afferma così una concezione laica e non mitizzante del rapporto rappresentativo (l’unica praticabile – si potrebbe aggiungere – da parte di chi è consapevole delle capacità distorsive di tante formule elettorali) in grado di percepire la lontananza fra elettori ed eletti, tra società civile e società politica, così minando alla radice la possibilità di costruire una democrazia fondata esclusivamente sul principio identitario-maggioritario e ponendo le basi delle tecniche di tutela da un potere che, per quanto rappresentativo del corpo elettorale, rimane «altro» e dunque da limitare: nei confronti dei governanti, dopo aver accordato loro credito eleggendoli, si mantiene la distanza critica necessaria per nutrire una salutare diffidenza nei confronti del possibile “dispotismo elettivo” paventato da Madison<sup>69</sup> e per riporre una ragionevole fiducia in un potere terzo (oltre che terzo potere)<sup>70</sup> al fine di vedersi tutelati i diritti costituzionalmente garantiti. In quest’ottica a chi parla della democrazia costituzionale come di un ossimoro<sup>71</sup> nel quale l’aggettivo rischia di svuotare il sostantivo, o di un paradosso<sup>72</sup>, e, più in generale, a quanti sottoscrivono una versione oppositoria del rapporto fra costituzionalismo e democrazia<sup>73</sup>, si deve rispondere facendo presente che quella forma di Stato rappresenta la massima valorizzazione possibile della peculiarità prima rilevata del principio democratico al fine di emanciparlo da ogni primitivismo di stampo giacobino-rousseauiano e di modellarlo secondo la forza civilizzatrice del diritto: essa infatti pog-

<sup>68</sup> H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, il Mulino, 1966, p. 37.

<sup>69</sup> Si spiega così quello che M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 206 definisce “paradossale percorso in cui la democrazia pare rafforzarsi attraverso meccanismi antimaggioritari e correttivi poco compatibili con il suo significato originario”.

<sup>70</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 594.

<sup>71</sup> V. riportata – e criticata – questa impostazione in S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO e J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 169.

<sup>72</sup> F.I. MICHELMAN, *La democrazia*, cit., p. 66.

<sup>73</sup> Su tali teorie v. G. PALOMBELLA, *Costituzione*, cit., p. 15 ss.

gia su una benefica circolarità<sup>74</sup> in forza della quale per un verso i singoli, per poter adeguatamente esercitare il frammento di sovranità di cui sono titolari<sup>75</sup> devono poter godere di intangibili sfere di libertà; per un altro, essi potranno godere di quelle sfere di libertà solo se il potere decisionale della maggioranza dei rappresentanti venga, per così dire, addomesticato, al fine di essere esercitato nel rispetto di tali libertà. Non si tratta, dunque, di «diritti insaziabili», ma di diritti la cui salvaguardia è “necessaria per il corretto funzionamento del metodo democratico”<sup>76</sup>, ragione per la quale intorno ad essi si perimetra un *coto vedado*<sup>77</sup>, una «sfera dell’indicibile»<sup>78</sup>. Per questo – per il fatto cioè che “non c’è sovranità popolare senza diritti di libertà individuali”<sup>79</sup> – si può a ragione sostenere, con Dworkin, che le limitazioni del principio di maggioranza finalizzate al rispetto di tali diritti non sono da considerare antidemocratiche, ma una piena esplicazione dell’idea stessa di democrazia, una volta assodato che di essa fa parte integrante la protezione dei diritti fondamentali<sup>80</sup> e preso atto che talvolta proprio inficiando le decisioni dei rappresentanti si ottimizza lo status dei rappresentati<sup>81</sup>.

Se dunque lo Stato costituzionale costruisce una democrazia “che non coincide *sic et simpliciter* con la sovranità popolare, ma controbilancia questo principio con le garanzie costituzionali poste a tutela del cittadino”<sup>82</sup>, nella convinzione che “il principio democratico, pur

<sup>74</sup> J. HABERMAS, *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica*, 2000, n. 3, p. 16.

<sup>75</sup> Parla dei diritti fondamentali come di frammenti di sovranità, L. FERRAJOLI, *Democrazia plebiscitaria e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, p. 337; ID., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dirit. pubbl.*, 2009, p. 13.

<sup>76</sup> N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, Angeli, 1985, p. 31.

<sup>77</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in ID., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 645.

<sup>78</sup> L’espressione è di L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, cit., p. 9, il quale distingue fra “la sfera dell’*«indicibile che»*, determinata dall’insieme dei diritti di libertà e di autonomia, i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possono lederli o ridurli” e “la sfera dell’*«indicibile che non»*, determinata dall’insieme dei diritti sociali, i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni dirette a soddisfarli”.

<sup>79</sup> L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e diritti fondamentali*, in *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2008, p. 510.

<sup>80</sup> S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo*, cit., p. 199.

<sup>81</sup> Si faccia il caso di un parlamento che introduca con legge un reato d’opinione: la sentenza che annullasse quella legge nel mentre limita il potere dei rappresentanti amplia la sfera di libertà dei rappresentati.

<sup>82</sup> B. CLAVERO, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, n. 1, p. 126.

costituendo sotto tutti gli aspetti una condizione necessaria, non sia affatto una condizione sufficiente per lo sviluppo di un sistema di diritti in senso democratico<sup>83</sup>, le ricadute di tale forma di Stato sul rapporto fra rappresentanza politica e giurisdizione non può che essere di grande rilievo, in quanto una volta stabilito che la prima incontra dei limiti nelle sue decisioni, il medium istituzionale atto a verificare il rispetto di quei limiti – più immaginosamente: il cane da guardia che può mordere<sup>84</sup> – non può che essere un potere estraneo alla maggioranza rappresentativa e non può essere identificato che nella giurisdizione (ordinaria e costituzionale), come l'osservazione comparatistica conferma.

Paradigmatico in tal senso è l'art. 20, II co., della costituzione tedesca, che così prescrive: “Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo nelle elezioni e nei referendum e per mezzo di speciali organi del potere legislativo, del potere esecutivo e del potere giudiziario”. Si possono trarre molti insegnamenti da questo articolo (che rappresenta un'espressione a valenza generale del costituzionalismo demo-liberale): in primo luogo che tale corrente di pensiero quando si incarna nelle costituzioni positive respinge il fraintendimento secondo il quale all'unicità della fonte del potere debba corrispondere il monolitismo del suo esercizio. È invece la polifonia dei poteri costituzionali, in posizione di reciproca indipendenza, a essere ritenuta fondamentale (nonostante l'inevitabile possibilità di prevaricazioni, errori, invasioni di campo...) per “assicurare un sistema di garanzia e di tutela perché il potere – anche quello democraticamente legittimato – sia esercitato senza sacrificare essenziali diritti e interessi di nessun individuo e di nessuna parte”<sup>85</sup>. In secondo luogo trova conferma la posizione di quanti osservano che alla democrazia costituzionale è estranea la concezione della “preminenza totalizzante della rappresentanza su tutte le altre forme di raccordo tra Stato-soggetto e popolo sovrano”<sup>86</sup>: il fatto quindi che solo il parlamento sia eletto dal popolo non deve far concludere nel senso che gli altri poteri siano sprovvisti di legittimazione democratica<sup>87</sup>, in quanto tutte

<sup>83</sup> G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002, p. 228.

<sup>84</sup> L'immagine è di M. SHAPIRO, *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, in *Israel Law Review*, 1998, n. 1, p. 7.

<sup>85</sup> V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. delle Discipl. Pubblic.*, IV, Torino, UTET, 1989, p. 332.

<sup>86</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato*, cit., p. 129.

<sup>87</sup> Così il Tribunale costituzionale tedesco come riassunto da D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., p. 116. V. anche P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2000, p. 406, secondo il quale “Les représentants du peuple sont certes d'a-

“le potestà statuali, esplicazioni delle diverse funzioni, emanano da un’unica fonte di legittimazione, al tempo stesso giuridica e politica, il popolo, che si avvale di una pluralità di «mezzi» per esercitare costituzionalmente la propria sovranità”<sup>88</sup>. Si realizza dunque nello Stato costituzionale una pari ordinazione della funzione di legislazione con quella di giurisdizione, ambedue fondate sulla Costituzione<sup>89</sup>, e dunque una parità di rango fra principio democratico e principio di legalità<sup>90</sup>. In tal modo si verifica, certo, rispetto alla democrazia non ancora temperata dal costituzionalismo, “una traslazione di poteri dal legislativo democratico a organi non rappresentativi”<sup>91</sup> (o – come capita nei modelli a magistratura professionale<sup>92</sup> – meno rappresentativi), ma non il temuto svuotamento del principio democratico<sup>93</sup>: in realtà tale principio viene declinato in una versione più esigente e meno unilaterale, in quanto per un verso in esso confluisce la tutela dei diritti fondamentali indispensabili per adeguatamente supportarlo; per un altro, si prende atto che il canale rappresentativo è solo “una delle forme in cui si esprime la volontà popolare”<sup>94</sup> e che il principio maggioritario – strettamente collegato con la rappresentanza e con la conseguente responsabilità politica – è solo uno dei principi che caratterizzano il sistema democratico<sup>95</sup> e, in particolare, non si applica alla funzione giudiziaria.

bord ceux qu’il a élu. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident «au nom du peuple». C’est notamment le cas des juges, qu’ils soient judiciaires ou constitutionnels...”; da apprezzare anche il ragionamento di D. TURPIN, *Le juge est-il représentatif? Réponse: oui*, in *Commentaire*, 1992, n. 58, p. 390, il quale, premesso che “le peuple, «organe primaire» de l’État, ne peut, sauf exceptions (référendum) exprimer sa volonté que par des «organes secondaires»”, conclude che “en ce sens, le juge peut être qualifié, autant que le Parlement, de représentatif”.

<sup>88</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato*, cit., p. 126.

<sup>89</sup> M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, in *Astrid Rassegna* n. 65 del 2008, p. 8.

<sup>90</sup> A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione Giustizia*, 2003, n. 2, p. 354.

<sup>91</sup> A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. VIII.

<sup>92</sup> Per la distinzione fra magistratura burocratica e magistratura professionale si rinvia a C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 73 ss. e al più recente M. MAZZA, *Il potere giudiziario*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE e G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 921 ss.

<sup>93</sup> A. PINTORE, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>94</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato*, cit., p. 129.

<sup>95</sup> Chiaramente in questo senso N. BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. BOBBIO, C. OFFE e S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 51, secondo il quale il principio di maggio-

### 3. Potere giudiziario e principio democratico

Di tale funzione si è detto acutamente che la democrazia resta pur sempre il fondamento ultimo (come ben testimonia l'art. 20, II co., della costituzione tedesca, prima citato), “ma la funzione dei giudici non è soggetta, né direttamente né indirettamente, alle regole costituzionali che caratterizzano il circuito democratico e che prevedono la legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante. Non è il consenso popolare a porsi come misura di legittimazione delle modalità attraverso le quali si esercita la funzione giurisdizionale ed anzi si potrebbe dire che tale funzione sta realmente altrove rispetto ai luoghi in cui il consenso... del sovrano democratico si manifesta”<sup>96</sup>.

Questa citazione traccia molto bene le coordinate entro cui va inquadrata la questione del rapporto fra giurisdizione e democrazia costituzionale: un primo livello di tematizzazione nel costituzionalismo contemporaneo si ritrova in articoli come il 101 della costituzione italiana (e in articoli ad esso assimilabili come il 117 della costituzione spagnola e gli articoli 202 e 203 della costituzione portoghese oltre al già citato art. 20, II co., della costituzione tedesca).

Quando la costituzione italiana dispone che “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101) detta un preciso programma di politica costituzionale: il giudice e la giurisdizione non devono essere avulsi dal principio democratico e dalla sovranità popolare<sup>97</sup> (si ricordi che l'art. 94 del progetto della Commissione dei 75 definiva la funzione giurisdizionale “espressione della sovranità popolare”), ma nello stesso tempo non devono essere collegati al circuito rappresentanza-responsabilità politica.

Non si tratta della quadratura del cerchio, ma di un univoco indirizzo: si tratta, in primo luogo, di escludere che la giustizia sia monopolio del popolo (“in nome del” invece che “dal” crea una salutare barriera tra popolo e funzione giurisdizionale), della sovranità popolare, del dominio della maggioranza a scapito della tutela delle minoranze<sup>98</sup>; in secondo luogo, di assicurare la legittimazione demo-

ranza “è uno soltanto degli elementi per il buon funzionamento di un sistema democratico”.

<sup>96</sup> N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, nel volume AIC cit. retro in nota 13, p. 251-252.

<sup>97</sup> G. MOSCHELLA, *Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica*, nel volume collettaneo, a cura di S. Gambino, cit. retro in nota 6, p. 505.

<sup>98</sup> Per questo tipo di osservazioni cfr. D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., p. 168-169; N. ZANON, *La responsabilità*, cit., p. 251.

cratica dell'attività dei giudici – “soggetti soltanto alla legge”<sup>99</sup> – attraverso appunto il medium istituzionale della legge, espressione del parlamento a sua volta espressione del corpo elettorale. Come è stato autorevolmente affermato<sup>100</sup>, è la soggezione alla legge la massima risorsa di legittimazione del giudice: si può aggiungere che, data l'identificazione in un assetto democratico fra principio di legalità e principio democratico, la sentenza emanata nel rispetto di quei principi diventa veicolo della sovranità popolare<sup>101</sup>.

Questa forma – minima, se si vuole – di collegamento fra principio democratico e giurisdizione è anche l'unica compatibile con gli altri principi, essenziali e irrinunciabili, che presiedono alla funzione giurisdizionale nelle costituzioni liberaldemocratiche vigenti: l'indipendenza e l'imparzialità. Aumentare il tasso di democraticità della giurisdizione passando da una forma di legittimazione del tipo di quella delineata a forme di legittimazione che prevedano di inserire il giudice nel circuito rappresentatività-responsabilità<sup>102</sup> sbilancerebbe l'equilibrio complessivo del sistema, fondato com'è sull'inestimabile valore del pluralismo delle (e del dinamismo fra le) sedi decisionali<sup>103</sup>, assicurato pienamente solo se si accede all'ovvia considerazione secondo cui dovendo “controllare le deliberazioni degli organi in cui si esprime la volontà popolare è necessario che i titolari degli organi di garanzia non abbiano la stessa origine dei primi (elezioni politi-

<sup>99</sup> Questa espressione – osserva esattamente F. BIONDI, *La responsabilità*, cit., p. 101, nota 9 – può essere letta “in due modi, mettendo l'accento ora sull'avverbio “soltanto”, ora invece sottolineando la soggezione soltanto alla “legge”. Nel primo senso, si pone in evidenza che nell'esercizio delle funzioni il magistrato non incontra altro vincolo che quello della legge e che, quindi, egli è indipendente nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Da questo punto di vista, l'art. 101, comma 2, Cost., disegna un rapporto diretto – cioè non mediato da alcuna istanza – tra il giudice e la norma di legge, che egli interpreta liberamente e applica alla controversia da decidere. Letto nel secondo senso, l'art. 101, comma 2, Cost., rivela che l'indipendenza funzionale del giudice non equivale all'arbitrio, ma ha senso solo nell'ambito di ciò che la legge prevede”.

<sup>100</sup> M. DOGLIANI, *Garanzie*, cit., p. 80; L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 592.

<sup>101</sup> G. MOSCHELLA, *Funzione*, cit., p. 500-501; F. BIONDI, *La responsabilità*, cit., p. 102.

<sup>102</sup> A parte il ben noto caso dei giudici statali nordamericani, si può ricordare che anche in Italia negli anni '60 e '70 vi furono delle proposte sull'elettività dei giudici: in proposito v. P. BORGNA e M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 85 ss.

<sup>103</sup> In questa prospettiva la vera forza del potere giudiziario nella democrazia costituzionale non è di essere “migliore” di quello politico (in quanto più professionale, meno corrotto, meno emotivo...), ma di essere “diverso”, “altro” rispetto al circuito democratico-rappresentativo: un cenno in tal senso in M. SHAPIRO, *Judicialization*, cit., p. 11.

che)<sup>104</sup>: contravvenire a quella “necessità” comporterebbe che un giudice più “democratico” (in sostanza politicamente rappresentativo e responsabile) sarebbe soprattutto un giudice meno indipendente e imparziale.

Il merito di questo primo livello di tematizzazione dei rapporti fra giurisdizione e democrazia costituzionale sta nello sgombrare il campo, sulla base di argomenti fondati sulle costituzioni vigenti o ragionevolmente deducibili da esse, da tesi, minoritarie ed estremizzanti, secondo le quali proprio la mancanza nel potere giudiziario dei due requisiti della legittimazione democratico-rappresentativa e della responsabilità politica dovrebbe indurre a sottrarre la gestione dei diritti a un’aristocrazia giudiziaria priva di legittimazione democratica, contromaggioritaria e occulta<sup>105</sup>, la strada istituzionale autenticamente democratica essendo quella che attribuisce l’ultima e definitiva parola sui diritti al Parlamento sovrano<sup>106</sup>, rappresentativo del corpo elettorale e politicamente responsabile.

Non si può negare però che la risposta a tesi del genere<sup>107</sup> – che sembrano disconoscere i fondamenti stessi della democrazia costituzionale e che talvolta sono espresse nel dibattito politico italiano con rozzezza inaudita, tale da essere giustamente bollate come “completa ignoranza della storia costituzionale degli Stati Uniti d’America e dell’Italia repubblicana”<sup>108</sup> – peccherebbe di formalismo indifferente alla realtà se muovesse dal presupposto secondo cui il rapporto fra legge e giudice sia di limpida subordinazione del secondo alla prima, in un contesto di *slot machine jurisprudence*: già si è visto prima che questa non è la situazione attuale e ora – se si vuole provare, ammesso che sia possibile, a “faire table rase de la fausse idée du «deficit démocratique» du pouvoir judiciaire”<sup>109</sup> – è giocoforza misurarsi con la problematica della discrezionalità-creatività-politicità dell’attività del giudice, come tematizzata delle pensose posizioni di quanti riflettono sul campo di tensione che viene a crearsi nelle democrazie costituzionali fra ruolo del giudiziario e ragioni della democrazia. Sul versante politologico, muovendo dall’ipotesi – di matrice nordameri-

<sup>104</sup> L. ELIA, *Politica*, cit., p. 19; v. anche M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 78.

<sup>105</sup> A. PINTORE, *I diritti*, cit., p. XI.

<sup>106</sup> *Op. ult. cit.*, p. 125.

<sup>107</sup> Nella dottrina nordamericana (che è alla base di tale corrente di pensiero) v., ad esempio, J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>108</sup> L. ELIA, *La costituzione aggredita*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 79.

<sup>109</sup> P. PESCATORE, *La légitimité*, cit., p. 343.



cana<sup>110</sup> – del giudice come attore politico che alloca valori e risorse fra i membri della collettività<sup>111</sup>, si sottolineano le difficoltà – che danno luogo a una “malagevole convivenza fra potere giudiziario e valori democratici”<sup>112</sup> – generate dallo scarto “tra i valori fondamentali di un ordinamento democratico ed il potere amministrato da un corpo giudiziario composto da individui nominati a vita, per lo più sforniti di qualsiasi forma di rappresentatività, come tali irresponsabili innanzi all’elettorato, e che tuttavia partecipa con peso crescente alla determinazione delle politiche pubbliche”<sup>113</sup>: esisterebbe pertanto “una tensione di fondo tra i principi del costituzionalismo, che prevedono la presenza di giudici indipendenti e quindi politicamente irresponsabili, e quelli della democrazia, intesa quest’ultima come la responsabilità di chiunque eserciti potere politico nei confronti del *demmos*”<sup>114</sup>. Naturale che da questa consapevolezza critica nascano una serie di tormentate domande alle quali lo studioso è chiamato a rispondere: “se il giudice esercita in qualche modo potere politico... in che modo sono giustificate le sue garanzie di indipendenza? Non devono forse queste garanzie essere compatibili con il principio che sta a fondamento di questi regimi, secondo cui chi esercita potere politico deve essere chiamato a rispondere davanti alla comunità? Ma come conciliare la responsabilità del giudice con la necessità di assicurarne l’imparzialità, fatto che... sta alla base delle sue garanzie di indipendenza? Detto in breve, come conciliare potere giudiziario e democrazia?”<sup>115</sup>. Se è vero – si aggiunge – che esiste un divario tra indipendenza e responsabilità democratica del giudice non facile a colmarsi, c’è da chiedersi “quanta indipendenza le democrazie consolidate possono permettersi di accordare alla magistratura senza indebolire i circuiti della rappresentanza e della responsabilità politica, che ne costituiscono altrettanti pilastri”<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> C. GUARNIERI, *Giustizia e politica*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 39.

<sup>111</sup> P. PEDERZOLI, *Il giudice nei regimi democratici*, in *Riv. it. sc. polit.*, 1990, p. 293 e 305.

<sup>112</sup> P. PEDERZOLI, *Il giudice*, cit., p. 316.

<sup>113</sup> P. PEDERZOLI, *op. ult. cit.*, p. 315; ipotizza che si possa parlare di “offesa per la democrazia” a proposito del “fatto che dei giudici non elettivi governino, almeno in parte, pronunciandosi sulla validità di leggi promulgate dai rappresentanti elettivi dei cittadini”, F.I. MICHELMAN, *La democrazia*, cit., p. 63.

<sup>114</sup> C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 19.

<sup>115</sup> C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 125.

<sup>116</sup> Così – sulla base di uno studio di P.H. RUSSELL e P. PEDERZOLI, *Magistratura*, cit., p. 57, nota 5.



#### 4. *Potere giudiziario e interpretazione del diritto: caratteri della giurisdizione*

Per provare a rispondere in termini giuridici, e più precisamente costituzionalistici, a queste domande è opportuno muovere l'argomentazione da una constatazione apparentemente lontana, ma ciò non di meno funzionale al ragionamento che si intende proporre: la constatazione cioè della consustanzialità fra diritto e interpretazione.

Se si muove dalla convinzione che il diritto, lungi dall'essere contenuto soltanto nella legge è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione al quale l'interprete (e in particolare il giudice) partecipa in maniera determinante<sup>117</sup>, quella consustanzialità risulta ineluttabile<sup>118</sup>, posto che "l'interpretazione è ed è destinata a rimanere l'anima del diritto"<sup>119</sup>.

Riandando indietro nel tempo, alla base di queste considerazioni troviamo il pensiero di Hans Kelsen, la sua convinta teorizzazione di un'inscindibile *consecutio*: interpretazione-creatività-politicità. Nel saggio "Chi deve essere il custode della costituzione?" (1930)<sup>120</sup> il grande studioso sostiene che "in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica, ma non la «vera» giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere «politico» che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa".

Altrettanto incisiva è l'affermazione che Kelsen fa nel saggio "Li-

<sup>117</sup> G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, Giuffrè, 1977, p. 813.

<sup>118</sup> Sulla dottrina della "discrezionalità ineluttabile" connessa all'attività di interpretazione cfr. G. REBUFFA, *La funzione*, cit., p. 196.

<sup>119</sup> R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria*, cit., p. 86.

<sup>120</sup> Ora in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 229 ss. (il passo subito dopo citato nel testo è a p. 242).

neamenti di teoria generale dello Stato” (1926)<sup>121</sup>: “il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* [corsivo nel testo] individuale, l’individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all’individuale. Solo il pregiudizio secondo il quale tutto il diritto è racchiuso nella norma generale, solo l’erronea identificazione del *diritto* con la *legge* [corsivi nel testo], poteva offuscare questa nozione”. E ancora: “il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l’atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della Costituzione, le leggi giuste”<sup>122</sup>.

Del resto la consapevolezza della creatività-politicità dell’interpretazione giudiziaria è largamente diffusa in dottrina: si va dalla *dissenting opinion* di quasi un secolo fa (1917) del giudice Holmes secondo il quale “I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially” (in *Southern Pacific Co. v. Jensen*), a H.L.A. Hart, secondo il quale nei casi di incompletezza del diritto “i tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo «discrezionalità»”<sup>123</sup>; da A. Barak, che muove dall’assunto che “il giudice crea il diritto” attraverso un’“attività legislativa interstiziale”<sup>124</sup>, a M. Cappelletti, che parla di creatività della funzione giudiziaria come produzione di diritto ad opera dei giudici<sup>125</sup>; fino alla domanda più recentemente posta con evidenti intenti retorici da M. Luciani (“come può «non fare politica» un giudice che «crea» il diritto?”)<sup>126</sup>.

È indubbio che alla sensibilità contemporanea – come è stato opportunamente notato<sup>127</sup> – questa “produzione giudiziaria di diritto pone ... un problema costituzionale di connessione del potere giudiziario con la rappresentanza democratica dalla quale promana la legge cui il giudice è soggetto”: per provare a ridurre questo problema a dimensioni accettabili (forse, addirittura, a risolverlo), oltre a tener presente più di quanto normalmente si faccia la distinzione fra incidenza politica della sentenza e suo vero e proprio (e molto

<sup>121</sup> Vedilo riprodotto in H. Kelsen, *Dottrina dello Stato* (a cura di A. Carrino), Napoli, ESI, 1994, p. 41 ss. (la citazione del testo è a p. 97).

<sup>122</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1970, p. 123.

<sup>123</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, 2009, p. 324.

<sup>124</sup> A. Barak, *La discrezionalità*, cit., p. 233.

<sup>125</sup> M. Cappelletti, *Giudici*, cit., p. 3.

<sup>126</sup> M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto* (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 882.

<sup>127</sup> G. Silvestri, *Lo stato*, cit., p. 138.

raro) contenuto politico<sup>128</sup>, bisogna mettere in campo una serie di considerazioni (ulteriori rispetto a quelle già fatte) che smontino la troppo veloce assimilazione del giudice a un mero attore politico, con le inevitabili ricadute in ordine al suo status.

Alcuni degli stessi autori appena citati possono aiutarci in un'operazione volta, per un verso, a riconfermare la non estraneità del giudice al principio democratico neppure nei casi di "legislazione interstiziale"; per un altro, a porre in evidenza la specificità della sua attività rispetto a quella autenticamente politica. Per intanto Kelsen – lo si sarà notato – accenna a un'autorizzazione a creare diritto da parte del legislatore al giudice; e anche Barak sostiene che "il legislatore... (implicitamente od esplicitamente) acconsente all'intervento del potere giudiziario, poiché istituisce regole di massima – o procedure per colmare le lacune nell'ordinamento – e conferisce al giudice l'autorità di determinare una norma giuridica basandosi sull'interesse della collettività"<sup>129</sup>; si ricordi in proposito l'art. 1, II co., del codice civile svizzero prima citato. E poi sia Barak che Elia sottolineano quanto diverso sia produrre diritto come giudice o come legislatore<sup>130</sup>, in quanto per il giudice "si tratta di una creatività non *ex nihilo*, ma di una creatività strumentale, condizionata alla adeguazione del diritto legislativo alla Costituzione"<sup>131</sup>, di una "creatività che si avvicina molto al concetto di discrezionalità amministrativa"<sup>132</sup>; e aggiunge G. U. Rescigno: "il giudice crea diritto per il caso concreto sul quale decide, ma non crea diritto se per creazione del diritto intendiamo formulazione di regole generali e astratte"<sup>133</sup>.

Ma non si tratta solo di questo: per misurare la distanza fra la (eccezionale e limitata al caso singolo) produzione di diritto da parte del giudice rispetto alla (continuativa e potenzialmente generale e

<sup>128</sup> Convincenti considerazioni in G. GIACOBBE e M. NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 60.

<sup>129</sup> A. BARAK, *La discrezionalità*, cit., p. 190; anche per F.I. MICHELMAN, *La democrazia*, cit., p. 41, "in un sistema liberal-democratico... noi autorizziamo l'esercizio giudiziario di poteri interpretativi e di limitare, costituzionalmente, il contenuto delle decisioni politiche".

<sup>130</sup> A. BARAK, *La discrezionalità*, cit., p. 233; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, p. 311.

<sup>131</sup> L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, p. 224.

<sup>132</sup> *Op. e loc. ult. cit.*

<sup>133</sup> G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della costituzione e delle controversie attuali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 380.

astratta) produzione di diritto da parte del legislatore e per misurare conseguentemente quanto di frettoloso e di approssimativo si annida nell'assimilazione fra il giudice e il politico che talune correnti di pensiero, in particolare nordamericane, propongono, ci si deve soffermare su quelle che sono le caratteristiche essenziali del procedimento giudiziario: da parte della dottrina unanime si parla in proposito di passività (*nemo iudex sine actore*), di imparzialità (*nemo iudex in causa propria*), della garanzia del contraddittorio (*audiatur et altera pars*), del rispetto dell'obbligo di motivazione e del principio di legalità<sup>134</sup>, e si sottolinea l'importanza del principio di *non liquet*.

Si tratta di un'armatura ferrea – del tutto impensabile per l'attività politica – entro cui l'attività giudiziaria è sigillata, dalla quale peraltro non è escluso che talvolta esca il topolino della “legislazione interstiziale”: ma è certo fuori misura muovere da questa eventualità, finché si manifesta in dosi omeopatiche, per assimilare il concetto di discrezionalità giudiziaria (anche quando arrivi all'estremo della legislazione interstiziale) a quello di decisionalità politica, parlare del potere giudiziario come potere *tout court* politico fino ad arrivare a ipotizzare la responsabilità politica del giudice sulla base di un presunto principio generale che imporrebbe “la responsabilità di chiunque eserciti potere politico nei confronti del *demos*”<sup>135</sup>. A parte l'avvitamento autoreferenziale dell'argomentazione (siccome il giudice è “politico” deve rispondere politicamente), in realtà quel principio ha una latitudine più contenuta: solo chi è eletto dal corpo elettorale deve rispondere delle sue decisioni davanti al corpo elettorale. Nelle democrazie costituzionali sono previsti una serie di decisori pubblici che non sono decisori politici elettoralmente investiti e la cui presenza risponde alla ratio di disseminare le sedi decisionali e di impedire l'eccessiva concentrazione di potere nel “politico”: la situazione archetipa si riscontra proprio nella giurisdizione, cui le costituzioni contemporanee – consce dell'indissolubile legame fra potere giudiziario e tutela dei diritti e consce che quest'ultima è il vero valore aggiunto della democrazia costituzionale rispetto ai regimi precedenti – accorda uno status specialissimo di indipendenza (in quanto funzionale all'imparzialità)<sup>136</sup> in naturale rotta di collisione con la responsabilità

<sup>134</sup> A quest'ultimo proposito osservano C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia*, p. 15, che il giudice è chiamato “ad applicare norme preesistenti, potendosi trattare di una legge o anche di un precedente giurisprudenziale, ma in ogni caso i criteri che sorreggono la decisione devono essere conoscibili prima dell'instaurarsi del giudizio; è il principio di legalità”, lontano anni luce – vale la pena di aggiungere – dai canoni propri della decisione politica.

<sup>135</sup> C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 19.

<sup>136</sup> Osserva M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 21

politica (connessa magari all'elettività)<sup>137</sup> che di quella indipendenza/irresponsabilità sancirebbe la fine o un vistoso ridimensionamento, a meno di non concepirla nella chiave – del tutto irrilevante sul piano giuridico – della cd. responsabilità politica diffusa (formula che a null'altro allude che alla sottoposizione delle sentenze al libero dispiegarsi della manifestazione del pensiero dei consociati).

Altre dunque sembrano le strade da percorrere per dare una risposta alle domande *retro* riportate a p. 48 rispetto a quelle che porterebbero a un pericoloso appannamento dei caratteri irrinunciabili della giurisdizione, fra loro inestricabilmente legati, quali – lo si ripete – l'indipendenza<sup>138</sup>, l'imparzialità e l'irresponsabilità: in particolare la strada maestra è quella che valorizza gli elementi dell'armatura ferrea di cui si è parlato (e fra questi in particolare – proprio per il suo collegamento a una *ratio lato sensu* democratica – la motivazione<sup>139</sup> nel suo rilievo extraprocessuale, funzionale com'è all'esposizione al pubblico e al controllo da parte della collettività delle ragioni della sentenza<sup>140</sup>) per arrivare alla conclusione secondo cui “la

(richiamandosi alla sent. n. 60 del 1969 della nostra Corte costituzionale) che “l'indipendenza non è che il mezzo inteso a salvaguardare un altro valore – connesso certamente, ma diverso e ben più importante del primo –, ossia l'imparzialità del giudice, vera e propria essenza dell'attività giurisdizionale)”.

<sup>137</sup> Per una posizione contraria alla elettività e alla responsabilità dei giudici v., fra gli altri, A. BARAK, *La discrezionalità*, cit., p. 191. Per una descrizione delle modalità d'accesso alla carriera giudiziaria nel Regno Unito e in USA, v. G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 18 ss.: di fatto solo il giudice elettivo e a termine degli Stati nordamericani può essere ritenuto politicamente responsabile, tale non potendo essere considerato il giudice nominato a vita dal potere politico.

<sup>138</sup> “Una Costituzione rigida richiede in modo particolarissimo che le Corti di Giustizia siano indipendenti in maniera assoluta”: così *Il federalista*, *retro* cit. in nota 32, p. 532. Sul piano della sociologia giudiziaria rimane peraltro molto plausibile (e augurabile) che i giudici si comportino come auspicato da R. Dahl e da M. Shapiro, citati da C. GUARNIERI, *Giustizia*, cit., p. 44: siano cioè giudici indipendenti nelle singole dispute ma non dagli orientamenti di fondo del sistema politico; ovvero siano giudici “indipendenti al dettaglio, non all'ingrosso”.

<sup>139</sup> Per l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari si possono vedere sia l'art. 111, VI co., della Costituzione italiana che l'art. 149 della Costituzione belga.

<sup>140</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit. p. 88. Sul rilievo cruciale della motivazione quando si discute del problema della legittimazione democratica della magistratura cfr. D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., p. 117; a una *ratio lato sensu* democratica si può ricondurre anche il pensiero di chi vede nella motivazione l'elemento sul quale il giudice “all'interno del sistema giudiziario (e non solo nell'ambito del singolo processo), fonda la propria legittimazione, dando conto della propria soggezione alla legge” (A. ANDRONIO, *Commento all'art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, UTET, 2006, p. 2120).

legittimità democratica della giurisprudenza, diversamente, da quella delle branche «politiche», non dipende affatto dalla *rappresentatività* (e dal rispetto di una volontà maggioritaria dei rappresentati), ma bensì della *processualità* ossia delle fondamentali caratteristiche *modali* del *judicial process*<sup>141</sup>.

## 5. Osservazioni conclusive

Fermo restando che quella costituzionale non è una democrazia “cieca”, che fa della sovranità popolare un “faro accecante e un mito assoluto”<sup>142</sup>, ma una democrazia con gli occhi ben aperti sulla tutela dei diritti dei cittadini (ed è per questo che istituisce forme di neutralizzazione della politica per via giurisdizionale<sup>143</sup>), va infine osservato che essa però non ha alcuna debolezza verso il governo dei custodi o – si può anche dire – verso il paternalismo giurisdizionale<sup>144</sup>. Si è parlato nelle pagine precedenti di equiordinazione tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa e questo significa che la legge – come massima espressione della sovranità popolare qualora si ponga in sintonia con la Costituzione<sup>145</sup> – ha un ruolo fondamentale per assicurare il principio di legalità e il connesso principio di giurisdizionalità: come è stato detto da un illustre maestro “non si può parlare di vera giurisdizionalità laddove non si realizza in pieno il principio di legalità”<sup>146</sup>, il che vuol dire che se “il giudice non dispone di norme di diritto sufficientemente precise non vi potrebbe essere, nonostante le forme e le apparenze, alcuna attività davvero giurisdizionale, poiché nessuna sussunzione [conforme alla fattispecie legale] è realmente possibile in norme generiche”<sup>147</sup>.

<sup>141</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., p. 126 (corsivi nel testo).

<sup>142</sup> P. CARNEVALE, “A futura memoria”: dalla Corte segnali “per il dopo”, in A. CELOTTO (a cura di), *Il lodo Alfano*, Nel diritto editore, Roma, 2009, p. 50.

<sup>143</sup> A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), p. 20.

<sup>144</sup> N. ZANON, *La responsabilità*, cit., p. 247.

<sup>145</sup> Si ricordi la sentenza del *Conseil constitutionnel*, retro cit. alla fine del primo paragrafo.

<sup>146</sup> L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione* (1962), ora in Id., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 479. Nella pagina precedente egli osservava che sul “continente l'imparzialità dei magistrati si è fondata, oltre che su talune garanzie di carattere organizzatorio, anche e soprattutto sulla loro soggezione alla legge: ma tale soggezione, già relativizzata di necessità sotto tanti aspetti, scompare addirittura quando, nel campo penale, venga meno la determinazione della fattispecie normativa”.

<sup>147</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., p. 361.

Senza rincorrere improbabili esclusive nel procedimento di formazione del diritto, questo significa che le ragioni della legge devono rimanere centrali in quel procedimento, spettando a loro il compito ineludibile di dettare con la maggiore chiarezza possibile le scelte politicamente qualificanti nelle svariate materie di interesse pubblico: è questo il posto che deve spettare a un atto che ha l'inestimabile valore "di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in Parlamento e potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera rappresentanza politica, composta di maggioranze e minoranze"<sup>148</sup>.

Ed è questo il modo per assicurare un altro inestimabile valore per l'equilibrio complessivo di una democrazia costituzionale: quello che ho prima definito il pluralismo delle (e il dinamismo fra le) sedi decisionali, a nessuna delle quali può essere appaltata in esclusiva la gestione della cosa pubblica, posto che i sistemi liberaldemocratici non poggiano su un potere ultimo e salvifico, sull'idea di una decisione sovrana e inappellabile, ma sull'equilibrio dinamico di legittimità plurali.

<sup>148</sup> N. ZANON, *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, in *Percorsi costituzionali*, 2009, n. 2, p. 9.





# *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*<sup>1</sup>

di Stefano Sicardi

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive. Il rapido succedersi, in Italia, di modifiche di portata generale all'ordinamento giudiziario nell'ultimo triennio, dopo anni di immobilismo o di interventi parziali. Di alcune priorità in tema di amministrazione della giustizia nel contesto italiano. – 2. Le generali modifiche all'ordinamento giudiziario intervenute nell'ultimo triennio: un “cantiere”, almeno momentaneamente, chiuso e che attende la fase di attuazione. – 3. L'ingresso in Magistratura, la carriera ed i controlli sulla professionalità del magistrato. – 3.1. Il passaggio ad un reclutamento tramite un concorso di secondo grado. Il tirocinio dei vincitori. – 3.2. La carriera ed i controlli di professionalità. – 4. Brevi considerazioni conclusive. Continuità e discontinuità nella progettazione e trasformazione dell'ordinamento giudiziario in Italia.

1. *Considerazioni introduttive. Il rapido succedersi, in Italia, di modifiche di portata generale all'ordinamento giudiziario nell'ultimo triennio, dopo anni di immobilismo o di interventi parziali. Di alcune priorità in tema di amministrazione della giustizia nel contesto italiano*

La disciplina relativa all'ordinamento giudiziario in Italia è stata, negli ultimi anni, al centro di un laborioso, aggrovigliato e talora affannoso processo di generale trasformazione, dopo decenni di tentativi infruttuosi, caratterizzati peraltro da una serie di interventi settoriali, anche incisivi, ma venutisi a sovrapporre, nel corso del tempo, al di fuori di qualsiasi logica unitaria.

Una materia delicatissima e al centro di forti polemiche politiche è stata affrontata e regolata, in rapida successione (e con notevoli modificazioni), prima da una maggioranza di centro-destra e poi da una di centro-sinistra e l'approvazione di quella che si potrebbe chiamare “riforma della riforma”, a fine luglio 2007, è stata peraltro subito suggellata dalle dichiarazioni del *leader* dell'opposizione, contenenti pre-

<sup>1</sup> Relazione alle VI<sup>o</sup> Giornate Italo-Spagnole su “Il potere giudiziario”, La Coruña, 26-27/09/2007.

cisi propositi di ulteriore modifica (in senso ripristinatorio) non appena il centro-destra dovesse tornare al governo. Potrebbe dirsi che l'ordinamento giudiziario ha sperimentato prima l'immobilismo legislativo proprio delle democrazie compromissorie e poi l'attivismo legislativo e le rapide modificazioni che caratterizzano le normative controverse nelle democrazie maggioritarie con alternanze frequenti.

L'ordinamento giudiziario è venuto a porsi in Italia come normativa controversa anzitutto a seguito delle note, ricorrenti e talora violente polemiche che hanno da tempo opposto una parte dello schieramento politico italiano alla Magistratura (specie requirente), in conseguenza delle vicende giudiziarie iniziate (ma non esauritesi) con "Tangentopoli" e, in particolare, di notissimi processi nei quali è stato a più riprese coinvolto Silvio Berlusconi insieme ad una serie di suoi strettissimi collaboratori. Ma se lo schema dominante, nell'ultimo quindicennio, è stato quello di un centro-destra ostile e diffidente verso la Magistratura e di un centro-sinistra comprensivo nei suoi confronti, anche all'interno di questo arco di forze non sono mancate perplessità e timori, di fronte anzitutto alla diffusione mediatica di atti processuali, con correlativa esposizione negativa degli indagati (talora anche tra i massimi esponenti del centro-sinistra), ma pure, più in generale, di fronte a forme di attivismo giudiziario repute, sia pur usandosi termini maggiormente rispettosi, eccessive.

Un insieme di questioni se così si può dire di attualità si sono sommate con i generali problemi di tutte le democrazie liberali nel regolare il rapporto tra Magistratura e potere politico (ma declinati in versione italiana, che presenta dei tratti peculiari)<sup>2</sup> e, comunque,

<sup>2</sup> Di recente, in lingua italiana, da differenti punti di vista e con diverse linee di approfondimento, P. PASQUINO, *Uno e trino. Indipendenza della Magistratura e separazione dei poteri*, Milano, Anabasi, 1994; E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI e A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, Feltrinelli, 1996; R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 1997; P. BORGNA e E. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli, 1997; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, il Mulino, 1997; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; V. ACCATTATIS, *Governo dei giudici e giudici di governo*, Milano, Angeli, 1998; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002; C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della seconda repubblica*, Bologna, il Mulino, 2003; S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004 [con i contributi, in particolare, di G. LOMBARDI, *La situazione attuale del potere giudiziario (profili di diritto comparato)*, 43 ss.; P. PEDERZOLI, *Magistratura e politica. Quale coabitazione?*, 55 ss.; I.J. PATRONE, *La Magistratura nell'esperienza costituzionale comparata*, 115 ss. e diversi saggi presenti nella parte III, 335 ss., tra

con una crescente insoddisfazione per una disciplina di ordinamento giudiziario inesorabilmente invecchiata ed anche, ove emendata, giudicata sempre meno soddisfacente (si pensi, emblematicamente, ai problemi, oggetto delle considerazioni che seguiranno, della carriera dei magistrati e dei controlli sulla loro professionalità).

Il R.D. 12/1941 (il cd. “ordinamento giudiziario Grandi – da ora in avanti OG 1941 –), ha costituito, come è noto, la disciplina ancora in vigore in Italia (come già accennato, arricchita di parziali ma molteplici ed anche rilevanti modificazioni, intervenute nel sessantennio repubblicano<sup>3</sup>) fino al 2005. Esso risentiva indubbiamente del contesto autoritario in cui fu prodotto, ma nemmeno si poneva in radicale discontinuità con l’impianto della precedente normativa del periodo monarchico-liberale, benché in relazione ad essa fossero riscontrabili diverse accentuazioni, più orientate ad un fermo “governo della Magistratura” (come l’ordinamento giudiziario Cortese del 1865), o maggiormente attente alle garanzie dei magistrati (come le riforme Orlando del 1907/08)<sup>4</sup>.

cui quello dello stesso GAMBINO, *Magistratura e politica. Limiti materiali e formali delle prospettazioni di riforma dell’ordinamento giudiziario*, 405 ss.]; G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della Magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali* (relazione al terzo seminario del ciclo “Istituzioni e dinamiche del diritto”, denominato “Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto”, tenuto a Modena il 18 gennaio 2007), in *www.costituzionalismo.it* e in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 363 ss., in particolare 383 ss.; F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell’ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, per il rapporto tra assetti del potere giudiziario ed ordinamenti multilivello.

<sup>3</sup> Anche per porre rimedio alle sue più vistose anomalie rispetto al “posto” dell’Ordine Giudiziario all’interno di uno Stato liberal-democratico. Si pensi, in via meramente esemplificativa, al Regio Decreto Legislativo [da ora in poi R.D.Lgs.] 511/1946, c.d. “Legge sulle guarentigie della Magistratura”, o legge “Togliatti”, seguito poi della disciplina dalla legge ordinaria (L. 195/1958 e successive numerose modificazioni), di attuazione della Costituzione sul Consiglio Superiore della Magistratura [da ora in avanti CSM] e dalle leggi relative alla (sostanziale abolizione della) carriera dei magistrati, su cui si ritornerà (leggi ordinarie 570/1966 e 831/1973). In tempi più recenti, si considerino gli artt. 7 bis e seguenti (di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 449/1988, relativo al nuovo codice di procedura penale) introdotti nell’OG 1941, per corrispondere al rispetto del principio costituzionale (art. 25, 1 comma Cost.) di precostituzione del giudice; e si pensi pure alla rilevante integrazione subita dall’OG, in quantità e qualità, a seguito della cosiddetta attività “paranormativa” del Consiglio Superiore della Magistratura. Per un quadro complessivo ante riforme, vedi R. ROMBOLI-S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, 368 ss.; G. VERDE, *L’ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>4</sup> Per maggiori ragguagli in relazione a queste vicende, E. PIOLA CASELLI, *Magistratura*, in *Digesto italiano*, XV, 1, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1903/07;

Con l'ordinamento giudiziario "Grandi" si trovò a dover fare i conti il costituente del 1946-48 (che infatti lo considerò esplicitamente da adeguare al nuovo ordine costituzionale – Cost. It., VII Disp. Trans. Fin., comma primo<sup>5</sup>). Come già accennato, solo per l'accelerazione impressa da una serie di fattori politico-istituzionali successivi agli anni '90 del secolo scorso, si è giunti ad una complessiva riscrittura della disciplina di ordinamento giudiziario dal 2005 in avanti, pur non essendo mancati in passato pregevoli tentativi di avviare tale processo, anche da parte del Consiglio Superiore della Magistratura<sup>6</sup>.

A fronte di tutto ciò stanno una serie di priorità in ordine all'amministrazione della Giustizia in Italia<sup>7</sup>.

Da un lato c'è l'assoluta esigenza di presidiare l'indipendenza della Magistratura, impedendo che essa cada, più o meno pesantemente, sotto il condizionamento del potere politico ed, in particolare, delle maggioranze di governo, pure evitando il riprodursi di forme di gerarchizzazione interna; e, in termini maggiormente generali, c'è l'esigenza che l'Ordine Giudiziario sia salvaguardato nella sua azione anche rispetto ai "poteri forti", di qualsiasi tipo essi siano.

F. S. MERLINO, *Politica e Magistratura dal 1861 ad oggi in Italia* (prima ediz. 1925) e *L'Italia qual è* (prima ediz. 1890), rist. Milano, Feltrinelli, 1974; M. D'ADDIO, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967; G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico, Magistratura*, Bari, Laterza, 1973; ID., *La Magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, Torino, Einaudi, 1973, 125 ss.; P. PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della Magistratura nello Stato liberale*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, V, Bologna, 1975, 535 ss.; S. SICARDI, *La posizione costituzionale del giudice tra potere e responsabilità*, in *Studi Urbinati*, 1975/76, 265 ss.; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della Magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, cap. I e II.

<sup>5</sup> «Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente».

<sup>6</sup> Si ricordi emblematicamente, in proposito, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Relazione annuale sullo Stato della Giustizia 1991-L'attuazione della VII disposizione transitoria della Costituzione. Orientamenti per la riforma dell'ordinamento giudiziario*.

<sup>7</sup> Per una discussione di questi problemi, da diverse angolazioni e prospettive, da parte degli stessi magistrati, si possono vedere, ad esempio, V.M. CAFERRA, *Il magistrato senza qualità*, Roma-Bari, Laterza, 1996; P. DAVIGO, *La giubba del re. Intervista sulla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998; P. BORGNA e M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Roma-Bari, Laterza, 2003; M. GARAVELLI, *Ma cos'è questa giustizia? Luci e ombre su un'istituzione contestata*, Roma, Editori Riuniti, 2003; G. PALOMBARINI, *La variabile indipendente. Quale giustizia negli anni 2000*, Bari, Dedalo, 2006.

Dall'alto lato c'è la necessità di dotare l'Amministrazione della Giustizia di mezzi adeguati (oggi assolutamente insufficienti) allo svolgimento dei suoi compiti ed, allo stesso tempo, di prevedere una migliore selezione e formazione permanente del personale giudiziario (requirente e giudicante) e – nel pieno rispetto delle garanzie procedurali – di rendere effettivi una serie di controlli (che non amputino l'indipendenza, ma che ci siano !), per reagire ai fenomeni di cosiddetta “malagiustizia”, con le correlative ricadute (talora terribili) sulla vita e la libertà dei cittadini e sulla credibilità delle istituzioni giudiziarie.

Insomma, muoversi in una prospettiva volta a coniugare indipendenza con efficienza, ambedue essenziali per una corretta amministrazione della Giustizia in ogni Paese.

2. *Le generali modifiche all'ordinamento giudiziario intervenute nell'ultimo triennio: un “cantiere”, almeno momentaneamente, chiuso e che attende la fase di attuazione*

Come si è accennato nel paragrafo precedente, in Italia, dopo una serie di aspirazioni non coronate da successo di riforma organica dell'ordinamento giudiziario nel corso del sessantennio repubblicano, la maggioranza di centro-destra, espressa dalle elezioni politiche del 2001, riuscì ad approvare in via definitiva la legge ordinaria di delegazione (pluridelega) 25 luglio 2005, n. 150 (“*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*”, cosiddetta legge Castelli). Già la chilometrica rubrica della legge ne delinea l'ampiezza di disciplina, che coinvolge l'insieme dell'ordinamento giudiziario (e quindi la normativa relativa alla Magistratura ordinaria), così come aspetti rilevanti delle garanzie dei giudici speciali, per finire nell'esigenza di dotare, tramite un Testo Unico, la disciplina delle Magistrature di un ordinato e tendenzialmente completo articolato di riferimento, che superi la molteplicità della precedente normazione.

La legge di delegazione appena ricordata ebbe un *iter* parlamentare non facile (presentata dal Governo alle Camere il 29 marzo 2002, profondamente ristrutturata da un maxi emendamento approvato dal Consiglio dei Ministri un anno dopo – il 7 marzo 2003 –, ed approvata per la prima volta in sede parlamentare il 1 dicembre 2004), caratterizzato da ricorrenti polemiche tra maggioranza di governo (e,

in particolare, Ministro della Giustizia) e Magistratura, estremamente critica sui suoi contenuti; e da un confronto politico molto duro con gran parte dell'opposizione, che si contrapporrà quindi alla maggioranza in sede di discussione ed approvazione della disciplina; ed, ancora, da preoccupati rilievi della dottrina<sup>8</sup>. Tale disciplina fu inoltre rinviata per molteplici ragioni di costituzionalità – ex art. 74 Cost. – alle Camere dal Capo dello Stato<sup>9</sup> e fu quindi ulteriormente votata,

<sup>8</sup> ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI [da ora in avanti ANM], *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura, nonché della disciplina della progressione economica e delle funzioni dei magistrati in attuazione degli articoli 1, comma 1, lettera a) e 2, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p), q), e r), della legge 25 luglio 2005, n. 150, nonché regime transitorio di cui agli articoli 1, comma 3 e 2, comma 9, della medesima legge*, pp. 4 ss., in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it). ID., *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, *ibidem*; A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, in *Atti del Convegno "Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea"*, Accademia Nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003, in [www.movimentoperlagiustizia.it](http://www.movimentoperlagiustizia.it); F. DAL CANTO e R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2004; L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625 ss.; ID., *Relazione al Congresso straordinario dell'Associazione Nazionale Magistrati*, Napoli, 24 settembre 2004, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it); G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della Magistratura*, *Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, Padova, 2004, in AIC, *Annuario 2004, Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2004, 71 ss.; ID., *La riforma dell'ordinamento giudiziario* (relazione al XXVII Congresso Nazionale della Associazione Nazionale Magistrati, "Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini"), in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, cit., 3 ss.; D. CARCANO, in ID. (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, 1 ss.; ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario* (a cura di E. PACIOTTI), Firenze-Antella, Passigli, 2006; A. PIZZORUSSO, *Introduzione ad ASTRID*, cit., 11 ss. (che riproduce il saggio *Considerazioni generali sulla legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 1 ss.); M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della Giustizia in Italia: un esempio di legislazione postcostituzionale?*, in AA.Vv., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2007, 1 ss.

<sup>9</sup> Nel rinvio si contestò la fissazione annuale da parte del Ministro della Giustizia delle linee di politica giudiziaria, in quanto il Capo dello Stato riteneva che contrastasse con la soggezione dei giudici solo alla legge e con l'indipendenza della Magistratura, che comportasse inoltre un'estensione oltre i limiti costituzionali del potere del Ministro e che minacciasse il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Analoghe censure furono mosse all'istituzione degli uffici regionali o interregionali per il monitoraggio dei procedimenti, volti a verificare situazioni di inequivocabile carenza professionale. Ancora, nel rinvio si ritenne palesemente incostituzionale la possibilità del Ministro della Giustizia di ricorrere ai giudici amministrativi contro le delibere del CSM relative al conferimento e alla proroga di incarichi direttivi. Infine fu ritenuta incostituzionale l'insieme della normativa inerente alle assegnazioni, ai trasferimenti e ai passaggi di funzione tra i magistrati, in quanto co-



dopo una serie di modifiche, facendo ricorso alla questione di fiducia in ambedue i rami del Parlamento.

Come già detto e limitandoci a ciò che attiene alla Magistratura ordinaria, la legge n. 150/2005 ha riguardato sostanzialmente la generalità dei settori dell'ordinamento giudiziario relativi allo *status* del magistrato (requirente e giudicante) e alla posizione dell'Ordine Giudiziario nel sistema istituzionale.

Più specificamente la disciplina appena ricordata, in relazione al contenuto della delega in essa prevista (art. 1), ha inteso:

a) modificare la disciplina per l'*accesso* in magistratura, nonché la disciplina della *progressione delle funzioni* dei magistrati, e individuare le *competenze dei dirigenti* degli uffici giudiziari;

b) istituire la *Scuola Superiore della Magistratura* [da ora in avanti SSM]<sup>10</sup>, razionalizzare la normativa in tema di *tirocinio e formazione*

stituenti menomazione delle attribuzioni del CSM. Seguivano anche dei rilievi di tecnica legislativa. Come si vede si trattava di un rinvio "pesante" e, probabilmente, comunque, contenuto nelle censure, per evitare di accentuare il "gelo istituzionale" frequentemente manifestatosi tra il governo di centro-destra e l'allora presidente Ciampi.

<sup>10</sup> Si tratta di una «struttura didattica autonoma, con personalità giuridica di diritto pubblico, piena capacità di diritto privato e autonomia organizzativa, funzionale e gestionale, negoziale e contabile», preposta «stabilmente... all'organizzazione e alla gestione del tirocinio e della formazione degli uditori giudiziari» e pure dei «corsi di aggiornamento professionale e di formazione dei magistrati» (art. 1, comma 3, e 2, comma 1, D.Lgs. 26/2006). La SSM (originariamente articolata in tre sedi nel nord, centro e sud Italia e con organi direttivi composti da rappresentanti della Magistratura, dell'Avvocatura, del mondo universitario e da un rappresentante del Ministro della Giustizia e giovandosi di personale di tale Ministero o comandato da altre amministrazioni) è nata in un clima di diffidenza ed anche contestazione da parte della Magistratura associata, ma pure dell'opposizione, allora di centro-sinistra, e di una vasta area di studiosi, non tanto per i compiti di formazione e aggiornamento professionale assegnatili (che, sia pur in un nuovo quadro normativo e con modifiche di natura organizzativa e funzionale, sono stati mantenuti dalla legge del 2007) quanto per la complessiva collocazione istituzionale attribuitale dalla riforma del 2005/2006, volta, anche attraverso la SSM (alla quale la riforma del 2005/2006 conferiva specifici compiti in tema di valutazioni della professionalità collegati alla progressione in carriera) a diminuire il ruolo del CSM e ad incrementare quello del Ministro della Giustizia e della Cassazione.

La legge 111/2007 (di cui tra breve nel testo), se aggiunge addirittura nuovi compiti di formazione a quelli già previsti (nuovo testo dell'art. 2), attenua l'articolazione territoriale della SSM, rimodula la composizione del Comitato Direttivo (nel quale, ora, sette membri sono nominati dal CSM – sei magistrati e un professore universitario – e cinque dal Ministro della Giustizia – un magistrato, due professori universitari e due avvocati –, in luogo della previsione precedente, ove, su sette membri, solo due erano scelti dal CSM, due lo erano di diritto – i supremi magistrati giudicante e requirente –, uno scelto dal Consiglio Nazionale Forense, uno dal Consiglio Universitario Nazionale, uno dal Ministro della Giustizia) e, più in generale,

*degli uditori giudiziari, nonché in tema di aggiornamento professionale e formazione dei magistrati;*

c) disciplinare la composizione, le competenze e la durata in carica dei *Consigli Giudiziari* [da ora in avanti CCGG], nonché istituire il *Consiglio direttivo della Corte di Cassazione*;

d) riorganizzare l'*ufficio del pubblico ministero*;

e) modificare l'*organico della Corte di cassazione e la disciplina relativa ai magistrati applicati presso la medesima*;

f) individuare le fattispecie tipiche di *illecito disciplinare dei magistrati*, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché modificare la disciplina in tema di *incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio*;

g) prevedere forme di *pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati* di ogni ordine e grado.

In questo complessivo quadro, come già accennato, si inseriva la previsione di *emanazione di un nuovo T. U. in materia*, entro cinque anni dalla data dell'entrata in vigore della legge.

Alla legge di delegazione n. 150/2005 hanno fatto seguito, nel 2006, dieci Decreti Legislativi Delegati (atti con forza di legge del Governo attuativi della delega) [da ora in avanti D.Lgs.], entrati in vigore tra i mesi di giugno e luglio 2006 (salvo il D.Lgs. n. 160, nel mese di ottobre), qui di seguito riportati:

– D.Lgs. 16 gennaio 2006, n. 20

*Disciplina transitoria del conferimento degli incarichi direttivi*

– D.Lgs. 23 gennaio 2006, n. 24

*Modifica all'organico dei magistrati addetti alla Corte di cassazione, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera e), della legge 25 luglio 2005, n. 150*

– D.Lgs. 27 gennaio 2006, n. 25

*Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c), della legge 25 luglio 2005, n. 150*

– D.Lgs. 30 gennaio 2006, n. 26

*Istituzione della Scuola superiore della magistratura, nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 25 luglio 2005, n. 150*

interviene su una serie di aspetti organizzativi e funzionali (ad esempio – come si vedrà – in tema di tirocinio dei magistrati e, più in generale, abrogandone le competenze relative alla valutazione della professionalità e incidenti sulla carriera), nella prospettiva di eliminarne gli elementi di potenziale contropotere o concorrenzialità rispetto al CSM.



– D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 35

*Pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera g) e 2, comma 8, della legge 25 luglio 2005, n. 150*

– D.Lgs. 7 febbraio 2006, n. 62

*Modifica dell'elezione dei Consigli di Presidenza della Corte dei Conti e della Giustizia Amministrativa*

– D.Lgs. 20 febbraio 2006, n. 106

*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*

– D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109

*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*

– D.Lgs. 5 aprile 2006, n. 160

*Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150*

– D.Lgs. 25 luglio 2006, n. 240

*Individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia, a norma degli articoli 1, comma 1, lettera a), e 2, comma 1, lettere s) e t) e 12, della legge 25 luglio 2005, n. 150*

Quattro deleghe restarono peraltro inavase (per il coordinamento normativo, le eventuali disposizioni correttive, e per l'adozione di un Testo Unico, tanto legislativo quanto regolamentare, in materia di ordinamento giudiziario).

La successiva XV legislatura repubblicana, iniziatasi nella primavera-estate del 2006, che ha segnato il cambio della maggioranza di governo, con il passaggio dal centro-destra al centro-sinistra, ha visto tra i suoi primi prodotti legislativi una normativa (di cui poco sotto si dà un quadro sintetico), volta tanto momentaneamente a fermare, quanto già a correggere il processo di riforma avviatosi con la ricordata l. 150/2005. Si tratta della legge ordinaria 24 ottobre 2006, n. 269 (*"Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario"*), che ha, appunto, sospeso, sino al 31 luglio 2007, l'efficacia del D.Lgs. n. 160 sull'accesso e la progressione nelle funzioni, e ha introdotto puntuali modifiche alle nuove norme in materia di organizzazione delle Procure e di responsabilità disciplinare.

Nell'impossibilità, anzitutto sul piano politico, ma pure su quello giuridico (sussistendo forti dubbi sulla necessità ed urgenza sottostante ad un'abrogazione per decreto-legge della normativa in tema di ordinamento giudiziario da poco approvata dalla vecchia maggioranza)<sup>11</sup>, di fare immediatamente "piazza pulita" della normativa derivante dalla l. 150/2005 e dei decreti che su di essa si fondavano, fu prevista una sospensione interlocutoria almeno del nucleo essenziale delle nuove norme, affiancando a tutto ciò un *iter* parlamentare di modifica complessiva della precedente disciplina.

Dopo tale ulteriore intervento normativo, questo, dunque, risultava il prospetto riassuntivo<sup>12</sup> della disciplina di *ordinamento giudiziario*:

*Elenco delle deleghe e dei decreti legislativi emanati  
e delle eventuali correzioni apportate  
dalla Legge 24 ottobre 2006, n. 269*

Disposizioni della legge	Deleghe e modifiche ex l. 269/2006	Decreti legislativi emanati
<u>art. 1, co. 1</u>	il Governo è delegato ad adottare, <b>entro 1 anno dalla data di entrata vigore della legge</b> , uno o più D.Lgs. per la riforma dell'ordinamento giudiziario	<p><b><u>D.Lgs. 23 gennaio 2006, n. 24</u></b> «Modifica all'organico dei magistrati addetti alla Corte di cassazione, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera e), della legge 25 luglio 2005, n. 150»</p> <p><b><u>D.Lgs. 27 gennaio 2006, n. 25</u></b> «Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c), della legge 25 luglio 2005, n. 150»</p> <p><b><u>D.Lgs. 30 gennaio 2006, n. 26</u></b> «Istituzione della Scuola superiore della magistratura, non-</p>

<sup>11</sup> In proposito G. FERRI, *L'ordinamento giudiziario tra riforma e sospensione*, in *Studium Iuris*, 2007/4, § 1.

<sup>12</sup> Fornitomi dal dr. Giorgio Sobrino, dottorando di Diritto Pubblico presso la Scuola di Dottorato in Diritto dell'Università di Torino, che ringrazio.

*ché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 25 luglio 2005, n. 150»*

**D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 35**

*«Pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera g) e 2, comma 8, della legge 25 luglio 2005, n. 150»*

**Modificati artt. 1.1- 2 ex art. 1.2 l. 269/2006.**

**D.Lgs. 20 febbraio 2006, n. 106**

*«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»*

**Abrogato art. 1.2-3; modificati artt. 2.1-2- 3.1-14.4-15-16-17-18.1-19.1-24.2-25.7-8; inseriti artt. 3bis- 32bis ex art. 1.3 l. 269/2006.**

**D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109**

*«Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150»*

**Efficacia sospesa fino al 31 luglio 2007 ex art. 1.1 l. 269/2006; disciplina transitoria r.d. 12/1941-artt. 2-3 D.Lgs. 20/2006 ex art. 4.1 l. 269/2006; “sono fatti salvi gli effetti prodotti e le situazioni esaurite durante la vigenza del D.Lgs.**

**D.Lgs. 5 aprile 2006, n. 160**

*«Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150»*

160/2006” ex art. 4.2 l.  
269/2006.

**D.Lgs. 25 luglio 2006, n. 240**  
«*Individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia, a norma degli articoli 1, comma 1, lettera a), e 2, comma 1, lettere s) e t) e 12, della legge 25 luglio 2005, n. 150*»

**art. 1, co. 3**

il Governo è delegato ad adottare, entro i 90 (120 ex art. 2 l. 269/2006) giorni successivi alla scadenza del termine di cui al comma 1 (entrata in vigore di ciascuno dei D.Lgs. Emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1 ex art. 2 l. 269/2006), uno o più D.Lgs. recanti le norme necessarie al coordinamento delle disposizioni dei D.Lgs. emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1 con le altre leggi dello Stato e la necessaria disciplina transitoria

**art. 1, co. 6**

il Governo, entro 2 anni dalla data di acquisto di efficacia di ciascuno dei D.Lgs. emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1, può emanare *disposizioni correttive*

**art. 2, co. 10**

il Governo è delegato ad **D.Lgs. 16 gennaio 2006, n. 20**

- adottare, **entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge**, un D.Lgs. volto a disciplinare il conferimento degli incarichi direttivi giudicanti e requirenti
- «*Disciplina transitoria del conferimento degli incarichi direttivi giudicanti e requirenti di legittimità, nonché di primo e secondo grado, a norma dell'articolo 2, comma 10, della legge 25 luglio 2005, n. 150*»
- art. 2, co. 12** il Governo è delegato ad adottare, **entro 1 anno dalla data di entrata in vigore della legge** (entro il 30 luglio 2006), uno o più D.Lgs. diretti ad attuare su base regionale il decentramento del Ministero della giustizia
- D.Lgs. 25 luglio 2006, n. 240** «*Individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia, a norma degli articoli 1, comma 1, lettera a), e 2, comma 1, lettere s) e t) e 12, della legge 25 luglio 2005, n. 150*»
- art. 2, co. 17** il Governo è delegato ad adottare, **entro 1 anno dalla data di entrata in vigore della legge** (entro il 30 luglio 2006), un D.Lgs. per la modifica della disciplina della composizione del Consiglio di presidenza della Corte dei conti e delle modalità di elezione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa
- D.Lgs. 7 febbraio 2006, n. 62** «*Modifica della disciplina concernente l'elezione del Consiglio di presidenza della Corte dei conti e del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, a norma dell'articolo 2, comma 17, della legge 25 luglio 2005, n. 150*»
- art. 2, co. 19** il Governo è delegato ad adottare, **entro 4 anni dalla data di acquisto di efficacia dell'ultimo dei D.Lgs. emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1 dell'art. 1**, un D.Lgs. contenente il testo unico delle disposizioni legislative in materia di ordinamento giudiziario
-

Come già sopra accennato, il nuovo governo Prodi ha, nel più breve tempo possibile, predisposto un disegno di legge ordinaria (D.D.L.) AC (Atti Camera dei Deputati), XV Legisl., n. 2428 (nel successivo passaggio alla Camera, n. 2900; si ricordi peraltro che la prima presentazione alla Camera fu formale, il testo fu girato subito al Senato e la Camera se ne occupò nuovamente in termini rapidissimi, senza poter introdurre emendamenti, pena il mancato rispetto del termine di fine luglio 2007) e AS (Atti Senato della Repubblica), XV Legisl., n.1447 (“*Riforma dell’ordinamento giudiziario*”), a firma del Ministro della Giustizia Clemente Mastella, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2007, presentato al Senato il 30 marzo 2007 ed assegnato alla Commissione Giustizia in sede referente il successivo 5 aprile.

Si è già sopra ricordato che le disposizioni di cui fu sospesa l’efficacia, l’avrebbero riacquistata ove non fosse intervenuta entro il 31 luglio 2007 una nuova disciplina, dando luogo anche a numerose questioni di diritto transitorio relativamente al periodo di sospensione.

Peraltro la maggioranza di Governo, con un tormentato iter al Senato ed uno fulmineo alla Camera dei Deputati, è riuscita a rispettare la scadenza di fine luglio 2007, approvando quindi in via definitiva la legge, se così si può dire, di “riforma della riforma” (L. 30 luglio 2007, n. 111, “*Modifiche alle norme sull’ordinamento giudiziario*”, pubbl. in G. U., 30 luglio 2007, n. 175, Suppl. Ord. N. 171/L), dopo un *iter* reso particolarmente difficoltoso dalle prese di posizione dell’Associazione Nazionale Magistrati, da perplessità e polemiche all’interno della stessa maggioranza, oltre che, ovviamente, dall’opposizione del centro-destra (che, peraltro, molto critica nelle dichiarazioni pubbliche, antecedenti e successive alla definitiva approvazione, ha “lasciato fare” al Senato; se non fosse stato così, la risicatissima maggioranza governativa in tale ramo del Parlamento non sarebbe mai riuscita a rispettare il termine del 31 luglio 2007).

La riforma del 2007 riguarda, come già era per la l. 150/2005, *l’insieme dell’ordinamento giudiziario*. La sua stessa struttura formale si innesta, di regola, peraltro novellandoli fortemente, sui decreti delegati del 2006, rinviando dunque tendenzialmente ai relativi oggetti sopra elencati nel modo che segue:

- art. 1, “Modifiche al Capo I del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160” (*accesso*);
- art. 2, “Modifiche agli articoli da 10 a 53 del citato decreto legislativo n. 160 del 2006” (*progressione economica e delle funzioni*);
- art. 3, “Modifiche al decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26” (*Scuola superiore della magistratura, tirocinio e formazione degli uditori, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati*);

- art. 4, “Modifiche al decreto legislativo 27 gennaio 2006, n. 25 e altre disposizioni” (*Consiglio direttivo della Corte di cassazione, Consigli giudiziari ed altre diverse disposizioni*);
- art. 5, “Disposizioni varie”, (per lo più di diritto transitorio);
- art. 6, “Norma di copertura”;
- art. 7, “Delega al Governo per l’adozione di norme di coordinamento in materia di ordinamento giudiziario” (entro due anni dall’entrata in vigore della legge del 2007, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi compilativi – non quindi innovativi – di coordinamento delle norme che costituiscono l’ordinamento giudiziario sulla base delle disposizioni contenute nella stessa legge del 2007 e relativi all’abrogazione espressa delle disposizioni ritenute non più vigenti).

L’obiettivo della legge del 2007 è, ancora una volta, la riforma organica dell’ordinamento giudiziario, volta all’attuazione della VII disp. trans. fin. Cost., in sostanziale discontinuità, però, con la l. 150/2005 e i decreti susseguenti. Si consideri in proposito, emblematicamente, la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., p. 5: «*La legge n. 150 del 2005 per molti versi rimodella il sistema secondo i canoni di uno schema, obiettivamente dissonante con il sistema costituzionale vigente. In questo senso appare oggettivamente improprio affermare che la legge n. 150 del 2005 costituirebbe attuazione della VII disposizione della Costituzione, ed anzi, secondo molti commentatori, l’impianto complessivo della stessa sarebbe afflitto da un intrinseco vizio di costituzionalità. Ovviamente, nulla esclude che alcune specifiche soluzioni adottate dalla legge n. 150 del 2005 possano essere utilizzate in un diverso quadro normativo, e questo è stato il metodo utilizzato con il presente disegno di legge. È stato però necessario dare un chiaro segno di discontinuità nei confronti di una disciplina che non assicurava alla Magistratura, in particolare con il sistema di accesso e di progressione nelle funzioni, un’adeguata condizione di indipendenza. Il presente disegno di legge viene dunque adottato per modificare, secondo criteri modulati all’interno di un coerente sistema di riforma, i decreti legislativi emanati; in quest’ottica, l’intervento si muove nella prospettiva di una riforma complessiva dell’ordinamento giudiziario sulla linea tracciata dalla VII disposizione transitoria della Costituzione ed al fine di creare una disciplina che garantisca maggiore funzionalità ed efficienza all’intero sistema giustizia»<sup>13</sup>.*

Le pagine che seguono si propongono sinteticamente di ricostruire

<sup>13</sup> Corsivo mio.

le innovazioni apportate dal succedersi delle normative prima ricordate rispetto agli argomenti trattati in questa sede.

### 3. *L'ingresso in Magistratura, la carriera ed i controlli sulla professionalità del magistrato*

#### 3.1. *Il passaggio ad un reclutamento tramite un concorso di secondo grado. Il tirocinio dei vincitori*

Tradizionalmente, in Italia, il sistema di reclutamento dei magistrati, già precedentemente all'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, si è imperniato (art. 123 ss. dell'OG 1941 e successive modificazioni) sul pubblico concorso nazionale "di primo grado" (per "uditore giudiziario"<sup>14</sup>), rivolto non solo, ma in via assolutamente prevalente, ai puri e semplici neolaureati in Giurisprudenza<sup>15</sup>.

Insomma, il reclutamento dei magistrati (giudicanti e requirenti) in Italia si è strutturato: a) da un lato, come aperto (e, di fatto, rivolto del tutto prevalentemente) a giovani laureati, non quindi a soggetti dotati di pregresse esperienze nell'ambito delle professioni giuridiche; b) e, dall'altro lato, come destinato ad accertare anzitutto la preparazione teorica dei candidati, sia in relazione alle prove scritte che a quelle orali. Ed esso è stato affidato ad apposite commissioni concorsuali, a seguito di «concorso bandito con decreto del Ministro della Giustizia, previa delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, che determina il numero dei posti»<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Secondo l'ultima legge di riforma 111/2007 tale dizione viene sostituita con quella di "concorso per magistrato ordinario".

<sup>15</sup> Tale forma di accesso diviene il sistema centrale di reclutamento con la L. Zanardelli n. 6878/1890 (su cui, P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia*, cit., 160 ss.; per la situazione antecedente M. D'ADDIO, *Politica e magistratura*, cit., 42), in precedenza potendo l'Esecutivo nominare direttamente giudici, traendoli da alcune categorie di professionisti del diritto, e nominando direttamente i magistrati requirenti (P. CAPORILLI, *L'accesso in Magistratura*, in F. DAL CANTO e R. ROMBOLI, *Contributo*, cit., 89 ss., in particolare 95). Anche successivamente si sono registrati non pochi casi di candidati già in possesso del titolo per l'esercizio della professione forense ma, ancor più, di dipendenti da altre amministrazioni dello Stato (personale ministeriale, forze di polizia, ecc.). In conseguenza di ciò si è assistito all'immissione in Magistratura di soggetti mediamente di età più elevata e con pregresse esperienze lavorative nel campo giuridico. Diverso è peraltro il problema di vere e proprie forme di reclutamento "laterale", di cui più oltre nel testo. Per un sintetico quadro dell'ammissione in Magistratura nel periodo monarchico-liberale, L. MORTARA, *Istituzioni di Ordinamento Giudiziario*, Firenze, Barbera, 1906, 150 ss.

<sup>16</sup> Così la disciplina immediatamente precedente alla riforma del 2005 (art. 125, comma 3°, nuovo testo, OG, come modificato dall'art. 9, comma 2°, L. 48/2001),



Prima delle riforme del 2005 e del 2007 si sono poste, come eccezioni rispetto al modello dominante appena ricordato:

A) nell'ambito del meccanismo del concorso (costituzionalizzato dall'art. 106 della Carta del 1948 e considerato quale via "normale" e assolutamente prevalente di accesso alla Magistratura), l'ipotesi di un reclutamento parallelo ma "laterale", mediante un concorso «semplificato» per magistrato di tribunale (cioè per il primo livello funzionale) – con due prove scritte a carattere, in tal caso, teorico-pratico<sup>17</sup> –, con caratteristiche di secondo grado (previsto dalla legge 48/2001, però mai bandito<sup>18</sup>), riservato agli avvocati con almeno cinque anni di effettivo esercizio della professione o con almeno cinque anni di esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie, per la copertura di un numero di posti non superiore a un decimo di quelli messi a concorso per gli uditori giudiziari<sup>19</sup>;

B) in relazione poi ad altre forme di accesso diverse da quella concorsuale:

B1) all'eventuale nomina, da parte del CSM, di magistrati «onorari», quindi non di carriera, riservata dalla Costituzione (art. 106) alla copertura di organi giudiziari monocratici – oggi molto più frequenti rispetto a quando la disciplina costituzionale fu pensata e scritta –; nomina, comunque, nel tempo contenuta in termini, almeno qualitativamente, ristretti (prima giudici conciliatori, vicepretori onorari e viceprocuratori onorari nei processi di pretura, oggi giudici di pace); e non giungendosi mai ad attivare la possibilità, pur facoltativamente prevista dalla Costituzione, di scelta elettiva;

B2) all'eventuale nomina (art. 106), «per meriti insigni» (già prevista nell'ordinamento prerepubblicano, ma quasi inattuata<sup>20</sup> e recentemente ridisciplinata (legge 303/1998), di professori universitari in materie giuridiche e di avvocati abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, alla carica di magistrato di Cassazione (entro il limite di un decimo dei posti previsti dall'organico).

In questo quadro *il controllo sulla preparazione universitaria (o*

che peraltro rispecchia anche quella precedentemente in vigore nel periodo repubblicano. Si ricordi, in argomento, il non recente ma classico lavoro di G. DI FEDERICO, *Il reclutamento dei magistrati*, Bari, Laterza, 1968.

<sup>17</sup> In proposito – ma anche più in generale – vedi l'utilissimo contributo di G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Conseil de l'Europe-Sapere 2000, Strasbourg-Roma, 2003, 33-34, 41-42.

<sup>18</sup> G. SANTALUCIA, *Le nuove norme sull'accesso alla Magistratura ordinaria*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 33.

<sup>19</sup> ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 25-26.

<sup>20</sup> Si ricordi peraltro, nel periodo monarchico-liberale, la nomina "per meriti insigni" dell'illustre processualista Lodovico Mortara.

*immediatamente post-universitaria) dei candidati* (eventualmente perfezionata, nel corso dei passati decenni, in scuole private di preparazione al concorso<sup>21</sup> e, dal 1997, anche nelle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali [da ora in avanti SSPL] istituite dalle Università, nei cui Consigli siedono professori universitari, magistrati, avvocati e notai) ha costituito il parametro assolutamente centrale ai fini del reclutamento (salve, ovviamente, possibili deviazioni patologiche in sede concorsuale !), oltretutto in quanto:

a) sono progressivamente cadute alcune valutazioni di natura discrezionale che erano suscettibili di incidere pesantemente sull'ammissione alla Magistratura<sup>22</sup>;

<sup>21</sup> «Spesso organizzate da magistrati, nell'ambito del loro tempo libero», manifestandosi dubbi di compatibilità con l'esercizio della funzione giurisdizionale; altre scuole furono «organizzate, in via sperimentale, a partire dall'anno accademico 1980/1981, da alcune facoltà giuridiche, in collaborazione con il Consiglio superiore e con le regioni», in qualche modo precorritrici delle attuali Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, di cui immediatamente oltre nel testo (Per quanto precede A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990<sup>3</sup>, 200).

<sup>22</sup> Si pensi ai requisiti che erano richiesti per essere ammessi a funzioni giudiziarie così come previsti dagli artt. 8 e 124 del R.D. 12/1941, essendo necessario: «1) essere cittadino italiano [gli ulteriori requisiti della «razza italiana» e dell'iscrizione al Partito Nazionale Fascista, cadranno con la fine del regime; quello relativo «al sesso maschile», con la L. 66/1963]; 2) «avere l'esercizio dei diritti civili», ma, soprattutto essere «di moralità e condotta incensurabili e appartenenti a famiglia di estimazione morale indiscussa», nonché «avere sempre tenuto illibata condotta civile, morale e politica». In relazione a tale normativa, in passato, «non essendosi riusciti a provocare il loro controllo da parte della Corte costituzionale, né la loro revisione da parte del legislatore, il Consiglio Superiore ne ha adottato in sede di applicazione un'interpretazione riduttiva che ha eliminato gli aspetti più abnormi della disciplina da essi stabilita, cioè soprattutto quelli che consentivano di realizzare discriminazioni fondate sui motivi politici e sociali» (A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia*, cit., 201). Essendo stata dichiarata successivamente incostituzionale detta disciplina in relazione al requisito della «famiglia di estimazione morale indiscussa» (C. cost. 108/1994, in *Giur. Cost.*, 927 ss., in particolare 932 ss.), il nuovo testo dell'art. 124, 7° comma, OG, così come modificato dalla L. D.lgs. 398/1997, ha riformulato i requisiti nel senso di prevedere la non ammissione al concorso dei «candidati che, per le informazioni raccolte, non risultano di condotta incensurabile e i cui parenti, in linea retta entro il primo grado ed in linea collaterale entro il secondo, hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) del codice di procedura penale» (associazione con finalità di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico; attentato per finalità terroristiche o di eversione; devastazione, saccheggio e strage; guerra civile; sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione; cospirazione politica mediante associazione; banda armata: formazione e partecipazione; associazione per delinquere, se è obbligatorio l'arresto in flagranza; associazione di tipo mafioso; strage; sequestro di persona a scopo di estorsione; associazione per delinquere in relazione ai reati collegati agli stupefacenti). Peraltro la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, con sent. 391/2000 (in

b) si è comunque – molto opportunamente – vanificata (nel corso dell'esperienza costituzionale repubblicana) l'influenza del potere esecutivo sulle procedure di reclutamento;

c) di regola la vincita del concorso ha determinato il definitivo reclutamento dei candidati, alla fine del periodo di prova ed addestramento all'esercizio delle funzioni giudiziarie (cosiddetto periodo di "uditorato"). Peraltro ciò, in Italia, rappresenta un *trend* costante rispetto alla sorte dei nuovi assunti nel settore pubblico<sup>23</sup>;

Come si è già ricordato, il sistema del concorso è stato costituzionalizzato; ma esso – occorre sottolineare – è stato pure particolarmente valorizzato e – se così si può dire – "dignificato", in quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale<sup>24</sup> e dalla dottrina uno dei meccanismi finalizzati ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati e della Magistratura, poiché rivolti ad una selezione sulla base delle competenze giuridiche e non alla stregua di altri parametri (quali la consonanza politico/ideologica), nell'ottica della soggezione solo alla legge, espressione della sovranità popolare<sup>25</sup>.

Il sistema fin qui ricordato pareva corrispondere alle aspettative di tutela dell'indipendenza ed imparzialità così come avvertite nell'ordinamento italiano, ma si rivelava inadeguato a fronteggiare il crescente

*Giur. Cost.*, 2000, 2745 ss., in particolare 2749 ss.), la causa limitativa all'accesso collegata alla responsabilità penale dei parenti; la legge di delegazione del 150/2005 ha reintrodotto la disciplina, la quale non è però stata riprodotta (un eccesso di delega per ragioni di costituzionalità !) dal D. lgs. 160/2006. La legge di riforma 111/2007 prevede l'inserimento nell'art. 2, comma 2°, del D.lgs. 160, della lettera b-bis), per la quale i candidati al concorso, oltre [lett. a) e b)] a godere della cittadinanza italiana e dell'esercizio dei diritti civili e politici, devono «essere di condotta incensurabile», e non devono [lett.c)] essere stati dichiarati non idonei per tre volte a precedenti concorsi per l'accesso in Magistratura (una previsione quest'ultima, peraltro contemplata anche in passato).

<sup>23</sup> Si ricordi anche il debole impatto della responsabilità disciplinare: «più del 70% delle azioni intraprese finiscono in una archiviazione o assoluzione» (M. VIETTI, *L'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2003, 62).

<sup>24</sup> Così si è espressa la Corte Costituzionale, in relazione alla magistratura ordinaria (sent. 1/1967, in *Giur. Cost.*, 1967, 1 ss., in particolare 20, punto 2 in diritto): «la regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso non è di per sé una norma di garanzia di indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene di idoneità a ricoprire l'ufficio. Può però ritenersi, tuttavia, che, nell'ambito del sistema... costituzionale, la nomina per concorso... concorra a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati».

<sup>25</sup> F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Commento all'art. 105 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *La Magistratura*, II, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1986, 121 ss.; G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 110, 111 (L'indipendenza della Magistratura ordinaria)*, in ID. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, Il Saggiatore, 1998<sup>2</sup>, 440; G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 1993<sup>3</sup>, 66 e 86.

numero di concorrenti (con correlativa difficoltà di contenere le procedure concorsuali in tempo ragionevole), e, più in generale, l'esigenza di migliore selezione dei candidati. Il primo problema fu sbrigativamente affrontato, una decina di anni fa, prevedendosi un meccanismo (salvo per i diplomati nelle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali) di preselezione informatizzata dei concorrenti attraverso test (D.Lgs. 398/1997). L'innovazione si risolse in un clamoroso fallimento e la preselezione fu abolita con la legge 48/2001.

In una prospettiva più generale (e con specifiche ricadute sul meccanismo concorsuale di cui si sta trattando) furono previste (con legge 127/1997), presso le Università, le appena menzionate "Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali", istituite con l'iniziale obiettivo (poi drasticamente, se non quasi completamente, ridimensionatosi) di pervenire alla formazione di un "giurista unico". Tali Scuole assunsero però molto presto un effettivo e pratico significato in relazione al concorso in Magistratura, prevedendosi l'ammissione a tale concorso, a partire dagli immatricolati alle Facoltà di Giurisprudenza italiane dall'anno accademico 1998/1999, solo a coloro che in esse si fossero diplomati (D.Lgs. 398/1997)<sup>26</sup>. Pur nel quadro di un processo che sarebbe venuto a pieno compimento solo nel 2004, si possono scorgere in tutto ciò i segnali di un orientamento favorevole a trasformare le modalità di reclutamento dei magistrati in un concorso di secondo grado.

Inoltre la legge 48/2001 introdusse non poche novità in relazione allo svolgimento delle prove e all'attività della commissione giudicatrice, al fine di rendere, allo stesso tempo, più rapide e garantite le procedure concorsuali<sup>27</sup>.

Peraltro, anche dopo l'approvazione della legge 48/2001 sono rimasti sostanzialmente insoluti i precedenti problemi innescati dalla normativa fin qui sintetizzata e riassumibili:

- 1) nell'elevato numero di partecipanti al concorso da uditore, con

<sup>26</sup> Salvo però il caso che «le domande di partecipazione al concorso» risultassero «inferiori a cinque volte il numero di posti per i quali il concorso è bandito», in tal caso essendo «altresì ammessi anche i candidati in possesso della sola laurea in Giurisprudenza» (art. 124, 3° comma, OG, così come modificato dalla L. 48/2001). Si era anche previsto un elevamento dei limiti d'età di cinque anni per la partecipazione al concorso – di regola riservata ai candidati tra i ventuno e i quarant'anni –, non cumulabile con altre previsioni di elevamento, per chi avesse conseguito, entro i quarant'anni, il titolo di procuratore legale (art. 124, nuovo testo, cit., commi 4° e 5°).

<sup>27</sup> Su quanto precede vedi G. SOBRINO, *La riforma dell'accesso alla Magistratura ordinaria e le sue implicazioni istituzionali, tra legge 150/2005 e legge "Mastella": un'altra occasione mancata?*, in questo volume, §. 1.

la connessa ancor troppo lunga e defatigante durata complessiva procedura concorsuale;

2) nella macchinosità, sia pur inferiore al passato, delle operazioni di esame;

3) nella poco soddisfacente selezione degli aspiranti magistrati, in particolare per la scarsa adeguatezza della prova scritta, di carattere eccessivamente teorico;

4) nel rischio di possibile selezione su base censitaria dei candidati, in relazione ai costi economici delle SSPL, spesso non sostenuti da borse di studio<sup>28</sup>.

*La riforma del 2005* (artt. 2.1, lett. a-e, L. 150/2005; artt. 1-9 D.Lgs. 160/2006) ha inteso incidere profondamente sul sistema di reclutamento, prevedendo, a differenza che in passato:

a) *un concorso, a regime, di secondo grado*, mediante previsione di requisiti di accesso propri di soggetti con specifiche esperienze professionali in ambito giuridico o in possesso di determinati titoli di studio ulteriori rispetto alla laurea specialistica (oggi quinquennale, un tempo quadriennale);

b) *una precoce separazione* (fin dal momento dell'ingresso effettivo nell'ordine giudiziario, nella fase, quindi, immediatamente post-concorsuale, con la nomina ad uditore) *tra le funzioni giudicanti e requirenti*.

Se quest'ultima previsione ha costituito la conseguenza di una posizione ampiamente sostenuta di fronte all'opinione pubblica dalle forze politiche italiane di centro-destra (anche in dura polemica con la conduzione di una serie nutrita di procedimenti giudiziari) ed ha costituito quindi una precisa opzione – se si vuole, di principio – di politica del diritto nei confronti del corpo della Magistratura (anzitutto requirente), la modifica del meccanismo concorsuale ha assunto, almeno a prima vista, connotati più “tecnici”, ma in realtà anch'essi, almeno per certi aspetti, ricordati – come si vedrà – con la valutazione critica che i fautori della riforma avevano degli assetti venutisi a consolidare all'interno dell'Ordine Giudiziario.

Prima di soffermarci su quest'ultimo punto è necessario riassumere un po' più diffusamente i tratti salienti della riforma innescata dalla legge di delegazione 150/2005, attuata con i Decreti Legislativi del 2006:

a) accesso al concorso (art. 2, 1° comma, b), 1)-6), L. 150/2005; art. 2, 1° comma, a)-f); D.Lgs. 160/2006), bandito a cadenza – in teoria – rigorosamente annuale e aperto, oltre ai diplomati nelle SSPL,

<sup>28</sup> In proposito G. SOBRINO, *La riforma dell'accesso alla Magistratura ordinaria*, cit.

a chi sia in possesso dei seguenti requisiti: il dottorato di ricerca in materie giuridiche; l'abilitazione alla professione forense, indipendentemente dall'effettivo esercizio; la qualifica di funzionario direttivo della p.a. da almeno tre anni; l'essere magistrati onorari da almeno quattro anni senza demerito, revoca o sanzioni disciplinari; il conseguimento di diplomi di specializzazione in discipline giuridiche. Peraltro, in via transitoria, per un periodo di cinque anni (il che lasciava aperta, comunque, la strada a proroghe o ripensamenti), si prevedeva l'ammissione anche dei puri e semplici laureati in Giurisprudenza, ove immatricolatisi anteriormente all'A. A. 1998/1999 (art. 2, comma 5, D.Lgs. 160/2006);

b) obbligo di indicazione, in sede di presentazione della domanda, della funzione – requirente o giudicante – di assegnazione in caso di superamento dell'esame (art. 2, 1° comma, a), 1), L. 150/2005; art. 1, 6° comma, D.Lgs. 160/2006). Ciò assumeva un carattere strumentale alla prospettiva, sottesa a tale riforma, di *distinzione rafforzata delle funzioni*<sup>29</sup>. Non essendosi previsti distinti concorsi per giudici e pubblici ministeri<sup>30</sup>, in ragione del principio costituzionale di unicità della Magistratura<sup>31</sup>, l'opzione preliminare sopra ricordata rilevava, a prima vista, ai fini dell'attribuzione della sede di prima destinazione dopo la nomina a uditore giudiziario<sup>32</sup>. In realtà, però, ciò si proiettava sulla

<sup>29</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2006, 146; G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 26, considera questa scelta anticipata una «previsione... irragionevole perché obbliga il candidato ad una manifestazione di volontà senza che possa disporre delle conoscenze e delle esperienze necessarie a far maturare una preferenza professionale» e perché risponde «al solo fine di marcare la separazione funzionale», facendo notare come il sistema precedente collochi invece, più sensatamente, le indicazioni di preferenza per sedi e funzioni all'esito del primo periodo di tirocinio.

<sup>30</sup> Pur restando la previsione di un unico concorso, era questa la prospettiva per quanto possibile preferita dal D.D.L. originariamente presentato dal Governo Berlusconi (due commissioni, posti distinti per giudici e p.m., prove distinte); in questo quadro si giustificava la precoce indicazione di preferenza per l'area funzionale, privilegiandosi una valutazione di attitudine specialistica delle funzioni (G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 26-27).

<sup>31</sup> Ritenuta, dalla Corte costituzionale – in sede di sindacato sull'ammissibilità del referendum abrogativo (sent. 37/2000, in *Giur. Cost.*, 2000, 289 ss., in particolare 295, punto 5 in diritto) – un ordine unico, soggetto ad un unico CSM, pur poi precisando che la Carta del 1948 «non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti o a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni». La legge del 2005 non introdurrebbe però un condizionamento severo rispetto al passaggio da una funzione ma piuttosto arbitrario.

<sup>32</sup> Art. 2, 1° comma, a), 4), L. 150/2005; art. 8.2 D.Lgs. 160/2006, per cui l'at-

successiva carriera, essendo consentito, dalla riforma in esame, ai magistrati il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa esclusivamente entro il terzo anno di esercizio delle funzioni, nei limiti dei posti vacanti nella funzione di destinazione e previo superamento di uno specifico concorso per titoli, preceduto dalla frequenza di un apposito corso di formazione presso la SSM (art. 2, 1° comma, c); artt. 13-15 D.Lgs. 160/2006)<sup>33</sup>; la prospettiva della riforma del 2005 si muoveva, quindi, come è noto, nella direzione, per quanto possibile, della separazione delle carriere<sup>34</sup>;

c) previsione, nell'ambito delle prove orali di concorso<sup>35</sup>, di un colloquio di idoneità psico-attitudinale<sup>36</sup>, effettuato «anche in relazione alle specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione», sotto la direzione di un docente universitario in scienze e tecniche psicologiche (art. 2,1° comma, c), L. 150/2005; art. 1.7 D.Lgs. 160/2006).

Si sono registrate in proposito dure critiche a quello che è stato considerato come un tentativo di omologazione degli aspiranti magistrati, prefigurandone (anche in relazione ad altre norme relative ai criteri di valutazione della professionalità e agli illeciti disciplinari) una sorta di “profilo” conformativo, suscettibile, in prospettiva, di condizionarne gli atteggiamenti. Nei termini appena considerati si tratta di critiche del tutto condivisibili, che peraltro non implicano – a parere di chi scrive – ogni e qualsiasi rifiuto di verifiche, anche non *una tantum*, dell'equilibrio fisio-psichico (pur rappresentandosi l'estrema delicatezza e potenziale pericolosità di tutto ciò e quindi l'assoluta necessità di un quadro caratterizzato da estrema prudenza e ferree garanzie), ma non rimuovendo o esorcizzando il problema del

tribuzione deve avvenire, nei limiti delle disponibilità dei posti, nell'ambito della funzione prescelta e con preferenza di quest'ultima su ogni altro titolo in possesso dell'interessato.

<sup>33</sup> Una maggiore cautela viene considerata necessaria per il passaggio dalle funzioni requirenti alle giudicanti (si veda già la risoluzione del CSM del 22-10-2003 e la successiva circolare per la formazione delle tabelle per il biennio 2004/2005), ma non viceversa (G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 28-29).

<sup>34</sup> Forti dubbi di costituzionalità sulla soluzione prescelta dalla L. del 2005, in relazione ai problemi del passaggio di funzione, in L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, cit., 625 ss.; G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 30.

<sup>35</sup> È stata fatta notare l'incongruenza di un concorso almeno tendenzialmente di secondo grado con il mantenimento di prove scritte di natura esclusivamente teorica (G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 33).

<sup>36</sup> Motivate perplessità, anche in relazione al rispetto della riserva di legge da parte della delega, in *Parere CSM*, 06-10-2005, in *www.csm.it*; G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 35; M. ABRUZZESE, *La formazione pre-concorso, l'accesso alla Magistratura e il tirocinio degli uditori*, in AA.VV., *Guida alla riforma*, cit., 51 ss., in particolare 90 ss.



riscontro della sussistenza, sia pur con tutte le cautele del caso, di tale essenziale condizione;

d) ritocchi alle discipline oggetto delle prove orali (al fine di adeguarle al tempo presente) e modifiche in tema di composizione della commissione<sup>37</sup> e di svolgimento dei relativi lavori (art. 2, 1° comma, a), 3) e d), 1; L. 150/2005; artt. 5-6 D.Lgs. 160/2006), mosse dall'obiettivo di accelerare le operazioni<sup>38</sup>, pur in un contesto di indicazioni potenzialmente contraddittorie (richiedendosi correzioni maggiormente rapide, in presenza però di commissioni più ridotte nei numeri).

Di particolare interesse, in relazione al delicato problema della formazione iniziale dei vincitori di concorso (qui ancora individuati con la classica denominazione di "uditori"), sono poi le disposizioni relative al loro periodo di *tirocinio*<sup>39</sup>, previste dall'art. 1, comma 1°, b), L. 150/2005; e dal D.Lgs. 26/2006. Esso venne affidato, per la parte di formazione teorico/pratica e per le valutazioni finali, alla SSM.

L'efficacia della disciplina relativa al tirocinio appena menzionata non è stata sospesa dalla L. 269/2006, per cui essa è rimasta formalmente in vigore fino al sopravvenire dell'approvazione della riforma della fine di luglio 2007, in un contesto peraltro nel quale la SSM non era ancora funzionante (non essendo stati emanati i decreti ministeriali relativi alla sua organizzazione, previsti dagli artt. 1 ss., del D.Lgs. 26/2006, né il suo statuto e i suoi regolamenti interni, come previsto dagli artt. 1.3 e 3 dello stesso D.Lgs.), il che avrebbe comunque reso del tutto problematica l'attuazione delle norme relative al tirocinio.

Esso veniva articolato su di un periodo di ventiquattro mesi, in due sessioni: la prima, da svolgersi presso la SSM, di durata semestrale e consistente in «corsi di approfondimento teorico-pratico», rivolti al «perfezionamento delle capacità operative e della deontologia dell'ordine giudiziario» (art. 20, 1° comma, D.Lgs. 26, che si ritrova,

<sup>37</sup> Ex art. 5 d. lgs. 160 la Commissione non può essere presieduta da un magistrato requirente (G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 38).

<sup>38</sup> G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 39-40.

<sup>39</sup> Per la sua articolazione ante-riforme, per gli anni '70, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974, 364 ss. e, in tempi più recenti, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit., 258 ss. Il tirocinio, di durata non inferiore a quindici mesi (suddiviso in due fasi: tirocinio *ordinario* – con assegnazione a diversi uffici giudiziari, civili e penali –; e tirocinio *mirato* – con periodi di lavoro presso un ufficio dello stesso tipo di quello a cui l'uditore sarebbe stato assegnato –), era organizzato e coordinato dal Consiglio Giudiziario, in attuazione delle direttive del CSM, avvalendosi di una speciale Commissione, composta da magistrati tratti dal suo seno e da magistrati con compiti di specifica collaborazione in ordine alla effettuazione del tirocinio.



per queste indicazioni, sostanzialmente riprodotto nella successiva legge del centro-sinistra 111/2007); la seconda invece presso gli uffici giudiziari, per sette mesi in un collegio giudicante, per tre in un ufficio requirente di primo grado e per otto mesi in un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione, con partecipazione all'attività giudiziaria, compresa la camera di consiglio, affidandosi gli uditori a magistrati affidatari individuati dal Consiglio di Gestione della Scuola (art. 21.1, D.Lgs. 26/2006).

Sulla base delle loro schede di valutazione e di quelle dei docenti della SSM il Comitato di Gestione della Scuola avrebbe formulato un giudizio di idoneità per ogni uditore all'assunzione delle funzioni giudiziarie. Come previsto dalla riforma del 2005/2006 anche per le promozioni e i trasferimenti, «il giudizio predisposto dalla Scuola si inserisce, dunque, nel procedimento, come *parere obbligatorio* del quale, considerato l'elevato contenuto tecnico, sarà estremamente difficile scostarsi» da parte del CSM, cui spetta la deliberazione finale. Insomma le valutazioni della SSM sembrano costituire, alla stregua della riforma del 2005/2006, il vero vaglio, ridimensionando fortemente il ruolo del CSM e suscitando forti perplessità sul piano del rispetto dell'art. 105 Cost.<sup>40</sup>.

Si trattava di una disciplina molto più dettagliata di quella precedentemente in vigore, ma in proposito è stato anche rilevato, nella prospettiva del controllo della professionalità fin dalle prime fasi della carriera giudiziaria, che tale controllo «è... di minor rigore di quello» antecedente, «dal momento che, per la nomina a magistrato di tribunale» con il vecchio sistema egli doveva «aver svolto almeno un anno di effettive funzioni giudiziarie e che l'esercizio effettivo delle funzioni» costituiva «oggetto privilegiato del controllo valutativo del CSM, e ciò a poco più di due anni dall'ingresso in magistratura, con possibilità quindi di rimediare assai più celermente ad eventuali inettitudini professionali rivelatesi sul campo. La nuova legge, invece, sposta in avanti», non prima del settimo anno dall'ingresso in Magistratura, «il primo controllo consiliare sulle concrete capacità professionali del magistrato, lasciando un periodo iniziale di esercizio delle funzioni giudiziarie, il più delicato e quello di maggiore impatto, senza la previsione di momenti di verifica della professionalità»<sup>41</sup>.

La successiva riforma (L. 111/2007), in relazione all'ammissione in Magistratura, si è orientata per una conferma di «una tipologia di accesso strutturata in gran parte sulla falsariga di un concorso di secondo

<sup>40</sup> Critiche alla *deminutio* del ruolo del CSM ad esempio in M. ABRUZZESE, *op. cit.*, 108.

<sup>41</sup> G. SANTALUCIA, *op. cit.*, 44-45.

*grado tendenzialmente omogenea a quelle previste per le altre magistrature*<sup>42</sup>. Tale orientamento, peraltro, era attenuato, nell'originaria versione del disegno di legge governativo, dall'ammissione anche di soggetti in possesso di laurea quadriennale (vecchia laurea) o quinquennale (nuova laurea) conseguite con un punteggio particolarmente elevato (nel primo caso, una media delle votazioni di esame di almeno 28/30, nel secondo caso un punteggio finale di almeno 107/110). Tale discontinuità rispetto agli altri requisiti previsti per l'ammissione al concorso è stata peraltro eliminata nel corso dell'*iter* parlamentare e non compare quindi nel testo definitivamente approvato. Esso ha poi abolito alcune previsioni del D.Lgs. 26/2006, che avevano sollevato forti critiche, tenendosi anche conto di una serie di preoccupazioni di costituzionalità non ritenute rilevanti dalla precedente legge delega del 2005.

In estrema sintesi sono da porre in rilievo:

a) la modifica (non in termini eclatanti) di alcuni dei requisiti di accesso al concorso – bandito di norma ogni anno – rispetto a quanto previsto dall'originario disposto dell'art. 2.1 d.lgs. 160/2006. Esso è infatti ora aperto agli appartenenti «al personale universitario di ruolo docente di materie giuridiche» e ai dottori di ricerca; ai magistrati amministrativi e contabili; ai procuratori dello Stato; ai funzionali statali, degli enti pubblici nazionali e degli enti locali, con qualifica dirigenziale o direttiva, con almeno cinque anni di anzianità, laureati in Giurisprudenza; ai magistrati onorari da almeno sei anni; agli avvocati iscritti all'Albo professionale; ai diplomati nelle SSPL; ai titolari di diplomi di specializzazione in discipline giuridiche;

b) la modifica di una serie di norme relative allo svolgimento del concorso (ora denominato «per magistrato ordinario», abbandonandosi la tradizionale passata dicitura di «uditore») e della formazione della Commissione giudicatrice (nella quale sono, per la prima volta, previsti anche una quota di membri tratti dall'Avvocatura). Tramontata la prospettiva di conferire alle prove un taglio maggiormente pratico rispetto al passato<sup>43</sup>, e con qualche rifinitura in relazione alle materie orali (comma 4° dell'art. 2 cit.), si è puntato ad assicurare maggiore speditezza – prevedendosi, oltre che un elevamento dei com-

<sup>42</sup> *Relazione* di accompagnamento al D.D.L. del centro-sinistra, p. 6.

<sup>43</sup> Alla stregua del comma 3 del nuovo testo dell'art. 1 del D.Lgs. 160/2006, «la prova scritta consiste nello svolgimento di tre elaborati teorici...». Il D.D.L. del Governo prevedeva, peraltro, l'introduzione, accanto a quelle tradizionali di diritto civile, penale ed amministrativo, di una quarta prova scritta, di taglio eminentemente pratico, consistente nella «redazione di un provvedimento in materia di diritto e procedura civile ovvero di diritto e procedura penale, individuato mediante estrazione a sorte la mattina della prova».

missari, una riorganizzazione del lavoro<sup>44</sup> e la possibilità di espletamento, tanto degli scritti che degli orali, non solo a Roma ma in più sedi concorsuali – e a rafforzare il rispetto della privacy dei concorrenti<sup>45</sup>;

d) l'eliminazione del colloquio di idoneità psico-attitudinale;

e) l'eliminazione della preliminare opzione obbligatoria di area funzionale di prima assegnazione, nel quadro della mutata prospettiva che abbandona la già ricordata «distinzione rafforzata delle funzioni», espressa nella L. 150/2005 e nel D.lgs. 160/2006, in favore di una facoltà condizionata di passaggio all'interno del ripristinato unico ruolo di anzianità della Magistratura (cfr. artt. 2, commi primo e quarto, L. 111/2007, sostitutivi degli artt. 10-13 d.lgs. 160/2006).

Per quanto riguarda poi il *tirocinio* (denominato ora dei «magistrati ordinari» e non più «degli uditori») le modifiche da ultimo introdotte riguardano anzitutto la sua – discutibile – riduzione temporale (nuovo testo dell'art. 18 D.Lgs. 26/2006) a diciotto mesi (non però ulteriormente restringibile – come prevedeva originariamente il D. D. L. del Governo – fino a nove mesi, in caso di urgenza). Le sue modalità di svolgimento sono definite dal CSM ed esso si articola per sei mesi, anche non consecutivi, presso la SSM – su materie non più individuate solo dalla SSM ma nel quadro della delibera di svolgimento del tirocinio adottata dal CSM (nuovo testo dell'art. 20 D.Lgs. 26/2006) – e, per dodici mesi anche non consecutivi, presso gli uffici giudiziari – ma ora il magistrato affidatario del tirocinante viene designato dal CSM e non più dal Comitato di Gestione della SSM (nuovo testo dell'art. 21, comma 3, D.Lgs. 26/2006) –. Ancora una volta è chiaro l'intento di valorizzare, rispetto alla precedente riforma del 2005/2006, il ruolo del CSM rispetto alla SSM. Ciò emerge più che mai nella valutazione finale del tirocinio: come si è già ricordato, l'originaria versione (criticatissima) dell'art. 22 D.Lgs. 26/2006 affidava (sulla base di tutto il materiale relativo al tirocinio) la formulazione del giudizio di idoneità dei tirocinanti all'assunzione di funzioni giudiziarie al Comitato di Gestione della SSM. Il CSM deliberava in via definitiva in ordine a tali giudizi; pur potendo fondarsi anche «su ogni altro elemento eventualmente acquisito», appariva evidente il ruolo centrale e sostanziale, in merito alla valutazione,

<sup>44</sup> Si pensi alla formazione di sottocommissioni se i candidati agli scritti sono più di trecento.

<sup>45</sup> Si prevede, agli effetti dell'articolo 3 della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, la sufficienza dell'attribuzione alle prove d'esame del solo punteggio numerico e, in caso di mancato superamento delle stesse, dell'«apposizione della sola formula 'non idoneo'» (art. 1, comma 5).

della SSM e non del CSM. Il nuovo testo dell'art. 22 cambia completamente la situazione, stabilendo che, «al termine del tirocinio sono trasmesse al Consiglio Superiore della Magistratura le schede di valutazione redatte all'esito delle sessioni unitamente ad una relazione di sintesi predisposta dal Comitato Direttivo della Scuola». Già da qui si comprende che la sostanza della valutazione passa ora al CSM, svolgendo la SSM compiti di carattere istruttorio.

Il passaggio da un concorso di primo grado ad uno di secondo sembra essere stato perseguito in termini piuttosto estrinseci e poco meditati dalle due normative succedutesi tra il 2005 e il 2007. I requisiti di accesso (simili nelle due successive formulazioni) risultano peraltro molto diversi e disomogenei, richiedendo “qualcosa in più” (talora “parecchio di più”) della laurea, restringendo la base numerica e spostando in avanti l'età degli aspiranti. Si tratta peraltro di aspiranti, almeno in astratto, molto differenti – e non solo per età – tra loro: alcuni, già inseriti stabilmente in ambiti lavorativi della Pubblica Amministrazione, anche in posizioni non certo di secondo piano e persino prestigiose (ma vorranno allora cimentarsi in un concorso che li fa, se così si può dire, “ripartire dall'inizio”); altri, come emblematicamente i diplomati delle SSPL (e, spesso, i dottorandi) ancora “quasi studenti”, sia pur con qualche annetto e con qualche prima esperienza giuridica post-laurea in più (rendendo, per questa – ampia – fetta di aspiranti, più formale che sostanziale l'idea di un concorso “davvero” di secondo grado).

Insomma, non sembra, al di là dell'ipotizzabile effetto di limitazione sui precedenti eccessivi numeri degli aspiranti, che l'accesso in Magistratura sia stato affrontato nei suoi aspetti maggiormente significativi, ad esempio, riflettendo a fondo sul rapporto tra tipologia dei concorrenti, caratteristiche delle prove e conseguente successiva formazione post-concorsuale. L'impressione è che, al di là della restrizione dei requisiti di partecipazione, ci si sia limitati a ridisciplinare un po' più in dettaglio il tradizionale periodo di tirocinio.

### 3.2. *La carriera ed i controlli di professionalità*

Il problema della carriera si intreccia di regola con quello del controllo della professionalità del Magistrato, anche se si possono dare casi di valutazioni della professionalità in contesti non necessariamente caratterizzati da rigidi meccanismi di carriera (intesa, cioè, in senso strettamente burocratico); o, all'opposto, si può assistere ad un tendenziale assorbimento dei controlli di professionalità nel quadro delle tappe della progressione in carriera. Si possono poi anche registrare contesti nei quali tanto i controlli di professionalità, quanto i tradi-

zionali meccanismi della carriera sono sostanzialmente vanificati (come è avvenuto in Italia, dalla fine degli anni '60 del secolo scorso).

Per quanto riguarda il problema della carriera dei magistrati, la tradizione italiana, interna a quella europeo-continentale del magistrato-funzionario (e della Magistratura quale corpo burocratico, sia pur dotato di particolari – anche se non fortissime – garanzie di indipendenza), consegnò ai costituenti un modello organizzativo nel quale il magistrato (tanto giudicante, quanto requirente) avrebbe potuto ricoprire incarichi allo stesso tempo più prestigiosi e meglio pagati sottoponendosi, nel corso del suo rapporto di servizio ad una serie di prove, costituite da concorsi per esami o per titoli oppure – questa fu la soluzione del tutto prevalente – da “scrutini” per merito distinto o per merito (tramite la valutazione dei provvedimenti giurisdizionali emessi in un certo periodo, effettuata da Commissioni formate da magistrati di grado più elevato). Insomma una classica carriera burocratica (con particolari accelerazioni conseguenti al superamento degli esami).

Per quanto poi riguardava l'attribuzione degli “uffici direttivi” (ad es. Presidente di Corte d'Appello, Procuratore generale ed avvocato generale presso la Corte d'Appello o la Cassazione) essi, prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, erano gestiti dal potere politico, con deliberazioni del Consiglio dei Ministri (come per l'alto personale amministrativo: prefetti, questori, ecc.)<sup>46</sup>.

Ancora – va fin da ora sottolineato – la carriera giudiziaria consentiva da sempre e senza grossi ostacoli il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa.

In questo quadro il controllo della professionalità risultava assorbito nei meccanismi di immissione in carriera e di avanzamento, risultando pressoché inesistente al di fuori di questi (a parte l'iniziale periodo di prova, nel tempo accorciato e reso meno difficile<sup>47</sup>). E ricorrenti furono le lagnanze e proteste, tra Ottocento e Novecento, per una situazione di scarsa (e talora clamorosa) impreparazione dei Magistrati, di cui si ritrova eco sulla stampa e nei dibattiti parlamentari dell'epoca.

<sup>46</sup> L. MORTARA, *op. cit.*, 196-197 e 228. Va sottolineato che la prima disciplina organica di tale materia si è avuta solo con legge 392/1951 (vedi, in proposito, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 383 ss. ed ivi nota 45).

<sup>47</sup> Fino al 1970, dopo due anni di “uditorato”, il giovane magistrato assumeva la qualifica, per un ulteriore triennio, di “aggiunto giudiziario”, previo ulteriore esame per scritti ed orali (ma con un tasso di selezione bassissimo). Nel 1970 fu peraltro abolito tale esame (In proposito, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 357 ss., in particolare 365 ss. 9) e, successivamente, anche il triennio di aggiunto, passandosi direttamente dall'uditorato alla nomina a magistrato di tribunale.

Il costituente, pur non distaccandosi da un modello di Magistratura tipico dell'Europa continentale, era risoluto a voltare pagina rispetto alle distorsioni periodicamente denunciate nel periodo monarchico-fascista in relazione all'Ordine Giudiziario. Esse, nel clima di edificazione di un sistema liberal-democratico, erano anzitutto individuate nella insufficiente indipendenza dei magistrati non solo nei confronti dell'Esecutivo, ma anche all'interno della Magistratura, nel rapporto, cioè, tra "bassa" e "alta" Magistratura.

Fu in questo clima che maturò una disciplina costituzionale la quale (non occupandosi di un argomento così specifico e peraltro – a metà del secolo scorso – non esplicitamente tematizzato e sostanzialmente trascurato, quale quello dei controlli di professionalità), da un lato, dava per presupposto un qualche meccanismo di progressione in carriera all'interno dell'ordine giudiziario (tra i compiti del Consiglio Superiore della Magistratura – art. 105 Cost. – si prevede anche quello di deliberare sulle «promozioni»); e però, dall'altro lato, non solo sottoponeva tutto ciò alla competenza del CSM ma, ancora, nell'art. 107, comma 3° (la disposizione che sancisce – si è detto – «l'indipendenza interna istituzionale»<sup>48</sup>) affermava che «i magistrati» (si noti: non i giudici, ma, in generale, i magistrati; peraltro la Costituzione usa questi due termini in modo non preciso e costante<sup>49</sup>) «si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni»; e quindi – sottinteso – non per gradi interni all'organizzazione giudiziaria (aboliti con la L. 392/1951), previsti dagli ordinamenti giudiziari prepubblicani, sia pure in un assetto caratterizzato da veri e propri rapporti giuridici di gerarchia tra magistrati solo in relazione agli uffici del pubblico ministero.

Questa volontà costituente e post-costituente intesa ad assicurare non solo l'indipendenza verso l'esecutivo (cosiddetta esterna), ma anche verso i magistrati superiori (cosiddetta interna), nella prospettiva di valorizzare l'idea di un potere giudiziario "diffuso", ha portato a vedere con sospetto i già ricordati meccanismi di carriera nel passato tradizionalmente propri dell'ordinamento italiano (in particolare lo "scrutinio" delle sentenze, essendo l'esame divenuto un mezzo del tutto eccezionale), ritenendoli condizionanti in relazione all'indipen-

<sup>48</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 66 e ss.

<sup>49</sup> Il costituente non si pronunciò con chiarezza sull'osmosi tra Magistratura requirente e giudicante: implicitamente le considerò ambedue nell'ordine giudiziario, le sottopose allo stesso Consiglio superiore, però utilizzò, come già accennato nel testo, non perspicuamente i lemmi giudice e magistrato; sembrò consentire garanzie inferiori per i p.m. ma non proibirne il pareggiamento a quelle previste per i giudici e, in qualche modo, dette per scontata la possibilità di passaggi tra le funzioni giudicanti e requirenti e viceversa.

denza di giudizio del magistrato (portato, per far carriera, ad uniformarsi alle posizioni giurisprudenziali di coloro che lo avrebbero esaminato, cioè dei magistrati superiori) e quindi fonte di conformismo giurisprudenziale; ma considerandoli anche fuorvianti, in quanto incoraggiavano il magistrato a far anzitutto sfoggio di dottrina prima che concentrarsi su di un'efficiente amministrazione della giustizia<sup>50</sup>.

Il saldarsi di queste preoccupazioni di cattiva selezione dei magistrati (alla stregua di parametri ideologici, o inducendoli a privilegiare sentenze "dotte" rispetto a sentenze meno elaborate, per ben figurare agli scrutini) con potentissime spinte corporative, volte a togliere di mezzo fastidiosi controlli sulla capacità ed operosità del personale giudiziario, indusse a decretare la sparizione degli "scrutini" e ad introdurre, negli anni '60/70 del secolo scorso, una progressione automatica nella carriera (e negli scatti stipendiali), con il passaggio, cioè, da una carriera "a ruoli chiusi" ad una a "ruoli aperti" (legge 570/1966, cosiddetta "legge Breganze", per la nomina a magistrato di Appello e legge 831/1973, detta anche, ironicamente rispetto al suo immediato precedente, "legge Breganzone", relativa alla nomina a magistrato di Cassazione): «tutti i candidati» (alla promozione, da magistrato di tribunale a magistrato di corte di appello, o da quest'ultima qualifica a magistrato di Cassazione, fino all'idoneità alle funzioni direttive superiori<sup>51</sup>), infatti, dopo un certo numero di anni (rispettivamente undici, sette ed otto) nella qualifica precedente, previa valutazione del CSM, sulla base del parere motivato del Consiglio Giudiziario [da

<sup>50</sup> G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 372; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 162 ss.

<sup>51</sup> Per il conseguimento delle quali, occorre, comunque il "concerto" tra CSM e Ministro della Giustizia, su cui *infra*, in questo paragrafo. Ma sulla nomina a magistrato di Cassazione e sulla attribuzione delle funzioni direttive superiori vedi subito oltre nel testo il successivo intervento correttivo della Corte Costituzionale.

<sup>52</sup> Sulle caratteristiche di questi organi periferici (istituiti presso i distretti di Corte d'Appello), formati da magistrati, eletti dai loro colleghi di distretto (e, in relazione a certi compiti, integrati con membri tratti dall'Avvocatura) e con funzioni consultive e di informazione nei confronti del CSM, vedi, prima delle ultime riforme, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980. 836 ss., in particolare 881. Tanto la disciplina del 2005/2006, quanto quella del 2007 hanno valorizzato l'azione dei Consigli Giudiziari (sia pur modulandone diversamente composizione e competenze). In proposito (per la riforma del 2005/2006): E. DI NEDDA, *I Consigli Giudiziari riformati*, in AA.VV., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2007, 297 ss.; G. SANTALUCIA, *I Consigli Giudiziari*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, 175 ss.. Per le innovazioni introdotte nel 2007 vedi Camera dei Deputati, XV Legisl., Servizio Studi, Progetti di Legge, Riforma dell'Ordinamento Giudiziario, AC 2900, Schede di Lettura, n. 218, 16/07/2007, commento all'art. 4, in [www.cameradeideputati.it](http://www.cameradeideputati.it).



ora in avanti CG o, al plurale, CCGG]<sup>52</sup> competente, «ove vengano riconosciuti idonei, vengono promossi, conseguendo vantaggi giuridici ed economici del nuovo grado, anche se, per difetto di posti in organico, rimangono ad esercitare le funzioni di grado inferiore»<sup>53</sup>.

Il meccanismo fu peraltro parzialmente corretto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 86/1982, che dichiarò illegittimi una serie di articoli della citata L. 831/1973, nella parte in cui consentivano di procedere alla nomina a magistrato di Cassazione e a quella di titolare di funzioni direttive superiori indipendentemente dal conferimento delle relative funzioni. Per conseguenza, in tal caso, la valutazione favorevole del CSM ha comportato l'attribuzione solo del trattamento economico di Consigliere di Cassazione (o di titolare di funzioni direttive superiori), assumendosi la qualifica solo dopo l'attribuzione delle correlative funzioni a seguito di un ulteriore specifico vaglio del CSM<sup>54</sup>.

Comunque, al di là della attenuazione appena ricordata, «il sistema si tramutò in un meccanismo di selezione puramente “negativa”: se, cioè, non si rilevavano dei demeriti la promozione seguiva automaticamente per anzianità», per cui «il magistrato conseguiva il titolo e lo stipendio della funzione superiore, pur continuando a svolgere funzioni inferiori». L'effettivo conferimento delle funzioni superiori poteva, come già accennato, peraltro anche non avvenire mai<sup>55</sup>. Centrale divenne la valutazione del CSM in ordine alla copertura di un certo ufficio tra più aspiranti, e per l'effettiva attribuzione delle funzioni di legittimità e, di concerto con il Ministro della Giustizia, per l'attribuzione degli uffici direttivi. Insomma, la nozione di «promozione», in conseguenza delle vicende sopra ricordate, venne a significare «progressione tra le diverse funzioni, alla stregua di una valutazione comparativa dell'idoneità professionale dei vari candidati»<sup>56</sup>; l'attenzione si concentrò «sulle questioni relative all'assegnazione delle sedi e delle funzioni direttive» e gli scontri, all'interno del CSM, si determinarono «sul tema della distribuzione dei magistrati fra gli uffici, ovvero sul problema della conservazione o meno di un magistrato, in un ufficio o incarico»<sup>57</sup>, con particolare rilievo rispetto ai già ricordati *uf-*

<sup>53</sup> In proposito, dettagliatamente, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 370 ss. Si ricordino le critiche a tutto questo meccanismo, emblematicamente, di C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 1278.

<sup>54</sup> C. cost., sent. 86/1982, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 863 ss.

<sup>55</sup> Per quanto precede N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 67.

<sup>56</sup> G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 110, 111 (L'indipendenza della Magistratura ordinaria)*, in ID. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 426 ss., per la citazione 443.

<sup>57</sup> S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, il Mulino, 2008, 79.



*fici direttivi* (per i quali la scelta, come prima accennato, va fatta, oltretutto – art. 11 legge istitutiva del CSM; art. 22 del regolamento interno del CSM, modificato con D.P. R.17-10-1991 – “*di concerto*” – cioè perseguendosi la ricerca di un accordo, nella prospettiva di una proposta comune, tra CSM e Ministro della Giustizia, pur essendo poi, nel rispetto di tale iter procedimentale, ispirato alla leale collaborazione, il CSM ad avere l’ultima parola<sup>58</sup>). Quest’ultima normativa, fin dall’inizio, fece molto discutere e da alcuni commentatori fu tacciata di incostituzionalità. In diversa prospettiva si mise però in risalto il sussistere, rispetto all’“ufficio direttivo”, tanto di compiti giurisdizionali o di giustizia, quanto di compiti di “amministrazione della giurisdizione”, giustificanti una partecipazione al procedimento del Ministro della Giustizia. Comunque l’istituto del concerto non è stato toccato dalle riforme del 2005/2006 e del 2007<sup>59</sup>. Lo è stato invece dalla recentissima normativa, contenuta nell’art. 3-*quinquies*, comma 1, lett. b) (articolo aggiunto dalla l. 22-II-2010, n. 24 al D.L. 29-XII-2009, n. 93), il quale, nel solco della giurisprudenza costituzionale, dispone che: «Il Ministro della giustizia, ai fini del concerto di cui al terzo comma del presente articolo e al comma 1 dell’articolo 45 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e successive modificazioni, esprime le sue motivate valutazioni solo in ordine alle attitudini del candidato relative alle capacità organizzative dei servizi».

Deve peraltro registrarsi, in assenza di interventi legislativi, l’azione svolta dal CSM, utilizzando il suo potere “paranormativo”, per «rendere maggiormente effettivo e penetrante il controllo sulla professionalità del magistrato... Si possono sul punto ricordare le delibere in tema di formazione dei pareri da parte dei Consigli Giudici».

<sup>58</sup> In proposito sia consentito rinviare a S. SICARDI, *Il conflitto tra attribuzione tra Consiglio Superiore della Magistratura e Ministro di Grazia e Giustizia*, Torino, Giappichelli, 1993, ove ci si sofferma sull’istituto del “concerto” e delle controversie cui ha dato luogo, che hanno chiamato in causa anche la Corte Costituzionale (sent. 379/1992, in *Giur. Cost.*, 1992, 2996 ss., in particolare 3008 ss.); successivamente A. GUSTAPANE, *L’autonomia e indipendenza*, cit., 267 ss., 341 ss. e, dopo ancora, sent. 380/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, 3891 ss., in particolare 3900 ss. (*ivi* note a sentenza di S. BARTOLE, F. SORRENTINO e B. PEZZINI).

<sup>59</sup> Salvo quanto prevedeva l’art. 43, 3° comma del D.Lg. 160/2006, per il quale «il Ministro della Giustizia, fuori dai casi di ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato in relazione a quanto previsto dall’art. 11 della L. 195/1958» – cioè, in relazione a doglianze di tale natura relative alla fase del “concerto” – «può ricorrere esclusivamente al giudice amministrativo contro le delibere concernenti il conferimento o la proroga di incarichi direttivi». In tal modo si dava al Ministro una possibilità di ricorso prima non prevista (e di più che dubbia costituzionalità); ma la normativa appena richiamata è stata abrogata dalla successiva legge di riforma 111/2007.

ziari (circ. n. 1275 e succ. modificazioni) e, più specificamente, di pareri per la progressione in carriera (circolare n. 2078 del 2000), sulla verifica periodica della professionalità dei magistrati (circ. n. 17003 del 1999), sulla tenuta dei fascicoli personali (circ. n. 17728 del 1998)»<sup>60</sup>.

In questo complessivo quadro si sono poi collocati, nel corso del tempo, frequenti passaggi tra magistratura giudicante e requirente, in una prospettiva di progressivo avvicinamento dei due *status* sul piano delle garanzie (uguali in relazione alla tutela offerta dal CSM; meno lontane di una volta in relazione all'organizzazione dei rispettivi uffici giudiziari, essendosi, nel corso del periodo repubblicano, attenuati gli elementi gerarchici interni alla magistratura requirente), pur in un contesto di allontanamento rispetto alla legislazione processuale (a seguito, nel 1988, dall'introduzione, in luogo del processo inquisitorio, di quello accusatorio – sia pur mitigato rispetto ai caratteri anglosassoni e ulteriormente attenuato da successivi interventi novellistici e della Corte costituzionale –).

*La riforma del 2005/2006* ha inteso presentarsi in termini di discontinuità almeno rispetto all'ultimo quarantennio. Essa ha quindi prefigurato un meccanismo di carriera incentrato su:

a) la previsione di ostacoli drasticamente superiori rispetto al passato nella possibilità di passaggio/transito dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa. Dispongono infatti la L. 150/2005 (art. 2, comma 1°, lett. g), n. 1,3 e 7) e gli artt. 13-15, nella loro originaria versione, del D.Lgs. 160/2006 che – salvo comunque quanto previsto dalle norme transitorie contenute nel successivo art. 16 – entro il terzo anno di esercizio delle funzioni assunte dopo l'espletamento del tirocinio, i magistrati, giudicanti o requirenti, previa frequenza di un corso di formazione presso la SSM e correlativa valutazione del CSM, possono transitare – nel limite dei posti vacanti – dalle une alle altre funzioni – in un ufficio giudiziario avente sede in un diverso distretto – a seguito del positivo esito conseguente alla loro partecipazione a concorsi per titoli. Successivamente non è più consentito il passaggio di funzioni;

b) la ricostruzione di meccanismi selettivi di avanzamento nella

<sup>60</sup> M. BERTUZZI, *Progressione delle funzioni ed incarichi direttivi negli uffici di merito*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 51, il quale ancora ricorda come la vera selezione del magistrato, in presenza delle descritte vicende, «avviene non già al momento dell'attribuzione della qualifica superiore, che è per lo più automatica, ma al momento dell'assegnazione delle nuove funzioni, atteso che esse sono attribuite all'esito di una procedura in cui questi è sottoposto a valutazione in comparazione con gli altri aspiranti, in cui si tiene conto di tutti i suoi profili professionali e di ogni circostanza rilevante della sua carriera ed esperienza professionale» (*ivi*, 52).

carriera (D.Lgs. 160/2006, 12 ss. del testo originario), tramite, dopo l'eventuale partecipazione a corsi di formazione (art. 28, D.Lgs. 26/2006) presso la SSM, concorsi (per titoli ed esami o solo per titoli), le cui commissioni (che dovranno tener conto anche dell'attività di carattere scientifico dei concorrenti e delle loro esperienze di natura tecnico-professionale, atte ad evidenziarne la professionalità) sono composte da magistrati di legittimità e, in certi casi, da magistrati che esercitano funzioni di merito di secondo grado e docenti universitari e nominate dal CSM, il quale assegnerà i posti messi a concorso tenendo conto dei giudizi finali della SSM, della commissione concorsuale e del Consiglio Giudiziario, nonché di ulteriori elementi rilevanti per la valutazione. Tutto ciò è stato motivato dalla necessità di sostituire al criterio dell'anzianità quello del merito. È in particolare stato abbandonato il meccanismo dei "ruoli aperti", attribuendo la nuova qualifica «solo nel momento in cui le funzioni di grado superiore saranno *effettivamente* conferite»<sup>61</sup>;

c) il ruolo della SSM non solo nella preparazione iniziale, ma nella valutazione e nella qualificazione permanente del personale giudiziario. La nuova disciplina della carriera si intreccia infatti con il ruolo, attribuito alla SSM, di cura della professionalità (non solo in sede di tirocinio – di cui si è già detto – ma di formazione permanente, cioè di aggiornamento professionale e di formazione durante il servizio) del personale giudiziario (giudicante e requirente).

I corsi di formazione e aggiornamento, ai sensi del D.Lgs. 26/2006, devono svolgersi presso le sedi della SSM e consistono nel frequentare sessioni di studio (strutturate in moduli teorici e pratici, della durata di due settimane, anche non consecutive) tenute da docenti selezionati dalla Scuola. Il magistrato è obbligato a partecipare (ma la violazione di tale obbligo non è considerata nel catalogo degli illeciti disciplinari, a meno di non farla rientrare nel generale obbligo di diligenza) ai corsi di formazione e di aggiornamento ogni cinque anni, decorrenti dall'assunzione delle sue prime funzioni di merito, se non ostano comprovate e motivate esigenze organizzative degli uffici di provenienza. La normativa del 2005/2006 non entrava nello specifico sull'organizzazione dei corsi, sulle strutture logistiche di accoglienza, sulla copertura finanziaria.

Può ancora rilevarsi che, mentre i corsi di aggiornamento attono alla professionalità del magistrato nel posto e funzione che ricopre, quelli di formazione hanno l'obiettivo di «istruire il magistrato che aspira a cambiare funzione in senso orizzontale (da giudicante a

<sup>61</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 68 (corsivo nel testo).

requirente, o viceversa), purché entro il terzo anno di esercizio delle funzioni affidate in prima assegnazione..., ovvero in senso verticale (da primo a secondo grado, da merito a legittimità... [e ad] idoneità a funzioni direttive, ecc.), nel concorso dell'anzianità di servizio utilmente valutabile»<sup>62</sup>.

La valutazione finale che la SSM fornisce a conclusione dei corsi di formazione e di aggiornamento assume importanza determinante ai fini della carriera: il giudizio finale conclusivo del corso di formazione si configura come «una sorta di *parere obbligatorio*, dal quale, stante la elevata valenza tecnica, sarà molto difficile discostarsi» (art. 26, D.Lgs., 26/2006; art. 2, 1° comma, lett. l), L.150/2005) ai fini della promozione; la valutazione susseguente ai corsi di aggiornamento verrà inserita nel fascicolo personale del magistrato, al fine di costituire elemento per le valutazioni operate dal CSM (art. 2, 2° comma, lett. p), L.150/2005).

d) particolare rilievo assumeva, in questo quadro, il sistema di valutazioni dei magistrati, ad iniziare da quella fissata al settimo anno dall'ingresso in Magistratura, previo corso presso la SSM e valutazione del CSM «di idoneità del magistrato all'esercizio definitivo delle funzioni giudiziarie» (art. 31, 1° comma, D.Lgs. 26/2006). Si ricordi ancora la previsione, per i magistrati che non avessero sostenuto concorsi per le funzioni di secondo grado e di legittimità, di ulteriori valutazioni periodiche di professionalità (artt. 32-34 D.Lgs. cit.) da parte del CSM, previa partecipazione ad un corso per la SSM (concluso con un giudizio trasmesso al CSM) al compimento del tredicesimo, ventesimo e ventottesimo anno dall'ingresso in Magistratura. Tre giudizi negativi consecutivi comportavano la dispensa dal servizio (la legge n. 111/2007 ha ridisciplinato – come tra breve si vedrà – il sistema di valutazione dei magistrati, abrogando gli artt. da 26 a 36 del D.Lgs. citato).

Va subito detto che la legge 111/2007 (nuovo testo dell'art. 25, D.Lgs., 26/2006) prevede l'obbligo per tutti i magistrati di partecipare, almeno una volta ogni quattro anni ai corsi di formazione ed aggiornamento professionale (e una volta all'anno nel primo quadriennio di conferimento delle funzioni). I corsi sono teorici e pratici ma, rispetto all'originaria versione dell'art. 24, D.Lgs., 26/2006, si svolgono secondo il programma e le modalità del piano approvato dal Consiglio Direttivo (l'organo plenario della SSM) e non del più ristretto (ed ora abolito) Comitato di Gestione.

La riforma del 2007 conferma il ruolo essenziale della SSM (inal-

<sup>62</sup> M. ABRUZZESE, *La Scuola della Magistratura. La formazione permanente*, in AA.Vv., *Guida alla riforma*, cit., 111 ss., in particolare 133 ss.

terata nella sua connotazione di struttura didattica autonoma, dotata di personalità giuridica di diritto pubblico), precisandolo ed articolandolo (nuovo testo dell'art. 2 D.Lgs. 26/2006), in relazione all'aggiornamento professionale e al tirocinio (non più però, a quest'ultimo proposito, come nella riforma del 2005/2006, in quasi assoluta solitudine, ma nel quadro di quanto stabilito ed effettivamente deliberato dal CSM). Vengono però soppressi – come già poco sopra ricordato – i Comitati di Gestione previsti dalla riforma del 2005/2006 (uno relativo al tirocinio e l'altro all'aggiornamento e alla formazione dei magistrati), ed introdotti i responsabili di settore (i cui compiti sono svolti dai membri del Comitato Direttivo) e viene creata la figura del Segretario Generale. Cresce di conseguenza il ruolo del Comitato Direttivo della Scuola (composto, a differenza che nella riforma del 2005/2006, da membri in maggioranza designati dal CSM). Insomma, la SSM resta, e con importanti compiti, ma ne vengono svuotati – lo si è già ricordato – certi caratteri di natura “concorrenziale” rispetto al ruolo del CSM, oggetto, anche in altre parti della riforma del 2005/2006, di una sorta di “manovra di accerchiamento” volta a circoscriverne il ruolo, anche a seguito dei compiti attribuiti ai magistrati cassazionisti in ordine agli avanzamenti di carriera – artt. 28 e 43, testo originario D.Lgs. 160/2006 – ed, ancora, alle competenze attribuite al Consiglio direttivo della Corte di Cassazione, fortemente ridimensionate dal nuovo testo del D.Lgs. 25/2006<sup>63</sup>.

Peraltro, rispetto alle modalità di avanzamento in carriera fin qui ricordate, la legge 111/2007 introduce decisivi cambiamenti all'impianto appena considerato.

Ciò non si ricava tanto dall'elencazione analitica delle funzioni dei magistrati (giudicanti e requirenti), quanto dai meccanismi, ora previsti, di progressione in carriera e di controllo della professionalità ed operosità dei magistrati.

Più specificamente, l'art. 2, comma 1, della riforma del 2007 prevede a riformulare l'attuale articolo 10 del D.Lgs. 160/2006 – da questo rubricato “Funzioni dei magistrati” ed ora intitolato semplicemente “*Funzioni*” –.

Il precedente testo dell'art. 10 del D.Lgs 160/2006, prevedeva, di-

<sup>63</sup> Si tratta di uno degli aspetti in relazione ai quali la L. 111/2007 si pone in discontinuità con la precedente riforma del 2005/2006; quest'ultima – fu a suo tempo affermato – «si caratterizza per l'intento di indirizzare la Corte di Cassazione verso l'esercizio di “funzioni di controllo e di conformazione dei magistrati”, valutazione questa confortata anche dalla circostanza che il primo presidente e il procuratore generale sono membri di diritto del comitato della Scuola superiore della Magistratura» (ASTRID, *op. cit.*, 89).

stinguendo funzioni (secondo le indicazioni della legge di delega) di merito e di legittimità, il seguente catalogo:

- a) giudicanti di primo grado;
- b) requirenti di primo grado;
- c) giudicanti di secondo grado;
- d) requirenti di secondo grado;
- e) semidirettive giudicanti di primo grado;
- f) semidirettive requirenti di primo grado;
- g) semidirettive giudicanti di secondo grado;
- h) semidirettive requirenti di secondo grado;
- i) direttive giudicanti o requirenti di primo grado e di primo grado elevato;
- l) direttive giudicanti o requirenti di secondo grado;
- m) giudicanti di legittimità;
- n) requirenti di legittimità;
- o) direttive giudicanti o requirenti di legittimità;
- p) direttive superiori giudicanti o requirenti di legittimità;
- q) direttive superiori apicali di legittimità.

Il corrispondente testo della riforma del 2007 contiene un elenco non molto diverso, ordinando però le funzioni in giudicanti e requirenti come segue:

*giudicanti*

*di primo grado*

*di secondo grado*

*di legittimità*

*semidirettive di primo grado; semidirettive elevate di primo grado (non previste nel precedente testo dell'art. 10<sup>64</sup>); semidirettive di secondo grado;*

*direttive di primo grado; direttive elevate di primo grado; direttive di secondo grado; direttive di legittimità; direttive superiori; direttive apicali.*

*requirenti*

*di primo grado*

*di secondo grado*

*di coordinamento nazionale (previsione assente nel vecchio testo, prevista per i magistrati della Direzione Nazionale Antimafia)*

*di legittimità*

<sup>64</sup> Riguardanti i presidenti di sezione dei giudici unici per le indagini preliminari (i presidenti della sezione GIP) delle più importanti città (Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino), che, nel vecchio testo, erano titolari di "funzione direttiva di primo grado elevato".

*semidirettive di primo grado; semidirettive elevate di primo grado; semidirettive di secondo grado*

*direttive di primo grado; direttive elevate di primo grado; direttive di secondo grado; direttive di coordinamento nazionale; direttive di legittimità; direttive superiori; direttive apicali*<sup>65</sup>.

Viene però significativamente premessa, in apertura (1° comma del nuovo testo dell'art.10), la formula costituzionale, secondo la quale i magistrati ordinari sono distinti secondo le funzioni esercitate e si dà meno rilievo alla distinzione tra funzioni di merito e di legittimità.

Le vere differenze stanno, quindi, come sopra accennato, altrove. Anche la riforma del 2007 è stata mossa (come emerge dalla relazione illustrativa del Disegno di Legge governativo al Senato – AS 1447 –, poi divenuto l'attuale L. 111/2007) dalla constatazione che il sistema di valutazioni della professionalità anteriori alla riforma del 2005/2006 era inadeguato, in quanto la valutazione della professionalità del magistrato era data sostanzialmente per presunta, salvo i passaggi di funzione o l'attribuzione di incarichi specifici (quindi in tempi o molto distanziati o imprevedibili) e, di conseguenza, tale meccanismo si rivelava insufficiente ad attuare un reale vaglio delle specifiche capacità, doti e attitudini richieste al magistrato.

La disciplina introdotta interviene drasticamente sull'originario impianto del D.Lgs. 160/2006, criticato dai proponenti in quanto farraginoso, basato su una distinzione delle funzioni assimilabile alla separazione delle carriere, su una concezione piramidale della carriera dei magistrati e su un «sistema di valutazione per titoli ed esami scollegato ad un reale obiettivo di valutazione della professionalità funzionalizzato sull'efficienza».

Di conseguenza la legge 111/2007 si caratterizza per una serie di scelte del tutto differenti dalla disciplina del 2005/2006, ma meno di quanto si potrebbe credere, specie per alcuni aspetti, dall'assetto precedente a quest'ultima, magari poco conosciuto: si pensi ai parametri di preparazione, capacità, diligenza ed equità, previsti, per l'avanzamento dei magistrati, dalla legge 97/1979 e poi precisati nelle circolari del CSM<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Che, con la riforma del 2007, riguardano tanto il Primo Presidente della Corte di Cassazione, quanto il Procuratore Generale presso questa Corte, mentre, nel testo precedente, solo il Primo Presidente (al P.G. della Cassazione essendo attribuite solo «funzioni direttive superiori requirenti di legittimità»).

<sup>66</sup> Sulle vicende collegate a tali parametri A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit. 261 ss., testo e note; vedi pure T. GIOVANNETTI, *La valutazione della professionalità dei magistrati nel quadro dei principi costituzionali*, in F. DAL CANTO e R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo*, cit., 149 ss., in particolare 151 ss.



Il nuovo sistema si impernia, ben più di quello immediatamente precedente, sulle valutazioni di professionalità (che vengono però ora «nettamente distinte rispetto ai corsi di formazione e di aggiornamento»<sup>67</sup>); sono infatti previste per tutti i magistrati «valutazioni di professionalità ogni quadriennio, a decorrere dalla data di nomina fino al superamento della settima valutazione» (art. 11, primo comma, D.Lgs. 160/2006, nuovo testo). Esse riguardano (art. 11, cit., 2 comma, lett. a), b), c), d)): «la capacità» (non solo riferita alla preparazione giuridica, ma anche al possesso di tecniche di argomentazione e di indagine, pure in relazione al successivo esito dei processi, alla conduzione delle udienze e alla direzione e all'apporto dei collaboratori); «la laboriosità» (collegata alla produttività, valutata da diversi punti di vista); la «diligenza» (collegata all'assiduità e puntualità dei doveri di ufficio, nei loro diversi risvolti); e l'«impegno» (rispetto alla disponibilità per sostituzioni, alla frequenza a corsi di aggiornamento, alla collaborazione a risolvere problemi di tipo organizzativo e giuridico)<sup>68</sup>.

Le valutazioni appena ricordate sono di competenza del CSM, previo parere motivato del Consiglio Giudiziario (rispetto al quale il magistrato può far pervenire al CSM le proprie osservazioni e chiedere di essere sentito personalmente – art. 11, comma 8, nuovo testo D.Lgs. 160/2006 –), «secondo parametri oggettivi», che sono «indicati dal Consiglio Superiore della Magistratura», il quale (art. 11, comma 3, nuovo testo D.Lgs. 160/2006), «con propria delibera», entro novanta giorni dall'entrata in vigore della nuova disciplina, regola minutamente (si vedano anche le lett. da a) ad e) di tale terzo comma) «gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei Consigli Giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni»<sup>69</sup>, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai Consigli Giudiziari». A tali organi periferici, entro il febbraio di ogni anno, verrà trasmessa dal CSM tutta la documentazione occorrente a far sì che, al termine del quadriennio, i Consigli Giudiziari abbiano a disposizione per ogni magistrato un fascicolo contenente gli elementi necessari (vedi la disciplina analitica contenuta nel citato art. 11, comma 4, nuovo testo) per formulare il giudizio di professionalità.

<sup>67</sup> Lo notano opportunamente N. ZANON e F. BIONDI, nell'*Addenda di aggiornamento*, cit., §. 12.3.

<sup>68</sup> L'«attitudine direttiva», diversamente che nel D.D.L. originario del Governo, viene considerata solo ai fini del conferimento di funzioni direttive.

<sup>69</sup> Si ricordi già, in proposito, la circolare del CSM 22-05-1985, «*Criteri per la formulazione dei pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati*», P-1275, successivamente aggiornata con delibere 23-07-2003 e 26-01-2005.



Il CSM può esprimere tre tipi di giudizio di professionalità (art. 11, comma 9, nuovo testo): «positivo» (se la valutazione è almeno sufficiente in relazione a tutti e quattro i parametri sopra indicati); «non positivo» (se la valutazione è carente in relazione a uno o più parametri); «negativo» (quando vi è carenza grave in due o più dei parametri valutativi, o quando perdurino le carenze che avevano portato ad un precedente giudizio non positivo). In caso di giudizio «non positivo», il CSM procede ad una nuova valutazione dopo un anno, nel frattempo non potendo il magistrato assumere incarichi extragiudiziari. La concessione del giudizio positivo comporta l'adeguamento del trattamento economico o l'aumento periodico di stipendio. Se, invece, il giudizio è «negativo» il magistrato viene nuovamente valutato dopo un biennio e salta uno degli aumenti periodici biennali di stipendio. Il CSM può disporre che il magistrato partecipi ad un corso di riqualificazione professionale, può assegnare il magistrato ad una diversa funzione (previa una sua audizione) o escluderlo, fino a nuova valutazione, da funzioni specifiche o incarichi di natura direttiva. Un secondo giudizio negativo (art. 11 cit., comma 13), previa audizione del magistrato, comporta la dispensa automatica dal servizio.

Ci si trova quindi di fronte ad una disciplina che, assicurando precise garanzie difensive al magistrato (art. 11 cit., comma 14), intende introdurre forme, sia pur molto articolate nelle conseguenze, di effettivo controllo, con effetti sanzionatori, della professionalità<sup>70</sup>.

Come dovrebbe, sia pur implicitamente, essere emerso dalla ricostruzione che precede, la riforma del 2007 prevede (in controtendenza rispetto a quanto venutosi a consolidare prima del 2005), come è stato efficacemente affermato<sup>71</sup>, «una progressione economica sganciata dall'anzianità e collegata alle sole valutazioni relative alla professionalità», ed ancora, «l'anzianità, da criterio di valutazione, diventa criterio di legittimazione per concorrere agli incarichi direttivi e semidirettivi».

<sup>70</sup> Anche in precedenza, peraltro – come già ricordato – ai giudizi negativi erano correlate conseguenze sanzionatorie per il magistrato: ciò aveva conseguenze sugli aumenti di stipendio (art. 35, D.Lgs. 26/2006, testo originario) fino alla previsione di dispensa dal servizio in caso «di tre giudizi negativi consecutivi» (art. 31, comma 4° D.Lgs. 26/2006, testo originario). Nel corso dell'esame al Senato sono state soppresse le disposizioni, previste dal testo originario del D.D.L. del Governo di centro-sinistra, inerenti ai controlli di gestione, con cadenza biennale, per i magistrati che svolgono funzioni, tanto di merito che di legittimità, da quelle semidirettive a quelle direttive apicali.

<sup>71</sup> Camera dei Deputati, XV Legisl., Servizio Studi, Progetti di Legge, Riforma dell'Ordinamento Giudiziario, AC 2900, Schede di Lettura, n. 218, 16/07/2007, commento all'art. 2, grassetto nel paper in *www.cameradeideputati.it*.

Per quanto poi riguarda il conferimento delle funzioni, esso avviene ora per titoli (nuovo testo dell'art. 12 del D.Lgs. 160/2006) e non, come previsto dalla riforma del 2005/2006, per titoli ed esami. Tale sistema si salda con quello del controllo della professionalità precedentemente delineato, nel senso che al concorso per titoli relativo al conferimento di altre funzioni sono ammessi a partecipare, a domanda, solo i magistrati che abbiano conseguito almeno la necessaria valutazione di professionalità richiesta. In questa prospettiva la valutazione di professionalità periodica è pregiudiziale alla partecipazione ai concorsi. Una delle critiche mosse al meccanismo di carriera, introdotto dalla riforma del 2005/2006, da parte del DDL governativo (si veda la *Relazione* al DDL, punto 6) che diverrà la legge 111/2007, e stata – lo si è già menzionato – che «il sistema di valutazione per titoli ed esami» da poco introdotto risultava «scollegato da un reale obiettivo di valutazione della professionalità finalizzato all'efficienza». La normativa prevista nel D.Lgs. 160/2006 prevedeva – se così si può dire<sup>72</sup> – una «carriera senza concorsi» (assoggettata alle valutazioni periodiche di professionalità già prima ricordate nel descrivere il sistema introdotto dal D.Lgs. citato, *supra* lett. d), ed una «carriera con i concorsi», nella quale queste prove in parte sostituivano le valutazioni prima ricordate.

È compito dei commi da 2 a 12 del nuovo testo dell'art. 12 specificare, in dettaglio, quale valutazione (dalla seconda alla settima) deve essere conseguita dal magistrato per partecipare ad un determinato concorso ora previsto, come appena sottolineato, esclusivamente per titoli, la cui commissione, per quanto riguarda le funzioni di legittimità<sup>73</sup>, è composta da magistrati e docenti universitari (peraltro – e la deroga ex art. 12, comma 1, nuovo testo, assume un sapore preoccupante –, nel caso di esito negativo di due procedure concorsuali –

<sup>72</sup> MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA-Direttivo, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, prima scheda, *La Carriera*, II, a) e b).

<sup>73</sup> Per quanto riguarda le funzioni di legittimità, il comma 13 dell'art. 12, nuovo testo, prevede che siano oggetto di valutazione anche «la capacità scientifica e di analisi delle norme», da valutarsi da un'apposita commissione interna del CSM, composta da cinque membri, tre togati che abbiano superato la quarta valutazione, due laici, uno dei quali professore universitario designato dal CUN (Consiglio Universitario Nazionale) e l'altro avvocato abilitato al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, designato dal CNF (Consiglio Nazionale Forense). L'art. 12, comma 14, nuovo testo, prevede poi una riserva per il conferimento delle funzioni di legittimità, pari al 10% dei posti vacanti, da assegnare, previa valutazione, a magistrati in possesso di adeguati titoli professionali e scientifici, che abbiano conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità, senza che tale «conferimento riservato» abbia però alcun effetto ai fini giuridico-economici e sulla collocazione nel ruolo di anzianità o ai fini del conferimento di funzioni di merito.

per mancanza o inidoneità dei candidati –, è compito del CSM, valutata l'urgenza, procedere alla nomina di ufficio). Per il conferimento, poi, di tutte le funzioni semidirettive, direttive e direttive superiori ed apicali, occorre la valutazione dell'«attitudine direttiva», collegata ad una serie di dettagliati parametri (art. 12, comma 12, D.Lgs. 160/2006, nuovo testo).

Particolare importanza, anche per le roventi polemiche che hanno interessato questa materia, riveste la disciplina del passaggio dalle funzioni giudicanti alle requirenti (e viceversa).

La riforma del 2007 si pone, anche qui, in netta soluzione di continuità con la precedente disciplina del 2005/2006, la quale, sia pur mitigando gli originari propositi, si muoveva nella prospettiva di rendere rari e difficili (e quindi il più possibile eccezionali) i passaggi dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa (consentendolo solo entro il terzo anno di esercizio dall'attribuzione delle prime funzioni e, dopo, solo attraverso la partecipazione ad un nuovo concorso).

La disciplina del 2007 consente invece il passaggio di funzioni da giudicante a requirente e, viceversa, per non più di quattro volte nel corso della carriera, potendo ciò effettuarsi alla stregua di precise limitazioni (art. 13, comma 3, D.Lgs. 160/2006, nuovo testo). Vi è una limitazione di carattere geografico, poiché il passaggio non è possibile all'interno dello stesso distretto di Corte di Appello, né all'interno di distretti della stessa Regione, per cui esso potrà avvenire solo in relazione ad un ufficio giudiziario di una diversa regione (così come voluto dal Senato, ma non previsto nell'originario D. D. L. governativo), salvo però il passaggio da funzioni penali a funzioni esclusivamente civili o del lavoro e viceversa, per cui occorre solo il cambio di circondario e di provincia (alla stregua del comma 4) e salvo il passaggio tra funzioni di legittimità (direttive e non), alla stregua del comma 6. Vi sono poi ulteriori limitazioni, per le quali il magistrato deve aver svolto cinque anni di servizio nella funzione di provenienza (ma devono essere anche valutate le specifiche attitudini desunte dalle quadriennali valutazioni di professionalità), aver frequentato un corso di qualificazione professionale, essere stato giudicato idoneo allo svolgimento delle nuove funzioni dal CSM, previo parere del Consiglio Giudiziario (o, nel caso, di passaggio di funzioni di legittimità, dal nuovo organo, previsto sia tanto dalla riforma del 2005/2006, quanto da quella del 2007, denominato Consiglio Direttivo della Corte di Cassazione<sup>74</sup>).

<sup>74</sup> Se la legge delega del 2005 sembrava presupporre una «sostanziale assimilabilità» tra quest'organo e i Consigli Giudiziari, è stato opportunamente notato che, mentre questi ultimi «si sono venuti configurando nel tempo quali strutture ausilia-

È stata anche articolata la precedente disciplina relativa al periodo massimo di permanenza in una medesima funzione: la riforma del 2005/2006, salvo che per gli incarichi direttivi e semidirettivi (per cui era prevista una disciplina apposita, di cui si dirà), stabiliva un periodo massimo di dieci anni, con facoltà di proroga non oltre i due anni, previa valutazione del CSM. La nuova normativa non prevede più un limite massimo di permanenza, dovendo provvedere il CSM a regolamentare tale periodo, individuandolo a seconda delle funzioni esercitate, tra un minimo di 5 e un massimo di 10 anni, in base alle diverse funzioni, prevedendosi anche qui una possibilità di proroga non superiore ai due anni (art. 19, nuovo testo D.Lgs. 160/2006).

Per quanto poi riguarda le funzioni *semidirettive e direttive*, sono previsti concorsi per soli titoli oltre alla necessità – già in precedenza posta in rilievo – di valutare l'«attitudine direttiva» e viene stabilito, dalla legge 111/2007, che esse possano attribuirsi a magistrati che, al momento della vacanza del posto, siano in grado di assicurare un periodo minimo di quattro anni di servizio, prima del collocamento a riposo, ed abbiano già esercitato la relativa facoltà (artt. 34 bis e 35 D.Lgs. 160/2006, nuovo testo).

È poi prevista, come nella riforma del 2005/2006, la *temporaneità* degli incarichi direttivi (vecchio cavallo di battaglia delle rivendicazioni di alcune almeno delle correnti della Magistratura associata; oggi criterio condiviso, in via di principio, da tutti) *ed anche semidirettivi*, confermandosi la regola generale (art. 45 nuovo testo) della durata quadriennale di tali incarichi, rinnovabile per una sola volta (mentre la riforma del 2005/2006 prevedeva solo un ulteriore periodo biennale).

Se la riforma del 2005/2006 si ispirava e quindi ritornava, pur rivedendoli, ai tradizionali meccanismi di concorso e scrutinio relativi alla carriera giudiziaria, già presenti – come si è sopra ricordato – nella nostra tradizione istituzionale, la riforma del 2007 abolisce que-

rie del CSM in una prospettiva di decentramento volta a realizzare maggiore celebrità ed efficienza all'azione amministrativa e, soprattutto, a valorizzare le loro attribuzioni secondo una concezione articolata e nuova dell'autogoverno, non implicante più soltanto una dimensione centralizzata... al contrario, il Consiglio Direttivo della Corte di Cassazione riassume in sé una duplice natura: quella di organo di autogestione e quella di organo ausiliario nel più ampio contesto di una problematica – non risolta nella prospettiva riformatrice – del ruolo del giudice di legittimità all'interno dell'ordine giudiziario» [M. CASSANO, *Il Consiglio Direttivo della Corte di Cassazione*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 155-156]. Peraltro la riforma del 2007 ridimensiona fortemente le competenze del Consiglio Direttivo, in particolare sopprimendo quelle amministrative e di vigilanza disciplinare (Camera dei Deputati, XV Legisl., Servizio Studi, Progetti di Legge, Riforma dell'Ordinamento Giudiziario, AC 2900, Schede di Lettura, n. 218, 16/07/2007, commento all'art. 4, in [www.cameradeideputati.it](http://www.cameradeideputati.it)).

sto meccanismo a favore di un sistema centrato su periodici controlli di professionalità, pregiudiziali alla partecipazione dei concorsi per titoli. Un sistema che meno si discosta – lo si è già rilevato – da quanto previsto immediatamente prima del 2005, sia pur accentuando i controlli (così come le conseguenze negative dei medesimi) e legiferando in dettaglio sui criteri di valutazione. La problematica delle promozioni va quindi rapportata a questo nuovo quadro, da qualcuno però già da subito molto criticato, in quanto ritenuto sostanzialmente (ed illegittimamente) abrogativo di tale competenza del CSM da parte di una legge ordinaria<sup>75</sup>.

#### 4. *Brevi considerazioni conclusive. Continuità e discontinuità nella progettazione e trasformazione dell'ordinamento giudiziario in Italia*

Come dovrebbe essere emerso dalla trattazione che precede, risulta netto il distacco tra quanto previsto dalla riforma del centro-destra del 2005/2006 e dalla “riforma della riforma”, operata invece dal centro-sinistra, a partire dalla L. 269/2006 e conclusasi con la L. 111/2007.

Ciò emerge anche in relazione ad ambiti in cui si registrano maggiori convergenze (ad esempio, nella previsione di un concorso di secondo grado): si pensi alle problematiche del reclutamento e del tirocinio, rispetto alle quali spiccano, in particolare – come già a suo tempo posto in rilievo – l’abolizione del test psico-attitudinale in sede di esame e dell’obbligo di indicare, già in sede di presentazione della domanda, la funzione – requirente o giudicante – di assegnazione in caso di superamento delle prove; e, ancora, la riscrittura dei poteri della SSM rispetto al CSM in relazione alla conclusione del tirocinio del neo-assunto.

Già da questi primi rilievi emergono alcune delle grandi differenze di politica giudiziaria tra centro-destra e centro-sinistra: da un lato l’esigenza di isolare il più possibile le funzioni giudicanti dalle requirenti, dall’altro lato il prevedere maggiori difficoltà nei passaggi, senza però arrivare ad una sostanziale separazione delle carriere; da un lato implementare i compiti della SSM, del CDCC (e, nella ste-sura iniziale della riforma, del Ministro della Giustizia), anche in funzione di riduzione del ruolo del CSM; dall’altra l’inclusione nel di-

<sup>75</sup> Per questa posizione cfr. G. DI FEDERICO, *Riforma dell’Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in [www.Forumcostituzionale.it](http://www.Forumcostituzionale.it), 13-07-2007.

segno riformatore della SSM e del CDCC, ma mantenendo ben fermo il ruolo centrale del CSM.

Ciò si può constatare agevolmente anche in relazione alla disciplina della carriera, impostata, nella prospettiva del centro-destra (almeno sulla carta) sul ripristino di un meccanismo di scrutini ed esami (gestiti da commissioni composte prevalentemente da magistrati di legittimità), che, in qualche modo, ricalcavano quanto tradizionalmente avveniva prima delle leggi del 1960/1970, a suo tempo ricordate. Diversamente, il centro-sinistra centra il meccanismo di avanzamento sulle valutazioni di professionalità saldamente nelle mani del CSM (travasando nella nuova normativa non poco di quanto già disciplinato in circolari del CSM), a cui si raccordano i concorsi per soli titoli. Ambedue le impostazioni si staccano comunque dalla situazione antecedente al 2005, ritenuta del tutto inadeguata sotto il profilo della selezione e del controllo delle professionalità.

Gli interventi ricordati (almeno in teoria; ciò va fin da subito sottolineato, anche in presenza di clausole derogatorie sparse qua e là nella normativa e ben sapendo le difficoltà di attuazione di ogni riforma, specie se caratterizzata da una certa complessità) operano comunque – al di là delle insoddisfazioni relative a non poche questioni (come, ma è solo un esempio, in relazione al problema del reclutamento) – trasformazioni di non poco rilievo dell'ordinamento giudiziario italiano. Quale ne sarà l'impatto è tutto da vedere anche se, come sempre, la cautela è d'obbligo.

# *La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria e le sue implicazioni istituzionali, tra legge 150/2005 e legge «Mastella»: un'altra occasione mancata?*

di Giorgio Sobrino

SOMMARIO: 1. Una successione normativa dai molteplici risvolti. – 2. La disciplina del reclutamento dei magistrati ordinari prima della legge 150/2005. – 3. La riforma del 2005: concorso di secondo grado e separazione delle funzioni. – 4. Una disciplina ancora insoddisfacente: vecchi nodi irrisolti e nuovi aspetti critici del reclutamento dei magistrati nella versione originaria del d.lgs. 160/2006. – 5. L'accesso alla magistratura ordinaria secondo la legge 111/2007: un (solo) parziale *révirement*. – 6. Considerazioni conclusive. Ipotesi per un possibile ripensamento della disciplina, tra esigenze – “organizzative” e “di sistema” – italiane e riferimenti europei.

## 1. *Una successione normativa dai molteplici risvolti*

A conclusione di un percorso parlamentare non privo di insidie, eppure complessivamente rapido a fronte dell'estrema delicatezza politica della materia e dei precari equilibri di forza instauratisi tra le (e all'interno delle) coalizioni parlamentari nella legislatura conclusasi anticipatamente nella primavera del 2008, il 30 luglio 2007 giungeva ad approvazione il d.d.l. di riforma dell'ordinamento giudiziario proposto dal Ministro della Giustizia Mastella<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il disegno di legge in oggetto (S. 1447, “*Riforma dell'ordinamento giudiziario*”, poi rinominato “*Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*”) era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2007, presentato al Senato il 30 marzo 2007 ed assegnato il successivo 5 aprile alla Commissione Giustizia in sede referente, che ne ha concluso l'esame, apportando numerosi emendamenti al testo iniziale, il 3 luglio 2007. La proposta di riforma è quindi passata all'esame dell'Assemblea di Palazzo Madama, ove – in un clima reso particolarmente difficile dalla minaccia di un'astensione dal lavoro dei magistrati (assai critici, per bocca dell'A.N.M., su alcuni punti-chiave del d.d.l.) e da alcune divergenze emerse all'interno della stessa maggioranza di governo (in questo ramo del Parlamento nella scorsa legislatura, come è noto, assai risicata) – è stata approvata il successivo 13 luglio, con ulteriori e talora consistenti modifiche (come nel caso delle norme sul passaggio di funzioni), ma senza ricorso al voto di fiducia da parte del Governo. Alla Camera, invece – con il conforto della ben più ampia maggioranza politica di centrosinistra –, l'*iter* del provvedimento è stato assai più agevole e, quanto ai tempi dell'esame, potrebbe dirsi fulmineo: as-



In diretta continuità con un primo provvedimento (legge 24 ottobre 2006, n. 269) che, a pochi mesi dal rinnovo delle Camere, aveva disposto la sospensione sino al 31 luglio 2007 dell'efficacia delle disposizioni in materia di tramutamento e di progressione nelle funzioni dei magistrati introdotte dal Governo di centrodestra con il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, ed in parte modificato quelle relative all'organizzazione degli uffici di Procura ed alla responsabilità disciplinare (rispettivamente contenute, a loro volta, nei d.lgs. nn. 106 e 109 del 2006)<sup>2</sup>, la legge n. 111/2007, pur senza spingersi sul piano formale ad una loro integrale abrogazione<sup>3</sup>, ha apportato numerosi

segnato alla Commissione Giustizia il 16 luglio 2007, il d.d.l. di riforma vi è stato infatti discusso in appena sette giorni, per poi venire definitivamente approvato dall'Aula, senza modifiche rispetto al testo licenziato dal Senato, nelle sedute del 26 e 27 luglio (la legge, se così si può dire, di "riforma della riforma", è stata promulgata il successivo 30 luglio ed il giorno stesso pubblicata in G.U. – n. 175, Suppl. Ord. N. 171/L). L'estrema rapidità con cui i deputati hanno esaminato una proposta pure di tale importanza e di ben ampio respiro, limitandosi di fatto a ratificare l'operato del Senato, è stata motivata dall'esigenza di rispettare la scadenza del 31 luglio 2007 – termine finale della sospensione dell'efficacia della parte più rilevante della precedente riforma del centrodestra, già disposta dalla l. 269/2006 (per la quale, v. subito *infra* nel testo ed in nota) – e di evitare così l'insorgere di ulteriori e non facilmente risolvibili questioni di diritto transitorio. Per un quadro riassuntivo dell'iter parlamentare descritto, v. [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28719.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28719.htm) e, con particolare riferimento all'esame del Senato, [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm).

<sup>2</sup> Sulla legge 269/2006 ("Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario"), approvata con il principale scopo di evitare l'applicazione della disciplina sulla carriera introdotta dalla precedente maggioranza di centrodestra, nell'impossibilità – sul piano politico, ma anche giuridico, non sussistendone con ogni probabilità i necessari presupposti costituzionali – di disporre l'abrogazione per decreto-legge dell'intera riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006 e nelle more, quindi, dell'elaborazione della "riforma della riforma" oggi vigente, si vedano G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris*, n. 4/2007 (estratto); M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SALMÉ e G. SCARSELLI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro it.*, 2007, V, pp. 12 ss.; M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della giustizia in Italia: un esempio di legislazione postcostituzionale?*, in M. ABBRUZZESE, T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI e M. OLIVETTI, *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 10 s.; N. ZANON, *La riforma della giustizia: quali soluzioni dopo il compromesso "Mastella"?*, 18/10/2006, in *Federalismi.it*, n. 20/2006, p. 1, il quale, da un punto di vista solo in parte critico rispetto alla riforma del 2005, aveva valutato con favore le scelte adottate in sede di sospensione di quest'ultima.

<sup>3</sup> Come invece forse ci si sarebbe potuti attendere dopo quanto avvenuto nella precedente legislatura, in cui le forze politiche di centrosinistra, allora all'opposizione, avevano duramente avversato in Parlamento la riforma proposta dal Guardasigilli Castelli. Per questo nuovo, più prudente, orientamento – volto al superamento *anche* dell'ordinamento giudiziario del 1941 con l'introduzione di una disciplina so-

ed incisivi mutamenti ai decreti legislativi emanati allo scadere della precedente legislatura in forza della legge 25 luglio 2005, n. 150 (c.d. "riforma Castelli"), la cui necessaria attuazione – in via di normazione secondaria e da parte del C.S.M. – era stata successivamente "congelata" proprio nella prospettiva di una loro riscrittura ad opera della nuova maggioranza politica. Dopo svariati tentativi andati a vuoto, od esauritisi in modifiche settoriali spesso non adeguatamente coordinate tra loro, dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (la cui VII disposizione transitoria, come è noto, conteneva – e contiene – un chiaro invito al legislatore a sostituire l'ordinamento Grandi del 1941 con un nuovo ordinamento giudiziario conforme ai principi sanciti nel Titolo IV della Parte II della Carta stessa<sup>4</sup>), la riforma approvata dal Parlamento, che nei prossimi anni il Governo, a meno di ulteriori *révirements* legati al nuovo cambiamento della maggioranza politica, dovrà coordinare e successivamente consolidare in un testo unico<sup>5</sup>, si è dunque posta alla conclusione di un artico-

*stanzialmente* innovativa, e da considerarsi dal punto di vista politico alla base, innanzitutto, dell'approvazione della legge 269/2006 (cfr. la nota che precede) –, v. già le *Comunicazioni del ministro della Giustizia Clemente Mastella sulle linee programmatiche del suo dicastero davanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati*, 28 giugno 2006 (in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)): dopo aver dichiarato di «voler rimettere in discussione, traendone le conseguenze sul piano normativo (...) l'impronta burocratica *ancien regime*» della l. 150/2005, il Ministro precisava infatti che l'importanza del tema dell'ordinamento giudiziario sconsigliava di «ridurne la rivisitazione normativa all'aprioristico segnale di diversità o ad un intento demolitorio di quanto sia stato fatto nella precedente Legislatura». Va peraltro osservato che su questa scelta, pienamente condivisibile nel merito, se ed in quanto rivolta ad una riforma organica e coraggiosa dell'ordinamento giudiziario nel rispetto della Costituzione, molto ha pesato la contingenza politica di quella legislatura: come ben dimostra lo stesso cammino parlamentare della legge in commento, la riscata maggioranza di cui poteva disporre al Senato imponeva all'Esecutivo la ricerca di un consenso unanime tra le diverse forze politiche che lo sostenevano, e, per altro verso, la fuga da uno scontro frontale con l'opposizione di centrodestra.

<sup>4</sup> In dottrina, e *plurimis*, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, pp. 36ss.; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pp. 65ss.; G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 109-113 Cost.*, in Id. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, Il Saggiatore, 1998, pp. 426 ss.; da ultimo, A. PIZZORUSSO, *Considerazioni generali*, in AA.Vv., *La legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 1-9 (contributo riprodotto, con parziali modifiche, anche nel volume collettaneo curato da ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Firenze, Passigli, 2006, pp. 11-22).

<sup>5</sup> Ciò in forza della previsione contenuta nell'art. 2, comma 19, legge 150/2005, non abrogata – si noti – dalla legge 111/2007, che delega l'Esecutivo ad adottare «un d.lgs. contenente il testo unico delle disposizioni legislative in materia di ordinamento giudiziario» entro il termine di quattro anni dall'entrata in vigore dell'ultimo dei decreti emanati nell'esercizio della delega di cui all'art. 1 della legge stessa (si

lato processo di organica riformulazione della disciplina dell'ordinamento giudiziario<sup>6</sup>, che – al di là dei suoi aspetti di sostanza, per così dire, oscillanti in ragione delle alterne vicende del quadro politico italiano<sup>7</sup> ed in ogni caso fisiologicamente opinabili – sembra destinato ad assumere un certo rilievo nell'evoluzione normativa della materia.

Nell'ambito di un testo di legge assai ampio e complesso – di cui la scelta di innestare le nuove disposizioni sui decreti delegati della precedente riforma obiettivamente non agevola la comprensione letterale – si intende portare l'attenzione, in questa sede, sulle norme dedicate all'accesso in Magistratura ed al tirocinio degli uditori giudiziari, contenute negli artt. 1 e 3 della legge 111/2007, recanti modifiche, rispettivamente, al Capo I del citato d.lgs. 160/2006 ed al d.lgs. 26/2006 (quest'ultimo emanato in attuazione dell'art. 1.1, lett. b, della legge delega del 2005).

Si tratta di prescrizioni molto specifiche e, almeno in apparenza, di carattere essenzialmente tecnico, e che rischiano, di conseguenza, di essere sottovalutate; mentre sono da considerare di indubbio rilievo, principalmente sotto due profili, che ai fini della presente esposizione potrebbero definirsi, rispettivamente, “di sistema” ed “organizzativo”. I meccanismi per il reclutamento dei magistrati si connotano, infatti, per la loro diretta incidenza, da una parte, sulla *composizione del potere giudiziario* e sulle *relazioni tra esercizio dello ius dicere e circuito decisionale politico-rappresentativo* che ne conseguono (il profilo, appunto, “di sistema”); dall'altro lato, sui *concreti problemi*

tratta del d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, entrato in vigore nell'ottobre 2006). Va notato, al riguardo, che il d.d.l. Mastella, nella versione iniziale presentata al Senato, recava all'art. 7 una disposizione di contenuto analogo (che si sarebbe quindi sovrapposta, di fatto, alla delega precedente), poi espunta nel corso dell'esame di Palazzo Madama. È invece rimasta nella formulazione definitiva della riforma, sempre all'art. 7, la delega all'adozione, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, di uno o più d. lgs. «compilativi nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) procedere al coordinamento delle norme che costituiscono l'ordinamento giudiziario sulla base delle disposizioni contenute nella presente legge; b) operare l'abrogazione espressa delle disposizioni ritenute non più vigenti» (delega – quest'ultima – rimasta poi peraltro inesa).

<sup>6</sup> Per una puntuale ricostruzione di questo percorso di riforma, si vedano M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della giustizia*, cit., spec. pp. 6-11 (ove anche interessanti notazioni critiche sulla tecnica normativa seguita) e S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, in questo volume (spec. § 2).

<sup>7</sup> È stato condivisibilmente rilevato, al riguardo, che in Italia «l'ordinamento giudiziario ha sperimentato prima l'immobilismo legislativo proprio delle democrazie compromissorie e poi l'attivismo legislativo e le rapide modificazioni che caratterizzano le normative controverse nelle democrazie maggioritarie con alternanze frequenti» (S. SICARDI, *op. ult. cit.*, p. 58).

inerenti al “governo” degli uffici giudiziari ed alla gestione dei relativi organici (il profilo “organizzativo”)<sup>8</sup>.

Scopo delle note che seguono è quello di ricostruire la disciplina emergente dalla legge di riforma, ripercorrendo i passaggi della rapida successione normativa verificatasi, nel corso del triennio 2005/2007, anche in questo settore dell'ordinamento giudiziario, per poi passare a valutarne la complessiva adeguatezza, proprio con riferimento ai due aspetti indicati: e ciò sia per quanto attiene alla conformità delle scelte adottate ai principi stabiliti dalla Costituzione in tema di giurisdizione, sia da un punto di vista di politica del diritto. Dovrà considerarsi, in sostanza, se ed in quale misura le (almeno in parte nuove) soluzioni individuate dal legislatore in materia di accesso alla Magistratura siano idonee a perseguire l'obiettivo, sotteso all'intero intervento riformatore, di una giurisdizione garantita nella sua indipendenza ma, allo stesso tempo, capace di esprimere apprezzabili livelli

<sup>8</sup> Sulla disciplina dell'accesso quale componente essenziale, in particolare, del *modello organizzativo-istituzionale di Magistratura* espresso da un determinato ordinamento (o da una famiglia di ordinamenti, come per la tradizionale bipartizione tra modello c.d. burocratico continentale e modello c.d. professionale anglosassone), si vedano A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario (dir. comp. e stran.)*, voce in *Enciclopedia giuridica*, 1990, XXII, pp. 1-7; ID., *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*, in P.L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della Magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, Franco Angeli, 1987, pp. 151 ss.; G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Ediz. del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2003, trad. it. Sapere 2000, 2003, e ID., *La scuola della magistratura italiana alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, 2007, in [http://us.share.geocities.com/g\\_oberto/scuolamagistratura/scuola\\_della\\_magistratura\\_2007.htm](http://us.share.geocities.com/g_oberto/scuolamagistratura/scuola_della_magistratura_2007.htm), e *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2008, che analizzano compiutamente i differenti sistemi per il reclutamento dei magistrati adottati in ambito europeo; V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 9ss.; G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, Giapichelli, 1993; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma- Bari, Laterza, 2002, in particolare pp. 39ss.; S. GAMBINO, *La Magistratura nello stato democratico*, Milano, Giuffrè, 2004; da ultimo, C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 54 e 62-69; ID., *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 39-52, insieme con le altre Relazioni del Convegno; con specifico riferimento alla legge 111/2007, oggetto delle presenti note, L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Questione giustizia*, 4/2007, p. 655, secondo cui, posto che «l'imprinting del magistrato, come di ogni altro pubblico funzionario, sta, anzitutto, nel reclutamento», «è (...) sull'accesso – pur trascurato dai più – che si gioca, in buona parte, il modello di magistrato degli anni a venire».

tecnico – professionali, tali da contribuire ad assicurare un'efficiente amministrazione della giustizia<sup>9</sup>.

## 2. *La disciplina del reclutamento dei magistrati ordinari prima della legge 150/2005*

La prima “tappa” del percorso di riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria culminato nella legge 111/2007 è costituita dalla legge 150/2005 e dal relativo decreto delegato n. 160 del 2006, già citato sopra. In precedenza, la materia era regolata dagli *artt. 123 ss. dell'ordinamento giudiziario del 1941* (da ora in avanti, “O.G.”), più volte modificati nel corso degli anni<sup>10</sup>. Inserendosi nella tradizionale concezione burocratica del potere giudiziario di derivazione francese<sup>11</sup> ed in at-

<sup>9</sup> Cfr., in particolare, la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. (in *www.giustizia.it*), p. 6: «l'intervento si muove nella prospettiva di una riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario sulla linea tracciata dalla VII disposizione transitoria della Costituzione ed *al fine di creare una disciplina che garantisca maggiore funzionalità ed efficienza all'intero sistema giustizia*» (corsivo nostro).

<sup>10</sup> Per l'evoluzione di questa disciplina nell'ordinamento giudiziario italiano, oltre ai lavori comparatistici citati nella precedente nota 8 (tra cui si richiama, segnatamente, G. REBUFFA, *op. ult. cit.*, pp. 66 ss.), v. ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., pp. 23-36 (ove anche interessanti proposte *de iure condendo*), S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., pp. 72 ss., C.M. GRILLO, *Riforma e controriforma dell'accesso in Magistratura (da Grandi a Mastella, passando per Castelli)*, in *Cassazione penale*, 2008, n. 2, pp. 834 ss. e, in precedenza, C. VIAZZI, *Il reclutamento e la formazione dei magistrati: una questione cruciale di politica istituzionale*, in *Questione giustizia*, 1984, III, pp. 307-339.

<sup>11</sup> Secondo cui il giudice è essenzialmente un *funzionario pubblico*, inserito a pieno titolo nell'organizzazione burocratica statale: a tale organo, reclutato tramite concorso, viene quindi riconosciuta autonomia nello stretto esercizio della propria funzione, mentre ogni altro aspetto del suo *status* (*in primis*, la carriera) risulta sottoposto alle determinazioni di organi gerarchicamente sovraordinati, culminanti nel potere esecutivo (Ministro della Giustizia, politicamente responsabile di fronte al Parlamento della corretta amministrazione della giustizia). Cfr. G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 2, pp. 798 ss.; V. VIGORITI, *op. ult. cit.*, pp. 9 ss.; G. FREDDI, *La magistratura come organizzazione burocratica*, in *Pol. Dir.*, 1972, 2, pp. 324-339; G. REBUFFA, *op. ult. cit.*, p. 82. Da tale modello di organizzazione giudiziaria, importato dall'ultimo ordinamento giudiziario sabardo (c.d. ordinamento Rattazzi, r.d.l. 3781/1859, per le cui disposizioni in tema di reclutamento, passate nel primo ordinamento giudiziario unitario del 1865 ed oggetto di parziale riforma da parte della c.d. legge Zanardelli dell'8 giugno 1890, rimane essenziale il riferimento a E. PIOLA CASELLI, *Magistratura*, voce in *Digesto italiano*, Torino, Utet, 1903-1907, XV, 1, pp. 221-225) in contrapposizione al modello c.d. professionale-paritario della tradizione anglosassone, il sistema italiano si è poi progressivamente allontanato – in particolare, con l'abolizione di controlli di impronta gerarchica sulla carriera –, dando vita ad un as-

tuazione del principio generale di cui all'art. 106.1 Cost. (direttamente riconducibile, a sua volta, al disposto generale di cui all'art. 97.3 della Carta, relativo all'accesso ai pubblici uffici)<sup>12</sup>, tali disposizioni subordinavano la nomina a magistrato al superamento di un *concorso per esami di primo grado*, aperto cioè a tutti i laureati in Giurisprudenza, indipendentemente dalla loro votazione finale e dall'eventuale possesso di titoli ulteriori<sup>13</sup>. All'unicità della carriera dei magistrati ordinari, distinti tra loro solo in relazione alle funzioni esercitate (requirenti o giudicanti; di merito o di legittimità) secondo quanto affermato dal primo comma dell'art. 190 O.G. conformemente ai principi costitu-

setto "ibrido" di non facile inquadramento sistematico. V. V. VIGORITI, *loc. ult. cit.*; V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1982, pp. 394 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 37, per il quale, criticamente, il Titolo IV Parte II Cost., nonostante l'obiettivo discontinuità con i principi dell'ordinamento della Magistratura del periodo statutario, rimane «uno dei capitoli della Costituzione meno felici e più bisognosi di correzioni», a causa di «una serie di contraddizioni, lacune, squilibri ed ambiguità», dettagliatamente elencate nel testo; R. ROMBOLI- S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1995, X, pp. 368 ss.; da ultimo, C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., p. 41.

<sup>12</sup> Su genesi e portata di questo disposto costituzionale, è un utile punto di riferimento F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 106*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, II, Bologna-Roma, Zanichelli, 1986, pp. 119-139.

<sup>13</sup> Al reclutamento per concorso basato sul possesso dei requisiti minimi indicati nel testo, solo a seguito dell'entrata in vigore della legge 5 agosto 1998, n. 303, si è affiancata – nell'ordinamento giudiziario repubblicano – l'ipotesi sussidiaria della *nomina diretta da parte del C.S.M. di avvocati e docenti universitari a consigliere di cassazione*, in attuazione dell'art. 106.3 Cost., oggetto peraltro di applicazione assai limitata negli anni successivi (in particolare, C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., p. 51). Il reclutamento c.d. "laterale" di secondo grado (dalle professioni forensi ed accademiche) dei magistrati ordinari, nei diversi rami dell'istituzione giudiziaria, seppure implementato nella più recente evoluzione normativa (per un'altra ipotesi attualmente prevista, v. infatti *infra*, nota 24), ha del resto sempre rivestito un'importanza del tutto marginale all'interno del nostro sistema, mentre ha costituito la regola tradizionale dell'ordinamento giudiziario inglese e degli altri ad esso ispirati (v. *infra*, nota 17). A tal proposito, notava già E. PIOLA CASELLI, nell'*op. ult. cit.*, p. 220, che, nonostante la formale previsione di casi di accesso indiretto alla Magistratura – quello dei pretori a partire dalla l. 23 dicembre 1875 e dei consiglieri di appello e di cassazione ai sensi della legge "Zanardelli" del 1890 –, l'ordinamento italiano «ha seguito, fin dalle sue origini, il sistema generalmente adottato non solo dall'ordinamento francese, ma dagli ordinamenti degli Stati continentali europei, di reclutare il personale occorrente per comporre il corpo giudiziario nella gioventù che, uscita dalle facoltà legali universitarie, non è ancora entrata nelle professioni, adibendo questa massa di magistrati novizi nelle giurisdizioni di prima istanza, per trarne poi, dopo un periodo più o meno lungo di tempo, e con una successiva selezione, basata sui titoli di anzianità e di merito, il personale occorrente mano a mano per i posti più ristretti delle giurisdizioni superiori».



zionali (artt. 104, 107.3), faceva riscontro il *carattere unitario di tale concorso di ammissione e, successivamente, del periodo di uditorato* (artt. 128-129)<sup>14</sup>; solo all'atto della prima assegnazione delle funzioni dopo la nomina a magistrato ordinario, la distinzione tra organi requirenti e giudicanti veniva ad assumere rilievo, essendo peraltro successivamente consentito in ogni momento della carriera il passaggio di funzione, disposto dal C.S.M., a domanda dell'interessato, previo accertamento del solo (ed invero, con ogni evidenza, assai generico) requisito dell'«attitudine» allo svolgimento della nuova funzione.

Il sistema così delineato – osservava la maggioranza della dottrina anche guardando alla differente esperienza di altri ordinamenti europei<sup>15</sup> – garantiva l'indipendenza dal potere politico dei magistrati tutti, requirenti e giudicanti, per effetto della loro investitura fondata sul possesso di requisiti esclusivamente tecnici e delle garanzie di *status* riconosciute nel successivo svolgimento della carriera, incentrate nel superamento della gerarchia interna all'organizzazione giudiziaria e nella devoluzione ad opera della Costituzione dal Ministro della Giustizia al Consiglio Superiore della Magistratura di tutti i provvedimenti inerenti alla carriera dei magistrati ordinari<sup>16</sup>. Inoltre, per quanto in questa sede più interessa porre in rilievo, la configurazione del concorso per uditore giudiziario nei termini di un accesso di primo grado assicurava, almeno in potenza, l'ingresso in Magistratura di soggetti di estrazione sociale e culturale eterogenea<sup>17</sup>, non quindi univo-

<sup>14</sup> Per la cui organizzazione e struttura in tale contesto normativo, ripartita tra tirocinio c.d. "ordinario", svolto presso diversi uffici giudiziari civili e penali, e tirocinio c.d. "mirato", presso un ufficio analogo a quello di prima destinazione dell'uditore, v. specificamente G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 364 ss. e, più recentemente, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 258 ss.

<sup>15</sup> Soprattutto di quelli continentali – come nel caso della Francia – connotati, a parità di sistema di reclutamento, dalla resistenza del tradizionale concetto di carriera verticale: C. VIAZZI, *loc. ult. cit.*; G. REBUFFA, *op. ult. cit.*, pp. 66 e 86, ove è esplicito il nesso, per lo specifico contesto istituzionale italiano, tra reclutamento attraverso pubblico concorso ed indipendenza del giudice.

<sup>16</sup> Incisivamente, sul punto, C. GUARNIERI, nel *loc. ult. cit.*; una sicura sottolineatura del dato evidenziato nel testo si rinviene, d'altra parte, in una pronuncia ormai datata della Corte Costituzionale, la n. 1 del 1967 (riportata in M. ABBRUZZESE, *La formazione pre-concorso, l'accesso alla Magistratura e il tirocinio degli uditori*, in ID., T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI e M. OLIVETTI, *Guida alla riforma*, cit., p. 56): «nell'ambito di un sistema, quale quello delineato dalle norme contenute nel titolo IV, sezione IV, della Carta costituzionale, la nomina per concorso, che pur in quest'ambito patisce eccezioni, concorre a rafforzare e a integrare l'indipendenza della magistratura».

<sup>17</sup> Tale ulteriore elemento segna invece la distinzione forse più netta tra il mo-



camente conforme a quella delle *élites* prevalenti sulla scena politica, ed una crescente “diffusione” del potere giudiziario, da intendersi non solo in un’accezione tecnico-giuridica<sup>18</sup>.

Rappresenta opinione diffusa, non solo tra i giuristi, e del resto in gran parte condivisibile che la combinazione di questi due connotati tipici del potere da questa esercitato – *indipendenza* e “*diffusione*” – e la graduale estensione dell’istruzione universitaria unicamente richiesta per accedervi abbia storicamente reso, in Italia, la Magistratura la principale artefice dell’adeguamento di vasti settori dell’ordinamento ai principi costituzionali ed al complessivo disegno di sviluppo sociale e politico che essi esprimono<sup>19</sup>, non di rado in una

dello istituzionale giudiziario italiano e quello inglese (ed in parte tedesco, caratterizzato da un rigido sistema di formazione iniziale comune ai magistrati ed agli altri futuri professionisti del diritto, sul quale si avrà occasione di tornare più avanti nel presente lavoro: G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 25 e 99-103), nel quale i magistrati formano un corpo professionale elitario ed assai coeso a partire dalla comune estrazione dalla categoria forense dei *Barristers*, a sua volta sottoposta (specialmente in passato) ad un sistema di accesso fortemente selettivo: G. REBUFFA, *op. ult. cit.*, pp. 86 ss.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 66 ss.; C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., p. 42; M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere* (1991), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 62 ss.. Peraltro, in questo peculiare contesto istituzionale, la comune “professionalità forense” dei giudici ne rafforza, sia pur con certi connotati sociologici, l’indipendenza dal potere politico, attenuando i possibili rischi di un sistema di reclutamento che, a differenza di quanto accade sul Continente, rimane “laterale”, cioè per nomina (essenzialmente politica).

<sup>18</sup> Vale a dire, *anche nella composizione sostanziale interna*, oltre che *nelle regole di organizzazione*, ispirate ad una logica paritaria – o, come è stata definita, «orizzontalistica» (G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giapichelli, 1997, p. 71) – nel solco tracciato dall’art. 107.3 Cost. Critica, peraltro, la tesi dell’effetto rappresentativo “indiretto”, determinato dal reclutamento concorsuale su base tecnica dei magistrati, in particolare C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 124 s.

<sup>19</sup> Per questa opinione, tra i giuristi, cfr. in particolare il lavoro di S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI e A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, Feltrinelli, 1996 e, più recentemente, la Relazione di S. Bartole al Convegno “Giurisdizione e giudici nella Costituzione” tenutosi in Roma, alla Corte di Cassazione, il 18 giugno 2008, per il 60° anniversario della Costituzione, dal titolo «*Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*», in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/liberta\\_e\\_diritti\\_fondamentali](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/liberta_e_diritti_fondamentali); tra gli storici, v. P. GINSBORG, *Storia d’Italia dal dopoguerra a oggi*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 248 (ove è ricordata l’esperienza significativa dei cc.dd. “pretori d’assalto”) e 340 s., nonché la recente monografia di F. MORONI, *Soltanto alla legge. L’indipendenza della magistratura dal 1945 a oggi*, Effepi Libri, M.te Porzio Catone (Roma), 2005, con prefazione di N. Tranfaglia. Nella dottrina costituzionalistica, rileva le potenzialità positive insite nel pluralismo interno al potere giudiziario G. SILVESTRI, *L’organizzazione giudiziaria*, Relazione tenuta al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, Padova, 22-

posizione di tensione (quando non di aperto conflitto) con un potere politico prevalentemente ispirato nella propria azione ad un'opposta logica di conservazione del sistema e di conseguente "congelamento" dell'ordinamento giuridico (in particolare negli anni '50, muovendosi da una concezione della Carta costituzionale quale mera "cornice", e non quale vero e proprio "disegno riformatore", della politica<sup>20</sup>). Nel contempo, però, in un'ottica più strettamente organizzativa<sup>21</sup>, deve riconoscersi che il carattere "aperto" della disciplina dell'accesso alla Magistratura ha determinato un incremento costante del numero di candidati, rendendo difficoltosa al binomio Ministero della Giustizia/C.S.M. la concreta organizzazione delle operazioni concorsuali e, quel che ovviamente più conta, dimostrandosi via via meno capace di selezionare magistrati effettivamente preparati<sup>22</sup>.

23 ottobre 2004, "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti di convegni/Convegno AIC 2004*, ed ora in AIC, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 71 ss., mentre R. ROMBOLI, nel lavoro "L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune", in ID., A. PIZZORUSSO e S. PANIZZA, *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, I, Pisa, Ed. Pisa Plus, 2002, p. 257 ss., pone l'accento, in tal senso, sulla «formazione di una sorta di "alleanza" tra la Corte Costituzionale (interessata ad essere investita di questioni di costituzionalità e quindi ad essere posta nella condizione di operare per la costituzionalizzazione dell'ordinamento) ed una parte della magistratura (quella più sensibile alla concreta realizzazione dei valori costituzionali)», a partire dall'entrata in funzione della Corte e del sindacato incidentale di legittimità costituzionale.

<sup>20</sup> Sulla prevalente concezione (solo) "armistiziale" delle regole costituzionali («regole di coesistenza che rendevano possibile il non ricorso alla guerra civile», nell'immediato dopoguerra; «che disciplinano lo svolgimento della lotta politica», a partire dal 1956, con le prime attuazioni della Carta) nel primo periodo della storia costituzionale del nostro Paese, v., efficacemente, M. DOGLIANI e I. MASSA PINTO, *La crisi costituzionale italiana nell'attuale fase della "lotta per la costituzione"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006. Il rilievo dell'orientamento tendenzialmente conservatore delle classi dirigenti italiane, nel complesso impreparate a comprendere le rapide trasformazioni in atto nella società e nell'economia ed a guidarne lo sviluppo in un senso razionale, lo si può trovare, tra gli storici, ancora in P. GINSBORG, *op. ult. cit.*, pp. 113-119 e 149 ss., ed in E. GALLI DELLA LOGGIA, *Ideologie, classi e costume*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *L'Italia contemporanea 1945-1975*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 415-421.

<sup>21</sup> E prescindendo dunque, nella presente analisi, dalle pur legittime obiezioni di ordine generale progressivamente emerse in merito alla sostanziale irresponsabilità dei componenti di un'istituzione statale caratterizzata dall'esercizio di poteri assai estesi e sempre meno vincolati all'applicazione "meccanica" della legge: di tali rilievi può trovarsi una lucida esposizione in particolare nell'introduzione allo studio di N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 2 ss.

<sup>22</sup> Per questo giudizio, v., in particolare, ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 33.

Per queste ragioni, l'ultima modifica delle disposizioni in esame prima della riforma del 2005, determinata dalla *legge 13 febbraio 2001, n. 48*, aveva riservato, in particolare, l'*ammissione al concorso ai soli diplomati presso le Scuole di specializzazione per le professioni legali* (cc.dd. "Bassanini" – da ora in avanti, "SS.PP.LL." –, istituite dal d.lgs. n. 398/1997 quali sedi di formazione avanzata e professionalizzante di tutti i futuri operatori del diritto: non solo quindi magistrati, ma anche notai ed avvocati), e aveva tentato – per la verità, con scarso successo – di accelerare lo svolgimento della selezione concorsuale mediante specifiche innovazioni in materia di composizione e di organizzazione dei lavori della commissione esaminatrice<sup>23</sup>. L'intervenuta restrizione dei requisiti di accesso alla magistratura ordinaria, destinata ad operare per gli iscritti al Corso di laurea in Giurisprudenza a partire dall'a.a. 1998/99 e quindi tutta da verificare, in prospettiva, nella sua efficacia concreta, era con ogni evidenza preordinata al conseguimento di due risultati: da un lato, elevare il grado di preparazione giuridica e professionale degli aspiranti magistrati (tenuti, nel biennio di specializzazione, anche alla frequenza di tirocini formativi presso gli uffici giudiziari); dall'altra parte, deflazionarne il numero complessivo, a vantaggio dei tempi di nomina degli uditori e di conseguente copertura delle vacanze degli organici<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Più specificamente, era stato disposto l'incremento dei componenti della commissione al numero di trentadue (ventiquattro magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di appello, tra i quali dovevano essere individuati il presidente ed il vicepresidente, ed otto docenti universitari di materie giuridiche) ed era stata introdotta, a supporto della relativa attività, la figura dei cc.dd. "correttori esterni", scelti tra magistrati, avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori e docenti universitari ed incaricati di una correzione preliminare delle prove scritte, da effettuarsi sulla base dei criteri univocamente definiti dalla commissione stessa: v. ancora ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., pp. 23-25.

<sup>24</sup> Ancora ASTRID, *op. ult. cit.*, pp. 23-6; G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 34-46; M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 56-7, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 76, nonché il recente documento dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, 02/02/2007, p. 3 (in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)). Giova segnalare, soprattutto per esigenze di ricostruzione sistematica della disciplina oggetto del presente lavoro, che la legge n. 48/2001, agli artt. 13 ss., aveva anche introdotto nell'O.G. 1941 (art. 126 *ter*) un'ipotesi di reclutamento parallelo ulteriore a quello di cui alla precedente legge n. 303/1998 (per il quale, v. supra, nota 13), consistente in un concorso per magistrato di tribunale, riservato agli avvocati con almeno cinque anni di effettivo esercizio della professione (o con almeno cinque anni di esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie) e destinato alla copertura di un numero di posti non superiore ad un decimo di quelli messi a concorso per gli uditori giudiziari. Sebbene questa riforma, al pari di quella di tre anni prima sulla nomina a magistrato di cassazione, fosse rimasta sostanzialmente priva di applicazione – non è stato infatti bandito dalla sua entrata in vigore

### 3. *La riforma del 2005: concorso di secondo grado e separazione delle funzioni*

Nel quadro dell'assai ampia (ed invero, come è noto, altrettanto controversa) riforma dell'ordinamento giudiziario Grandi approvata nella XIV legislatura, un ulteriore ed assai incisivo intervento normativo nella materia qui in esame si è avuto con l'*art. 2.1, lett. a-e legge 150/2005* ed il citato *d.lgs. n. 160/2006* (artt. 1-9), che hanno inteso perseguire principalmente due obiettivi: *trasformare il sistema per il reclutamento dei magistrati ordinari in un concorso che tende a divenire di secondo grado*, più simile a quello tradizionalmente previsto per i giudici speciali<sup>25</sup>, e *determinare sin dal momento del loro effettivo ingresso nell'ordine giudiziario – coincidente con la nomina a uditore – quella separazione delle funzioni requirenti e giudicanti*, che ha rappresentato uno dei principali e più discussi scopi dell'intero intervento riformatore<sup>26</sup>.

alcun concorso rispondente a tale previsione –, essa manifestava ugualmente, già prima della riforma Castelli di cui subito diremo nel testo, i timidi inizi di un reclutamento di secondo grado dei magistrati ordinari ed il conseguente avvio di un processo di avvicinamento, sul punto, dell'ordinamento giudiziario italiano ai modelli organizzativi cc.dd. professionali di matrice anglosassone: C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., p. 51, e, più specificamente, G. SALMÈ e C. VERARDI, *Gli avvocati in magistratura?*, in *Questione giustizia*, 2000, pp. 411 ss.

<sup>25</sup> È il caso, in particolare, dei magistrati amministrativi e contabili, il cui reclutamento rinviene la sua disciplina, rispettivamente, negli artt. 13 ss. l. 1034/1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, e nel r.d. 1214/1934 e successive modificazioni. Non può peraltro affatto trascurarsi, dallo specifico punto di vista della presente indagine, il peso assunto per entrambe le magistrature dalla previsione, risalente al periodo statutario ma confermata anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dell'*accesso diretto ai gradi più elevati* (Consiglio di Stato, ai sensi della l. 186/1982; Sezioni centrali della Corte dei Conti, ai sensi del r.d. 1214/1934 cit. e del D.P.R. di attuazione n. 385/1977) di soggetti direttamente nominati dal Consiglio dei Ministri e non necessariamente in possesso, tra l'altro, di un'esperienza professionale qualificata. In argomento, si vedano G. BERTI, *Art. 113 e 103, 1° e 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, IV, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, pp. 86 ss., e, da una prospettiva fortemente critica nei confronti dell'ordinamento vigente, S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in *Atti della giornata di studio dal titolo "Sergio Panunzio: profilo intellettuale di un giurista"*, Perugia, 16 giugno 2006, recentemente pubblicato nel sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), nonché, più ampiamente – e radicalmente – in merito, il volume di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. il cap. III.

<sup>26</sup> Sulla riforma del 2005, in generale, v. L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625-631; Id., *Relazione* al Congresso straordinario dell'Associazione Na-

Si tratta ora di porre in rilievo le linee portanti di questa disciplina<sup>27</sup>, in un primo tempo, come si è visto, sospesa nella sua efficacia per effetto dell'art. 1.1 l. 269/2006<sup>28</sup>, e successivamente emendata

zionale Magistrati, Napoli, 24 settembre 2004, in *www.astridonline.it*; G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.; A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, in *Atti del Convegno "Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea"*, Accademia Nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003, reperibile sul sito *www.movimentoperlagiustizia.it*. (tutti riferiti ai lavori preparatori); M. BETZU, *La delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario*, 03/10/2005, in *www.costituzionalismo.it*; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in *Ritorno al diritto*, Milano, Franco Angeli, 2005, pp. 91 ss.; ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit.; AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro It.*, 2006, V, pp. 1 ss.; R. CHIEPPA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: luci e ombre*, in *Iustitia*, 1, pp. 83-98; C. GUARNIERI, *"Luci e ombre" di una riforma nel tortuoso percorso della giustizia*, in *GD*, 7, pp. 48-52; N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2006; D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, e il più recente M. ABBRUZZESE, T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI e M. OLIVETTI, *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., che costituiscono lavori completi sulla riforma (legge delega e decreti delegati).

Con specifico riguardo alla disciplina in materia di accesso, v. G. SANTALUCIA, *Le nuove norme sull'accesso alla Magistratura ordinaria*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento*, cit., pp. 19-45; G. DI CHIARA, *L'accesso in magistratura*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2005, pp. 1492-1498; M. ABBRUZZESE, *La formazione pre-concorso, l'accesso alla Magistratura e il tirocinio degli uditori*, in ID., T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI e M. OLIVETTI, *Guida alla riforma*, cit., pp. 51-109; N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 44 e 144-5; ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 23-36; da ultimo, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., pp. 13-16, e C.M. GRILLO, *Riforma e controriforma dell'accesso in Magistratura*, cit., pp. 834 ss.; utili anche i materiali esplicativi pubblicati nei siti web dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI (*www.associazionemagistrati.it*) e del MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA (*Il nuovo ordinamento giudiziario*, Schede nn. 1-2, *La Carriera e La Scuola*, in *www.movimentoperlagiustizia.it*).

<sup>27</sup> A premessa dell'esame, è opportuno avvertire che, visto il carattere estremamente dettagliato della maggior parte delle disposizioni contenute nella legge di delega (sul quale si sofferma in particolare M. OLIVETTI, ne *La nuova organizzazione della giustizia*, cit., pp. 8 e 18 ss.) e per stessa comodità nell'esposizione, nel seguito della trattazione verrà fatto esclusivo riferimento alle norme del d.lgs. 160/2006, in quanto riproduttive delle previsioni della delega, salvi gli eventuali casi di violazione o, all'opposto, di mancata necessaria attuazione di quest'ultima. Onde evitare, inoltre, possibili fraintendimenti legati alla recente approvazione della l. 111/2007, che ha apportato ulteriori modifiche a questa disciplina, si precisa altresì che nell'ambito di questo paragrafo – e, anche in questo caso, salvo espressa indicazione contraria – il d.lgs. in oggetto sarà esaminato nel suo testo originario.

<sup>28</sup> Per genesi, portata ed effetti della legge 269/2006, si rinvia ancora alla puntuale ricostruzione di G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, cit.

– ma con modifiche di sostanza, lo anticipiamo, solo parziali – dalla legge 111/2007.

In primo luogo, è stata prevista l'estensione dei requisiti di accesso alla selezione concorsuale in favore di molteplici categorie di soggetti in possesso, oltre che della laurea in Giurisprudenza, di specifiche esperienze professionali o di titoli di studio qualificati in ambito giuridico. Nello specifico, l'art. 2, comma primo, del d.lgs. n. 160 ha ammesso a prendere parte al concorso (bandito con cadenza – almeno in teoria – annuale e, da notare, per i soli posti corrispondenti alle vacanze d'organico esistenti al momento dell'emanazione del bando<sup>29</sup>), in aggiunta ai diplomati presso le SS.PP.LL., anche i dottori di ricerca in materie giuridiche, gli abilitati alla professione forense (indipendentemente dal suo effettivo esercizio) e coloro che hanno esercitato le funzioni di magistrato onorario per almeno quattro anni senza demerito e senza essere stati revocati o sanzionati a titolo disciplinare, oppure funzioni direttive nella p.a. per almeno tre anni<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> L'art. 54, comma 1, lett. a d.lgs. 160 ha infatti abrogato l'art. 125 O.G., che consentiva di tenere conto, ai fini della determinazione dei posti messi a concorso, «oltre che dei posti già disponibili, anche di quelli che si renderanno vacanti entro l'anno in cui è indetto il concorso e nei cinque anni successivi, aumentati del trentacinque per cento», e questo per adattare opportunamente il numero dei posti alla prevedibile non breve durata del procedimento concorsuale, seguito dal biennio di uditorato: G. SANTALUCIA, *Le nuove norme*, cit., pp. 22 s. (ove anche una sottolineatura delle possibili conseguenze negative della rigidità di questa disciplina sull'individuazione delle sedi di destinazione dei vincitori del concorso); ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 27.

<sup>30</sup> Sempre in materia di requisiti – in questo caso, *di moralità* – di ammissione al concorso per l'accesso in Magistratura, la versione definitiva della disposizione in oggetto, stabilita l'esclusione dei candidati che non risultino «di condotta incensurabile», opportunamente non aveva riprodotto il divieto di ammissione al concorso – assente nella legge n. 150/2005 ma previsto nello schema del d.lgs. inizialmente sottoposto alle Commissioni parlamentari competenti ed all'Associazione Nazionale Magistrati – di tutti i candidati, in particolare, «i cui parenti in linea retta entro il primo grado ed in linea collaterale entro il secondo hanno riportato condanne per taluno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p.». Come puntualmente rilevato in dottrina (N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 48) e da parte dell'A.N.M. (*Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura, nonché della disciplina della progressione economica e delle funzioni dei magistrati in attuazione degli articoli 1, comma 1, lettera a) e 2, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p), q), e r), della legge 25 luglio 2005, n. 150, nonché regime transitorio di cui agli articoli 1, comma 3 e 2, comma 9, della medesima legge*, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it), pp. 1s.), tale disposizione riproduceva testualmente l'art. 124, comma settimo, O.G., introdotto dall'art. 6, comma secondo, d.lgs. 398/1997 a seguito della pronuncia di incostituzionalità della precedente disciplina (Corte Cost., sent. n. 108/1994, in *Giur. Cost.*, pp. 927 ss.) e dichiarato, a sua volta, costituzionalmente il-



Ai candidati appartenenti a tutte queste categorie è stato poi imposto, per la prima volta nella storia dell'ordinamento giudiziario italiano – e qui risiede la seconda, contestatissima, novità sostanziale della riforma in oggetto –, l'obbligo di indicare, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione al concorso, a quale funzione intendano essere assegnati in caso di superamento dell'esame (art. 1.6 d.lgs. 160/2006). Nel sistema delineato dalla legge 150/2005, tale indicazione preliminare – stabilita addirittura a pena di inammissibilità della domanda – rilevava, formalmente, ai fini della attribuzione della sede di prima destinazione dopo la nomina a uditore giudiziario, che infatti, secondo l'originario disposto dell'art. 8.2 d.lgs. 160, doveva avvenire nell'ambito della funzione prescelta, nei limiti delle disponibilità dei posti e con preferenza di quest'ultima su ogni altro titolo posseduto dall'interessato; di fatto, però, tutto ciò gettava un'ipoteca sostanziale su tutta la futura carriera dell'interessato, essendo consentito ai magistrati il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti, e viceversa, esclusivamente entro il terzo anno di esercizio delle funzioni<sup>31</sup>, nei limiti dei posti vacanti nella funzione di destinazione e previo superamento di uno specifico concorso per titoli preceduto dalla frequenza di un apposito corso di formazione presso l'istituenda Scuola della Magistratura (artt. 13-15 d.lgs. 160). Nelle tre regole indicate, come si vede, sta la c.d. “distinzione rafforzata delle funzioni” (o, più realisticamente, la loro vera e propria separazione), abitualmente qualificata “separazione delle carriere” – con espressione, però, non del tutto corretta sul piano tecnico –, che la maggioranza politica di centrodestra aveva inteso perseguire con determinazione, nella penultima legislatura, entro i limiti consentiti dal principio costituzionale di unicità dell'ordine giudiziario<sup>32</sup>.

legittimo con sentenza n. 391/2000 (in *Giur. Cost.*, 2000, pp. 2745 ss.), per violazione degli artt. 3 e 51 Cost. Da ultimo, la legge 111/2007 ha poi riformulato questa disciplina prevedendo l'inserimento nell'art. 2.2 d.lgs. 160/2006, in posizione di autonomia, della lettera *b-bis*, in base alla quale i candidati al concorso, oltre a godere dell'esercizio dei diritti civili ed a possedere «gli altri requisiti richiesti dalle leggi vigenti», devono «essere di condotta incensurabile».

<sup>31</sup> Quindi, di norma, entro *cinque anni dal decreto di nomina*, dato che, ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 26/2006 (prima delle modifiche introdotte dall'art. 3 l. 111/2007), il tirocinio dura ventiquattro mesi: MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA, *Il nuovo ordinamento giudiziario, Scheda n. 1, La Carriera*, cit., p. 5. Ai magistrati già in servizio che ne avessero fatto domanda, la versione originaria dell'art. 16 d.lgs. 160/2006 consentiva – in via transitoria – il mutamento di funzione, nel (per il vero, alquanto ristretto) limite dei posti vacanti nella funzione di destinazione individuati dal C.S.M. nei cinque anni successivi all'entrata in vigore del primo dei d. lgs. emanati in attuazione della legge 150/2005 (cfr. G. SANTALUCIA, *Le nuove norme*, cit., pp. 30-32).

<sup>32</sup> Sul punto, v. G. SANTALUCIA, *Le nuove norme sull'accesso*, cit., pp. 26-32; M.



All'interno delle coordinate di riferimento appena descritte, il d.lgs. n. 160/2006, in attuazione delle previsioni della legge di delega, ha introdotto altre modifiche all'accesso alla magistratura ordinaria. Pare opportuno accennare anche ad esse, per completezza di analisi ed un (si confida utile) raffronto con il testo definitivo derivante dalla nuova riforma del luglio 2007.

In materia di concorso, è stato previsto lo svolgimento, nell'ambito delle prove orali, di un «colloquio di idoneità psico – attitudinale» degli aspiranti magistrati, condotto da un docente universitario in Scienze e tecniche psicologiche e rimasto, invero, non bene precisato (se non, nel suo “misterioso” collegamento, anche in questo caso, con le «specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione»: art. 1, comma settimo<sup>33</sup>) quanto ad oggetto, modalità di svolgimento – entrambi devoluti alla determinazione di un decreto ministeriale, peraltro mai emanato<sup>34</sup> – e soprattutto concreta incidenza sulla valu-

ABRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 79-81; L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit.; C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., pp. 51-52, e N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 144-5, per i quali in particolare, correttamente, la riforma in oggetto non ha inteso determinare una vera e propria “separazione delle carriere”, che avrebbe richiesto la previsione di *distinti concorsi per accedere alla funzione requirente e giudicante* (con conseguente *impossibilità di passaggio da una funzione all'altra*, se non previe dimissioni e superamento del relativo distinto concorso) e di *distinti organi di governo* di pubblici ministeri e giudici (con conseguente *possibilità di una distinta disciplina dello svolgimento delle rispettive carriere*). Una simile organizzazione “bicefala” del potere giudiziario, pur rientrando pienamente nelle intenzioni di vasti settori della coalizione di centrodestra (e non solo: una posizione di segno analogo si è riscontrata, nelle file della successiva maggioranza di centrosinistra, tra i radicali ed i socialisti), non ha potuto essere introdotta nel nostro ordinamento in quanto certamente contraria – in particolare – all'art. 104 Cost.: esso infatti, come ha chiarito in tempi recenti la giurisprudenza costituzionale (sent. n. 37/2000, sull'ammissibilità della richiesta di *referendum* abrogativo dell'art. 190.2 O.G.), *ammette l'introduzione di limitazioni al passaggio dei magistrati da una funzione all'altra*, ma *preclude senz'altro la sottoposizione di giudici e pubblici ministeri ai provvedimenti di distinti organi di governo* (e financo, in ipotesi, *di distinte sezioni dell'unico Consiglio Superiore della Magistratura*).

<sup>33</sup> Misterioso, in quanto dal testo originario del decreto non era dato comprendere in che cosa il colloquio di idoneità degli aspiranti pubblici ministeri potesse mai differenziarsi, in concreto, da quello dei (futuri) magistrati giudicanti. Aveva osservato a tal riguardo Gaetano Silvestri (ne *L'organizzazione giudiziaria*, cit.), in modo corrosivo: «E come si farà a capire che un soggetto è “adatto”, ad esempio, a fare il pubblico ministero e non il giudice? Ci sarà uno strumento per misurare l'attitudine alla terzietà? Gli si chiederà se da bambino partecipava alle baruffe con i suoi compagni di scuola o se ne teneva sdegnosamente lontano?».

<sup>34</sup> Secondo ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 29, tale previsione avrebbe violato il principio costituzionale della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario; per una prospettiva più articolata in merito al disposto costi-

tazione complessiva di questa parte del concorso<sup>35</sup>. La norma in parola, comunque, sin dalle prime battute dell'*iter* parlamentare della legge di delega era stata sottoposta a critiche assai aspre (anche se forse in taluni casi eccessive nella loro indisponibilità a fare del tema della verifica dell'equilibrio fisio-psichico dei soggetti preposti alla funzione giurisdizionale l'oggetto di una seria ed approfondita discussione pubblica<sup>36</sup>), da parte tanto della magistratura associata, che vi aveva colto uno spirito vessatorio nei confronti dei futuri magistrati ed un intento (indirettamente) denigratorio nei riguardi di quelli già in servizio, quanto della dottrina. Quest'ultima, ad esempio con Gaetano Silvestri, aveva piuttosto paventato il rischio di un'«omologazione preventiva delle menti», attraverso questo strumento, direttamente funzionale all'omologazione (politicamente orientata, s'intende...) dei relativi provvedimenti – obiettivo, questo, che peraltro emerge anche da altre parti della riforma<sup>37</sup> – ed in radice incompatibile con la *ratio* dell'art. 107.3 Cost.<sup>38</sup>. Gli stessi psicologi italiani, attraverso la loro Società nazionale, avevano evidenziato, del resto, «l'as-

tuzionale che la prevede, v. però, di recente, N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 14 ss.

<sup>35</sup> A tal proposito, il dubbio più ricorrente tra i primi commentatori (in particolare, G. SANTALUCIA, *Le nuove norme*, cit., p. 35; M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 92 s.) era stato se l'eventuale esito negativo di questo *test* dovesse ritenersi assolutamente preclusivo rispetto al conseguimento dell'idoneità alla nomina, come inducevano a credere la mancata previsione del relativo punteggio numerico e la stessa *ratio* di tale mezzo di valutazione dei candidati, oppure concorrere in ogni caso con il giudizio “tecnico” conseguito nelle differenti materie d'esame ai fini di una sorta di “valutazione di idoneità complessiva”.

<sup>36</sup> Sul punto, v. i rilievi svolti da S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 79 e, più avanti in queste note, alla nota 109.

<sup>37</sup> Principalmente, dalle norme sui criteri di valutazione della professionalità dei magistrati contenute nel medesimo d.lgs. 160/2006 (che consentivano di tenere conto, tra l'altro, degli «esiti dei provvedimenti [adottati] nelle ulteriori fasi e gradi di giudizio») e da alcune delle fattispecie di illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni definite dal d.lgs. 109/2006: cfr. L. ELIA, *Relazione* al Congresso straordinario dell'Associazione Nazionale Magistrati, cit., e, ancora, G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.

<sup>38</sup> G. SILVESTRI, *loc. ult. cit.*: «ci sarebbe solo da ridere, se non si presentasse il rattristante pensiero che tali *test* altro non sono che mezzi per ottenere in partenza una omologazione dei giovani aspiranti magistrati ad un modello soggettivo pre-costituito, subordinando la loro assunzione al *placet* di “esperti” (solo medici e psicologi o anche sociologi e altri scienziati sociali?) che non si limitano a valutare la loro sanità fisica e mentale, ma entrano nel merito della loro “attitudine” a svolgere funzioni giudiziarie. Un controllo preventivo volto all'omologazione va bene (entro certi limiti) per i quadri dirigenti di un'azienda, per un'accademia militare e comunque per un'organizzazione di tipo gerarchico e verticistico. Sembra invece in netto contrasto con un potere giudiziario diffuso, all'interno del quale l'omologazione non è un valore, ma un disvalore», soprattutto alla luce dell'art. 107, terzo comma, Cost..

senza di criteri scientifici per la verifica dell'idoneità psicoattitudinale alla funzione di magistrato», ma l'opinione è stata ignorata dal legislatore del 2005<sup>39</sup>.

I successivi artt. 5 e 6 del decreto in commento hanno poi riscritto le norme sulla composizione della commissione esaminatrice e sullo svolgimento dei relativi lavori<sup>40</sup>, apportando alcune correzioni al sistema introdotto dalla legge n. 48/2001 sopra richiamata, sempre in chiave dichiarata di accelerazione del procedimento di concorso. Eliminata la figura dei cc.dd. "correttori esterni" (i quali peraltro, in realtà, non erano mai stati nominati per i concorsi banditi dopo l'approvazione della legge), sono stati rivisti, in particolare – ma sempre, per il vero, piuttosto "ottimisticamente"...-, i termini massimi per la correzione delle prove scritte, ed è stato consentito al C.S.M. di revocare i commissari che, pur giustificatamente<sup>41</sup>, non abbiano partecipato a due sedute di correzione, causando il rinvio delle stesse e l'allungamento della durata della procedura; anche se, va detto, il numero dei componenti della commissione è stato complessivamente ridotto da trentadue ad un numero variabile tra diciotto e ventisei<sup>42</sup>.

Infine, la disposizione finale del Capo I del d.lgs. n. 160/2006, dopo aver stabilito che i concorrenti dichiarati idonei siano classificati secondo il numero totale dei punti riportati e, nello stesso ordine, nominati, con decreto ministeriale, uditore giudiziario, nei limiti dei posti messi a concorso (in termini analoghi, il precedente art. 127 O.G.), ha riservato la determinazione delle regole per lo svolgimento del relativo tirocinio al d.lgs. emanato in attuazione della specifica delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. *b* della legge 150/2005. Si tratta del d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26<sup>43</sup>, che ha istituito la Scuola

<sup>39</sup> ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 28.

<sup>40</sup> Le quali sono oggetto di analisi puntuale soprattutto da parte di M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 81-86 e 96 s.

<sup>41</sup> Art. 6, comma 6, d.lgs. 160/2006: «La mancata partecipazione, *anche se giustificata*, di un componente a due sedute della commissione, qualora ciò abbia causato il rinvio delle sedute stesse, può costituire motivo per la revoca della nomina da parte del Consiglio superiore della magistratura». Era questa probabilmente una previsione che suonava eccessiva ed ingiusta, non riprodotta, peraltro, nella nuova legge di riforma.

<sup>42</sup> Secondo la disciplina in commento, la consistenza numerica della commissione di concorso sarebbe stata fissata, in concreto, sulla base del «presumibile numero dei candidati e dell'esigenza di rispettare le scadenze indicate nell'articolo 7» (*id est*, quelle per la conclusione dei lavori di cui nel testo), con l'ulteriore precisazione che «il numero dei componenti professori universitari è tendenzialmente proporzionato a quello dei componenti magistrati» (art. 5, comma primo).

<sup>43</sup> Per il cui esame nell'ambito del presente lavoro ci si atterrà agli stessi criteri seguiti per il d.lgs. 160/2006, vale a dire la citazione diretta delle disposizioni dele-

della Magistratura, quale «struttura didattica autonoma (...) stabilmente preposta – in particolare – all'organizzazione e alla gestione del tirocinio e della formazione degli uditori giudiziari» e dei «corsi di aggiornamento professionale e di formazione dei magistrati» (artt. 1.3 – 2.1)<sup>44</sup>: disciplina, questa, destinata del resto a confluire con le disposizioni del d.lgs. n. 160 nel futuro testo unico delle disposizioni in materia di ordinamento giudiziario, previsto dal già richiamato art. 2, comma 19, l. 150/2005<sup>45</sup>.

In continuità ideale con i suindicati obiettivi generali della riforma del concorso per l'accesso alla Magistratura, gli artt. 18 ss. del d.lgs. n. 26 – non coinvolti, a differenza di quest'ultima, dalla legge di sospensione n. 269/2006 e anch'essi in parte oggetto di riscrittura ad opera della successiva legge 111/2007<sup>46</sup> – hanno incisivamente modi-

gate, riportate – *nei soli limiti di questo paragrafo* – nella formulazione precedente alla legge 111/2007 (cfr. *supra*, nota 27).

<sup>44</sup> Sulla Scuola della Magistratura, autentica “architrave” della riforma Castelli in quanto dotata di compiti ad un tempo *di formazione e di valutazione* nei confronti dei magistrati, nel quadro del sistema dei concorsi per la progressione in carriera, si vedano M. BETZU, *La delega al Governo*, cit.; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, cit., pp. 91 ss.; N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 29-31 e 68 s.; G. SANTALUCIA, *La Scuola della Magistratura*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento*, cit., pp. 195-216; M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della giustizia* in M. ABBRUZZESE, T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI e M. OLIVETTI, *Guida alla riforma*, cit., pp. 26ss.; M. ABBRUZZESE, *La scuola della Magistratura. La formazione permanente*, *ibidem*, pp. 111-142; G. OBERTO, *La Scuola della magistratura italiana*, cit., cap. IV e capp. V-VI, § 22-26 (tutti riferiti alla disciplina originaria del d.lgs. 26/2006, anteriore alle modifiche apportate dalla riforma del luglio scorso); C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato tra giurisprudenza costituzionale e riforme legislative*, Relazione alle VI<sup>o</sup> Giornate Italo-Spagnole su “Il potere giudiziario” (La Coruña, 26-27/09/2007), in [www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesp-podjudi.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesp-podjudi.htm) – versione provvisoria, Sez. II, § 1 (quest'ultima aggiornata alla l. 111/2007); la Sezione I della medesima Relazione si trova ora pubblicata, in versione definitiva, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), con il titolo «*Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*».

<sup>45</sup> Cfr. *supra*, nota 5.

<sup>46</sup> Le cui disposizioni in materia di tirocinio dei magistrati vanno inquadrare nel più ampio contesto della riforma della stessa Scuola della Magistratura, che rispetto alle norme inizialmente emanate in forza della legge 150/2005 ha visto mutare almeno in parte (sulla scia di quanto opportunamente suggerito nel volume curato da ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., alle pp. 37-28) *natura, funzioni e soprattutto collocazione rispetto al Consiglio Superiore della Magistratura*: cfr. la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., cit., p. 9. A riprova della solo parziale attuazione della riforma Castelli nell'anno intercorso tra l'entrata in vigore dei decreti delegati e l'approvazione della legge 111/2007, si consideri peraltro che – nonostante la mancata sospensione dell'efficacia del relativo d.lgs. da parte della legge 269/2006

ficato la struttura del tirocinio degli uditori (avente durata pari complessivamente a ventiquattro mesi, come in precedenza<sup>47</sup>), prevedendone la ripartizione in due sessioni. La prima, presso la Scuola della Magistratura, ha durata semestrale e consiste in «corsi di approfondimento teorico-pratico, approvati dal competente comitato di gestione», finalizzati al «perfezionamento delle capacità operative e della deontologia dell'uditore giudiziario» (art. 20, comma primo); nella seconda, presso gli uffici giudiziari – per sette mesi in un collegio giudicante, tre in un ufficio requirente di primo grado ed otto, infine (e quel che più conta) in un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione, secondo la già vista indicazione preliminare della funzione ex art. 1.6 d.lgs. n. 160 –, gli uditori partecipano invece, con un magistrato affidatario, all'esercizio delle funzioni devolute all'ufficio e, in particolare, «all'attività giurisdizionale relativa alle controversie o ai reati rientranti nella competenza del tribunale in composizione collegiale, compresa la partecipazione alla camera di consiglio» (art. 21.1)<sup>48</sup>. Secondo la versione originaria del d.lgs. 26/2006, inoltre, per ciascuna sessione, il docente tutore, di cui all'art. 20, comma terzo, ed il magistrato affidatario erano tenuti a redigere una scheda di valutazione dell'interessato, da trasmettersi al competente comitato di gestione della Scuola; quest'organo, ai sensi dell'art. 22, comma primo, doveva formulare un «giudizio di idoneità all'assunzione delle funzioni giudiziarie», sulla cui base, unitamente «ad ogni altro elemento eventualmente acquisito», il C.S.M. avrebbe espresso la propria «deliberazione finale»: ciò che era sembrato implicare, però, come criticamente rilevato da taluno, un vincolo a carico del Consiglio derivante dalla previa valutazione emessa dalla Scuola, di dubbia compatibilità con l'art. 105 Cost.<sup>49</sup>.

– la Scuola della Magistratura non era entrata in funzione a causa della mancata emanazione dei decreti ministeriali di carattere organizzativo previsti dagli artt. 1.5 ss. d.lgs. 26/2006, dello statuto e dei regolamenti interni di cui agli artt. 1.3-3.

<sup>47</sup> Analoga durata era infatti stabilita dall'art. 129 O.G. 1941 e dal D.P.R. 17 luglio 1998, recante norme regolamentari sul tirocinio degli uditori.

<sup>48</sup> Un utile esame di queste disposizioni si trova in G. SANTALUCIA, *Le nuove norme*, cit., pp. 41-45, e in M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 101-108.

<sup>49</sup> Sebbene infatti il legislatore delegato non avesse contemplato l'eventualità di una divergenza tra le valutazioni dei due organi in merito (né, quindi, i criteri per risolverla), le espressioni utilizzate per individuare le rispettive attribuzioni – segnatamente, la «deliberazione finale» devoluta al C.S.M. – avrebbero potuto interpretarsi nel senso che il giudizio emesso dalla Scuola assumesse in sé, per pregnanza e contenuto, almeno nella sostanza, i caratteri di una vera e propria «deliberazione», dalla quale ben difficilmente il Consiglio si sarebbe potuto discostare: MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA, *Il nuovo ordinamento giudiziario, Scheda n. 2, La Scuola*, cit., p. 5, nota 18; M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., p. 107, la quale ha richiamato il

4. *Una disciplina ancora insoddisfacente: vecchi nodi irrisolti e nuovi aspetti critici del reclutamento dei magistrati nella versione originaria del d.lgs. 160/2006*

Ad uno sguardo retrospettivo d'insieme, la disciplina dell'accesso alla magistratura ordinaria emergente dalla riforma approvata nella penultima legislatura denuncia diversi (e più o meno puntuali) elementi di criticità, e ciò non tanto in termini di stretta legittimità costituzionale – salvo per ciò che riguarda, nel senso dianzi precisato, le previsioni inerenti il colloquio di idoneità psico-attitudinale e la valutazione finale degli uditori – quanto, a parere di chi scrive, in relazione a valutazioni di opportunità o, più specificamente (e qui ritorna in gioco il parametro costituzionale), inerenti al perseguimento del buon andamento dell'amministrazione degli uffici giudiziari.

Prima di analizzare le ulteriori modifiche apportate alla materia dalla legge 111/2007, pare opportuno prendere in esame tali elementi critici, distinguendo, secondo il criterio di analisi che si è scelto di seguire nel presente lavoro e si è illustrato in sede introduttiva, quelli legati alla *struttura complessiva del potere giudiziario* – ed al concreto esercizio della funzione giurisdizionale, che di tale struttura costituisce il naturale “precipitato istituzionale”: il profilo “*di sistema*”, come si è detto, delle regole sul reclutamento<sup>50</sup> – da quelli attinenti, invece,

consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa ad ammettere la «confutazione del parere tecnico endoprocedimentale da parte dell'autorità deliberante in via finale (...) per la riconsiderazione critica delle risultanze istruttorie pregresse», dubitando però che tale ultima attività fosse consentita, nella specie, all'organo consiliare, in considerazione della rigidità della *littera legis*. Il disposto di cui all'art. 105 Cost., però, secondo l'interpretazione corrente riserva al C.S.M. la titolarità *sostanziale* di tutti i provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati ordinari, «assunzioni» comprese (F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 105*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, II, cit., spec. pp. 78-80): onde la sua violazione, nella fattispecie, per essere costruita la Scuola della Magistratura dalla legge 150/2005 quale ente autonomo (dotato, ai sensi dell'art. 1.3 d.lgs. 26/2006, di «personalità giuridica di diritto pubblico, piena capacità di diritto privato e autonomia organizzativa, funzionale e gestionale, negoziale e contabile») del tutto indipendente anche dall'organo consiliare (tra i tanti, ancora G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit., e C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* (versione provvisoria), cit., Sez. II, § 1). Sotto questo profilo – vale la pena di anticiparlo a questo punto dell'esame – si rivela dunque del tutto appropriata la «correzione di tiro» successivamente effettuata, in merito, dalla legge 111/2007, che ha reso la valutazione degli organi della Scuola (compendiata nella «relazione di sintesi» sul tirocinio svolto, prevista dal nuovo testo dell'art. 22 d.lgs. 26/2006) un'attività di natura *obbligatoria*, ma certamente *non vincolante per il C.S.M.* (v. *infra*, par. 5).

<sup>50</sup> Per questa impostazione “sistemica” dello studio della disciplina dell'accesso alla Magistratura, tra i lavori citati in precedenza, v. soprattutto C. VIAZZI, *Il reclu-*



all'*organizzazione giudiziaria strettamente intesa*, a partire dalla gestione dell'organico dei magistrati ordinari da parte del C.S.M. – il profilo "*organizzativo*" –; ed avvertendo peraltro che la quasi immediata sospensione dell'efficacia del d.lgs. n. 160 da parte della l. 269/2006 ha comunque impedito di verificare sul piano concreto l'adeguatezza di tale disciplina.

Sul versante della composizione della Magistratura, in primo luogo, hanno destato notevoli perplessità nel contesto della riforma del 2005/2006 sia l'allargamento delle ipotesi di accesso (determinato dall'art. 2, comma primo, d.lgs. n. 160), sia l'obbligo di indicazione preliminare della specifica funzione di destinazione: entrambi, dunque, gli assi portanti dell'intervento riformatore (il primo dei quali, peraltro, come si vedrà, è stato in ogni caso ripreso dalla successiva riforma del 2007).

Innanzitutto, era intuibile che l'opzione a favore della costruzione di un concorso di secondo grado per l'accesso alla magistratura (anche) ordinaria, ragionevolmente dettata dall'obiettivo di una più mirata selezione professionale degli aspiranti magistrati in apparente continuità con la tendenza al restringimento della platea dei candidati inaugurata con la legge n. 48/2001, avrebbe comportato quali conseguenze dirette – come segnalato dal C.S.M. sin dalla *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia per l'anno 1994* – l'innalzamento dell'età media degli uditori<sup>51</sup> e, come già accennato, la marginalizzazione, di fatto, delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, che, dopo la suddetta riforma, avevano rappresentato il canale privilegiato per l'ammissione al concorso.

Da un punto di vista generale, elevare l'età media degli uditori – lo confermerebbe anche l'osservazione della realtà della giustizia amministrativa<sup>52</sup> – dovrebbe portare ad una tendenziale omogeneità del

*tamento e la formazione dei magistrati: una questione cruciale di politica istituzionale*, cit., pp. 307 ss., e G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico*, cit., pp. 798ss.; di recente, G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 25-30 e C. GUARNIERI, *Relazione tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, cit., spec. pp. 41-42 e 49-51.

<sup>51</sup> «L'introduzione di requisiti professionali o culturali specifici per la partecipazione al concorso (...) non è senza inconvenienti anche sul piano meramente pratico, poiché porta ad un naturale invecchiamento del corpo della magistratura, con ulteriori conseguenti difficoltà in tema di distribuzione dei magistrati sul territorio» (*Relazione* riportata in ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura*, cit., p. 4).

<sup>52</sup> Sugli attuali caratteri, per così dire, "sociologici" della giurisdizione amministrativa cfr. ancora, per una posizione piuttosto critica, il lavoro di A. ORSI BATTI-



corpo dei magistrati, e, di conseguenza, all'omologazione del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali e dei principi giurisprudenziali che ne sono alla base: il che però non pare valore da perseguire in ogni caso e soprattutto per questa via<sup>53</sup>. Tale rilievo, con riferimento alla riforma dianzi esposta, si ricollegava inoltre al non trascurabile rischio di una selezione su base censitaria dei magistrati<sup>54</sup>, legata a due essenziali circostanze: da un lato, per i più giovani, il lungo periodo – sette anni – di attività di studio non retribuita (in caso di ac-

GLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. i capp. III- V.

<sup>53</sup> O, peggio ancora, attraverso l'incidenza dei magistrati superiori sull'avanzamento in carriera di quelli inferiori od il controllo disciplinare sull'attività di interpretazione della legge, entrambi purtroppo riscontrabili nella riforma varata in attuazione della legge 150/2005 (*sub specie*, rispettivamente, di assoluta preponderanza dei magistrati di legittimità nelle commissioni di concorso ex d.lgs. 160/2006 e di figure di illecito disciplinare derivanti dall'emissione di determinati provvedimenti giurisdizionali: cfr., per quanto riguarda le seconde, N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 172-174; D. BIFULCO, "Divertissement" sul 'divieto di sentenze creative e dintorni', in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2004, pubblicato nel sito web *www.constituzionalismo.it*; M. CAVINO, *Attenzione a quel che chiedete! Potreste tenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, *ibidem*: gli ultimi due, riferiti ai lavori preparatori). Pare quasi scontato – anche se forse, a questo punto, non troppo... –, ma, come per il caso della distinzione delle funzioni requirenti e giudicanti (sulla quale, v. *infra* nel testo), la strada da percorrere non è quella dell'ordinamento giudiziario, ma della legge del processo, segnatamente del sistema delle impugnazioni: non sarebbe inopportuno né si porrebbe in contrasto con l'art. 107.3 Cost., a nostro avviso, attribuire alla Corte di cassazione più stringenti poteri di condizionamento dell'attività interpretativa svolta dai giudici di merito, ad esempio introducendo a carico di questi ultimi un espresso obbligo di motivazione delle decisioni contrastanti con la linea interpretativa seguita dal giudice di legittimità (accanto, sempre in ipotesi, ad una fattoltà di "segnalazione" a quest'ultimo delle disposizioni di legge che hanno dato luogo alle maggiori divergenze applicative).

<sup>54</sup> Per questo rilievo, v., su tutti, il *Parere* reso dal C.S.M. sullo schema del d.lgs. in oggetto, ai sensi dell'art. 10.2 l. 195/1958, in data 6 ottobre 2005 («la previsione di una forma di concorso di secondo grado, innalzando l'età necessaria per l'accesso, rischia di introdurre una selezione per censo e quindi si pone in contrasto con la ratio della previsione costituzionale del pubblico concorso, che tende a far coincidere la composizione socio- culturale della magistratura con quella della società civile» – corsivo nostro), in *www.csm.it*, nonché MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA, *Il nuovo ordinamento giudiziario, Scheda n. 1, La Carriera*, cit., p. 1, nota 1. Sarebbe peraltro del tutto legittimo obiettare che questo non è (o, allora, sarebbe stato) un portato specifico della riforma del 2005, dato che tale impropria selezione si verificava già prima, con l'obbligo di frequenza del biennio di specializzazione introdotto dalla citata legge n. 48/2001: non era affatto un buon motivo, però, per non porvi rimedio in sede di organica riforma dell'ordinamento giudiziario! Vedremo poco oltre nel testo in che modo il legislatore del 2007 ha tentato di affrontare questo rilevante ordine di questioni.

cesso dalla Scuola di specializzazione o, per richiamare il canale di reclutamento che per ovvie ragioni sarebbe stato utilizzato con maggiore frequenza, dopo l'abilitazione all'esercizio della professione forense<sup>55</sup>) prima del quale non sarebbe stato possibile, anche nella migliore delle ipotesi<sup>56</sup> e tenuto conto dell'estensione della durata dei corsi di laurea in giurisprudenza a cinque anni, presentare la domanda di partecipazione al concorso; dall'altra parte, nel caso di accesso alla Magistratura soprattutto dai ranghi della pubblica amministrazione e dell'avvocatura, il mancato riconoscimento del trattamento economico precedentemente goduto, in relazione all'inquadramento di tutti i vincitori del concorso nel livello retributivo corrispondente alla qualifica iniziale di uditore: scelta non usuale, questa, per un reclutamento di secondo grado e tale da rendere di fatto del tutto teorica, almeno nella maggior parte delle ipotesi, la riconosciuta possibilità di partecipazione di tali categorie di soggetti<sup>57</sup>.

Allo stesso tempo, il declassamento del diploma conseguito presso la SS.PP.LL. ad uno dei tanti titoli di accesso alla selezione concorsuale – cui non avrebbe potuto che conseguire, anche alla luce dei rilievi appena svolti, lo svuotamento delle Scuole medesime – sottovalutava (ma, come anticipato, la critica vale anche per la nuova riforma del luglio 2007) il significato e la potenziale ricaduta positiva di una formazione non solo approfondita rispetto a quella universitaria, ma anche – almeno nelle iniziali intenzioni sottese all'istituzione delle SS.PP.LL.<sup>58</sup> – comune ai magistrati e a tutti i futuri “operatori del diritto”, prima dei rispettivi specifici *itinerari* professionali. Si tratta dell'acquisizione di un *milieu* di principi e cognizioni comuni, di più, di una “cultura della legalità” (tale è stata definita, con specifico riguardo ai rapporti tra avvocati e magistrati e sia pure in chiave di ri-

<sup>55</sup> È infatti noto che lo svolgimento della pratica legale non viene retribuito, nella maggior parte dei casi, se non con un esiguo rimborso spese, né consente, di regola, il contestuale svolgimento di un'altra attività lavorativa. D'altra parte, è presumibile che, con le nuove norme sull'accesso, i neolaureati saranno indotti a tale strada, anche quando aspirino in concreto all'ingresso in Magistratura, per precostituirsi una sorta di “via di fuga”, potenzialmente remunerativa, in caso di mancato superamento del concorso: il che, a parte i rilievi critici già esposti nelle note precedenti, rischia di tradursi in un ulteriore – e, a detta dei più, non auspicabile – incremento numerico degli avvocati.

<sup>56</sup> Tradotto in concreto: anche allo studente più preparato e volenteroso, che consegna la laurea nel puntuale rispetto dei tempi previsti dall'attuale ordinamento universitario.

<sup>57</sup> Per questo rilievo critico, rispetto anche alla nuova riforma del 2007, v. *infra* nel testo e la nota 90.

<sup>58</sup> Sul precoce fallimento di questa condivisibile prospettiva di politica del diritto si avrà modo di tornare più diffusamente nella conclusione del presente lavoro.

vendicazione funzionale alla c.d. separazione delle carriere, dalla stessa Unione delle Camere Penali italiane<sup>59</sup>) trasversale alle differenti categorie dei professionisti del diritto, troppo spesso contrapposte nel nostro Paese da reciproche chiusure e scambi di accuse proprio sul terreno della qualificazione e dell'aggiornamento professionale<sup>60</sup>. Se era

<sup>59</sup> Si legge, al riguardo, nel *Documento* del CENTRO STUDI GIURIDICI E SOCIALI ALDO MARONGIU, *Adeguare finalmente l'ordinamento italiano ai principi della democrazia liberale: una proposta di istituire una magistratura giudicante e una magistratura requirente, fra loro autonome*, gennaio 2007, p. 7, reperibile nel sito [www.ucpi.it](http://www.ucpi.it): «se si vuole che i protagonisti del processo siano in grado di 'intendersi' e di seguire alcuni principi di reciproca correttezza (...) allora una più accentuata formazione comune è necessaria (...). Il punto veramente importante è facilitare lo sviluppo di una cultura comune a tutti i protagonisti del processo. Il che in concreto significa creare percorsi professionali che coinvolgano tutti e tre gli attori del processo» (corsiivi nostri). Tale sottolineatura della «cultura della legalità» – identificata, per l'appunto, in un atteggiamento di formale correttezza di tutte le parti del processo nell'adempimento delle rispettive funzioni – è senz'altro da condividere, per quanto essa, nel discorso pubblico dell'U.C.P.I. (così come, in dottrina, soprattutto nei lavori di C. GUARNIERI ed O. DOMINIONI: v. le rispettive *Relazioni* tenute al citato Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 50 s. e pp. 107-110), venga compiuta, di regola ed assai più discutibilmente, in opposizione polemica ad una pretesa differente e più "forte" nozione di «cultura della giurisdizione», ravvisata nell'orientamento all'accertamento obiettivo dei fatti ed all'imparziale applicazione della legge, che, ad opinione delle Camere Penali, dovrebbe caratterizzare esclusivamente l'organo giudicante; e non anche – come invece sostenuto dalla prevalente dottrina processualpenalistica italiana – il magistrato del pubblico ministero (tra i molti riferimenti possibili circa questa seconda posizione, evidentemente contraria alla "separazione delle carriere", si segnalano le *Relazioni* tenute da M. CHIARVARIO, G. RICCIO e P. FERRUA, sempre al Convegno di Udine, in *op. ult. cit.*, rispettivamente alle pp. 14-15 e 26 ss., 81-82 e 148-150).

<sup>60</sup> Specialmente i magistrati e gli avvocati, la cui reciproca conflittualità trova forse pochi eguali nell'esperienza comparata. Diametralmente opposta è, in particolare, la situazione inglese, in cui non a caso, come si è visto (*supra*, nota 17), questi due soggetti sono per lunga tradizione accomunati dalla stessa esperienza, prima di carattere formativo e poi professionale, nell'ambito del *Bar*; lo stesso può dirsi per gli Stati Uniti, dove – secondo quanto recentemente riferito ancora da C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., p. 50 – è la stessa *American Bar Association* (vale a dire, l'associazione nazionale degli avvocati), «non l'associazione nazionale magistrati, che si mobilita per difendere l'indipendenza dei giudici sottoposti ad attacchi ingiustificati o ad interferenze illegittime». Sullo stesso Continente europeo, l'ordinamento tedesco – in particolare – presenta ancora, nella sua attuale configurazione, un sistema unitario di accesso a tutte le professioni giuridiche (articolato in quattro passaggi essenziali, comuni a tutti i *Länder*: studi universitari, primo esame di Stato, *Referendariat* ed infine secondo esame di Stato, sui quali si avrà modo di tornare nell'ultima parte della trattazione) in complesso orientato alla creazione dell'«*Einheitsjurist* (...), un giurista generalista che è anche qualificato in tutte le materie del diritto» (G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 100-103). Da queste tanto differenti esperienze può venire quindi lo stimolo a sviluppare nel nostro or-

pur vero, come da più parti rilevato, che il sistema delle Scuole di specializzazione aveva funzionato male, soprattutto sul piano dell'organizzazione e del contenuto dei programmi, generando un malcontento diffuso sia tra i frequentanti, sia nella Magistratura associata, che aveva lamentato l'ingresso nell'ordine giudiziario di giovani sempre meno preparati<sup>61</sup>, non sembrava però questo un valido motivo per accantonarlo o marginalizzarlo, come ha fatto la riforma del 2005 (peraltro seguita, come già si è accennato, dalla stessa legge 111/2007) invece di apportarvi le opportune correzioni<sup>62</sup>.

Del resto, per rimanere alla disciplina sull'accesso al concorso, va pure notata una certa eterogeneità di contenuto – tra di loro e, quel che più conta, rispetto alla professionalità propria del magistrato – dei requisiti (di studio e/o professionali) alternativamente richiesti dall'originario art. 2.1 d.lgs. 160/2006, sopra richiamato. Tale circostanza, che è parsa particolarmente evidente per i funzionari amministrativi ed i dottori di ricerca in materie giuridiche (i secondi, caratterizzati infatti da una formazione eminentemente teorica), avrebbe probabilmente impedito il conseguimento dello scopo tipico di un sistema di reclutamento indiretto – la rigorosa selezione professionale dei candidati<sup>63</sup> – rendendo quindi la disciplina in commento, ad avviso di chi scrive, oltretutto incoerente sul piano logico.

dinamento i momenti di contatto e di interscambio tra i diversi protagonisti della cultura giuridica e della giurisdizione (magistrati, avvocati, mondo accademico, in certa misura anche notai), attraverso la valorizzazione della formazione comune, che dovrebbe essere permanente, e la facilitazione dell'accesso alla Magistratura dalle altre professioni legali (come recentemente avvenuto anche in altri ordinamenti giudiziari appartenenti alla tradizione di *civil law*, come quelli francese e spagnolo: cfr. *infra*, nota 184) e naturalmente viceversa.

<sup>61</sup> ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, cit., p. 6: «le SSPL nate come alta scuola di formazione post universitaria comune alle professioni forensi hanno in gran parte fallito i loro obiettivi mentre i neo laureati, anche aspiranti alle professioni forensi, appaiono nel complesso meno preparati che in passato».

<sup>62</sup> Per un'analogia valorizzazione del sistema dell'accesso basato sulle Scuole di specializzazione cc.dd. Bassanini, in chiave *de iure condendo*, ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., pp. 33-4, e D. CARCANO, *Considerazioni generali*, in ID. (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 10-11.

<sup>63</sup> ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 32, nonché ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura"*, cit., p. 4; *contra*, tra i commentatori delle nuove norme, P. DI MARZIO, in *Tutto sull'esame per indossare la toga*, in *Diritto e giustizia*, 2006, p. 49, cui il risultato conseguito dalle modifiche in oggetto è parso «condivisibile, perché è probabile che il cittadino al quale deve essere assicurato il servizio giustizia migliore che sia possibile (anche) dai magistrati, possa trovare più rassicurante essere giudicato da un magistrato che abbia un'esperienza

Obiezioni ancora più forti, in quanto legate al più vasto dibattito sulla c.d. "separazione delle carriere", ha però sollevato nella legislatura 2001/2006, oltre all'estensione dei titoli di ammissione di cui sopra e sempre con riferimento al piano di analisi "sistematico" che si sta ora tentando di percorrere, la previsione della scelta della funzione di assegnazione nella domanda di partecipazione al concorso: scelta, la quale, nel sistema introdotto dalla legge di riforma, come si è visto, condizionava non solo lo svolgimento delle prove di esame (sia pure limitatamente al «colloquio di idoneità psico-attitudinale»), ma anche la struttura del periodo di uditorato ed il successivo percorso professionale del magistrato interessato. Non è qui possibile dare conto dell'ampio spettro di posizioni (critiche, in gran parte, anche se va detto che non sono mancate isolate valutazioni positive) emerse negli ultimi anni, tra i magistrati e nella dottrina, rispetto all'ipotesi di una più o meno marcata distinzione ordinamentale, e non solo di funzioni processuali, tra giudice e pubblico ministero<sup>64</sup>; a tal

della vita, peraltro maturata attraverso anni trascorsi esercitandosi nello svolgimento di attività qualificate ed impegnative, maggiore di un neolaureato».

<sup>64</sup> Nell'ambito della copiosa bibliografia in materia, in cui comprensibilmente tale questione di politica istituzionale tende ad essere affrontata congiuntamente al principio di obbligatorietà dell'azione penale, si richiamano in particolare, per un'opinione contraria alla separazione, L. PEPINO, *Il pubblico ministero: magistrato, funzionario o superpoliziotto*, in *Questione giustizia*, fascicolo speciale "Giustizia e Bicamerale", 1997, pp. 528-546; C.F. GROSSO, *Il dibattito sulla separazione delle carriere di giudice e di p.m. tra preconcetti ideologici ed esigenze reali*, in *Cassazione penale*, 1996, pp. 3160 ss.; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 358-365; L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625-631; G. RICCIO, *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 55-86; ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura"*, cit., p. 6 (gli ultimi tre, relativi ai lavori preparatori della riforma del 2005); in senso favorevole, v. invece, in tempi recenti, C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1993; G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Arch. Pen.*, 1995, pp. 287 ss.; G. PECORELLA, *Esercizio dell'azione penale: caratteristiche ed ambiguità della obbligatorietà dell'azione e dell'indipendenza del pubblico ministero*, *ibidem*, pp. 343 ss.; N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, Codit, 1995, pp. 177 ss.; O. DOMINIONI, *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 87-110, nonché l'Unione delle Camere Penali Italiane, attraverso, da ultimo, il già citato Documento del CENTRO STUDI GIURIDICI E SOCIALI ALDO MARONGIU, *Adeguare finalmente l'ordinamento italiano ai principi della democrazia liberale: una proposta*

riguardo basti rilevare come la soluzione determinata dalla legge n. 150/2005 – con ogni probabilità, la sola possibile in questa direzione, a Costituzione invariata<sup>65</sup> – facilmente avrebbe determinato, in particolare e da un punto di vista oggettivo, la costituzione in corpo autonomo dei magistrati del pubblico ministero e, considerati i caratteri intrinseci della funzione requirente, la loro gerarchizzazione interna (infatti, il d.lgs. n. 106/2006 sulla riorganizzazione degli uffici di Procura, parzialmente modificato dalla l. 269/2006, tendeva proprio a un tale risultato<sup>66</sup>). Questo assetto dell'ordinamento interno del p.m., secondo un'opinione assai diffusa ed invero condivisibile<sup>67</sup>, avrebbe accresciuto il rischio di un esercizio tendenzialmente accentrato delle funzioni di accusa penale, riunite nella persona del Capo dell'ufficio ed esposte, di conseguenza, alle direttive particolari e contingenti di quest'ultimo, più che a criteri generali ed obiettivi di gestione razionale dell'ufficio stesso<sup>68</sup>. Peraltro – in prospettiva, e se non

*di istituire una magistratura giudicante e una magistratura requirente, fra loro autonome.*

<sup>65</sup> In relazione alla portata attribuita al principio di unicità dell'ordine giudiziario di cui all'art. 104 Cost.: N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 144-5; C.L. KUSTERMANN, *Sull'ammissibilità del referendum per la separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri*, nota a Corte Cost., sent. n. 37/2000 cit., in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 298 ss., e i rilievi già svolti a tal riguardo *supra*, nella nota 32.

<sup>66</sup> Sulla riforma del pubblico ministero nella legge 150/2005, v. i lavori di M. BETZU, G. MONACO, G. SILVESTRI, L. ELIA, M. OLIVETTI, N. ZANON e F. BIONDI di cui alla nota 26 e successive, nonché, specificamente, G. MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 217-296; N. ZANON, *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo: la "parte pubblica" in cerca d'identità*, Relazione alle VI<sup>e</sup> Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario" (La Coruña, 26-27/09/2007), in [www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm) (versione provvisoria); infine, S. LEONE, *Gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent? Considerazioni sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, 30/05/2006, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>67</sup> G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.; le *Relazioni* tenute da M. CHIAVARIO, G. RICCIO e P. FERRUA al citato Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004 (anch'esse riferite, ovviamente, ai lavori preparatori della riforma del 2005), in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., in particolare, rispettivamente, alle pp. 22-26 (ove il primo degli AA. citati rilevava, con la consueta efficacia, che l'allora progetto di riforma governativo poneva in discussione «quella 'diffusione controllata' (...) dell'esercizio dell'azione penale nell'ambito di una impersonale attribuzione all'azione dell'ufficio unitariamente considerato», che «resta tra i più forti e tangibili antidoti al rischio di 'inerzie' a comando, che leghino le mani a magistrati intraprendenti e indipendenti, di fronte a notizie di reato particolarmente pesanti, ma 'scomode' per potentati di ogni genere»), 76 ss. e 143-146; S. LEONE, *op. ult. cit.*

<sup>68</sup> Cfr., con riferimento ancora ai lavori preparatori della legge 150/2005, G. SIL-



altro per ragioni di coerenza complessiva del sistema –, alla configurazione unitaria e gerarchica degli uffici del pubblico ministero avrebbe potuto inoltre seguire la riconduzione dei loro organi di vertice a soggetti dotati di responsabilità politica, a partire dagli organi del potere esecutivo: soluzione, questa, è appena il caso di dirlo, preclusa dal dettato costituzionale, soprattutto dell'art. 112<sup>69</sup>.

Comunque, anche in un'ottica non pregiudizialmente ostile all'introduzione nel nostro ordinamento giudiziario di forme di separazione dello svolgimento delle carriere degli organi giudicanti equirenti (*sub specie* di limitazioni al tramutamento di funzioni e/o di fattispecie di incompatibilità successive<sup>70</sup>), deve rilevarsi, allo stesso modo, l'inopportunità della collocazione di una scelta tanto delicata (oltre che, nel quadro della riforma in esame, così gravida di conseguenze), quale quella della funzione di destinazione, addirittura al momento della presentazione della domanda di partecipazione al concorso. Concepita in questi termini, essa si rivelava una vera e propria opzione "a scatola chiusa", come si suol dire, con il conseguente pericolo di successivi *révirements*; meglio sarebbe stato, si ritiene e – si ripete – sempre dal punto di vista dell'opportunità "politica" qui

VESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.: «i sostituti appaiono, nelle disposizioni contenute in questo d.d.l., meri bracci operativi del procuratore, con possibile discapito anche del principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; il procuratore infatti dovrebbe essere onnisciente e onnipotente. Poiché ciò non sarà ovviamente possibile – come sa chiunque abbia una lontana idea della massa di lavoro che grava su una procura di medie dimensioni – il risultato pratico rischia di essere che la personale interferenza del dirigente si verificherà solo in alcuni procedimenti dallo stesso selezionati, con buona pace dell'uniformità dell'esercizio dell'azione penale e della sua stessa obbligatorietà».

<sup>69</sup> V. i lavori citati nella penultima nota, ed in particolare G. RICCIO, *Relazione*, cit.. Con specifico riferimento alla riforma dell'ufficio del p.m. varata in attuazione della legge 150/2005, S. LEONE, nell'*op. ult. cit.*, sulla base di una lettura (a nostro avviso, giustamente) articolata delle norme costituzionali dedicate al pubblico ministero (che, a sua opinione, ammettono una *deminutio* dell'indipendenza dei singoli magistrati nei confronti del titolare dell'ufficio solo «al fine di soddisfare altre esigenze connesse al tipo di attività svolta nelle procure», a partire dall'*imparzialità nell'esercizio dell'azione penale*), ha peraltro ritenuto illegittimo già l'art. 2, comma secondo, d.lgs. 106/2006, laddove consente al Procuratore capo di stabilire i criteri *particolari* cui il sostituto deve attenersi nella trattazione del *singolo* affare (previsione, questa, confermata anche dalla successiva legge 269/2006, che pure ha opportunamente sostituito, quale atto attributivo al sostituto procuratore della competenza alla trattazione di un determinato affare penale, la «delega» contemplata dalla versione originaria del decreto con quello, apparentemente non altrettanto vincolante, dell'«assegnazione»).

<sup>70</sup> Quali, ad esempio, quelle da ultimo introdotte dalla legge 111/2007, per cui si fa rinvio *infra* nel testo.



in esame, prevederla successivamente allo svolgimento del tirocinio con funzioni<sup>71</sup>. Quest'ultimo, a sua volta (e contrariamente a quanto stabilito dal d.lgs. 26/2006), avrebbe dovuto assumere caratteristiche tendenzialmente omogenee per tutti gli uditori, e ciò al preciso scopo di impedire un'indebita divaricazione dei corpi dei magistrati preposti alle funzioni requirenti e giudicanti, sicuramente almeno in quanto antecedente addirittura al loro effettivo esercizio.

Questo per quanto concerne, in primo luogo, le possibili implicazioni "di sistema" della riforma dell'accesso in Magistratura determinata dalla legge 150/2005 e dal relativo decreto di attuazione. Standoci sul più ristretto, eppure non meno rilevante sul piano concreto, versante dell'*organizzazione giudiziaria* – il profilo "*organizzativo*", si è detto, della presente indagine<sup>72</sup> –, le modifiche apportate alla disciplina precedente avrebbero dovuto assicurare, nell'intenzione del legislatore, il più celere svolgimento del procedimento concorsuale mediante lo snellimento di alcuni suoi passaggi intermedi.

Anche da questo secondo punto di vista, però, è sembrato che la riforma del 2005, nonostante non sia stata messa concretamente alla prova data l'assenza di bandi di concorso tra la sua entrata in vigore e la successiva sospensione *ex l.* 269/2006, avesse segnato più di un passo indietro rispetto alla citata legge n. 48/2001, la quale pure, come si è visto, presentava a sua volta notevoli margini di miglioramento. Qui l'elemento di maggiore criticità va rintracciato a monte, ancora nell'allargamento delle ipotesi di accesso. Al di là delle obiezioni relative al contenuto dei singoli canali di cui all'art. 2, comma primo,

<sup>71</sup> G. SANTALUCIA, *Le nuove norme*, cit., pp. 26-31; ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 31; CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere* del 6 ottobre 2005, cit., i cui rilievi sul punto si trovano sostanzialmente ripresi in ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura"*, cit., p. 4, per cui, criticamente, «legare ad un'indicazione pre-concorsuale, operata senza conoscenze dirette del difficile mestiere, o meglio, dei difficili mestieri di magistrato, la prima assegnazione delle funzioni, senza che l'uditore giudiziario possa giovare dell'esperienza fatta durante il periodo formativo del tirocinio della durata di ben ventiquattro mesi», oltre ad essere errato in sé, determinava la violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa in tutti i casi di mutamento di volontà dell'interessato (che, al più, nel sistema riformato, avrebbe potuto chiedere il passaggio di funzione entro il terzo anno di esercizio della funzione "sgradita") e, soprattutto, di accertata inattitudine del medesimo all'esercizio della funzione scelta anni prima, nei quali il C.S.M. risultava comunque vincolato all'indicazione contenuta nella domanda di ammissione al concorso.

<sup>72</sup> Cui hanno dedicato una speciale attenzione, tra i contributi sinora richiamati, G. SANTALUCIA, *Le nuove norme sull'accesso*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento*, cit., pp. 37 ss., ed ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit.

d.lgs. 160/2006, di cui si è già detto in precedenza, prevedibilmente il loro notevole incremento quantitativo, qualora la riforma fosse stata effettivamente applicata (e vedremo tra non molto come a tale rilievo non si sottragga neppure la legge 111/2007), avrebbe determinato un'autentica esplosione del numero di domande di partecipazione al concorso e la conseguente (ulteriore) dilatazione dei tempi di organizzazione e di correzione delle prove: circostanza, questa, paradossale rispetto alla programmatica costruzione di un concorso di secondo grado, e quanto mai dannosa per le esigenze di copertura degli organici giudiziari<sup>73</sup>.

D'altra parte, e specialmente a fronte di tale inevitabile aumento del numero dei candidati, troppo poche, né, crediamo, decisive ai fini del sostanziale mutamento dello *status quo ante*, erano state le correzioni apportate alle norme strettamente organizzative del complesso procedimento concorsuale, racchiuse negli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 160. Concentrato sull'obiettivo strategico della "separazione originaria" delle funzioni requirenti e giudicanti, il legislatore (delegante e delegato) aveva insomma disciplinato con una certa analiticità le fasi immediatamente anteriori (titoli di accesso; presentazione della domanda) e successive (svolgimento del tirocinio) alla selezione concorsuale vera e propria, trascurando però di introdurre alcun significativo meccanismo – dalla razionalizzazione della struttura della commissione alla previsione di sanzioni realmente efficaci per il mancato rispetto del calendario delle sedute e dei termini per la conclusione delle operazioni, solo per fare alcuni esempi – volto a ridurre la durata complessiva, in vista di una più rapida immissione in ruolo dei nuovi magistrati. Se si considerano i numerosi problemi inerenti all'organizzazione interna degli uffici ed alla distribuzione dei magistrati sul territorio, solo negli ultimi anni rivalutati nelle loro ricadute sul concreto esercizio della giurisdizione ed in certa misura accresciuti da un ordinamento giudiziario sempre meno adeguato a farvi fronte<sup>74</sup>, appare evidente che un lasso di tempo di cinque anni (a tanto

<sup>73</sup> Un esplicito rilievo di tale paradosso è in ASTRID, *op. ult. cit.*, p. 32, e nelle citate *Osservazioni* dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI (p. 4): «Il concorso per l'accesso è così trasformato in un concorso cd. di secondo grado, e cioè riservato a categorie di soggetti che, in quanto vincitori in precedenza di un pubblico concorso, svolgono già un'attività professionale, ma *non sfrutta i vantaggi dei concorsi di secondo grado, costituiti dalla forte riduzione del numero dei partecipanti*. Il ventaglio di categorie di soggetti a cui è consentito l'accesso al concorso è troppo ampio...».

<sup>74</sup> La crescente attenzione nei confronti delle concrete modalità di funzionamento delle strutture giudiziarie, nei loro aspetti tecnico-organizzativi, trova riscontro, nel diritto positivo, nell'introduzione del c.d. sistema tabellare per la ripartizione delle

si è arrivati con gli ultimi concorsi svolti) tra l'emanazione del bando di concorso e la nomina degli uditori – i quali, a loro volta, secondo l'art. 129 O.G. 1941, non potevano esercitare funzioni giudiziarie se non dopo il primo anno di tirocinio – non poteva essere in alcun modo tollerato, nella misura in cui innalzava progressivamente la percentuale delle vacanze in organico. Era su questo punto, quindi, che l'intervento riformatore, per risultare veramente tale, avrebbe dovuto concentrarsi; ed è sotto tale profilo, innanzitutto, che esso si era rivelato carente<sup>75</sup>, a prescindere dai suoi altri aspetti portanti, pure di innegabile rilievo sistematico, che si sono descritti in precedenza.

##### 5. *L'accesso alla magistratura ordinaria secondo la legge 111/2007: un (solo) parziale révirement*

Rispetto a tutti i rilievi svolti in merito alla riforma approvata nella legislatura precedente, quali soluzioni ha offerto, in seguito, la legge “Mastella” di riforma dell'ordinamento giudiziario (l. 30 luglio 2007, n. 111), che – come detto in apertura – ha ritenuto opportuno ridisciplinare anche la materia dell'accesso alla Magistratura<sup>76</sup>?

funzioni all'interno degli uffici, la destinazione dei singoli giudici e l'assegnazione degli affari, a più forte garanzia del principio di precostituzione legale (artt. 7bis-7ter o.g., inseriti dal D.P.R. n. 449/1988, contestualmente all'approvazione del nuovo Codice di procedura penale); in dottrina, tra i numerosi contributi specificamente dedicati a questo tema, si ricordino G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.; R. ROMBOLI e S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1995, pp. 408 ss.; S. SENESE, *La prassi applicativa del Consiglio Superiore della Magistratura*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14-15 febbraio 1992, “Il principio di precostituzione del giudice”, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66/1993, pp. 232 ss.; M. ALFIERI, *Giudice naturale*, voce in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1991, pp. 457 ss.; F.A. GENOVESE, *Ordinamento giudiziario e diritto tabellare (dal 1865 ai giorni nostri)*, in *Questione giustizia*, 2/2003, pp. 243 ss.

<sup>75</sup> Per questa conclusione, in particolare, ASTRID, *loc. ult. cit.*, nonché – sia pure, evidentemente, da un punto di vista politicamente parziale – *L'intervento del Ministro della Giustizia Clemente Mastella in materia di ordinamento giudiziario*, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 28 novembre 2006, p. 5, consultabile nel sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>76</sup> Sulla legge 111/2007 si vedano, sul versante istituzionale, in ordine cronologico, *L'intervento del Ministro della Giustizia Clemente Mastella in materia di ordinamento giudiziario*, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 28 novembre 2006, cit., con l'illustrazione delle linee fondamentali della proposta di riforma; sul versante dei magistrati, il documento dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, cit., relativo alla bozza preliminare del disegno di legge e poi parzialmente corretto alla luce

Esse appaiono obiettivamente poche ed in larga parte insoddisfacenti, come è emerso, d'altra parte, durante lo stesso cammino parlamentare del disegno di legge. Sin dai primi momenti della discussione del testo, anche dai banchi della maggioranza sono state infatti sollevate obiezioni<sup>77</sup> e – sebbene unicamente al Senato, per le ragioni di urgenza dell'approvazione della nuova disciplina cui si è già fatto cenno in queste note<sup>78</sup> – presentati emendamenti rispetto a molte delle scelte adottate *in parte qua* dal Governo Prodi in sede di presentazione della proposta di riforma.

In effetti, già dalla lettura della *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. è dato evincere una discontinuità solo parziale tra la disciplina contenuta in questo provvedimento e quella emanata in attuazione della legge 150/2005, nel settore in esame, ma conformemente, del resto, ad un più generale indirizzo di politica riformatrice dell'ordinamento giudiziario perseguito da quell'Esecutivo a partire dal suo insediamento<sup>79</sup>. Dei due aspetti qualificanti (come si è visto, in nega-

del testo effettivamente licenziato dal Consiglio dei Ministri, in vista dell'audizione dell'Associazione da parte della Commissione Giustizia di Palazzo Madama del 4 maggio 2007 (versione, anch'essa pubblicata nel sito [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)); la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., già citata; il *Parere* reso dal CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, a larghissima maggioranza (solo tre voti contrari), ai sensi dell'art. 10.2 l. 195/1958, il 31 maggio 2007 (in [www.csm.it](http://www.csm.it)); infine, i resoconti della discussione parlamentare (reperibili nei siti web di Camera e Senato), tra cui rivestono particolare importanza, in relazione all'*iter* seguito dal provvedimento in oggetto, quelli delle sedute della Commissione Giustizia del Senato – al link [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm) –, che ne ha affrontato l'esame in modo più approfondito. Nella dottrina, tra i primi commenti, si segnalano S. SICCARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., e, con specifico riferimento al riassetto del sistema di progressione nelle funzioni, ID., *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, in questo volume; C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* (versione provvisoria), cit., Sez. II, §§ 2-3; AA.VV., *La "riforma della riforma" dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2008, V, pp. 87 ss. (con nota di T. GIOVANNETTI in materia di accesso alla magistratura); C.M. GRILLO, *Riforma e controriforma dell'accesso in Magistratura*, cit., pp. 834 ss.; nonché, da diverse posizioni, i contributi critici di L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, cit., pp. 651-676 e di G. DI FEDERICO, *Riforma dell'Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, 13/07/2007, in [www.formucostituzionale.it](http://www.formucostituzionale.it).

<sup>77</sup> A partire dalla Relazione introduttiva svolta nella Commissione Giustizia del Senato dal sen. Di Lello Finuoli (RC-SE), nella seduta del 11/04/2007: *Senato della Repubblica - Legislatura 15<sup>o</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 70 del 11/04/2007*, nel link citato nella nota che precede.

<sup>78</sup> V. *supra*, nota 1.

<sup>79</sup> Per le cui ragioni giustificatrici e finalità ultime di superamento della disciplina contenuta nel r.d. n. 12/1941, con l'emanazione di un vero e proprio *nuovo ordi-*

tivo) il sistema dell'accesso alla magistratura ordinaria inizialmente definito dal d.lgs. 160/2006 – concorso di secondo grado; separazione (rigida e troppo precoce) delle funzioni requirenti e giudicanti –, nella *Relazione* veniva infatti abbandonato solo il secondo, in conseguenza della riaffermazione del principio di unicità del ruolo dei magistrati ordinari e della facoltà di passaggio di funzione (sottoposta, peraltro e con significativa innovazione rispetto al sistema anteriore alla legge 150/2005, a determinate condizioni limitative, in particolare di carattere temporale<sup>80</sup>) lungo tutto l'arco della carriera. È stata così espunta dall'art. 1.6 d.lgs. n. 160 l'opzione preliminare della funzione di assegnazione, in una con le disposizioni che in essa rinvenivano il proprio fondamento: a partire dall'art. 8, comma secondo, in tema di titoli preferenziali per l'attribuzione della sede di prima destinazione. Resta invece impregiudicata, venendo anzi fatta oggetto di espressa (ancorché, a quanto parrebbe ricavarsi dall'espressione un po' sibillina utilizzata sul punto dalla *Relazione* preliminare in esame, non propriamente convinta...) conferma, la costruzione di «una tipologia di accesso strutturata in gran parte sulla falsariga di un concorso di secondo grado tendenzialmente omogenea a quella prevista per le altre magistrature»<sup>81</sup>: essa è ottenuta con l'apertura della selezione concorsuale a categorie di soggetti ulteriori ai diplomati presso le SS.PP.LL. ed in possesso di esperienze professionali pregresse in ambito giuridico.

Procediamo però con ordine, cominciando con l'esame dei contenuti essenziali della legge di riforma nella parte che qui soprattutto interessa (cioè gli artt. 1 e 3, recanti modifiche, rispettivamente, al Capo I del d.lgs. 160/2006 ed al d.lgs. 26/2006)<sup>82</sup>, evidenziando an-

*namento giudiziario*, ci si consente di rinviare a quanto osservato *supra*, in particolare nelle note 3, 5 e 9.

<sup>80</sup> *Relazione* di accompagnamento, cit., pp. 6 e 16-17. Per la disciplina del tramutamento di funzioni secondo l'art. 2, comma quarto, della l. 111/2007, modificativo dell'art. 13 d.lgs. 160/2006, v. *infra*, par. 6.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 6; cfr., sul punto, già l'*Intervento del Ministro* del 28 novembre 2006, cit., pp. 5-6.

<sup>82</sup> Sulle nuove regole in materia di accesso alla Magistratura nella proposta governativa v. specificamente, nell'ambito dei contributi richiamati in nota 76, sul versante istituzionale, l'*Intervento del Ministro della Giustizia*, cit., pp. 5-7; ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte*, cit., pp. 3-6; la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., cit., pp. 6-7; C.S.M., *Parere* del 31 maggio 2007, cit., pp. 5-9; in dottrina, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., pp. 81 ss. Le prospettive di riforma del reclutamento dei magistrati ordinari e della formazione presso le SS.PP.LL. ad esso preliminare sono state altresì oggetto di un interessante Convegno, svoltosi a Milano il 18 giugno 2007 sotto l'egida della locale Scuola di specializzazione diretta dal prof. A. Padoa-Schioppa, dal titolo "La riforma dell'ordinamento giudiziario e l'accesso in Magistratura", con interventi, tra gli altri, del dott. F. Roia (Presidente della Commissione del C.S.M. per la Riforma giudi-

che i più significativi mutamenti intervenuti nel corso dell'*iter* parlamentare (quindi, di fatto, al Senato). A quel punto, sarà possibile valutare, come per la (e rispetto alla) riforma precedente, i maggiori profili di criticità di questa disciplina, attualmente in vigore, sul doppio versante del modello di Magistratura che ne potrebbe derivare e dell'organizzazione delle relative strutture, a partire dalla gestione degli organici giudiziari.

Viene in rilievo, innanzitutto, la parziale modifica dei requisiti di accesso al concorso per esami, di cui l'art. 1, comma secondo, della legge 111/2007 prevede di nuovo l'indizione con cadenza «di norma» annuale<sup>83</sup>, per i posti vacanti nell'organico della Magistratura al momento dell'emanazione del bando, più in via eventuale (e con opportuna correzione sul punto della riforma del 2005, che aveva disposto l'abrogazione della consimile previsione di cui all'art. 125 O.G. 1941<sup>84</sup>) quelli che si renderanno vacanti nel quadriennio successivo, in modo da assicurare la piena copertura delle vacanze<sup>85</sup>. Possono dunque prendere parte alla selezione concorsuale, secondo il nuovo testo dell'art. 2.1 d.lgs. 160/2006, in primo luogo, i diplomati presso le Scuole di specializzazione per le professioni legali e le Scuole di cui al D.P.R. n. 162/1982; i dottori di ricerca in materie giuridiche; i procuratori dello Stato, non contemplati in precedenza, e così anche i magistrati amministrativi e contabili; i magistrati onorari (g.o.t., v.p.o., giudici di pace) con almeno sei anni di esercizio, in luogo dei quattro anni richiesti dalla formulazione originaria del d.lgs.; gli appartenenti al personale di ruolo delle università docente di materie giuridiche; i pubblici dipendenti con qualifica dirigenziale o comunque direttiva da almeno cinque anni (ovviamente, in possesso della laurea in Giurisprudenza)<sup>86</sup>. Quanto agli avvocati, la versione iniziale della

ziaria e l'amministrazione della giustizia) e del dott. Piercamillo Davigo (attualmente Consigliere presso la S.C. di Cassazione).

<sup>83</sup> L'originaria proposta governativa, in assoluta continuità, sul punto, con la riforma Castelli, stabiliva invece – e peraltro, viene da dire, piuttosto...ottimisticamente – che il concorso per l'accesso alla magistratura ordinaria fosse bandito con cadenza «*almeno*» annuale.

<sup>84</sup> V. *supra* nel testo e la nota 29.

<sup>85</sup> C.S.M., *Parere* del 31 maggio 2007, cit., p. 4. Il ruolo organico della magistratura ordinaria, cui è necessario avere riguardo per il computo dei posti vacanti, è quello determinato – con riferimento alle diverse funzioni (requirenti e giudicanti; di merito e di legittimità; semidirettive, direttive, direttive elevate, superiori ed apicali) individuate dall'art 2, comma primo, del provvedimento in esame – dalla tabella “B”, allegata alla legge stessa, destinata a sostituire quella annessa alla legge n. 71/1991 e modificata, da ultimo, dalla citata l. 48/2001. Esso risulta complessivamente pari a 10.109 unità.

<sup>86</sup> Nella formulazione originaria del d.lgs. 160/2006, veniva richiesto lo svolgi-



proposta governativa richiedeva, coerentemente con la logica selettiva di un reclutamento ormai orientato nel senso di un concorso di secondo grado, l'esercizio della professione per almeno tre anni, e non più la semplice abilitazione come nel testo precedente; la Commissione Giustizia del Senato, che ha lungamente discusso anche le norme di cui ci stiamo occupando, non ha però condiviso tale più rigoroso orientamento, giudicandolo incoerente, a sua volta – e da questo punto di vista, obiettivamente, non a torto –, con l'ammissione allo stesso concorso di categorie di soggetti in possesso di titoli (talora di gran lunga) inferiori, come i diplomati SS.PP.LL. e più ancora i neolaureati in Giurisprudenza, per quanto con votazione elevata, pure contemplati – come si vedrà di seguito – dal testo inizialmente approvato dal Consiglio dei Ministri<sup>87</sup>. La previsione originaria del d.d.l. in merito è stata così emendata in senso ripristinatorio, con l'introduzione però, rispetto alla disciplina varata nel 2006, dell'ulteriore requisito – difficile da interpretare, in verità, se non maliziosamente ipotizzando una motivazione di carattere economico-corporativo... – dell'iscrizione all'albo professionale, ed è stata approvata dall'Assemblea, e poi confermata dalla Camera, con questa formulazione (art. 2.1, lett. f, d.lgs. n. 160).

Complessivamente, dalla legge 111/2007 non pare emergere in materia di legittimazione all'accesso al concorso per magistrato ordinario<sup>88</sup>, in buona sostanza, una tendenza sufficientemente univoca, da un punto di vista generale ma anche in rapporto alla precedente riforma del 2005. Da un lato, infatti, la maggior parte dei titoli di ammissione introdotti da quest'ultima riforma sono stati confermati (abilitazione alla professione forense, dottorato di ricerca, diploma SS.PP.LL., specializzazione ex D.P.R. n. 162/1982) o corretti in senso

mento, dopo il superamento del relativo concorso, di «funzioni direttive nelle pubbliche amministrazioni per almeno tre anni». Quanto ai requisiti di *moralità* per l'ammissione al concorso stabiliti dalla legge 111/2007, si rinvia all'esame svolto *supra*, nota 30.

<sup>87</sup> Per tale rilievo, si veda in particolare l'intervento del senatore D'Ambrosio (Ulivo) nella seduta del 18/04/2007: *Senato della Repubblica- Legislatura 15° - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 71 del 18/04/2007*, in [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm).

<sup>88</sup> Non più, si noti, per «uditore giudiziario»: tale tradizionale qualifica, confermata anche dalla legge 150/2005, è stata infatti soppressa dalla riforma "Mastella" in favore di quella di «magistrato ordinario in tirocinio» (cfr. art. 1, comma 8, l. 111/2007 e l'allegata tabella "B"), a testimonianza – anche se, in questo caso, meramente formale – dell'intento del legislatore di legare più strettamente che non in passato il periodo di tirocinio all'effettivo esercizio delle funzioni giurisdizionali e di accelerare quindi l'immissione di questi soggetti nel ruolo dei magistrati in servizio, secondo quanto si evidenzierà *infra* nel testo.



restrittivo nello spirito di un concorso di secondo grado (è il caso dei magistrati onorari e dei funzionari della p.a.); aggiungendosene, anzi, di ulteriori e indubitabilmente più elevati con l'apertura della selezione concorsuale ai giudici speciali ed ai procuratori dello Stato. Ciononostante, come si è visto, permangono anche nella nuova disciplina la pluralità e la notevole eterogeneità contenutistica delle categorie dei potenziali candidati, che tante motivate obiezioni avevano suscitato nel sistema precedente<sup>89</sup>. Di fatto, per alcune di queste categorie – si pensi, in particolare, ai diplomati SS.PP.LL. ed alla gran parte dei dottori di ricerca –, la previsione del concorso di secondo grado, discutibile quanto si vuole in termini di possibili implicazioni sulla struttura interna del potere giudiziario, ma nondimeno esplicita nella sua ragione giustificatrice, continua a rivelarsi più formale che altro<sup>90</sup>, a discapito della stessa coerenza complessiva delle nuove norme.

Peraltro, tale circostanza negativa sarebbe risultata ancora più evidente rispetto agli esiti della legge delega del 2005, di cui si è dato conto nel paragrafo che precede, qualora fosse pervenuta ad approvazione la previsione sicuramente più innovativa dell'originaria versione del disegno di legge presentato dal Governo per quanto riguarda la materia in esame. Ci riferiamo alla possibilità di accesso diretto al concorso (accanto, beninteso, ai soggetti appena indicati) dei laureati in Giurisprudenza con punteggio finale non inferiore a 107 centodecimi e votazione media negli esami di profitto pari almeno a 28 trentesimi, inizialmente contemplata dall'art. 1, comma 2, del d.d.l.

<sup>89</sup> Soprattutto, lo ricordiamo, da parte del C.S.M. (*Parere* del 11 gennaio 2006 sullo schema del d.lgs. 160/2006), dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI (*Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante "Modifica della disciplina per l'accesso in magistratura"*, cit., p. 4) e, in sede di discussione tecnica, nel citato studio condotto da ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 30 ss. È la stessa *Relazione* preliminare al d.d.l., del resto, a dare conto del significato complessivo, ma anche del limite di fondo, denunciato nel testo, della previsione di tali titoli di accesso: a p. 7 si legge infatti che «si è ritenuto opportuno riconoscere un valore di ammissione al concorso anche ad esperienze, *se pur in parte eterogenee rispetto alla professione di magistrato*, comunque caratterizzate dall'esercizio di specifiche pubbliche funzioni, come per i funzionari della carriera direttiva della p. a. e per i docenti in materie giuridiche tra il personale di ruolo delle università; la considerazione della presenza di un comune *humus* culturale è stata ritenuta condizione necessaria e sufficiente per una previsione analoga in favore degli avvocati con almeno tre anni di iscrizione all'albo professionale» (corsivo nostro). Per una valutazione adesiva rispetto alle modifiche in oggetto individuate dalla versione iniziale del disegno di legge, v. il *Parere* del C.S.M. del 31 maggio 2007, cit., p. 6, ove non si nasconde, peraltro, la permanenza anche nel nuovo sistema dei rischi connessi ad un reclutamento concorsuale di secondo grado.

<sup>90</sup> In questi termini, in particolare, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 84.

– per quanto è dato evincere dalla *Relazione di accompagnamento* – con l’obiettivo di favorire l’ingresso in Magistratura dei giovani più meritevoli e tecnicamente preparati e così riequilibrare – anche se ciò non era detto esplicitamente – le possibili disparità per ragioni economiche indotte su questo terreno (o rese più tangibili, a seconda dei punti di vista), come pure si è già avuto modo di sottolineare<sup>91</sup>, dalla tendenziale trasformazione dell’accesso in un concorso di secondo grado<sup>92</sup>. Senza dubbio commendevole nei fini – chi lo negherebbe? –

<sup>91</sup> V. *supra*, § 3, con le relative note 54 ss.

<sup>92</sup> *Relazione di accompagnamento*, cit., p. 7. La disposizione in oggetto, in verità, non doveva essere prevista nel disegno di legge, ma vi era stata inserita *in extremis* (pare nell’immediata vigilia del Consiglio dei Ministri del 7 marzo 2007, dedicato all’approvazione del provvedimento) quale compensazione rispetto allo stralcio di un canale di reclutamento riservato ai medesimi soggetti, il “corso – concorso”, previsto dalla bozza preliminare della proposta governativa *in aggiunta* al concorso tradizionale e dotato di caratteristiche parzialmente distinte, in qualche modo riconducibili a quelle – cui si farà cenno nella conclusione di queste note – del sistema francese.

Preannunciato dal Ministro Mastella nel suo *Intervento* presso l’Università degli Studi di Roma Tre del 28 novembre 2006 (cit., pp. 6-7) e sottoposto alla valutazione preliminare dell’Associazione Nazionale Magistrati (*Sulle proposte*, cit., pp. 3-4), il “corso – concorso”, più specificamente, avrebbe dovuto essere bandito insieme al concorso ordinario per un uguale numero di posti, pari quindi alla metà di quelli vacanti nell’organico della magistratura ordinaria. Dopo il superamento di un esame di ammissione, composto da due prove scritte di carattere teorico e da un colloquio orale in materia di diritto e procedura civile, penale e amministrativo (e riservato, appunto, ai laureati in giurisprudenza di età inferiore a 35 anni con media complessiva negli esami di profitto non inferiore a ventotto trentesimi), i candidati avrebbero dovuto frequentare un periodo di formazione della durata di due anni, egualmente ripartito tra formazione teorica presso la Scuola della Magistratura, tirocinio presso gli uffici giudiziari e *stages* presso enti pubblici o istituzioni internazionali collegate alla giustizia, e retribuito con una borsa di studio di novecento euro mensili; al termine del secondo anno, un ulteriore esame, questa volta di natura essenzialmente pratica (redazione di provvedimenti giurisdizionali), avrebbe selezionato gli uditori, i quali poi – in virtù della specifica professionalità acquisita nel biennio di formazione e a differenza di quelli nominati a seguito di concorso ordinario per esami – avrebbero svolto un tirocinio “abbreviato” di soli sei mesi prima dell’effettivo conferimento delle funzioni. Peraltro, ai partecipanti che non avessero superato la prova finale sarebbe stato comunque garantito l’accesso, a richiesta, nei ruoli della pubblica amministrazione, con priorità per il Ministero della Giustizia.

Come rilevato soprattutto dall’A.N.M. (*loc. ult. cit.*), il “doppio binario” per l’accesso alla magistratura ordinaria prefigurato dalla bozza preliminare del d.d.l. – concorso ordinario di secondo grado; corso-concorso ad accesso diretto – aveva il pregio, indubbiamente (e ferma restando, in entrambi i casi, la necessità per gli aspiranti magistrati di superare le prove d’esame), di combinare – si badi – *con le opportune differenze in termini di disciplina concreta*, un reclutamento per titoli professionali con un accesso unicamente fondato sull’eccellenza nello studio, all’insegna del comune obiettivo della c.d. “professionalizzazione” del giudice. Nondimeno, se

né priva, del resto, di riferimenti anche di un certo rilievo nel panorama dei pubblici concorsi<sup>93</sup>, tale soluzione, ad opinione di chi scrive, si sarebbe tuttavia dimostrata inidonea a selezionare candidati in reale possesso delle competenze indispensabili, ai giorni nostri<sup>94</sup>, per lo svolgimento di una professione tanto difficile e delicata quale quella di magistrato<sup>95</sup>; oltre che, per altro verso, palesemente contradditto-

fosse stato attuato, esso sarebbe certo risultato di non facile gestione a livello amministrativo, a motivo della duplicazione di Commissioni e procedure d'esame e della diversa durata stabilita per le seconde (dal che, l'immissione in ruolo "a due tempi" dei nuovi magistrati), oltre ad esporsi al rilievo, difficilmente superabile e con ogni probabilità alla base della scelta successivamente operata dal Governo, di introdurre una *distinzione (de facto, se non di diritto) dei magistrati per accesso* contraria all'art. 107.3 Cost. (nel senso che i magistrati nominati a seguito di "corso-concorso" ben avrebbero potuto vantare nel prosieguo della loro carriera, in relazione agli specifici connotati di quest'ultimo, una competenza professionale superiore a quella dei colleghi provenienti, ad esempio, dalla categoria dei giudici di pace o dei pubblici dipendenti).

Eliminata la previsione "eccentrica" del "corso-concorso" e confermata, nello stesso tempo, la natura di secondo grado del concorso tradizionale, l'Esecutivo, per non penalizzare i laureati più meritevoli – con un'attenzione particolare a quelli di condizioni economiche modeste –, aveva quindi proposto di consentire loro l'accesso diretto al concorso per esami: con il risultato, però, di equiparare irragionevolmente situazioni (*rectius, cognizioni*, teoriche e pratiche) profondamente diverse, e con le prevedibili ricadute negative in termini di qualificazione professionale dei magistrati e di durata ed adeguatezza selettiva del procedimento concorsuale, evidenziate subito di seguito nel testo.

<sup>93</sup> Come, ad esempio, il concorso per l'accesso ai ruoli della Banca d'Italia o dei funzionari parlamentari, entrambi caratterizzati dalla "preselezione" degli ammessi sulla base dei titoli di eccellenza nello studio conseguiti: cfr., con riguardo all'iniziale formulazione del d.d.l. di riforma, il giudizio positivo dell'A.N.M. (*Sulle proposte*, cit., nella versione corretta in vista dell'audizione da parte della Commissione Giustizia del Senato del 4 maggio 2007, p. 4), per cui «a ben guardare, nella nuova configurazione, si realizza una sostanziale equiparazione tra lo schema del concorso di secondo grado (che resta prevalente e che caratterizza l'accesso) e lo schema del concorso di eccellenza» già oggi utilizzato da numerose istituzioni pubbliche o private interessate ad acquisire professionalità elevate.

<sup>94</sup> Al contrario, quindi, di quanto poteva fondatamente ritenersi in precedenti periodi della storia del nostro Paese, nei quali – come si è già incidentalmente rilevato nel secondo paragrafo – il limitato accesso al sistema di istruzione universitaria (talora, appannaggio di vere e proprie *élites*) valeva a garantire, nella maggior parte dei casi, una soddisfacente preparazione teorica dei laureati in Giurisprudenza e a giustificare, per l'effetto, la tradizionale connotazione (almeno dal punto di vista formale) "aperta" – dunque, di primo grado – del pubblico concorso nazionale per il reclutamento dei magistrati ordinari. In argomento, si richiamano i classici studi di L. MORTARA, *Istituzioni di Ordinamento Giudiziario*, Firenze, Barbera, 1906, pp. 150 ss. e di G. DI FEDERICO, *Il reclutamento dei magistrati*, Bari, Laterza, 1968.

<sup>95</sup> E prima ancora, di uditore giudiziario (ora, come detto nella nota 88, «magistrato ordinario in tirocinio»), rispetto al quale la stessa proposta di riforma governativa, successivamente divenuta legge, continuava tra l'altro a prevedere l'effettiva

ria rispetto alla contemporanea introduzione di un sistema di reclutamento indiretto, motivata dal legislatore (ed almeno in questo senso, condivisibile) proprio con il riferimento a un'esigenza di restrizione della platea degli aspiranti magistrati, in chiave di maggior rigore nella loro valutazione "all'ingresso"<sup>96</sup>.

Erano tre i principali rilievi che potevano fondatamente avanzarsi al riguardo. In primo luogo, a parte la discutibile elevazione della media del voto a criterio selettivo di accesso – che, come rilevato dallo stesso relatore di maggioranza nella Commissione Giustizia del Senato, pareva trascurare il dato della (fisiologica o patologica) differenziazione delle Facoltà di Giurisprudenza ed il conseguente rischio di disparità di trattamento tra giovani ugualmente preparati, ma laureatisi presso Facoltà non altrettanto severe nei voti<sup>97</sup> –, la proposta

«partecipazione all'attività giurisdizionale» propria dell'ufficio di destinazione, già contemplata dall'art. 21 d.lgs. 26/2006 in sostituzione del precedente art. 129 O.G., riducendo inoltre in via generalizzata la durata del tirocinio a diciotto mesi (art. 3, comma 13, per cui v. oltre nel testo). Ove l'ammissione diretta al concorso dei neolaureati avesse superato il vaglio delle Camere, si sarebbe quindi reso necessario, a fronte dell'evidente diversità delle situazioni di riferimento, prevedere a carico di questi ultimi, quantomeno, un periodo di uditorato più lungo di quello delle altre categorie di soggetti contemplate dal nuovo art. 2 d.lgs. 160; anche per evitare – sempre nella prospettiva di una visione d'insieme delle diverse professioni legali – un'ulteriore divaricazione rispetto all'*iter* di formazione degli avvocati, tuttora tenuti a svolgere *due anni* di pratica professionale (di cui *uno*, al massimo, con patrocinio) *prima* di sostenere l'esame di abilitazione.

<sup>96</sup> Tale circostanza era del resto riconosciuta, ancora, nella stessa *Relazione* preliminare del disegno di legge, laddove l'apertura del concorso ai migliori neolaureati veniva espressamente definita una scelta «eccentrica rispetto alla tipologia di un concorso di secondo grado» (p. 7), nondimeno giustificata, ad avviso del Governo, dall'esigenza, appunto, di valorizzare i giovani più meritevoli e tecnicamente preparati.

<sup>97</sup> Nell'esporre i contenuti generali del disegno di legge, il sen. Di Lello Finuoli aveva osservato, in particolare, che «negli ultimi anni il proliferare di corsi universitari privati ha favorito un innalzamento dei voti di profitto che non corrisponde al miglioramento della qualità degli studi», ed aveva conseguentemente espresso il timore che «tale sistema finisca per favorire i laureati provenienti da famiglie con maggiore disponibilità economica»; dal canto suo, il sottosegretario alla Giustizia Scotti, per il Governo, aveva sottolineato come proprio lo specifico requisito della votazione media negli esami di profitto rappresentasse, «rispetto alla facilità con cui spesso vengono attribuiti alti punteggi in sede di discussione della tesi», la garanzia dell'effettiva preparazione giuridica dei candidati (*Senato della Repubblica - Legislatura 15<sup>a</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 70 del 11/04/2007*, cit.). Si considerino anche i rilievi svolti, sul punto, dal CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, nel citato *Pareve* del 31 maggio 2007, ove si osservava – in particolare e senza mezzi termini – che la doppia previsione richiamata dalla *Relazione* preliminare «ipotizza una separazione tra voti dati agli esami e voto di laurea che non è riscontrabile nella realtà» e si paventava l'instaurarsi di «un meccanismo perverso di incentivazione all'iscrizione nelle università che sono meno rigorose nella

di ammettere direttamente i neolaureati al concorso per magistrato ordinario non teneva conto della non sufficiente preparazione da questi acquisita negli anni dell'Università, per sua natura, in Italia, prevalentemente teorica ed in ogni caso non approfondita (a maggior ragione, secondo alcuni, dopo la recente riforma degli ordinamenti universitari)<sup>98</sup>. D'altro canto, ed era forse questa l'obiezione più consistente che la previsione in esame attirava su di sé<sup>99</sup>, a fronte del prevedibile (notevole) incremento del numero dei candidati, conseguente all'apertura della selezione concorsuale a questa categoria di soggetti, più che alle (pur molte) altre dianzi citate, sarebbe risultato in concreto assai difficile per la commissione esaminatrice, chiamata a correggere un numero elevatissimo di elaborati in un lasso di tempo compatibile con le (spesso impellenti) esigenze di copertura degli organici, pervenire ad una valutazione rigorosa e sufficientemente attendibile di tali competenze, premiando i candidati effettivamente più preparati sul piano tecnico-giuridico (si ricordino i rilievi svolti, a tal proposito, rispetto al sistema di accesso anteriore alla legge n. 48 del 2001). Sotto il profilo, in terzo luogo, della composizione interna della magistratura ordinaria – dato riflesso delle norme sul reclutamento, usualmente non percepito in modo altrettanto immediato di quelli appena esposti, ma non per questo meno rilevante nelle sue implicazioni di sistema, come la presente analisi sta appunto cercando di dimostrare –, la giustapposizione di (numerose) ipotesi di accesso indiretto, quantomeno orientate alla logica del concorso di secondo grado, e della possibilità di reclutamento concorsuale diretto dei neolaureati (per quanto, almeno sulla carta, su posizioni di eccellenza), pur valendo certo ad attenuare la tendenza all'irrigidimento conformativo dell'istituzione giudiziaria innescata dalla riforma del 2005 riportando quest'ultima nel solco della tradizione pluralistica<sup>100</sup> italiana,

valutazione», tale da determinare «un effetto emulativo al ribasso (...) [ed] un ulteriore scadimento della qualità dei laureati, ivi compresi quelli che potranno accedere al concorso in magistratura» (p. 8).

<sup>98</sup> Severo, al riguardo, il giudizio manifestato dall'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI (*Sulle proposte*, cit., pp. 4-6): «le SSPL nate come alta scuola di formazione post universitaria comune alle professioni forensi hanno in gran parte fallito i loro obiettivi mentre i neo laureati, anche aspiranti alle professioni forensi, appaiono nel complesso meno preparati che in passato» (corsivo nostro).

<sup>99</sup> Tanto da emergere incontestabilmente sin dalle prime battute della discussione del provvedimento di riforma nella Commissione Giustizia del Senato, in modo trasversale ai diversi schieramenti politici: v., ad es., gli interventi del relatore, sen. Di Lello Finuoli e dell'ex Guardasigilli, sen. Castelli, in *Senato della Repubblica - Legislatura 15<sup>o</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 70 del 11/04/2007 e n. 75 del 09/05/2007*, già citati in precedenza.

<sup>100</sup> O, per definirla con lo stesso termine cui si è fatto ricorso nel secondo pa-

avrebbe potuto determinare un'indebita polarizzazione dei magistrati in due principali "ordini" tra loro distinti a partire dall'accesso. Ciò in quanto, come incisivamente rilevato anche dal C.S.M. nel *Parere* di competenza relativo al d.d.l. in oggetto, le differenze intercorrenti tra i magistrati direttamente reclutati tra i neolaureati e quelli invece nominati a seguito di concorso "davvero" di secondo grado – differenze, è opportuno distinguere, non scontate (anche se ragionevolmente prevedibili) quanto a competenze tecniche; obiettive, anche se dal significato opposto, quanto ad età di ingresso nell'ordine giudiziario – con facilità si sarebbero riproposte nello sviluppo delle rispettive carriere, condizionando magari anche pesantemente aspetti di particolare importanza come l'assegnazione delle sedi o l'accesso alle funzioni superiori e/o direttive (il secondo, subordinato ad un giudizio di idoneità specifica da parte dello stesso C.S.M. e comunque, sotto altro profilo, consentito dalla legge 111/2007 solo entro un determinato limite di età)<sup>101</sup>.

A fronte di queste obiezioni, tutte di non poco conto e del resto progressivamente emerse durante la discussione del d.d.l. governativo<sup>102</sup>, opportunamente la Commissione Giustizia del Senato prima

ragrafo, "diffusa", in un'accezione, naturalmente, non strettamente tecnico- giuridica: cfr. *supra*, con i relativi riferimenti.

<sup>101</sup> C.S.M., *Parere*, cit., p. 8 (che riecheggia, a sua volta, le obiezioni avanzate dall'A.N.M. – e da noi richiamate *retro*, in nota 92 – nel proprio documento *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, cit., rispetto alla previsione nella bozza preliminare del d.d.l. di riforma del "corso- concorso" per il reclutamento dei laureati con votazione elevata): «in pratica la magistratura potrebbe presentarsi nel tempo come composta da due vere e proprie categorie in ragione dell'età di ingresso nell'ordine giudiziario (corsivo nostro), con evidenti conseguenze in termini di possibilità di carriera, di accesso agli incarichi direttivi, che risulta impossibile oltre un certo limite di età (...); il che evidenzia ancor più l'importanza abnorme attribuita a tale requisito [sott., il semplice voto di laurea] dal progetto di riforma».

<sup>102</sup> Come attestano, da un lato, i *Resoconti sommari* delle sedute della Commissione Giustizia del Senato ad essa dedicate, dalla n. 70 del 11 aprile 2007 alla n. 79 del successivo 16 maggio (tutti reperibili al già richiamato link [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm)); dall'altra parte, su un piano più generale, le non poche riserve sulla disciplina dei requisiti per l'ammissione al concorso del disegno di legge espresse nel *Parere ex l. 195/1958* del Consiglio Superiore della Magistratura, del 31 maggio 2007 (anch'esso più volte richiamato in precedenza). In quella sede, il C.S.M. ha negato recisamente, in primo luogo, che il concorso di secondo grado possa configurarsi «come una soluzione di per sé migliore e aprioristicamente valida rispetto all'accesso diretto dei laureati in giurisprudenza» ai fini della maggiore qualificazione professionale dei partecipanti e della riduzione dei tempi di espletamento della procedura, ma ha pure rilevato, per converso, almeno tre, difficilmente superabili, aspetti di criticità della "previsione compensativa" dell'ammissione diretta dei laureati più meritevoli: disparità di trattamento



e l'Assemblea in via definitiva hanno ritenuto – su proposta dello stesso relatore di maggioranza – di accantonare la previsione dell'accesso diretto sostituendola con il requisito del possesso del dottorato di ricerca in materie giuridiche (art. 2.1, lett. *i*, d.lgs. n. 160). Peraltro, come già sappiamo – e a riprova di una certa superficialità di fondo (o, più benevolmente, di una mai risolta incertezza...) del legislatore nell'affrontare questioni pure di notevole rilevanza, quali quelle connesse all'accesso alla Magistratura<sup>103</sup>-, tale titolo di ammissione al concorso era già contemplato dalla formulazione originaria del d.lgs. 160/2006, ma vi era stato espunto dalla versione iniziale del disegno di legge a favore della legittimazione, più restrittiva, degli «appartenenti al personale di ruolo delle università docente di materie giuridiche» (ora comunque confermata nell'art. 2.1, lett. *d* del d.lgs.)<sup>104</sup>. Al di là della piena condivisibilità della correzione operata, come si suol dire, “in corsa” dal Senato, rimane però il fatto, difficilmente contestabile e dal nostro punto di vista altamente sintomatico, che la proposta di riammettere al concorso per magistrato ordinario (sia pure a determinate condizioni di eccellenza negli studi compiuti) i puri e semplici laureati in Giurisprudenza manifestava ancora una volta, dopo la riforma della passata legislatura, l'intento di ridimensionare pesantemente (se non proprio accantonare del tutto) il sistema di accesso imperniato sulle Scuole di specializzazione “Basanini”, sancendone in via definitiva il fallimento – reale o presunto – anzitutto quale modello di formazione pubblica unitaria dei futuri operatori del diritto<sup>105</sup>. Torneremo su questo punto nella conclusione dell'analisi.

in relazione alla Facoltà frequentata, disomogeneità rispetto alle altre categorie di partecipanti (come già si è riferito) ed ulteriore dequalificazione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali: *Parere*, cit., pp. 5-8.

<sup>103</sup> In tal senso, il giudizio espresso da S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 84, secondo cui, in ultima analisi, «non sembra, al di là dell'ipotizzabile effetto di limitazione sui precedenti eccessivi numeri degli aspiranti, che l'accesso in Magistratura sia stato affrontato [sott., dal legislatore del 2007] nei suoi aspetti maggiormente significativi, ad esempio, riflettendo a fondo sul rapporto tra tipologia dei concorrenti, caratteristiche delle prove e conseguente successiva formazione post-concorsuale».

<sup>104</sup> V. la *Relazione* preliminare al d.d.l., cit., p. 7.

<sup>105</sup> Su ciò si vedano gli incisivi rilievi svolti dall'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI (*Sulle proposte*, cit., pp. 5-6) e, ancora, dal C.S.M., nel *Parere* del 31 maggio 2007, cit., pp. 8-9, secondo il quale per effetto delle norme stabilite dall'iniziale proposta governativa (ma l'appunto, come si vedrà, mantiene la sua validità anche in relazione al testo delimitativo della legge 111/2007) «le Scuole non saranno frequentate dai migliori laureati presso le Università e quindi andranno incontro ad una dequalificazione», con conseguente «messa in crisi dell'aspetto più qualificante che le Scuole erano chiamate a soddisfare, consistente nella *diffusione di una comune cul-*



Passando ora al contenuto del concorso secondo la riforma in commento, va rilevato che, anche in questo caso, l'esame parlamentare (o, per meglio dire, del Senato) del testo approvato dal Consiglio dei Ministri non è rimasto privo di conseguenze, e non sempre di segno positivo come per l'eliminazione dell'accesso diretto. Delle due principali modifiche al d.lgs. 160/2006 messe a punto in questo ambito dal Governo e sottoposte con esito favorevole al parere del C.S.M. e della stessa Associazione Nazionale Magistrati<sup>106</sup> – eliminazione del «colloquio di idoneità psico – attitudinale» ed introduzione di una quarta prova scritta, consistente nella «redazione di un provvedimento» giurisdizionale civile o penale (art. 1, comma 3, d.d.l.) – solo la prima, infatti, ha trovato definitivo accoglimento nella legge 111/2007, mentre la seconda è stata soppressa dal Senato, al pari delle previsioni sull'accesso di cui sopra, sin dall'esame avvenuto in Commissione<sup>107</sup>.

Questa decisione, per effetto della quale la struttura, oltre che il contenuto stesso, del concorso per l'ingresso in Magistratura è rimasta sostanzialmente inalterata rispetto alla riforma del 2005<sup>108</sup> (la quale peraltro, a sua volta, non aveva apportato modifiche di particolare rilievo alla disciplina precedente, *test* psico-attitudinale a parte), ad avviso di chi scrive ha ridotto drasticamente la portata innovativa sottesa all'originaria impostazione, sul punto, del d.d.l. governativo, la

*tura della giurisdizione tra tutti i laureati indirizzati verso le professioni forensi»* (corsivo nostro).

<sup>106</sup> Rispettivamente, C.S.M., *Parere*, cit., pp. 4-5, ed A.N.M., *Sulle proposte*, cit., p. 4.

<sup>107</sup> La soppressione è avvenuta a seguito dell'approvazione – intervenuta nella seduta n. 88 del 26 giugno 2007, con il parere favorevole del Relatore e contrario del Governo – del subemendamento n. 1.100/5, a firma del sen. Caruso (A.N.), all'emendamento n. 1.100 del Relatore stesso. Il presentatore del subemendamento ha giustificato la propria proposta con il rilievo, per il vero assai discutibile, dell'«irrazionalità» di una prova di carattere pratico per l'accesso in Magistratura, come quella contemplata dal d.d.l., «in assenza di una scuola ufficiale ed obbligatoria per accedere al concorso», simile a quella istituita, ad esempio, nell'ordinamento francese: a suo avviso, l'introduzione di questa prova avrebbe rischiato solo «di favorire il proliferare di scuole private esclusivamente finalizzate al superamento della prova medesima, laddove (...) nella fase precedente lo svolgimento delle prove scritte è opportuno che i candidati si concentrino sull'acquisizione di adeguate conoscenze teoriche» (*Senato della Repubblica - Legislatura 15° - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 88 del 26/06/2007*, in [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm)).

<sup>108</sup> Vanno solo segnalate per completezza, per quanto riguarda il contenuto del concorso, l'inclusione nel colloquio orale, in posizione di autonomia, del diritto internazionale (pubblico e privato) e della materia dell'ordinamento giudiziario, e la sostituzione del diritto industriale con il diritto fallimentare (art. 1, comma quarto, lett. *f, i e l*, d.lgs. 160/2006, come modificato dall'art. 1, comma 2, della legge 111/2007).

cui valutazione d'insieme non può più quindi risultare, per questa parte, univocamente positiva. Certo, la riscrittura dell'art. 1, comma settimo, del d.lgs. n. 160 con l'abrogazione del colloquio di idoneità psico – attitudinale rappresenta un dato apprezzabile, sebbene pressoché scontato alla luce dei rilievi precedentemente formulati<sup>109</sup>. Tuttavia, si ha la sensazione che con l'eliminazione in sede parlamentare di una prova d'esame concepita in termini essenzialmente pratici, quale quella oggetto dell'iniziale proposta governativa<sup>110</sup>, si sia persa una (altra) buona occasione per avvicinare l'impostazione di fondo del sistema di selezione dei futuri magistrati – tuttora incentrato, secondo tradizione, sul versante della dogmatica giuridica – alla realtà concreta dell'attività giurisdizionale, precipuamente orientata, invero, alla soluzione di “casi” e (aspetto, questo, solo negli ultimi anni adeguatamente considerato, in Italia, nella predisposizione dei piani di studio delle Facoltà giuridiche) alla successiva argomentazione per iscritto della decisione assunta, potenzialmente sindacabile da (e, quindi, necessariamente “difendibile” nei confronti di) un organo di grado superiore e soggetta alla critica “diffusa” della dottrina e della pubblica opinione. Vero è che l'introduzione di una quarta prova scritta avrebbe potuto considerevolmente (e del resto, ulteriormente) aggravare la procedura concorsuale, sia per i singoli candidati sia, da un punto di vista generale, per la commissione esaminatrice e gli altri organi – Consiglio Superiore, Ministro della Giustizia – a vario titolo chiamati ad assicurarne la... “ragionevole durata” per il regolare rinnovo degli organici giudiziari. Non era però questo, si ritiene, un motivo sufficientemente valido per eludere una questione emersa ormai da alcuni anni e, è appena il caso di dirlo, di decisiva importanza, come quella della «scarsa adeguatezza della prova scritta» (articolata dunque anche secondo la legge 111/2007 in tre elaborati teorici in materia di diritto civile, penale ed amministrativo<sup>111</sup>) «a selezionare i potenziali

<sup>109</sup> E non dovendosi comunque escludere a priori per il futuro, come è stato osservato (S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 79), la possibilità di individuare un diverso e, s'intende, ben più garantito strumento per il riscontro oggettivo della sussistenza in capo al magistrato di tale essenziale condizione.

<sup>110</sup> In tali termini, la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., cit., p. 6: «è stato ritenuto necessario apportare alcune innovazioni al sistema dell'accesso, affrontando adeguatamente due antiche questioni; così gli interventi sono stati finalizzati a superare gli inconvenienti legati alla eccessiva lunghezza delle procedure concorsuali, rallentate dall'elevato numero dei partecipanti, ed alla scarsa adeguatezza di prove scritte di taglio prevalentemente teorico, con l'introduzione anche di una prova di carattere pratico» (corsivo nostro).

<sup>111</sup> Così, espressamente, il nuovo testo dell'art. 1, comma terzo, d.lgs. 160/2006. La formulazione introdotta in forza della legge delega del 2005 si limitava, invece,

buoni magistrati»<sup>112</sup>: il che pare del resto dimostrato, non a caso, dalla differente configurazione impressa al concorso per magistrato ordinario in molti altri ordinamenti europei, anche appartenenti alla tradizione di *civil law* (come nei casi, emblematici e che anche per questo motivo saranno oggetto di attenzione più avanti, della Francia e della Germania)<sup>113</sup>.

Con riferimento invece al procedimento concorsuale vero e proprio – elemento, lo si sarà compreso, solo apparentemente secondario della disciplina che ci occupa – ed ai suoi tradizionali limiti, rimasti in larga misura invariati nella riforma della precedente legislatura, la legge approvata nell'estate 2007 apporta al d.lgs. 160/2006 essenzialmente tre modifiche che manifestano, se non altro, l'intento di pervenire ad una sua razionalizzazione organizzativa di massima.

È da notare, in primo luogo, il sostanziale ripristino del numero dei componenti della commissione (nella quale, a seguito di un emendamento approvato dal Senato, viene inoltre prevista, per la prima volta, la presenza di alcuni membri tratti dall'Avvocatura<sup>114</sup>) stabilito

a stabilire che la prova scritta del concorso "verte[sse]" su ciascuna delle materie in questione, non precludendo quindi in assoluto, almeno a nostro parere, una sua possibile evoluzione secondo modalità di organizzazione meno convenzionali.

<sup>112</sup> ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit., p. 33. Oltre alla stessa *Relazione* preliminare al d.d.l., *loc. ult. cit.*, univocamente in tal senso – sia pure, per così dire, *a contrario* – C.S.M., *Parere*, cit., p. 5 (ove era notato, tra l'altro, che la previsione della prova pratica avrebbe finalmente dato il giusto peso alle materie processuali nella preparazione del concorso) ed A.N.M., *Sulle proposte*, cit., p. 4: «la struttura del concorso con le tre prove scritte "classiche", una nuova prova di taglio pratico ed un aggiornato catalogo di materie per la prova orale garantiscono la selezione di persone realmente preparate».

<sup>113</sup> Come infatti emerge dalla puntuale ricerca di G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., rispettivamente alle pp. 96-98 e 99 ss., in Francia, l'esame per l'ammissione all'esercizio delle funzioni giudiziarie, cui vengono sottoposti gli uditori al termine del periodo di formazione presso l'*Ecole nationale de la Magistrature*, contempla la redazione di una decisione in materia di diritto civile ed una requisitoria penale orale di venti minuti, da prepararsi in quattro ore; in Germania, sia il primo esame di Stato per l'accesso al c.d. *Referendariat* (denominato *Erste Juristische Staatsprüfung*) sia il secondo esame per le professioni giuridiche (c.d. *Zweites Juristisches Staatsexamen*), pur in parte differenziati tra i *Länder*, si svolgono su specifici "casi" individuati dalla Commissione e prevedono la redazione da parte dei candidati di pareri, memorie e/o provvedimenti giurisdizionali in merito.

<sup>114</sup> L'innovazione si deve all'emendamento n. 1.1000 approvato dalla Commissione Giustizia su proposta formulata dal relatore, sen. Di Lello Finuoli (RC- SE), in rappresentanza del Comitato ristretto costituito per l'esame preliminare del provvedimento. Come sottolineato dal sen. Manzione (Ulivo) in sede di discussione generale del d.d.l. in Commissione, tale disposizione manifesta l'intento di coinvolgere gli esponenti della classe forense nelle procedure di selezione dei magistrati, sottraendo le stesse al "dominio riservato" della Magistratura (*Senato della Repubblica - Legislatura 15° - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 78 del*

dalla menzionata legge n. 48/2001<sup>115</sup> e successivamente ridotto dal decreto n. 160: ventinove in tutto, secondo l'art. 5, comma 1*bis*, del d.lgs. (come modificato dall'art. 1.6 l. 111/2007)<sup>116</sup>. Vi è poi un aggiustamento del numero minimo di prove che la commissione è tenuta ad effettuare ogni mese<sup>117</sup>, fermo restando che l'intera procedura concorsuale, per espresso dettato normativo, deve esaurirsi in tempo utile a consentire l'inizio del tirocinio degli idonei entro dodici mesi dalla data di conclusione delle prove scritte (art. 6 d.lgs. 160, nuovo testo). Si tratta, peraltro, di un termine che rimane meramente ordinatorio per la mancanza di specifiche sanzioni a carico dei commis-

15/05/2007, in [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm)). Alla medesima, e dal nostro punto di vista condivisibile, *ratio* (anche se, non può negarsi, con implicazioni in potenza ben più rilevanti date la natura e l'estensione del relativo campo di applicazione) era ispirato un altro emendamento, proposto dallo stesso sen. Manzoni, che prevedeva la partecipazione dei membri dell'Avvocatura alle sedute dei consigli giudiziari dedicate all'attività istruttoria per le valutazioni quadriennali di professionalità dei magistrati: tale proposta, che aveva dato origine ad un duro scontro tra parte della maggioranza parlamentare, da un lato, ed il Ministro della Giustizia Mastella e l'A.N.M. dall'altro, con ripercussioni anche sulla stampa, è stata però respinta dall'Assemblea del Senato.

<sup>115</sup> Misura, questa, criticata in sede di dibattito parlamentare – com'era del resto prevedibile – dall'ex Ministro della Giustizia e “padre” della legge 150/2005, sen. Castelli, in quanto fondata sul «discutibile assunto che la quantità [sott., dei componenti della commissione] produca una migliore qualità»: *Senato della Repubblica - Legislatura 15<sup>o</sup> - 2<sup>a</sup> Commissione permanente - Resoconto sommario n. 75 del 09/05/2007*.

<sup>116</sup> Dei commissari d'esame, la legge di riforma prevede che ventuno siano magistrati, cinque docenti universitari di ruolo titolari di insegnamenti nelle materie oggetto di esame e tre avvocati iscritti all'albo speciale dei patrocinanti dinanzi alle magistrature superiori; il presidente deve essere un magistrato in possesso della sesta valutazione di professionalità, prevista nell'ambito della nuova disciplina sulla progressione nelle funzioni introdotta dall'art. 2, commi 2 ss., della legge stessa (modificativi degli artt. 11 ss. d.lgs. 160/2006), mentre gli altri venti magistrati debbono avere conseguito almeno la terza valutazione positiva di professionalità, necessaria per il conferimento delle funzioni di presidente di Tribunale o di Procuratore della Repubblica. Rispetto alla precedente formulazione, sul punto, del d.lgs., che richiedeva lo svolgimento da parte dei commissari magistrati delle funzioni di secondo grado per almeno cinque anni, va rimarcata la (a nostro avviso, positiva, nel quadro del recupero da parte della riforma governativa della concezione “diffusa” dello *ius dicere* fatta propria dalla Carta costituzionale) valorizzazione dell'esperienza dei magistrati di primo grado, i quali – come non ha mancato di sottolineare anche il C.S.M. nel suo *Parere* del 31 maggio 2007 (p. 9) – «sono in contatto con la totalità delle questioni che investono la giurisdizione».

<sup>117</sup> Fissato dalla norma in esame nel numero di settecento, di cui seicento prove scritte e cento orali; la precedente formulazione prescriveva che la commissione o ciascuna delle sottocommissioni formate ai sensi dell'articolo 14 d. lgs. 17 novembre 1997, n. 398, esaminassero ogni mese gli elaborati scritti di non meno di quattrocento candidati ed eseguissero l'esame orale di non meno di cento candidati.

sari ingiustificatamente inadempienti<sup>118</sup>. In terzo luogo, ma ciò è di notevole importanza, la legge 111/2007<sup>119</sup> ha modificato l'art. 5 d.lgs. n. 160/2006 stabilendo espressamente, per il caso che i candidati che hanno consegnato le prove scritte siano più di trecento<sup>120</sup>, la formazione di due sottocommissioni di concorso per ogni seduta, ripartite a loro volta in tre collegi di almeno tre componenti; ciascun collegio, ai sensi della nuova disciplina, esprime il giudizio su una delle prove sostenute dal singolo candidato, applicando i criteri «per la valutazione omogenea» appositamente definiti dalla commissione nella seduta plenaria introduttiva e dopo che la commissione stessa, sempre con la partecipazione di tutti i componenti, ha provveduto alla correzione degli elaborati di almeno venti candidati. Se tale previsione verrà applicata seriamente, soprattutto con un'effettiva attività di coordinamento da parte del Presidente (assistita, eventualmente, da opportuni rimedi in caso di divergenze di vedute tra i commissari ed all'interno dei singoli organi in cui si scompone la commissione), la durata dello svolgimento del concorso ne potrà senz'altro trarre vantaggio<sup>121</sup>. Sempre in tema di valutazione dei candidati, va infine ricordato che il testo dell'art. 1, comma quinto, d.lgs. 160 risultante dalle modifiche introdotte dalla legge in commento consente alla commissione, «agli effetti di cui all'articolo 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241» sul procedimento amministrativo, di esprimere il giudizio relativo a ciascuna delle prove scritte ed orali «con l'indicazione del solo punteggio numerico», salvo i casi di insufficienza, motivati – presumibilmente, per ragioni di tutela della *privacy* degli interessati<sup>122</sup>, a possibile svantaggio, però, dei principi generali di motivazione e trasparenza dell'attività amministrativa<sup>123</sup> – «con la sola formula 'non idoneo'».

<sup>118</sup> Tanto più che la legge 111/2007, in parziale riforma dell'analoga previsione inizialmente contenuta nell'art. 6, comma ottavo, d.lgs. 160/2006, ha limitato al solo presidente della commissione di concorso la sanzione – peraltro, sempre a discrezione del C.S.M. – della revoca in caso di superamento del termine in parola (art. 1, comma settimo, lett. g). Sulle originarie previsioni sanzionatorie a carico dei membri della commissione di concorso, v. anche *supra*, nel testo e alla nota 41.

<sup>119</sup> Art. 1, comma sesto, in particolare lett. d, g e h.

<sup>120</sup> Ipotesi, questa, altamente probabile, non solo alla luce del numero degli iscritti agli ultimi concorsi banditi, ma anche per effetto del sostanziale recepimento da parte della riforma "Mastella" dei requisiti di accesso "allargati" ex l. 150/2005, di cui si è appena detto nel testo.

<sup>121</sup> Anche la proposta di una distribuzione del lavoro all'interno della commissione, in chiave di maggiore speditezza della procedura concorsuale, appare mutuata dallo studio di ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., p. 33.

<sup>122</sup> Per tale ipotesi interpretativa, v. S. SICARDI, *Reclutamento, «carriera», imparzialità ed inamovibilità dei magistrati*, cit., p. 83, e relativa nota 45.

<sup>123</sup> Si ricordi infatti che l'art. 3 l. 241/1990 prevede l'obbligo di motivazione di

A chiusura dell'analisi del testo di riforma e soprattutto in chiave di confronto con le regole dettate a tal riguardo dal d.lgs. n. 26/2006 brevemente esposte in precedenza, merita richiamare – *last but not least* – le nuove modalità di organizzazione del tirocinio che precede la definitiva assunzione delle funzioni da parte dei vincitori del concorso secondo l'art. 3 della legge 111/2007.

Confermata, sul piano generale, l'impostazione bipartita di questo periodo, tra formazione presso la Scuola della Magistratura ed affiancamento ai magistrati in servizio negli uffici, puntuali innovazioni rispetto alla disciplina precedente (la quale peraltro, come già si è ricordato, non era stata inclusa nel provvedimento di sospensione della riforma "Castelli", di cui alla citata legge 269/2006<sup>124</sup>) si sono in merito registrate con riferimento, in via principale, alla durata del tirocinio complessivamente inteso, e più incisivamente al ruolo del C.S.M. nei confronti della Scuola ed ai criteri di svolgimento della sessione presso gli uffici giudiziari.

In ordine al primo punto, l'art. 18 del d.lgs. n. 26/2006, nella formulazione introdotta dalla legge di riforma, stabilisce la durata del «tirocinio dei magistrati ordinari»<sup>125</sup> in diciotto mesi, contro i ventiquattro previsti dal testo adottato in attuazione della legge 150/2005 (e, prima ancora, dall'art. 129 O.G. 1941<sup>126</sup>): di questi diciotto mesi, sei mesi (anche non consecutivi) devono essere effettuati presso la Scuola della Magistratura e dodici presso gli uffici, requirenti e giudicanti. Nel rinnovato sistema di accesso al concorso per magistrato ordinario, tale consistente riduzione (salvo eventuali, e purtroppo non infrequenti, complicazioni nella gestione burocratica delle procedure di nomina) del periodo che separa il superamento della selezione concorsuale dall'effettivo esercizio delle funzioni giurisdizionali, dettata da comprensibili esigenze di celere copertura dei posti vacanti<sup>127</sup>, ap-

tutti i provvedimenti amministrativi – compresi, espressamente, quelli «concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale» – con l'indicazione dei «presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione», in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Per altro verso, non può ignorarsi come la rigorosa osservanza di tale prescrizione generale nell'ambito della procedura concorsuale in discorso avrebbe notevolmente dilatato i tempi di espletamento delle prove e di assunzione delle funzioni da parte dei vincitori, sicché la scelta operata *in parte qua* dal legislatore può essere ritenuta espressione di un ragionevole bilanciamento tra le varie esigenze in gioco.

<sup>124</sup> V. però anche le precisazioni svolte sul punto *supra*, nella nota 46.

<sup>125</sup> Per l'intervenuto mutamento di qualifica del tradizionale "uditore giudiziario", si rinvia a quanto rilevato *supra*, alla nota 88.

<sup>126</sup> V. *supra*, nota 47.

<sup>127</sup> Tanto che, giusta la formulazione originaria del d.d.l. governativo, emendato, sul punto, nel corso dell'esame del Senato, il C.S.M. aveva facoltà di ridurre ulte-



pare sensata, se non forse addirittura troppo poco incisiva per i magistrati provenienti dalle magistrature speciali (anche se è lecito dubitare che molti di loro saranno disposti a rinunciare alla posizione acquisita, per avvalersi in concreto della facoltà di partecipazione al concorso e poi ripartire da una collocazione “di primo livello” nel ruolo della magistratura ordinaria, innanzitutto meno remunerativa sul piano economico<sup>128</sup>) e, sia pure in misura minore, dall’esercizio di funzioni giudiziarie onorarie o di quelle di procuratore dello Stato: tanto più, si ritiene, a fronte della giusta proporzione individuata dalla disciplina in esame tra il momento teorico (frequenza di «corsi di approfondimento» presso la Scuola della Magistratura) e pratico («partecipazione all’attività giurisdizionale», anche in camera di consiglio, nell’ambito degli uffici di assegnazione, secondo il disposto dell’art. 21.1 del d.lgs.) della formazione postconcorsuale dell’(ora non più) uditore<sup>129</sup>. Non altrettanto può dirsi, però, per le altre – e, presumibilmente, ben più nutrite quanto a numero dei componenti – categorie di soggetti ammessi al concorso ai sensi dell’art. 2 d.lgs. 160/2006, sopra esaminato, il cui (non scontato, epperò facilmente prevedibile) *gap* di preparazione, soprattutto pratica<sup>130</sup>, rispetto a quelle appena

riormente fino alla metà la durata del tirocinio «in presenza di particolare urgenza nella copertura di posti vacanti negli uffici giudiziari» (art. 3, comma 13).

<sup>128</sup> Come concordemente rilevato dal C.S.M., nel proprio *Parere* del 31 maggio 2007, cit., p. 19, e dall’A.N.M., *Sulle proposte*, cit., p. 15, che da tale considerazione hanno tratto la proposta di elevare il livello retributivo iniziale dei magistrati ordinari – ora ritenuto inadeguato alla più elevata età di ingresso nell’ordine giudiziario conseguente alla configurazione di secondo grado del concorso e soprattutto non incentivante per le categorie più qualificate degli aventi titolo alla partecipazione al concorso stesso – e, più in generale, di adeguare il relativo trattamento economico a quello goduto dalle altre magistrature, «proprio perché composte da persone che avevano superato un concorso di secondo grado». Sulle ricadute economiche della modifica dei requisiti di ammissione al concorso – pure opportunamente messe in luce dal dott. S. Luerti (g.i.p. presso il Tribunale di Milano, allora componente e poi Presidente della Giunta esecutiva centrale dell’A.N.M.) nel Convegno milanese del 18 giugno 2007, “La riforma dell’ordinamento giudiziario e l’accesso in Magistratura”, già citato alla nota 82 –, cfr. anche quanto già osservato sopra a proposito della riforma del 2005.

<sup>129</sup> La distribuzione temporale stabilita dalla legge di riforma tra la sessione presso la Scuola e quella all’interno degli uffici è stata positivamente valutata dal C.S.M., in *Parere*, cit., p. 34, pur osservandosi allo stesso tempo, da un punto di vista critico nei confronti del d.d.l., che «il periodo più lungo di tirocinio previsto dal decreto legislativo n. 26/2006 [sott., nella sua versione iniziale, vigente al momento dell’emanazione del *Parere*] consente una maggiore formazione iniziale» del magistrato.

<sup>130</sup> Si pensi, emblematicamente, ai dottori di ricerca ed agli specializzati *ex D.P.R.* n. 162/1982, ma anche ai funzionari della p.a. ed agli stessi avvocati (specialmente, questi ultimi, se con pochi o – come consentito anche dalla legge da ultimo approvata – nessun anno di esercizio), chiamati durante il periodo di tirocinio, tanto più



citare avrebbe giustificato, a nostro avviso, una più ampia estensione del tirocinio, pari ad esempio a quella fissata dalla versione originaria del d.lgs. in commento, specialmente per la parte “mirata” da svolgersi “sul campo”, presso gli uffici requirenti e giudicanti<sup>131</sup>.

Il secondo elemento della riforma del d.lgs. 26/2006 su cui conviene portare l'attenzione è il recupero da parte del C.S.M., a svantaggio dell'istituenda Scuola della Magistratura, del potere di definire le modalità concrete di svolgimento del tirocinio<sup>132</sup> e – quel che ovviamente più conta – di emettere in via esclusiva il giudizio finale di idoneità al conferimento delle funzioni giudiziarie. Tale giudizio, tra l'altro, secondo la nuova disciplina deve contenere uno specifico riferimento «all'attitudine del magistrato allo svolgimento delle funzioni giudicanti o requirenti» (art. 3, comma 16, l. 111/2007). Mentre l'art. 22 del d.lgs. n. 26, nella sua precedente formulazione, attribuiva detto giudizio di idoneità al Comitato di gestione della Scuola, chiamando l'organo consiliare ad esprimere in merito la propria «deliberazione finale» – espressione, questa, alquanto indicativa nella sua formulazione testuale<sup>133</sup> –, nel testo riformato i termini del rapporto risultano così profondamente modificati, limitandosi infatti la Scuola, attraverso il proprio Comitato direttivo<sup>134</sup>, a trasmettere le schede di

a fronte della mantenuta impostazione teorica del concorso per l'accesso alla Magistratura, ad apprendere e – forse non altrettanto facilmente – a fare proprie le caratteristiche e le attitudini pratiche richieste per il corretto esercizio della giurisdizione.

<sup>131</sup> Cfr. quanto già osservato, in merito, *supra*, nella nota 92, con riferimento all'iniziale proposta del d.d.l. governativo di riammettere direttamente al concorso per magistrato ordinario i neolaureati in Giurisprudenza. Critica l'abbreviazione del periodo di tirocinio operata dalla legge 111/2007 anche S. STARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 17.

<sup>132</sup> Si ricordi infatti che nella versione originaria del d.lgs. 26/2006 alla Scuola della Magistratura, attraverso il Comitato di gestione della sede competente, era riservata l'approvazione non solo dei «corsi di approfondimento teorico-pratico» organizzati dalla Scuola medesima, ma anche del «programma di tirocinio» che ciascun uditore avrebbe dovuto svolgere presso gli uffici giudiziari del capoluogo del distretto di residenza (art. 21.2); le disposizioni del decreto – segnatamente, gli artt. 19-21 –, d'altra parte e contrariamente agli artt. 128-129 O.G. precedentemente in vigore per quanto riguarda questa materia, disciplinavano piuttosto analiticamente articolazione e contenuto del periodo di uditorato. La legge approvata nel 2007 dalle Camere ha mantenuto, correggendola solo in parte, tale analitica impostazione, ma – e questo è l'aspetto che preme segnalare – enuncia anche con previsione di carattere generale che «le modalità di svolgimento delle sessioni del tirocinio sono definite con delibera del Consiglio superiore della magistratura» (art. 3, comma 12).

<sup>133</sup> «Locuzione curiosa, questa della 'deliberazione in via finale', quasi che anche quella della Scuola fosse una 'deliberazione': MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA, *Il nuovo ordinamento giudiziario, Scheda n. 2, La Scuola*, cit., p. 5, nota 18. Per un commento di questa disposizione, v. *supra*, § 3, e relativa nota 49.

<sup>134</sup> Va a tal proposito ricordato che, nell'ambito della riorganizzazione interna della

valutazione dell'interessato ed una «relazione di sintesi» sul tirocinio svolto<sup>135</sup>, materiali di cui il C.S.M. deve ora però semplicemente «tenere conto», unitamente al parere del competente consiglio giudiziario e «di ogni altro elemento rilevante ed oggettivamente verificabile eventualmente acquisito». Questa soluzione è certamente più in linea con la *ratio* dell'art. 105 Cost., che, com'è noto, mira a riservare al Consiglio Superiore della Magistratura la titolarità sostanziale di tutti i provvedimenti incidenti sulla carriera dei magistrati ordinari (a partire, per quanto qui rileva, dall'assunzione)<sup>136</sup>; essa rispecchia, inoltre, una tendenza più generale, ovviamente apprezzabile, della (riforma della) riforma da ultimo approvata, che si contrappone nettamente, sotto questo profilo, alla legge 150/2005. Tale provvedimento, secondo un rilievo del resto comune nella dottrina costituzionalistica, aveva infatti reso la Scuola della Magistratura – un ente costituito in posizione di autonomia (anche) dal Consiglio – lo strumento privilegiato per ridurre *ab extrinseco* le attribuzioni di quest'ultimo a compiti formali<sup>137</sup>.

Scuola della Magistratura imposta dagli obiettivi generali della riforma dell'ordinamento giudiziario (riorganizzazione, peraltro, di carattere meramente formale, non avendo in realtà le disposizioni emanate ai sensi della l. 150/2005 trovato prima attuazione, come ricordato, con l'effettiva “messa in opera” di quest'organismo), la legge 111/2007 ha disposto la soppressione del Comitato di gestione: secondo il nuovo testo dell'art. 4 d.lgs. n. 26, gli organi della Scuola sono il Comitato direttivo, il Presidente ed il neoistituito Segretario generale, responsabile della gestione amministrativa della Scuola e dell'esecuzione delle delibere del Comitato direttivo (in argomento, v. la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l., cit., pp. 9 e 27 ss., ove è espressamente evidenziato come «nella previsione della composizione interna della struttura si sono tenuti presenti i limiti derivanti dalle competenze del Consiglio Superiore della Magistratura, fissate nell'art. 105 della Costituzione»; il più volte citato documento dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia*, cit., pp. 12-13; C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* – versione provvisoria, cit., Sez. II, § 2; nonché, analiticamente, G. OBERTO, *La scuola della magistratura italiana*, cit., capp. V-VI, § 23-25 e 27-29).

<sup>135</sup> Quest'ultima, non prevista dalla proposta inizialmente presentata dal Governo, ma aggiunta da parte della Commissione Giustizia del Senato.

<sup>136</sup> Tra i tanti riferimenti possibili, nella dottrina, in ordine a questa fondamentale disposizione costituzionale ed alla “garanzia istituzionale” dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario rappresentata nel nostro sistema dal C.S.M., si richiamano G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 174 ss.; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp.143-173; F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 105*, cit., pp. 70 ss.; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 21 ss.; da ultimo, C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* (versione definitiva), cit., in particolare § 1-2 e 11.

<sup>137</sup> Di qui, il giudizio della dottrina – tanto *tranchant* quanto, per il vero, con-

Nell'assetto delle competenze in materia di tirocinio, ridisegnato nei termini appena indicati dalla legge 111/2007, l'unica perplessità che per contro potrebbe avanzarsi riguarda la latitudine dei poteri normativi devoluti all'organo di autogoverno: a differenza che in altre parti della riforma (si consideri, a titolo di esempio, la puntuale definizione dei criteri per le cc.dd. valutazioni di professionalità dei magistrati<sup>138</sup>), in questo caso il legislatore, attribuendo espressamente al C.S.M. il potere di stabilire in via generale «le modalità di svolgimento delle sessioni del tirocinio» (art. 18, comma primo, d.lgs. 26/2006, nuovo testo), pare invero aver ecceduto nella delega al Consiglio, rispetto ai limiti stabiliti dalla riserva di legge di cui all'art. 108.1 Cost. in materia di ordinamento giudiziario<sup>139</sup>.

diviso – nei confronti della riforma approvata nella passata legislatura, specialmente con riguardo al profilo in esame, di “incostituzionalità di impianto”: in particolare, L. ELIA, *Relazione* al Congresso straordinario dell'Associazione Nazionale Magistrati, Napoli, 24 settembre 2004, cit.; G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit.; A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, in *Atti del Convegno “Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea”*, Accademia Nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003, cit., tutti riferiti ai lavori preparatori, ma le cui osservazioni critiche – in larga parte fatte proprie dal Presidente Ciampi nel messaggio di rinvio alle Camere del provvedimento di riforma originariamente licenziato il 1° dicembre 2004 (per cui, v. M. LUCIANI, *Il rinvio presidenziale*, in AA.VV., *La legge di riforma*, cit., pp. 9-11, e P. SCHLESINGER, *Sul messaggio inviato da Ciampi alle Camere sulla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Corr. giur.*, 2, pp. 153 ss.) – rimangono valide anche per la versione definitiva della legge delega (sul solo parziale recepimento da parte del legislatore, del resto, dei rilievi di legittimità formulati nel messaggio presidenziale, v. M. DOGLIANI e I. MASSA PINTO, *La crisi costituzionale*, cit., par. 5, e M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della giustizia*, cit., spec. pp. 26-29; C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* (versione provvisoria), cit., sez. II, § 1).

<sup>138</sup> Operata dall'art. 11, comma secondo, d.lgs. 160/2006, nel testo introdotto dall'art. 2, comma secondo, della legge di riforma: in argomento, si v. ancora S. SICCARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., pp. 95 ss. e ID., *Formazione, promozione e controlli*, cit.

<sup>139</sup> Per quanto infatti oggi, attenuando l'impostazione rigoristica tradizionale (ben esemplificata da S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, p. 240), si tenda ad attribuire carattere *relativo* alla riserva di legge in esame, in particolare nei confronti del C.S.M. (sulla scia di quanto originariamente proposto da G. ZAGREBELSKY nello studio *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 854 ss.), nondimeno appare indubitabile che essa richiede la previa determinazione da parte della legge, quantomeno, dei criteri generali cui l'Esecutivo – o, come nella specie, il Consiglio – dovrebbe attenersi nell'esercizio dei propri poteri normativi. Per questa tesi, cfr., di recente, V. ONIDA, *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri dello Stato*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, cit., p. 34, e N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 14 ss.. Va peraltro osservato che la riformulazione dell'art. 18 d.lgs. 26/2006 nei termini generici di cui nel testo

A prescindere da tale rilievo, in conseguenza della ristabilita potestà organizzativa del C.S.M. e dell'eliminazione della rigida separazione delle funzioni<sup>140</sup>, la sessione di tirocinio compiuta presso gli uffici giudiziari – veniamo così alla terza novità sostanziale della disciplina che ci occupa rispetto alla precedente riforma – non risulta più, in base alle norme oggi vigenti, differenziata da uditore a uditore<sup>141</sup> secondo la scelta preconcorsuale della funzione (requirente o giudicante) di destinazione, prevista dalla legge delega del 2005<sup>142</sup> ed ora, come si è visto, abrogata; ma è adattata al nuovo regime della prima attribuzione delle funzioni, di cui all'art. 13, comma secondo, d.lgs. 160/2006. A tal proposito, questa disposizione, interamente riscritta dalla legge in commento<sup>143</sup> in applicazione del principio di unicità della magistratura ordinaria – pure riaffermato rispetto al più recente passato<sup>144</sup> – e recependo una (ragionevole) proposta formulata alcuni anni orsono dall'A.n.m., stabilisce che, al termine del tirocinio ed anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, i magistrati ordinari «non possono essere destinati a svolgere le funzioni requirenti, giudicanti monocratiche penali o di giudice per le indagini preliminari o di giudice dell'udienza preliminare»<sup>145</sup>. Po-

non fa che riprodurre la disposizione precedentemente contenuta nell'art. 129 O.G. 1941 (per cui, v. *supra*, pp. 13 s.).

<sup>140</sup> Per la quale, v. *supra* e più ampiamente *infra*, nella conclusione di queste note.

<sup>141</sup> *Rectius*, tra «magistrati ordinari in tirocinio»: cfr. le precedenti note 88 e 125.

<sup>142</sup> Per le cui specifiche ricadute sulle modalità di organizzazione del tirocinio presso gli uffici ed in particolare della sua *ultima* parte, si v., in aggiunta a quanto rilevato sopra nel testo, M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., p. 104 (che aveva ritenuto, peraltro, la disciplina introdotta dalla legge in questione contraddittoria rispetto al proclamato obiettivo della “distinzione rafforzata delle funzioni” requirenti e giudicanti).

<sup>143</sup> Segnatamente, ad opera dell'art. 2, comma quarto.

<sup>144</sup> Anche se, dopo l'intervento manipolativo del Senato, in termini meno dichiaratori della proposta inizialmente presentata dal Governo: mentre infatti quest'ultima sanciva espressamente l'unicità della Magistratura «nel concorso di ammissione, nel tirocinio e nel ruolo di anzianità», l'art. 10.1 d.lgs. 160/2006, come modificato dalla legge 111/2007, si limita ad affermare – in pressoché testuale riproduzione dell'art. 107.3 Cost. – che «i magistrati ordinari sono distinti secondo le funzioni esercitate».

<sup>145</sup> Si tratta infatti, secondo l'A.N.M. (cfr. *Sulle proposte*, cit., p. 9) di funzioni monocratiche particolarmente delicate, di cui pertanto sarebbe risultata inopportuna l'attribuzione da parte del C.S.M. a giovani magistrati direttamente provenienti dal periodo di tirocinio (come si sarebbe invece verificato, quantomeno con riguardo alle funzioni di pubblico ministero, qualora avesse trovato applicazione il regime della separazione delle funzioni stabilito dagli artt. 8, comma 2, e 13 ss. d.lgs. 160/2006, fatti oggetto di sospensione dalla ricordata l. 269/2006 e poi riformulati dalla riforma approvata nel luglio 2007: v. *supra* nel testo, e nota 32). L'importanza delle esigenze concrete sottese alla previsione in oggetto ha avuto, del resto, una particolare sotto-

sto che, da un lato, il d.lgs. 26/2006 anche dopo la legge 111/2007 continua a prevedere la ripartizione della sessione pratica del tirocinio in tre periodi, l'ultimo dei quali svolto «presso un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione» del magistrato (art. 21.1); e che, dall'altra parte, la norma richiamata impone dunque che, a seguito del giudizio favorevole di idoneità allo svolgimento delle funzioni emesso dal (e solo dal) Consiglio Superiore della Magistratura, i magistrati vengano assegnati ad un ufficio giudicante (civile, o penale collegiale; e non più, in via alternativa, anche ad un ufficio di Procura secondo una loro precedente manifestazione di volontà), sarà presso questo ufficio, in conclusione, che essi dovranno espletare l'ultimo "segmento" del tirocinio con funzioni: con preferenza – si confida – per la specifica funzione che si prevede verrà loro conferita (giudice ordinario, civile o penale; giudice del lavoro; di sorveglianza; minorile).

6. *Considerazioni conclusive. Ipotesi per un possibile ripensamento della disciplina, tra esigenze – “organizzative” e “di sistema” – italiane e riferimenti europei*

Abbiamo veduto che le tre essenziali caratteristiche della disciplina dell'accesso alla magistratura ordinaria emergente dalla legge 111/2007 sono il *concorso di secondo grado*<sup>146</sup> (attraverso canali però ancora in parte eterogenei e con le rilevanti eccezioni costituite dall'ammissione dei diplomati SS.PP.LL. e dei dottori di ricerca, per i quali potrebbe meglio parlarsi di concorso “misto”); l'*unicità della selezione concorsuale per i magistrati requirenti e giudicanti* (non messa seriamente

lineatura in sede parlamentare, ove infatti – va pure rilevato – si è pervenuti ad una sua formulazione più rigorosa rispetto a quella inizialmente proposta dall'Esecutivo di centrosinistra, che limitava la preclusione alle sole funzioni requirenti e di g.i.p. e soprattutto consentiva al C.S.M. di derogarvi, con provvedimento motivato, in presenza di «particolari esigenze di servizio»: v. in particolare, a tal riguardo, l'intervento in commissione del sen. D'Ambrosio, ex magistrato di spicco del pool milanese di “Mani Pulite”, in *Senato della Repubblica - Legislatura 15° - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 71 del 17/04/2007*, cit.

<sup>146</sup> Modalità di reclutamento, questa – giova rammentare a questo punto dell'esposizione –, cui continuano ad aggiungersi nel nostro ordinamento giudiziario le ipotesi, numericamente di fatto irrilevanti eppure di indubbia importanza sistematica, della *nomina di avvocati e docenti universitari a consigliere di cassazione*, ai sensi della l. 303/1998, e dello specifico *concorso per magistrato di tribunale, riservato agli avvocati* con almeno cinque anni di effettivo esercizio della professione, introdotto dalla successiva l. 48/2001, di cui si è detto *supra*, rispettivamente nelle note 13 e 24.

in dubbio, per il vero, dalla stessa precedente riforma del 2005<sup>147</sup>), seguita da un *periodo di tirocinio comune*, per tutti ripartito tra formazione teorica avanzata (presso la Scuola della Magistratura) e partecipazione allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali (presso gli uffici giudiziari), sottoposte entrambe alla potestà direttiva ed alla valutazione conclusiva del C.S.M.; *l'attribuzione iniziale delle funzioni nel settore giudicante*, per espresso dettato normativo<sup>148</sup>, con il conseguente abbandono dei vincoli che nel sistema delineato dalla precedente legge 150/2005 derivavano dallo specifico “indirizzo” del tirocinio fondato sull'opzione preliminare espressa dal magistrato interessato al momento della presentazione della domanda di partecipazione al concorso.

L'esame condotto sino a questo punto dovrebbe ora consentire di porre in rilievo i principali aspetti positivi e non della legge di riforma, dal duplice punto di vista dell'efficacia concreta delle soluzioni operative perseguite e delle relative ricadute – ove presenti – sulla configurazione complessiva dell'istituzione giudiziaria<sup>149</sup>; per quindi valutare la disciplina vigente, in conclusione, in una prospettiva di più ampio respiro: diacronico, con particolare riferimento alla riforma varata nella penultima legislatura, e sincronico, sul versante dell'analisi comparata, resa opportuna in un contesto di – timido, ma percepibile – avvicinamento degli ordinamenti europei anche in materia di organizzazione giudiziaria<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Salva forse la previsione, precedentemente commentata, del colloquio di idoneità psico-attitudinale (da svolgersi infatti, secondo l'originario art. 1.7 d.lgs. 160/2006, «anche in relazione alle specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione»). Deve peraltro rilevarsi, a tal proposito, che la formulazione definitiva della legge di delega non rispecchia le intenzioni originarie dei proponenti, dato che il d.d.l. presentato dall'Esecutivo di centrodestra contemplava in questo ambito, nella prospettiva della “distinzione rafforzata delle funzioni”, *prove d'esame, commissioni e posti a concorso distinti per magistrati requirenti e giudicanti*, giustificandosi pienamente proprio in tal senso la preliminare indicazione della funzione di destinazione imposta a tutti i candidati e rimasta, con le conseguenze operative innanzi descritte, nel testo finale della legge.

<sup>148</sup> E fatte salve, naturalmente, le funzioni giudicanti penali specificamente indicate nell'art. 13, comma secondo, d.lgs. 160/2006, di cui si è detto poco sopra, nel testo ed in nota.

<sup>149</sup> Per contenuto ed importanza di questi due parametri – definiti “organizzativo” e “di sistema” – di valutazione complessiva della disciplina in materia di accesso alla Magistratura, ci si consenta di rinviare *supra*, ai §§ 1 e 4 ed ai relativi riferimenti nella dottrina.

<sup>150</sup> Nella dottrina recente, hanno messo in luce tale tendenza, sia pure in una prospettiva opportunamente articolata e problematica, i diversi studi raccolti in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004 (tra cui si segnalano, in particolare, G. LOMBARDI,



Cominciando dagli elementi positivi, essi sono rappresentati, a parere di chi scrive, dal *ripristino dell'unitarietà delle funzioni requiranti e giudicanti* (o per essere più precisi, dei ruoli organici dei magistrati ad esse rispettivamente destinati)<sup>151</sup>; dalla conferma della *struttura bipartita* – di impronta, ad un tempo, formativa e “professionalizzante” – conferita al *periodo di uditorato* dal d.lgs. 26/2006; dagli interventi razionalizzatori realizzati, infine, in materia di *procedimento concorsuale* vero e proprio.

In ordine al primo punto, è da osservare che la legge 111/2007, riaffermata sul piano generale rispetto alla riforma “Castelli” – come già si è ricordato – la caratterizzazione unitaria della carriera dei magistrati ordinari, ha introdotto, nello stesso momento, un articolato sistema di limitazione in concreto del passaggio di funzioni (art. 2, comma quarto, recante modifiche all'art. 13 d.lgs. 160/2006), mediante meccanismi preventivi e successivi, che appaiono volti a perseguire, rispetto allo stesso art. 190 O.G. (che regolava la materia prima dell'attuazione della legge 150/2005), la specifica – e solo in parte coincidente in un sistema processuale accusatorio – qualificazione professionale di giudici e pubblici ministeri e l'imparzialità dei magistrati “tramutati” nell'esercizio della nuova funzione.

Più specificamente, al primo obiettivo rispondono le previsioni relative all'obbligo quinquennale di permanenza nella stessa funzione (con il divieto di passaggio per più di quattro volte nel corso della carriera) e di partecipazione ad un corso di riqualificazione *ad hoc* organizzato dal C.S.M.; oltre che, in misura minore, la puntuale procedimentalizzazione del giudizio di idoneità allo svolgimento della diversa funzione, nel cui contesto risulta ora opportunamente valorizzata la funzione consultiva del consiglio giudiziario competente<sup>152</sup> (il

*La situazione attuale del potere giudiziario (profili di diritto comparato)*, pp. 43 ss., e I.J. PATRONE, *La Magistratura nell'esperienza costituzionale comparata*, pp. 115 ss.) e, con specifico riguardo alla materia in esame, G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., in particolare il cap. I (relativo ai principi individuati dalle fonti del diritto internazionale e, segnatamente, dalla Raccomandazione n. R (94) 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa), e Id., *La Scuola della Magistratura italiana alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., cap. I.

<sup>151</sup> Sull'esatta portata dell'espressione “separazione delle funzioni”, in particolare rispetto alla più frequentemente utilizzata formula della “separazione delle carriere”, v. infatti ancora C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., pp. 51-52, e N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 144-5, citati sopra alla nota 32.

<sup>152</sup> Secondo, del resto, una più generale linea di tendenza della riforma dell'ordinamento giudiziario in esame e della stessa precedente legge delega 150/2005: cfr., in argomento, G. SANTALUCIA, *I Consigli giudiziari*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento*, cit., spec. pp. 192 ss.; ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit.,



quale infatti, ai sensi dell'attuale art. 13.3 d.lgs. 160/2006, per l'emissione del proprio parere acquisisce le osservazioni e la «valutazione di idoneità» espressa dal Presidente della Corte di appello o dal Procuratore generale, a seconda che l'interessato svolga funzioni giudicanti o requiranti, sulla base delle indicazioni fornite dal Capo dell'ufficio ed eventualmente – ma si tratta di un'ipotesi di non trascurabile significato – dal Presidente del locale Consiglio dell'Ordine degli avvocati). La garanzia dell'imparzialità del magistrato (anche a seguito del tramutamento di funzione, dall'altro lato, viene affidata dalla legge in commento all'introduzione di un tendenziale principio di incompatibilità in ambito distrettuale (che diviene regionale, in caso di presenza di più distretti di Corte d'appello nella stessa Regione)<sup>153</sup>, che molto ha fatto discutere durante i lavori preparatori, suscitando prese di posizione piuttosto dure da parte dell'A.N.M. e vedendo ciononostante estesa la propria portata applicativa all'esito dell'esame svolto dal Senato<sup>154</sup>.

pp. 117- 131, e la stessa *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. del 2007, cit., pp. 10 s. Per un esame aggiornato della disciplina sul passaggio di funzioni, v. invece N. ZANON, *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo*, cit., e S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 98.

<sup>153</sup> Diciamo «tendenziale», in quanto l'art. 13 d.lgs. 160/2006, nel testo vigente come riformulato dalla l. 111/2007, sottrae espressamente alle limitazioni in questione – che con ogni evidenza rappresentano l'elemento decisivo della nuova disciplina – le ipotesi di passaggio da funzioni giudicanti civili o del lavoro a funzioni requiranti penali e viceversa, per cui l'incompatibilità risulta circoscritta al livello circondariale e provinciale (comma quarto), nonché il tramutamento di funzioni di legittimità, direttive e non (comma sesto).

<sup>154</sup> Com'era facilmente prevedibile data l'importanza della materia e la delicatezza della posta in gioco, nel corso dell'*iter* parlamentare del d.d.l. – in particolare al Senato – le proposte originariamente presentate dal Governo Prodi sono state infatti oggetto di critiche notevoli e, di fatto, incrociate. Da un lato, il C.S.M., nel suo *Parere* del 31 maggio 2007 (pp. 20-21) ha severamente giudicato l'incompatibilità endodistrettuale «eccessiva rispetto agli obiettivi di funzionalità e di trasparenza perseguiti, priva di razionalità e incidente sulle scelte di cambiamento in modo così incisivo da rischiare di scoraggiarle del tutto», suggerendone conseguentemente la generalizzata limitazione al livello circondariale (come richiesto a sua volta dall'A.N.M., a p. 11 del citato documento *Sulle proposte del Ministro della Giustizia*); dall'altra parte, la maggioranza dei componenti della Commissione Giustizia del Senato, indipendentemente – è il caso di notare – dalla rispettiva collocazione politica, ha ritenuto troppo ampie le eccezioni a tale regola generale inizialmente previste nel d.d.l., che riguardavano, nell'ordine, i seguenti possibili casi di tramutamento: 1) all'atto del conferimento di una *funzione direttiva di primo grado*; 2) all'atto del conferimento di una *funzione di secondo grado* (anche non direttiva: in questa ipotesi, l'incompatibilità veniva ristretta al livello circondariale); 3) al momento del passaggio di funzioni, comprese quelle direttive, *nell'ambito della Corte di cassazione* (cfr., sul punto, la *Relazione di accompagnamento* al d.d.l., cit., pp. 17-18). Di qui, la proposta di un allargamento dell'incompatibilità in chiave di maggior tutela dell'imparzialità del ma-

Tale principio, peraltro, così come le altre disposizioni limitative indicate, non si pone in contraddizione con lo spirito ed il senso complessivo delle norme stabilite in materia di passaggio di funzioni dalla recente riforma. Esse infatti, se poste solo a confronto con le scelte effettuate con la legge delega del 2005, danno la misura di un autentico – e sostanziale – *révirement*. Ferme restando le considerazioni di carattere generale precedentemente svolte<sup>155</sup> (e sottolineata, comunque, l'estrema delicatezza del problema, che sconsiglia aprioristiche prese di posizione e risposte *tranchants*, pure non infrequenti nella realtà del dibattito politico), sullo specifico – nondimeno, secondo quanto si è via via andati dicendo, tutt'altro che irrilevante – versante dell'accesso, tutto ciò comporta il ritorno della disciplina del concorso e del tirocinio alla sua precedente connotazione unitaria, con la presa d'atto della distinzione (netta, però) esclusivamente processuale delle funzioni requirenti e giudicanti – preordinate ad una comune finalità di garanzia del diritto obiettivo<sup>156</sup> – e della conseguente inopportunità della formazione, a livello di ordinamento giudiziario, di corpi di organi giurisdizionali *ab origine* separati.

Del pari condivisibile, nel contesto della legge approvata nel 2007 – anche se in questo caso si tratta, come già sopra accennato, della conferma di una soluzione adottata dalla riforma della precedente legislatura –, appare poi l'articolazione del periodo di uditorato<sup>157</sup> (ora

gistrato, avanzata in sede di discussione generale dai senatori Di Lello Finuoli (RC-SE), Castelli (LNP), Casson (Ulivo) e Centaro (FI) e formalizzata nella seduta del 20 giugno 2007 dal Relatore, sen. Di Lello Finuoli, in rappresentanza del Comitato ristretto costituito per l'esame del provvedimento, nel testo poi approvato – con ulteriori limitate correzioni – dall'Assemblea (per tutto ciò, v. i *Resoconti sommari di seduta* dell'11/04, 09/05, 10/05, 15/05 e 20/06, in [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Dd-liter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Dd-liter/28002.htm)).

<sup>155</sup> V. *supra*, in particolare al § 4, con le relative note.

<sup>156</sup> Tale conclusione si traduce sul piano istituzionale giudiziario nella concezione, prevalente nella dottrina italiana del secondo dopoguerra ed elaborata soprattutto da Mario Chiavario, del pubblico ministero quale “organo di giustizia”, tenuto all'esercizio imparziale dell'azione penale, in vista del perseguimento dell'esclusivo interesse della legge (per una recente affermazione di questa tesi, cfr. M. CHIAVARIO, *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine, 22-24 ottobre 2004, cit., pp. 26ss., e gli altri AA. richiamati nella precedente nota 59); concezione, la quale si differenzia nettamente da quella tradizionale, importata nell'ordinamento giudiziario sabauda prima ed italiano poi dal sistema inquisitorio francese, del p.m. come organo essenzialmente amministrativo, chiamato a realizzare nel processo penale l'interesse statale – in concreto, affidato al potere esecutivo – al mantenimento dell'ordine pubblico ed alla repressione dei reati e perciò gerarchicamente subordinato al Ministro della Giustizia (per questa distinzione, si v. N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, Codit, 1995, pp. 96-97).

<sup>157</sup> Salve le parziali riserve sull'intervenuta riduzione della sua durata comples-

denominato «tirocinio dei magistrati ordinari») disciplinato dal d.lgs. 26/2006 in due sessioni tra di loro complementari; con la previsione della presa in carico dei futuri magistrati tanto da parte dei magistrati già in servizio, come avveniva nel sistema anteriore alla legge 150/2005, quanto – e qui risiede l'innovazione certamente più rilevante – dell'istituenda Scuola della Magistratura, struttura preposta *ex lege* alla «formazione ed all'aggiornamento professionale dei magistrati» (art. 2.1, lett. *a*, d.lgs. cit.) anche dopo il pieno conferimento delle funzioni<sup>158</sup>. Rispetto alla precedente riforma, inoltre, opportunamente la Scuola viene privata dei compiti *strictu sensu* valutativi nei confronti dei magistrati in tirocinio, compiti invece costituzionalmente riservati al C.S.M.<sup>159</sup>.

In terzo ed ultimo luogo, merita di essere positivamente segnalato, a dispetto dei suoi esiti presumibilmente non soddisfacenti a causa dei prevedibili effetti dell'allargamento delle possibilità di partecipazione alla selezione concorsuale, il tentativo, quantomeno, della legge 111/2007 di affrontare i nodi più ostici – e perciò tradizionalmente irrisolti – dell'*organizzazione del concorso* strettamente intesa, attraverso la correzione delle parti meno adeguate della riforma del 2005 (come ad esempio, la riduzione dei membri della commissione) e l'introduzione di timidi meccanismi di snellimento delle procedure.

È da dubitare, però, alla luce dell'analisi svolta, che tali pur apprezzabili interventi normativi – pressoché scontati, in verità, i primi due, data la complessiva estrazione politico-culturale della maggioranza parlamentare di centrosinistra e le consistenti obiezioni sollevate, nella legislatura precedente, dalle scelte relative alla separazione delle funzioni ed alla configurazione della Scuola della Magistratura; tutto sommato circoscritti quelli in materia di procedimento concorsuale – potranno significativamente agevolare la soluzione dei più rilevanti problemi dell'accesso alla magistratura ordinaria, quale ereditato dall'esperienza applicativa degli ultimi decenni<sup>160</sup> e riformato dai provvedimenti più recenti: l'*insufficiente selezione professionale dei futuri magistrati*, l'*eccessiva durata delle operazioni di rinnovo degli organici* e – più in generale e soprattutto in relazione alla legge 150/2005

siva, ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 26/2006, avanzate nel paragrafo precedente (cfr., a tal riguardo, anche le note 127-130).

<sup>158</sup> In complesso adesiva anche la valutazione espressa in merito dal C.S.M., nel citato *Parere* del 31 maggio 2007, a p. 34.

<sup>159</sup> Come chiarito *supra*, § 5.

<sup>160</sup> Per la quale, v. sopra nel testo, con il rinvio, in particolare, alle conclusioni enucleate nel senso indicato nel testo nel volume curato da ASTRID, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 32-33 (precedente ed in certo senso strumentale alla presentazione della proposta di riforma in esame).

(sia pure con tutte le incertezze e le ambiguità che si è tentato di porre in rilievo nella prima parte di questo lavoro) – il rischio di un *irrigidimento strutturale dell'istituzione giudiziaria*, la quale, in conseguenza della tendenziale trasformazione dell'accesso in un concorso di secondo grado, risulterà composta da soggetti di età più elevata e di estrazione socio- culturale meno eterogenea che non in passato<sup>161</sup>.

Se infatti si esamina nel suo insieme il testo della riforma, è agevole rendersi conto del mantenimento dell'impianto di fondo dell'opinabile sistema di accesso introdotto nella precedente legislatura, soprattutto per quanto concerne il decisivo aspetto dei *requisiti di ammissione al concorso*, di cui all'art. 2 d.lgs. 160/2006<sup>162</sup>: requisiti – si ritiene, in relazione a quanto osservato nel paragrafo precedente –, complessivamente non in grado di assicurare quella rigorosa selezione iniziale degli appartenenti all'ordine giudiziario, che è oggi certamente imposta dalla natura non più meramente applicativa delle norme giuridiche assunta dalla funzione giurisdizionale<sup>163</sup> (norme, le quali di-

<sup>161</sup> Secondo quanto rilevato *supra*, § 4; per ciò che più specificamente riguarda le perplessità sollevate, a tal proposito, dalla riforma della passata legislatura, oltre, ancora, al *Parere* C.S.M. del 31 maggio 2007, p. 6, si rinvia a L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, cit., pp. 656 s., secondo cui – assai criticamente – la soluzione recepita dalla legge 111/2007 è «frutto soltanto, a ben guardare, della infatuazione collettiva per il concorso di secondo grado che ha percorso questi anni di pensiero *debole*» ed avrà «l'effetto di introdurre una marcata selezione per censo, di innalzare il livello medio dell'età media dei vincitori del concorso (con inevitabile incremento della connotazione burocratica dei nuovi magistrati), di escludere alcuni dei candidati più brillanti» (ultimo corsivo nostro).

<sup>162</sup> La sostanziale continuità tra i due ultimi provvedimenti di riforma delle norme sul reclutamento concorsuale dei magistrati ordinari emerge del resto chiaramente dalla stessa *Relazione preliminare* al d.d.l. Mastella, pp. 6 e 16-17: cfr., sul punto, *supra*, § 5.

<sup>163</sup> Cfr., in particolare e da un'interessante prospettiva di sociologia delle istituzioni, l'attenta analisi di C. GUARNIERI (da ultimo, *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, cit., pp. 39-42, con il relativo riferimento, in materia, a E. GROSS e A. ETZIONI, *Organizzazioni e società*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 194-198): muovendo dalla constatazione della tensione esistente nei sistemi istituzionali contemporanei tra la generale espansione degli «ambiti di attività umana oggetto di decisione giudiziaria» e l'indebolimento – delegittimante l'intero apparato giudiziario – del legame tra quest'ultima e «le norme giuridiche preesistenti» in conseguenza del crescente spazio dell'interpretazione, l'A. giunge a prospettare, quali possibili soluzioni alternative al problema, l'ipotesi, qui avanzata nel testo, della severa valutazione degli aspiranti magistrati in sede di accesso (a suo parere, peraltro, perseguibile solo mediante un sistema di reclutamento indiretto su base professionale come quello degli ordinamenti di *common law*), ed il controllo sulle capacità professionali effettuato nel successivo svolgimento della carriera del magistrato (secondo il modello, invece, degli ordinamenti giudiziari di *civil law*, non privo, a sua volta, di difetti e distorsioni operative in larga parte riconducibili alla sua logica gerarchica, né comunque riproducibile, almeno nel nostro Paese, nella sua

vengono intanto sempre più numerose e complesse)<sup>164</sup>, né – in una più ampia prospettiva “di sistema” – di agevolare, in concorso naturalmente con le altre componenti della disciplina sull’ordinamento giudiziario<sup>165</sup>, la strutturazione di una Magistratura adeguatamente dif-

configurazione tradizionale). In base infatti ad «una notissima legge organizzativa, (...) se si vuole che i componenti di un’organizzazione ne perseguano effettivamente i fini istituzionali [nella fattispecie, la più corretta e ragionevolmente uniforme applicazione possibile delle disposizioni di legge, *n.d.a.*], (...) o li si controlla più o meno strettamente nell’esercizio dei loro compiti – con incentivi e sanzioni, più o meno complessi e raffinati a seconda del tipo di organizzazione – oppure *li si seleziona dall’inizio con estrema cura* (corsivo nostro), in modo da essere sicuri che questi componenti si identifichino così strettamente coi fini dell’organizzazione da adeguarsi spontaneamente, o da far sì che – e mi si perdoni il gergo sociologico – il loro gruppo di riferimento sia composto prevalentemente da persone con una forte identificazione professionale, fatto che non può non condizionarne notevolmente il comportamento». È questa, a nostro parere, una chiave di lettura della materia in esame che, se non può certo essere estremizzata a danno di altre argomentazioni di ordine più strettamente giuridico (a partire, per quanto ci riguarda, dall’includibile dato costituzionale), nondimeno avrebbe certamente potuto essere tenuta in maggiore considerazione da parte (anche) del legislatore del 2007.

<sup>164</sup> D’altra parte, può notarsi che nel contesto del processo di riforma dell’ordinamento giudiziario culminato nella legge 111/2007 non è nemmeno priva di collegamento con l’evoluzione dei caratteri tipici dello *ius dicere*, quale evidenziata nel testo, l’elevazione della “professionalità” a criterio principale per l’avanzamento dei magistrati nelle funzioni di merito e di legittimità: ed infatti, in senso non dissimile, già F. BONIFACIO- G. GIACOBBE, in *Art. 106*, cit., p. 124, avevano sostenuto che «l’accertamento tecnico della idoneità ad essere ammessi a far parte dell’ordine giudiziario (...) si traduce nell’accertamento della professionalità: intesa questa espressione nel senso di capacità di sapere assolvere al ruolo di garanzia che, attraverso l’applicazione della legge, la giurisdizione esercita». Sul decisivo passaggio intervenuto in materia di progressione delle funzioni ad opera della riforma del 2007, dal sistema dei concorsi (per soli titoli, o per titoli ed esami) di cui alla legge 150/2005, incentrato sulla Scuola della Magistratura e su Commissioni esterne al C.S.M. (per il quale, v. M. BERTUZZI, *Progressione nelle funzioni ed incarichi direttivi negli uffici di merito*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 47-91), alle cc.dd. “valutazioni di professionalità” effettuate dal C.S.M. (art. 11, comma nono, d.lgs. 160/2006, nel testo modificato dall’art. 2.2 l. 111/2007), v. in particolare il *Parere* del CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA del 31 maggio 2007, cit., pp. 10-16, ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 6-8, e, in dottrina, la ricostruzione di S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., 98 ss., e ID., *Formazione, promozioni e controlli*, cit., tutti di segno complessivamente – e, viene da dire, comprensibilmente – positivo.

<sup>165</sup> Costituendo infatti un dato ormai pacifico nella dottrina che ciascun modello (ideale o riscontrabile sul piano empirico) di organizzazione giudiziaria risulta definito da una pluralità di variabili, tra cui rivestono un’importanza speciale le regole che disciplinano lo *status* e la *carriera dei magistrati* e quelle che presiedono al funzionamento dei relativi *apparati di governo* (nel caso italiano, C.S.M., Consigli giudiziari, ed in parte Ministro della Giustizia), che non possono essere qui oggetto di

ferenziata sul piano della composizione interna e nondimeno connotata da sostanziale ed apprezzabile identità di formazione giuridica.

Da questo punto di vista, anzi, il pressoché integrale recepimento da parte della legge 111/2007, al di là delle limitate modifiche formali sopra evidenziate, del *pantheon* dei titoli di accesso costruito dalla riforma del 2005 avvalorata la non positiva impressione di una generale involuzione di tale disciplina, che oggi più che in passato appare connotata da un assetto non pienamente coerente, tra fattispecie autenticamente di secondo grado (come, emblematicamente, i magistrati amministrativi e contabili) ed altre di natura ben diversa (in particolare, dottori di ricerca e diplomati SS.PP.LL. e D.P.R. n. 162/1982)<sup>166</sup>, e ciononostante ad esse *in toto* equiparate ai fini dell'accesso: con la conseguenza di non restringere in misura apprezzabile la platea dei candidati né di garantirne, (anche) per l'effetto, una selezione improntata a criteri di merito e sufficientemente rapida.

Certo, la ristrettezza dei tempi disponibili per l'esame parlamentare del d.d.l., imposta dall'esigenza di pervenire ad una sua celere approvazione in modo da scongiurare la (nuova) entrata in vigore della riforma "Castelli" dopo la citata sospensione *ex lege* 269/2006<sup>167</sup>, ha precluso all'allora maggioranza di centrosinistra, di fatto, quel ripensamento profondo e puntuale dei principi ispiratori del concorso, che si imponeva dopo le modifiche introdotte nella penultima legislatura, anche in ragione delle relative implicazioni di carattere istituzionale. Tuttavia, a prescindere dall'imputabilità di tale non propi-

approfondimento: cfr. A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario (dir. comp. e stran.)*, cit., pp. 1-7; ID., *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*, in P. L. ZANCHETTA, *Governo e autogoverno della Magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, Franco Angeli, 1987, pp. 151 ss.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002; più recentemente C. GUARNIERI, *Relazione* tenuta al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, cit., pp. 39 ss., la cui analisi comparatistica delle specifiche interazioni tra i meccanismi di reclutamento e la disciplina della carriera dei magistrati ordinari è stata richiamata nella penultima nota.

<sup>166</sup> Tale circostanza, peraltro, sarebbe risultata ancora più evidente qualora il ventaglio degli aventi titolo alla partecipazione al concorso si fosse ulteriormente arricchito – come proposto nella formulazione originaria del d.d.l. di riforma – della categoria dei laureati con votazione elevata: cfr. *supra*, § 5.

<sup>167</sup> Per questo elemento contingente, eppure affatto privo di conseguenze sull'elaborazione della "riforma della riforma" in commento, sia consentito rinviare *supra*, alla nota 1; la necessità di approvare la nuova proposta governativa entro la scadenza del termine di sospensione fissato dalla legge 269/2006 era stata sottolineata con forza, del resto, durante l'*iter* parlamentare, dallo stesso Presidente Napolitano, nella seduta plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura del 6 giugno 2007 (il cui resoconto è reperibile nel sito dell'organo, [www.csm.it](http://www.csm.it)) ed in una successiva lettera inviata, allo scopo, ai Presidenti dei due rami del Parlamento.



zia situazione ai ritardi di questa stessa maggioranza politica, nella presentazione prima (da parte del Governo)<sup>168</sup> e nella discussione poi (in particolare, al Senato) del testo della riforma, è difficile, a fronte di questo obiettivo stato di cose, sottrarsi alla constatazione che il rapido avvicinarsi di interventi normativi (tre, addirittura, negli ultimi dieci anni) non abbia giovato, in complesso, alla disciplina della materia in esame, la cui evoluzione si è tentato di ripercorrere con il presente lavoro<sup>169</sup>; ed anzi presenti tutti i rilievi che – da una prospettiva critica ovvero semplicemente descrittiva dell'esistente – vengono d'abitudine avanzati nei confronti della produzione delle fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei: un'attività episodica, disorganica, per lo più legata a fattori contingenti e dunque farraginosa e fatalmente esposta al rischio di un suo (auto)superamento prima ancora di avere trovato concreta applicazione<sup>170</sup>. Se in molti settori

<sup>168</sup> Ritardo, quello dell'Esecutivo, rilevato non senza polemica dal Presidente della Commissione Giustizia del Senato, sen. Salvi, nella seduta iniziale di esame in sede referente del disegno di legge: *Senato della Repubblica - Legislatura 15° - 2ª Commissione permanente - Resoconto sommario n. 70 del 11/04/2007*, in [www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm](http://www.senato.it/leg/15/BGT/Schede/Ddliter/28002.htm).

<sup>169</sup> Sulla complessità del percorso di riforma dell'ordinamento giudiziario avviato a cavallo delle due ultime legislature e sulla tutt'altro che ineccepibile tecnica normativa utilizzata in particolare dal legislatore delegante del 2005 (oggetto di specifico rilievo nel già citato messaggio di rinvio del Capo dello Stato alle Camere del testo inizialmente approvato il 1° dicembre 2004), si vedano M. OLIVETTI, *La nuova organizzazione della giustizia*, cit., pp. 1-10 e 17-21; L. CUOCOLO, *Le osservazioni del Presidente della Repubblica sul drafting legislativo tra rinvio della legge e messaggio alle Camere*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 7 gennaio 2005; M. LUCIANI, *Il rinvio presidenziale*, cit., pp. 9ss.; da ultimo, con riferimento anche alla legge 111/2007, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., § 1-2 e C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato* (versione provvisoria), cit., Sez. II, § 2.

<sup>170</sup> Questi caratteri dell'odierna attività di produzione normativa e le loro conseguenze destabilizzanti sul tradizionale "sistema" delle fonti del diritto sono stati ampiamente enucleati in tempi recenti, con riferimento all'ordinamento italiano, tra i tanti, da F. MODUGNO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in Id. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 17 ss.; G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, Relazione tenuta nell'ambito delle *Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 4 marzo 2005, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2005, spec. pp. 888 ss. e 942-944; M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, cit., pp. 143 ss.; A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, Intervento al Convegno su *La funzione normativa di Comuni, Province e Città metropolitane nel nuovo sistema costituzionale*, Trapani 3-4 maggio 2002, e A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto*



dell'ordinamento, però, le deficienze (o gli errori) nella produzione normativa possono venire opportunamente surrogate – per quanto, a nostro avviso, mai sostituite del tutto – dall'attività giurisprudenziale (compresa quella del giudice costituzionale), ciò non può certo verificarsi in termini analoghi nella materia dell'ordinamento giudiziario, considerata la sua preminente valenza organizzativa<sup>171</sup> e la necessità, costituzionalmente fondata, di sottoporre le funzioni esercitate dal C.S.M. e dal Ministro Guardasigilli a criteri di legittimità sufficientemente definiti. Cosicché, ogni opportunità di provvedere ad una sua riformulazione in chiave di perseguimento di importanti obiettivi di politica del diritto, quando non sia stata colta dal (e solo dal) legislatore, si converte in una vera e propria occasione mancata: il che pare essere proprio il caso (anche) dell'ultima legge di riforma.

Se dunque, per un verso, quanto poco sopra rilevato dovrebbe oggi consigliare di procedere, dopo le tante (e pur spesso inconcludenti) modifiche apportate negli ultimi anni, ad un'effettiva *applicazione* della disciplina del 2007 attualmente in vigore<sup>172</sup>, la disamina delle regole sull'accesso alla magistratura ordinaria compiuta nel corso di queste note e le considerazioni critiche da ultimo sviluppate inducono tuttavia a prospettare, in conclusione, una possibile *ipotesi di correzione* di questa stessa disciplina secondo le opzioni di valore e gli obiettivi concreti via via evidenziati<sup>173</sup>; anche con uno sguardo –

*all'inizio del XXI° secolo (17/11/2006), entrambi nel sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); da ultimo, A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti* - Volume X - Anno 2006, Torino, Giappichelli, 2007.*

<sup>171</sup> In questo senso, è stata puntualmente rilevata da N. ZANON (in *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 19), in particolare, la difficoltà di sottoporre le norme sull'ordinamento giudiziario al sindacato della Corte Costituzionale, per il motivo che «spesso le questioni di legittimità costituzionale teoricamente prospettabili in relazione a tali norme risultano prive del requisito della rilevanza, né sembra possibile che eventuali vizi presenti in tali disposizioni possano essere portati ad emersione nel processo, e censurate, 'per il tramite' delle norme processuali che il giudice si trova ad applicare, e la cui rilevanza è molto più agevolmente configurabile».

<sup>172</sup> Il che peraltro, a differenza di quanto riferito a proposito della disciplina varata in attuazione della legge 150/2005, si sta oggi verificando, essendo stato bandito – si segnala – con D.M. 27 febbraio 2008 (pubblicato nella G.U. n. 23 del 21 marzo 2008 – 4ª serie speciale – concorsi ed esami) il primo concorso per “magistrato ordinario”, ai sensi delle norme qui in commento.

<sup>173</sup> Tanto più che la materia del reclutamento – sebbene in realtà, come si è cercato di dimostrare, tutt'altro che “neutra” –, se si esclude la questione di fondo della separazione delle funzioni, non sembra oggi costituire un significativo terreno di scontro tra le forze politiche maggioritarie, tale da impedire una convergenza su un'eventuale proposta di modifica: proprio la tendenziale identità delle soluzioni individuate, sul punto, nei provvedimenti presentati nelle ultime due legislature ne rappresenta puntuale dimostrazione.

come accennato – alle soluzioni adottate, a tal proposito, in altri ordinamenti europei di autorevole e consolidata tradizione, questi ultimi da intendersi non tanto alla stregua di modelli prescrittivi, quanto piuttosto quali utili termini di riferimento pratico.

Si tratta in particolare, ad opinione di chi scrive, di sciogliere le contraddizioni determinate dalla sovrapposizione dei *requisiti di ammissione al concorso* di cui al d.lgs. 160/2006 ed alla l. 111/2007 (a partire da quella inerente alla *natura* stessa di tale concorso, avendo le ultime riforme introdotto un sistema “ibrido” tra accesso di primo grado, aperto ai possessori del semplice titolo di studio in Giurisprudenza o poco più, e reclutamento di secondo grado, che non trova riscontro nell’esperienza comparata e nello stesso ordinamento giudiziario italiano<sup>174</sup>), componendo in un sistema il più possibile equilibrato le tre principali esigenze emergenti dall’evoluzione istituzionale e dall’esperienza applicativa che hanno accompagnato la formazione ed il concreto operare della Magistratura in Italia. Da un lato – *in via generale* – l’esigenza di una *composizione pluralistica e paritaria del potere giudiziario*, in grado di aprirsi alle istanze profonde del tessuto sociale e di promuovere, in un contesto liberale di separazione dei poteri e di conseguente indipendenza dello *ius dicere*, un’attuazione dinamica e capillare dei principi di libertà e di giustizia affermati dalla Costituzione repubblicana, senza resistenze conservatrici e chiusure corporative<sup>175</sup>; dall’altra parte – *sul piano con-*

<sup>174</sup> Per la sostanziale – e, diremmo anche, irriducibile, a meno di successivi interventi “dall’interno” sui singoli titoli di accesso – alternativa tra queste due modalità di configurazione del concorso nell’ordinamento italiano (ciascuna delle quali, secondo l’approccio “sistematico” alla disciplina sul reclutamento qui seguito, connotata da specifiche ricadute sulla composizione interna del potere giudiziario), v. infatti *supra*, nota 25, e le note del paragrafo successivo, in ordine alle differenze che in materia di accesso tradizionalmente intercorrono tra la magistratura ordinaria ed i giudici speciali (in primo luogo amministrativi).

<sup>175</sup> Del tipo, in particolare, di quelle progressivamente emerse nella Magistratura del nostro Paese all’incirca a partire dagli anni Settanta del secolo scorso (soprattutto a seguito del rafforzamento nei confronti del Ministro della Giustizia del Consiglio Superiore della Magistratura, “organo istituzionale di garanzia del potere giudiziario”, e dell’abolizione dei “gradi” tradizionali della carriera, intervenuta con le leggi n. 570/1966 e 831/1973) ed in larga parte – duole dirlo, soprattutto pensando alle conseguenze negative per l’indipendenza della Magistratura stessa delle violente reazioni, per così dire, “di rigetto”, che tali tendenze isolazionistiche possono legittimamente innescare, conseguenze di cui la legge 150/2005 pare costituire esempio – riscontrabili con una certa facilità ancora ai giorni nostri: se ne può trovare una lucida evocazione in G. SILVESTRI, *L’organizzazione giudiziaria*, cit., accanto peraltro al riconoscimento del ruolo decisivo innegabilmente esercitato dalla magistratura italiana, ad esempio, durante gli anni bui della lotta al terrorismo e della «situazione di isolamento in cui hanno per lungo tempo operato i magistrati im-

creto organizzativo – le aspettative di un'elevata qualificazione professionale iniziale dei magistrati (premessa necessaria per lo svolgimento di un compito, al di là della vetusta retorica della “sacra funzione”, così alto ed in ogni caso non semplice dal punto di vista tecnico, come tutte le odierne professioni giuridiche)<sup>176</sup> e di una celere copertura degli uffici giudiziari.

Per conseguire il primo (e, con ogni evidenza, più importante) risultato – la struttura “aperta” dell'istituzione giudiziaria – si rende necessario ripristinare un sistema di reclutamento essenzialmente diretto<sup>177</sup>, quale quello tradizionale del nostro ordinamento giudiziario e degli altri sistemi di *civil law*<sup>178</sup>, abbandonando dunque la strada del concorso di secondo grado impropriamente (e, come si è visto, in modo alquanto maldestro) inaugurata dalla riforma del 2005. Essa, infatti, finirebbe per precludere l'accesso alla Magistratura ai giovani laureati, in tal senso riecheggiando soluzioni “all'inglese” (pur con tutte le differenze da considerare in relazione a contesti molto lontani e peraltro attraversati negli ultimi anni, a loro volta, da non trascurabili processi di riforma dell'organizzazione giudiziaria)<sup>179</sup>, caratterizzate da una storia e da meccanismi di sele-

pegnati nella difficile opera di contrasto della criminalità mafiosa in alcune regioni italiane».

<sup>176</sup> In questi termini, in particolare, M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 75 s.

<sup>177</sup> Ovviamente, e senza con ciò escludere un ricorso più esteso di quanto non avvenga oggi al reclutamento “laterale” per nomina dalle professioni e dall'accademia secondo quanto si dirà subito nel testo, *per concorso*: rimanendo a nostro avviso intatta, a ormai sessant'anni di distanza, la validità dell'opinione espressa in merito nell'Assemblea Costituente, in particolare, da Piero Calamandrei: «solo il concorso può accertare i requisiti tecnici e culturali indispensabili per il migliore espletamento delle funzioni giudiziarie» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, Camera dei deputati, 1971, IV, p. 419).

<sup>178</sup> Cfr. *supra*, § 1, con i relativi riferimenti anche di carattere storico (in particolare, *sub* nota 11).

<sup>179</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla progressiva apertura dell'accesso al *Bar*, inaugurata in Gran Bretagna dal *Courts and Legal service Act* del 1990, alla (in parte conseguente) tendenza al reclutamento di professionisti del diritto di età non elevata nelle magistrature di grado inferiore, ed infine al *Constitutional Reform Act* del 2005, che ha profondamente modificato l'assetto istituzionale del potere giudiziario inglese nella direzione di una sua più netta separazione dalla sfera istituzionale del *gubernaculum* (potere legislativo ed organi del Governo), in particolare istituendo una *Supreme Court* di natura simil-costituzionale e devolvendo la gran parte delle tradizionali attribuzioni del *Lord Chancellor* al *Lord Chief Justice*, espressamente qualificato “*Head of the Judiciary of England and Wales*”: con riguardo a quest'ultimo provvedimento di riforma, v. G. CARVALE, *La separazione del giudiziario. Tradizione e innovazione nel Constitutional Reform Act 2005*, in *Nomos*, 2005, 3, pp. 39-70, e A. TORRE, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 11, e [www.giurcost.org/studi](http://www.giurcost.org/studi).

zione del personale giudiziario del tutto peculiari<sup>180</sup> e, pertanto, difficilmente riproducibili in un contesto di permanente concezione burocratica del giudice<sup>181</sup>. Peraltro, l'eventuale esperienza professionale e/o formazione scientifica qualificata pregressa degli aspiranti magistrati, che l'introduzione del concorso di secondo grado mira a valorizzare, sebbene – è appena il caso di dirlo – affatto preclusiva nei confronti della partecipazione anche ad un concorso di primo grado, potrebbe ugualmente assumere il rilievo che le compete nelle ipotesi di reclutamento c.d. laterale già contemplate dall'attuale ordinamento<sup>182</sup>. Tali canali di accesso potrebbero venire magari implementati nella loro incidenza percentuale sull'organico della magistratura ordinaria, seguendo il recente esempio (assai significativo, se si considera la perdurante fedeltà di entrambi questi sistemi, sotto altri aspetti certo non meno rilevanti di quello in esame, allo stesso modello di organizzazione giudiziaria di *civil law*<sup>183</sup>) degli or-

<sup>180</sup> In primo luogo, come accennato *supra*, note 17 e 60, da un reclutamento dei magistrati *non su base concorsuale*. Per natura e caratteristiche essenziali dell'accesso alla professione giudiziaria nell'ordinamento inglese, v. soprattutto G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, cit., pp. 86 ss.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 66 ss.; G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 123-125; infine, lo studio di L. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, Maggioli, 1995.

<sup>181</sup> Concezione, i cui elementi essenziali, enucleati dalla disciplina dello statuto dei magistrati nell'ordinamento francese del XIX secolo, sono stati ricordati *supra* nel presente lavoro, al § 1, nota 11. Per il nesso intercorrente tra le regole sull'accesso e la connotazione sostanziale dell'istituzione giudiziaria nell'esperienza degli ordinamenti inglese e – più in generale – di *common law*, si rinvia invece, oltre che ai lavori citati nella nota che precede, ancora alla *Relazione* tenuta da C. GUARNIERI al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, cit., pp. 39-42 (più ampiamente richiamata, sul punto, *supra*, in nota 163) e, per un'analisi più approfondita in chiave comparatistica, al precedente volume di C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002. Da questi studi emerge, come già si è avuto modo di rilevare (*supra*, nota 17), una tendenziale impermeabilità del ceto giudiziario, in tali contesti, a possibili condizionamenti e meccanismi di conformazione "burocratica" attuati dal potere politico (che pure, nella maggior parte dei casi provvede alla nomina dei magistrati stessi), proprio in relazione – e qui risiede la peculiarità rispetto ai sistemi giudiziari tradizionali dell'Europa continentale – alla comune estrazione dei suoi componenti dalla professione forense.

<sup>182</sup> Vale a dire, la nomina per concorso riservato di avvocati a magistrato di tribunale (l. 48/2001) e la nomina diretta, da parte del C.S.M., di avvocati e docenti universitari a consigliere di cassazione (l. 303/1998), per le quali si fa rinvio *supra*, rispettivamente alle note 24 e 13.

<sup>183</sup> Dalla collocazione del pubblico ministero nella sfera di influenza del potere esecutivo alla configurazione di una vera e propria "carriera" interna all'istituzione giudiziaria, scandita da verifiche e controlli di natura tipicamente gerarchica: cfr., in merito, quanto alla Francia, F. BLIN, *Le Gouvernement des juges en France sous la*

dinamenti francese e spagnolo<sup>184</sup>, e potrebbero venire poi affiancati da canali ulteriori, che il legislatore è abilitato a istituire per il futuro, nei limiti del dettato costituzionale<sup>185</sup>.

È però evidente, e ha trovato del resto obiettivo riscontro nell'esperienza concreta almeno degli ultimi vent'anni, dalla quale ha preso avvio la presente indagine, che, all'opposto, l'apertura indiscriminata del concorso per l'accesso alla Magistratura a tutti i laureati porta inevitabilmente con sé un numero di candidati assai elevato, con la conseguente difficoltà di esaurire la procedura concorsuale in termini temporali ragionevoli, ed un abbassamento del livello medio della loro preparazione tecnica: onde, la vanificazione dei due altri obiettivi di una buona disciplina sull'accesso, dianzi indicati; a meno di introdurre *filtri o meccanismi di preselezione* adeguatamente congegnati, né – s'intende – contrari alla non rinunciabile logica inclusiva di un concorso di primo grado.

Entro tali coordinate – *reclutamento concorsuale diretto con*, se ci si consente l'espressione, “(pre)selezione all'ingresso” – si intravedono per la materia in discorso, più specificamente, due fondamentali opzioni *de iure condendo*, tra di loro differenziate in relazione allo strumento concretamente utilizzato per garantire la “scrematura preliminare” degli aspiranti magistrati ed al rispettivo grado di sperimenta-

*Cinquième République, Mythe ou réalité?*, Lille, 1992; per l'ordinamento spagnolo, L.M. DIEZ PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, e R.L. BLANCO VALDES, *I giudici: “bocca della legge” o potere dello Stato. Una riflessione intorno alla posizione costituzionale del potere giudiziario in Spagna*, in S. GAMBINO (a cura di), *La Magistratura nello Stato costituzionale*, cit., pp. 149 ss.; per entrambi i sistemi considerati, riassuntivamente, C. GUARNIERI, *Relazione*, cit., pp. 50-51.

<sup>184</sup> Riferisce sempre C. GUARNIERI, *loc. ult. cit.* (ma v., in termini, anche G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., rispettivamente alle pp. 78-79 e 113), che la Francia recluta ormai circa un quarto dei propri magistrati in modi diversi dal tradizionale concorso di primo grado per i neolaureati, con «concorsi laterali di vario tipo, ai vari livelli della carriera, aperti a personale professionalmente già esperto»; in Spagna, d'altra parte, tra un quarto ed un quinto dei posti dei vari gradi sono per legge posti a concorso fra giuristi «di riconosciuta competenza».

<sup>185</sup> Il quale, secondo la prevalente dottrina (F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 106*, cit., p. 125; ma già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 9ª ed., p. 1277) e la già richiamata (*supra*, nota 16) Corte Cost., sent. n. 1/1967, concepisce pur sempre la relazione tra reclutamento laterale e per concorso dei magistrati in termini di *eccezione a regola*: «i sistemi di investitura diversi dal concorso (giudice onorario o elettivo, giudice per meriti insigni) costituiscono eccezioni alla regola del concorso e soprattutto disposizioni integrative di detta regola, tenuto anche conto dell'esistenza di un rigoroso limite alle funzioni giurisdizionali attribuibili alla magistratura non professionale, pari a quelle spettanti ai 'singoli giudici'» (M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., p. 56).

zione nell'ordinamento giudiziario italiano. Ciascuna di queste soluzioni, inoltre, appare in qualche modo riconducibile ad un sistema di accesso alla Magistratura attuato in uno o più ordinamenti stranieri, mentre entrambe si distanziano dal segno complessivo della (riforma della) riforma approvata nell'estate 2007 dal Parlamento.

La prima ipotesi che si ritiene di porre all'attenzione non è altro che l'accesso "mediato" dalle Scuole di specializzazione per le professioni legali, introdotto nel nostro sistema con la legge n. 48/2001 ed applicato prima della riforma del 2005, per un periodo di tempo non elevato e tuttavia sufficiente per poterne apprezzare i principali pregi e difetti.

Come ricordato nella conclusione del secondo paragrafo, questo meccanismo di accesso era stato stabilito proprio per rispondere all'esigenza di delimitazione della platea dei candidati al concorso e soprattutto al *deficit* di formazione specialistica manifestato dai corsi universitari, non più ritenuti sufficienti a garantire l'acquisizione in capo ai futuri magistrati delle competenze necessarie all'esercizio di tale funzione<sup>186</sup>. È un meccanismo, potrebbe obiettarsi, che nei pochi anni di attuazione, pur nelle (e, forse, anche per le) oggettive differenze riscontrabili tra le Scuole istituite nei vari distretti di Corte d'appello, non ha dato buona prova di sé quanto ad organizzazione complessiva del percorso formativo, contenuto specifico dei programmi, sistemi di valutazione dei frequentanti e (soprattutto per questi ultimi) costi di funzionamento, tanto che il duplice "affondo" (significativamente *bipartisan...*) arrecatogli dal d.lgs. 160/2006 e dalla l. 111/2007, attraverso l'affiancamento alle SS.PP.LL. di numerosi altri canali di accesso al concorso, non ha rappresentato un fatto inatteso né, ad onor del vero, oggetto di particolari critiche o rimpianti soprattutto da parte della magistratura associata<sup>187</sup>: una sua riabilitazione (quasi) postuma quale *esclusivo* requisito di ammissione potrebbe pertanto suonare irrealistica ed in ogni caso non perspicua. Il rischio è presente, inutile nasconderselo, ed affatto trascurabile: anche perché la ristrutturazione organizzativa delle Scuole di specializzazione necessaria per invertire tale tendenza dovrebbe essere, a nostra opinione, robusta e passare at-

<sup>186</sup> V. *supra*, § 2 ed il relativo richiamo, nella dottrina, ad ASTRID, *Per un nuovo ordinamento*, cit. pp. 23-6, e M. ABBRUZZESE, *La formazione*, cit., pp. 56-7.

<sup>187</sup> Si ricordi, a tal proposito, la valutazione negativa espressa dall'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, nel più volte citato documento *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, p. 6, in ordine alla declinante preparazione giuridica media dei neolaureati ed alla responsabilità congiunta di Università e Scuole di specializzazione per le professioni legali per la conseguente tendenza al reclutamento in Magistratura, in anni recenti, di giovani ritenuti tecnicamente meno adeguati che in passato.



traverso una sinergia tra organi accademici, sino a questo momento egemoni nella gestione amministrativa della struttura, ed istituzioni giudiziarie (“beneficiarie”, per così dire e in ipotesi, delle ricadute della relativa attività di formazione) certo non facile a realizzarsi. Nondimeno, si ritiene che la Scuola costituisca tuttora, oltre alla sola istituzione pubblica deputata alla formazione degli aspiranti all’ingresso in un corpo di funzionari dai compiti essenziali ai fini del buon andamento dello Stato, quale è appunto la Magistratura<sup>188</sup>, il migliore strumento possibile, almeno in linea teorica, per garantire il soddisfacimento di tutte le esigenze del reclutamento dei magistrati in precedenza indicate, di ordine sistematico ed organizzativo: in particolare, quelle di un reclutamento, ad un tempo, paritario e realmente selettivo, realizzato inoltre – lo si è pure evidenziato nel corso del lavoro – nell’ambito di un potenzialmente assai fecondo bacino di formazione *comune* a tutti i futuri operatori del diritto<sup>189</sup>.

L’importanza di quest’ultimo elemento, sotto il profilo generale dell’unitarietà della cultura giuridica e degli stessi rapporti di necessaria collaborazione – o, quantomeno, di non aperta contrapposizione – tra i diversi soggetti professionalmente chiamati ad applicare le regole giuridiche in chiave di risoluzione delle controversie (rapporti in Italia, come è noto e salvo pur assai lodevoli eccezioni, da sempre non facili e che negli ultimi anni paiono essersi ulteriormente deteriorati per una serie di fattori che certo non è qui possibile indagare) è del resto ben testimoniata, a livello comparatistico, dalla configurazione impressa all’accesso alla Magistratura dall’*ordinamento tedesco*<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> Aspetto, questo, il cui collegamento con l’auspicata composizione paritaria ed autenticamente pluralistica dell’istituzione giudiziaria è stato sottolineato con forza dal dott. B. Giordano (G.i.p. presso il Tribunale di Milano) nel citato Convegno su “La riforma dell’ordinamento giudiziario e l’accesso in Magistratura”, svoltosi a Milano il 18 giugno 2007 (cfr. *supra*, nota 82).

<sup>189</sup> Per una valutazione della riforma dell’accesso alla Magistratura in base a tale prospettiva, v. *supra*, § 4, in particolare note 59-60.

<sup>190</sup> Per principi ispiratori e disciplina positiva del reclutamento dei magistrati in Germania, si vedano G. OBERTO, *op. ult. cit.*, pp. 99-103 e, dello stesso A., *La Scuola della Magistratura italiana alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., cap. II, § 9-10; P. PEDERZOLI, *Selezione e formazione alle professioni legali nella Repubblica federale tedesca*, Padova, Cedam, 1992; J. LUTHER, *Le competenze regionali in materia di funzioni giudiziarie e le esperienze di giudici “regionali” nel diritto comparato*, Relazione al Convegno su “La giustizia al confronto con il cambiamento”, Firenze, 28-29 gennaio 2005, in *Federalismi.it*, n. 7/2005, pp. 14-16; in lingua tedesca, dello stesso ultimo A., *Wege zu einer europäischen Union der Justiz: deutsch-italienische Erwartungen und Begegnungen*, Bericht von einer Tagung des Goethe-Instituts Turin, in *Europäische Grundrechte Zeitschrifts*, 2003, pp. 698-704, nonché BUSSE, *Zur deutschen Reform der Juristenausbildung*, in [www.Goethe.de/it/tur/dejustiz.htm#ref](http://www.Goethe.de/it/tur/dejustiz.htm#ref).



Al di là delle talora non irrilevanti differenze riscontrabili tra i diversi *Länder* quanto alla formazione accademica e pratica degli aspiranti magistrati ed alle stesse modalità di predisposizione e di svolgimento delle procedure selettive per il loro reclutamento, in un contesto di ripartizione federale delle competenze anche in materia di organizzazione giudiziaria<sup>191</sup>, la caratteristica essenziale di tale sistema (non seriamente incisa dalle riforme succedutesi, anche in Germania, nel corso degli anni) risiede appunto nell'assoggettare il reclutamento dei magistrati alle stesse condizioni – sostanziali e, in particolare, procedurali – previste per l'accesso alla professione forense e notarile. In questa prospettiva, la legge federale sulla «costituzione giudiziaria» del 1961 (c.d. *Richtergesetz*, cui l'art. 74 della Legge fondamentale devolve la disciplina dei principi fondamentali della materia cui i *Länder* sono tenuti ad uniformarsi), parzialmente modificata, per l'aspetto qui in esame, nel 2000<sup>192</sup>, disegna per tutti i laureati delle Università un unico percorso di formazione e di valutazione, composto di due «esami di Stato per le professioni giuridiche» (*Erste e Zweites Juristisches Staatsexamen*), fortemente selettivi, inframmezzati da un periodo di tirocinio retribuito svolto presso differenti uffici giudiziari e della p.a. e studi professionali, di durata biennale (denominato *Referendariat*), e culminante nel conseguimento dell'abilitazione all'esercizio professionale. Il possesso di tale abilitazione, a sua volta e proprio in relazione all'esperienza, per così dire, “a trecentosessanta gradi”, maturata dai candidati durante il *Referendariat*, consente di ottenere indifferentemente la qualifica di avvocato, di notaio o – per quanto specificamente interessa in questa sede – di giudice, in quest'ultimo caso venendo inseriti in una graduatoria nell'ordine di votazione conseguita nel secondo esame di Stato, da cui il Ministro della Giustizia del *Land* interessato, su proposta di un'apposita commissione, pro-

<sup>191</sup> Su cui si sofferma J. LUTHER, *Le competenze regionali*, cit., pp. 15-16, rilevando, peraltro, come l'esercizio da parte del *Bund* della potestà legislativa (esclusiva e concorrente) garantitagli, in materia, dagli artt. 74 n. 1 e 98 LF e la non obbligatorietà, secondo la dottrina prevalente, dell'assenso del *Bundesrat* nei confronti di dette leggi rendano di fatto complessivamente esigui «i margini per una politica giudiziaria dei *Länder*» (la cui maggiore influenza si registra comunque, a detta dell'A., proprio nella selezione dei giudici, effettuata da commissioni regionali di estrazione prevalentemente politica locale, che fa sì che in alcuni *Länder* – in particolare, la Baviera – risulti «molto difficile fermare l'idea che possa essere data una preferenza ai candidati nati ed esaminati nel proprio territorio, forse per la loro conoscenza maggiore anche del diritto locale (argomento ragionevole solo per i giudici amministrativi)»).

<sup>192</sup> Per questa recente riforma, v. specificamente, tra i lavori citati due note avanti, BUSSE, *Zur deutschen Reform*.

cede alla selezione dei soggetti da nominare ed immettere nell'effettivo esercizio delle funzioni<sup>193</sup>.

Da un punto di vista generale, il sistema descritto – che in Germania, come è stato osservato, assume il settecentesco modello prussiano dell'«*Einheitsjurist* (...)», un giurista generalista che è anche qualificato in tutte le materie del diritto», come un “dogma” di immutata validità<sup>194</sup> e che inoltre, quanto ai componenti del potere giudiziario, è perfezionato dalla presenza di una prestigiosa ed efficiente “Accademia della Magistratura” (*Deutsche Richterakademie*, con sede a Treviri e Wustrau, poco lontano da Berlino), finanziata congiuntamente dalla Federazione e dai *Länder* e che provvede alla «formazione permanente dei magistrati giudicanti di tutte le giurisdizioni e dei magistrati del pubblico ministero»<sup>195</sup> – sembra in grado di assicurare un'adeguata selezione dei magistrati secondo il bagaglio di competenze (teoriche e pratiche) effettivamente possedute; ciò nel quadro, peraltro, di un reclutamento che rimane in ultima analisi diretto, e per di più, come si è constatato, comune a tutte le professioni giuridiche. Il primo esame di Stato, infatti, per il conseguimento del *Referendariat*, viene svolto subito dopo il compimento degli studi universitari e risulta aperto a tutti i laureati, purché abbiano superato determinati esami fondamentali<sup>196</sup>. Nell'ambito di questo articolato meccanismo, tuttavia, l'elemento essenziale da porre in rilievo dal nostro specifico angolo visuale è rappresentato dal *periodo* – *anch'esso*

<sup>193</sup> I diversi passaggi strumentali all'accesso alla Magistratura – e del tutto analogamente, alle diverse “professioni giuridiche” (oggetto dell'*Erste* e *Zweites Juristisches Staatsexamen*) – nell'ordinamento tedesco sono puntualmente ricostruiti, tra gli Autori citati in nota 190, da G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., pp. 100-103, che fornisce altresì dettagliati ed assai utili dati statistici sulla percentuale di candidati che hanno superato, nel corso degli anni '90, i due esami di Stato e le votazioni da questi conseguite.

<sup>194</sup> In questi termini, letteralmente, ancora G. OBERTO, *op. ult. cit.*, p. 102, e così GAS, *La formation et le recrutement des magistrats du siège et du parquet en Allemagne*, 2000, in [www.enm.justice.fr/centre\\_de\\_ressources/dossiers\\_reflexions/justice\\_politique\\_allemande](http://www.enm.justice.fr/centre_de_ressources/dossiers_reflexions/justice_politique_allemande).

<sup>195</sup> Così la presentazione generale dell'Accademia, leggibile in lingua tedesca, inglese e francese all'indirizzo *web* <http://www.deutsche-richterakademie.net>, ove anche la ripartizione ed il contenuto del programma di formazione dei magistrati per l'anno corrente (non circoscritto alle materie strettamente giuridiche, ma preordinato alla più ampia «trasmissione di conoscenze ed esperienze relative ai mutamenti politici, sociali, economici e scientifici», essendo espressamente prevista una percentuale del 45% di «seminari giuridici di carattere specialistico», del 30% di seminari «inter- e pluridisciplinari» e del 25% di «seminari di trasmissione di competenze sociali – seminari comportamentali»). Su tutto ciò, v. comunque, più diffusamente, G. OBERTO, *La Scuola della Magistratura*, cit., cap. II, § 10, con i relativi riferimenti.

<sup>196</sup> Cfr., ancora, G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., p. 100.

*comune a tutti i candidati – di formazione obbligatoria biennale*, successivo alla prima selezione concorsuale e che, nell'ordinamento considerato, precede e prepara il secondo ed ultimo esame di Stato. Si tratta, invero, di un elemento cui la disciplina dell'accesso al concorso (esclusivamente) tramite SS.PP.LL., quale inizialmente configurata, nel nostro Paese, dalla citata legge n. 48/2001, senza dubbio si ricollegava nella sua filosofia ispiratrice; e che peraltro – a nostro modo di vedere ed anche in questo caso senza trascurare le obiettive differenze “di contesto” sussistenti tra i due ordinamenti giudiziari – vale a provarne, per le ragioni appena esposte, l'attuale astratta validità. Ne consegue, per concludere le considerazioni innanzi svolte in merito, che il cattivo funzionamento, pur comunemente avvertito, di un buono strumento non può essere ritenuto ragione sufficiente per la sua eliminazione: soprattutto, quando le possibili alternative (nel nostro caso, lo spostamento “verso l'alto” dei requisiti di ammissione al concorso, attuato in Italia a partire dalla riforma del 2005) presentino ulteriori, e con ogni probabilità maggiori, risvolti negativi. Più sensato, invece, mettersi sulla strada di una (necessariamente incisiva) correzione di questi difetti di funzionamento.

Per quanto riguarda le Scuole di specializzazione, gli interventi prioritari vanno individuati – facendo anche riferimento al sistema tedesco esaminato –, da un lato, nell'istituzione di un collegamento organizzativo stabile con l'apparato giudiziario (da attuarsi anche attraverso il distacco a tempo pieno di personale amministrativo e soprattutto giudiziario a quest'ultimo afferente), tale da assicurare una selezione di obiettivi e di contenuti dei corsi di specializzazione rispondente alle concrete esigenze formative proprie del magistrato, piuttosto che non inutilmente ripetitiva dei percorsi di studio universitari, come talora purtroppo si verifica, ed un'impostazione più professionalizzante del loro svolgimento concreto<sup>197</sup>. Sotto un altro profilo, si rende indispensabile garantire un congruo sostegno economico agli studenti frequentanti che versino nelle condizioni di necessità con apposite borse di studio, per evitare che dall'imposizione di tale periodo di formazione post-universitario possa derivare un'inopinata selezione anticipata dei magistrati su base censitaria. In questo rinnovato contesto organizzativo<sup>198</sup>, tali erogazioni potrebbero an-

<sup>197</sup> In considerazione dell'estensione a cinque anni dei corsi di laurea in Giurisprudenza, potrebbe comunque essere (prudentemente) valutata, all'atto di un'eventuale riforma, l'opportunità di una riduzione della durata dei corsi di specializzazione ad un anno, così come già suggerito dal C.S.M. nel *Parere* reso in data 31 maggio 2007, cit., p. 9.

<sup>198</sup> Il quale peraltro, si noti bene, secondo un auspicio emerso durante i lavori preparatori della legge 111/2007 nel citato Convegno di Milano su “La riforma del-

che non ricadere esclusivamente sull'Università (non risulterebbe inopportuno, in particolare, un diretto coinvolgimento dell'organizzazione giudiziaria anche in questo senso) e venire legate, ad esempio, allo svolgimento di specifici progetti di ricerca in collaborazione con l'istituenda Scuola della Magistratura o con l'Ufficio studi del C.S.M.<sup>199</sup>.

Qualora invece il sistema incentrato sulle SS.PP.LL. venisse ritenuto – ripetesi, in base a del tutto plausibili argomentazioni in punto di fatto – inemendabile, un utile spunto per la riforma (o, se si vuole, *contro-riforma*, rispetto alla legge 150/2005 ed alla stessa successiva legge 111/2007) del reclutamento dei magistrati ordinari secondo le medesime linee direttrici, dianzi indicate, potrebbe in second'ordine venire dalla bozza preliminare dello stesso d.d.l. “Mastella”: nello specifico, dal meccanismo del “*corso-concorso*”, che essa, come incidentalmente riportato nel paragrafo che precede<sup>200</sup>, prevedeva a beneficio dei laureati più meritevoli, in parallelo al tradizionale concorso per esami, trasformato in concorso di secondo grado.

Preceduto da un esame di ammissione di carattere teorico, il “*corso-concorso*”, secondo l'impostazione prefigurata da tale originaria proposta in seguito abbandonata<sup>201</sup>, doveva consistere in un *periodo di formazione di durata biennale*, teorica presso la Scuola della Magistratura e pratica presso gli uffici giudiziari, *con sottoposizione dei partecipanti ad una valutazione intermedia e ad un concorso finale*, di taglio questa volta essenzialmente pratico (redazione di provvedimenti giurisdizionali), *per la definitiva ammissione alla Magistratura*. Durante questo biennio di formazione preliminare, i laureati frequentanti avrebbero percepito – particolare, questo, tutt'altro che ir-

l'ordinamento giudiziario e l'accesso in Magistratura” (in particolare, dall'intervento del dott. S. Luerti, g.i.p. presso il Tribunale di Milano, allora componente e poi Presidente della Giunta esecutiva centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati), andrebbe ugualmente messo in atto *nel momento presente*, caratterizzato dalla compresenza di diversi canali di accesso al concorso tra di loro “concorrenziali”: ciò allo scopo di rendere le SS.PP.LL., quantomeno e per i motivi evidenziati nel testo, il “canale privilegiato”.

<sup>199</sup> Per simili proposte, cfr. già il documento dell'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte del Ministro della Giustizia in tema di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 5 s.

<sup>200</sup> Segnatamente, al § 5, nota 92, ove la descrizione della puntuale disciplina dettata, al riguardo, dal progetto preliminare della riforma ed il riferimento alla valutazione in parte positiva espressa dalla stessa A.N.M., cui tali norme erano state sottoposte dal Ministro della Giustizia.

<sup>201</sup> In favore, come si è visto, dell'ammissione diretta dei medesimi laureati con votazione elevata al concorso ordinario per esami (previsione, peraltro, a sua volta eliminata nel corso dell'esame del provvedimento al Senato, per i rilievi di opportunità e, con riferimento all'art. 107.3 Cost., di legittimità costituzionale cui essa indubbiamente si esponeva: v. *supra*, § 5).

rilevante nella prospettiva assunta in queste note – la somma di novecento euro mensili a titolo di borsa di studio, essendo poi loro comunque garantito, nel caso di mancato superamento dell'esame finale, l'accesso, a richiesta, ai ruoli della pubblica amministrazione, la quale si sarebbe così potuta utilmente avvalere dell'esperienza formativa e professionale da questi acquisita<sup>202</sup>.

Se l'ipotesi dell'accesso tramite SS.PP.LL. trovava un autorevole termine di riferimento nella disciplina, di ispirazione "generalista", storicamente applicata in Germania, la soluzione in esame – che prima di tutto, rappresenterebbe con ogni evidenza un'assoluta (e, viene da dire, rivoluzionaria) innovazione per quanto concerne il reclutamento dei magistrati ordinari nel nostro Paese – presenta invece notevoli somiglianze con quella attuata, a questo riguardo, nell'*ordinamento francese*<sup>203</sup>.

In tale differente contesto, invero (e negli altri sistemi europei che ne sono stati influenzati, quali quello spagnolo, portoghese e, in tempi più recenti, ungherese, ceco, rumeno e bulgaro<sup>204</sup>), la selezione dei magistrati – salvo le fattispecie "complementari" di accesso dal mondo accademico e dalle altre professioni giuridiche cui si è fatto cenno poco più sopra<sup>205</sup> – ha luogo nell'ambito di un'istituzione a ciò principalmente preposta<sup>206</sup>, la "Scuola Nazionale della Magistratura" (*Ecole*

<sup>202</sup> Per organizzazione e contenuto del "corso-concorso" nella bozza del d.d.l. di cui trattasi, nel dettaglio, si rinvia ancora ad ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Sulle proposte*, cit., pp. 3-4.

<sup>203</sup> Su principi e meccanismi per l'accesso alla Magistratura in Francia, in generale, si vedano G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., cap. IV e, dello stesso A., *La Scuola della Magistratura italiana alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, cit., cap. II, § 4-8; MESTITIZ, *Selezione e formazione professionale dei magistrati e degli avvocati in Francia*, Padova, Cedam, 1990, nonché, in lingua francese, ROYER, *Les systèmes judiciaires: Cadres institutionnels et statuts de la magistrature*, Lille, 1993, pp. 55 ss.

<sup>204</sup> Specifici ragguagli in merito in G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, cit., cap. V (rispettivamente alle pp. 112 ss., 115 ss., 132 s., 129 ss., 137 s. e 128 s.) e ID., *La Scuola della Magistratura*, cit., cap. II (§ 12 e 14).

<sup>205</sup> Segnatamente, alla nota 184, ai cui riferimenti si fa inoltre rinvio; per un quadro di sintesi delle tre tipologie di reclutamento c.d. laterale previste nell'ordinamento francese (per «inserimento diretto nel corpo giudiziario», «distacco nel corpo giudiziario» ed «esercizio temporaneo delle funzioni giudiziarie»: rispettivamente, artt. 22-23, 41 e 41-1-9, 41-10 legge organica 22 dicembre 1958), si può consultare la corrispondente pagina *web* del sito dell'*Ecole Nationale de la Magistrature*: [www.enm.justice.fr/ devenir-magistrat/sans-concours.php](http://www.enm.justice.fr/ devenir-magistrat/sans-concours.php).

<sup>206</sup> «Principalmente», si è detto, in quanto – come emerge, in particolare, dalle accurate ricerche svolte in merito da G. OBERTO (da ultimo, *La Scuola della Magistratura*, cit., cap. II, § 5-8) – la Scuola Nazionale della Magistratura francese cura altresì la formazione *permanente* dei magistrati in servizio, in ciò non differenziandosi dalla *Richterakademie* tedesca, precedentemente richiamata, e dalla stessa "Scuola superiore della Magistratura" istituita, in Italia, dal D.Lgs. n. 26/2006.

*Nationale de la Magistrature*, con sede a Bordeaux: di seguito, “*E.N.M.*”). Creata con ordinanze del 22 dicembre 1958 e del 7 gennaio 1959 e parzialmente modificata nella sua articolazione interna per effetto di successivi provvedimenti di riforma, l’*E.N.M.*, come è stato puntualmente osservato, costituisce un «ente pubblico indipendente di natura amministrativa»: essa, infatti, è retta da un «consiglio di amministrazione» formato da magistrati, funzionari del Ministero della Giustizia, docenti universitari e rappresentanti delle diverse componenti della Scuola stessa, con a capo il Presidente della Corte di cassazione, ed è posta, peraltro – nel suo complesso ed in relazione, del resto, ai connotati tipici dell’organizzazione della Magistratura in Francia e della sua tradizionale collocazione rispetto in particolare agli organi del potere esecutivo –, «sotto la tutela del Guardasigilli», che propone al Consiglio dei ministri la nomina del direttore e sovrintende all’andamento delle relative attività<sup>207</sup>.

Per quanto riguarda il reclutamento dei magistrati, che qui specificamente interessa, la Scuola provvede, in primo luogo, all’organizzazione in concreto dei *concorsi per l’accesso ai corsi di formazione*, che vengono banditi annualmente dal Ministero della Giustizia nelle tre differenti tipologie individuate dalla legge organica sullo statuto della Magistratura del 1958 (cc.dd. «*1er, 2ème e 3ème concours d’accès*»<sup>208</sup>), nonché a «cicli preparatori» di lezioni rivolte ai candidati ai concorsi medesimi; dopo lo svolgimento delle selezioni, il compito precipuo dell’*E.N.M.* consiste, per l’appunto, nell’assicurare la *formazione degli aspiranti magistrati* (denominati, come in Italia fino alla legge 111/2007, «*auditeurs de justice*»), che segue un dettagliato ed intenso programma della durata complessiva di trentuno mesi (approvato dal consiglio di amministrazione ed attuato da un corpo permanente di docenti tratti essenzialmente dalla Magistratura stessa), e, correlativamente – ma si tratta di un elemento da sottolineare per la sua notevole importanza –, nel *valutare la loro idoneità all’esercizio delle funzioni giudiziarie*. A tale scopo, l’attuale disciplina francese prevede un sistema cadenzato di giudizi emessi dagli organi della Scuola per ciascuna componente del periodo formativo degli uditori

<sup>207</sup> Tale l’inquadramento datone da G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, pp. 82 s. ed *op. ult. cit.*, cap. II, § 5, da cui sono tratte le citazioni riportate nel testo.

<sup>208</sup> Per apprezzare requisiti di ammissione (per i quali, in generale, v. comunque *infra*, note 211 s.) e procedure di svolgimento dei concorsi per l’accesso all’*E.N.M.*, si può vedere uno degli ultimi bandi pubblicati, relativo ad esempio alla sessione 2008, alla pagina *web* [www.enm.justice.fr//devenir-magistrat](http://www.enm.justice.fr//devenir-magistrat) (*Arrete du 16 novembre 2007 portant ouverture au titre de l’année 2008 de trois concours d’accès à l’Ecole nationale de la magistrature*, in J.O. n° 272 du 23 novembre 2007, texte n° 13).



(segnatamente, insegnamenti teorici in sede e tirocini presso uffici giudiziari ed “esterni”, presso istituzioni pubbliche e private, anche straniere), cui è attribuito un coefficiente massimo finale, che concorre con la votazione conseguita nell'*esame conclusivo* del corso<sup>209</sup> alla predisposizione, da parte di un'apposita commissione ed in base a criteri pure predeterminati *ex lege*, di una graduatoria finale per il conferimento della qualifica di magistrato e, così, per l'effettiva assegnazione delle funzioni<sup>210</sup>.

Pur ponendo evidentemente in secondo piano l'aspetto della loro identità di formazione con gli altri operatori del diritto (che, va peraltro detto, rappresenta un elemento recessivo nella maggioranza dei Paesi europei, quantomeno a livello di disciplina formale), rispetto al sistema tedesco in precedenza affrontato questo meccanismo di reclutamento dei magistrati – sintetizzabile proprio nella formula del “corso – concorso” – si lascia altrettanto apprezzare per la serietà e completezza dell'*iter* di preparazione dei candidati e per il rigore nella selezione degli idonei. Quest'ultima non è affidata, infatti, ad un'unica e per sua natura aleatoria prova concorsuale, come avviene nel nostro ordinamento<sup>211</sup>; bensì, secondo quanto si è appena constatato, posta all'esito di un vero e proprio “percorso di avvicinamento” alla professione giudiziaria, soggetto a verifica costante da parte di organi direttamente coinvolti nell'attività di formazione, ed a tale importante funzione specificamente preposti. Per altro verso, deve favorevolmente rilevarsi che, non meno del *Referendariat* previsto in Germania, questo “percorso” risulta, nel contesto francese, aperto a tutti i laureati (in alcuni casi, addirittura, non necessariamente in Giurisprudenza<sup>212</sup>):

<sup>209</sup> Questo esame si compone, a sua volta ed ai sensi dell'art. 21 della legge organica, di una prova scritta, consistente nella redazione di un provvedimento giudiziario in materia di diritto civile, e di due prove orali, costituite da una requisitoria penale e da un colloquio di quindici minuti con i membri della commissione incaricata della formazione della graduatoria finale: G. OBERTO, *La Scuola della Magistratura*, cit., cap. II, § 7.

<sup>210</sup> Più ampiamente su tutto quanto precede, G. OBERTO, *op. ult. cit.*, cap. II, § 4-7, e, in precedenza, *Magistrati. Reclutamento e formazione*, pp. 75-98, di cui si segnala inoltre, specificamente, la riproduzione di un concreto «programma di formazione» e la puntuale ricostruzione dello *status* giuridico degli uditori frequentanti l'*Ecole Nationale de la Magistrature*.

<sup>211</sup> Concorso, al cui superamento segue inoltre, di regola, il reclutamento definitivo dell'interessato, riducendosi tradizionalmente il periodo di uditorato, in Italia – salvo rarissimi casi – ad un “addestramento pratico” all'esercizio delle funzioni giudiziarie, senza ulteriori riscontri delle cognizioni generali possedute: cfr. per questo rilievo, tra i lavori citati, S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., p. 75.

<sup>212</sup> In particolare, per l'ammissione al «*1er concours d'accès*» (che, peraltro, rappresenta il canale di reclutamento di gran lunga maggioritario, avendo coperto nel



sicché l'accesso alla Magistratura, in relazione ai requisiti stabiliti dalla legge per la partecipazione ai vari concorsi di ammissione all'*E.N.M.*<sup>213</sup>, si configura nei termini di un accesso diretto, con le positive implicazioni "di sistema" più volte evidenziate nel corso di questo lavoro<sup>214</sup>.

È da valutare attentamente, tuttavia, se (e di seguito, in ipotesi, con quale concreta disciplina) l'opzione del "corso- concorso" – quale, ad esempio, quella delineata nella bozza preliminare del d.d.l. "Mastella", qui assunta come termine di riferimento – sia effettivamente attuabile nel sistema italiano, cui di fatto un simile meccanismo di reclutamento dei magistrati, a differenza di quello fondato sulle Scuole di specializzazione, si rivela sconosciuto in tutti i suoi elementi caratterizzanti: nella scansione "a due tempi", in primo luogo (della quale andrebbe preliminarmente verificata la compatibilità con la nozione di "concorso", assunta in questo ambito dall'art. 106 Cost.<sup>215</sup>); nel contenuto prevalentemente pratico delle prove d'esame; soprattutto, nel riconoscimento della competenza prevalente della Magistratura, attraverso il C.S.M. e la (pure neoistituita) Scuola<sup>216</sup>, a provvedere alla formazione non solo dei magistrati in servizio, ma anche degli aspiranti tali, e ciò in sostituzione dell'attività in precedenza espletata dagli organi universitari. Non sembra quest'ultima, in particolare, una soluzione formalmente preclusa dal dettato costituzio-

2007, ad esempio, 123 posti su un totale di 160 banditi con i tre concorsi contemplati dalla legge organica) è richiesto il possesso di una qualsiasi laurea o diploma di studi politici o "*baccalauréat*" che attestino, semplicemente, lo svolgimento di «quattro anni di studi» dopo le scuole superiori: [www.enm.justice.fr//devenir-magistrat/recrutement-concours.php](http://www.enm.justice.fr//devenir-magistrat/recrutement-concours.php).

<sup>213</sup> Dei non ristretti requisiti di accesso al "*1er concours*" si è già detto nella nota che precede; per l'ammissione al «secondo concorso» (nel 2007, 29 posti banditi su 160 totali), occorre aver prestato almeno quattro anni di servizio in qualità di funzionario in un'amministrazione pubblica; il «terzo concorso» (nel 2007, appena 8 posti banditi) è invece aperto a soggetti che abbiano maturato un'esperienza lavorativa di almeno otto anni nel settore privato od espletato uno o più mandati in qualità di membri di un'assemblea elettiva o di magistrati non professionali: ancora, [www.enm.justice.fr//devenir-magistrat/recrutement-concours.php](http://www.enm.justice.fr//devenir-magistrat/recrutement-concours.php).

<sup>214</sup> Da ultimo, poco sopra, in questo stesso paragrafo.

<sup>215</sup> Per cui si fa ulteriore rinvio, in particolare, a F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 106*, cit., pp. 119 ss., ed a G. SANTALUCIA, *Le nuove norme sull'accesso alla Magistratura ordinaria*, cit., pp. 19 s.

<sup>216</sup> Competenza «prevalente», e non assoluta, del potere giudiziario, nella misura in cui – a rigore – anche gli organi del circuito politico- rappresentativo sarebbero chiamati a partecipare a questo processo, sia pure attraverso la parte minoritaria dei componenti del Consiglio e della Scuola della Magistratura che essi, in forza del dettato costituzionale e, quanto alla seconda, della legge 111/2007 (cfr. per tutti, a tale ultimo proposito, G. OBERTO, *La Scuola della Magistratura*, cit., cap. IV-V, § 18, 23-25), esprimono.

nale<sup>217</sup>; essendosi del resto poco innanzi constatato, a proposito dell'eventuale riforma delle SS.PP.LL., come il più diretto coinvolgimento degli organi giudiziari in questo campo costituisca oggi un'esigenza fortemente avvertita ed anzi oggetto di rivendicazione da parte della Magistratura stessa. Nondimeno, del tutto pianamente ed anche alla luce delle difficoltà organizzative recentemente palesate dagli uffici giudiziari e dal Consiglio Superiore (entrambi poco aiutati, va detto, da un potere politico insensibile ad ogni legittima richiesta di aumenti di organico e di investimenti economici), è lecito domandarsi, in una prospettiva di politica del diritto, se l'organizzazione giudiziaria sia oggi in grado di assolvere nel suo complesso a tale compito con risultati migliori di quelli sinora ottenuti nell'ambito universitario, e di fare fronte ad una sfida che sarebbe, in ipotesi, decisiva per la propria attività futura e, correlativamente, per la propria legittimazione sociale ed il proprio stesso statuto istituzionale. Da questo punto di vista, considerate anche la prevedibile macchinosità delle relative procedure amministrative di gestione (gravate rispetto al concorso tradizionale dalla duplicazione *de facto* di prove e commissioni d'esame) ed il notevole impegno finanziario che essa richiederebbe (sia pure, a parere di chi scrive, del tutto giustificatamente)<sup>218</sup>, questa seconda ipotesi di riforma presenta incognite indubbiamente maggiori di quella dell'accesso "mediato" dalle Scuole di specializzazione, risultando assai meno facilmente praticabile. Ciò non implica però che essa, in quanto preordinata ad un'analoga finalità di selezione rigorosa (ma non indiretta) dei futuri magistrati, della cui necessità sembra ormai essersi acquisita piena coscienza, non possa venire utilmente perseguita in tempi più maturi e – se è lecito sperare – non altrettanto convulsi ed incerti di quelli attraversati dall'ordinamento giudiziario negli ultimi anni, in cui la (ennesima) riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria ha faticosamente e, come si è cercato di mostrare attraverso queste note, piuttosto confusamente veduto la luce.

<sup>217</sup> Soprattutto, tenendo conto del nesso tra reclutamento (concorso) ed indipendenza della Magistratura complessivamente intesa che emerge chiaramente dalla consolidata giurisprudenza costituzionale: G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, cit., pp. 66 e 86; M. ABBRUZZESE, *La formazione pre-concorso, l'accesso alla Magistratura e il tirocinio degli uditori*, cit., p. 56; S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, cit., pp. 75 s., che richiamano tutti Corte Cost., sent. 1/1967 (in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 1 ss.).

<sup>218</sup> Elementi problematici, tutti peraltro rappresentati dall'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, nel parere iniziale sul disegno di legge governativo del 2007 espresso attraverso il documento *Sulle proposte*, cit., pp. 3-4.

# *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*

di Stefano Sicardi

SOMMARIO: 1. Valutazioni della professionalità e tutela dell'indipendenza: un intreccio delicato. – 2. Professionalità e carriera dei magistrati nell'esperienza istituzionale repubblicana: “il grande vuoto”, salvo l'attività, poco visibile all'esterno (e poco incisiva sul piano della selezione), del Consiglio Superiore della Magistratura. – 3. Il problema della formazione e le valutazioni sul personale giudiziario da parte del Consiglio Superiore della Magistratura così come prefigurate dal potere paranormativo antecedente alle riforme del 2005/2007. – 4. Le riforme del 2005/2007 sulla professionalità dei magistrati ed il controllo su di essa. – 4.1. La riforma del 2005/2006: un intreccio tra professionalità e tradizionale carriera. – 4.2. La riforma del 2007: un'accentuazione della professionalità in un quadro di continuità con l'assetto precedente al 2005. – 5. Considerazioni conclusive.

## *1. Valutazioni della professionalità e tutela dell'indipendenza: un intreccio delicato*

Il problema della formazione professionale e delle valutazioni di professionalità dei magistrati costituisce, come è noto, un aspetto assai importante e delicato della materia di ordinamento giudiziario, per quanto poi riguarda il nostro Paese, in passato – al di là di una serie di lodevoli iniziative assunte dal CSM negli scorsi decenni –, non affrontato, a livello legislativo, prima delle riforme del 2005/2007, come invece la sua importanza avrebbe richiesto.

Tale problema molto spesso si intreccia (senza però potersi identificare) con quello della carriera dei magistrati e, soprattutto, delle forme di controllo apprestate in relazione ad essa. D'altro canto però professionalità e carriera possono essere nettamente disgiunte, ad esempio in quei sistemi nei quali il personale della Magistratura (come tradizionalmente è avvenuto per i magistrati delle Corti superiori inglesi) non sia inquadrato negli schemi (per la verità, invece, altrove assai frequenti) di una carriera, così come tradizionalmente intesa negli assetti organizzativi dell'Europa continentale, anche se, per certi aspetti almeno, adattata alle peculiari funzioni svolte dall'ordine giudiziario (specie in relazione ai magistrati giudicanti).

Ancora, indubbiamente – ciò va fin da subito fortemente sottolineato e vi si ritornerà –, «esiste un *rapporto tra indipendenza e “valutazione” di professionalità dei magistrati*: può essere un rapporto di tensione, se valutazioni mal organizzate rischiano di minare l'indipendenza; può essere un rapporto di strumentalità, se esse siano al contrario bene organizzate, in modo da accrescere l'indipendenza (insieme alla preparazione del magistrato)»<sup>1</sup>.

Se le possibilità di tensione sono ben note e sono esasperate in quei sistemi nei quali i controlli di professionalità sono assorbiti dai controlli sulla carriera effettuati in un contesto burocratico-gerarchico, va però sottolineato anche il legame “positivo” tra professionalità (e correlativa formazione rivolta a tale obiettivo) ed indipendenza e imparzialità, diventando quella la «condizione primaria» di queste ultime (e potendosi considerare, quindi, elemento portante e sotteso al disegno costituzionale), in quanto fornisce al magistrato la capacità di cimentarsi, con gli strumenti adeguati, nell'applicazione della legge, assumendosene consapevolmente la piena responsabilità<sup>2</sup>.

Le recenti innovazioni della normativa di ordinamento giudiziario, intervenute a partire dalla legge di delega n. 150/2005 (con i successivi decreti legislativi del 2006) fino alla legge n. 111/2007, hanno trattato diffusamente ed in termini molto diversi le questioni inerenti alla formazione professionale dei magistrati ed ai temi ad essa tradizionalmente connessi (tra cui, anzitutto, la previsione dei correlativi controlli).

Scopo delle considerazioni che seguiranno sarà quindi quello, dopo aver richiamato la situazione antecedente al 2005 (per cercare di raccorderla adeguatamente con quanto poi avvenuto), di mettere in luce la portata ed il significato di questi interventi legislativi (anche nella più generale prospettiva del loro collegamento tanto con l'indipendenza “interna”, quanto con quella “esterna”), nelle loro differenze ed, ove riscontrabili, nelle loro convergenze, anche considerandoli rispetto alle battute iniziali dell'attuazione della legislazione appena richiamata da parte del potere “paranormativo” del Consiglio Superiore della Magistratura. Il che, in altri e più stringati termini, signi-

<sup>1</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2006, 70, corsivo nel testo.

<sup>2</sup> Si vedano le considerazioni di T. GIOVANNETTI, *La valutazione della professionalità dei magistrati nel quadro dei principi costituzionali*, in F. DAL CANTO e R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2004, 149 ss., in particolare, 157-158, ove si richiamano anche diffusamente le posizioni del CSM.

fica indagare sulle reciproche correlazioni (ed implicazioni) tra formazione, promozioni e controlli, prima e dopo il 2005.

2. *Professionalità e carriera dei magistrati nell'esperienza istituzionale repubblicana: "il grande vuoto", salvo l'attività, poco visibile all'esterno (e poco incisiva sul piano della selezione), del Consiglio Superiore della Magistratura*

Nell'esperienza istituzionale italiana il controllo sulla professionalità dei magistrati (a cominciare dal tirocinio degli uditori) è stato, fino alla metà degli anni '60 del secolo scorso, assorbito all'interno dei meccanismi di immissione e di avanzamento in carriera e delle correlative valutazioni.

Sono ben note le censure che vennero rivolte in passato a tali meccanismi, a partire dal momento iniziale della carriera giudiziaria. In tempi a noi più vicini il tradizionale sistema di accesso concorsuale<sup>3</sup> per giovani laureati ha ricevuto critiche crescenti per le sue inadeguate capacità selettive e per il carattere delle prove di ammissione ed è stato modificato (in termini peraltro non esenti da perplessità, come in relazione alla disomogeneità delle categorie degli ammissibili) nella direzione di un concorso di secondo grado. La disciplina del tirocinio degli uditori è stata ritenuta da sempre inadeguata (e su di essa sono intervenute – non mi pare in termini risolutivi – le normative del 2005/2006 e del 2007), dovendosi peraltro ricordare che, già dagli anni '70, le modalità di inizio della carriera erano state semplificate e depotenziate sul piano dei controlli<sup>4</sup>. Infine la classica con-

<sup>3</sup> In proposito vedi l'utilissimo contributo in chiave comparatistica di G. OBERTO, *Magistrati. Reclutamento e formazione. Studio comparato fra sistemi europei*, Conseil de l'Europe-Sapere 2000, Strasbourg-Roma, 2003 e, più di recente, l'approfondito aggiornamento operato dall'autore in *La Scuola della Magistratura italiana alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, in Giacomo Ober-to's Home Page, <http://www.geocities.com>. Da ultimo, in proposito, il lavoro di G. SOBRINO, *La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria e le sue implicazioni istituzionali, tra legge 150/2005 e legge "Mastella": un'altra occasione mancata?*, in questo stesso volume.

<sup>4</sup> Fino al 1970, dopo due anni di "uditorato", il giovane magistrato assumeva la qualifica, per un ulteriore triennio, di "aggiunto giudiziario", previo ulteriore esame per scritti ed orali (ma con un tasso di selezione bassissimo). Nel 1970 fu peraltro abolito tale esame (In proposito, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974, 357 ss., in particolare 365 ss.) e, successivamente, anche il triennio di aggiunto, passandosi direttamente dall'uditorato alla nomina a magistrato di tribunale. Vedi anche, in proposito, in tempi più recenti, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della Ma-*

figurazione della carriera giudiziaria, così come consegnataci dalla disciplina dell'Italia monarchica, fu avvertita fin dai primi decenni dell'Italia repubblicana come stridente con il disegno costituzionale prefigurato dalla Carta del 1948.

Dal canto suo il costituente<sup>5</sup>, pur non distaccandosi da un modello di Magistratura tipico dell'Europa continentale, era stato risoluto nel voltare pagina rispetto alle distorsioni periodicamente denunciate nel periodo monarchico-fascista in relazione all'Ordine giudiziario. Esse, nel clima di edificazione di un sistema liberal-democratico, erano individuate non solo nella insufficiente indipendenza dei magistrati nei confronti dell'Esecutivo, ma anche all'interno della Magistratura, nel rapporto, cioè, tra "bassa" e "alta" Magistratura.

Fu in questo clima che maturò una disciplina costituzionale la quale (non occupandosi di un argomento così specifico e peraltro – a metà del secolo scorso – non esplicitamente tematizzato quale quello dei controlli di professionalità), da un lato, dava per presupposto un qualche meccanismo di progressione in carriera all'interno dell'ordine giudiziario (tra i compiti del Consiglio Superiore della Magistratura – art. 105 Cost. – si prevede anche quello di deliberare sulle «promozioni»); e però, dall'altro lato, non solo sottoponeva tutto ciò alla competenza del CSM ma, ancora, nell'art. 107, comma 3° (la disposizione che sancisce – si è detto – «l'indipendenza interna istituzionale»<sup>6</sup>) affermava che «i magistrati» (si noti: non i giudici, ma, in generale, i magistrati; peraltro la Costituzione usa questi due termini in modo non preciso e costante<sup>7</sup>) «si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni»; e quindi – sottointeso – non per gradi interni all'organizzazione giudiziaria (aboliti con la L. 392/1951), come invece previsto dagli ordinamenti giudiziari prerepubblicani, sia pure in un assetto caratterizzato da veri e propri rapporti giuridici di tipo ge-

*giustizia ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, 258 ss.

<sup>5</sup> Riprendo qui di seguito in questo paragrafo alcune considerazioni svolte nella mia relazione *Reclutamento e «carriera», dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario* (VI° Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario", La Coruña, 26-27/09/2007), pubblicato in questo volume.

<sup>6</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 66 e ss.

<sup>7</sup> Il costituente non si pronunciò con chiarezza sull'osmosi tra Magistratura requirente e giudicante: implicitamente le considerò ambedue nell'Ordine Giudiziario, le sottopose allo stesso Consiglio superiore, però utilizzò, come già accennato nel testo, non perspicuamente i lemmi giudice e magistrato; sembrò consentire garanzie inferiori per i p.m. ma non proibirne il pareggiamento a quelle previste per i giudici e, in qualche modo, dette per scontata la possibilità di passaggi tra le funzioni giudicanti e requirenti e viceversa.

rarchico tra magistrati solo in relazione agli uffici del pubblico ministero.

Questa volontà costituente e post-costituente, rivolta ad assicurare non solo l'indipendenza verso l'esecutivo (cosiddetta esterna), ma anche verso i magistrati superiori (cosiddetta interna), nella prospettiva di valorizzare l'idea di un potere giudiziario "diffuso", favorì la contestazione dei classici meccanismi di carriera tradizionalmente propri dell'ordinamento italiano (in particolare lo "scrutinio" delle sentenze, essendo l'esame divenuto un mezzo del tutto eccezionale), ritenendoli – come più volte fu posto in rilievo – condizionanti in relazione all'indipendenza di giudizio del magistrato (portato, per far carriera, ad uniformarsi alle posizioni giurisprudenziali di coloro che lo avrebbero esaminato, cioè dei magistrati superiori) e quindi fonte di conformismo giurisprudenziale; ma considerandoli anche fuorvianti, in quanto incoraggiavano il magistrato a far anzitutto sfoggio di dottrina prima che concentrarsi su di un'efficiente amministrazione della giustizia<sup>8</sup>.

Il saldarsi di queste preoccupazioni di cattiva selezione dei magistrati (alla stregua di parametri ideologici, o inducendoli a privilegiare sentenze "dotte" rispetto a sentenze meno elaborate, per ben figurare agli scrutini) con potentissime spinte corporative, volte a togliere di mezzo fastidiosi controlli sulla capacità ed operosità del personale giudiziario, indusse, come è noto, a decretare la sparizione degli "scrutini" e ad introdurre, negli anni '60/70 del secolo scorso, la ben nota progressione automatica nella carriera (e negli scatti stipendiali), con il passaggio, cioè, da una carriera "a ruoli chiusi" ad una "a ruoli aperti" (legge 570/1966, cosiddetta "legge Breganze", per la nomina a magistrato di Appello e legge 831/1973, detta anche, ironicamente rispetto al suo immediato precedente, "legge Breganzone", relativa alla nomina a magistrato di Cassazione): «tutti i candidati» (alla promozione, da magistrato di tribunale a magistrato di corte di appello e poi a magistrato di Cassazione, fino all'idoneità alle funzioni direttive superiori), infatti, dopo un certo numero di anni (rispettivamente undici, sette ed otto) nel livello precedente, previa valutazione del CSM, sulla base del parere motivato del Consiglio Giudiziario competente, «ove vengano riconosciuti idonei, vengono promossi, conseguendo vantaggi giuridici ed economici del nuovo grado, anche se, per difetto di posti in organico, rimangono ad esercitare le funzioni di grado inferiore»<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 372. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 162 ss.

<sup>9</sup> In proposito, dettagliatamente, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, cit., 370 ss. Insomma, come anche è stato detto, tale sistema dissociava «le qualifiche, che sono



Il meccanismo fu peraltro parzialmente corretto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 86/1982, che dichiarò illegittimi una serie di articoli della citata L. 831/1973, nella parte in cui consentivano di procedere alla nomina a magistrato di Cassazione e a quella di titolare di funzioni direttive superiori indipendentemente dal conferimento delle relative funzioni. Per conseguenza, in tal caso, la valutazione favorevole del CSM comportò l'attribuzione solo del trattamento economico di Consigliere di Cassazione (o di titolare di funzioni direttive superiori), assumendosi la qualifica solo dopo l'attribuzione delle correlative funzioni a seguito di un ulteriore specifico vaglio del CSM<sup>10</sup>.

Comunque, al di là della attenuazione appena ricordata, «il sistema si tramutò in un meccanismo di selezione puramente “negativa”: se, cioè, non si rilevavano dei demeriti la promozione seguiva automaticamente per anzianità», per cui «il magistrato conseguiva il titolo e lo stipendio della funzione superiore, pur continuando a svolgere funzioni inferiori». L'effettivo conferimento delle funzioni superiori poteva, come già accennato, peraltro anche non avvenire mai<sup>11</sup>. Insomma, un controllo di “non demerito”, ripetibile *ad infinitum* in caso di esito sfavorevole<sup>12</sup>, in un quadro che, ovviamente scevro da minacce per l'indipendenza, si dimostrava però assolutamente inadeguato rispetto ad un controllo di professionalità.

Centrale divenne quindi la valutazione del CSM in ordine alla copertura di un certo ufficio tra più aspiranti e – di “concerto” con il Ministro della Giustizia<sup>13</sup> – per l'effettiva immissione nelle funzioni di legittimità e per l'attribuzione degli uffici direttivi. Insomma, la

riconosciute allo scopo prevalente di attribuire aumenti stipendiali, dalle funzioni. Di conseguenza, l'attribuzione delle qualifiche consiste nel riconoscimento dell'astratta idoneità ad esercitare altre funzioni e prescinde totalmente dall'esistenza di un posto vacante nell'organico» (G. VERDE, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2003, 18). Si ricordino le critiche a tutto questo meccanismo già emblematicamente espresse in C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976<sup>9</sup>, 1278.

<sup>10</sup> C. cost., sent. 86/1982, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 863 ss.

<sup>11</sup> Per quanto precede N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 67.

<sup>12</sup> Si veda la ricostruzione di A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 264 e 267.

<sup>13</sup> In proposito sia consentito rinviare a S. SICARDI, *Il conflitto tra attribuzione tra Consiglio Superiore della Magistratura e Ministro di Grazia e Giustizia*, Torino, Giappichelli, 1993, ove ci si sofferma sull'istituto del “concerto” e delle controversie cui ha dato luogo, che hanno chiamato in causa anche la Corte Costituzionale (sent. 379/1992, in *Giur. Cost.*, 1992, 2996 ss., in particolare 3008 ss.). Successivamente A. GUSTAPANE, *L'autonomia e indipendenza*, cit., 267 ss., 341 ss. e, dopo ancora, sent. 380/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, 3891 ss., in particolare 3900 ss. (*ivi* note a sentenza di S. Bartole, F. Sorrentino, B. Pezzini); si ricordi anche l'innovazione in tema di concerto, apportata dalla legge 22-II-2010, n. 24, richiamata *amplius, retro*, nel mio contributo *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia*, § 3.2.

nozione di «promozione», in conseguenza delle vicende sopra ricordate, venne a significare «progressione tra le diverse funzioni, alla stregua di una valutazione comparativa dell'idoneità professionale dei vari candidati»<sup>14</sup>.

Occorre peraltro, in relazione a quanto accaduto antecedentemente alle riforme del 2005/2007, essendosi già ricordata l'insoddisfazione per i meccanismi di selezione e formazione iniziale (che si collegano con il problema della professionalità, in quanto optando per un certo modello e per certe modalità di reclutamento e di primo addestramento, ne condizionano i successivi svolgimenti), esaminare in che modo il «vuoto legislativo» in ordine alla professionalità e alla carriera sia stato, se non colmato, almeno affrontato dalla ingente attività paranormativa del CSM.

Quest'ultimo punto richiede, prima di passare ad esaminare le riforme del triennio 2005/2007, qualche considerazione ulteriore, al fine di porre in rilievo caratteristiche e contenuti di tale attività paranormativa e quindi poterla adeguatamente raffrontare con quanto successivamente accaduto sul piano delle innovazioni legislative.

### 3. *Il problema della formazione e le valutazioni sul personale giudiziario da parte del Consiglio Superiore della Magistratura così come prefigurate dal potere paranormativo antecedente alle riforme del 2005/2007*

Per quanto riguarda il problema della riqualificazione professionale dei magistrati (in una prospettiva, se così si può dire, di «formazione permanente»), prima della sua disciplina ad opera delle riforme del 2005/2007 (su ciò il successivo § 4), si dette per pacifico che, benché ciò non risultasse espressamente previsto dall'art. 105 Cost., il CSM fosse competente ad occuparsene. Esso istituì in proposito un'apposita Commissione, coadiuvata da un Comitato Scientifico (composto da magistrati e docenti, anche avvocati); organizzò corsi periodici (non obbligatori, ma a base volontaria) tramite l'Ufficio Studi; prevede modalità di formazione decentrata a livello distrettuale, articolata su una rete di «formatori» (risoluzione del 26-XI-1998); sviluppò rapporti di cooperazione in proposito con iniziative ed istituzioni sovranazionali e straniere (Rete Europea di Formazione Giudiziaria,

<sup>14</sup> G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 110, 111 (L'indipendenza della Magistratura ordinaria)*, in ID. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, Il Saggiatore, 1998<sup>2</sup>, 426 ss., per la citazione 443. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, il Mulino, 2006, 79.

Consiglio d'Europa, Commissione Europea, ecc.) e promosse – senza successo – in varie Relazioni al Parlamento (1991, 1994, 2003) e fino alla predisposizione di uno schema di convenzione con il Ministro della Giustizia, la costituzione di una struttura statale centralizzata, specificamente volta al tirocinio ed addestramento professionale dei magistrati<sup>15</sup>.

Per quanto poi riguarda la valutazione dei magistrati, sia sul piano del giudizio di “non demerito”, almeno per lo scorrimento stipendiale, sia sul piano del giudizio comparativo, nel caso di più domande in relazione ad un certo posto o incarico da ricoprire (e *massime* per gli uffici direttivi), essa costituì l'oggetto di una serie di circolari, anche molto dettagliate, del Consiglio Superiore della Magistratura.

Rispetto ai giudizi del CSM relativi allo scorrimento automatico (nelle qualifiche o, ai livelli più elevati, solo nel trattamento stipendiale), si deve ricordare che, in relazione alla nomina a magistrato di appello, sulla scorta della l. 570/1966, furono adottate una serie di circolari, l'ultima delle quali (prima delle riforme 2005/2007) fu quella del 22-V-1985, n. P-1275, “*Criteri per la formulazione dei pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati*” (modificata dalle successive delibere 23-VII-2003 e 26-01-2005).

La valutazione veniva assunta sulla base di una serie di parametri legislativi («laboriosità, capacità, diligenza e preparazione», alla stregua dell'art. 3, l. 570/1966<sup>16</sup>), precisati analiticamente dal CSM nella circolare appena ricordata<sup>17</sup>, (ed assumendo ogni ulteriore elemento

<sup>15</sup> In proposito M. ABRUZZESE, *La Scuola della Magistratura. La formazione permanente*, in AA.VV., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2007, 111 ss., in particolare 113 ss.; G. SANTALUCIA, *La Scuola della Magistratura*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, 195 ss. Si possono ricordare in proposito, quali interventi operati dal CSM, oltre alla risoluzione citata nel testo, la deliberazione del 28-VII-1999, la circolare 25-VI-2001, n. P-13372 /2001, integrata dalla successiva 20-V-2002, n. P-9695/2002 e, ancora, la circolare 11-XI-2004, n. P-20171. Cfr. anche la circolare 19-V-2003, n. P-9510/2003. Vedi pure, in argomento, T. GIOVANNETTI, *La valutazione della professionalità*, cit., *passim*, e, da ultimo, approfonditamente, G. OBERTO, *La Scuola*, cit., cap. III, 17.

<sup>16</sup> In relazione alla nomina a magistrato di tribunale i parametri erano dati dalla preparazione, capacità, operosità, diligenza ed equilibrio dimostrati dall'uditore nel periodo di tirocinio ed in quello di svolgimento delle funzioni (L. 97/1979 e, per il conferimento delle funzioni agli uditori, D.P.R. 17-VII-1998 e circolare 1275/1985).

<sup>17</sup> Si veda il punto 9, con l'individuazione di una pluralità di indici per la valutazione della “preparazione e capacità” (tra cui: libertà da condizionamenti e vincoli che possano limitare l'imparzialità, qualità di carattere significative per l'attività giudiziaria, modalità di partecipazione alle udienze dibattimentali, celerità nella conduzione del processo, capacità di sintesi e di individuazione delle questioni da decidere, capacità di organizzare il proprio lavoro); i punti 12 ss. in relazione all'”ope-

di giudizio/valutazione reputato necessario), previo parere dei Consigli Giudiziari (snodo essenziale del procedimento), senza alcun esame comparativo dei singoli aspiranti. L'eventuale inidoneità comportava una nuova valutazione ogni biennio, sin quando non sopraggiungesse un giudizio positivo<sup>18</sup>. Per quanto poi atteneva al successivo passaggio a magistrato di cassazione, per le ragioni già richiamate, la procedura comportava solo l'acquisizione del trattamento stipendiale, ed era analoga a quanto appena ricordato: maturata una certa anzianità, l'*iter* si concludeva con una decisione del CSM, sulla base dei parametri – fissati dall'art. 1, l. 831/1973, e sviluppati dalla circolare n. 1275/1985 già menzionata – consistenti nella «1) preparazione e capacità tecnico-professionale; 2) laboriosità e diligenza; 3) precedenti relativi al servizio prestato», ed di ogni altro elemento di giudizio reputato necessario. L'eventuale inidoneità comportava una nuova valutazione ogni triennio, sin quando non sopraggiungesse un giudizio positivo. Analogamente avveniva per la dichiarazione di idoneità a funzioni direttive superiori<sup>19</sup>.

Per quanto poi atteneva, in particolare, al conferimento degli uffici direttivi – non soffermandomi qui sulla procedura del “concerto” –, il CSM teneva in considerazione, con giudizio comparativo nel caso di più domande, tanto l'anzianità (meno però – così parrebbe, stando alla sola lettera delle circolari – che in passato<sup>20</sup>), quanto il merito. L'ultima circolare in argomento prima delle riforme del

rosità”, 18 e ss., relativi alla “diligenza”, 20 ss. relativi all’“equilibrio” (anche in tali casi con l'individuazione di una molteplicità di indici). Il CSM ribadì e sottolineò che i parametri di valutazione andavano riferiti «esclusivamente a dati, o per meglio dire a valori relativi alla cd personalità tecnico-professionale del magistrato: laboriosità, capacità, diligenza, preparazione ed equilibrio» (CSM, Ufficio Studi, *Parere* n. 92/98, del 07-III-1998 e circolare 1275/1985). Nella stessa circolare, a garanzia di una valutazione che non sconfinasse al di fuori del giudizio professionale e non condizionasse l'attività di *ius dicere*, si precisava che «gli elementi di fatto rilevanti non potranno mai attenersi alla sfera privata del magistrato» salvo se di rilievo paradisciplinare, «disciplinare o penale», né «mai essere desunti dagli orientamenti politici, ideologici o religiosi del magistrato» e che «nella valutazione dei provvedimenti il dirigente dell'ufficio e il Consiglio Giudiziario devono tener conto esclusivamente dei profili tecnico-professionali relativi all'esposizione delle questioni e all'argomentazione della soluzione adottata, con esclusione di qualsiasi sindacato sul merito della soluzione stessa».

<sup>18</sup> A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 263-264.

<sup>19</sup> A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 266-269.

<sup>20</sup> Si veda l'esame comparativo tra la circolare 19-X-1987 n. 11995 e la successiva 21-VII-1994, n. 13869, in A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 277-278, e, successivamente, circolare 28-IX-1996, n. 13531 e circolare 08/VII/1999 (modificata nel 2001 e nel 2003). Ma si veda però anche quanto si dirà, in proposito, nell'ultimo paragrafo, ultima nota.

2005/2007<sup>21</sup> faceva riferimento, come le precedenti, «ai criteri delle attitudini, del merito e dell'anzianità, opportunamente integrati fra loro»<sup>22</sup>, (specificandole in relazione anche a particolari tipi di uffici direttivi)<sup>23</sup>, indicando anche gli elementi da cui trarre tali indicazioni (fascicoli personali<sup>24</sup>, relazioni degli interessati, accertamenti anche tramite audizione, pareri in precedenza espressi dai Consigli Giudiziari, ecc.) e richiedendo un certo periodo di permanenza nella sede di provenienza, assicurando nel nuovo ufficio richiesto una permanenza non inferiore<sup>25</sup>.

Emerge da tutto quanto precede come, anche prima del 2005/2007, fossero state costruite nel tempo, almeno sulla carta, modalità e forme notevolmente elaborate di controllo della professionalità dei magistrati, che rinnegavano le «passate tecniche di selezione di tipo gerarchico»<sup>26</sup>, pur avendo in comune con queste ultime la (sola) caratteristica per la quale il «sistema di valutazione della professionalità dei magistrati» era «sostanzialmente legato al meccanismo della progressione in carriera»<sup>27</sup>.

Va però rilevato che i controlli successivi alla legge Breganze giocavano soltanto a favore del magistrato, le uniche conseguenze negative potendo consistere nel mancato aumento di stipendio o, nel caso di valutazioni comparative relative ad un incarico cui concorressero più aspiranti, al suo mancato conseguimento, in quanto attribuito ad altro soggetto più favorevolmente valutato. E, ancora, come già ricordato all'inizio di questo paragrafo, il problema della formazione

<sup>21</sup> Circolare 08-VII-1999, n. P-13000; e, in precedenza, circolari 28-IX-1996, n. 13531 e 21-VII-1994, n. 13869 e, prima ancora, 19-X-1987 (modificata con delibera 29-I-1991) ed anche la già più volte citata 22-II-1985, n. 1275.

<sup>22</sup> Ove per attitudini si intende «l'idoneità dell'aspirante ad esercitare degnamente – per requisiti di indipendenza, prestigio e capacità – le funzioni direttive da conferire», precisandosi subito dopo i tre requisiti appena ricordati; ed il merito si specifica poi «nell'impegno valutato con riferimento alla quantità del lavoro svolto... la concreta capacità organizzativa di cui il candidato abbia dato prova nell'esercizio delle funzioni dirigenziali... la puntualità e la diligenza dimostrate nello svolgimento delle funzioni e nell'osservanza dei propri doveri... la disponibilità a far fronte alle esigenze di ufficio». Dopo una serie di precisazioni sul computo dell'anzianità, la circolare si sofferma (n. 2) sulla «Comparazione», sulle (n. 3) «Fonti di conoscenza della valutazione» e (n. 4) sul procedimento.

<sup>23</sup> A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 272 ss., in particolare 274-275.

<sup>24</sup> Si veda in proposito la circolare 28-VII-1998, n. 17728, modificata con delibera del 15-VI-2005.

<sup>25</sup> Si veda diffusamente anche la circolare 24-IX-1999, n. 17003, «Sulla verifica della professionalità dei magistrati», anche per una analitica ricostruzione della giurisprudenza amministrativa in materia.

<sup>26</sup> A. GUSTAPANE, *op. cit.*, 280.

<sup>27</sup> T. GIOVANNETTI, *La valutazione*, cit., 152.

permanente del magistrato – pur percepito nella sua gravità anche nel corso dell'Ottocento – era sì oggetto di un ampio dibattito e di alcune lodevoli iniziative del CSM, ma non era mai approdato a forme di sistematico intervento legislativo<sup>28</sup>.

#### 4. *Le riforme del 2005/2007 sulla professionalità dei magistrati ed il controllo su di essa*

##### 4.1. *La riforma del 2005/2006: un intreccio tra professionalità e tradizionali meccanismi di carriera*

La riforma del 2005/2006 affrontò e disciplinò sia il problema della formazione e della valutazione della professionalità e dei correlativi controlli, sia quello della progressione dei magistrati attraverso il meccanismo delle promozioni. Tali questioni furono tutte trattate nella prospettiva di marcare una netta soluzione di continuità rispetto alla normativa precedente.

a) Per quanto riguarda la formazione iniziale, cioè il periodo di tirocinio<sup>29</sup> (D.Lgs. 26/2006), la riforma Castelli (che ancora parlava

<sup>28</sup> Si rinvia alle indicazioni bibliografiche contenute in T. GIOVANNETTI, *La valutazione*, cit., che ricorda (150) come il problema fu avvertito nella sua gravità fin dai tempi dell'unificazione. Nell'Italia ottocentesca la questione si intrecciava – talora anche in termini grossolanamente patologici – con le nomine governative di magistrati senza concorso, al fine di ricompensare fedeltà politiche. Si ricordi il seguente episodio (c'è da credere, comunque, un caso limite): «Un capo-popolo, buona mente, cuore ferrato, riesce a far eleggere deputato un uomo il quale poco tempo dopo diventa ministro. Domanda egli il premio, esita l'altro: ma il capo-popolo era possessore di segreti, sapeva per di più benissimo il proverbio italiano: *chi la dura, la vince*. La durò, la vinse. Fu creato consigliere d'appello. Messo alla presidenza dei dibattimenti, confessò di non aver mai aperto il codice di procedura penale, e un benevolo collega dettò per lui, durante sei mesi, le sentenze» (intervento del sen. Siotto Pintor, pronunciato nella tornata del 22 gennaio 1873, A. P. Senato, *Discussioni*, Sessione 1871-73, 1363 ss., corsivo nel testo, riportato in M. D'ADDIO, *Politica e Magistratura* (1848-1876), Milano, Giuffrè, 1966, 655-656). E si ricordi ancora la vicenda narrata dall'on. Bianchi alla Camera dei Deputati (tornata del 6 luglio 1908): «ultimamente un consigliere d'appello di una delle prime Corti del Regno, avendo dinnanzi a sé un articolo del codice di procedura civile che gli dava noia, né trovò un altro che aveva un numero superiore e disse: poiché l'art. 370 viene dopo l'art. 351 e siccome la legge posteriore deroga l'anteriore, si deve ritenere che quell'articolo abbia abrogato l'altro [viva ilarità]. Questo è scritto in una sentenza di cui posso darvi copia autentica» (l'episodio è riportato da E.R. PAPA, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo nella Magistratura italiana (1861-1913)*, Padova-Venezia, Marsilio, 1973, 15).

<sup>29</sup> Per la sua articolazione ante-riforme, per gli anni '70, G. VOLPE, *La carriera dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974., 364 ss. e, in tempi più recenti, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indi-*

di “uditori”) lo affidò, sia per la parte teorico/pratica che per le valutazioni finali, alla Scuola Superiore della Magistratura [da ora in avanti SSM]. Esso veniva articolato su di un periodo di ventiquattro mesi, in due sessioni: la prima, da svolgersi presso la SSM, di durata semestrale e consistente in «corsi di approfondimento teorico-pratico», rivolti al «perfezionamento delle capacità operative e della deontologia dell'ordine giudiziario» (art. 20, 1° comma, D.Lgs. 26, che si ritrova, per queste indicazioni, sostanzialmente riprodotto nella successiva legge del centro-sinistra 111/2007); la seconda invece presso gli uffici giudiziari, per sette mesi in un collegio giudicante, per tre in un ufficio requirente di primo grado e per otto mesi in un ufficio corrispondente a quello di prima destinazione, con partecipazione all'attività giudiziaria, compresa la camera di consiglio, affidandosi gli uditori a magistrati affidatari, individuati dal Consiglio di Gestione della Scuola (art. 21.1, D.Lgs. 26/2006).

Sulla base delle loro schede di valutazione e di quelle dei docenti della SSM il Comitato di Gestione della Scuola avrebbe formulato un giudizio di idoneità per ogni uditore all'assunzione delle funzioni giudiziarie, giudizio che sembrava costituire, alla stregua della riforma del 2005/2006, il vero vaglio, ridimensionando fortemente il ruolo del CSM in proposito e suscitando forti perplessità sul piano del rispetto dell'art. 105 Cost.<sup>30</sup>

b) Fu, più in generale, stabilita l'obbligatorietà della formazione e dell'aggiornamento professionale, se non ostavano comprovate e motivate esigenze organizzative degli uffici di provenienza (ogni cinque anni, ex art. 25, D.Lgs. 26/2006, nella sua formulazione originaria), ma la violazione di tale obbligo non fu considerata nel catalogo degli illeciti disciplinari, a meno di non farla rientrare nel generale dovere di diligenza<sup>31</sup>.

I corsi correlativi<sup>32</sup>, affidati alla neo istituita SSM, ai sensi del D.Lgs.

*pendenza*, cit., 258 ss. Il tirocinio, di durata non inferiore a quindici mesi (suddiviso in due fasi; tirocinio *ordinario* – con assegnazione a diversi uffici giudiziari, civili e penali –; e tirocinio *mirato* – con periodi di lavoro presso un ufficio dello stesso tipo di quello a cui l'uditore sarebbe stato assegnato –), era organizzato e coordinato dal Consiglio Giudiziario, in attuazione delle direttive del CSM, avvalendosi di una speciale Commissione, composta da magistrati tratti dal suo seno e da magistrati con compiti di specifica collaborazione in ordine alla effettuazione del tirocinio.

<sup>30</sup> Critiche alla *deminutio* del ruolo del CSM ad esempio in M. ABRUZZESE, *op. cit.*, 108.

<sup>31</sup> Lo nota M. ABRUZZESE, *op. cit.*, 133-134.

<sup>32</sup> Mentre quelli di aggiornamento attengono alla professionalità del magistrato nel posto e funzione che ricopre, quelli di formazione hanno l'obiettivo di «istruire il magistrato che aspira a cambiare funzione in senso orizzontale (da giudicante a requirente, o viceversa), purché entro il terzo anno di esercizio delle funzioni affi-



26/2006, dovevano svolgersi presso le sue sedi e consistevano nel frequentare sessioni di studio (strutturate in moduli teorici e pratici, della durata di due settimane, anche non consecutive) tenute da docenti selezionati dalla Scuola. La normativa del 2005/2006 non entrava nello specifico sull'organizzazione dei corsi, sulle strutture logistiche di accoglienza, sulla copertura finanziaria.

c) Fu poi previsto<sup>33</sup> un sistema di valutazioni periodiche dei magistrati (capo IV del D. Legisl. 26/2006) di competenza del CSM. La prima valutazione, previa frequenza di un corso presso la SSM, interveniva al settimo anno dall'ingresso in Magistratura<sup>34</sup>. Ove poi il magistrato non avesse successivamente sostenuto concorsi per le funzioni di secondo grado o di legittimità (quella che è stata appunto chiamata la «carriera senza concorsi»<sup>35</sup>) esso veniva nuovamente sottoposto a valutazioni di professionalità (previo corso di aggiornamento e di formazione presso la SSM) da parte del CSM, «al compimento del tredicesimo, ventesimo e ventottesimo anno dall'ingresso in magistratura» (art. 32, D. Lgs. 26/2006).

Nel caso in cui invece il magistrato sostenesse i concorsi sopra menzionati, tali prove venivano a surrogare le valutazioni di professionalità di cui si è appena detto<sup>36</sup>.

Importanza determinante assumeva (artt. 20 e 23 D. Lgs. 160/2006) ai fini della carriera il giudizio finale conclusivo del corso di formazione (art. 26, D.Lgs., 26/2006; art. 2, 1° comma, lett. l), L.150/2005), che si configurava<sup>37</sup> come «una sorta di *parere obbligatorio*, dal quale,

date in prima assegnazione..., ovvero in senso verticale (da primo a secondo grado, da merito a legittimità... [e a fini di] idoneità a funzioni direttive, ecc.), nel concorso dell'anzianità di servizio utilmente valutabile» (M. ABRUZZESE, *La Scuola della Magistratura. La formazione permanente*, in AA.Vv., *Guida alla riforma*, cit., 111 ss., in particolare 133 ss.). Sulla SSM si veda, da ultimo, l'ampio ed esaustivo commento di G. OBERTO, *La Scuola*, cit., capp. IV, V, VI) ed E. ROSSI, *La formazione e la Scuola della Magistratura*, in *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro.it.*, V, 87 ss., in particolare 96 ss.

<sup>33</sup> G. METTENCINI, *Le funzioni*, in AA.Vv., *Guida alla riforma*, cit., 165 ss.

<sup>34</sup> In caso di passaggio dalle funzioni giudicanti alle requirenti o viceversa, in precedenza non si effettuava la valutazione appena ricordata, comportando già tale passaggio una valutazione sul magistrato.

<sup>35</sup> MOVIMENTO PER LA GIUSTIZIA-DIRETTIVO, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, prima scheda, *La Carriera*, II, a) e b).

<sup>36</sup> Cfr. art. 36, D. Legisl. 26/2006: «All'esito dei concorsi per il conferimento delle funzioni di secondo grado o di legittimità, la commissione di concorso comunica al Consiglio Superiore della Magistratura l'elenco dei magistrati che non hanno ottenuto i relativi posti, e che, in quanto giudicati non idonei, devono essere sottoposti alle valutazioni di professionalità di cui all'articolo 32».

<sup>37</sup> M. ABRUZZESE, *La Scuola della Magistratura. La formazione permanente*, in AA.Vv., *Guida alla riforma*, cit., 133 ss. in particolare 136, corsivo nel testo.

stante la elevata valenza tecnica, sarà molto difficile discostarsi» ai fini della promozione; la valutazione susseguente ai corsi di aggiornamento veniva inserita nel fascicolo personale del magistrato, al fine di costituire elemento per le determinazioni da assumersi dal CSM (art. 2, 2° comma, lett. p), L.150/2005 ed art. 26 appena citato).

Alle valutazioni negative venivano correlate conseguenze sanzionatorie per il magistrato: anzitutto sugli aumenti di stipendio (art. 35, D.Lgs. 26/2006, testo originario), fino alla previsione di dispensa dal servizio in caso «di tre giudizi negativi consecutivi» (art. 31, comma 4° D.Lgs. 26/2006, testo originario).

d) Per quanto riguarda le modalità di progressione nelle funzioni (promozioni) fu prevista un'aggiornata riproposizione dei classici meccanismi selettivi di avanzamento nella carriera (D.Lgs. 160/2006, 12 ss. del testo originario) antecedenti alla legge Breganze, tramite, dopo l'eventuale partecipazione a corsi di formazione presso la SSM (art. 28, D.Lgs. 26/2006), concorsi (per titoli ed esami o solo per titoli), le cui commissioni (che dovevano tener conto anche dell'attività di carattere scientifico dei concorrenti e delle loro esperienze di natura tecnico-professionale, atte ad evidenziarne la professionalità) erano composte da magistrati di legittimità e, in certi casi, da magistrati che esercitavano funzioni di merito di secondo grado e da docenti universitari e nominate dal CSM. Esso avrebbe assegnato i posti messi a concorso tenendo conto dei giudizi finali della SSM, della commissione concorsuale e del Consiglio Giudiziario, nonché di ulteriori elementi rilevanti per la valutazione.

Ancora, la progressione stipendiale non corrispondeva alla progressione nelle funzioni; essa però non era totalmente automatica, sia perché era previsto un incentivo di uno scatto di classe per chi faceva una carriera particolarmente rapida, sia perché era condizionata alle periodiche valutazioni di professionalità<sup>38</sup>.

È stato affermato che la riforma Castelli avrebbe avuto «dunque il merito di “slegare”, almeno in parte, la valutazione di professionalità dalla progressione in carriera: collegamento che invece esisteva nel vecchio sistema, nel quale le valutazioni (largamente superficiali e formali) venivano svolte nel momento stesso dell'avanzamento in carriera»<sup>39</sup>. Peraltro la relazione alla legge 111/2007 le imputerà un «sistema di valutazione per titoli ed esami scollegato ad un reale obiettivo di valutazione della professionalità funzionalizzato sull'efficienza».

<sup>38</sup> Cfr. art. 35 D.Lgs. 26/2006; cfr pure la utile tabella contenuta in G. METTENCINI, *Le funzioni*, in AA.Vv., *Guida alla riforma*, cit., 159 ss., in particolare 161.

<sup>39</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *op. cit.*, 71.

#### 4.2. *La riforma del 2007: un'accentuazione della professionalità in un quadro di maggiore continuità con l'assetto precedente al 2005*

La riforma del 2007 affronta e disciplina anch'essa sia il problema della formazione e della valutazione della professionalità e dei correlativi controlli, sia quello della progressione dei magistrati attraverso il meccanismo delle promozioni. Tali questioni (salvo, almeno in parte, quello della mera formazione) sono però trattate in termini radicalmente differenti rispetto alla riforma Castelli e si riallacciano maggiormente all'attività svolta prima del 2005 dal CSM.

a) Le modifiche introdotte dalla legge n.111 in relazione al tirocinio (scompare pure la classica qualifica di "uditore") riguardano anzitutto la sua – discutibile – riduzione temporale (nuovo testo dell'art. 18 D.Lgs. 26/2006) a diciotto mesi (non però ulteriormente restringibile – come prevedeva originariamente il D. D. L. del Governo – ulteriormente fino a nove mesi, in caso di urgenza). Le sue modalità di svolgimento sono definite dal CSM ed esso si articola per sei mesi, anche non consecutivi, presso la SSM – su materie non più individuate solo dalla SSM ma nel quadro della delibera di svolgimento del tirocinio adottata dal CSM (nuovo testo dell'art. 20 D.Lgs. 26/2006) – e, per dodici mesi anche non consecutivi, presso gli uffici giudiziari – ma ora il magistrato affidatario del tirocinante viene designato dal CSM e non più dal Comitato di Gestione della SSM (nuovo testo dell'art. 21, comma 3, D.Lgs. 26/2006) –.

È chiaro l'intento di valorizzare, rispetto alla precedente riforma del 2005/2006, il ruolo del CSM rispetto alla SSM. Ciò emerge più che mai nella valutazione finale del tirocinio: come si è già ricordato, l'originaria versione (criticatissima) dell'art.22 D.Lgs. 26/2006 affidava (sulla base di tutto il materiale relativo al tirocinio) la formulazione del giudizio di idoneità dei tirocinanti all'assunzione di funzioni giudiziarie al Comitato di Gestione della SSM. Il CSM deliberava in via definitiva in ordine a tali giudizi; pur potendo fondarsi anche «su ogni altro elemento eventualmente acquisito», appariva evidente il ruolo centrale e sostanziale, in merito alla valutazione, della SSM e non del CSM. Il nuovo testo dell'art. 22 cambia completamente la situazione, stabilendo che «al termine del tirocinio sono trasmesse al Consiglio Superiore della Magistratura le schede di valutazione redatte all'esito delle sessioni unitamente ad una relazione di sintesi predisposta dal Comitato Direttivo della Scuola». Già da qui si comprende che la sostanza della valutazione passa ora al CSM, svolgendo la SSM compiti di carattere istruttorio.

Tutto ciò peraltro non entra nel problema dei connotati sostanziali del tirocinio in relazione alla formazione iniziale dei magistrati.

Le reali differenze in ordine alla disciplina del tirocinio tra le due riforme, in rapida successione, dell'ordinamento giudiziario hanno riguardato ben altro: il problema, cioè, del ridimensionamento o meno del ruolo del CSM, in questo come in molti altri ambiti.

b) Più in generale, anche la riforma del 2007 è stata mossa (come emerge dalla relazione illustrativa del Disegno di Legge governativo al Senato – AS 1447 –, poi divenuto l'attuale L. 111/2007) dalla constatazione che il sistema di valutazioni della professionalità anteriori alla riforma del 2005/2006 era inadeguato, in quanto la valutazione della professionalità del magistrato era data sostanzialmente per presunta, salvo i passaggi di funzione o l'attribuzione di incarichi specifici (quindi in tempi o molto distanziati o imprevedibili) e, di conseguenza, tale meccanismo si rivelava insufficiente ad attuare un reale vaglio delle specifiche capacità, doti e attitudini richieste al magistrato.

Per quanto più specificamente riguarda la formazione e l'aggiornamento professionale la SSM si vede confermata in tale ruolo: i magistrati debbono partecipare ai corsi che essa predispone almeno una volta ogni quattro anni (art. 25, D. lgs. 26/2006, nella nuova formulazione ex L. 111/2007). Ancora, la SSM continuerà a svolgere attività di ricerca e ad organizzare (nel quadro di previsioni maggiormente dettagliate) iniziative con organi istituzionali e ordini professionali in relazione ad attività di formazione.

La Scuola perde invece i compiti che precedentemente le erano attribuiti in relazione alle valutazioni sulla professionalità e la carriera dei magistrati.

Le valutazioni di professionalità dipendono esclusivamente dal CSM e sono del tutto slegate dalla partecipazione dei magistrati ai corsi organizzati dalla Scuola; la partecipazione a tali corsi non è vincolante per la carriera (salvo per quanto riguarda l'accesso alle funzioni direttive e semidirettive e i passaggi dalla magistratura giudicante alla requirente e viceversa; ma si tratta solo di uno degli elementi di cui il CSM terrà conto per la decisione).

c) La riforma contenuta nella legge 111/2007 prevede che valutazioni periodiche di professionalità dei magistrati (che, come appena accennato, vengono però ora «nettamente distinte rispetto ai corsi di formazione e di aggiornamento»<sup>40</sup>) siano previste «ogni quadriennio, a decorrere dalla data di nomina fino al superamento della settima

<sup>40</sup> Lo notano opportunamente N. ZANON e F. BIONDI, nell'*Addenda di aggiornamento*, cit., §. 12.3. Da ultimo, in argomento, A. IACOBONI, *La carriera ed il controllo di professionalità*, in *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, cit., 92 ss.; G. DI ROSA, *Le nuove valutazioni di professionalità*, in *la Magistratura*, 2007/4, 90 s.

valutazione» (art. 11, primo comma, D.Lgs. 160/2006, nuovo testo). Il CSM ha quindi preso atto che, sulla scorta di quanto previsto dalla citata legge 111, le precedenti qualifiche – da uditore a magistrato idoneo alle funzioni direttive superiori – «non esistono più, risultando sostituite da sette fasce di anzianità, maturabili ogni quadriennio, ad ognuna delle quali è collegata l'idoneità ad accedere a determinate funzioni oltre che altrettante classi stipendiali»<sup>41</sup>.

Le valutazioni di professionalità riguardano (art. 11, cit., 2 comma, lett. a), b), c), d), capo V della circolare n. 20691/2007): «la capacità» (non solo riferita alla preparazione giuridica, ma anche al possesso di tecniche di argomentazione e di indagine, pure in relazione al successivo esito dei processi, alla conduzione delle udienze e alla direzione e all'apporto dei collaboratori); «la laboriosità» (collegata alla produttività, valutata da diversi punti di vista); la «diligenza» (collegata all'assiduità e puntualità dei doveri di ufficio, nei loro diversi risvolti); e l'«impegno» (rispetto alla disponibilità per sostituzioni, alla frequenza a corsi di aggiornamento, alla collaborazione a risolvere problemi di tipo organizzativo e giuridico)<sup>42</sup>.

Le valutazioni<sup>43</sup> appena ricordate sono di competenza del CSM,

<sup>41</sup> *Relazione introduttiva alla Circolare n. 20691, dello 08-X-2007, "Nuovi criteri per la valutazione dei magistrati a seguito della legge 30 luglio 2007, n. 111, recante 'Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario'"*.

<sup>42</sup> L'«attitudine direttiva», diversamente che nel D.D.L. originario del Governo, viene considerata solo ai fini del conferimento di funzioni direttive. Il CSM ha ritenuto (*Relazione introduttiva alla circolare n. 20691/2007, cit.*) che debbano pure specificamente valutarsi (anche alla stregua dell'art. 11, comma 4°, lett. f, D.Lgs. 160/2006, relativo alle segnalazioni provenienti dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati) i requisiti (da ritenersi «presupposto imprescindibile per una positiva valutazione della professionalità») dell'indipendenza, che «consiste nello svolgere le funzioni giurisdizionali senza condizionamenti, rapporti o vincoli che possano influenzare negativamente o limitare le modalità di esercizio della giurisdizione»; dell'imparzialità, in quanto «esercizio della giurisdizione condotto in modo obiettivo ed equo rispetto alle parti»; e, infine, dell'equilibrio, come esercizio della funzione «condotto con senso della misura e moderazione, non determinato dagli orientamenti ideologici, politici e religiosi del magistrato ed ancorato a fatti concreti, obiettivi e verificati» (Capo III, nn. 2-4). Peraltro il giudizio sulla loro sussistenza, quando non emergano dati di segno contrario, dovrà essere espresso con la formula «nulla da rilevare» (Capo III, n. 5).

<sup>43</sup> Che devono «ricostruire con completezza le qualità del magistrato, in modo da evidenziare in modo dettagliato le caratteristiche professionali, le tipologie di lavoro svolto e le reali attitudini», inquadrandole nei parametri sopra ricordati, si giovano dei pareri dei Consigli Giudiziari, i quali dovranno contenere «una indicazione analitica di ciascun parametro di valutazione e degli elementi di fatto positivi e negativi sui quali sono fondati i giudizi». A tale scopo la circolare contiene in allegato una minuta modulistica. I pareri, salvo il caso di elementi rilevanti a fini penali, disciplinari o – come una volta si diceva – paradisciplinari, non devono riguardare,

previo parere motivato del Consiglio Giudiziario<sup>44</sup> (rispetto al quale il magistrato può far pervenire al CSM le proprie osservazioni e chiedere di essere sentito personalmente – art. 11, comma 8, nuovo testo D.Lgs. 160/2006 –)<sup>45</sup>, «secondo parametri oggettivi», che sono «indicati dal Consiglio Superiore della Magistratura», il quale (art. 11, comma 3, nuovo testo D.Lgs. 160/2006), «con propria delibera», entro novanta giorni dall'entrata in vigore della nuova disciplina, regola minutamente (si vedano anche le lett. da a) ad e) di tale terzo comma) «gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei Consigli Giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai Consigli Giudiziari»; tutto ciò è stato specificato con un'analitica predisposizione degli indicatori dei parametri e con l'individuazione delle fonti di conoscenza da cui trarre le valutazioni di professionalità, operata dal CSM con circolare<sup>46</sup>. Ai Consigli Giudiziari, entro il febbraio di ogni anno, verrà trasmessa dal CSM tutta la documentazione occorrente a far sì che, al termine del quadriennio, essi abbiano a disposizione per ogni magistrato un fascicolo contenente gli elementi necessari (vedi la disciplina analitica contenuta nel citato art. 11, comma 4, nuovo testo, D.Lgs. 160/2006) per formulare il giudizio di professionalità.

Il CSM può esprimere tre tipi di giudizio di professionalità (art. 11, comma 9, nuovo testo): «positivo» (se la valutazione è almeno sufficiente in relazione a tutti e quattro i parametri sopra indicati); «non positivo» (se la valutazione è carente in relazione a uno o più parametri); «negativo» (quando vi è carenza grave in due o più dei parametri valutativi, o quando perdurino le carenze che avevano portato ad un precedente giudizio non positivo)<sup>47</sup>. In caso di giudizio

come già era previsto in passato, «elementi che attengano alla sfera privata del magistrato... né dell'attività di interpretazione delle norme di diritto o della valutazione del fatto o delle prove, e neppure degli orientamenti politici, ideologici o religiosi dello scrutinato» (*Relazione introduttiva alla Circolare* n. 20691/2007, cit.).

<sup>44</sup> I cui compiti consultivi, come quelli dei dirigenti degli uffici, sono divenuti necessariamente più gravosi in conseguenza «dell'aumento delle valutazioni da effettuare nell'arco della carriera del magistrato e dell'accorciamento dei segmenti temporali intercorrenti tra una valutazione e l'altra» (*Relazione introduttiva alla Circolare* n. 20691/2007, cit.).

<sup>45</sup> Sul procedimento di valutazione vedi la parte II della Circolare più volte citata.

<sup>46</sup> Si vedano, nella *circolare* 20691/2007, cit., i minuziosi capi V e VII. In precedenza, per l'individuazione dei parametri di valutazione della professionalità, si confrontò, ovviamente, la circolare del CSM 22-05-1985, «*Criteri per la formulazione dei pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati*», P-1275, successivamente aggiornata con delibere 23-07-2003 e 26-01-2005.

<sup>47</sup> Analiticamente, in proposito, vedi il Capo VIII della *circolare* n. 20691/2007,

«non positivo», il CSM procede ad una nuova valutazione dopo un anno, nel frattempo non potendo il magistrato assumere incarichi extragiudiziari. La concessione del giudizio positivo comporta l'adeguamento del trattamento economico o l'aumento periodico di stipendio. Se, invece, il giudizio è «negativo» il magistrato viene nuovamente valutato dopo un biennio e salta uno degli aumenti periodici biennali di stipendio. Il CSM può disporre che il magistrato partecipi ad un corso di riqualificazione professionale, può assegnare il magistrato ad una diversa funzione (previa una sua audizione) o escluderlo, fino a nuova valutazione, da funzioni specifiche o incarichi di natura direttiva. Un secondo giudizio negativo, previa audizione del magistrato, comporta la dispensa automatica dal servizio (art. 11 cit., comma 13, D.Lgs. 160/2006)<sup>48</sup>.

Ci si trova quindi di fronte ad una disciplina che, assicurando precise garanzie difensive al magistrato (art. 11 cit., comma 14), intende introdurre forme, sia pur molto articolate nelle conseguenze, di effettivo controllo della professionalità, con effetti sanzionatori (peraltro previsti – come già precedentemente rilevato – anche nel diverso contesto della riforma del 2005/2006)<sup>49</sup>.

Come dovrebbe, sia pur implicitamente, essere emerso dalla ricostruzione che precede, la riforma del 2007 prevede (in controtendenza rispetto a quanto venutosi a consolidare prima del 2005), come è stato

cit. che, in relazione ai diversi parametri di professionalità, specificano le condizioni alla stregua delle quali il parametro risulta «positivo», «carente», «gravemente carente».

<sup>48</sup> Si ricordino poi, in tema di Uffici Direttivi, le integrazioni alla circolare n. 13000/1999, apportate con la delibera del CSM del 21-XI-2007 e la delibera del precedente 04-X-2007, in risposta a quesiti sull'interpretazione dell'art. 5, 3° comma, della l. 111/2007 con riferimento alla temporaneità degli Incarichi Direttivi, in previsione delle prossime proposte tabellari e la contestuale delibera, nella medesima data, "*Direttive generali in relazione all'applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. 160/06 come modificato dalla Legge 111 del 30.7.07 ai procedimenti di nomina per uffici direttivi e semidirettivi in corso alla data del 31.7.07*". È peraltro noto come la previsione di temporaneità degli incarichi direttivi abbia provocato vivaci reazioni in molti dei loro titolari, con conseguenti aspre divergenze sull'interpretazione della disciplina in materia ed apertura di un contenzioso, poi in gran parte rientrato. In questo contesto polemico si inserisce anche un accenno del Ministro della Giustizia, nel discorso parlamentare in cui rassegnò le dimissioni, a chi aveva inquisito lui e i suoi familiari, ritenuto dal destinatario suscettibile di un seguito giudiziario. Si veda, da ultimo, al fine di regolare adeguatamente il *turn over* degli uffici direttivi e disinnescare le tensioni sopra ricordate, il D.L. 25-I-2008, n. 3, "*Misure urgenti di reggenza degli uffici giudiziari*", il quale è peraltro successivamente decaduto.

<sup>49</sup> Nel corso dell'esame al Senato sono state soppresse le disposizioni, previste dal testo originario del D.D.L. del Governo di centro-sinistra, inerenti ai controlli di gestione, con cadenza biennale, per i magistrati che svolgono funzioni, tanto di merito che di legittimità, da quelle semidirettive a quelle direttive apicali.



affermato<sup>50</sup>, «una progressione economica sganciata dall'anzianità e collegata alle sole valutazioni relative alla professionalità», ed ancora, «l'anzianità, da criterio di valutazione, diventa criterio di legittimazione per concorrere agli incarichi direttivi e semidirettivi».

d) Per quanto poi riguarda il conferimento delle funzioni, esso avviene ora per titoli (nuovo testo dell'art. 12 del D.Lgs. 160/2006) e non, come previsto dalla riforma del 2005/2006, per titoli ed esami. Tale sistema si salda con quello del controllo della professionalità precedentemente delineato, nel senso che al concorso per titoli relativo al conferimento di altre funzioni sono ammessi a partecipare, a domanda, solo i magistrati che abbiano conseguito almeno la necessaria valutazione di professionalità richiesta. In questa prospettiva la valutazione di professionalità periodica è pregiudiziale alla partecipazione ai concorsi. Una delle critiche mosse al meccanismo di carriera, introdotto dalla riforma del 2005/2006, da parte del DDL governativo (si veda la *Relazione* al DDL, punto 6) che diverrà la legge 111/2007, era stata – lo si è già menzionato – che «il sistema di valutazione per titoli ed esami» introdotto da quella riforma risultava «scollato da un reale obiettivo di valutazione della professionalità finalizzato all'efficienza». La normativa prevista nel D.Lgs. 160/2006 infatti prevedeva – lo si è già accennato in precedenza – una «carriera senza concorsi» (assoggettata alle valutazioni periodiche di professionalità), ed una «carriera con i concorsi», nella quale queste prove in parte sostituivano le valutazioni appena ricordate.

È compito dei commi da 2 a 12 del nuovo testo dell'art. 12 specificare, in dettaglio, quale valutazione (dalla seconda alla settima) deve essere conseguita dal magistrato per partecipare ad un determinato concorso ora previsto, come appena sottolineato, esclusivamente per titoli, la cui commissione, per quanto riguarda le funzioni di legittimità<sup>51</sup>, è composta da magistrati e docenti universitari. Peraltro –

<sup>50</sup> Camera dei Deputati, XV Legisl., Servizio Studi, Progetti di Legge, Riforma dell'Ordinamento Giudiziario, AC 2900, Schede di Lettura, n. 218, 16/07/2007, commento all'art. 2, grassetti nel paper in [www.cameradeideputati.it](http://www.cameradeideputati.it)

<sup>51</sup> Per quanto riguarda le funzioni di legittimità, il comma 13 dell'art. 12, nuovo testo, prevede che siano oggetto di valutazione anche «la capacità scientifica e di analisi delle norme», da valutarsi da un'apposita commissione interna del CSM, composta da cinque membri, tre togati che abbiano superato la quarta valutazione, due laici, uno dei quali professore universitario designato dal CUN (Consiglio Universitario Nazionale) e l'altro avvocato abilitato al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, designato dal CNF (Consiglio Nazionale Forense). L'art. 12, comma 14, nuovo testo, prevede poi una riserva per il conferimento delle funzioni di legittimità, pari al 10% dei posti vacanti, da assegnare, previa valutazione, a magistrati in possesso di adeguati titoli professionali e scientifici, che abbiano conseguito la se-

e la deroga ex art. 12, comma 1, nuovo testo, assume un sapore preoccupante –, nel caso di esito negativo di due procedure concorsuali – per mancanza o inidoneità dei candidati –, è compito del CSM, valutata l'urgenza, procedere alla nomina di ufficio. Per il conferimento, poi, di tutte le funzioni semidirettive, direttive e direttive superiori ed apicali, occorre la valutazione dell'«attitudine direttiva», collegata ad una serie di dettagliati parametri (art. 12, comma 12, D.Lgs. 160/2006, nuovo testo).

Se la riforma del 2005/2006 si ispirava e quindi ritornava, pur rivedendoli, ai tradizionali meccanismi di concorso e scrutinio relativi alla carriera giudiziaria, già presenti – come si è sopra ricordato – nella nostra tradizione istituzionale, la riforma del 2007 abolisce questo meccanismo a favore di un sistema centrato su periodici controlli di professionalità, pregiudiziali alla partecipazione ai concorsi per titoli.

Un sistema che meno si discosta – lo si è già rilevato<sup>52</sup> – da quanto previsto immediatamente prima del 2005, sia pur nel quadro di un'accentuazione dei controlli (così come delle conseguenze negative dei medesimi) e di un intervento della legge in ordine ai criteri di valutazione (sperando che la maggiore analiticità richiesta non moltiplichi i contenziosi in sede di valutazione). La problematica delle promozioni va quindi rapportata a questo nuovo quadro, da qualcuno però già da subito molto criticato, in quanto ritenuto sostanzialmente (ed, in tale prospettiva, illegittimamente) abrogativo di tale competenza del CSM da parte di una legge ordinaria<sup>53</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Gli interventi legislativi del 2005/2006 e del 2007 hanno prefigurato al di là delle loro differenze – e per ora solo sulla carta !- una prospettiva comunque diversa dai decenni precedenti: specifica attenzione alla formazione professionale permanente<sup>54</sup>; previsione di pun-

conda o la terza valutazione di professionalità, senza che tale “conferimento riservato” abbia però alcun effetto ai fini giuridico-economici e sulla collocazione nel ruolo di anzianità o ai fini del conferimento di funzioni di merito.

<sup>52</sup> Anche se, comprensibilmente, la circolare 20691, già ricordata, tende ad evidenziare la sua discontinuità rispetto al passato (si veda la *Premessa* di tale documento).

<sup>53</sup> Per questa posizione cfr. G. DI FEDERICO, *Riforma dell'Ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in *www.Forumcostituzionale.it*, 13-07-2007.

<sup>54</sup> Un'esigenza sempre più avvertita o, comunque, ufficialmente perseguita, come mostrano anche le recenti determinazioni dei Consigli dell'Ordine forense in tema

tuali controlli di professionalità (corredati anche di conseguenze negative); meccanismi di promozione (per l'assunzione di nuove funzioni) dipendenti da concorsi; progressione economica non automatica, ma legata al superamento dei vagli di professionalità.

Tali obiettivi sono stati peraltro perseguiti con modalità decisamente diverse e sono stati inquadrati in differenti disegni di riforma dell'ordinamento giudiziario nel suo complesso.

La normativa del 2005/2006 si mosse nell'ambito del più generale obiettivo di limitazione (o, se si vuole, di delimitazione) del potere del CSM: in questo quadro, dal tirocinio, alle valutazioni periodiche, ai concorsi furono previsti consistenti poteri condizionanti l'attività dell'organo di autogoverno da parte della SSM, del Consiglio Direttivo della Corte di Cassazione, delle commissioni esaminatrici. La progressione in carriera fu poi affidata alla riproposizione di uno strumento tradizionale (il concorso per esami e titoli o solo per esami, gestito da apposite commissioni, sia pur nominate dal CSM). Fu anche previsto un collegamento tra aggiornamento professionale e valutazioni periodiche.

Quest'ultimo collegamento non si ritrova nella legge del 2007, che peraltro impone la formazione permanente e ne conferma la valorizzazione rispetto al passato. La legge 111 si è ispirata ad una "filosofia" complessiva del tutto differente dalla precedente, eliminando gli elementi di concorrenzialità tra diversi soggetti istituzionali nelle valutazioni e nei controlli, riportati saldamente sotto l'egida del CSM (con il supporto essenziale – ma ciò non era comunque assente dalla normativa del 2005/2006 – dei Consigli Giudiziari) e predisponendo analitiche previsioni in ordine al controllo della professionalità, attraverso una loro legificazione ed un'attenta specificazione ed arricchimento di quanto già in passato disciplinato (come si è avuto modo di ricordare) in sede di potere paranormativo del Consiglio Superiore.

Se i meccanismi di valutazione della professionalità e degli esiti concorsuali previsti dalla riforma del 2005/2006, sia per la riduzione del peso del CSM, sia per il ripristino di forme di selezione che, nella storia italiana, non avevano dato buona prova, poteva suscitare qualche allarme sul condizionamento (magari a medio termine) dell'indipendenza dei magistrati, la legge 111, anche per i suoi profili di continuità con l'assetto antecedente al 2005 e poi per le modalità attua-

di aggiornamento dei loro aderenti (si ricordi il nuovo testo del regolamento finalizzato a disciplinare la formazione continua degli avvocati, approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 13 luglio 2007 e, ad esempio, il regolamento attuativo del Consiglio dell'Ordine di Torino, in *La Pazienza* – rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Torino –, n. 12/07, 7 ss.)

tive più sopra ricordate, non dovrebbe impensierire in ordine a valutazioni di professionalità ipoteticamente irrispettose dell'indipendenza del magistrato. Semmai resta, in relazione alla riforma del 2007, il punto interrogativo sull'effettiva portata di tali valutazioni, che potrebbero anche risolversi in mere complicazioni ed appesantimenti burocratici senza però sostanziali conseguenze.

Va inoltre aggiunto, in questa sede conclusiva, che il controllo della professionalità – sia pure, è da augurarsi, in casi limite, di particolare gravità – sarà suscettibile di giovare in futuro, delle nuove ed articolate previsioni relative agli illeciti disciplinari, le quali, abbandonata la formula sintetica e generica della precedente normativa, contengono specifiche fattispecie che fanno riferimento non solo a comportamenti, se così si può dire, “esterni” (il non andare in ufficio, il lavorare poco, ecc.), ma anche – sia pur nel quadro di una regola generale per la quale, salvo quanto espressamente altrove stabilito, «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove, non danno luogo a responsabilità disciplinare» (art. 2, comma 2, D.Lgs. 23-II-2006, n. 109, così come emendato dalla L. 24-X-2006, n. 269<sup>55</sup>) –, in certe ipotesi, inerenti all'esercizio dell'*ius dicere*<sup>56</sup> (e ricollegabili alla preparazione e formazione professionale), quali «la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile» (art. 2, 1° comma, lett. g, D.Lgs. 109/2006); «l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante diritti patrimoniali» (art. 2, 1° comma, lett. m, D.Lgs. cit.); la «reiterata e grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni del servizio giudiziario adottate dagli organi competenti» (art. 2, 1° comma, lett. n, D.Lgs. cit.) e «l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza» (art. 2, 1° comma, lett. ff, D.Lgs. cit.).

Più in generale è chiaro come il problema dei controlli sui componenti dell'Ordine Giudiziario presenti aspetti di particolare delicata-

<sup>55</sup> Nella versione originale del D.Lgs. 109 la riserva di insindacabilità dello *ius dicere* era più ristretta e ambigua, affermandosi, in termini criticabilissimi, che «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità dell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, non dà mai luogo a responsabilità disciplinare». Sulle innovazioni in tema di responsabilità disciplinare vedi F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali* e S. PANIZZA, *La responsabilità disciplinare: aspetti processuali*, in *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, cit., rispettivamente 117 e 121 ss.

<sup>56</sup> Secondo una linea di tendenza già presente nella giurisprudenza disciplinare prima delle ultime riforme.

tezza (e pericolosità). Per richiamarci agli interrogativi che costituiscono il titolo di questo convegno [*Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché)*, Lecce, febbraio 2008], iniziando dal “cosa” controllare risponderci che – ma ciò non vale, naturalmente, solo per la Magistratura – una valutazione, scandita nel tempo, della professionalità sia indispensabile. A tal fine sarebbe necessario fornire possibilità di aggiornamento professionale non rituali ma effettive (non quindi per accumulare un peculio di crediti) e verificare poi (il “come” controllare) la professionalità non tanto alla stregua di una preparazione astratta, quanto in relazione al lavoro concretamente svolto dai magistrati (come mi sembra sia l’intendimento, in particolare, della legge 111/2007), salvaguardando al massimo possibile la libertà dello *ius dicere* (per evitare lo slittamento, già in passato temuto e denunciato, dal controllo sulla professionalità a quello sull’interpretazione giudiziaria), ma colpendo comportamenti inaccettabili ed attività frutto di errori macroscopici od inescusabili negligenze. Sul “chi” sia il soggetto più adatto a questo controllo continuo a ritenere che esso sia rappresentato dal CSM, nell’ambito delle sue diverse competenze (da quelle di valutazione a quelle relative alle promozioni, a quelle ancora relative alla disciplina giudiziaria), sembrandomi l’organo maggiormente idoneo a coniugare lo svolgimento di tali incombenze con l’attenzione e la sensibilità per l’indipendenza della funzione svolta. Sul “perché” del controllo mi limiterci a dire che per troppo tempo le esigenze di massimizzare l’efficienza dei servizi prestati in qualità e quantità ha ceduto il passo ad un *mix* di comprensibili timori di inframmettenza e di comprensibili (ma in senso del tutto diverso e non certo lodevole) pulsioni corporative, però sempre meno accettabili nel giudizio dell’opinione pubblica.

Cosa potrà riservarci il futuro? Speriamo – ma si tratta di “ottimismo della volontà” – qualcosa di diverso da normative sempre più minuziose ma poi carenti sul piano dell’attuazione (anche questa è una tendenza generale, non certo circoscritta ai problemi dell’Ordine Giudiziario)<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Ho ricordato in precedenza (retro §. 3) della tendenza emergente dalle circolari in tema di conferimento degli uffici direttivi a muoversi nella direzione di una maggiore valorizzazione del merito rispetto all’anzianità. Ma tutto ciò non sembra aver comportato pratici riscontri se il Primo Presidente della Corte di Cassazione, Vincenzo Carbone, nella sua *Relazione sulla Amministrazione della Giustizia nell’anno 2007*, ha affermato (pp. 43-44), che, a seguito delle Direttive generali per gli incarichi e gli uffici direttivi (dello 04-X-2007, già in precedenza ricordate), «per la prima volta nella valutazione il CSM terrà conto di indici di produttività e di parametri di efficienza... abbandonando il vecchio criterio dell’anzianità senza demerito divenuto nella prassi anzianità tout court» (corsivo mio).

Mi permetto di sottolineare, in conclusione, ancora un punto che mi sta a cuore. Il tempo stringe. Come per ogni categoria professionale (compresa quella di cui faccio parte) se la Magistratura non riuscirà ad autocontrollarsi meglio che in passato, a migliorare le sue *performances* e a dare un chiaro segnale che questa è la direzione imboccata, a reagire agli abusi che in essa si annidano, ad esprimere maggiore efficienza ed attenzione verso gli utenti del servizio giudiziario (per evitare lo scenario che si immaginano i lettori di Franz Kafka, per il quale “quel che ti aspetti è l'errore, non la giustizia”), prima o poi arriverà dall'esterno qualcuno che la “normalizzerà” alla sua maniera (temo la peggiore possibile), magari con “le scarpe chiodate”, facendo di tutto per piegarne la testa e poi, chissà (per esempio in una brutta miscela tra paternalismo e collateralismo), “lasciando correre” sulla sua efficienza. Come per le altre categorie professionali, senza una rapida autoriforma dei comportamenti sciatti, inaccettabili, devianti arriverà l'ora del *redde rationem*, approvato da una rumoreggiante *vox populi*, non per questo orientato ad affrontare i veri problemi, ma, per esempio, a far tacere interlocutori scomodi.

Tutte le categorie (specie poi quelle particolarmente esposte di fronte all'opinione pubblica) che ci tengano a mantenere una loro dignità, ad essere rispettate (ed a poter, di conseguenza, conservare, competenze di “autogoverno”) dovrebbero prenderne nota e meditarvi sopra, prima che per loro sia troppo tardi.





*La libertà di espressione dei magistrati  
tra responsabilità disciplinare,  
responsabilità deontologica  
ed equilibri del sistema informativo*

di Luca Imarisio

SOMMARIO: 1. Fondamento costituzionale e rapporto con le pubbliche funzioni esercitate quali presupposti di eventuali limiti alla libertà di espressione dei magistrati. – 2. Fedeltà, disciplina e onore nell'esercizio delle pubbliche funzioni. – 3. (segue) L'ambito soggettivo dei doveri in oggetto: funzioni pubbliche neutrali e funzioni giurisdizionali. – 4. Il giuramento. – 5. Un dovere di «lealtà qualificata» per i titolari di pubbliche funzioni non soggetti a rapporto gerarchico. 6 – Lealtà qualificata e doveri deontologici: il D.Lgs. n. 546 del 1993 e l'adozione dei codici deontologici. – 7. Responsabilità deontologica e responsabilità disciplinare: un delicato problema di rapporti tra fonti. – 8. Gli orientamenti interpretativi ricavabili dalla giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM nella fase antecedente la tipizzazione degli illeciti disciplinari. – 9. La tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari e le sue ripercussioni sui rapporti con la responsabilità deontologica: gli incerti confini tra “illecito” e “inopportuno”. – 10. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati e gli equilibri del sistema informativo in ordine alle questioni della giustizia.

1. *Fondamento costituzionale e rapporto con le pubbliche funzioni esercitate quali presupposti di eventuali limiti alla libertà di espressione dei magistrati.*

Nell'ambito della complessa della problematica relativa alla sussistenza e alla natura di eventuali limiti “speciali” alla libertà di espressione degli appartenenti all'ordine giudiziario<sup>1</sup>, il presente lavoro intende, in primo luogo, svolgere alcune considerazioni in ordine al fondamento e la natura di tali limiti, delineando quindi i caratteri del connesso dovere “qualificato” gravante sui magistrati. Si analizzeranno quindi le forme dell'operatività di tali limiti, con particolare riguardo al piano della responsabilità disciplinare (nella sua evoluzione normativa e nelle elaborazioni della sezione disciplinare del CSM) ed ai

<sup>1</sup> Limiti, evidentemente, di carattere specifico e ulteriore rispetto a quelli previsti per la generalità dei consociati. E limiti sempre riferibili al singolo magistrato e non alla magistratura nel suo complesso: cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Giuffrè, Milano, 2006, 20 ss.

suoi rapporti con la responsabilità più propriamente deontologica. Si svilupperanno, infine, alcune riflessioni in ordine al rapporto tra libertà di espressione dei magistrati ed equilibri complessivi del sistema dell'informazione giudiziaria, coinvolgente anche la libertà di espressione di soggetti terzi in ordine ai magistrati e al loro operato.

Per quanto le problematiche indicate risultino assai risalenti<sup>2</sup>, l'indagine indicata implica, con evidenza, la necessità di individuare una connessione, a livello costituzionale, tra la titolarità di funzioni giurisdizionali e l'operatività di un limite (soggettivo) all'esercizio del diritto di libera manifestazione del proprio pensiero costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost., ovvero di configurare uno specifico dovere costituzionale, soggettivamente connotato da un elemento eminentemente funzionale.

Chiamata a pronunciarsi in materia, la Corte costituzionale ha, come noto, avuto modo di esplicitare, in una non vasta ma significativa giurisprudenza, alcuni principi fondamentali entro i quali inquadrare la problematica delineata, che possono costituire una buona base a partire dalla quale tentare una ricostruzione della fattispecie in esame.

In tale prospettiva, un primo rilevante principio affermato dal Giudice costituzionale risulta quello per cui «deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale»<sup>3</sup>. Per quanto, poi, più specificamente attiene alla pro-

<sup>2</sup> Può segnalarsi, a tale proposito, l'intervento adottato, già nei primi anni del '900, tramite circolare ministeriale dall'allora Ministro della Giustizia Orlando che, osservando come «tra i magistrati si sia venuto a poco e poco diffondendo il costume di pubblicamente interloquire intorno a questioni attinenti all'esercizio dell'ufficio loro», richiama in primo luogo al «prudente apprezzamento individuale» e al «senso di naturale riserbo» che al magistrato non deve mai mancare. Si afferma quindi che «allorché la pubblica discussione si riferisce ad argomenti che direttamente riguardino un atto della funzione di magistrato e sieno attinenti all'amministrare giustizia, in senso stretto» ma anche quando il magistrato «intende manifestar fatti o giudizi, sui quali debba o possa esercitarsi la competenza legittima del superiore gerarchico», si incorre indubabilmente nell'infrazione di un dovere (per il testo di tale circolare, v. S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Jovene, Napoli, 2008, appendice, 555 s.). In ordine alle reazioni a tale circolare, v. E.R. PAPA, *Magistratura e politica*, Marsilio, Padova, 1973, 219 s.

<sup>3</sup> Corte cost., sentenza 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. Cost.*, 1981, 843. Su tale decisione, v., in generale, P.G. GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. Cost.*, 1981, 845 ss.; S. CANTISANI, *Il «buon giudice» e i suoi censori*, in *Foro It.*, 1981, I, 2362 ss.; F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati nella giurispru-*

blematica della libertà di manifestazione del pensiero, la Corte afferma che non vi è dubbio che tale libertà «rientri tra quelle fondamentali protette dalla nostra Costituzione, ma è del pari certo che essa, per la generalità dei cittadini, non è senza limiti, purché essi siano posti dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta costituzionale»<sup>4</sup>. Quanto al merito della questione di legittimità oggetto delle decisioni può, inoltre, ricordarsi come il Giudice costituzionale si sia pronunciato nel senso della legittimità di una disposizione legislativa di struttura aperta e non tipizzante quale base dell'individuazione degli illeciti disciplinari dei magistrati, riconoscendo come i valori tutelati dall'art. 18 del r.d.l. 511 del 1946 fossero da ricondurre a "principi deontologici insuscetibili di essere ricompresi in schemi determinati, non essendo possibile catalogare tutti i comportamenti contrastanti con detti principi". Tali principi sono stati del resto richiamati e confermati nella più recente giurisprudenza costituzionale, successiva all'avvenuta tipizzazione degli illeciti disciplinari<sup>5</sup>, ove, con specifico riferimento alle opinioni politiche degli appartenenti alla magistratura, si afferma che "deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo. Ma deve, del pari, ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale". Infatti, data "la natura della loro funzione, la Costituzione riserva ai magistrati una disciplina del tutto particolare", che "da un lato, assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri". E, in particolare, "la Costituzione (...) se non impone, tuttavia consente", nel caso specifico sulla base del disposto dell'art. 98, comma III, "che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario", tali specifiche limitazioni.

*denza costituzionale*, in *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli, 2009, 141 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza 8 giugno 1981, n. 100, cit., 845.

<sup>5</sup> Corte cost., sentenza 17 luglio 2009, n. 224, in *www.cortecostituzionale.it*. Su tale decisione, che ha sancito l'infondatezza della questione di legittimità sollevata in relazione alle disposizioni della legge n. 269 del 2006 configuranti quali illeciti disciplinari talune forme di attività politica da parte degli appartenenti alla magistratura, v. S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *www.federalismi.it*, 2009. Su tale sentenza v. anche, *infra*, § 9.

Da tali indicazioni pare, dunque, si possano trarre due principi fondamentali: da un lato quello per cui dalle funzioni esercitate e dalla qualifica rivestita dai magistrati risulta possibile far discendere eventuali limitazioni o conformazioni del diritto costituzionalmente garantito alla libertà di manifestazione del pensiero (senza però in nessun caso giungere a una esclusione dall'esercizio di tale diritto); dall'altro quello per cui eventuali limitazioni potranno essere poste soltanto attraverso una normativa di ordine legislativo, la quale a sua volta dovrà fondarsi su norme o principi di rilievo costituzionale<sup>6</sup>.

Proprio dall'individuazione e dall'analisi di tali fondamenti di ordine costituzionale risulterà opportuno dare inizio alla presente analisi.

## 2. Fedeltà, disciplina e onore nell'esercizio delle pubbliche funzioni

Se, dunque, eventuali limiti alla libertà di espressione dei magistrati debbono, con evidenza, derivare dalle funzioni da essi esercitate e dalle qualifiche rivestite, occorrerà valutare, in primo luogo, se ed in quali termini la Costituzione faccia discendere dall'esercizio di pubbliche funzioni specifici doveri che possano risultare incompatibili con determinate modalità di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

Una prima prospettiva di analisi può essere individuata in relazione alla combinazione tra il dovere di fedeltà alla repubblica, posto dal I comma dell'art. 54 Cost. e il dovere, per i cittadini cui siano affidate pubbliche funzioni, di adempierle con disciplina e onore, posto dal comma II dello stesso art. 54.

Il rilievo del dovere costituzionale così configurato quale possibile fondamento di limiti all'esercizio, per i magistrati, della libertà di espressione, risulta, del resto, riconosciuto da parte della Sezione Disciplinare del CSM, la quale ha avuto modo di affermare che la nor-

<sup>6</sup> In questo senso v. R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA e G. SILVESTRI, Giuffrè, Milano, 2005, 289 ss. Nella ricostruzione della Corte, dunque, eventuali limiti "speciali" all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero da parte dei magistrati non discendono dalla titolarità in sé della pubblica funzione, ma vanno fondati su esigenze di tutela di altri principi e "beni" di rango costituzionale, che con la libertà garantita dall'art. 21 Cost. dovranno essere bilanciati. Sul necessario fondamento costituzionale di ogni restrizione speciale alla libertà di manifestazione del pensiero v. già C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 10.

mativa di ordine legislativo su cui si fonda il potere disciplinare della Sezione stessa in relazione ai doveri comportamentali dei magistrati, «fa riferimento al dovere di fedeltà al proprio ufficio» e «che il predetto dovere di fedeltà, che trova fondamento negli artt. 54 comma II e 98 comma I della Costituzione, può essere in obiettivo contrasto con l'eventuale esercizio del diritto di libera manifestazione del proprio pensiero, a sua volta garantito dall'art. 21 Cost.»<sup>7</sup>. Tale orientamento risulta controverso, in quanto se da un lato taluno ha osservato come proprio l'insieme dei doveri posti all'art. 54 cost., definendo il “modulo costituzionale di comportamento” dei titolari di pubbliche funzioni e combinandosi con lo status costituzionale dei magistrati, fonda i presupposti e ad un tempo definisce i limiti della giustizia disciplinare<sup>8</sup>, altri hanno evidenziato i potenziali rischi di tale approccio, in quanto un richiamo (comunque superfluo e recessivo) all'art. 54 Cost., rischierebbe di “trasformare il giudizio disciplinare in un giudizio del foro interno, sottoponendo, dunque, a censura non solo e non tanto le manifestazioni del pensiero quanto piuttosto il pensiero medesimo, perseguendo financo le personali adesioni a determinati principi ideologici”<sup>9</sup>. Ed in effetti il rilievo dei doveri richiamati dalla disposizione costituzionale, più che ad un autonomo e sufficiente fondamento per limitazioni alla libertà di espressione dei magistrati, appare da ricondursi ad un parametro costituzionale ido-

<sup>7</sup> Ordinanza emessa dalla Sezione Disciplinare del CSM in data 21 novembre 1980, riportata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 751 ss. Con l'ordinanza in questione, emessa nell'ambito del procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato incolpato di aver compromesso il prestigio dell'ordine giudiziario con la redazione dell'introduzione a un volume edito a cura del c.d. «Soccorso rosso», si sollevava la questione di legittimità costituzionale risolta dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 100 del 1981.

Può, inoltre, segnalarsi come nell'ambito delle motivazioni del provvedimento adottato dalla Sezione disciplinare si faccia riferimento ad un unitario dovere di «fedeltà e lealtà» che risulterebbe operante nei confronti dei magistrati. Deve, peraltro, rilevarsi che tali considerazioni sono state espresse in relazione alla configurabilità di un illecito disciplinare e non della violazione di un dovere di carattere deontologico.

<sup>8</sup> M.A. FORTUNATO, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati tra Corte costituzionale e Consiglio superiore della Magistratura*, in *Leg. e Giust.*, 1985, 1127. A giudizio dell'autrice, dunque, tale presupposto costituzionale avrebbe anche una valenza garantistica, in quanto “La titolarità delle funzioni giurisdizionali impone sì dei limiti al diritto d'espressione, ma esclusivamente quando le opinioni manifestate in modo certo ed incontrovertibile siano espressione di un comportamento che è sviamento dai fini istituzionali e di stravolgimento delle regole democratiche del sistema. Si tratta di un limite strettamente ancorato al dato costituzionale, non variabile di volta in volta secondo gli «umori» della pubblica opinione; non un limite interno all'ordine, come tale soggetto alle opinioni che si formano in questo”.

<sup>9</sup> Così S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 58 s.

neo a limitare la discrezionalità della giustizia disciplinare nel ricercare i possibili beni e principi costituzionali tutelati dalla fattispecie di definizione dell'illecito disciplinare. Nella già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 100 del 1981 il rilievo dei doveri comportamentali posti per i pubblici funzionari dall'art 54 Cost. non risulta in effetti specificamente considerato, individuando piuttosto la Corte, quale fondamento di eventuali limiti speciali alla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, un "dovere di essere imparziali e indipendenti" che discenderebbe dagli artt. 101, comma II e 104, comma I, della Costituzione. I valori individuati da tali norme, in particolare, dovrebbero essere "tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche come regola deontologica, da osservarsi in ogni comportamento"<sup>10</sup>. Da tale circostanza è stato da taluno ricavata un'indicazione di sostanziale irrilevanza di un riferimento all'art. 54 Cost quale fondamento costituzionale di eventuali limiti speciali alla libertà di espressione dei magistrati<sup>11</sup>. Può peraltro osservarsi come, in primo luogo, il riferimento ai valori costituzionali connessi alla posizione di indipendenza e imparzialità<sup>12</sup> dei magistrati indicati quali termini di un eventuale bilanciamento con il diritto alla libertà di espressione, non escluda che le norme ricavabili dagli artt. 101 e 104 Cost. possano leggersi come ulteriori "specificazioni", riferibili espressamente ed esclusivamente agli appartenenti all'ordine giudiziario e rilevanti sotto un profilo direttamente sostanziale e contenutistico, di un dovere comportamentale che può trovare nelle norme poste dall'art. 54 e rivolte ai titolari di pubbliche funzioni un autonomo e distinto fondamento "generale". In questo senso possono del resto leggersi ta-

<sup>10</sup> Corte Cost. Sent. n. 100 del 1981, cit., 853. Può osservarsi come, nel passo citato, la Corte mostri di fare un uso "atecnico" della nozione di deontologia, senza distinguere il piano proprio di tale concetto da quello connesso alle regole comportamentali disciplinariamente rilevanti. Si deve peraltro notare come la decisione in oggetto sia stata assunta in un contesto nel quale non si era ancora realizzato, nell'ordinamento italiano, il fenomeno dell'emersione e formalizzazione di un'autonoma nozione di responsabilità deontologica: su tale fenomeno v. *infra* § 6.

<sup>11</sup> In tal senso R. PINARDI, *La libertà di manifestazione*, cit., 328 s., ove si osserva come "l'esigenza specifica che si prospetta in materia sia non tanto quella di valutare la compatibilità delle manifestazioni del pensiero del magistrato rispetto a un dovere generale che incombe su tutti i «cittadini cui sono affidate pubbliche funzioni», quanto piuttosto la necessità di verificare se tali espressioni del pensiero non ledano i valori tutelati, per l'appunto, dagli artt. 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost."

<sup>12</sup> Su tali nozioni, e sui legami con quelle di terzietà e di neutralità, cfr. N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2006, 85 ss.

lune indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del CSM<sup>13</sup>. Sotto altro profilo si deve invece sottolineare come, nella ricostruzione prospettata dalla Corte costituzionale, la tutela dei principi costituzionali di indipendenza e imparzialità della magistratura sia posta in stretto rapporto con le esigenze di tutela della fiducia e della considerazione di cui deve godere il magistrato e del prestigio dell'ordine giudiziario, individuate come noto, nella vigenza dell'art. 18 del r.d.l. 511 del 1946, quale fondamento della responsabilità disciplinare dei magistrati: non risulta invece valutata (né del resto la sentenza in oggetto sarebbe stata la sede idonea per compiere una tale valutazione) la possibilità di individuare nelle norme poste dall'art. 54 Cost. un fondamento costituzionale di doveri comportamentali (e di una connessa responsabilità) di natura deontologica e non già disciplinare.

Deve in ogni caso segnalarsi come l'orientamento interpretativo volto a individuare nel dovere di «fedeltà al proprio ufficio» un fondamento costituzionale, dotato di un autonomo rilievo giuridico, rispetto ad eventuali limitazioni alla libertà di espressione non sia stato esente da critiche in ordine alle possibili conseguenze della sua adozione<sup>14</sup> e come necessiti, in ogni caso, di essere più adeguatamente argomentato e valutato nelle sue implicazioni.

In primo luogo risulta necessario chiarire in quali termini il dovere di fedeltà al quale si fa riferimento assuma una autonoma rile-

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Sezione disciplinare del C.S.M. del 19 novembre 1982 (in R. RICCIOTTI e G. MARIUCCI (a cura di), *Deontologia giudiziaria*, Cedam, Padova, 1995, 464), ove si afferma che il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, per gli appartenenti all'ordine giudiziario, «deve essere bilanciato con la doverosa osservanza, da parte dei magistrati, del dovere di fedeltà imposto dall'art. 54 della Costituzione, il quale – conformemente a quanto è stato ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza 8 giugno 1981, n. 100, trova per i magistrati più compiuta specificazione negli altri precetti costituzionali (artt. 101 comma 2 e 104 comma 1) che individuano nella soggezione esclusiva alla legge e negli attributi di imparzialità e indipendenza i valori che vanno tutelati». Tale passaggio è invece letto da R. PINARDI (*La libertà di manifestazione*, cit., 329) come una conferma dell'assunto per cui «deve ritenersi che eventuali profili di interesse attinanti a tale dovere di fedeltà «qualificata» risultino comunque assorbiti e superati» dai più specifici doveri connessi alla tutela della posizione di indipendenza e imparzialità dei magistrati.

<sup>14</sup> L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984, 180 s., considera arbitrarie le segnalate affermazioni e conclusioni della Sezione disciplinare del CSM del novembre 1982. Cfr. anche A. CERRI, *Sul principio di fedeltà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 761, che considera complessivamente preoccupanti le scelte di valore sottese a tale interpretazione dei doveri comportamentali dei magistrati e non consono al nostro ordinamento il concetto di fedeltà da cui essa muove.



vanza rispetto al generale dovere di fedeltà alla Repubblica stabilito per tutti i cittadini dal comma I dell'art. 54 Cost.

Per quanto attiene a quest'ultimo, infatti, unanimemente la dottrina (pur divisa in merito all'individuazione dei rapporti tra fedeltà e osservanza della costituzione e delle leggi e all'attribuzione o meno di un autonomo contenuto normativo al dovere di fedeltà)<sup>15</sup> risulta

<sup>15</sup> Non assume diretto rilievo, in questa sede, la questione concernente il rapporto tra il dovere di essere fedeli alla Repubblica e quello di osservarne la Costituzione e le leggi, posti entrambi dal comma I dell'art. 54 Cost. Può, tuttavia, segnalarsi come siano state espresse, in dottrina, la tesi della sostanziale corrispondenza tra i due doveri, che assumono, nel primo caso, la forma di un legame sentimentale, nel secondo quella di un dovere giuridico (S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. CALAMANDREI e A. LEVI, Barbera, Firenze, 1950, 167 s.); la tesi della funzionalità del dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi rispetto a quello di fedeltà alla Repubblica, in quanto «si è fedeli in primo luogo se si osservano la Costituzione e le leggi» (L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 60 s.); la tesi che attribuisce al dovere di fedeltà alla Repubblica una «funzione meramente suppletoria e integratrice dell'obbligo di obbedienza ai precetti – certi – dell'ordinamento», rilevante in casi straordinari di crisi del vigore di quest'ultimo (C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione*, cit., 52, nt. 120). Gli orientamenti interpretativi segnalati negano, nel complesso, che il dovere di fedeltà possa porre autonomamente obblighi giuridici diversi da quelli stabiliti dalle leggi o dalla Costituzione e possono collegarsi alla classica prospettiva normativista, per la quale l'obbligo di fedeltà manca di uno specifico significato giuridico, venendo a coincidere con il dovere di osservare le norme poste dall'ordinamento (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Edizioni di Comunità, Milano, 1952, 240: il concetto di fedeltà «non ha un significato giuridico preciso, ma è piuttosto di natura morale e politica. Non esiste uno specifico obbligo giuridico che porti il nome di fedeltà. Giuridicamente la fedeltà non significa altro che l'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico»; sulla natura essenzialmente metagiuridica della problematica concernente il dovere di fedeltà cfr. anche G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1959 – I ed. 1929, 790 ss.).

In una diversa prospettiva si pone la tesi della autonomia giuridica del dovere di fedeltà rispetto a quello di obbedienza alle norme dell'ordinamento (G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 64 ss.), autonomia il cui fondamento è essenzialmente ricondotto alla crisi del sistema di stretta legalità prodottosi nelle odierne società pluraliste e al contestuale emergere del principio di «legittimità» quale fondamento degli ordinamenti giuridici [sul fenomeno si ricordano le classiche elaborazioni di C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (trad. it.), in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972]. Il dovere di fedeltà, pressoché superfluo in un ordinamento fondato sulla sola legalità, risulterebbe, invece, strettamente connesso con i valori nel rispetto dei quali si concreta la legittimità dello Stato, in quanto «oggetto della fedeltà è il contenuto materiale di una certa costituzione, assunto come sua ragione legittimatrice» (G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 147). In termini analoghi si esprime C. CARBONE, *I doveri individuali nella costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 224 ss., mentre non facilmente classificabile, ma, per certi aspetti, riconducibile a tale ordine di idee, appare la posizione di P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 156

favorevole ad un'interpretazione «minimale», che esclude la possibilità di fondare direttamente sul dovere di fedeltà eventuali limitazioni all'esercizio di diritti individuali costituzionalmente riconosciuti e, specificamente, all'esercizio della libertà di espressione<sup>16</sup>.

Più complessa risulta, invece, la valutazione degli obblighi gravanti sui titolari di pubbliche funzioni, in relazione ai quali il dovere di fe-

s., per il quale il dovere di fedeltà «sembra avere una funzione di cerniera che racchiude la personalità e tutti i doveri del soggetto nello Stato, in quanto ad esso, in ultima analisi, e cioè alla *fedeltà al regime costituzionale*, può ritenersi che facciano capo, prendano vita e ragione tutti gli altri doveri generali» posti dalla Costituzione in capo al soggetto privato.

Ciò che preme rilevare è che tutte le diverse ricostruzioni segnalate concorrono nel negare la possibilità di ricondurre direttamente al dovere di fedeltà alla Repubblica eventuali limitazioni all'esercizio di diritti costituzionali: anche nella prospettiva dell'autonomia normativa del dovere di fedeltà, viene attribuito ad esso un contenuto precettivo «minimale», sicché «al di là dei singoli obblighi opera il solo dovere generale di fedeltà. Ma, dal momento che soltanto ai vari obblighi è dato, nei limiti costituzionali, di incidere sulle situazioni soggettive individuali, ne consegue logicamente che il dovere costituzionale di fedeltà ... non è tale da determinare la funzionalizzazione delle situazioni costituzionali di garanzia dell'individuo» (G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 152).

Per una più sistematica ricostruzione delle diverse teorie circa i rapporti tra fedeltà alla Repubblica e dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi, cfr. G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 129 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 4 s., 57 ss., nonché id., *Rapporti politici - Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1994, 64 ss.

<sup>16</sup> G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 151 ss.; id., *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XVII, 1968, 170 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 75 ss.; ID., *Rapporti politici - Art. 54*, cit., 81 ss.; A. Cerri, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1989, 2 s.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1980, 1138 s. Per quanto attiene, in particolare, alla libertà di manifestazione del pensiero: C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione*, cit., 52, che rileva come «solo l'arbitraria identificazione della repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo stato in una Chiesa con i suoi dogmi da garantire contro gli infedeli. Questa identificazione, però, già inesatta in sé, è specificamente condannata proprio dalla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero»; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 168 s., per il quale se «nell'obbligo di fedeltà alla Repubblica si vuole indicare il fondamento di un limite per la libera azione politica del singolo, tale limite non può consistere che nel rispetto materiale della forma democratica del nostro ordinamento, e nella fedeltà materiale allo Stato; l'obbligo e il relativo limite riguarda esclusivamente l'azione e l'incitamento all'azione, non la manifestazione del pensiero in quanto tale».

Per una valutazione dei rapporti tra tale concezione minimale del dovere di fedeltà alla Repubblica e il carattere aperto dell'odierno ordinamento italiano, ovvero per un'analisi della nozione di fedeltà condotta in relazione alla più generale questione della distinzione tra «democrazie aperte» e «democrazie protette», cfr. A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1989, 2 ss.; P. TOSO, *Dovere di fedeltà e diritto di resistenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, 427 ss.

deltà alla Repubblica opera congiuntamente con l'obbligo, stabilito dal comma II dell'art. 54 Cost., di adempiere le funzioni assegnate con disciplina e onore.

Il nesso tra il contenuto normativo del primo e del secondo comma dell'art. 54 Cost. risulta particolarmente rilevante per la dottrina che individua nel dovere di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore un dovere di «fedeltà qualificata», dal contenuto più ampio e penetrante rispetto al generale dovere di fedeltà alla Repubblica, ma a quest'ultimo strettamente correlato<sup>17</sup>.

Il concetto di «fedeltà qualificata» non risulta, invero, accolto da altra parte della dottrina, che tende piuttosto a sottolineare come nel nostro ordinamento sia configurato un unico dovere costituzionale di fedeltà, operante allo stesso modo nei confronti di tutti i cittadini<sup>18</sup>, negando l'esistenza, per i pubblici funzionari, di un dovere di fedeltà a contenuto più intenso, che consenta o implichi la posizione, attraverso la legge, di nuovi e speciali obblighi o divieti<sup>19</sup>. Talora il dovere di cui al comma II dell'art. 54 Cost. è ritenuto riferibile essenzialmente alle modalità con cui il titolare di pubbliche funzioni deve esercitare queste ultime e in quanto tale è considerato chiara-

<sup>17</sup> G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 177 ss. L'autore osserva come «usando il termine *affidate* a proposito delle funzioni pubbliche di cui certi cittadini sono titolari, l'art. 54 u.c. Cost. sottolinea una dimensione particolare della fedeltà, la *fedeltà qualificata*» che postula «un vincolo di particolare *devozione* verso lo stato e quindi una fiducia specificamente rivolta a coloro che esercitano le funzioni pubbliche».

<sup>18</sup> G. PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, Padova, 1967, 210 ss. L'autore delinea, invece, attraverso il combinato disposto degli artt. 54, 98 e 4 Cost., un dovere di fedeltà del pubblico dipendente all'amministrazione, implicante un obbligo di attivarsi positivamente per il conseguimento dei fini propri di quest'ultima, assimilabile al dovere di fedeltà «del cittadino che svolge attività private». Convincenti appaiono, tuttavia, le critiche rivolte a tale ricostruzione da E. GUASTAPANE, *Imparzialità dell'amministrazione e dovere di fedeltà dei pubblici dipendenti*, in *Nuova Rassegna*, 1967, 1850 s., che osserva come debba ritenersi superata la tradizionale concezione dell'Amministrazione come «parte», che agisce per fini propri distinti rispetto a quelli dei privati, o ad essi contrapposti, rilevando, inoltre, come «l'obbligo di fedeltà del dipendente pubblico non significa soltanto dovere di fedeltà verso l'amministrazione, ma, essenzialmente, fedeltà alle istituzioni del paese».

Sul concetto di «fedeltà all'Amministrazione», cfr., in generale, L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 136 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1954, 108 ss. e la bibliografia ivi segnalata.

<sup>19</sup> P. GROSSI, *Appunti in tema di giuramento*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1968, 1330. L'autore ricollega piuttosto la peculiarità dei doveri gravanti sui titolari di pubbliche funzioni, rispetto agli altri cittadini, alla sottoposizione al giuramento, dal quale il dovere di fedeltà risulterebbe rafforzato sul piano morale.

Sulle implicazioni del giuramento in relazione ai doveri di fedeltà, si veda *infra*, § 4.

mente distinto, per portata e natura, dal dovere di fedeltà alla Repubblica<sup>20</sup>.

Tali divergenze interpretative non paiono, invero, assumere una portata dirimente ai fini della presente analisi: sia che si convenga con la ricostruzione dei doveri posti dai due commi dell'art. 54 Cost. come delineanti un complessivo dovere di «fedeltà qualificata» per i pubblici i cittadini che esercitano pubbliche funzioni, sia nella diversa prospettiva dell'autonomia concettuale e normativa del dovere di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore, risulta indubbio (e incontestato) che le disposizioni costituzionali in oggetto pongano a carico dei titolari di pubbliche funzioni, e in relazione all'esercizio delle stesse, specifici doveri, di natura comportamentale, non gravanti sulla generalità dei cittadini.

Occorrerà, dunque, individuare la natura e la portata di tali doveri comportamentali, per poter valutare se, e in quali termini, essi possano, a differenza del solo dovere di fedeltà alla Repubblica incidere anche sull'esercizio della libertà di espressione.

Per quanto attiene al significato dei due termini «disciplina» e «onore» utilizzati nella disposizione costituzionale, è stato osservato<sup>21</sup> che, mentre la disciplina implica una «fedeltà all'apparato», connessa al principio di buon andamento della pubblica amministrazione ed espressa negli specifici doveri che le leggi amministrative impongono al pubblico impiegato, l'onore in quanto «fedeltà all'ordinamento» risulta più direttamente connesso con il dovere generale di fedeltà e trova espressione nei principi di legalità e imparzialità. La distinzione implica che, mentre la disciplina attiene strettamente alla posizione dell'individuo titolare di pubblici uffici nei confronti dello Stato, l'onore, essendo connesso, più in generale, con la posizione del soggetto in rapporto alle funzioni pubbliche esercitate, supera il mero profilo del rapporto con i pubblici poteri e si ripercuote anche in ordine alle relazioni con soggetti privati<sup>22</sup>. Tali rilievi non sono di poco

<sup>20</sup> L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 142; C. CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 177. Tali considerazioni non paiono, tuttavia, risolutive, in quanto il concetto di «fedeltà qualificata» non pare postulare un'equiparazione tra la natura degli obblighi posti dal primo e dal secondo comma dell'art. 54 Cost., quanto piuttosto la natura non autonoma ma aggiuntiva e complementare del dovere di adempiere alle pubbliche funzioni con disciplina e onore, ben potendo tale natura rinvenirsi in una prescrizione di carattere essenzialmente modale.

<sup>21</sup> A. CERRI, *Fedeltà*, cit., 4. In altra sede (*Sul principio di fedeltà*, cit., 761 s.) l'Autore specifica che «la disciplina è obbedienza ai superiori, alla gerarchia come tale, necessaria al retto funzionamento del meccanismo amministrativo; l'onore è obbedienza alle istituzioni complessivamente considerate».

<sup>22</sup> G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 183. A giudizio dell'Autore, inoltre, il riferi-

conto ai fini dell'analisi che qui si conduce, in quanto chiariscono come i doveri comportamentali posti dal comma II dell'art. 54 Cost. non esauriscano la propria operatività nell'ambito del rapporto d'ufficio tra il titolare di una funzione pubblica e l'apparato entro cui tale funzione è esercitata, ma incidono anche su attività orientate prevalentemente all'esterno di tale rapporto, tra le quali pare di poter fondamentalmente ricondurre anche l'attività di manifestazione del pensiero.

Un'ulteriore rilevante implicazione della distinzione prospettata tra le nozioni di disciplina e di onore risulta connessa con la possibilità di configurare, in relazione alle diverse tipologie di pubbliche funzioni, un diverso equilibrio tra il dato strettamente disciplinare e quello più latamente connesso con la fedeltà alle istituzioni e all'ordinamento complessivamente considerato. Appare, infatti condivisibile l'individuazione, operata in dottrina<sup>23</sup> di una prevalenza dell'elemento disciplinare in relazione alla condizione degli impiegati pubblici incardinati in apparati amministrativi nei quali operino vincoli di subordinazione gerarchica, laddove, per i titolari di pubbliche funzioni non soggetti a rapporto gerarchico (tra i quali, evidentemente, gli appartenenti all'ordine giudiziario), il principio di disciplina risulta ridimensionato e, parallelamente, l'onore assume rilievo prevalente<sup>24</sup>.

Tuttavia, il fatto che i due profili della disciplina e dell'onore trovino congiunto e contestuale fondamento costituzionale, induce a ritenere, per quanto attiene, in particolare, al profilo della disciplina, che nel dovere posto dall'art. 54 comma II Cost., sia possibile ravvisare il fondamento del potere disciplinare che, in forme diverse, risulta operante nei confronti di tutti i cittadini titolari di pubbliche funzioni<sup>25</sup>.

mento all'onore «è tale da mediare non soltanto la fiducia dei pubblici poteri nei confronti del titolare di determinati uffici, ma, investendo il comportamento del soggetto nella sua totalità, è idoneo ad operare un vincolo in certo senso ricollegantesi all'ambito concettuale della *buona fede*». Paiono dunque emergere, anche in tale prospettiva, quei richiami ai concetti di fiducia e di affidamento che si sono indicati come strettamente connessi alla nozione di «fedeltà qualificata».

<sup>23</sup> G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 196; L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 178 ss

<sup>24</sup> Sotto tale profilo v., ad esempio, A. CERRI, *Sul principio di fedeltà*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1983, 763 ss., che osserva come la disciplina implichi un concetto di obbedienza ai superiori e un'organizzazione di tipo gerarchico. L'assenza di gerarchia e il principio di soggezione soltanto alla legge renderebbe dunque inapplicabile ai magistrati, in relazione alle proprie attività funzionali, la nozione stessa di disciplina.

<sup>25</sup> In questo senso L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 143. In termini analoghi Cfr. R. TOSI, *Rapporti politici - Art. 54*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, 355.

3. (segue) *L'ambito soggettivo del dovere in oggetto: funzioni pubbliche neutrali e funzioni giurisdizionali*

La delineata possibilità di configurare in termini flessibili il rapporto tra disciplina e onore, prefigura la possibilità di una diversa configurazione dei doveri complessivamente posti dall'art 54 Cost. a seconda delle diverse categorie di titolari di pubbliche funzioni. Sarà, dunque, opportuno valutare più compiutamente quale sia l'ambito soggettivo di operatività dei doveri in oggetto e, in particolare, quali siano le peculiarità che caratterizzano la posizione dei magistrati, rispetto a quella degli altri titolari di pubbliche funzioni.

A tale proposito, una prima considerazione che potrebbe indurre a ricomprendere i magistrati tra i destinatari della norma in oggetto, è quella per cui la disposizione costituzionale, non operando alcuna distinzione tra le diverse tipologie di pubbliche funzioni, ha una portata generale, senza limitazioni di ordine soggettivo<sup>26</sup>. Una più precisa indicazione può, peraltro, ricavarsi dall'esame della seconda parte del comma II dell'art. 54 Cost., relativa all'obbligo di prestare giuramento: lo stesso tenore letterale della disposizione costituzionale induce a ritenere tale istituto connesso con l'esercizio di pubbliche funzioni e, conseguentemente, l'inclusione dei magistrati tra i soggetti tenuti a prestare giuramento dovrebbe indurre a ricomprendere gli appartenenti all'ordine giudiziario tra i soggetti destinatari dalla norma costituzionale<sup>27</sup>.

Del resto, per escludere l'applicabilità delle norme in esame agli appartenenti all'ordine giudiziario, occorrerebbe adottare un'accezione particolarmente specifica e restrittiva del concetto di titolarità di pubbliche funzioni<sup>28</sup>, operando una distinzione, fondata sulle qualità materiali delle funzioni esercitate, tra attività sostanzialmente amministrative e altre attività, tra le quali quelle giurisdizionali<sup>29</sup>. Una tale

<sup>26</sup> G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 177; L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 123 s.

<sup>27</sup> Sull'istituto del giuramento cfr., più diffusamente, *infra*, § 4.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione dei differenti significati propri dell'espressione «funzionario» si veda S. TERRANOVA, *Funzionario (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, 280 ss. L'autore, in particolare, riconosce come solo nella sua accezione più ristretta il termine funzionario (che costituisce, in ogni caso, una nozione più specifica rispetto a quella di «titolare di pubbliche funzioni») può essere riferito esclusivamente a «colui che esplica una pubblica funzione nell'ambito degli uffici della pubblica amministrazione, sia che formi e contribuisca a formare la volontà dell'ente pubblico o tale volontà manifesti all'esterno o la porti ad esecuzione, sia che compia atti di conoscenza o di giudizio».

<sup>29</sup> Nega la possibilità e l'opportunità di una tale distinzione, con specifico riferimento alle sue implicazioni in relazione alla libertà di espressione, A. PRZZORUSSO,

scelta, tuttavia, oltre a non trovare fondamento nel dato testuale della disposizione costituzionale, condurrebbe a risultati contraddittori proprio in relazione alla posizione dei soggetti che svolgano funzioni giurisdizionali.

Una distinzione, nell'ambito dei titolari di pubbliche funzioni, tra soggetti nei confronti dei quali operino determinati doveri comportamentali, con specifico riferimento ad eventuali obblighi che possano incidere sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, e soggetti ai quali tali obblighi non siano applicabili, dovrebbe indurre, infatti, a distinguere tra l'esercizio di pubbliche funzioni di carattere «neutrale» e pubbliche funzioni di carattere «politico». Per i titolari di queste ultime, infatti, il libero esercizio della libertà di espressione delle proprie opinioni (e, in primo luogo, delle proprie opinioni «politiche»), costituisce non soltanto un diritto, ma, per molti versi, un dovere, in quanto consente la corretta operatività degli strumenti tipici della responsabilità politica, mentre solo per i titolari di funzioni pubbliche neutrali, tenuti istituzionalmente a una posizione di imparzialità, sarebbero configurabili obblighi di riserbo nella manifestazione di opinioni e, dunque, limitazioni alla libertà di espressione<sup>30</sup>.

Nell'ambito di una tale classificazione, tuttavia, le funzioni giurisdizionali dovrebbero essere ricondotte proprio a quell'ambito di funzioni pubbliche neutrali per le quali può delinarsi un problema di limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero<sup>31</sup>.

*Appunti per lo studio della libertà d'opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1629 ss.

<sup>30</sup> In questo senso si esprime A. PIZZORUSSO, *Appunti*, cit., 1630 ss. Sulla nozione di neutralità/imparzialità in contrapposizione a politicità, ovvero in merito alla nozione di apoliticità delle funzioni pubbliche neutrali, sono, peraltro state autorevolmente espresse, notevoli perplessità: cfr. N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, 1971, 271 s., ove si osserva che «essere apolitici non significa affatto essere al di fuori o al di sopra delle parti, ma accettare i valori politici dominanti».

<sup>31</sup> A. PIZZORUSSO, *Appunti*, cit., 1631. L'autore, in particolare, sottolinea come nei confronti dei titolari degli organi giurisdizionali, come degli altri soggetti che esercitano funzioni neutrali, il problema della libertà di opinione si ponga in termini ancora più diretti rispetto a quanto avviene rispetto alla posizione della generalità dei titolari di pubbliche funzioni.

Del resto, la distinzione tra l'attività giurisdizionale e l'esercizio di pubbliche funzioni di carattere neutrale è stata autorevolmente individuata in dati di carattere tecnico e formale (relativi, in particolare, ai caratteri della sentenza quale atto tipico e distinto dal complesso degli atti amministrativi), che appaiono ininfluenti nell'ambito della problematica relativa alla libertà di espressione: cfr. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scien. giur.*, 1968, 47 ss.



Del resto, l'osservazione per cui un comune dovere di imparzialità opera nei confronti dei magistrati come nei confronti dei pubblici impiegati tenuti a comportamenti neutrali, sicché, sotto tale profilo, le due categorie, pur con le rispettive peculiarità, risulterebbero sostanzialmente assimilabili, non manca di riscontri nell'ambito della giurisprudenza costituzionale<sup>32</sup>. Ciò non esclude che possa certamente individuarsi, come già ricordato, una specificità di posizione costituzionale dei magistrati<sup>33</sup>, a cui consegua un diverso equilibrio tra i due profili della disciplina e dell'onore richiamati dall'art. 54, con una accentuazione del secondo e un carattere recessivo del primo.

#### 4. Il giuramento

Nel corso del dibattito sviluppatosi in seno all'Assemblea Costituente in merito all'istituto del giuramento, diverse ed autorevoli sono state le proposte volte a stabilire espressamente l'obbligo di giuramento per i magistrati<sup>34</sup>, che venivano, dunque, inclusi tra le categorie di soggetti titolari di pubbliche funzioni dai quali, più che dai comuni cittadini, si sarebbero potuti temere comportamenti «infedeli»

<sup>32</sup> Corte cost., sentenze 22 giugno 1976, n. 145, in *Giur. Cost.*, 1976, 975; 8 giugno 1981, n. 100, *ivi*, 1981, 845; 26 ottobre 1982, n. 172, *ivi*, 1982, in quest'ultima sentenza (annotata da F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giur. It.*, 1985, IV, 27) il Giudice costituzionale afferma, inoltre, che «il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario», quali valori costituzionalmente protetti, possono, semmai, legittimare nei confronti degli appartenenti all'ordine giurisdizionale specifiche ulteriori restrizioni all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti (nel caso al diritto di elettorato politico passivo) non operanti nei confronti della generalità dei pubblici funzionari.

<sup>33</sup> Il tema della posizione istituzionale della magistratura nell'ordinamento costituzionale e delle sue specificità rispetto a quella dei funzionari amministrativi, è come noto risalente: Cfr., ad esempio, G. MARANINI (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

<sup>34</sup> Cfr. *La Costituzione della repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Roma, 1976: Togliatti (vol. VI, 797) ritenendo che il giuramento dovesse essere espressamente previsto, tra gli altri, per i magistrati, afferma che esso non deve, invece, essere necessariamente imposto ai pubblici funzionari soggetti a rapporto gerarchico, in quanto, per essi, potrà essere il superiore a «richiamare i funzionari che da lui dipendono all'adempimento del proprio dovere»; i magistrati erano, inoltre, inclusi tra i soggetti espressamente tenuti a prestare giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza delle leggi in base al testo proposto da Moro e originariamente approvato dalla II Sottocommissione dell'Assemblea Costituente (vol. VI, 801).

in grado di porre in crisi il corretto funzionamento delle istituzioni repubblicane<sup>35</sup>.

Il valore e la portata del giuramento di fedeltà in relazione ai doveri comportamentali dei titolari di pubbliche funzioni sono stati bene evidenziati soprattutto nella prospettiva del dovere di «fedeltà qualificata»<sup>36</sup>.

Si impongono, dunque, alcune precisazioni concernenti la natura e le implicazioni, sul piano giuridico, del giuramento prestato, secondo quanto disposto dall'art. 54 comma II Cost., dai titolari di pubbliche funzioni nei casi previsti dalla legge.

Tra le varie tipologie di classificazione, elaborate in dottrina in relazione all'istituto del giuramento, quali quella basata sulla distinzione tra giuramenti promissori e assertori<sup>37</sup> o quella fondata sulla contrapposizione tra giuramenti dovuti e necessitati<sup>38</sup>, un più specifico

<sup>35</sup> L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 124.

<sup>36</sup> In tal senso G. LOMBARDI, *Giuramento (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, 971, osserva come «se il generale dovere di fedeltà, espresso dall'art. 54 comma I Cost., non vale a comprimere la garanzia derivante ai singoli soggetti privati dal sistema di diritti civili e politici costituzionalmente garantiti, la cui efficacia, illimitata in via di principio, incontra il solo confine emergente dai vari doveri espressamente e tassativamente previsti, non pare tuttavia giuridicamente impossibile costruire tale dovere, quando un giuramento di fedeltà (...) lo rafforzi, come un 'limite al limite'. Esso viene quindi ad operare come una breccia nella barriera rappresentata in questo campo dalle garanzie delle libertà politiche individuali».

Sul punto cfr., in senso contrario, P. GROSSI, *Appunti*, cit., 1330 s. L'autore, critico, nel complesso, rispetto ad una distinzione tra un dovere di fedeltà a contenuto minimale e un dovere a contenuto più intenso, gravante sui pubblici funzionari, nega, in particolare sia configurabile un dovere di «fedeltà qualificata con il giuramento»

<sup>37</sup> G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 965 s., per il quale è promissorio il giuramento che ha ad oggetto «una manifestazione di volontà, diretta a vincolare il comportamento del giurante entro determinati limiti, individuati in relazione a particolari fini in funzione dei quali il giuramento viene prestato», mentre è assertorio il giuramento che «assevera una manifestazione di scienza». Nel primo caso la volontà risulterebbe diretta verso l'avvenire, nel secondo sarebbe riferita al passato o al presente. In termini analoghi G. FERRARI, *Giuramento - diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, 4.

In senso contrario a tale distinzione si esprime P. GROSSI, *Giuramento (dir. cost)*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, 144 s., per il quale «qualunque impegno, e così anche quello insito nel giuramento, non può che avere ad oggetto il futuro, o meglio la condotta per il futuro del soggetto che contrae un tale vincolo».

<sup>38</sup> P. GROSSI, *Giuramento*, cit., 145 ss. configura come «atto dovuto», moralmente non vincolante e improduttivo di effetti giuridici il giuramento cui sono tenuti i testimoni, gli interpreti, i periti, i consulenti tecnici, mentre, per i titolari di uffici pubblici, il giuramento sarebbe «necessitato» in quanto si porrebbe «non come atto dovuto, ma come condizione per il legittimo esercizio dell'ufficio stesso». In tale ipotesi «l'impegno risulta, perciò, liberamente accettato, e, oltre all'indubbio vincolo di

rilievo assume, ai fini del presente lavoro, la distinzione prospettata tra giuramenti amministrativi e giuramenti politico-costituzionali.

Quest'ultima distinzione, che viene da taluno fondata su elementi di natura essenzialmente oggettiva<sup>39</sup>, è da altri connessa anche ad elementi di carattere soggettivo<sup>40</sup>, ma risulta, in ogni caso, generalmente riconosciuta<sup>41</sup>. Incontestata risulta, inoltre, l'inclusione del giuramento prestato dai membri dell'ordine giudiziario nella categoria dei giuramenti politico-costituzionali<sup>42</sup>. Venendo, invece, alla specifica *ratio* di tale categoria di giuramenti, opportuno appare il riferimento<sup>43</sup> all'e-

ordine morale, è fonte autonoma di conseguenze giuridiche, dal momento che rende concreta ed attuale una situazione fino ad allora potenziale».

Contesta la validità di tale distinzione G. FERRARI, *Giuramento*, cit., 4, osservando che «se atto dovuto è il giuramento del testimone, tale non è certo quello del prossimo congiunto che voglia deporre, pur potendosi astenere, e che, se atto necessitato è il giuramento che rende attuale una situazione potenziale, tale non è certo quello del giudice popolare, i cui *munus* è tutt'altro che un mero onere». L'autore, peraltro, opportunamente sottolinea come le diverse classificazioni proposte abbiano un valore meramente descrittivo.

<sup>39</sup> G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 967. L'autore ritiene, infatti, che si debba essenzialmente valutare la norma del giuramento: «se il vincolo che essa esprime ha ad oggetto l'osservanza della Costituzione o, più genericamente, la lealtà e la fedeltà a certi valori politici fondamentali per l'esistenza dello Stato, si è in presenza di un giuramento politico o costituzionale, a nulla rilevando se esso sia prestato da titolari di organi non costituzionali; quando oggetto del giuramento è l'adempimento di specifici doveri inerenti ad uffici amministrativi, che ci si impegna in tal modo a svolgere con particolare disciplina e onore (...) si parla di giuramento amministrativo». Viene, inoltre, individuata l'ulteriore categoria del «giuramento professionale», che è tale «quando ne sia oggetto l'impegno a svolgere secondo norme di correttezza determinate professioni aventi profonda rilevanza sociale».

<sup>40</sup> P. GROSSI, *Giuramento*, cit., 146 s. Nella prospettiva proposta dall'autore, «un giuramento può (...) caratterizzarsi come costituzionale e politico in relazione alla maggiore o minore rilevanza che presenta per la vita politica dell'ordinamento: e ad individuare e qualificare questa rilevanza può giovare e concorrere la valutazione di elementi tratti sia dalla natura dei soggetti del giuramento, sia dal tipo di attività che essi vengano chiamati a svolgere, ma soprattutto sembra debba essere considerata (...) la ragione per la quale il giuramento è richiesto».

<sup>41</sup> G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 967; Verbari, *Giuramento*, cit., 146; G. FERRARI, *Giuramento*, cit., 4; L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, VII, 1991, 304 s. La distinzione, ha, del resto, origini risalenti: cfr. R. BONGHI, *Il giuramento politico*, in *Nuova Antologia*, 1882, 693 ss.; R. TREVES, *Fondamento giuridico del dovere di fedeltà dei funzionari e impiegati pubblici*, estratto da *Studi Sassaresi*, XI, 1933, 11 s. Quest'ultimo, in particolare, ricorda come il dovere per talune categorie di funzionari ed impiegati, di prestare un giuramento di carattere politico, costituisca un istituto di origine anglosassone.

<sup>42</sup> G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 967; GROSSI, *Giuramento*, cit., 147.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *Giuramento*, cit., 147. L'autore osserva, inoltre, come «quanto più (...) un organo si presenta come essenziale al sistema, tanto più è da riconoscere che la legge non riesce a disciplinare sempre e compiutamente l'attività ed il modo di

sistenza di taluni organi e all'eventualità di talune situazioni che, per loro natura, sfuggono ad ogni tentativo di integrale ed efficace regolamentazione ed in relazione ai quali, dunque, non possono operare prescrizioni comportamentali puntualmente e tassativamente tipizzate: in tali ipotesi subentra, con efficacia surrogatoria, il vincolo etico-morale assunto con il giuramento. Nello stesso ordine di idee si colloca l'osservazione per cui «più alta la posizione costituzionale degli organi, più ridotte e incomplete le norme che ne circoscrivono e ne regolano l'attività, più labili le garanzie giuridiche e meno incisivi i controlli, tanto più saranno elevate la funzione e la portata del giuramento»<sup>44</sup>.

Per quanto attiene più direttamente al giuramento prestato dai soggetti appartenenti all'ordine giudiziario, è stato opportunamente osservato come la relativa formula giuratoria<sup>45</sup> appaia per molti aspetti incongrua rispetto alla peculiarità della posizione istituzionale dei magistrati e delle funzioni da essi esercitati<sup>46</sup>. Ed in effetti, se pure l'as-

esercizio delle relative funzioni, o, quando anche vi riesca, deve ammettersi che il rispetto formale di essa non fa venir meno il pericolo di gravi e sostanziali infedeltà».

Cfr. però, in senso parzialmente difforme, L. VENTURA, *Giuramento*, cit., 305, per il quale, «se nell'individuo esistono la coscienza etica, il senso dell'onore, dell'onestà e della lealtà, saranno queste qualità morali a guidarne il comportamento, non l'impegno formale assunto». Infatti «l'integrazione dell'ordine giuridico da parte dell'ordine morale può avvenire anche in assenza di una promessa rituale». Una più efficace funzione di garanzia «ove il sistema funzionasse correttamente, sarebbe offerta non tanto dalla morale quanto dalla responsabilità politica». Con evidenza, peraltro, tali considerazioni in ordine alla funzione di garanzia svolta dalle responsabilità politiche, non possono valere per tutti i soggetti tenuti a prestare giuramento costituzionale e in particolare, per i magistrati.

<sup>44</sup> G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 968. Peraltro, nella prospettiva delineata dall'Autore, la categoria dei magistrati, in quanto soggetti esplicanti funzioni caratterizzate da una più ristretta sfera di discrezionalità, sarebbe, sul punto, assimilabile a quella dei pubblici impiegati piuttosto che a quella dei titolari di organi supremi. L'osservazione, che appare condivisibile in relazione all'attività strettamente ufficiale e funzionale dei membri dell'ordine giudiziario, lo è forse meno in riferimento all'attività, che qui più direttamente rileva, di manifestazione del pensiero.

<sup>45</sup> Prevista dall'art. 4 della legge 23 dicembre 1946, n. 478 (modificativa della formula del giuramento di fedeltà al Re prevista dall'art. 38 del R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641): «Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere con coscienza i doveri inerenti al mio ufficio».

<sup>46</sup> G. FERRARI, *Il giuramento nella tematica della responsabilità dei magistrati*, in *Dir. Soc.*, 1985, 408. In particolare, l'autore giudica la formula viziata in primo luogo per eccesso, stante il riferimento, quale destinatario del giuramento di fedeltà, al Capo dello stato, che se pure deve considerarsi un residuo tratteggio della vecchia formula del giuramento di fedeltà al Re, assume, nell'ordinamento repubblicano, connotazioni ambigue stante l'attribuzione, al Presidente della Repubblica, della presidenza del CSM. Inoltre la stessa formula appare viziata per difetto, in quanto non com-

senza di riferimenti nella formula in oggetto, all'interesse dell'Amministrazione di appartenenza distingue chiaramente la posizione degli appartenenti all'ordine giudiziario da quella degli impiegati civili dello stato<sup>47</sup>, la stessa formula non pare connotare sufficientemente lo specifico *status* dei magistrati rispetto a quello degli altri soggetti tenuti a prestare giuramento politico-costituzionale. In particolare, non emerge la peculiarità di una posizione caratterizzata dall'assenza sia di un inquadramento di tipo gerarchico, sia di forme di responsabilità di tipo politico e che, per molti aspetti, costituisce la primaria ragione d'essere del giuramento prestato dai membri dell'ordine giudiziario<sup>48</sup>: la conseguente maggiore problematicità nel configurare espressi doveri comportamentali e deontologici, nonché le conseguenti forme di responsabilità, dovrebbe forse consigliare un più congruo utilizzo delle opportunità offerte dallo strumento del giuramento<sup>49</sup>.

prende l'impegno ad osservare la Costituzione, oltre, e prima ancora che le leggi dello Stato.

<sup>47</sup> Nella formula prevista per questi ultimi dall'art. 11 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, si prevede, infatti, che l'impiegato giuri «di adempiere ai doveri del (...)» proprio «ufficio nell'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene». L'assenza di analoghi riferimenti nella formula giuratoria prevista per i magistrati, conferma, dunque, l'impossibilità di configurare nei confronti di questi ultimi, alcun dovere di «fedeltà all'Amministrazione».

<sup>48</sup> È stato, infatti, osservato (G. LOMBARDI, *Giuramento*, cit., 968) come «La ragione del giuramento dei giudici sta essenzialmente nel fatto che, data la loro specifica posizione di indipendenza, non sono sottoposti ad alcun dovere di obbedienza, che non sia quello di osservanza della legge (...) e non esiste alcun rapporto di gerarchia fra i vari uffici giudiziari. Si cerca così di vincolare i giudici attraverso il legame morale espresso dal giuramento, il quale differisce parzialmente dal richiamo, spesso contenuto in esso, ai doveri di giustizia propri dell'ufficio del giudice». In merito a quest'ultima considerazione, cfr. H. HELLER, *Die Souveranität*, De Gruyter, Berlin und Leipzig, 1927, 138.

In termini analoghi GROSSI, *Giuramento*, cit., 146.

<sup>49</sup> È stato, in particolare, proposto (G. FERRARI, *Il Giuramento nella tematica*, cit., 408 s.) di adottare, per tutti i giudici, una formula giuratoria analoga a quella richiesta ai giudici popolari in forza dall'art. 30 della legge 12 luglio 1951, n. 287: «Con la ferma volontà di compiere da persona d'onore tutto il mio dovere, cosciente della suprema importanza morale e civile dell'ufficio che la legge mi affida, giuro di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragioni dell'accusa e della difesa, di formare il mio intimo convincimento giudicando con rettitudine ed imparzialità, e di tenere lontano dall'animo mio ogni sentimento di avversione e di favore, affinché la sentenza riesca quale la società l'attende: affermazione di verità e di giustizia. Giuro altresì di conservare il segreto». Tale formula viene proposta in quanto, in base ad essa «non solo il giuramento non sarebbe più una formula vuota di contenuto, ma con esso si porrebbe anche in un certo senso riparo all'irresponsabilità dei magistrati. Perché allora questi, indipendentemente dalle ipotesi già previste di illeciti disciplinari, nonché da quelle che si vogliono tipizzare, dovrebbero

L'effettivo rilievo giuridico del giuramento prestato dagli appartenenti all'ordine giudiziario quale fondamento di specifici doveri comportamentali disciplinarmente rilevanti è controverso in dottrina<sup>50</sup>.

Il riferimento, tuttavia, accanto al generale dovere di fedeltà alla Repubblica, ad un impegno di lealtà nell'osservanza delle leggi e di coscienziosità nell'adempimento dei doveri, può concorrere a delineare, unitamente alle prescrizioni costituzionali più sopra esaminate, una posizione costituzionale differenziata rispetto a quella della generalità dei cittadini, in relazione all'operare di un complessivo e specifico dovere costituzionale (che si cercherà ora, in qualche modo, di meglio individuare) e d'altra parte "responsabilizzare" il magistrato sotto

rispondere disciplinarmente anche nei casi di violazione del giuramento, cioè di uno qualsiasi dei doveri prescritti nella formula giuratoria».

Se la proposta dell'adozione di una formula giuratoria più congrua rispetto a quella attualmente prevista per gli appartenenti all'ordine giudiziario appare sicuramente condivisibile, e se pure la formula proposta quale modello (con gli opportuni aggiustamenti) focalizza, in effetti, alcuni doveri deontologici fondamentali, si può, tuttavia, osservare che essa appare forse pletorica e, in ogni caso, difficilmente adattabile all'attività dei magistrati del pubblico ministero. Inoltre per quanto, più in particolare, attiene all'oggetto del presente lavoro, viene trascurata (ad eccezione dello specifico ambito del «segreto») la problematica relativa alle implicazioni deontologiche che possono derivare da attività di manifestazione del pensiero.

<sup>50</sup> Nel senso di un rilievo dell'istituto del giuramento quale presupposto di doveri comportamentali giuridicamente rilevanti, v. ad esempio V. PIERGIGLI, *Potere di esternazione e pubbliche funzioni, una valutazione d'insieme*, in *Dir. e Soc.*, 1993, 415 ss.; G. FERRARI, *Giuramento*, cit., 11. In senso contrario, sul presupposto di un rilievo solo morale e interiore degli obblighi assunti con giuramento, v. S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 62, ove si osserva come "poiché i vincoli ipoteticamente accettati tramite la prestazione del giuramento sono comunque di ordine puramente morale, ne consegue che essi sono geneticamente inidonei a limitare sotto il profilo giuridico la libera manifestazione del pensiero del giurante"; P. PETTA, *Una sentenza poco "fedele" alla Costituzione*, in *Crit. Dir.* 1983, 172; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 110, ove si ritiene impossibile che "il giuramento possa essere la base di doveri nuovi o diversi, in quanto, per affermazione comune, esso esplica i suoi effetti essenzialmente sul piano morale". Rispetto a tali diversi orientamenti, può osservarsi come, se certamente il giuramento non può essere fonte "autonoma" di doveri "autonomi", tanto più se comportanti la compressione di diritti costituzionalmente tutelati, pare forse riduttivo ritenere che lo strumento operi su di un piano *esclusivamente* morale: la sua stessa natura solenne presuppone un momento non solo di interiorizzazione, ma di assunzione pubblica degli impegni oggetto della promessa, che essendo relativi all'esercizio di una funzione pubblica, avranno un rilievo comunque relazionale. Conseguentemente il piano rilevante sarà non solo quello strettamente morale, ma per lo meno anche quello etico: ed il piano dei doveri etici, anche se privi di sanzione, è, per i magistrati, il piano proprio di una responsabilità distinta da quella disciplinare, ma comunque suscettibile di un rilievo esterno (quand'anche non si voglia ritenere pienamente giuridico), quale quella deontologica.

il profilo deontologico (profilo, come si sottolineerà, meritevole di autonoma considerazione rispetto a quello disciplinare).

5. *Un dovere di «lealtà qualificata» per i titolari di pubbliche funzioni non soggetti a rapporto gerarchico*

Si può forse, dunque, tentare una qualche «formalizzazione» del dovere costituzionale che si è delineato in relazione all'esercizio delle pubbliche funzioni attribuite a soggetti non inquadrati entro un rapporto gerarchico e tra essi, per quanto più specificamente rileva in questa sede, agli appartenenti all'ordine giudiziario?

Si tratta, come si è visto, di un dovere che, pur avendo un fondamento costituzionale individuabile nel complesso di norme ricavabili dall'art. 54 Cost., risulta di difficoltosa e controversa configurazione.

I principali fattori di difficoltà (e di divisioni nella dottrina) paiono riconducibili alla natura controversa del concetto di fedeltà, a partire dal quale, peraltro, è stata per lo più generalmente ricostruita la fattispecie in esame.

La prospettiva della «fedeltà qualificata», che per molti aspetti si avvicina a quella qui si propone, in quanto tende ad operare una valutazione complessiva e sistematica delle norme poste dall'art. 54 Cost., configurando un dovere costituzionale in grado di inquadrare organicamente gli obblighi comportamentali posti in capo ai titolari di pubbliche funzioni, per altri versi non qualifica specificamente la posizione di quei soggetti, tra i quali gli appartenenti all'ordine giudiziario, che non risultano soggetti ad un inquadramento di tipo gerarchico, rispetto alla generalità dei pubblici funzionari. Inoltre, i riferimenti operati nell'ambito di tale teorizzazione, al concetto di doverosità delle pubbliche funzioni e al principio del buon andamento dell'Amministrazione, paiono stabilire una connessione tra la nozione di «fedeltà qualificata» e quella, (peraltro controversa), di fedeltà all'Amministrazione, di problematica configurazione in riferimento a soggetti quali i membri dell'ordine giudiziario.

Può, dunque, risultare utile, per lo meno ai fini del presente lavoro, una configurazione parzialmente diversa, a livello sia concettuale che terminologico, del dovere costituzionale individuato, che lo renda di più specificamente connotato (anche se, conseguentemente, meno denotato) in relazione alla posizione dei titolari di pubbliche funzioni non inquadrati entro un rapporto gerarchico.

In tale prospettiva appare utile, in primo luogo, evitare riferimenti troppo diretti ad un concetto quale quello di «fedeltà», che appare troppo pregnante, per la compresenza in esso di elementi di ordine



morale, etico e giuridico, in un rapporto che è reso ancora più complesso dalle diverse accezioni ed implicazioni connesse alla nozione di fedeltà sia entro una prospettiva diacronica, sia nelle differenti prospettive privatistica, amministrativistica e costituzionalistica.

Si propone, invece, di individuare nell'insieme degli obblighi comportamentali posti dalla costituzione in capo ai titolari di pubbliche funzioni tenuti al giuramento, un «dovere di lealtà qualificata», espressione quest'ultima che, come si cercherà di chiarire, può forse risultare concettualmente più specifica e, al contempo, meno gravida di controverse implicazioni.

Il termine lealtà, risulta, infatti, più ancorato al piano dei comportamenti oggettivamente apprezzabili e meno a quello dell'elemento psicologico individuale, con i conseguenti elementi di natura morale e metagiuridica<sup>51</sup>. Ciò consente di evitare il ricorso ad una nozione, quale quella di fedeltà, che inevitabilmente postula (o, quanto meno, evoca) profili di adesione «ideologica» che appaiono irrilevanti e, anzi, estranei, rispetto all'analisi che si sta conducendo.

Il dovere di lealtà che qui si delinea ha, così come quello di fedeltà comune a tutti i cittadini, un contenuto eminentemente negativo: non comporta, cioè, un obbligo di interiore adesione ai fini propri della pubblica amministrazione di appartenenza<sup>52</sup>, né implica alcuna positiva attivazione che vada al di là del corretto espletamento delle funzioni attribuite.

Il dovere di lealtà comporta, invece, nel complesso, l'obbligo di astenersi da comportamenti che pregiudichino il corretto funzionamento dell'apparato entro cui il titolare di pubbliche funzioni esercita queste ultime. Tale dovere si concreta, dunque, non solo nel rispetto della Costituzione e delle leggi, ma anche nel rispetto di regole non formalizzate di correttezza comportamentale, la cui esistenza risulta, come si è visto, connessa con l'impossibilità (o l'inopportunità) di una esaustiva disciplina normativa delle modalità di esercizio delle funzioni pubbliche<sup>53</sup>. Quanto detto vale, in modo particolare, per quelle funzioni, quale quella giurisdizionale, che per la loro essenzialità nell'ambito del sistema istituzionale e, d'altra parte, per l'impossibilità di prevenire un esercizio distorto e scorretto valendosi

<sup>51</sup> Anche sotto il profilo etimologico, il termine «fedeltà» risulta connesso al piano morale-religioso della *fides*, mentre il termine «lealtà» rimanda al piano etico-giuridico della *lex*.

<sup>52</sup> Appare, infatti, ammissibile la pretesa di un comportamento leale anche nei confronti di un titolare di pubbliche funzioni che si ponga in una condizione psicologica di conflittualità ideologica rispetto all'amministrazione, mentre più problematica appare la configurazione di una simile situazione sotto il profilo della fedeltà.

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, § 3.

esclusivamente di puntuali previsioni di legge, sono esercitate dai rispettivi titolari previo giuramento politico-costituzionale<sup>54</sup>. Il giuramento, e in primo luogo il giuramento politico-costituzionale, costituisce, dunque, l'elemento che qualifica, in senso giuridico, la lealtà dovuta da parte dei titolari di tale categoria di pubbliche funzioni<sup>55</sup>.

Proprio nelle formule di due tra le principali fattispecie di giuramento costituzionale, ossia nella formula del giuramento prestato dal Presidente del Consiglio e dai Ministri<sup>56</sup> e in quella del giuramento prestato dai membri dell'ordine giudiziario, si possono, del resto, individuare importanti riscontri di diritto positivo alla configurazione del dovere di lealtà qui proposta. In entrambe le formule, infatti, sono richiamate quasi testualmente le disposizioni poste dall'art. 54 Cost. in ordine al dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne (la Costituzione e) le leggi, tuttavia, sempre in entrambe le formule, il dovere di osservanza viene ulteriormente connotato dall'attributo «lealmente»: ciò che, in base al giuramento (costituzionale) prestato, distingue la posizione di tali categorie di titolari di pubbliche funzioni dalla generalità dei cittadini appare dunque, fondamentale, proprio tale obbligo di lealtà nell'osservanza delle leggi. Viene dunque richiesto, a tali soggetti, non solo di rispettare formalmente le singole disposizioni di legge concernenti le rispettive attività, ma anche di evitare comportamenti che, pur non contrari alla legge<sup>57</sup>, risultino sostanzialmente scorretti e «sleali».

Quanto si è cercato sin qui di valutare è se dal disposto costituzionale sia possibile ricavare norme che possano assumere rilevanza

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>55</sup> Sotto questo aspetto, il concetto proposto di lealtà qualificata si distingue parzialmente rispetto a quello di fedeltà qualificata: in relazione a quest'ultimo l'attributo «qualificata» indica, infatti, una particolare connotazione qualitativa del dovere di fedeltà dovuto dai pubblici funzionari rispetto a quello dovuto dalla generalità dei cittadini (cfr. G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 179), nella ricostruzione qui proposta si fa riferimento alla particolare «qualificazione» che il dovere di lealtà nell'esercizio delle funzioni pubbliche riceve qualora sia richiamato nella formula del giuramento. Inoltre, mentre il dovere di fedeltà qualificata, come si è detto, implica che ulteriori doveri e obblighi vengano stabiliti, attraverso la legge, al fine di specificarne il contenuto e di renderlo concreto nel quadro della disciplina del comportamento dei titolari di pubbliche funzioni (cfr. *supra*, § 2), il dovere di lealtà qui configurato si pone in termini complementari rispetto all'esercizio del potere disciplinare (fondato sull'art. 54 Comma II Cost.), operando anche in relazione a quelle fattispecie comportamentali insuscettibili di una compiuta tipizzazione in disposizioni di legge.

<sup>56</sup> Prevista dall'art. 1, comma III della legge 23 agosto 1988, n. 400: «Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservarne lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della nazione».

<sup>57</sup> E, in quanto tali, non oggetto del generale dovere di osservanza delle leggi comune a tutti i cittadini.

in relazione all'esercizio della libertà di espressione da parte dei titolari di pubbliche funzioni (e più specificamente, da parte degli appartenenti all'ordine giudiziario), costituendo, in particolare, il fondamento di doveri di carattere deontologico. Si è, dunque, in tal senso osservato che:

a) Il dovere generale di fedeltà posto dal comma I dell'art. 54 Cost. ha un contenuto minimale insuscettibile di legittimare limitazioni all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti e in particolare al diritto di manifestazione del pensiero;

b) Nel dovere costituzionale, per i cittadini cui siano affidate pubbliche funzioni, di esercitare queste ultime con «disciplina e onore», possono ravvisarsi, da un lato, il fondamento costituzionale del potere disciplinare operante nei confronti della generalità dei soggetti che esercitano funzioni pubbliche, dall'altro una prima configurazione di un dovere comportamentale più complesso in relazione al quale si richiede l'impegno appunto della propria «onorabilità».

c) Il giuramento, e in modo particolare il giuramento di carattere politico-costituzionale, che sono tenuti a prestare, tra gli altri, i membri dell'ordine giudiziario, riassume e formalizza il complesso dei doveri costituzionali posti dall'art. 54.

d) Per i titolari di pubbliche funzioni tenuti a giuramento politico-costituzionale, risulta configurabile uno specifico dovere costituzionale, definibile di «lealtà qualificata», che opera, in particolare, in relazione a quelle fattispecie comportamentali per le quali non sia possibile o opportuna una tassativa tipizzazione legislativa.

Nessuna delle norme individuate può, peraltro, in sé considerata, costituire il fondamento (autonomo e sufficiente) di una limitazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero per gli appartenenti all'ordine giudiziario. Non sembra, in altri termini, che i doveri costituzionali posti dall'art. 54 Cost. possano di per sé costituire, rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., quel «contrapposto diritto costituzionalmente tutelato»<sup>58</sup> che appare necessario per delineare, previo un bilanciamento tra confliggenti interessi, un limite soggettivo alla libertà di espressione.

Quella che nel complesso si delinea è, tuttavia, per i titolari di

<sup>58</sup> In questi termini cfr. C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, in *Enc. giur.*, XIX, 1990, 14. A giudizio dell'autore, infatti, limiti soggettivi alla libertà di espressione possono essere ricostruiti soltanto attraverso il modulo del «consenso ragionevole» poggiante, da un lato, sulla volontarietà dell'assunzione della specifica posizione soggettiva alla quale il limite si connette, dall'altro su di un bilanciamento tra valori costituzionali condotto attraverso i canoni di ragionevolezza elaborati nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

pubbliche funzioni, una posizione costituzionale differenziata rispetto a quella della generalità dei cittadini, in relazione alla sussistenza di specifici doveri comportamentali a tutela del rispetto dei quali si pongono, in termini complementari, da un lato, gli strumenti propri della responsabilità disciplinare e dall'altro gli obblighi etici e deontologici formalizzati con il giuramento<sup>59</sup>.

Risulterà dunque necessario, sulla base di tali premesse, valutare le problematiche connesse con la concreta individuazione di tali obblighi etici e deontologici e con i complessi rapporti che vanno delineandosi tra tali obblighi e doveri e quelli rilevanti in ambito disciplinare.

#### 6. *Lealtà qualificata e doveri deontologici: il D.Lgs. n. 546 del 1993 e l'adozione dei codici deontologici*

La tendenza ad un'analitica individuazione e alla conseguente formalizzazione dei doveri deontologici connessi con l'esercizio di pubbliche funzioni costituisce, nel contesto italiano, un fenomeno piuttosto recente.

I primi tentativi di introdurre, in via generale, specifiche regole comportamentali di carattere deontologico (e dunque estranee all'ambito della responsabilità disciplinare) per i dipendenti pubblici possono ricondursi alla proposta di codice deontologico elaborata, nel 1993, sotto la direzione dell'allora ministro della funzione pubblica Sabino Cassese<sup>60</sup>.

Successivamente, l'art. 26 del D.L. 23 dicembre 1993, n. 546 (modificativo del D.L. 3 febbraio 1993, n. 29), oltre a demandare al Dipartimento per la funzione pubblica la definizione di un codice di comportamento per i dipendenti pubblici<sup>61</sup>, ha previsto che analoghi

<sup>59</sup> In particolare nell'ipotesi di giuramento politico-costituzionale.

<sup>60</sup> Su tali vicende cfr. E. GUSTAPANE, *Etica pubblica e conflitto di interessi*, in *Democrazia e cariche pubbliche*, a cura di S. Cassese e B.G. Mattarella, Il Mulino, Bologna, 1996, 47. Il contesto politico nel quale si inseriscono l'elaborazione e la successiva adozione dei diversi codici deontologici, appare complessivamente caratterizzato dal recepimento, in sede istituzionale (l'adozione dei codici deontologici era stata espressamente inclusa nell'ambito del programma del governo Ciampi), di istanze di contrasto dei fenomeni di corruzione e malcostume politico e amministrativo manifestatisi in modi eclatanti.

<sup>61</sup> È, in particolare, previsto che il codice venga consegnato al dipendente pubblico all'atto della nomina e sia successivamente recepito nell'ambito dei contratti di lavoro. Sul codice di condotta per i dipendenti pubblici cfr. B.G. MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, in *Lavoro e diritto*, 1994, 525 ss.

codici deontologici fossero adottati, per le magistrature ordinaria e amministrative e per l'avvocatura dello Stato, dalle rispettive associazioni di categoria e successivamente sottoposti all'adesione da parte dei singoli magistrati. In caso di inerzia delle associazioni di categoria, è stato, inoltre, previsto un intervento sostitutivo da parte degli organi di autogoverno<sup>62</sup>.

Già da tale differenziata procedura di adozione emerge come sia stata percepita, da parte del legislatore, la necessità di collocare i doveri deontologici connessi all'esercizio delle funzioni giurisdizionali su di un piano nettamente distinto rispetto a quello proprio della responsabilità disciplinare.

Come si è evidenziato<sup>63</sup>, il presupposto logico, nonché il primario fondamento costituzionale (indispensabile in relazione a comportamenti connessi all'esercizio di diritti anch'essi di rango costituzionale, quale quello alla libertà di espressione), di un'autonoma categoria di doveri comportamentali di carattere deontologico, appare essenzialmente riconducibile, per i magistrati come per la generalità dei titolari di funzioni pubbliche non sottoposti ad un inquadramento gerarchico, alla difficoltà (e/o inopportunità) di un'individuazione in via normativa delle singole fattispecie comportamentali disciplinarmente rilevanti che risulti, da un lato, preventiva e astratta, dall'altro tassativa ed esclusiva. In assenza di una formalizzazione legislativa di tali comportamenti (come nel contesto italiano sino alle recenti riforme dell'ordinamento giudiziario), ma in ogni caso a prescindere da possibili tentativi di formalizzazione, emerge, infatti, il rilievo di un dovere costituzionale di «lealtà qualificata» (formalizzato con il giuramento), implicante doveri etici e deontologici anche al di là di una puntuale previsione nell'ambito di un atto-fonte<sup>64</sup>. Quanto poi alla possibilità di un'ulteriore distinzione tra un piano etico ed uno deontologico in senso stretto, per quanto altri contesti giuridici e linguistici

<sup>62</sup> L'art. 58 *bis* del D.L. n. 29 del 1993 (come modificato dal D.L. n. 546 del 1993) dispone, infatti, al comma III, che «per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un codice etico che viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Decorso inutilmente detto termine, il codice è adottato dall'organo di autogoverno».

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, § 4 e 5.

<sup>64</sup> Nella prospettiva qui accolta, ai doveri deontologici dei magistrati (individuati e sistematizzati nel codice etico) corrisponderebbe, dunque, una distinta ed autonoma forma di «responsabilità», di carattere appunto «deontologico», che si affiancherebbe alle diverse fattispecie di responsabilità tradizionalmente configurate in capo ai magistrati. Sulle differenti forme di responsabilità dei magistrati, cfr. V. VIGORITI, *La responsabilità del giudice*, Bologna, 1984; A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1995.

stici (quali quello anglosassone o quello francese) non praticino tale differenziazione, e per quanto anche nel contesto italiano si sia autorevolmente prospettato un uso promiscuo delle due espressioni<sup>65</sup>, può forse avere un'utilità "sistematica" individuare, quale *proprium* della deontologia rispetto all'etica, la sua idoneità a dar luogo a regole comunque giuridicamente obbligatorie (anche se sprovviste di sanzione<sup>66</sup>) e suscettibili di operare in via generale per tutti coloro che svolgano una certa professione<sup>67</sup>, anche a prescindere dalla varietà dei convincimenti etici individuali.

<sup>65</sup> R. GUASTINI, *L'etica del giudice nel diritto costituzionale vigente*, in *Etica e deontologia giudiziaria*, a cura di G. Visintini e S. Marotta, Vivarium, Napoli, 2003, 9 ss., ove si riconosce il valore prescrittivo come proprio delle norme etiche, anch'esse da ricondursi quindi al piano del diritto positivo vigente. Sempre nel senso di un'assimilazione delle regole deontologiche a quelle etiche, ma negando a entrambe natura giuridica, v. invece, A. PATRONO, *La riflessione dell'ANM sulla deontologia*, in *Deontologia giudiziaria. Il Codice etico alla prova dei primi dieci anni*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, Jovene, Napoli, 2006, 43 ss., ove ci si riferisce al Codice etico come a qualcosa che "in realtà non è giuridico, ma è morale, è etico, è professionale".

<sup>66</sup> O, meglio, di una sanzione predeterminata, essendosi configurati in dottrina diversi profili di "sanzionabilità" della violazione delle norme deontologiche: cfr., ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Il "codice etico" dei magistrati italiani*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., 61, che ritiene che la qualificazione in termini di immoralità di una determinata condotta operata dal codice etico, non possa non avere ripercussioni in sede di giudizio disciplinare; analogamente L. CHIEFFI, *Discrezionalità interpretativa e regole deontologiche*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., 38, che, pur sottolineando la natura essenzialmente extragiuridica dei precetti deontologici, ritiene che questi possano indicare dei canoni generali di imparzialità e correttezza, la cui violazione potrà tradursi in una *figure sintomatiche* o *indici rivelatori* di scorrettezza o parzialità rilevanti in sede di giudizio disciplinare. Altri autori indicano, inoltre, come possibile ambito entro il quale la violazione delle norme deontologiche può avere conseguenze giuridicamente rilevanti, quello dell'assegnazione di funzioni direttive (C. GUARNIERI, *Ancora su codici etici e responsabilità del magistrato*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., 185), o quello delle valutazioni di professionalità (G. SALMÈ, *La deontologia tra responsabilità disciplinare e dialogo con i cittadini*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., 254, ove si richiama, sul punto, l'esperienza francese).

<sup>67</sup> D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?) da recitare con cura*, in *Pol. Dir.*, 2004, 643. V. però, in senso contrario, A. PIZZORUSSO, *Il "codice etico" dei magistrati italiani*, cit., 57 ss. ove si afferma che "i codici di comportamento e i codici etici non contengono vere e proprie norme giuridiche, ma semplici regole morali", "enunciati a cui spetta un'efficacia meramente persuasiva, il cui grado di intensità non dipende peraltro tanto dall'autorità dello Stato del quale la legge che prevede la redazione dei codici etici esprime la volontà o, più particolarmente, dall'autorità dell'istituzione che ha redatto il codice o della persona che ne raccomanda l'osservanza, quanto dalla razionalità dell'indicazione che essi esprimono e dalla conseguente capacità di convincere coloro che ne sono i destinatari". L'autore, peraltro, pur partendo da una nozione restrittiva di norma giuridica, ammette d'altra parte che le regole deontologiche, pur

La formalizzazione di tali doveri deontologici da parte del legislatore<sup>68</sup> o dell'esecutivo<sup>69</sup> sarebbe, dunque, apparsa inammissibile e contraddittoria. Parimenti incongrua sarebbe del resto risultato lo svolgimento di tale compito, in via diretta, da parte del CSM (o dei corrispondenti organi di autogoverno delle magistrature non ordinarie): la tipizzazione dei doveri deontologici dei magistrati da parte dell'organo chiamato a svolgere le attività di repressione degli illeciti disciplinari nonché, in ragione dell'atipicità dell'illecito disciplinare per lungo tempo previsto dall'art. 18 del R. D. Lgt. n. 511 del 1946, a individuare, in via interpretativa (attraverso la giurisprudenza «pretoria» della Sezione disciplinare), le singole fattispecie disciplinarmente rilevanti, avrebbe comportato un'evidente interferenza e commistione tra profili disciplinari e deontologici di responsabilità<sup>70</sup>.

L'attribuzione alle associazioni di categoria del compito di individuare i doveri deontologici connessi con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali (con la previsione di un intervento solo eventuale e sussidiario del CSM) costituisce, dunque, un tratto fondamentale dell'intervento legislativo<sup>71</sup>.

Il coinvolgimento diretto dei magistrati, chiamati da un lato a definire le regole deontologiche attraverso le proprie organizzazioni di categoria, dall'altro ad aderire individualmente a tali regole, dovrebbe, inoltre, costituire un presupposto per la stessa effettività delle regole in questione, che, in quanto prive di una sanzione formale, in tanto si dimostreranno operative in quanto saranno condivise dagli appartenenti all'ordine giudiziario<sup>72</sup>.

non qualificabili come norme giuridiche, costituiscano comunque "diritto" in quanto risulterebbe impossibile "tenere ferma una distinzione rigida tra ciò che è diritto e ciò che non lo è sulla base, ad esempio, della distinzione tra «norme giuridiche» e «regole sociali». Un valore extragiuridico del codice etico è sostenuto anche da G. NATOLI, *La deontologia dei magistrati*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., ove si richiama anche la stessa *Premessa* al Codice, che recita "Si tratta di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari". Anche in questo caso, peraltro, l'accento pare posto su di un elemento ulteriore, quello dell'*efficacia* giuridica.

<sup>68</sup> Ossia del soggetto istituzionale abilitato a individuare le fattispecie comportamentali integranti forme di responsabilità disciplinare.

<sup>69</sup> Ossia del soggetto istituzionale alla supremazia gerarchica del quale i magistrati risultano sottratti.

<sup>70</sup> Sui legami tra responsabilità disciplinare e deontologica cfr. anche *infra*, § 7.

<sup>71</sup> In questo senso A. Rossi, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in *Quest. giust.*, 1993, 805 ss.

<sup>72</sup> Cfr. E. GUSTAPANE, *Etica pubblica*, cit., 48 s., ove si osserva che «I codici etici presuppongono, per la loro riuscita: a) una profonda coesione del gruppo professionale o ceto sociale al quale sono destinati, sostenuta dal consenso su alcuni comportamenti; b) la convinzione che la violazione delle norme in essi contenute meriti



Per quanto riguarda le reazioni all'adozione del codice, va segnalato come il nuovo strumento sia stato complessivamente accolto con scarso interesse, se non con perplessità, il che non è, sin dall'origine, apparso di buon auspicio per un futuro incisivo ruolo delle regole deontologiche in esso contenute<sup>73</sup>. La stessa ANM, pur considerando opportuna l'individuazione delle regole etiche connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali e pur decidendo, conseguentemente, di elaborare il codice etico, ha giudicato la norma che ne ha imposto l'adozione inopportuna e di dubbia costituzionalità, sia sotto il profilo di un asserito eccesso di delega, sia sotto quello della violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario<sup>74</sup>. Più recentemente, tuttavia, pare essere maturata anche in seno all'associazionismo giudiziario la percezione della complessiva opportunità di tale intervento<sup>75</sup>, il che parrebbe il necessario presupposto per un passaggio successivo, da maturare in seno alla stessa magistratura, volto a ammettere non solo un piano di adesione interiore e indivi-

sanzioni che, nei casi più gravi, possono giungere all'espulsione dal gruppo. A questi principi, piuttosto che a sanzioni giuridiche, si deve il successo dei codici etici adottati negli USA per i dipendenti pubblici e per quelli delle imprese private».

<sup>73</sup> Cfr. E. GUSTAPANE, *Etica pubblica*, cit., 49 s. Sotto tale profilo deve, inoltre, segnalarsi come l'adozione del codice etico sia avvenuta in forza di un previsione legislativa in tal senso, e non di un'autonoma iniziativa partita dall'interno della magistratura. Su tale, profilo, v. anche *infra*, nel testo. Tale originario elemento di eteronomia è, inoltre, intervenuto in un contesto di tensione e di conflitto in merito all'osservanza delle regole di condotta individuate dal codice, non di pacifica e generalizzata condivisione delle stesse: Cfr. G. GILARDI, *Organizzazione e deontologia della funzione giudiziaria*, in *Quest. Giust.*, 1996, 591. Vi è, inoltre, chi ha rilevato come la stessa nozione di «codice etico» costituisca una sorta di aporia semantica e sveli la pretesa di una positivizzazione dei canoni etici in antitesi con una visione laica dell'intervento normativo: cfr. R. MAGI, *Deontologia, processo, sistema. Riflessioni sul «codice etico» della magistratura*, in *Quest. Giust.*, 1994, 767. Evidenzia il valore positivo delle norme deontologiche, ma quali norme interiori più che positivizzate, V. MELE, *Codice etico per i magistrati: comportamenti e indipendenza*, in *Doc. Giust.*, 1997, 1246. In ordine, per contro, all'emersione di una ampiamente generalizzata tendenza alla positivizzazione delle regole deontologiche per gli appartenenti all'ordine giudiziario, v. *infra*, nel testo.

<sup>74</sup> Sul punto cfr. G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro It.*, 1996, III, 36.

<sup>75</sup> Cfr. A. PATRONO, *La riflessione dell'ANM sulla deontologia*, cit., 44 s., che ricorda le riserve espresse dall'ANM in occasione dell'adozione del Codice, riconosce come «dieci anni dopo, nessuno di noi si sognerebbe di manifestare alcuna perplessità sulla opportunità, sulla bontà non solo di questi principi, per quel che riguarda il loro contenuto concreto, ma della necessità di metterli per iscritto, come un manifesto morale da indirizzare a tutti i magistrati perché lo seguano e a tutti gli altri osservatori perché verifichino, sulla base di quello, se sia seguito o no da parte di coloro che sono obbligati a farlo. Questo è già un cambiamento di mentalità molto importante, è una spia del buon risultato che questo codice ha prodotto»

duale alle prescrizioni deontologiche, ma anche forme di (auto)controllo obiettivo sul rispetto di tali regole comportamentali. Anche l'assenza di procedure e organi specificamente destinati all'applicazione delle regole del codice ha infatti certamente concorso a limitare l'impatto del nuovo strumento e la stessa percezione della sua giuridicità. Seppure infatti la dimensione essenziale della deontologia, "la madre di tutte le deontologie", si possa riconoscere nel suo profilo individuale, quale "codice di rigore professionale personale"<sup>76</sup>, appare configurabile anche una dimensione collettiva e obiettivabile della deontologia, di cui il codice etico è essenziale espressione, rispetto alla quale appaiono parimenti configurabili (e auspicabili) forme di applicazione, certamente non eteronoma e non sanzionatoria, ma comunque basate su procedure altrettanto "obiettivate" di discussione e controllo. Sotto tale profilo appare condivisibile il rilievo secondo cui potrebbe risultare utile "l'istituzione di apposite sezioni di deontologia, presso ciascun ufficio giudiziario, composte da magistrati che in quell'ufficio operino e che si occupino anche di ricevere reclami o osservazioni da parte degli utenti della giustizia"<sup>77</sup>. Per quanto forse il percorso più lineare e coerente con la natura e gli obiettivi della deontologia giudiziaria dovrebbe condurre ad una autoorganizzazione in tal senso degli uffici giudiziari, e non all'imposizione di un modello in via legislativa.

<sup>76</sup> R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in *Deontologia giudiziaria*, cit., 88 s. L'autore propone, in particolare, un'articolata tipologia di accezioni della deontologia giudiziaria: accanto a tale dimensione individuale sarebbero, infatti configurabili una "deontologia giudiziaria in senso generale, quale risulta dalla prassi di comportamento diffusa, condivisa e ricorrente della generalità dei magistrati"; una "deontologia giudiziaria in senso corporativo (...) quale può essere considerato il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati"; una "deontologia giudiziaria in senso disciplinare o sanzionatorio, quale può considerarsi il massimario della giurisprudenza della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura; e infine una "deontologia giudiziaria in senso legislativo, risultante dalla tipizzazione dell'illecito disciplinare operata dalla riforma dell'ordinamento giudiziario n. 150 del 2005". L'autore, rispetto a tale tipologia, individua un "primato della deontologia quale manifestazione dell'autonomia del singolo magistrato, della magistratura e della magistratura organizzata rispetto all'intervento di fonti eteronome".

<sup>77</sup> D. BIFULCO, *Deontologia*, cit., 633 s. Sarebbe infatti auspicabile, in tale prospettiva, "pensare a soluzioni che riconducano le questioni di etica giudiziaria innanzitutto nei luoghi naturalmente preposti ad accoglierle, vale a dire i luoghi in cui la giustizia è praticata". Lo strumento prospettato avrebbe analogie con quello della *veille déontologique*, di natura consensuale e non sanzionatoria, proposta dalla *Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature* (nota come *Commission Canabes*), istituita in Francia nel 2003 (il documento completo è consultabile in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)).

Restando al dato fattuale della scarsa incidenza assunta dallo strumento del Codice etico, appare del resto condivisibile il rilievo secondo cui il contesto politico-istituzionale entro il quale la scelta di prevedere in via legislativa l'adozione di un codice deontologico per gli appartenenti all'ordine giudiziario, connotato dalle forti tensioni tra la sfera politica e l'autorità giudiziaria emerse nella stagione della così detta "Tangentopoli" e sino a oggi non più allentatesi, abbia fatto sì che l'intervento abbia assunto un "segno" affatto peculiare, che lo distingue da altre esperienze<sup>78</sup>. La tendenza alla formalizzazione di regole deontologiche per gli appartenenti all'ordine giudiziario risulta infatti un fenomeno ampiamente diffuso a livello comparatistico, connotato, pure entro un'ampia variabilità di modelli, da un tratto comune dato dalla tendenza a far corrispondere ad un ruolo sempre più incisivo dell'autorità giurisdizionale e della sua azione, più articolate forme di responsabilità. In questo senso "il ripensamento dei meccanismi che governano la responsabilità del giudice sarebbe funzionale (...) al rafforzamento della legittimità del potere giudiziario: di fronte all'espansione di quest'ultimo e ad un sistema legislativo e politico in crisi, la responsabilità sarebbe il principale *atout* su cui far leva per fronteggiare una situazione inedita innanzi tutto per i magistrati stessi", rafforzando la loro legittimazione<sup>79</sup>. Nel contesto ita-

<sup>78</sup> D. BIFULCO, *Deontologia*, cit., 624 s. E tale fase di criticità non risulta certamente superata, se, anzi, un problema attuale resta "la convivenza di un potere giudiziario indipendente all'interno di una democrazia che, negli ultimi anni, sembra sempre più spesso rivendicare la sua matrice «giacobina», in quella peculiare declinazione che è il dominio della maggioranza".

<sup>79</sup> D. BIFULCO, *Deontologia*, cit., 223 ss. L'Autrice descrive, a tale proposito, una diffusa tendenza in base alla quale "l'istanza deontologica, riferita alla professione giudiziaria, va affermandosi sia in Europa che al di fuori dei confini del vecchio continente, congiuntamente ad una tendenza verso la *codificazione* dei doveri connessi all'etica professionale del giudice". Sul tema v. anche L. ASCHETTINO e D. BIFULCO, *Introduzione*, in *Deontologia giudiziaria. Il codice etico*, cit., 1 ss.

Tale tendenza ha tra l'altro dato luogo, a livello europeo, all'adozione, nel 2002, della terza Opinione resa dal *Consultive council of european judges*, istituito presso il Consiglio d'Europa, relativa all'etica e responsabilità dei giudici (il testo completo può leggersi sul sito dell'istituzione: [http://www.coe.int/t/dgbl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dgbl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp)) ove si affermano, tra l'altro, al punto 49, i principi dell'autonomia della magistratura nella elaborazione delle regole deontologiche, dell'autonomia nella applicazione delle stesse (da parte di organi composti da appartenenti all'ordine giudiziario) e della necessaria distinzione tra regole deontologiche e sistema disciplinare. A livello internazionale può invece segnalarsi l'elaborazione dei "Principi di Bangalore sulla deontologia giudiziaria", adottati nel 2002 dal Comitato dei diritti dell'Uomo dell'ONU. Pur con tutti i limiti di tale abbozzo di codificazione (derivanti tra l'altro dalla difficoltà di elaborare principi comuni riferibili a tradizioni giuridiche e di organizzazione giudiziaria affatto eterogenee, nonché dal prevalere di un

liano, invece, tale processo di obiettivazione delle regole deontologiche, “lungi dall’essere l’espressione di un’esigenza di legittimazione della magistratura (che, anzi, in quegli anni sentiva la propria legittimazione crescere in maniera inversamente proporzionale a quella della classe dirigente)” è apparso, piuttosto, “il riflesso di un conflitto tra magistratura e potere politico”<sup>80</sup>, volto più che ad autoregolamentare l’azione dei magistrati, a (ri)affermare forme di responsabilità degli stessi verso la collettività<sup>81</sup>.

Passando a valutare il concreto tenore dei doveri deontologici delineati, occorre rilevare come, in relazione alla libertà di espressione dei magistrati ed al dovere di riservatezza degli stessi, il codice etico abbia introdotto, all’art. 6, articolate previsioni relative ai rapporti dei magistrati con la stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa. La disposizione, in particolare, prevede che: «Nei contatti con la Stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio. Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni conosciute per ragioni del suo ufficio e ritiene di dover fornire notizie sull’attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l’esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l’onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l’utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati. Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali ed agli altri mezzi di comunicazione di massa».

Soprattutto in relazione a tali previsioni si svilupperanno i delicati rapporti tra doveri deontologici e responsabilità disciplinare che saranno di seguito esaminati.

approccio “statunitense” al problema, caratterizzato da una declinazione prevalentemente disciplinare dei doveri deontologici), il passaggio è indice della crescente attenzione, a tutti i livelli, per le problematiche in esame: v. H. ÉPINEUSE, *De Bangalore à La Haye: vers un modèle international de déontologie des juges?*, in H. ÉPINEUSE e D. SALAS, *L’ethique du juge: une approche européenne et internationale*, Dalloz, Parigi, 2003, 23.

<sup>80</sup> D. BIFULCO, *Deontologia*, cit., 224 s. A giudizio dell’autrice, dunque, nel contesto italiano, “la codificazione della deontologia giudiziaria – così come (mal)intesa dal potere politico nel ’94, ma l’equivoco si ripropone anche ai giorni nostri – è stata quasi un’operazione di deresponsabilizzazione del giudice, volta (...) a sottrargli *tout court* incidenza politica”.

<sup>81</sup> F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, in *Quest. Giust.*, 2003, 1152 ss.

### 7. Responsabilità deontologica e responsabilità disciplinare: un delicato problema di rapporti tra fonti

Come già si è accennato, il rapporto tra regole deontologiche e doveri disciplinarmente rilevanti costituisce uno dei profili più delicati della problematica in esame. Sotto tale profilo appare ampiamente condivisibile l'orientamento volto a riconoscere l'opportunità del mantenimento di una distinzione, sia concettuale che pratica, tra il piano dei doveri deontologici e quello della responsabilità disciplinare<sup>82</sup>: nella prospettiva di un'articolazione degli strumenti di responsabilizzazione dell'azione della magistratura, solo la distinzione dei due piani consente, infatti, da un lato una graduazione degli strumenti di intervento, con la possibilità di distinguere il piano dell'inopportuno da quello dell'illecito, attivando comunque in entrambi i casi una forma di reazione. Inoltre solo una valorizzazione in senso autonomo del piano della deontologia consentirebbe di delineare una forma di "autocontrollo professionale" in senso proprio e di configurare gli interventi disciplinari esterni, di tipo sanzionatorio/repressivo, solo come un passaggio ulteriore ed eventuale, suscettibile di divenire, in una prospettiva di fisiologia del sistema, anche meramente residuale.

L'approccio normativo a tali problematiche riscontrabile nel contesto italiano non appare, tuttavia, orientato a tale prospettiva. Un primo fenomeno che, a tale proposito, occorre segnalare, è costituito dalla circostanza per cui i doveri comportamentali stabiliti dal codice etico predisposto dall'Associazione Nazionale Magistrati sono stati, già precedentemente alla tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari, puntualmente richiamati in deliberazioni del *plenum* del CSM.

In particolare, per quanto attiene al dovere di riservatezza individuato dall'art. 6 del codice etico, deve segnalarsi come la risoluzione del CSM del primo dicembre 1994 abbia non solo richiamato i magistrati al pieno rispetto dei «canoni deontologici» ed in particolare del dovere di riservatezza, ma abbia integralmente «incorporato» la disposizione in questione<sup>83</sup>. La risoluzione del 15 dicembre 1999 sem-

<sup>82</sup> D. BIFULCO, *Deontologia*, cit., 619, ove si osserva che è soprattutto alla tensione etica del magistrato che il controllo sul rispetto delle regole deontologiche deve restare affidato, mentre «la disciplina ha invece riguardo ad una serie di norme cordate da sanzioni che scattano solo in caso di violazioni macroscopiche della deontologia. Semplificando, potrebbe dirsi che la deontologia è costituita da norme di autocontrollo, la disciplina, invece, da norme «esogene», azionabili da soggetti altri dal magistrato stesso». In questo senso v. anche F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico*, cit., 1167.

<sup>83</sup> Nella deliberazione del *plenum* del CSM si afferma, infatti, che «Nella delicata fase attuale il dovere di ciascun magistrato di improntare la propria condotta

bra, per certi versi, spingersi anche oltre, prefigurando un possibile intervento da parte dello stesso CSM (o non forse, piuttosto, della sua sezione disciplinare?) volto a garantire, tra l'altro, il rispetto, da parte dei magistrati, dei «canoni deontologici»<sup>84</sup>.

Il rilievo di tali richiami si riconnette alla circostanza per cui la giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM è apparsa orientata a ritenere che l'inottemperanza, da parte di un magistrato, di una norma posta da una risoluzione, circolare o direttiva del CSM sia talora suscettibile di essere valutata in sede disciplinare quale mancanza ai doveri d'ufficio<sup>85</sup>. Il dovere deontologico di riservatezza, individuato dall'art. 6 del codice etico, recepito nell'ambito di risoluzioni del CSM (e recepito negli stessi termini in cui risulta formulato nel codice quale norma deontologica), è risultato il possibile presupposto per l'individuazione, da parte della Sezione disciplinare, di un corrispondente dovere disciplinarmente rilevante.

Occorre, inoltre, rilevare come allo stesso contenuto normativo dell'art. 6 del codice sia stato fatto riferimento nell'ambito del documento adottato dal Ministro di grazia e giustizia Flick il 26 settembre 1996, recante «criteri per l'esercizio dell'azione disciplinare in punto «esternazioni» dei magistrati»<sup>86</sup>. Nel documento ministeriale, premesse considerazioni in ordine alla necessità di un maggiore rispetto, da parte dei magistrati, del «canone di riservatezza»<sup>87</sup>, si richiama, in primo luogo, la deliberazione del CSM del primo dicem-

alla più ineccepibile osservanza dei canoni deontologici e delle regole di prudenza (da non confondere con la pavidità) si pone in modo particolarmente evidente. (...) In questo senso il Consiglio ritiene di dover richiamare tutti i magistrati all'esigenza di una scrupolosa osservanza del canone di riservatezza che i magistrati stessi si sono dati con l'articolo 6 del loro Codice etico, secondo cui "...», segue il testo integrale della norma richiamata.

<sup>84</sup> Nella deliberazione in oggetto, che contiene, peraltro, un espresso richiamo alla risoluzione del 1 dicembre 1994, si legge, infatti che «È compito del CSM garantire con pienezza – unitamente alla correttezza dei comportamenti dei magistrati, al rispetto delle procedure e alla piena osservanza dei canoni deontologici – le condizioni di autonomia e di indipendenza dell'intera magistratura».

<sup>85</sup> Cfr. M. DEVOTO, *Costituzione del giudice e consiglio superiore della magistratura*, in *Studi in onore di C. Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1978, 211 ss.; G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Cedam, Padova, 1990, 184 ss.

<sup>86</sup> Il documento è pubblicato in *Quest. Giust.*, 1996, 853.

<sup>87</sup> Nel documento si afferma, infatti, che «Negli ultimi mesi si è assistito con quasi quotidiana frequenza al ripetersi di dichiarazioni rese da magistrati alla stampa e ad altri mezzi di comunicazione (...).

Il canone di riservatezza e il dovere di correttezza istituzionale sono propri della funzione giurisdizionale. È ormai opinione comune che ogni loro violazione compromette l'immagine di imparzialità e indipendenza dell'ordine giudiziario (...).

bre 1994 con cui l'organo di autogoverno aveva invitato i magistrati ad un pieno rispetto del dovere di riservatezza<sup>88</sup>. Si rinvia, quindi, direttamente alla formulazione del dovere di riservatezza da parte dell'art. 6 del codice etico<sup>89</sup>, per giungere, infine, all'affermazione del principio per cui il dovere stesso, proprio in quanto recepito anche da parte dell'organo di autogoverno e da parte degli stessi magistrati, potrà costituire, a prescindere da uno specifico intervento legislativo in materia, un parametro e un presupposto per l'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Ministro<sup>90</sup>.

Ciò che può suscitare perplessità non è, naturalmente, al di là delle evidenti anomalie e contraddizioni sul piano del sistema delle fonti<sup>91</sup>, il fatto che il dovere di riservatezza individuabile in capo ai magistrati possa risultare rilevante tanto sul piano deontologico, quanto su quello disciplinare, ma piuttosto la circostanza per cui il dovere rilevante sul piano disciplinare possa risultare strutturato e formalizzato esattamente negli stessi termini di quello operante in ambito deontologico.

Si deve peraltro osservare come la giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M. non pare nella sostanza avere recepito tali anomale forme di "novazione" della fonte (o della *forma*) di responsabi-

<sup>88</sup> Individuato, peraltro, dal CSM, come si è segnalato, nei termini in cui risulta formulato nell'ambito del codice etico.

<sup>89</sup> «L'esigenza di un maggior riserbo è, inoltre, sentita proprio dagli stessi appartenenti all'Ordine giudiziario i quali nella redazione del loro codice etico, all'art. 6, hanno messo in evidenza che il magistrato deve ispirarsi a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni e notizie ai giornali e ad altri mezzi di comunicazione di massa».

<sup>90</sup> «Sin d'ora (...) – anche prima e indipendentemente da un compiuto quadro normativo sul tema – i principi e i profili dianzi evidenziati possono e devono costituire punto di riferimento per la valutazione e l'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Ministro. Essi, d'altronde, sono frutto di un'elaborazione che tiene conto delle indicazioni provenienti sia dal dibattito scientifico, sia dall'esperienza giudiziaria, sia dalle autorevoli prospettazioni del Consiglio superiore della magistratura e del procuratore generale, sia dalle indicazioni degli stessi appartenenti all'Ordine giudiziario cui ha già fatto cenno».

Una valutazione tra il sarcastico e l'allarmato, in merito al documento ministeriale, è espressa da L. PEPINO, *Il ministro Flick e la disciplina dei magistrati*, in *Quest. Giust.*, 1996, 852, per il quale «anche il prudente guardasigilli Flick ha ritenuto di emanare una sorta di *editto pretorio* (...) sui criteri per l'esercizio dell'azione disciplinare in punto «esternazioni» dei magistrati.

Il documento, dopo un giorno di «gloria» sui *media*, è stato archiviato nel disinteresse degli stessi magistrati, che sembrano non averne colto la portata e i pericoli».

<sup>91</sup> Sotto tale profilo basti ricordare come, nell'ambito del documento ministeriale, si affermi la necessità di un intervento legislativo in tema di tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati, per affermarne, contestualmente, la superfluità, nel caso del dovere di riservatezza, in ragione di fatti e circostanze cui non pare attribuibile uno specifico rilievo quali fonti primarie.



lità. Nella sentenza del 5 marzo 2004, specificamente relativa ad una fattispecie comportamentale connessa ad attività di manifestazione del pensiero da parte di un magistrato<sup>92</sup>, la Sezione ha ad esempio risolutamente negato, da un lato, l'idoneità delle segnalate risoluzioni del C.S.M. e circolari ministeriali a fondare doveri comportamentali autonomamente rilevanti sotto il profilo disciplinare<sup>93</sup>, dall'altro l'automatica configurabilità di un illecito disciplinare nell'ipotesi di violazione di una regola di condotta individuata dal Codice etico, tenendo dunque concettualmente distinti i piani connessi alle due diverse tipologie di doveri<sup>94</sup>.

Deve, peraltro, segnalarsi come, sin dal momento dell'adozione del Codice etico, apparisse chiaro il rischio che le previsioni dello stesso

<sup>92</sup> Con tale decisione è stata disposta l'assoluzione di A. Sansa, consigliere di Corte d'Appello nonché ex sindaco di Genova dalle incolpazioni contestate attraverso l'azione disciplinare promossa dal Ministro della Giustizia e relative a alcune espressioni fortemente critiche rispetto all'operato del governo, in particolare nel campo della politica giudiziaria, formulate dal Magistrato in interviste apparse su diversi quotidiani.

<sup>93</sup> A fronte di un richiamo contenuto nel capo di incolpazione alle segnalate delibere del C.S.M. quale parametro rilevante sul piano disciplinare, la Sezione afferma che "in relazione alle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate lo spazio che gli interventi di natura amministrativa possono occupare è molto ristretto perché, come è stato già osservato da questa sezione (sent. 10 giugno 1991, in proc. n. 35), «le circolari e risoluzioni del Csm non possono essere di per sé produttive di limitazioni di diritti costituzionali, quali la libertà di manifestazione del pensiero». A maggior ragione l'affermazione vale rispetto ad atti del Ministro della giustizia, come ad esempio la nota circolare 20 settembre 1996, sulle dichiarazioni pubbliche dei magistrati, la cui violazione, invece, è stata in alcune fattispecie (non in quella di cui si tratta) contestata come illecito disciplinare. Gli atti amministrativi di cui si tratta sono quindi legittimi nei soli limiti in cui siano ricognitivi di principi che già costituiscono diritto vivente, perché affermati nella giurisprudenza costituzionale, della corte di cassazione o della sezione disciplinare, non potendo mai costituire fonte autonoma di recetti limitativi di libertà costituzionalmente garantite". La decisione non si sottrae alla valutazione della circostanza per cui talora le segnalate risoluzioni del C.S.M. relative alla manifestazione del pensiero dei magistrati risultano richiamate nell'ambito di sentenze rese dalla Sezione disciplinare, osservando, però come "l'effettiva portata del richiamo alle risoluzioni del Csm contenuta in alcune sentenze disciplinari, in realtà, è di natura meramente argomentativa, nel senso che tale richiamo è utilizzato solo per confermare indirettamente le conclusioni raggiunte in via diretta nell'individuazione del punto di bilanciamento tra i diversi valori costituzionali in gioco (diritto di libera manifestazione del pensiero, da un lato, e tutela dell'indipendenza, dell'imparzialità e della credibilità della funzione giudiziaria, dall'altro)".

<sup>94</sup> Nella sentenza si osserva infatti che "a conclusioni analoghe si deve pervenire per quanto riguarda la rilevanza, ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare, del «codice etico», la cui violazione nel capo d'incolpazione è configurata come fonte di responsabilità disciplinare. Infatti, il precetto «eticoprofessionale» e il precetto giuridico sono ontologicamente diversi per funzione e natura e pertanto, anche quando il piano «etico» e quello giuridico-disciplinare si intersecano, non sussiste necessaria coincidenza tra i due tipi di norme.

potessero indurre ad una tipizzazione di comportamenti che avrebbero potuto costituire, larvamente e indirettamente, un parametro nell'ambito dei giudizi disciplinari<sup>95</sup>.

8. *Gli orientamenti interpretativi ricavabili dalla giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM nella fase antecedente la tipizzazione degli illeciti disciplinari*

In tale contesto normativo e istituzionale, e data la natura accessoria e “ancillare” che è stata (per quanto inopportuno) riconosciuta al piano della deontologia professionale in senso stretto, il nucleo dei doveri comportamentali gravanti sugli appartenenti all'ordine giudiziario, tanto in generale quanto, per quello che in questa sede più direttamente rileva, in ordine alle attività di manifestazione del pensiero, è rimasto dunque incentrato sul piano della responsabilità disciplinare e dei suoi strumenti. Nella lunga fase di vigenza di una disciplina legislativa delineante, come più volte ricordato, una fattispecie aperta di illecito disciplinare, un ruolo centrale è stato naturalmente assunto, nella definizione dei singoli doveri comportamentali dei magistrati e nelle delicate operazioni di bilanciamento tra principi potenzialmente confliggenti, dalla giurisprudenza “pretoria” della sezione disciplinare del CSM. Analisi di tale giurisprudenza, per quanto specificamente attiene agli orientamenti espressi in ordine ad attività riconducibili a manifestazioni del pensiero da parte degli appartenenti all'ordine giudiziario, sono state elaborate in anni recenti e ad esse di rinvia per una più analitica disamina di tali decisioni<sup>96</sup>. In questa sede

<sup>95</sup> Cfr. A. ROSSI, *Prime riflessioni sul Codice etico della Magistratura*, in *Quest. Giust.* 1993, 808, ove si rileva che “il codice etico non è un codice disciplinare e soprattutto non vi è univoca corrispondenza fra le norme di etica professionale da esso dettate e le scarse statuizioni normative in tema di infrazioni disciplinari (...). Ma anche quando i due piani – dell'etica professionale e della normativa disciplinare – si intersecano, resta la differenza profonda tra la norma sociale e la norma giuridica”; L. DE RUGGIERO e G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Quest. Giust.*, 1994, 18.

Può, inoltre rilevarsi come la preoccupazione di un possibile futuro rilievo disciplinare delle norme deontologiche, unitamente, peraltro, alla volontà di prevenire dalle eventualità, traspaja dalla formulazione del codice etico dei magistrati del Consiglio di Stato, nel cui preambolo si legge che «Il codice non ha efficacia sul piano delle fonti normative pubbliche. La sua forza risiede soltanto nella spontanea adesione di ciascuno degli appartenenti alla categoria alle regole in esso contenute. La violazione delle regole non comporta l'applicazione di sanzioni».

<sup>96</sup> Cfr., in primo luogo, il recente e documentato S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit.; R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit.

si può peraltro formulare qualche considerazione di carattere complessivo in ordine ad alcune linee di tendenza che emergono da un esame di tale giurisprudenza.

Può essere, in primo luogo, utile una classificazione di massima delle diverse tipologie di manifestazioni del pensiero prese in considerazione nel tempo dalla giurisprudenza disciplinare: e potenzialmente integranti l'illecito disciplinare.

In tale prospettiva, si possono in primo luogo distinguere le ipotesi in cui sia ravvisabile un legame necessario tra l'attività di manifestazione del pensiero e l'attività professionale del magistrato, riconducibili ad una nozione di "esternazioni funzionali", e le ipotesi in cui l'opinione o la notizia avrebbe potuto astrattamente essere diffusa indipendentemente dallo status di magistrato del soggetto, riconducibili ad una nozione di "esternazioni extrafunzionali".

A) Per quanto riguarda le esternazioni funzionali, queste possono, a loro volta, distinguersi in due categorie: A1) le esternazioni sostanzialmente funzionali, nelle quali cioè il contenuto sostanziale dell'esternazione è stato acquisito dal magistrato in ragione della propria attività professionale o ha ad oggetto casi comunque in corso di trattazione da parte dello stesso: tale ipotesi ricomprende le ipotesi di violazione del segreto istruttorio, ma si estende alle ipotesi violazione di un più ampio dovere di riservatezza in ordine alle proprie attività di ufficio; A2) le esternazioni formalmente funzionali, nelle quali l'opinione o l'informazione è diffusa attraverso un atto tipico di esercizio della funzione di magistrato: l'ipotesi è quella dell'inserimento di opinioni o valutazioni personali entro sentenze, o attraverso altri atti tipici delle funzioni di magistrato, che risultino estranee al merito della decisione e alla sua motivazione, ovvero di esternazioni rese in corso di udienza.

B) Per quanto riguarda le esternazioni extrafunzionali, queste possono distinguersi in tre categorie: B1) le esternazioni di critica giudiziaria, aventi ad oggetto l'attività di altri magistrati o lo svolgimento di processi nei quali il magistrato non sia comunque coinvolto; B2) le esternazioni relative alla politica giudiziaria; B3) le esternazioni extragiudiziarie.

Può complessivamente osservarsi, al di là dell'affermazione del principio del necessario accertamento di un elemento oggettivo (il fatto che l'opinione o informazione sia stata effettivamente divulgata) e di un elemento soggettivo (la volontarietà, dolosa o colposa, della divulgazione illegittima dell'opinione o della notizia) comunque necessari per integrare l'illecito disciplinare, come una maggiore severità negli orientamenti della Sezione disciplinare sia rinvenibile in relazione alle esternazioni funzionali, nelle loro diverse tipologie (è stato

del ad esempio osservato come la giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM denoti una certo rigore essenzialmente in relazione a manifestazioni del pensiero che possano configurare anticipazioni di giudizio<sup>97</sup>), mentre più raramente risultano sanzionate esternazioni extrafunzionali (soprattutto a partire dagli anni '70 risultano valutate con minore rigore le esternazioni di "critica giudiziaria", rivolte all'operato di altri magistrati, anche ad opera di magistrati organizzati in associazioni<sup>98</sup>), ed in particolare esternazioni extragiudiziarie (anche in questo caso, soprattutto nella giurisprudenza più recente pare consolidarsi un orientamento secondo cui per tali tipologie di esternazioni "politiche" non valgono per i magistrati limiti ulteriori rispetto a quelli operanti per la generalità dei consociati<sup>99</sup>). Un altro profilo che merita di essere segnalato, per le implicazioni sull'accezione del dovere di riservatezza e sui suoi rapporti con la tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, è l'orientamento tendente a ritenere non sanzionabili (o per lo meno sanzionabili in modo più lieve) esternazioni da parte di magistrati, pur in sé integranti l'illecito disciplinare, se poste in essere in risposta e reazione ad attacchi denigratori subiti da soggetti terzi<sup>100</sup>. La strada della ammissibilità di una sorta

<sup>97</sup> D. CAVALLINI, *La libertà di parola del magistrato a confronto con i nuovi illeciti disciplinari*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 555.

<sup>98</sup> Al riguardo sono state espresse perplessità in dottrina: v., ad esempio, R. RICCIOTTI, *Diritto di critica giudiziaria e gruppi organizzati di magistrati*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di R. Ricciotti e G. Mariucci, Cedam, Padova, 1998, 172 ss.

<sup>99</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza Sez. Disc. 5 marzo 2004, n. 20/2004. Perplessità su tale orientamento sono espresse nelle segnalate analisi della giurisprudenza disciplinare in materia, sul presupposto che "più si preserva, con rigore, l'opinione di ogni consociato secondo cui la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati imparziali, più cresce la presunzione di giustizia che accompagna l'adozione di ogni singolo provvedimento in cui si estrinseca tale funzione" (così R. PINARDI, *La libertà di manifestazione*, cit., 342 s.), sicché si può ritenere (S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 191 s.) che "il bilanciamento operato dalla sezione disciplinare è profondamente viziato, nella misura in cui – si passi il bisticcio di parole – appare del tutto sbilanciato a favore del diritto di cui all'art. 21 Cost. Senza tener sufficientemente conto che il magistrato, in ogni occasione, deve non solo essere ma apparire «al di sopra delle contese delle quali si alimenta la vita sociale quotidiana» (citazione dalla sentenza Sez. Disc. 20 maggio 1983, n. 8/1983).

<sup>100</sup> Si vedano, ad esempio le sentenze Sez. Disc. 25 febbraio 2000, n. 20/2000 e Cass. Civ. 18 gennaio 2001, ove il diritto di utilizzare espressioni anche veementi e polemiche per rispondere a critiche rivolte al proprio operato, è reputato espressione di un "riconosciuto diritto-dovere del magistrato, di informare l'opinione pubblica e difendere l'operato dell'ufficio e suo personale contro gravissime e reiterate denigrazioni e falsificazioni". Rispetto a tale orientamento, cfr., in senso sostanzialmente adesivo, L. PEPINO, *Il caso Davigo e il "dovere di riserbo" dei magistrati*, in *Quest. Giust.*, 2001, 380, ove si afferma che reagire a critiche calunniose circa l'operato del proprio ufficio rappresenta, per il magistrato "un dovere prima ancora che un di-

di “autotutela polemica” non pare in effetti priva di rischi nella pur condivisibile ricerca di strumenti di tutela dei magistrati e della magistratura da accuse che ne mettano in discussione l'imparzialità, potendo invece alimentare una spirale di reciproche delegittimazioni<sup>101</sup>.

Oltre alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza pretoria della sezione disciplinare del CSM, occorre ricordare come anche il plenum di quest'ultimo abbia a più riprese adottato atti di indirizzo “atipici” volti a dare indicazioni ai magistrati circa i limiti alle proprie esternazioni. Al di là del merito di tali atti consiliari atipici<sup>102</sup>, è stato da taluno sottolineata l'inopportunità di tali interventi paranormativi<sup>103</sup>, pur avallati nelle loro legittimità anche dalla Corte di Cassazione<sup>104</sup>.

### 9. *La tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari e le sue ripercussioni sui rapporti con la responsabilità deontologica: gli incerti confini tra “illecito” e “inopportuno”*

La questione della tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati ha costituito un tema lungamente dibattuto e, se nelle due legislature successive all'adozione del Codice etico la questione, pur restando all'ordine del giorno del dibattito politico e dei lavori parla-

*rito*” in tale contesto non potendosi censurare una certa enfasi dialettica, purché non trascenda in espressioni ingiuriose. Esprime invece perplessità rispetto a tale conclusione S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., ove si sottolinea come, pur essendo deprecabile la diffusa prassi di attaccare e screditare l'azione della magistratura, anche da parte di titolari di alte cariche istituzionali, la legittimazione di un generalizzato “diritto di replica” da parte dei magistrati oggetto di critica non costituirebbe la soluzione adeguata.

<sup>101</sup> Sul punto v anche *infra*, § 9.

<sup>102</sup> Per un'analisi del contenuto di tali atti paranormativi, S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 78 ss.

<sup>103</sup> A. PIZZORUSSO, *Dichiarazioni alla stampa e alla televisione da parte di magistrati*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, 467 ss., ove si osserva, in ordine alla prima risoluzione consigliare in materia, la Circolare n. 6910/4 del 22 aprile 1966, come “se la risoluzione del Consiglio superiore va vista esclusivamente come un atto di interpretazione del diritto vigente, ne deriva che il contenuto di essa vincola i destinatari della circolare soltanto nella misura in cui appaia conforme alle fonti che essa interpreta; posto infatti che il Consiglio non dispone di poteri normativi relativi alla materia in oggetto, le sue interpretazioni non avranno carattere «autentico» bensì solo «autorevole»”; S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 77 ss.

<sup>104</sup> Cfr., ad esempio, Cass. Civ. Sez. Uni., 20 novembre 1998, n. 11732, in *Foro It.*, 1999, I, 871, ove si afferma che spetta alla Sezione disciplinare interpretare la fattispecie disciplinare legislativamente definita coordinandola non solo con le altre fonti del diritto statale, ma anche “con le fonti di diritto interne all'ordinamento della magistratura e di livello infralegislativo, quali il codice etico, le fonti c.d. paranormative dello stesso Consiglio superiore della Magistratura”.

mentari<sup>105</sup>, non portò ad un immediato mutamento della disciplina legislativa dettata all'art. 18 del R.D.L. 511 del 1946, ad una tipizzazione delle fattispecie comportamentali disciplinarmente rilevanti si è giunti nell'ambito della complessiva riforma dell'Ordinamento giudiziario avviata con la Legge di Delega del 25 luglio 2005, n. 150 (a sua volta frutto come noto di un contrastato e travagliato iter di approvazione). I criteri direttivi indicati in tale delega in ordine alla tipizzazione delle ipotesi di illecito disciplinare risultano estremamente articolati e puntuali, (sicché alquanto ristretto è risultato il margine di discrezionalità lasciato al Governo nella formulazione dei decreti delegati). Per quanto più specificamente attiene all'individuazione di fattispecie comportamentali connesse con attività di manifestazione del pensiero da parte di magistrati, può segnalarsi la previsione, in primo luogo, di un generale obbligo di "riserbo ed equilibrio" nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>106</sup>. La successiva individuazione delle singole fattispecie comportamentali disciplinarmente rilevanti risulta articolata in tre categorie di illeciti disciplinari: gli illeciti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, quelli compiuti al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, e quelli conseguenti a reato. Nell'ambito della prima categoria devono segnalarsi tanto la previsione relativa al divieto di divulgazione di notizie coperte dal segreto d'ufficio e all'obbligo di riservatezza in ordine ai procedimenti trattati dal magistrato e ai soggetti in essi coinvolti<sup>107</sup> quanto quella che impone, nei rapporti con i mezzi di informazione, un obbligo di equilibrio e di misura, nonché un divieto di sollecitare la pubblicità di notizie connesse alla propria attività<sup>108</sup>. Tra i comportamenti disciplinarmente rilevanti che possono

<sup>105</sup> Cfr. U. NANNUCCI, *La tipicità dell'illecito disciplinare, un mito da rivedere. Osservazioni sulla deontologia professionale dei magistrati, alla luce della giurisprudenza della sezione disciplinare*, in *Doc. Giust.*, 1996, 1670 ss.; W. DE NUNZIO, *Libertà di manifestazione del pensiero e deontologia professionale del magistrato*, in *Doc. Giust.*, 1998, 1980.

<sup>106</sup> La Legge n. 150 del 2005, prevede infatti, all'art 2, comma 6, b) 1, che il governo, nell'esercizio della delega, debba prevedere che " il magistrato debba esercitare le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio".

<sup>107</sup> L'art 2, comma 6, c) 5, della Legge 150 prevede infatti che debbano essere configurati come illeciti disciplinari "i comportamenti che determinano la divulgazione di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere diritti altrui; pubbliche dichiarazioni o interviste che, sotto qualsiasi profilo, riguardano i soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione e che non siano stati definiti con sentenza passata in giudicato".

<sup>108</sup> L'art 2, comma 6, c) 5, della Legge 150 dispone che costituiscono illeciti disciplinari "il tenere rapporti in relazione all'attività del proprio ufficio con gli organi

essere compiuti dal magistrato al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, sono invece individuati la manifestazione di opinioni relative a procedimenti in corso e idonee e influenzarne l'esito<sup>109</sup>, la partecipazione all'attività di partiti politici<sup>110</sup>, nonché, attraverso una norma di chiusura a struttura alquanto aperta, "ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza"<sup>111</sup>. Tali previsioni risultano recepite in modo spesso letterale nell'ambito dei Decreti legislativi adottati dal Governo, in particolare attraverso le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 del D.Lgs. n. 109 del 2006 (poi corretti in più punti ad opera della legge n. 269 del 2006) relativi rispettivamente agli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni<sup>112</sup> e agli illeciti disciplinari

di informazione al di fuori delle modalità previste al comma 4, lettera *f*); il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati; il rilasciare dichiarazioni e interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura". Il richiamato comma 4, lettera *f*), relativo alla riorganizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero, dispone che nell'esercizio della delega il Governo debba "prevedere che il procuratore della Repubblica tenga personalmente, o tramite magistrato appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione e che tutte le informazioni sulle attività dell'ufficio vengano attribuite impersonalmente allo stesso; prevedere che il procuratore della Repubblica segnali obbligatoriamente al consiglio giudiziario, ai fini di quanto previsto al comma 3, lettera *r*), numero 3), i comportamenti dei magistrati del proprio ufficio che siano in contrasto con la disposizione di cui sopra".

<sup>109</sup> L'art 2, comma 6, *d*) 6, della Legge 150 dispone il rilievo disciplinare della "pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo".

<sup>110</sup> L'art 2, comma 6, *d*) 8, della Legge 150 prevede siano configurati come illecito disciplinare "l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato".

<sup>111</sup> Art. 2, comma 6, *d*) 9, della Legge 150.

<sup>112</sup> L'art 2 del D.Lgs. n. 109 del 2006 dispone infatti che (in grassetto le modifiche apportate dalle leggi n. 269 del 2006 e n. 111 del 2007, in corsivo le disposizioni relative ad attività riconducibili a forme di manifestazione del pensiero): "Costituiscono illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni:

*a*) fatto salvo quanto previsto dalle lettere *b*) e *c*), i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti;

*b*) l'omissione della comunicazione, al Consiglio superiore della magistratura, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, come modificati dall'articolo 29 del presente decreto;

*c*) la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge;



d) i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori;

e) l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato;

f) l'omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze;

g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile;

h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;

i) il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria.

[abrogato];

l) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;

m) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;

n) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti;

o) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;

p) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità;

q) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto;

r) il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio;

s) per il dirigente dell'ufficio o il presidente di una sezione o il presidente di un collegio, l'omettere di assegnarsi affari e di redigere i relativi provvedimenti;

t) l'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente;

u) *la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui;*

v) *pubbliche dichiarazioni o interviste che, sotto qualsiasi profilo, riguardino i soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria* [sostituito con: **pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106**];

z) il tenere rapporti in relazione all'attività del proprio ufficio con gli organi di informazione al di fuori delle modalità previste dal decreto legislativo emanato in attuazione della delega di cui agli articoli 1, comma 1, lettera d) e 2, comma 4, della legge 25 luglio 2005, n. 150 [abrogato]

aa) il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati;

fuori dall'esercizio delle funzioni<sup>113</sup>. Ed in effetti è proprio in relazione

bb) il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura [abrogato]

cc) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;

dd) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio;

ee) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio ovvero da parte del magistrato cui compete il potere di sorveglianza, della comunicazione al Consiglio superiore della magistratura della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità previste dagli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come da ultimo modificati dall'articolo 29 del presente decreto, ovvero delle situazioni che possono dare luogo all'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 2 e 3 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, come modificati dagli articoli 26, comma 1 e 27 del presente decreto;

ff) l'adozione di provvedimenti al di fuori di ogni previsione processuale ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza ovvero di atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali **[sostituito con: l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza];**

gg) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile”.

<sup>113</sup> L'art 2 del D.Lgs. n. 109 del 2006 dispone infatti che (in corsivo le disposizioni relative ad attività riconducibili a forme di manifestazione del pensiero): “Costituiscono illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni:

a) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri;

b) il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone;

c) l'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura;

d) lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria di cui all'articolo 16, comma 1, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, o di attività tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'articolo 1;

e) l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti;

a diverse previsioni disciplinari idonee a incidere in termini significativi sulla libertà di espressione dei magistrati che possono ravvisarsi alcune delle più incisive correzioni apportate al testo del decreto 109 ad opera della legge 269. Così è, ad esempio, per l'abrogazione del divieto di tenere rapporti in relazione all'attività del proprio ufficio con gli organi di informazione (al di fuori delle modalità previste da norme da dettarsi con decreto legislativo), del divieto di rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura, del divieto di manifestare consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, ciò sia idoneo a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo. Così è, inoltre, per la riformulazione delle disposizioni relative alle pubbliche dichiarazioni o interviste rese dal magistrato che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti (ora vietate solo se dirette a ledere indebitamente diritti altrui o se contravvengano all'obbligo di impersonalità delle informazioni rese dalla Procure circa la propria attività<sup>114</sup>), nonché della disposizione re-

f) la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo **[abrogato]**

g) la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie;

h) l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato **[sostituito con: l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato];**

i) l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è idoneo a turbare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste **[sostituito con: l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste];**

l) ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza **[abrogato]**".

<sup>114</sup> A tale proposito, perplessità sono state espresse per il fatto che la disposizione riformulata, se appare idonea a ricomprendere le ipotesi di dichiarazioni suscettibili di recare danno alla onorabilità o alla dignità dell'indagato, comporta tuttavia una restrizione del campo del disciplinarmente illecito, poiché non appare applicabile alle fattispecie di dichiarazioni che possano compromettere "non un diritto altrui, ma le attività processuali in corso o future, come l'efficacia delle indagini preliminari o l'imparzialità della decisione": così D. CAVALLINI, *La libertà di parola*, cit., 564 s. Cfr. anche Id., 546 ss. ove si ripercorre la vicenda disciplinare definita

lativa ai rapporti con i partiti politici: restando vietata l'iscrizione formale, la partecipazione alle attività dei partiti politici è ora vietata solo se svolta in forma sistematica e continuativa, mentre è venuto meno il controverso riferimento al "coinvolgimento nelle attività di centri politici"<sup>115</sup>. Quest'ultima previsione, in particolare, per il suo essere svincolata da parametri comportamentali facilmente obiettivabili, sarebbe forse stata suscettibile di ricondurre entro l'ambito dell'illecito disciplinare anche un ampio novero di attività latamente "politiche" quali, ad esempio, la pubblicazione di articoli su quotidiani o riviste riconducibili a "centri politici", o l'adesione a petizioni o appelli promossi da associazioni a cui fosse ascrivibile una "matrice politica", che nella giurisprudenza della sezione disciplinare risultano invece valutate come non illecite<sup>116</sup>. Controversa è, peraltro, in dottrina, la legittimità di limitazioni incisive alla possibilità per i magistrati di svolgere attività politica, che vadano al di là del divieto di iscrizione in senso stretto ai partiti politici, che trova la sua legittimazione nell'art. 98 cost.<sup>117</sup>: a

con le decisioni n. 51 del 1997 della Sezione disciplinare e, a seguito di cassazione della stessa ad opera della sentenza Cass. Sez. Un. n. 11732 del 9 luglio 2008, con la decisione Sez. Disc. del 26 novembre 1999. Il caso era quello di un magistrato che, nel corso di un'intervista radiofonica, aveva anticipato e diffuso il contenuto di dichiarazioni a lui rese da persona sottoposta a custodia cautelare, generando interferenze anche su altro procedimento in corso. In prima istanza la Sezione disciplinare aveva ravvisato l'integrazione dell'illecito disciplinare e, per quanto la Cassazione abbia successivamente annullato tale decisione, valutando non sufficientemente provato il pericolo ravvisato (da accertarsi dunque in concreto e non solo da enunciarsi), anche la Suprema Corte ha affermato il principio per cui la condotta di un magistrato il quale rivela fatti conosciuti a causa del suo ufficio, anche non coperti da segreto, può costituire illecito disciplinare se idonea a provocare un rischio di interferenza o pregiudizio alle indagini, anche in assenza, dunque, di lesione di un diritto altrui.

<sup>115</sup> Per i riferimenti testuali puntuali, si veda alle due note precedenti.

<sup>116</sup> Si veda, ad esempio la sentenza Sez. Disc. 2 aprile 2004 (proc. n. 16/2004), con cui si è ricondotta ad un lecito esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero la sottoscrizione da parte di alcuni magistrati di un "appello al voto" promosso in occasione delle elezioni politiche del 2001 dal Partito della Rifondazione Comunista. Può ricordarsi come nel promuovere l'azione disciplinare l'allora ministro della giustizia Castelli avesse ritenuto che la compromissione del prestigio dell'ordine giudiziario imputata ai magistrati fosse conseguente non solo all'aver palesato un proprio orientamento politico, ma più specificamente all'aver violato un dovere di "correttezza nei confronti del governo in carica" facendosi portatori di una "critica di esclusiva valenza politica al governo in carica". Al di là della valutazione di merito condotta dalla sezione disciplinare, se la compromissione dell'onore dell'ordine giudiziario deve porsi in relazione con una possibile perdita della percezione di imparzialità del magistrato, pare davvero irrilevante che l'attività "politicalmente connotata" si ponga in contrasto con gli orientamenti del governo in carica, e non piuttosto (in ipotesi) in adesione rispetto agli stessi.

<sup>117</sup> Per un'interpretazione rigorosa e non estensiva di tale disposizione costitu-

tale proposito, pare preferibile aderire ad una interpretazione rigorosa e restrittiva dell'art. 98 cost. che, come tutte le disposizioni che prevedono limitazioni a diritti costituzionalmente garantiti, dovrebbe essere insuscettibile di estensioni analogiche (nel caso in oggetto incidenti, oltre che sul diritto di libera manifestazione del pensiero, anche sui diritti di associazione e di riunione)<sup>118</sup>. La previsione legisla-

zionale, v. G. BORRÈ, *Art. 98, III c.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1994, 460; R. PINARDI, *La libertà di manifestazione*, cit., 325 ss.; I. NICOTRA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quad. Cost.*, 2004, 131 s. Per un'interpretazione estensiva della disposizione sul divieto di iscrizione ai partiti, tale da legittimare restrizioni anche ad altre forme di attività politica, S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 64 ss.; F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati in parlamento*, in *Giur. it.*, 1985, 27 ss. Può peraltro ricordarsi come nei primissimi anni successivi alla caduta del regime fascista, fossero maturati anche orientamenti di politica del diritto di segno opposto, volti a valorizzare, invece, l'aperta partecipazione dei magistrati alla vita sociale e politica del paese: cfr, ad esempio, la circolare n. 285 del 1944 del Ministro della Giustizia Arangiuo Ruiz (confermata l'anno successivo dal nuovo guardasigilli Togliatti) ove, nell'abrogare il previgente divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti all'ordine giudiziario, si affermava che sarebbe stato un "privilegio odioso" impedire ai magistrati l'esercizio del dovere civico della partecipazione alla vita politica e ciò anche a motivo del fatto che "se moventi diversi da quello del compimento del dovere dovessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti perché, dentro e fuori di questi, il giudice non potrebbe avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto più nascoste". Nello stesso senso, più recentemente, v. ad esempio S. BELTRANI, *Come (ri)cambia l'illecito disciplinare*, in *Quest. Giust.*, 2006, 92, ove si afferma che "considerato che nulla può impedire a un essere umano di avere simpatie o comunque idee politiche, sarebbe senz'altro preferibile consentire ai magistrati di partecipare alla vita politica del Paese liberamente, alla luce del sole, onde poterne trarre, in caso di necessità, le eventuali conseguenze (dovere di astensione o facoltà di recusazione)". Analogamente E. TIRA, *Libertà di espressione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, ove si afferma che "la circostanza che il personale «credo» del magistrato sia conoscibile da parte della generalità degli utenti non aggiunge e non toglie nulla alla sua attività, che deve essere valutata esclusivamente sulla base delle ragioni e delle motivazioni che egli pone di volta in volta a fondamento dei propri provvedimenti; anzi, essa rappresenta forse una garanzia ulteriore per i cittadini, essendo la pubblicità da sempre fattore di trasparenza e di democrazia".

Deve peraltro segnalarsi come la maggioranza degli appartenenti alla magistratura non abbia, nei primissimi anni successivi alla fine dell'ordinamento fascista, accolto con favore il segnalato mutamento di prospettiva e come anzi, in un referendum indetto nel 1946 dall'Associazione Nazionale Magistrati tra i propri aderenti, sia risultato largamente prevalente l'orientamento favorevole all'introduzione, in costituzione, di un divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti all'ordine giudiziario. Sul punto v. S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in *Quad. Giust.*, 1986, 7.

<sup>118</sup> Nel senso dell'opportunità di una interpretazione rigorosa e (quindi) restrittiva della previsione costituzionale, v., recentemente, E. TIRA, *Libertà di espressione*,

tiva in commento è stata, come noto, oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Sezione disciplinare del CSM e risolta con la sentenza della Corte costituzionale n. 224 del 2009. In tale pronuncia, che ha dichiarato infondata la questione sollevata, la Corte pare aderire ad un'interpretazione estensiva dei doveri comportamentali di riservatezza e imparzialità gravanti sugli appartenenti all'ordine giudiziario, sul presupposto che “nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica”: ciò legittimerebbe sia l'assolutezza del divieto introdotto dal legislatore pur in presenza di un dato letterale della disposizione costituzionale che si riferisce a “limitazioni” al diritto di iscrizione, sia la previsione di limiti relativi ad altre forme di attività politica quali quelli previsti dalla legislazione del 2006<sup>119</sup>.

Se tuttavia, appare condivisibile la legittimità costituzionale di un divieto di iscrizione ai partiti politici legislativamente imposto, il fondamento di limiti all'attività politica dei magistrati ulteriori rispetto a

cit. L'autrice, in particolare, ritiene che, dato il tenore letterale della disposizione, e dato che a tale formulazione si giunse, in assemblea costituente, dopo aver scartato formulazioni che avrebbero previsto un radicale divieto di iscrizione ai partiti per i magistrati, non soltanto non sarebbe ammissibile un'estensione dell'ambito di operatività della norma costituzionale al di là della formale iscrizione, ma che anche quest'ultima potrebbe essere al più soggetta a limiti e condizioni, ma non radicalmente vietata. Diversamente F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in [www.associazionedeiscostituzionalisti.it](http://www.associazionedeiscostituzionalisti.it), che osserva come sarebbero difficilmente ipotizzabili, in concreto, limitazioni alla facoltà di iscrizione diverse da un radicale divieto. Appare peraltro condivisibile la considerazione secondo cui la risposta affermativa o negativa circa l'ammissibilità costituzionale di limiti all'attività politica dei magistrati “ulteriori” rispetto alla formale iscrizione a partiti politici discenda largamente dalla *ratio* che si riconosce alla disposizione posta dall'art. 98. Se si ritiene che il fine della limitazione sia unicamente quello di tutelare i magistrati da possibili problemi di “doppia fedeltà”, da condizionamenti esterni alla propria libertà di autodeterminazione derivanti dall'eventuale partito di appartenenza, allora risulta coerente focalizzare la portata della norma sul profilo dell'iscrizione formale. Se invece “si ritiene che la disposizione costituzionale risponda all'esigenza di garantire la stessa apparenza di imparzialità, o, meglio, di neutralità politica del magistrato, si potrebbe essere indotti a ritenere che la legge possa legittimamente vietare a questi non solo l'iscrizione a un partito, ma anche la partecipazione a movimenti politici o associazioni vicine a un determinato partito” (in questi termini N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 49).

<sup>119</sup> Su tale sentenza v. E. TIRA, *Libertà di espressione*, cit., peraltro in senso critico rispetto alle conclusioni della Corte.

quello relativo all'iscrizione formale a partiti politici non pare potersi rinvenire "direttamente" nell'art. 98 Cost., e dovrebbe forse essere più specificamente argomentato sulla base delle esigenze di salvaguardia di altri beni e principi costituzionali. Se per il divieto di iscrizione ai partiti politici non sarà dunque necessario ricercare ed argomentare una specifica lesione ad un diverso bene protetto ad opera della singola condotta del magistrato, per limiti ulteriori, relativi ad altre forme di attività politica, appare più opportuno valutare se la singola condotta, ricompresa entro quelle individuate come potenzialmente rilevanti, raggiunga comunque un livello significativo di lesività rispetto ad un bene costituzionalmente tutelato (quale, ad esempio, l'imparzialità dell'amministrazione della giustizia, anche sotto il profilo dell'apparenza). Rispetto a tali valutazioni le argomentazioni della Corte appaiono forse eccessivamente stringate.

Un'ulteriore previsione normativa, potenzialmente idonea a incidere sulla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, oggetto di riformulazione ad opera della legge 269, può forse cogliersi nella disposizione relativa all'uso della qualità di magistrato al fine di condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste: sebbene non si tratti di una fattispecie specificamente connessa ad attività di manifestazione del pensiero, è stato osservato come la ratio della norma sia soprattutto da ricondurre ad una volontà di prevenire possibili "pressioni" sull'azione degli organi del circuito democratico/rappresentativo da parte di appartenenti all'ordine giudiziario e come le attività potenzialmente integranti tali indebiti condizionamenti (presentazione di istanze, appelli, l'esercizio dello stesso diritto di sciopero) risulterebbero largamente espressive di una opinione politica<sup>120</sup>. È peraltro condivisibile l'osservazione secondo cui la fattispecie disciplinare così delineata appare, per la sua indeterminatezza, di assai ambigua natura e di difficile configurazione e applicazione<sup>121</sup>.

Un altro rilevante intervento correttivo operato dalla legge 269, l'eliminazione della clausola di chiusura "aperta" che prevedeva, in coda all'elenco dei comportamenti tipizzati, il divieto di "ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza" (peraltro con una discutibile contraddizione con le istanze garantistiche, in termini di prevedibilità e certezza del diritto, che la tipizzazione avrebbe dovuto apportare al sistema), appare suscettibile di significativi risvolti in tema di attività di manifestazione del pensiero,

<sup>120</sup> G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in *La responsabilità dei magistrati*, cit, 83 ss.

<sup>121</sup> *Ibidem*.



che, al di là della quantificazione del loro grado di lesività, devono ora ritenersi disciplinarmente perseguibili solo se riconducibili ad una delle (superstiti) fattispecie comportamentali espressamente tipizzate.

Ma anche al di là dei controversi equilibri tra tipicità e atipicità delle fattispecie comportamentali disciplinarmente rilevanti, occorre sottolineare come la disposizione abrogata prendeva in considerazione un profilo, quello dell'“apparenza dell'imparzialità” dell'azione del magistrato come presupposto dell'affidamento dei consociati nel sistema giudiziario, rispetto all'importanza del quale si riscontra un'ampia condivisione<sup>122</sup>. Sul punto si confrontano, come noto, una prospettiva di maggiore rigore, che tende a ritenere che un elevato grado di riserbo del magistrato in ordine alle proprie idee politiche sia indispensabile per prevenire un deterioramento della fiducia nella sua imparzialità, ed una prospettiva volta a valorizzare, per contro, la trasparenza comunicativa e l'attiva partecipazione del magistrato al dibattito culturale e politico sviluppato nella società, ritenendo che l'imparzialità del magistrato implichi apertura e disponibilità ad ascoltare ed eventualmente accogliere i diversi punti di vista in ordine alle questioni di diritto e di politica giudiziaria, ma non la rinuncia ad ela-

<sup>122</sup> Sul tema cfr., anche per gli spunti comparatistici, E. BRUTI LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, in *Quest. Giust.*, 2006, 377 ss., ove, peraltro, si esprime un orientamento di grande prudenza rispetto alla configurabilità di incisivi limiti alla partecipazione dei magistrati alla vita sociale e politica; N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 103 ss., ove si ricorda come sia la giurisprudenza comune, che quella disciplinare, che quella della Corte Europea dei diritti dell'Uomo concordano nel definire non rilevante il dato costituito dagli orientamenti politici personali del magistrato, quando valutati esclusivamente di per sé e in quanto tali. Per un riconoscimento del rilievo dell'apparenza di imparzialità nelle riflessioni di un appartenente allo stesso ordine giudiziario, v. M. CUSATTI, *Indipendenza e libertà di espressione dei magistrati: una questione di “apparenza”?*, in [www.unicost.it](http://www.unicost.it), ove si afferma che è “impossibile affermare che anche uno solo dei magistrati italiani «sia» indipendente; per esserlo dovrebbe spersonalizzarsi, abbandonare il complesso di fattori educativi, culturali, sociali, ideologici che si sono sedimentati nella sua storia personale e che hanno contribuito, tutti insieme, a farne quello che è diventato. Nemmeno i più fieri avversari dei giudici, immagino, ambirebbero ad avere un giudice-macchina, una sorta di computer nel quale inserire le opposte tesi ed estrarne, dopo qualche secondo, la giusta soluzione”; dunque “il vero problema non è essere, quanto «apparire» indipendente. Al di là delle personali opinioni politiche del magistrato, tutte legittime in uno stato democratico, quel che conta è che l'imputato – chiunque egli sia – possa attendersi una valutazione del suo caso effettuata soltanto sulla base delle risultanze processuali, e non dei pre-giudizi del magistrato che ha di fronte. Certo, se il magistrato affida il proprio «credo» ai giornali ed entra a piedi uniti nel vivo del dibattito politico, è ben difficile che non venga tacciato di scarsa indipendenza quando si trovi ad esercitare giustizia nei confronti di chi, a seconda dei casi, sia stato oggetto delle sue pubbliche invettive o difese”.

borare ed esprimere un proprio punto di vista su di esse. Il principale punto critico può forse peraltro individuarsi nelle situazioni in cui il magistrato esprima non tanto opinioni relative a questioni di diritto o di politica giudiziaria<sup>123</sup>, ma piuttosto opinioni latamente politico/partitiche che possano indurre a ritenerlo animato da un pregiudizio negativo rispetto a soggetti portatori di istanze politiche contrapposte: tali questioni, nel contesto italiano, oltre a concorrere ad alimentare un prolungato e aspro scontro a livello politico e nei rapporti tra politica e magistratura, si esprimono a livello processuale in conflittualità intorno all'applicazione degli istituti dell'astensione e della ricasazione<sup>124</sup> e sono stati tra i fattori determinanti nella scelta di reintrodurre l'istituto della rimessione del processo per "legittimo sospetto" (sull'imparzialità del giudice naturale)<sup>125</sup>. La controversa misura, come noto, non è valsa a dirimere il conflitto sul punto, conflitto che pertanto permane e sul quale anche la successiva riforma dell'ordinamento giudiziario e della responsabilità disciplinare non pare dare indicazioni risolutive.

Nella prospettiva di una valutazione d'insieme del possibile impatto delle innovazioni normative comunque apportate dal (novelato) D.Lgs. 109 del 2006 in relazione alla responsabilità disciplinare dei magistrati per attività di manifestazione del pensiero, è stato osservato come la disciplina delineata intervenga in termini parziali e molto "semplificati" su di una materia nella quale la giurisprudenza del CSM aveva segnalato l'esistenza di una tipologia invece molto articolata di fattispecie comportamentali potenzialmente rilevanti. Le ipotesi di violazione espressamente individuate sarebbero infatti essenzialmente tre (la violazione del segreto o del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, le dichiarazioni o interviste relative a soggetti coinvolti negli affari trattati, il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti la propria attività di ufficio, anche costituendo canali informativi privilegiati), tutte attinenti l'area di esercizio delle funzioni giudiziarie (rispetto alla quale, come si è ricordato,

<sup>123</sup> Peraltro, anche in ordine a tali ipotesi, la normativa introdotta non pare tenere conto di possibili situazioni legittimanti una eventuale critica rivolta a propri colleghi da parte del magistrato "esternante", come, ad esempio, nelle ipotesi in relazione alle quali è intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la sentenza 26 febbraio 2009 (caso Koudeshkina c. Russia, n. 29492/05): nel caso in oggetto la Corte ha accolto il ricorso di un magistrato sottoposto a misura disciplinare per avere pubblicamente denunciato le pressioni ricevute da parte di colleghi in relazione a un procedimento penale assegnatole.

<sup>124</sup> Sulle proposte di intervento legislativo in materia v. *infra* § 10.

<sup>125</sup> Su tale vicenda, cfr. M. ANSELMINI, *Continua la... "messa a punto" della rimessione per legittimo sospetto*, in *Giur. It.*, 2005, 2375 ss.

si è peraltro autonomamente consolidata una più rigorosa giurisprudenza della Sezione disciplinare), restando invece scoperta l'area della "critica politica" extrafunzionale<sup>126</sup>. Il rilievo appare condivisibile e gli esiti devono, in particolare, porsi in relazione con gli interventi correttivi apportati alla riforma con la legge n. 269 del 2006: è proprio sulle tipologie di manifestazione del pensiero "extrafunzionale" ed eventualmente anche "extragiudiziaria" (quindi latamente politica) che gli interventi di abrogazione e riformulazione ricordati sono stati particolarmente incisivi. L'eliminazione anche della clausola aperta di chiusura rende in effetti disciplinarmente scoperta un'ampia gamma di attività di manifestazione del pensiero, di "critica politica", che costituiscono uno dei profili più controversi dell'attività di manifestazione del pensiero degli appartenenti all'ordine giudiziario. Diverse disposizioni abrogate ad opera della legge n. 269 del 2006 risultavano, inoltre, largamente riprodottrici di orientamenti interpretativi già elaborati dalla sezione disciplinare del CSM, sicché, in ordine a tali fattispecie comportamentali, l'intervento legislativo potrebbe leggersi come una sorta di "rilegittimazione"<sup>127</sup>. Se dunque l'originario impianto della riforma appariva connotato da un carattere spiccatamente limitativo, prefigurando una "stretta" sulle esternazioni (anche) extrafunzionali dei magistrati, il testo successivamente corretto pare per contro suscettibile di limitare le possibilità di intervento disciplinare in materia rispetto agli stessi (miti) orientamenti già elaborati dalla sezione disciplinare del CSM nella sua precedente giurisprudenza. In particolare, i doveri di "imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio", pur enunciati all'art. 1 del D.Lgs. 109, restano ora, per lo meno in ordine a loro violazioni attraverso esternazioni extrafunzionali, ridotti a disposizioni di una *lex imperfecta*: ma tale carattere di norma senza sanzione, nell'ambito della definizione delle responsabilità dei magistrati, è piuttosto proprio, come ricordato, delle norme deontologiche, della sfera della autonoma (anche se non solo personale/individuale) interiorizzazione dei doveri comportamentali professionali. Tale assetto normativo potrebbe, dunque, considerarsi un adeguato punto di equilibrio tra le istanze di tutela della libertà di espressione e quelle di salvaguardia dell'imparzialità della funzione giurisdizionale (e della percezione della stessa), solo qualora una piena effettività fosse assunta anche dal profilo deonto-

<sup>126</sup> D. CAVALLINI, *La libertà di parola*, cit., 563 s.

<sup>127</sup> In particolare questo può rilevarsi in ordine all'abrogazione delle disposizioni di cui agli artt. 2, lettera bb) e 3, lettera f) del D.Lgs. 109. V., sul punto, S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 384 s., ove si esprimono critiche rispetto a tale scelta.

logico della responsabilità dei magistrati, che pure astrattamente può ritenersi il più idoneo per la ricerca dei giusti limiti e dei giusti equilibri in ordine alle attività di manifestazione del pensiero “extrafunzionali” degli appartenenti all’ordine giudiziario.

Per quanto concerne i rapporti con le fattispecie comportamentali relative ad attività di manifestazione del pensiero individuate nell’ambito del Codice etico può in particolare osservarsi come la nuova formulazione della disciplina relativa agli illeciti disciplinarmente rilevanti risulti per molti aspetti riproduttiva di quella riferita ai comportamenti rilevanti sotto il profilo deontologico: per quanto la portata delle nuove disposizioni vada comunque valutata alla luce della interpretazione più o meno restrittiva che delle stesse sarà data dalla Sezione disciplinare del C.S.M.<sup>128</sup>, non può non rilevarsi come la nuova normativa potrebbe determinare una sostanziale contrazione degli spazi di operatività propri del Codice etico e uno svuotamento della stessa nozione di un’autonoma responsabilità di tipo deontologico<sup>129</sup>. Tale eventualità appare, peraltro, meno probabile sulla base della versione “novellata” della riforma.

Non appare comunque priva di rischi la soluzione, che nei termini segnalati è andata delineandosi, di far valere quali norme individuatrici di illeciti disciplinari fattispecie del tutto analoghe rispetto a quelle originariamente adottate quali norme di etica professionale e talora ancora più analiticamente delineate.

Si rischierebbe, infatti, di menomare irrimediabilmente l’efficacia delle regole di deontologia professionale recepite nel Codice. La primaria ragione d’essere di tale regole, che tra l’altro, come si è osservato, possono trovare un automomo e specifico fondamento costituzionale, è, infatti, riconducibile proprio all’esigenza di individuare comportamenti non contrari, sul piano formale, a prescrizioni legislative, e dunque non rilevanti sotto il profilo della responsabilità disciplinare, ma tuttavia incompatibili con il pieno rispetto del dovere

<sup>128</sup> Sotto tale profilo, le prime indicazioni non paiono nel senso di una interpretazione particolarmente rigorosa e restrittiva: v., ad esempio, la decisione della Sezione disciplinare 18 gennaio 2008, n. 3/2008, relativa al noto “caso De Magistris”. Sul punto, cfr. S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 392, s., ove si voglia conseguire l’obiettivo di un maggiore rigore disciplinare, interventi di ridefinizione legislativa degli illeciti rischierebbero comunque di essere vani, in assenza di interventi paralleli sulla composizione dell’organo chiamato ad applicarli. L’Autore ritiene, infatti, che “se il legislatore non si decide ad affidare la valutazione degli illeciti disciplinari dei magistrati a degli organi che siano ed appaiano terzi, imparziali ed indipendenti, è quasi inutile apportare delle innovazioni sul piano sostanziale e procedimentale alla disciplina giudiziaria”.

<sup>129</sup> In questo senso, in ordine alle previsioni contenute già nella legge di delega, v. D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria*, cit., 625.

(costituzionale) di lealtà qualificata al quale sono tenuti i magistrati. Poiché, tuttavia, l'efficacia di tali regole dipende, in massima parte, dall'interiore adesione alle stesse da parte dei destinatari (ossia all'interiorizzazione delle stesse quali norme etiche), l'utilizzo strumentale delle norme poste dal codice deontologico (o di alcune tra esse) quali presupposti per l'individuazione di corrispondenti norme rilevanti nell'ambito della responsabilità disciplinare, potrebbe far perdere alle norme deontologiche la loro stessa individuabilità concettuale, la percezione delle loro autonomia e conseguentemente, ogni loro effettività. Inoltre verrebbe meno la possibilità di configurare una gradualità nell'intervento di controllo, a seconda della gravità della violazione individuata, variabile dal piano della responsabilità deontologica a quello della responsabilità disciplinare. Si tratta della possibilità di configurare un piano del "deontologicamente inopportuno", non sanzionabile disciplinarmente ma comunque suscettibile di essere "obiettivamente" rilevato come inadeguato<sup>130</sup>, distinto dal piano dell'illecito disciplinare, presupposto di forme eteronome di controllo e di eventuale sanzione<sup>131</sup>. Una tale distinzione di piani risulta del resto individuabile nell'ambito della giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM, che in diverse occasioni ha ritenuto di dover assolvere un magistrato in presenza di comportamenti che, pur espressamente individuati come professionalmente inopportuni, sono stati valutati come non idonei ad integrare un illecito disciplinare<sup>132</sup>. Pare quasi superfluo aggiungere che, in assenza dell'affermazione e del consolidamento di effettive prassi di autocontrollo di tipo deontologico ed in presenza di una riforma recente ma nel complesso poco incisiva e risolutiva, sarà prevedibile il riproporsi di istanze di nuovi interventi "autoritativi" per via legislativa, tanto sul piano della definizione dei comportamenti disciplinarmente rilevanti, quanto su quello (ancor più delicato e potenzialmente rischioso per l'equilibrio tra i

<sup>130</sup> Ed eventualmente, come si è ricordato, considerato ad esempio in sede di valutazione di professionalità o di assegnazione di funzioni direttive.

<sup>131</sup> Sul punto, è stato osservato (G. SALMÈ, *La deontologia tra responsabilità disciplinare e dialogo con i cittadini*, cit., 254) che, anche sulla scorta delle elaborazioni della sezione disciplinare del CSM, le norme del codice deontologico dovrebbero intendersi come "obiettivi massimi di crescita e di etica professionale ai quali devono tendere i magistrati", mentre "l'illecito disciplinare, invece, mira a sanzionare, per così dire, il minimo etico". Cosicché "mentre ogni illecito disciplinare costituisce anche violazione di un dovere deontologico, non è vero il contrario, cioè che ogni violazione di dovere deontologico costituisce illecito disciplinare".

<sup>132</sup> In ordine al riconoscimento, da parte della giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM, della possibile "inopportunità" di esternazioni che pure non integrino gli estremi dell'infrazione disciplinare, v. S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 206 ss.

poteri dello Stato) della riforma della struttura e della composizione dell'organo chiamato ad esercitare la funzione disciplinare.

Ad aprire maggiori prospettive di sviluppo di un tale "spazio intermedio" di controllo deontologico, fornendo anche un riscontro di diritto positivo per la sua configurazione, potrebbe forse contribuire la disposizione introdotta dalla legge n. 269 del 2006, in base alla quale "l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza"<sup>133</sup>: la nozione di "scarsa rilevanza" del fatto accertato, non trattandosi con evidenza di questioni quantificabili ed ordinabili nella loro rilevanza in termini di entità numerica, ma piuttosto di tipologie di comportamenti più o meno lesivi del bene tutelato, potrebbe forse ricondurre tale categoria di comportamenti entro uno spazio di "disciplinarmente lecito ma deontologicamente inopportuno", spazio d'elezione per il dispiegarsi di forme di autocontrollo e autoregolamentazione.

Anche sotto tale profilo la riforma recentemente adottata pare dunque manifestarsi nella sostanza come un'occasione mancata rispetto all'opportunità della predisposizione di soluzioni normative che non apparissero, da un lato, una prova di forza, ma non rinunciasse d'altra parte a promuovere un maggior grado di etica comportamentale. E di condivisione della stessa.

#### 10. *I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati e gli equilibri del sistema informativo in ordine alle questioni della giustizia*

Al di là della controversa questione della tipizzazione degli illeciti disciplinari, nonché di una valutazione del possibile impatto delle recenti riforme sulla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati e sugli equilibri tra tale bene (di indubbio rilievo costituzionale) e gli altri beni costituzionalmente tutelati con esso potenzialmente confliggenti, l'esigenza di una distensione dei rapporti tra sfera politica e sfera giudiziaria, che riporti entro limiti fisiologici il livello dello scontro polemico, evitando gli evidenti rischi di una reciproca delegittimazione, resta avvertibile nella sua urgenza.

Tale auspicabile distensione, tuttavia, non pare conseguibile senza un raffreddamento in primo luogo a livello di confronto mediatico degli aspri contrasti intorno alle questioni attinenti alla giustizia. Sotto tale profilo l'esigenza di perseguire un maggiore "riserbo giudiziario"

<sup>133</sup> Nuovo art. 3 bis del D.Lgs n. 109 del 2006, rubricato "Condotta disciplinare irrilevante".

appare in larga misura condivisibile e, come si è ricordato, tale obiettivo appare del resto finalizzato in primo luogo alla tutela del pubblico affidamento nell'imparzialità della giustizia e quindi della sua stessa effettività. Tuttavia, nell'attuale contesto, la questione non appare adeguatamente impostabile esclusivamente nei termini del perseguimento di una maggiore severità disciplinare rispetto ai magistrati "esternatori".

La riforma delineata dal (novellato) D.Lgs. n. 109 presenta certamente, come si è segnalato, elementi di criticità, ma in ogni caso il solo intervento sul piano disciplinare non pare sufficiente a riportare ad equilibrio il sistema informativo in ordine alla questioni di giustizia. Una maggiore attenzione, come ricordato, meriterebbe anche il piano deontologico della responsabilità dei magistrati (che anziché incoraggiato e valorizzato rischia invece di uscire indebolito nella sua autonomia), come pure, quello di istituti utilizzati dal CSM in funzione para-disciplinare quali, come noto, il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale<sup>134</sup>. E ancora, soprattutto se affrontato in un'ottica sistematica e non episodica/emergenziale, il piano degli istituti processuali, il trasferimento del processo per legittimo sospetto, l'astensione, la ricasazione<sup>135</sup>: istituti rispetto ai quali diverse tipolo-

<sup>134</sup> Sul tema S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 404 ss.

<sup>135</sup> In ordine a tali ultimi istituti, anche a richiamare il non pacificato confronto sviluppatosi negli ultimi tra politica e magistratura in ordine agli stessi (si veda, ad esempio, D. CHINNICI, "Il caso Previti": dalla sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2001 alla inammissibilità della ricasazione per "inimicizia grave". L'ennesima tappa del "processo al processo", in *Cass. Pen.*, 2002, 3041 ss.), può essere utile ricordare come la Corte di cassazione abbia accolto una interpretazione restrittiva dei presupposti per l'operatività della ricasazione in relazione a manifestazioni di "critica politica" da parte di un magistrato. Nella recente sentenza Cass. Pen. n. 3499 del 2009, relativa al noto "caso Gandus", in particolare, la Corte ha affermato che «anche se il giudice dovrebbe evitare "prese di posizione" eccessive, non possono assumere di per sé sole rilevanza come manifestazioni di "inimicizia grave" espressioni di dissenso, anche radicale, nei confronti di persone che rivestono un ruolo politico di spicco, collegate con lo svolgimento di tale ruolo». L'inimicizia grave sarebbe, invece, configurabile soltanto nelle ipotesi in cui dalle condotte del magistrato «possano desumersi – con evidenza – comportamenti che, per le loro congiunte caratteristiche di qualità, modalità, intensità, frequenza, tipologia di intervento, prossimità temporale al momento del giudizio, unidirezionalità, e, soprattutto "personalizzazione", determinino una complessiva realtà relazionale (giudice – imputato) idonea a far desumere, secondo *l'id quod plerumque accidit*, e con riferimento a massime di comune esperienza, un esito significativo, in capo a chi giudica, di avversione, che, da "politica", si trasformi in "personale" e diventi incompatibile con le logiche di neutrale professionalità, che devono invece informare la condotta delle persone cui è istituzionalmente affidato il giudizio di penale responsabilità dell'accusato». In senso opposto rispetto a tali orientamenti, l'attuale Governo ha inserito, nel Disegno di legge n. 1440/S, recante "Disposizioni in materia di procedimento



gie di attività di manifestazione del pensiero da parte di magistrati

penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo”, talune previsioni che amplirebbero, invece, l’operatività degli istituti dell’astensione e della ricsuzione. In particolare, riprendendo quanto osservato dal CSM nel Parere reso il 23 luglio 2009 in ordine a tale Ddl (reperibile in [www.csm.it](http://www.csm.it)), «Quanto all’astensione, il disegno di legge amplia l’ipotesi di cui alla lettera *b* dell’art. 36 c.p.p. (“altre gravi ragioni di convenienza” diverse da quelle indicate nelle lettere precedenti) precisando che tali gravi ragioni possono essere “anche rappresentate da giudizi espressi fuori dall’esercizio delle funzioni giudiziarie, nei confronti delle parti del procedimento e tali da provocare fondato motivo di pregiudizio all’imparzialità del giudice”. Tale regola viene, poi, estesa alla ricsuzione, laddove il disegno di legge prevede che all’art. 37 c.p.p. venga inserita fra le ipotesi di astensione che possono determinare la ricsuzione del giudice anche la lettera *b* dell’art. 36 nel nuovo testo. Secondo la relazione illustrativa l’intervento in esame è necessario per colmare una lacuna del sistema, poiché una manifestazione di giudizio da parte del magistrato può tradursi in un pregiudizio alla sua imparzialità. In particolare – prosegue la relazione – il giudice deve accostarsi non solo all’oggetto ma anche ai soggetti del processo, senza essersi formato sugli stessi alcuna opinione e senza averla trasfusa, rispettivamente, in pareri o consigli e giudizi che potrebbero pregiudicare la sua imprescindibile posizione di imparzialità. E ciò in quanto i giudizi, critici o adesivi, formulati verso tutte le parti del processo (il pubblico ministero, l’imputato, la parte civile, i difensori) gettano un’ombra sulla terzietà del giudice». A tale prospettata riforma legislativa, e alle istanze rinvenibili alla base della stessa, il CSM contrappone peraltro, nel citato Parere, una contrapposta lettura degli interessi e dei principi in gioco, osservando come «affermare che i giudizi, critici o adesivi, nei confronti dell’operato di una parte processuale o di un difensore possono rappresentare, di per sé, un sintomo di pregiudizio con riferimento alla trattazione di un procedimento nel quale è coinvolto uno dei soggetti predetti, significa porre un serio limite alla manifestazione del pensiero del giudice, in contrasto con il *dictum* della sentenza n. 100 del 1981 della Corte costituzionale. (...) La necessità di trovare un giusto equilibrio tra diverse e contrapposte esigenze non può legittimare la creazione di un meccanismo che, sulla base delle apparenze, incide sulla compatibilità del giudice sovrapponendo il piano delle espressioni del pensiero a questioni relative alla capacità del giudice di esaminare e decidere su condotte individuali». Una lettura minimamente condivisa della stessa *ratio* degli istituti in questione appare dunque (purtroppo), lontana dall’essere raggiunta. E se, da un lato, non può che suscitare apprensione un contesto nel quale le iniziative legislative di riforma continuano ad *apparire* così strettamente legate alle personali vicende giudiziarie del capo del Governo che le propone, del peso “costituzionale” di quella stessa *apparenza* non pare farsi carico neppure l’organo di autogoverno della Magistratura, che, come si è visto, resta chiuso in una lettura che esclude il rilievo della percezione esterna dell’imparzialità del magistrato. Critiche, sotto tale profilo, al Parere citato, sono espresse da S. PRISCO, *Una nuova sentenza*, cit. 10 s., ove si osserva come non sia sufficiente che i magistrati siano “operatori intemerati e perfettamente in grado di spogliarsi quindi dei sentimenti e dei giudizi maturati sulle persone *extra iudicium*”: “il problema non è infatti *quello che sembra a loro*, o l’atteggiamento di cui essi siano capaci, ma quello che al riguardo *appare agli altri* (giudicandi a qualunque titolo, loro difensori, pubblico degli utenti attuali o potenziali della giustizia).” Sugli istituti dell’astensione e ricsuzione nell’ambito della problematica della libertà di espressione dei magistrati cfr. anche S. BELTRANI, *Nuovo or-*

disciplinariamente “controverse” possono risultare parimenti potenzialmente rilevanti.

Peraltro, anche al di fuori degli istituti processuali, in altri settori del diritto possono rinvenirsi previsioni legislative suscettibili di incidere significativamente sui rapporti tra magistratura e politica, in particolare su attività implicanti una “presa di posizione” politica potenzialmente rilevante in termini di affidamento nell’imparzialità degli appartenenti all’ordine giudiziario: la disciplina delle incompatibilità e ineleggibilità politico-istituzionali appare ad esempio un campo non trascurabile nella prospettiva della definizione di un assetto equilibrato nei rapporti tra magistratura e sfera politico/istituzionale e dei limiti ad attività che siano, per un appartenente all’ordine giudiziario, espressive di propri convincimenti e orientamenti (in questo caso politici)<sup>136</sup>. L’“apparenza di imparzialità” e l’affidamento in essa sono infatti beni suscettibili di essere compromessi non solo da comportamenti anteriori o contestuali all’esercizio delle funzioni di magistrato, ma anche, per così dire, “retrospettivamente”<sup>137</sup>. Non può peraltro trascurarsi la circostanza per cui la sovrapposizione tra la titolarità di cariche politiche e l’esercizio di attività rilevanti in ambito giudiziario non interessa la sola posizione dei magistrati, ma può dar luogo a criticità anche in relazione alla posizione, ad esempio, dei parlamentari che proseguano, in corso di mandato, l’esercizio della professione di avvocato: non si tratta con evidenza, in questo caso, di un problema di limiti alla libertà di espressione, e neppure di tutela dell’apparenza di imparzialità, ma si tratta pur sempre di profili che non appaiono irrilevanti negli equilibri e nelle dinamiche del si-

*dinamento giudiziario e libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati: due mondi lontani?*, in *La Magistratura*, 2005, 19

<sup>136</sup> V., ad esempio, G.Ü. RESCIGNO, *Note sull’indipendenza della magistratura alla luce della costituzione e delle controversie attuali*, in *I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Giuffrè, Milano, 2009, 363 ss. L’Autore si esprime in senso favorevole alla previsione, per i magistrati, di una ineleggibilità a qualunque carica elettiva per un periodo di 5 anni successivo alla cessazione dal servizio; G. FERRI, *La responsabilità disciplinare*, cit., 93, ove si denunciano i limiti di “una normativa che, non ponendo adeguati limiti alla loro eleggibilità, consente ai magistrati che abbiano acquisito ampia visibilità mediatica grazie all’attività professionale di sfruttarla ai fini elettorali”.

<sup>137</sup> Tutto ciò, naturalmente, nella prospettiva di riconoscere all’istituto dell’ineleggibilità una ratio connessa alla tutela del corretto esercizio delle funzioni che siano individuate quale presupposto della causa di ineleggibilità stessa, piuttosto che alla tutela della parità di condizioni in ambito politico elettorale: su tali problematiche sia consentito rinviare a L. IMARISIO, *Ineleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali*, Jovene, Napoli, 2008, 164 ss.

stema dei rapporti tra sfera politica e sfera giudiziaria<sup>138</sup>. Tra l'altro, nella controversa prospettiva di una più accentuata differenziazione dello status professionale della magistratura giudicante rispetto a quella requirente, e per contro di una più accentuata assimilazione della posizione processuale di quest'ultima a quella dell'avvocatura, sarebbero verosimilmente da rivedere anche i limiti alla libertà di espressione (e più in generale all'*engagement* politico) dei pubblici ministeri, con una tendenziale assimilazione a quelli valevoli per gli avvocati più che a quelli valevoli per i magistrati giudicanti<sup>139</sup>.

Sotto i profili complessivamente segnalati, non può, in effetti, che constatarsi, nel quadro normativo, la mancanza di un coerente disegno di politica del diritto, che sia teso a riportare a fisiologia i rapporti tra sfera politica e magistratura, per quanto in questa sede rileva in ordine ad una disciplina delle "esternazioni" degli appartenenti a quest'ultima: ciò che può riscontrarsi, è, invece, la proposizione e talora l'approvazione di interventi legislativi di carattere episodico ed emergenziale, spesso tanto controversi nella loro introduzione quanto precari rispetto alla naturale alternanza delle maggioranze politico-parlamentari, quando non connotati da un segno politico che può apparire (e anche in questo caso l'apparenza non sembra trascurabile) rivolto a tentare di chiudere il tema del "confronto polemico" tra sfera politica e magistratura più con un'ulteriore prova di forza che con la ricerca di un assetto normativo coerente ed equilibrato.

Ma anche considerare nel suo complesso la pluralità di strumenti normativi che, concorrendo con la responsabilità disciplinare e ponendosi con essa in rapporti di complementarità, risultano potenzial-

<sup>138</sup> Sia consentito, anche in questo caso, un rinvio a L. IMARISIO, *Inleggibilità e incompatibilità*, cit., 221.

<sup>139</sup> Sul carattere peculiare dell'imparzialità del Pubblico ministero, tanto nei sistemi inquisitori quanto in quelli accusatori, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità*, cit., e le indicazioni ivi riportate. Sulla declinazione del dovere di riservatezza in relazione alla magistratura requirente, N. ZANON, *Pubblico ministero e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1996, 255 ss. Sulle specificità della responsabilità del Pubblico Ministero rispetto a quella del giurice v. anche ID., *La responsabilità dei giudici*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2008, 217 ss. Peraltro, anche rispetto al profilo "complementare" del dovere di riserbo, dato dalla necessaria tutela rispetto ad accuse denigratorie provenienti dell'esterno, si riscontrano tendenze ad una differenziazione tra la posizione dei giudici e dei pubblici ministeri: v. ad esempio, la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Nikula c. Finlandia*, del 21 marzo 2002, caso 31611/96 (in *Riv. Int. Dir. Dell'Uomo*, 2003, 199ss), ove si ritiene che debba essere maggiore lo spazio di libera critica da parte di un imputato verso un pubblico ministero piuttosto che verso un giudice.

mente idonei a incidere sugli equilibri tra il diritto alla libertà di espressione dei magistrati e gli altri beni costituzionalmente rilevanti con esso potenzialmente confliggenti, non appare un percorso sufficiente a condurre ad equilibrio il sistema informativo in ordine ai temi di giustizia, qualora tale considerazione sia intesa soltanto come ricerca di tutti i possibili mezzi per conseguire l'obiettivo di un irrigidimento dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero degli appartenenti all'ordine giudiziario.

Pur trattandosi con evidenza di temi che esulano dall'oggetto del presente lavoro, sia consentita, in merito, una breve osservazione. Qualora, sul presupposto delle finalità più volte richiamate, si intenda percorrere la via della ricerca di un assetto normativo che induca gli appartenenti alla magistratura ad un maggiore grado di riserbo, ed in particolare ad una maggiore attenzione alle implicazioni di un troppo disinvolto coinvolgimento nella polemica politica, occorrerebbe al contempo farsi carico della circostanza per cui tali "esternazioni" sono spesso state lo strumento (per quanto improprio e inopportuno) attraverso cui muoversi entro un circuito mediatico del quale i magistrati italiani non sono certamente stati i soli protagonisti.

Da questo punto di vista il contraltare, e spesso la premessa, delle esternazioni "improprie" da parte di magistrati deve forse cogliersi, non soltanto (e non tanto) in un sistema informativo che complessivamente esaspera e spettacolarizza singoli casi giudiziari, quanto soprattutto in un sistema ove i limiti alla "critica giudiziaria" sono andati scemando a prescindere dai soggetti che la esercitano. In una rincorsa di reciproche accuse e delegittimazioni, il pubblico affidamento nell'imparzialità dell'ordine giudiziario appare suscettibile di essere lesa non solo dalle improprie dichiarazioni di magistrati ma, in analoga misura, anche da apodittiche o denigratorie accuse (rivolte a singoli provvedimenti giudiziari, o all'azione complessiva di singoli magistrati, quando non alla magistratura nel suo insieme) di parzialità o di moventi politici occulti, da parte di una pluralità di possibili attori, quali giornalisti, avvocati, politici di vario livello. Tale profilo risulta del resto affermato da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, pur nell'ambito di una giurisprudenza articolata e non sempre uniforme, ha più volte indicato, come complementare ad un dovere di riservatezza gravante sugli appartenenti all'ordine giudiziario, un dovere da parte dell'ordinamento di predisporre adeguate e speciali tutele per proteggere i magistrati da accuse e critiche denigratorie provenienti dall'esterno<sup>140</sup>. Anche in questo caso, in relazione

<sup>140</sup> Sugli orientamenti interpretativi elaborati in materia dalla corte di Strasburgo, cfr. S. ALOISIO, *La libertà di espressione e il potere giudiziario nella giurisprudenza*

all'ordinamento italiano, se appaiono insufficienti (quando non doverosamente inoperanti) i rimedi "ordinari" civilistici e penalistici<sup>141</sup>, altri più specifici strumenti, pur affermatasi in via di prassi, restano ad oggi privi di un solido e certo fondamento giuridico, il che ne limita significativamente l'effettività: si pensi alle "azioni a tutela" poste in essere dal CSM rispetto a magistrati che si ritengano oggetto di critiche oltraggiose e denigratorie, che nel nostro ordinamento sono forse l'unico strumento specifico di quella "tutela istituzionale", alternativa all'autotutela polemica ad opera del magistrato stesso. Tali tipologie di interventi, che, in posti in essere da un organo di rilievo costituzionale quale il CSM, che per la sua stessa composizione e

*della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale, cit. 453 ss.; S. DE NARDI, La libertà di espressione, cit., 478 ss. Nel senso di una valorizzazione, per contro, dei profili "garantisti", rispetto al diritto di critica giudiziaria, che possono trarsi dalla giurisprudenza della CEDU, E. NICOSIA, Diritto di critica giornalistica e tutela della reputazione dei magistrati: la Cassazione trova ispirazione negli orientamenti garantisti della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Foro It., 2007, 649 ss. Per un noto caso conclusosi con una decisione della Grande Camera nel senso dell'affermazione del principio della prevalenza dell'interesse alla tutela del magistrato, pur esposti politicamente, da attacchi denigratori, v. M. DE STEFANO, La Corte europea dei diritti umani tra giornalisti e Magistrati: il caso Perna c. Italia, in I Dir. Dell'Uomo, 2003, 63 ss.; G. E. VIGEVANI, Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono, in Quad. Cost., 2003, 660 ss.*

<sup>141</sup> Sotto tale profilo, pertanto, non può che suscitare perplessità il profilarsi di un orientamento interpretativo teso invece a consentire e legittimare toni sempre più aspri nell'ambito della critica giudiziaria: cfr, ad esempio, la sentenza Cass. Civ., Sez III, 10 luglio 2008, n. 18885, in *Danno e resp.*, 2009, 57 ss., con nota di R. FOFFA, *Il punto sulla diffamazione a mezzo stampa*, ove, per contro, si esprime apprezzamento per tale orientamento interpretativo, osservando, tra l'altro, che "nell'ambito della critica politica o giudiziaria, l'uso abituale di toni aspri giustifica l'uso di un linguaggio duro". Appare peraltro assai rischioso ammettere che l'asprezza del confronto e dello scontro mediatico possa essere il presupposto di una maggiore "tollerabilità" di interventi sempre più aggressivi e denigratori, che possano anche in parte prescindere dal rispetto dello stesso parametro della veridicità delle accuse mosse, limitando l'intervento repressivo sostanzialmente ai soli casi dell'uso di espressioni ingiuriose e oltraggiose sul piano personale. Analogamente anche Cass. Pen. 21 febbraio 2007, in, Foro It., 2007, II, 694 ss., che ha affermato la prevalenza del diritto di critica giudiziaria, anche nei termini di una non provata accusa di politicità del magistrato ed anche se condotta attraverso un linguaggio pungente e provocatorio. Si deve peraltro ricordare come la decisione sia relativa ad un caso di "confronto polemico" nell'ambito del quale lo stesso magistrato era intervenuto direttamente nel dibattito, con interviste rilasciate ai mezzi di informazione (si tratta del noto caso Colombo-Feltri), in qualche modo scegliendo la strada dell'autotutela e con ciò rinunciando (secondo la ricostruzione della Corte) al diritto ad una speciale tutela rispetto alle critiche denigratorie che sarebbe naturale corollario del dovere di riserbo gravante sui magistrati. Su tale decisione E. NICOSIA, *Diritto di critica giornalistica*, cit. 694 ss.

struttura esprime l'istanza di un raccordo tra sfera politica e magistratura, hanno indubbiamente un rilievo istituzionale diverso rispetto ad interventi di mera "autotutela" posti in essere da singoli magistrati o dalla stessa ANM<sup>142</sup>, e che pure trovano riscontri anche al di fuori del contesto italiano<sup>143</sup>, nel nostro ordinamento risultano tuttavia il frutto di una mera prassi consiliare priva di una espressa base legislativa<sup>144</sup> e di effetti giuridici definiti: il che, se per taluno ne pone in dubbio la stessa legittimità<sup>145</sup>, certamente ne limita l'effettività.

Se dunque l'autotutela, tanto più nelle forme della polemica mediatica, certamente può non essere uno strumento adeguato, rischiando

<sup>142</sup> In ordine all'opportunità costituzionale di prese di posizione assunte da organi associativi quali l'ANM, devono peraltro segnalarsi le perplessità di parte della dottrina: Cfr, ad esempio G. BOGNETTI, *Considerazioni sul potere giudiziario*, in *Indice penale*, 1994, 444; più recentemente, nello stesso senso, e con una presa di posizione proveniente dall'interno del corpo della magistratura, M. CUSATTI, *Indipendenza e libertà di espressione*, cit., ove si afferma che "nel momento in cui ciascun magistrato decide di avvalersi della libertà di espressione garantita ad un qualunque cittadino, come tale deve comportarsi. È troppo comodo pretendere di chiamare a raccolta una corrente o l'intera Associazione Magistrati a tutela del proprio «diritto»: i diritti si esercitano *uti singuli*, e come tali vanno tutelati; nello Statuto dell'A.N.M., peraltro, non v'è traccia, tra gli scopi associativi, di una qualche forma di tutela della libertà di espressione dei singoli magistrati. Chi ritiene un indefettibile connotato della propria funzione di magistrato quello di distillare il proprio sapere sulle cose del mondo e consegnarne il prodotto ai mass media, lo faccia pure: ma lo faccia da solo come un qualsiasi altro cittadino, con coraggio e responsabilità, senza giovare dell'appoggio strumentale di gruppi di colleghi o di *opinion-makers*".

<sup>143</sup> Si veda, ad esempio, la risoluzione "a tutela" dei magistrati oggetto di attacchi denigratori, adottata dalla "Rete europea dei consigli della Magistratura" (RECJ) il 22 febbraio 2006 (il documento si può reperire nel sito [www.encj.net](http://www.encj.net)), nella quale, con riferimento specifico alla situazione di determinati paesi, tra i quali l'Italia, si denuncia come in caso di attacchi provenienti da personalità politiche si rischino gravi compromissioni dei principi di separazione dei poteri e indipendenza della magistratura.

<sup>144</sup> Con la delibera del CSM del 2 luglio 2009, recepita con D.P.R. del 15 luglio 2009, è stato inserito nel regolamento interno del CSM il nuovo art. 21 *bis*, che detta la prima disciplina regolamentare relativa alla "Procedura per gli interventi a tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati e della funzione giudiziaria". Tale disposizione, anche su sollecitazione del Presidente della Repubblica, ha individuato tra l'altro, quale necessario presupposto della procedura a tutela, un "turbamento al regolare svolgimento e alla credibilità della funzione giudiziaria", sganciata quindi l'istituto dal piano della tutela dell'onore del singolo magistrato in quanto tale. Restano pertanto irrisolte tanto la questione del fondamento legislativo di tali interventi del CSM, quanto quella della efficacia degli stessi.

<sup>145</sup> S. DE NARDI, *La libertà di espressione*, cit., 486 ss. Sui "poteri atipici" del CSM e sull'affermarsi di una prassi di "supplenza" da parte di tale organo in mancanza di una "ordinata attuazione legislativa delle norme costituzionali", S. FRANZONI, *I poteri atipici del CSM: "autogoverno" o "governo a forma libera" della magistratura?*, in *I confini mobili*, cit., 573 ss.

anzi di innescare rincorse ad accentuare sempre più l'asprezza del confronto, e nell'assenza di strumenti giuridici pienamente efficaci di difesa dei magistrati da critiche denigratorie e delegittimanti (assenza che appare peraltro in parte, ma necessariamente *solo* in parte colmabile in una società aperta e pluralista), anche in questi profili "speculari" e complementari rispetto alle problematiche connesse alla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, un contributo dovrebbe certamente ricercarsi in un più elevato grado di deontologia professionale: le categorie coinvolte nel sistema dell'informazione in ordine alle questioni di giustizia sono, come ricordato, diverse, e, per almeno due di esse (giornalisti e avvocati) un più incisivo ruolo dei rispettivi ordini professionali nel promuovere un maggior grado di consapevolezza etico-professionale nella trattazione delle questioni attinenti la giustizia, parrebbe auspicabile.

Per quanto riguarda un'altra categoria richiamata, quella dei titolari di cariche politiche, certamente il riferimento, per quanto possa apparire scontato, non può che essere, nella prospettiva della salvaguardia di quegli stessi beni che si vorrebbero tutelati da un maggiore riserbo degli appartenenti alla magistratura, ad un grado altrettanto maggiore di sensibilità e responsabilità istituzionale.





*Esercizio dell'azione penale, responsabilità disciplinare ed avocazione: un intreccio «a rischio» di imbarazzanti sospetti (alcune notazioni «di sistema» a margine di un'emblematica vicenda catanzarese)*

di Giorgio Sobrino

1. Le intricate vicende intervenute in sede giudiziaria e politica, nell'estate/autunno del 2007, in quello che – per la notevole risonanza allora provocata nei *media* e nella pubblica opinione – è stato definito il “*caso De Magistris-Mastella*”, appaiono fortemente emblematiche e hanno messo a nudo una serie di questioni irrisolte dell'ordinamento giudiziario italiano, su cui conviene pertanto soffermarsi.

Su tali questioni, di notevole rilievo, ci si propone di svolgere alcune considerazioni nelle pagine che seguono, dopo aver riassunto lo svolgimento dei fatti e avere necessariamente inquadrato questi ultimi alla stregua della disciplina vigente in tale materia.

2. Consideriamo allora innanzitutto i *fatti* della vicenda, nel loro svolgimento cronologico<sup>1</sup>.

Nel giugno del 2007 i più importanti quotidiani italiani danno notizia dell'apertura, da parte del sostituto procuratore della Repubblica di Catanzaro Luigi De Magistris, di un procedimento penale relativo a un presunto utilizzo illecito di fondi comunitari destinati allo sviluppo del territorio calabrese. Il p.m. De Magistris era già noto in Calabria per una precedente indagine sui finanziamenti pubblici destinati alla tutela dell'ambiente, denominata “*Poseidone*”; la sua nuova inchiesta – di cui egli è titolare con il procuratore aggiunto Murone, delegato alla trattazione dei procedimenti in materia di delitti contro la pubblica amministrazione – si colloca nel contesto di una vasta indagine avviata nel 2005 e mira ad accertare, in particolare, l'eventuale distrazione delle ingenti somme di denaro erogate dall'UE (successivamente stimate da parte di alcuni giornali, addirittura, in otto mi-

<sup>1</sup> Assai utile, per quanto – è opportuno avvertire – “parziale” sotto il profilo della posizione sul merito di tali vicende ivi assunta, la ricostruzione svolta da A. MASSARI, “*De Magistris: un magistrato da fermare*”, in *Micromega*, n. 6/2007, spec. pp. 47-60.

liardi e mezzo di euro fino al 2013!<sup>2</sup>) in attività immobiliari del settore turistico. Secondo l'ipotesi accusatoria, la condotta illecita sarebbe stata realizzata principalmente da Antonino Saladino, ex presidente per il Sud Italia della Compagnia delle Opere e titolare di numerose aziende beneficiarie dei finanziamenti – tra le quali, la società di lavoro interinale “*Why Not?*”, da cui il nome dell'inchiesta –; ma con l'appoggio determinante di esponenti del mondo politico, giudiziario, imprenditoriale e persino dei servizi segreti. Tutti questi soggetti – emergerebbe dalle indagini disposte dal sostituto procuratore – avrebbero dato vita con il principale indagato ad una sorta di “comitato d'affari”, facente capo addirittura a una loggia clandestina affiliata alla massoneria (da cui l'ipotesi di violazione, tra l'altro, della Legge Anselmi) e con base operativa nella Repubblica di San Marino, dove sarebbero stati riciclati i proventi della gestione illecita dei fondi<sup>3</sup>.

La natura e la gravità dei reati ipotizzati e il diretto coinvolgimento del mondo politico nella loro commissione fanno sì che l'indagine non passi inosservata, in Calabria e pure a livello nazionale. Il 13 luglio 2007, d'altra parte, mentre in Senato sono in corso le votazioni sulla riforma dell'ordinamento giudiziario proposta dal Governo di centrosinistra, si verifica il primo “colpo di scena” della vicenda giudiziaria: il sito *web* del settimanale “*Panorama*” rivela l'iscrizione nel “registro degli indagati” del Presidente del Consiglio Prodi. Al Capo del Governo verrebbe contestato il reato di abuso d'ufficio, in relazione a una presunta intromissione illecita nell'attività di finanziamento comunitario dello sviluppo regionale in Calabria, avvenuta quando egli rivestiva la carica di Presidente della Commissione europea<sup>4</sup>. La notizia, successivamente confermata dalla Procura, suscita evidentemente scalpore in ambito politico, per quanto il Presidente del Consiglio, mostrando un atteggiamento di distacco e riserbo mantenuto poi anche nel seguito della vicenda, si limiti a dichiarare la propria estraneità ai fatti contestati e la fiducia nell'operato dei magistrati.

Nei giorni successivi, sempre da fonti di stampa si apprende pe-

<sup>2</sup> V. ad es. G. D'AVANZO, *Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*, “*Repubblica*”, 20/10/2007, p. 1.

<sup>3</sup> F. VIVIANO, *Appalti, tangenti, massoneria. De Magistris indaga Mastella*, “*Repubblica*”, 20/10/2007, p. 2; C. VULPIO, *Catanzaro, Mastella indagato nell'inchiesta di De Magistris*, “*Corriere della sera*”, 20/10/2007, p. 8; A. MASSARI, *op. ult. cit.*

<sup>4</sup> A. MASSARI, *Abuso d'ufficio, Prodi indagato*, “*La Stampa*”, 14/07/2007, p. 4; F. RIZZI, *Abuso d'ufficio*, *Prodi indagato: sono estraneo*, “*Il Messaggero*”, 14/07/2007, p. 5.

raltro che il dott. De Magistris sta sottoponendo ad indagini anche altri esponenti politici di primo piano, appartenenti ad entrambi gli schieramenti. Emergono, in particolare, i nomi di Nicola Adamo (vicepresidente DS della Giunta Regionale calabrese), di Mario Pirillo (assessore regionale della Margherita), del senatore di Forza Italia Giancarlo Pittelli e dell'on. Lorenzo Cesa, segretario nazionale dell'UDC, ai quali viene contestato di aver agevolato indebitamente l'erogazione di finanziamenti pubblici in favore delle società di proprietà di Saladino, in cambio dell'assunzione nelle medesime società di persone collegate ai rispettivi partiti e della dazione di somme di denaro destinate al finanziamento della propria attività politica, in violazione della disciplina sul finanziamento pubblico ai partiti<sup>5</sup>. Sebbene alcuni degli indagati, a cominciare proprio da Saladino, risultino intrattenere rapporti di natura politica e personale con l'allora Ministro della Giustizia Mastella – l'altro principale protagonista degli eventi oggetto di queste note –, il nome del Guardasigilli non risulta, al momento, iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

A due mesi di distanza, dopo le ferie estive, si registra il secondo evento detonante della vicenda in esame, che contribuisce a farle perdere definitivamente la sua dimensione locale (e giudiziaria...), trasformandola in un vero e proprio "caso" di politica nazionale. Il 21 settembre 2007 il Ministro della Giustizia Mastella promuove un'azione disciplinare nei confronti del dott. De Magistris e del procuratore capo di Catanzaro dott. Lombardi, ed avanza contestualmente alla Sezione disciplinare del C.S.M. richiesta di trasferimento cautelare ad altro ufficio di entrambi i magistrati, come consentitogli dalla riforma dell'ordinamento giudiziario approvata nella precedente legislatura dalla coalizione di centrodestra. Ad avviso del Guardasigilli, dalle relazioni sull'attività della Procura catanzarese trasmesse dall'Ispettorato del Ministero già al proprio predecessore Castelli e dalle informazioni assunte a seguito di recenti esposti fatti pervenire al Ministero stesso, risulterebbe la commissione da parte dei pubblici ministeri interessati di gravi e reiterate violazioni disciplinari nell'esercizio delle rispettive funzioni, ed in particolare nella conduzione delle indagini "Poseidone" e, proprio, "Why Not?". Più specificamente, il sostituto De Magistris si sarebbe reso responsabile di numerose irregolarità procedurali nei confronti degli indagati (come l'omesso invio dell'informazione di garanzia prescritta dall'art. 369 c.p.p.) e dello stesso procuratore capo (mancata comunicazione dei provvedimenti

<sup>5</sup> G. AMADORI, *L'inchiesta di Catanzaro, protagonisti e misteri*, "Panorama", 26/07/2007, pp. 30 ss.; ancora, A. MASSARI, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 49 ss.; *La Stampa.it/Multimedia*, 22/10/2007.

adottati, nonostante la necessità di assenso scritto del procuratore prevista dalla legge per alcuni di essi), oltre che della divulgazione di notizie inerenti il procedimento in ripetuta violazione del dovere di riservatezza; il procuratore della Repubblica, dall'altra parte, non avrebbe adeguatamente vigilato sull'operato del proprio sostituto né denunciato agli organi competenti i relativi comportamenti suscettibili di rilievo disciplinare. Tutto ciò, inoltre – secondo quanto riportato nella comunicazione ministeriale di inizio dell'azione disciplinare –, si sarebbe verificato nel quadro di un aspro conflitto riscontrato all'interno della Procura interessata, tale da determinare un «obiettivo clima di tensione (...) in relazione alla gestione di delicatissimi procedimenti penali di rilevante interesse pubblico»<sup>6</sup>.

Anche in questo caso le reazioni non tardano ad arrivare. Le forze politiche, come prevedibile, si dividono sulla valutazione dell'iniziativa del Ministro (in modo peraltro trasversale alle coalizioni, associandosi sostanzialmente il centrodestra al giudizio espresso dai partiti moderati della maggioranza di centrosinistra): essa viene reputata, a seconda delle prospettive, opportuna alla luce delle violazioni disciplinari emerse, oppure – come invece per la componente più radicale del centrosinistra ed il Ministro Di Pietro – un'improvvida ingerenza politica nell'esercizio dell'attività giudiziaria requirente<sup>7</sup>. Il sostituto inquisito, dall'altro lato, rivendica immediatamente di fronte agli organi d'informazione la correttezza del proprio operato ed anzi, in un'intervista rilasciata alla trasmissione televisiva "Anno Zero" nell'ambito di una puntata destinata a suscitare polemiche roventi, non esita ad attaccare il Guardasigilli e, più in generale, il potere politico per le minacce all'indipendenza della Magistratura (ricevendo il caloroso sostegno del g.i.p. milanese Clementina Forleo, presente in studio e protagonista, a sua volta, dei controversi procedimenti sui rapporti tra politica e mondo economico nelle scalate bancarie del 2005). A difesa del p.m. sembra schierarsi, del resto, anche la gran parte della popolazione calabrese, che attraverso associazioni e movimenti spontanei (come quello dei "ragazzi di Locri", costituitosi dopo l'omicidio del vicepresidente regionale Fortugno per mano della 'ndran-

<sup>6</sup> G. BIANCONI, *Nuove accuse dal Guardasigilli a De Magistris. «Ha diffuso sospetti e discredito sui superiori»*, "Corriere della sera", 7/10/2007, p. 6; A. MASSARI, *Mastella chiede di trasferire il pm che indaga su Prodi*, "La Stampa", 22/09/2007, p. 13; L. MILELLA, *Mastella al Csm: «Trasferite i pm di Catanzaro»*, "Repubblica", 22/09/2007, p. 11; G. RUOTOLO, *«So chi è la gola profonda»*, "La Stampa", 8/10/2007, p. 5.

<sup>7</sup> A. MASSARI, *Trasferimento dei pm, sinistra contro Mastella*, "La Stampa", 23/09/2007, p. 8; A.M. GRECO, *Caso Calabria, sinistra in difficoltà. «Mastella intimidisce la Procura»*, "Il Giornale", 23/09/2007, p. 8.

gheta) denuncia l'illegalità e la corruzione dilagante nella Regione e – come non si vedeva dai tempi delle inchieste milanesi di “Mani pulite” – si mobilita nelle piazze contestando il Ministro Mastella ed incitando il magistrato a proseguire nell'indagine intrapresa<sup>8</sup>.

Riunitasi il successivo 8 ottobre per la discussione della domanda cautelare proposta dal Ministro della Giustizia, la Sezione disciplinare del C.S.M., su richiesta del dott. De Magistris e dello stesso sostituto procuratore generale dott. Vito D'Ambrosio (rappresentante dell'accusa nel procedimento disciplinare), rinvia peraltro la decisione sul trasferimento all'udienza del 17 dicembre, avendo provveduto l'Ispektorato del Ministero, nell'imminenza della data di discussione, al deposito di ulteriore documentazione relativa alla posizione dell'incolpato, di notevole consistenza e pertanto insuscettibile di esame immediato<sup>9</sup>.

A questo punto il pubblico ministero calabrese, legittimato di fatto a procedere nell'indagine e forse anche “animato” dal consenso dell'opinione pubblica locale<sup>10</sup> si rimette al lavoro, approfondendo alcune ipotesi investigative e concentrando l'attenzione sulle risultanze di tabulati ed intercettazioni telefoniche relative all'indagato principale Saladino, disposte prima dell'avvio del procedimento disciplinare.

Passano solo pochi giorni ed il quotidiano “*Libero*”, nella prima pagina dell'edizione del 19 ottobre 2007, profila l'avvenuta iscrizione nel “registro degli indagati” dello stesso Ministro Mastella<sup>11</sup>: indiscrezione che viene confermata il giorno successivo dagli altri maggiori giornali nazionali, né viene smentita, sintomaticamente, dalla

<sup>8</sup> F. VIVIANO, *Catanzaro, cresce la protesta. Oggi sit-in per De Magistris*, “*Repubblica*”, 24/09/2007, p. 12; C. VULPIO, *I calabresi tornano in piazza. «E adesso trasferiteci tutti»*, “*Corriere della sera*”, 25/09/2007, p. 22; I. DOMINIJANNI, *Calabria, chi vuole che la società sparisca?*, “*Il Manifesto*”, 2/10/2007, p. 2. Per una puntuale – anche se, pure in questo caso, connotata da un chiaro giudizio di valore dell'Autrice – rappresentazione delle “percezioni diffuse” nella c.d. “società civile” in Calabria e delle conseguenti iniziative di mobilitazione intraprese in quei giorni, si può vedere B. BORROMEO, *Diario di una settimana nella Calabria che lotta*, in *Micro-mega*, n. 6/2007, cit., pp. 113-119 (che raccoglie l'esito di interviste e riprese televisive effettuate dagli inviati della trasmissione “*Anno Zero*” tra il 29 settembre ed il 4 ottobre, in preparazione della puntata cui si è appena fatto riferimento nel testo).

<sup>9</sup> G. BIANCONI, *Il trasferimento del pm De Magistris? Csm, rinvio sulla richiesta del Ministro*, “*Corriere della sera*”, 9/10/2007, p. 9; G. D'AVANZO, *Il Guardasigilli sconfessato*, “*Repubblica*”, 9/10/2007, p. 1; A.M. GRECO, *Il Csm rinvia su De Magistris. Mastella perde il primo round*, “*Il Giornale*”, 9/10/2007, p. 7.

<sup>10</sup> Come hanno ipotizzato Carlo Federico Grosso e Giuseppe D'Avanzo sulle pagine, rispettivamente, de “*La Stampa*” e della “*Repubblica*”: C.F. GROSSO, *Csm, non c'è tempo da perdere*, “*La Stampa*”, 22/10/2007, p. 1; G. D'AVANZO, *Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*, “*Repubblica*”, 20/10/2007, p. 1.

<sup>11</sup> G. PARAGONE, *Mastella indagato?*, “*Libero*”, 19/10/2007, p. 1.

Procura di Catanzaro. Secondo la ricostruzione della stampa, l'ulteriore – ed assai sorprendente, almeno da una prospettiva esterna all'inchiesta – iniziativa di De Magistris, assunta presumibilmente il 13 ottobre e comunicata al procuratore aggiunto Murone per la controfirma (il procuratore capo Lombardi, infatti, competente a vistare le iscrizioni *ex art.* 335 c.p.p., non avrebbe direttamente avallato la richiesta del proprio sostituto), sarebbe derivata dal riscontro di numerosi contatti telefonici tra il Ministro e alcuni altri indagati (tra i quali, proprio l'ex presidente della Compagnia delle Opere), tali da far fondatamente sospettare un suo diretto coinvolgimento nelle attività illecite oggetto dell'indagine. In tale contesto, tre sarebbero le fattispecie di reato ipotizzate dal sostituto per quanto concerne il Guardasigilli: abuso d'ufficio (come per il Presidente del Consiglio Prodi), violazione della legge sul finanziamento pubblico ai partiti e truffa a danno dell'Unione Europea e dello stesso Stato italiano<sup>12</sup>.

Passato nel volgere di pochi giorni da accusatore ad accusato, nel quadro di una vicenda che ormai viene avvertita come un vero e proprio scontro – e grave – tra poteri dello Stato<sup>13</sup>, il Ministro Mastella replica con durezza, respingendo ogni addebito e, a fronte della presa di distanza (quando non, come ancora nel caso del collega di Governo Di Pietro e dei partiti della c.d. sinistra radicale, delle aperte critiche) di alcuni settori della maggioranza, non esitando a mettere in gioco la sopravvivenza stessa dell'Esecutivo. In un primo momento, attraverso un comunicato stampa del proprio Ministero, il Ministro dichiara «di non essere mai stato iscritto a nessuna loggia massonica, né in Italia né all'estero, e di non aver mai partecipato a comitati d'affari o a singoli affari», e depreca la divulgazione da parte dei *media* di «notizie che dovrebbero essere riservate in quanto coperte dal segreto d'indagine», come quelle inerenti il contenuto del registro delle notizie di reato<sup>14</sup>. Poi, in successive interviste e trasmissioni televisive, ribadita la piena legittimità dell'iniziativa disciplinare adottata nei confronti dei magistrati di Catanzaro, definisce «ridicole e

<sup>12</sup> F. VIVIANO, *Appalti, tangenti, massoneria. De Magistris indaga Mastella*, "Repubblica", 20/10/2007, p. 2; D. MARTIRANO, *Il Ministro: sono una persona perbene, contro di me accuse ridicole e ignobili*, "Corriere della sera", 20/10/2007, p. 9; C. VULPIO, *Catanzaro, Mastella indagato nell'inchiesta di De Magistris*, "Corriere della sera", 20/10/2007, p. 8. Secondo l'ANSA, peraltro, risulterebbe contestata anche la violazione della Legge Anselmi sulle associazioni segrete, in relazione a presunti rapporti del Ministro con la loggia massonica di San Marino al centro dell'inchiesta.

<sup>13</sup> In questi termini, in particolare, G. D'AVANZO, "Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni", 20/10/2007, cit.

<sup>14</sup> Ministero della Giustizia, Comunicato stampa, 19/10/2007.

<sup>15</sup> D. MARTIRANO, *Il Ministro: sono una persona perbene*, 20/10/2007, cit.



ignobili» le accuse da questi rivoltegli<sup>15</sup> e, riferendosi alle manifestazioni svoltesi in Calabria a sostegno dell'indagine, ricorda la celebre affermazione di Aldo Moro di fronte ai continui attacchi al sistema politico del tempo – «non ci faremo processare nelle piazze» –. Si dichiara infine pronto a dimettersi in caso di mancata rinnovata fiducia da parte degli alleati di governo, aprendo così la strada ad un'inevitabile crisi di governo ed alle elezioni anticipate<sup>16</sup>.

In questo clima politico piuttosto acceso matura l'ultimo "colpo di scena" nella vicenda in esame: l'avocazione dell'indagine "Why Not?" da parte della Procura generale di Catanzaro, intervenuta il 20 ottobre 2007 e resa nota anch'essa prima di tutto dalla stampa, ad appena due giorni dalla pubblicazione della notizia dell'iscrizione del Ministro della Giustizia. Disposto dal procuratore generale reggente, avvocato generale Dolcino Favi (sostituito, peraltro, pochi giorni dopo dal C.S.M., previo "concerto" con il Ministro stesso ai sensi della legge 195/1958, ponendo fine ad una lunga vacanza nell'ufficio direttivo calabrese), il provvedimento, che determina la sottrazione alla Procura della Repubblica del procedimento penale in questione, si fonderebbe principalmente – secondo ancora quanto riportato dagli organi di informazione<sup>17</sup> – su una situazione di incompatibilità del sostituto De Magistris (assegnatario del procedimento stesso), determinatasi a seguito della sottoposizione ad indagini del Guardasigilli Mastella, suo "accusatore" nel procedimento disciplinare pendente innanzi al C.S.M. in relazione alla medesima indagine. Tale situazione, avrebbe argomentato il procuratore generale facendo riferimento all'art. 372 c.p.p., non era stata rimossa dal procuratore capo Lombardi (a sua volta, comunque, direttamente interessato nella vicenda, in quanto egli stesso sottoposto al procedimento disciplinare di cui sopra) con la sostituzione del magistrato; né peraltro risultava, nella fattispecie, che la Procura della Repubblica avesse valutato la necessità di dover trasmettere gli atti di indagine riguardanti il Guardasigilli al c.d. Tribunale dei Ministri (in questo caso, il Tribunale di Roma), titolare della competenza inderogabile a giudicare dei reati ministeriali a norma della l. cost. n. 1 del 1989 (a tale trasmissione la Procura generale provvederà poi il successivo 23 ottobre).

<sup>16</sup> Ancora G. D'AVANZO, *Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*, 20/10/2007, cit.; A.M. GRECO, *Affari, politica e massoneria, indagato anche Mastella. Il Ministro: «Ora si va a votare»*, "Il Giornale", 20/10/2007, p. 8; L. MILELLA, *Mastella: «È come il Libano» e Di Pietro: «Governo a rischio»*, "Repubblica", 23/10/2007, p. 3.

<sup>17</sup> In particolare, G. FASANO, *Catanzaro, stop a De Magistris. «È incompatibile con l'inchiesta»*, "Corriere della sera", 21/10/2007, p. 2; M. MARTINELLI, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris*, "Il Messaggero", 21/10/2007, p. 4; A. MASSARI, *L'inchiesta sui politici tolta a De Magistris*, "La Stampa", 21/10/2007, pp. 6-7.

In questo caso, è innanzitutto il sostituto privato dell'indagine a manifestare pubblicamente il proprio disappunto, con dichiarazioni estremamente "pesanti", non usuali (almeno in passato...) per un magistrato, ed una risolutezza non dimostrata nemmeno nell'occasione della precedente notizia dell'inizio del procedimento disciplinare nei suoi confronti. Afferma il dott. De Magistris che il provvedimento adottato dal procuratore generale (di cui egli avrebbe appreso notizia solo attraverso i giornali) costituisce «un ulteriore tassello dell'attività di contrasto» esercitata nei suoi confronti dal «sistema» che governa la Calabria, da «poteri occulti che, evidentemente, trovano terreno fertile anche all'interno della magistratura»; parte della quale, anzi, sarebbe «completamente interna al sistema di collusione» oggetto della propria inchiesta<sup>18</sup>. Il p.m. si definisce «un magistrato normale, che rispetta profondamente la Costituzione repubblicana» e nel corso della propria carriera ha indagato con uguale scrupolo su «omicidi, traffici di droga e di esseri umani» e «sui rapporti opachi tra politica, istituzioni, appalti e fiumi di risorse pubbliche»: nel primo caso, però – rileva polemicamente –, ricevendo «il plauso delle istituzioni»; nel secondo, in una condizione di «fortissimo isolamento istituzionale» e, di più, con un'aperta opposizione, che manifesterebbe «il crollo dello Stato di diritto» e «la fine dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura come potere diffuso»<sup>19</sup>.

L'ipotesi di un "movente" (o peggio ancora, di un vero e proprio *input*) politico dell'avocazione del procedimento "Why Not?" – ribadita da De Magistris e dalla collega milanese Forleo in un'altra agguerrita puntata della trasmissione "Anno Zero" e tale da indurre il C.S.M. ad aprire un ulteriore procedimento nei confronti del magistrato (nonché, in un momento successivo, nei confronti della stessa dott.ssa Forleo), per valutare l'opportunità di un suo trasferimento, in questo caso, per "incompatibilità ambientale" ai sensi dell'art. 2 r.d.lgs. 511/1946<sup>20</sup> – fa breccia, peraltro, nei giorni successivi, anche

<sup>18</sup> A queste gravi accuse fa seguito la presentazione da parte del sostituto procuratore di formale denuncia nei confronti dei dirigenti degli uffici giudiziari di Catanzaro, presso la Procura della Repubblica di Salerno (competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p.): in merito, v. *infra*, nota 33, con i relativi riferimenti giornalistici.

<sup>19</sup> Intervista a G. Ruotolo, "La Stampa", 21/10/2007, p. 7. Considerazioni di tenore sostanzialmente analogo erano state peraltro già compiute dal sostituto procuratore catanzarese nell'estate precedente (prima che l'indagine "Why Not" assumesse l'attuale rilevanza nazionale), in un'altra intervista rilasciata al giornalista de "La Stampa", ora ripubblicata in *Micromega*, n. 6/2007, cit., pp. 73 ss., con un *post scriptum* del magistrato stesso, datato 22 ottobre.

<sup>20</sup> C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa, 24/10/2007. Il procedimento per incompatibilità "ambientale" nei confronti del p.m. De Magistris è stato peraltro successivamente sospeso in attesa della definizione del giudizio disciplinare, e si

nelle forze parlamentari maggiormente critiche nei riguardi dell'operato del Ministro Mastella, nell'opinione pubblica (quella calabrese innanzitutto) e pure nei commenti di autorevolissimi e notoriamente assai equilibrati giuristi. Nel mondo politico, sono soprattutto radicali, comunisti ed Italia dei Valori – oltre a parte dell'allora opposizione di centrodestra – a gridare al “colpo di spugna” in favore del Guardasigilli<sup>21</sup>, dichiarando in particolare il Ministro Di Pietro che «minare l'indipendenza dei giudici può portare alla caduta del governo»<sup>22</sup>. Nella società civile, in secondo luogo, si moltiplicano le iniziative – dalla raccolta di firme nelle piazze della Calabria agli appelli alla mobilitazione diffusi in rete dai “ragazzi di Locri” ed altri movimenti – volte a contrastare la sottrazione dell'indagine al sostituto De Magistris, in nome «degli inviolabili principi della Costituzione»<sup>23</sup>. Dalle pagine, rispettivamente, del “*Corriere della sera*” e de “*La Stampa*”, infine, Vittorio Grevi e Carlo Federico Grosso, pur argomentando la formale legittimità del provvedimento di avocazione, paventano entrambi le conseguenze negative di un eventuale rallentamento del procedimento, ed esortano la Procura generale di Catanzaro a proseguire con rigore nelle indagini ed il C.S.M. a pronunciarsi al più presto sulla posizione dei magistrati coinvolti<sup>24</sup>.

Alla luce di tutto ciò, il “caso De Magistris-Mastella” appare or-

è poi estinto a seguito del trasferimento ad altra sede e ad altre funzioni del magistrato, disposto dalla Sezione disciplinare come sanzione accessoria in sede di condanna (v. oltre nel testo); quanto al giudice Forleo – la cui vicenda presenta molti profili di affinità con quella del sostituto catanzarese qui in esame –, ella è stata trasferita dal C.S.M. in via “amministrativa” ai sensi del citato art. 2, ma il provvedimento è stato annullato dal T.A.R. del Lazio con sentenza n. 4454/2009 (in *www.giustizia-amministrativa.it*, e *Guida al diritto*, n. 22/2009, p. 86, con nota di Masaracchia). Su entrambe queste vicende e sui rilievi critici che esse hanno suscitato, per l'apertura da parte del C.S.M. del “doppio procedimento” (“amministrativo” e disciplinare) in relazione a consimili fatti, si vedano da ultimo A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, pp. 273 ss.; G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, pp. 651 ss.; e F. DAL CANTO, *Il “caso Forleo” tra Csm e giudice amministrativo*, in *www.associazionedei-costituzionalisti.it*.

<sup>21</sup> G. FASANO, *Catanzaro, stop a De Magistris*, 21/10/2007, cit.; M. MARTINELLI, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris*, 21/10/2007, cit.

<sup>22</sup> A. MASSARI, *L'inchiesta sui politici tolta a De Magistris*, 21/10/2007, cit.; L. MILELLA, *Mastella: «È come il Libano» e Di Pietro: «Governo a rischio»*, 23/10/2007, cit.

<sup>23</sup> A. BOLZONI e F. VIVIANO, *De Magistris: «Cacciano chi indaga. Siamo tornati all'epoca fascista»*, intervista a L. De Magistris, “*Repubblica*”, 21/10/2007, p. 9; A. MASSARI, *L'inchiesta sui politici tolta a De Magistris*, 21/10/2007, cit.

<sup>24</sup> V. GREVI, *Decisione legittima ma l'indagine continui*, “*Corriere della sera*”, 21/10/2007, p. 2; C.F. GROSSO, *Csm, non c'è tempo da perdere*, 22/10/2007, cit.

mai talmente delicato da indurre il Capo dello Stato, sino a quel momento tenutosi (forse, eccessivamente) ai margini della vicenda, ad intervenire in prima persona. In una nota del 22 ottobre 2007, il Presidente Napolitano esprime, anche in qualità di Presidente del Consiglio superiore della Magistratura, «viva preoccupazione» per «le polemiche seguite a indagini svolte e a determinazioni assunte da organi giudiziari e dai titolari dell'azione disciplinare nei confronti di magistrati»; e nell'invitare tutti gli organi interessati al «rispetto delle regole fissate da leggi e codici deontologici» ed alla massima «riservatezza», dichiara il proprio impegno a prestare «vigile attenzione perché sia assicurato il pieno, doveroso sviluppo delle indagini in corso, e in tale contesto siano puntualmente rispettati i diritti dei soggetti coinvolti, così che la Magistratura possa esercitare le sue funzioni in assoluta autonomia e indipendenza»<sup>25</sup>.

Nel contempo, per quanto riguarda, da un lato, il procedimento penale controverso, il dott. De Magistris propone ai sensi dell'art. 70, comma 6bis, O.G. reclamo avverso il provvedimento di avocazione; ma il reclamo viene dichiarato inammissibile dalla Procura generale della Cassazione (già investita, si noti, delle funzioni di accusa nel procedimento disciplinare pendente a carico del sostituto catanzarese) il 9 novembre, sul presupposto del difetto di legittimazione del sostituto procuratore ad impugnare un provvedimento ablativo di attribuzioni ritenute di spettanza della Procura della Repubblica complessivamente considerata<sup>26</sup>. Sul versante del procedimento disciplinare, dall'altro lato, il procuratore generale della stessa Suprema Corte dott. Mario Delli Priscoli, con due successivi atti del 28 novembre e del 6 dicembre 2007 articola le contestazioni a carico del magistrato inquisito, formalizzandole in ben dodici capi di imputazione. Sulla base del contenuto degli atti di ispezione dei magistrati del Ministero e delle risultanze dell'audizione dello stesso De Magistris presso la Procura generale, gli addebiti vengono estesi, in particolare, ai rapporti intrattenuti dal sostituto con gli organi di stampa (definiti come «disinvolti» e del tutto contrari a «profili di opportunità e riservatezza»); alla correlativa grave accusa di aver fatto «apparire» le iniziative giudiziarie e disciplinari assunte nei suoi confronti come «manifestazioni di un complotto per far cessare la sua attività di indagine»<sup>27</sup>; ed infine – ultimo ma non ultimo – all'acquisizione ed uti-

<sup>25</sup> Presidenza della Repubblica, Comunicato, 22/10/2007.

<sup>26</sup> Nota della Segreteria della S.C. di Cassazione, riportata, in particolare, da M. MARTINELLI, *Respinto il ricorso di De Magistris*, "Il Messaggero", 10/11/2007, p. 15.

<sup>27</sup> Per queste due contestazioni disciplinari, v. M. COFFARO, *De Magistris, altre*

lizzo dei tabulati delle conversazioni telefoniche tra il Ministro Mastella ed alcuni altri indagati senza la preventiva richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza del Guardasigilli (il Senato), come invece prescritto dalla legge "Boato" del 2003 in attuazione dell'art. 68 della Costituzione<sup>28</sup>. Alla formulazione degli addebiti fa subito seguito la richiesta di rinvio a giudizio disciplinare del pubblico ministero interessato, che viene avanzata dal procuratore generale in data 14 dicembre (tre giorni prima della camera di consiglio prevista per la decisione sul trasferimento cautelare, dopo il rinvio dell'8 ottobre sopra ricordato); e la Sezione disciplinare del C.S.M., con estrema e non usuale rapidità<sup>29</sup>, fissa per la discussione del giudizio un'udienza straordinaria per l'11 gennaio, con eventuale prosecuzione il 12 e il 14 dello stesso mese<sup>30</sup>.

Proprio in considerazione della prossimità di tale udienza, inoltre, la Sezione presieduta dal sen. Mancino il 17 dicembre 2007 rinvia poi ancora una volta la trattazione della domanda di trasferimento cautelare del dott. De Magistris proposta dal Ministro della Giustizia, riservandosi di pronunciarsi «una volta incardinato il procedimento di merito»: ciò – si legge nel dispositivo emesso a conclusione della camera di consiglio, riportato dagli organi di informazione<sup>31</sup> – per ragioni «di opportunità», e su concorde richiesta della difesa del magistrato e, ancora, della stessa Procura generale.

Si giunge così, dopo il periodo natalizio, al processo disciplinare vero e proprio, che effettivamente – secondo la scansione prevista dalla Sezione disciplinare, ma con grande disappunto del sostituto incolpato (che dopo l'emissione della sentenza non esiterà a parlare ancora di giudizio "sommario" e "politico" istruito nei propri confronti<sup>32</sup>) – si esaurisce in tre udienze, svoltesi tra l'11 e il 18 gennaio.

*accuse dal Pg. «Provocò allarme con le sue interviste», "Il Messaggero", 29/11/2007, p. 17.*

<sup>28</sup> ANSA.it, *Il pg: De Magistris illecito su intercettazioni a Mastella*, 10/12/2007, in *www.ansa.it*, secondo cui tale ultima violazione sarebbe stata commessa dal sostituto procuratore il 20 aprile 2007 (data di emissione del decreto di acquisizione agli atti del procedimento "Why Not?" delle intercettazioni telefoniche in questione) ed accertata dalla Procura della Repubblica di Roma, su richiesta della stessa Procura generale della Cassazione, il 20 novembre.

<sup>29</sup> Circostanza rilevata, in particolare, da G. RUOTOLO: «Processo lampo al Csm contro il pm De Magistris», *"La Stampa"*, 15/12/2007, p. 13.

<sup>30</sup> F. VIVIANO, *Azione disciplinare per il pm De Magistris*, *"Repubblica"*, 15/12/2007, p. 10.

<sup>31</sup> V. ad es. *Il Giornale.it*, *De Magistris, il Csm rinvia a gennaio la decisione sul trasferimento*, 17/12/2007, in *www.ilgiornale.it* e *"Il Sole 24 Ore"*, *Il Csm rinvia a gennaio il verdetto su De Magistris*, 18/12/2007, p. 14.

<sup>32</sup> Questa dichiarazione è riferita, in particolare, da F. GRIGNETTI, *Via da Ca-*

Nella prima udienza, i giudici disciplinari rigettano la richiesta di un ulteriore rinvio della discussione, avanzata dal difensore del p.m. catanzarese (il magistrato di Cassazione dott. Alessandro Criscuolo) in relazione all'attività di indagine sui procedimenti penali trattati dallo stesso dott. De Magistris, in corso presso la Procura della Repubblica di Salerno a seguito delle numerose denunce ed esposti presentati sia da parte che nei riguardi di quest'ultimo<sup>33</sup>; la seconda udienza è dedicata alla lettura degli atti dell'indagine disciplinare condotta dalla Procura generale della Cassazione e all'audizione dei testimoni (vengono esaminati l'ormai ex procuratore della Repubblica di Catanzaro Lombardi, i procuratori aggiunti Murone e Spagnolo ed il capitano dei Carabinieri Zaccheo)<sup>34</sup>; all'udienza del 18 gennaio, infine, il sostituto procuratore generale D'Ambrosio procede all'interrogatorio del magistrato incolpato – il quale, peraltro, come già preannunciato alla stampa e sempre con riferimento ai procedimenti iniziati dalla Procura di Salerno, oppone il segreto istruttorio –, prima della propria requisitoria<sup>35</sup> e dell'illustrazione delle conclusioni della difesa.

La sentenza della Sezione disciplinare arriva il giorno stesso, dopo quattro ore di camera di consiglio e – coincidenza, questa, davvero singolare nell'intricata successione degli eventi descritti – a poco più

*tanzaro e dalle procure. I fulmini del Csm su De Magistris*, "La Stampa", 19/01/2008, p. 6.

<sup>33</sup> V., in relazione a quanto riferito *supra*, in nota 18, D. STASIO, *De Magistris, il processo va avanti ma i tempi si allungano*, "Il Sole 24 Ore", 12/01/2008, p. 16. Per gli ulteriori, potenzialmente assai rilevanti sviluppi di questi ulteriori procedimenti legati alla controversa vicenda in oggetto – rappresentati dall'iscrizione nel registro degli indagati, per corruzione in atti giudiziari ed abuso d'ufficio, dell'ex p.g. di Catanzaro Favi, dell'ex procuratore capo Lombardi, dell'aggiunto Murone e della dott.ssa Adalgisa Rinardo, presidente del Tribunale del Riesame (iscrizione, emersa pochi giorni prima dell'inizio del dibattimento dinanzi alla Sezione disciplinare, a seguito dell'audizione da parte della Prima Commissione del C.S.M. dei pubblici ministeri titolari delle indagini) –, v. A. MASSARI, «Corrotto chi indaga su De Magistris», "La Stampa", 13/01/2008, p. 18, e F. VIVIANO, *De Magistris, indagati i vertici giudiziari di Catanzaro*, "Repubblica", 13/01/2008, p. 11.

<sup>34</sup> Un resoconto della deposizione, in particolare, del procuratore aggiunto Murone – come si ricorderà, magistrato coassegnatario del procedimento "Why Not", con il sostituto De Magistris – in F. GRIGNETTI e A. MASSARI, «De Magistris svolgeva indagini senza informare i suoi superiori», "La Stampa", 15/01/2008, p. 20.

<sup>35</sup> Secondo *La Stampa.it/Cronache* (*De Magistris, chiusa l'inchiesta: resta a Catanzaro, non sarà pm*, 18/01/2008 (12:00), in *www.lastampa.it*), nelle proprie conclusioni il rappresentante dell'accusa avrebbe chiesto l'irrogazione nei confronti del p.m. De Magistris della sanzione disciplinare della *perdita di anzianità* pari ad otto mesi e, in via accessoria ma con efficacia immediata – sussistendo «ancora le esigenze cautelari» posto che «la situazione a Catanzaro non è affatto rasserenata» – la misura della *destinazione ad altre funzioni* (in luogo del *trasferimento ad altra sede* richiesto sin dall'inizio del procedimento disciplinare dal Ministro della Giustizia).



di ventiquattro dall'ufficializzazione delle dimissioni da Ministro della Giustizia del senatore Mastella, travolto con la moglie Sandra Lonardo (Presidente del Consiglio Regionale della Campania) e gran parte del proprio partito da un'inchiesta su una presunta interposizione illecita nel conferimento di incarichi dirigenziali pubblici in Campania, condotta dalla Procura di Santa Maria Capua Vetere. Il dott. De Magistris viene condannato con la sanzione della censura, e trasferito ad altra sede e ad altre funzioni in via accessoria (con decorrenza, quindi, dalla data del passaggio in giudicato della pronuncia; e non immediata, come sarebbe invece avvenuto qualora lo stesso provvedimento fosse stato disposto a titolo di misura cautelare). Come riferito dalle fonti di stampa nell'immediatezza della pronuncia, e poi confermato dalle motivazioni, rispetto ai numerosi addebiti a lui ascritti dalla Procura generale il pubblico ministero catanzarese viene ritenuto dai giudici disciplinari responsabile delle violazioni procedurali commesse nei confronti di alcuni indagati e dei magistrati o dirigenti dell'ufficio nell'ambito delle inchieste "Poseidone" e "Why Not?" (quali, in particolare, l'omissione della richiesta di convalida del fermo di ventisei indagati e dell'invio dell'informazione di garanzia al senatore Pittelli ed al generale Walter Lombardo Crepella, la cui iscrizione sarebbe stata addirittura secretata in un armadio blindato della Procura); mentre viene prosciolto dalle incolpazioni inerenti il rapporto con la stampa stessa, la violazione del dovere di riservatezza e di adozione delle cautele necessarie ad evitare la divulgazione degli atti di indagine, nonché i sospetti esternati in ordine al presunto "complotto" ordito ai suoi danni dai colleghi degli uffici requirenti di Catanzaro<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Per questa ricostruzione, nella stampa, *La Stampa.it/Cronache*, *De Magistris, il Csm lo condanna: via da Catanzaro e da funzioni pm*, 18/01/2008 (19:29), in *www.lastampa.it*, *ANSA.it*, *De Magistris: il Csm, via da Catanzaro e dalla Procura*, 18/01/2008, in *www.ansa.it*, nonché, ancora F. GRIGNETTI, *Via da Catanzaro e dalle procure*, 19/01/2008, cit. La sentenza della Sezione disciplinare si trova ora pubblicata in *Questione giustizia*, n. 2/2008, pp. 166 ss., nonché nel sito web "Uguale per tutti", in <http://toghe.blogspot.com>.; essa è divenuta definitiva l'11 luglio 2008, dopo che le Sezioni Unite della Cassazione hanno dichiarato inammissibile, per ragioni procedurali, il ricorso proposto nei suoi confronti dal magistrato e dallo stesso Ministro della Giustizia (Cass., Sez. Un., n. 19279/2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2008, p. 1800 (con nota di CAPRIOLI), nonché ancora nel sito web <http://toghe.blogspot.com>.). Solo per completezza di cronaca si ricorda, infine, che il dott. De Magistris è stato poi trasferito in concreto al Tribunale di Napoli, con funzioni di giudice del riesame, e ha presentato peraltro in seguito la propria candidatura a parlamentare europeo per le elezioni del giugno 2009, nella lista dell'Italia dei Valori, risultando poi eletto.



3. Questi, dunque, gli aspetti di fatto della vicenda in esame, nella loro sequenza cronologica e – va subito posto in rilievo – come riportati, nella maggior parte dei casi, dagli organi di informazione più (o, comunque, prima ancora) che dai soggetti istituzionali diretti interessati.

Venendo ora ad analizzare il “caso” nei suoi profili specificamente giuridici – e in particolare, alla stregua della disciplina sull'*ordinamento giudiziario*, che costituisce l'oggetto di queste notazioni – preme fermare l'attenzione principalmente su due passaggi: la *richiesta di trasferimento del dott. De Magistris* avanzata dal(l'allora) Ministro della Giustizia Mastella e la successiva *avocazione dell'indagine “Why Not?”* da parte della Procura generale di Catanzaro. Queste due decisioni sono state, infatti, al centro del dibattito politico innanzi riferito (e hanno ottenuto un ampio risalto presso la stessa opinione pubblica). Per situare correttamente altri elementi della vicenda, a partire dagli eclatanti *provvedimenti di iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.* del Presidente del Consiglio Prodi e poi dello stesso Ministro della Giustizia, assunti dal p.m. De Magistris durante l'indagine “Why Not?”, occorrerebbe d'altra parte conoscere nel dettaglio gli atti, onde valutare l'effettivo rispetto, in primo luogo, del parametro generale dell'obbligatorietà dell'azione penale (pienamente applicabile, secondo la giurisprudenza costituzionale, alla fase delle indagini preliminari: Corte Cost., sent. n. 88/1991 e n. 420/1995<sup>37</sup>).

4. Al riguardo, peraltro – e prima di prendere direttamente in esame l'azione disciplinare del Guardasigilli e l'episodio dell'avocazione –, può comunque osservarsi, sulla scorta della migliore dottrina processualpenalistica<sup>38</sup>, che se il principio affermato dall'art. 112 Cost. e le disposizioni codicistiche che lo traducono operativamente impongono senz'altro al pubblico ministero di adempiere alla formale iscrizione del soggetto nei cui confronti egli ritenga emergano profili di responsabilità in ordine al reato per cui sta procedendo, la decisione del *momento* in cui provvedervi (quello – prevede testualmente il suddetto art. 335 c.p.p. – «in cui risulta» il soggetto cui «è attri-

<sup>37</sup> Cfr., in merito, N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2006, pp. 135 s.; V. ZAGREBELSKY, *Il P.m. “libero” nelle indagini*, “*Il Sole 24 Ore*”, 12/09/1995.

<sup>38</sup> M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Atti del XVIII Convegno di studio E. De Nicola (Saint Vincent, 3/6/1993), Milano, Giuffrè, 1994, spec. pp. 84 ss.; G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 107.4 e 112 Cost.*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, IV, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, pp. 52 ss.

buito» il reato medesimo) è inevitabilmente rimessa, in concreto, alla discrezionalità valutativa dello stesso organo requirente, unico titolare, nel nostro sistema processuale, di tale competenza (ed essendo il controllo del giudice sulla correttezza del relativo esercizio, d'altra parte, costruito dall'attuale codice di procedura penale come successivo, al momento della conclusione delle indagini preliminari). Ora, a prescindere da ogni valutazione sulla fondatezza effettiva delle iniziative assunte dal sostituto De Magistris, non v'è dubbio che, nell'occasione dell'iscrizione del Ministro Mastella – ma forse, in generale nel metodo di conduzione di un'indagine pur innegabilmente complessa e delicata –, di tale “fisiologico” margine di scelta<sup>39</sup> il pubblico ministero non abbia fatto un uso del tutto appropriato, risultando quanto meno avventato – come ha criticamente rilevato anche Carlo Federico Grosso su “*La Stampa*” del 22 ottobre<sup>40</sup> – formalizzare a carico del Guardasigilli, che solo pochi giorni prima aveva richiesto al C.S.M. il suo trasferimento cautelare, ipotesi di reato tanto gravi, in assenza del pronunciamento della Sezione disciplinare (la quale, come ricordato, ha rinviato l'udienza al 17 dicembre); e non dovendosi compiere nei confronti del Ministro stesso, a quanto è dato evincere dalle notizie di stampa, atti di indagine per i quali la legge prevede l'invio dell'informazione di garanzia (che, secondo il disposto dell'art. 369 c.p.p., presuppone l'assunzione da parte del destinatario della qualifica formale di «persona sottoposta alle indagini», conseguente appunto all'annotazione del suo nome nel registro generale).

D'altra parte, come pure riferito da diverse fonti di informazione, i ripetuti “contatti” tra l'allora Guardasigilli Mastella ed alcuni degli indagati principali del procedimento erano già da tempo all'attenzione del sostituto procuratore<sup>41</sup>. Non è quindi fuor di luogo congetturare (lo ha fatto incisivamente Giuseppe D'Avanzo, sulla “*Repubblica*” del 20 ottobre<sup>42</sup>) che il provvedimento di iscrizione *ex art.* 335 c.p.p. fosse già maturato prima della (contro-?)iniziativa disciplinare del Ministro, e – successivamente “congelato”, a scopo prudenziale, in attesa della decisione del C.S.M. – dopo il differimento dell'udienza disciplinare fosse divenuto indispensabile per non incorrere in una palese viola-

<sup>39</sup> Così lo ha definito la dottrina richiamata nella nota che precede, contrappo-  
nendolo alle possibili deroghe “patologiche” – e perciò non ammissibili – al princi-  
pio di obbligatorietà.

<sup>40</sup> “*Csm, non c'è tempo da perdere*”, pp. 1 e 35.

<sup>41</sup> C. VULPIO, *Nell'indagine intercettato anche il Guardasigilli*, “*Corriere della sera*”, 22/09/2007, p. 17; F. VIVIANO, *Appalti, tangenti, massoneria. De Magistris indaga Mastella*, 20/10/2007, cit., p. 2; A. MASSARI, in *Micromega*, n. 6/2007, cit., pp. 50 ss.

<sup>42</sup> «*Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*», pp. 1 e 27.

zione della norma codicistica: il che potrebbe in parte giustificare l'operato del magistrato. Tuttavia, proprio in relazione alla pendenza nei suoi confronti di un procedimento disciplinare inerente la conduzione dell'indagine in questione, indubbiamente avrebbe potuto (e dovuto) essere meglio valutata da parte del p.m., a quel punto, l'opportunità, se non di un'astensione in qualità di soggetto "interessato" all'esito del procedimento penale (anche se, come meglio si specificherà di seguito, in via sopravvenuta ed "indotta" – se e con quanta intenzione di pervenire a tale risultato, non è evidentemente possibile sapere – dall'azione esercitata dal Ministro della Giustizia), almeno di un ulteriore rinvio dell'iscrizione sino al chiarimento della propria posizione da parte dell'organo di autogoverno.

Queste pur "impressionistiche" considerazioni sullo svolgimento dell'indagine catanzarese offrono comunque lo spunto per un'immediata, importante, riflessione di carattere generale.

Il denunciato "margine di scelta" del quale innegabilmente il sostituto De Magistris, pur a fronte dell'avversa iniziativa ministeriale, ha potuto godere nell'adozione di un provvedimento "politicamente" tanto rilevante da risultare causa di uno scontro con (la gran parte dei componenti del-)l'Esecutivo e con alcuni esponenti della stessa Magistratura, quale quello riferito, è altamente sintomatico, ad avviso di chi scrive, della discrezionalità che, al di là (o, a seconda dei punti di vista, *all'ombra*) dell'enunciazione costituzionale del principio di obbligatorietà, connota l'agire concreto dell'organo requirente e ne marca la distinzione rispetto all'attività tipica del magistrato investito di funzioni giudicanti.

Tale dato, ha chiarito in svariate occasioni la dottrina processual-penalistica<sup>43</sup>, si manifesta con frequenza ed implicazioni differenti a seconda che riguardi la valutazione circa la vera e propria *prosecuzione* delle notizie di reato, che l'art. 112 Cost. impedirebbe di sottoporre a criteri di opportunità estranei all'obiettiva fondatezza delle notizie stesse, o, come nel caso in commento, le scelte ordinariamente compiute dal p.m. sulle *modalità* attraverso le quali mettere in atto detta prosecuzione (in particolare nella conduzione delle indagini preliminari: si pensi, a titolo di esempio, alle decisioni relative ai tempi ed agli strumenti per l'acquisizione degli elementi di prova od alla ri-

<sup>43</sup> Ai già compiuti riferimenti a Chiavario e Neppi Modona deve qui aggiungersi Vladimiro Zagrebelsky (in particolare, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 9 ss., e successivamente *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, cit., pp. 99 ss.).

chiesta o disposizione diretta di misure cautelari a carico dell'indagato), non direttamente coinvolte dal disposto costituzionale e pur tuttavia strumentali alla sua attuazione concreta. Nella prospettiva del diritto costituzionale, tuttavia, le, per così dire, "deviazioni" dalla linea direttrice dell'obbligatorietà che complessivamente emergono – nell'*an* e nel *quomodo* – dalla concretezza delle vicende giudiziarie penali, con le non indifferenti conseguenze in termini di uniformità nella gestione dei procedimenti e di interpretazione della posizione stessa dell'organo d'accusa nei confronti degli indagati e della collettività avvertite soprattutto negli ultimi anni, dovrebbero indurre ad interrogarsi sulla validità di un ordinamento del pubblico ministero connotato da limitati controlli interni all'organizzazione (tra l'altro, assai poco tollerati, come ben dimostra la vicenda in esame), fattuale assenza di responsabilità e, più in generale, una sostanziale equiparazione allo statuto del giudice, come quello venutosi a determinare nell'evoluzione costituzionale italiana<sup>44</sup>.

Come è noto, infatti, secondo l'impostazione avanzata in Assemblea costituente da Calamandrei ed accolta nella Carta del '48, l'irresponsabilità (in particolare, *politica*) della funzione requirente – garantita costituzionalmente, in Italia, circostanza pressoché unica nel panorama istituzionale europeo – si giustifica proprio con l'esclusiva soggezione alla legge degli organi ad essa preposti e con il conseguente carattere (strettamente) vincolato dell'attività statale di repressione dei reati (cristallizzato, appunto, nell'"icastica" formula costituzionale dell'art. 112)<sup>45</sup>. Nel momento in cui tali presupposti entrano

<sup>44</sup> Nella dottrina, hanno seguito questa impostazione critica in particolare N. ZANON (v. soprattutto *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, e da ultimo *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo: la "parte pubblica" in cerca d'identità*, Relazione alle VI<sup>e</sup> Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario" (La Coruña, 26-27/09/2007), in [www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm) – versione provvisoria), G. DI FEDERICO (*Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Archivio Penale*, 1995, pp. 296 ss.) ed O. DOMINIONI (*Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004)*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 87 ss.).

<sup>45</sup> In questa precisa ottica, nel sostenere di fronte alla Commissione dei Settantacinque le ragioni della trasformazione del p.m. da organo *lato sensu* amministrativo (quale era stato nell'ordinamento giudiziario sabauda ed unitario, sino al r.d. n. 12/1941) a vero e proprio *magistrato*, collocato in posizione di assoluta indipendenza dal potere esecutivo, l'insigne giurista si espresse, in particolare, in questi termini: «se il Ministro della Giustizia ha potere gerarchico sul pubblico ministero, ha anche il potere di ordinarli come deve procedere e il pubblico ministero si deve uniformare all'ordine ricevuto. Ora questo può essere ordine di non procedere, mentre egli, per legge, è tenuto a procedere. E allora gli si presenta il dilemma: o non pro-

però in crisi, per ragioni “fisiologiche” (quale, ad esempio, il mutamento dei connotati intrinseci della legge, che compota l’ampliamento della discrezionalità interpretativa del magistrato), o “patologiche” (come l’incapacità dell’organizzazione giudiziaria di dare corso a tutte le notizie di reato<sup>46</sup>, che è alla base dell’elaborazione dei cc.dd. “criteri di priorità” nell’esercizio dell’azione penale), l’operato del pubblico ministero non si presenta più nei termini di un’attività “dovuta” e pertanto politicamente (in senso lato) neutra, sindacabile sul piano della mera correttezza giuridica formale ed esclusivamente all’interno del processo; ma discrezionale, che come tale necessita di essere sottoposta anche a corrispondenti specifici meccanismi di responsabilizzazione istituzionale.

Naturalmente, come riconosciuto anche dalla dottrina tradizionalmente più critica nei confronti dell’assetto “diffuso” del pubblico ministero<sup>47</sup>, l’inserimento dell’organo requirente nel potere giudiziario, operato dalla Costituzione repubblicana attraverso l’istituzione di un unico organo competente ad adottare i provvedimenti incidenti sullo *status* dei «magistrati» (artt. 104, 105, 107), in posizione di assoluta autonomia dal potere esecutivo, esclude che tale responsabilità possa essere attivata da un soggetto politico, come si era verificato nel periodo statutario con la sottoposizione del p.m. alla «direzione» del Ministro della Giustizia (da ultimo, art. 69 O.G. 1941, prima della riforma da parte della legge delle guarentigie) e come avviene tuttora, sia pure in termini assai più discussi e con maggiori garanzie rispetto al passato, in altri ordinamenti europei, a partire dalla Francia e dal Belgio<sup>48</sup>. La (re)istituzione di un possibile sindacato in sede politica

cede perché il Ministro così gli ordina, e viola la legge; o si attiene al principio di legalità, non uniformandosi all’ordine del Ministro, e allora infrange il rapporto gerarchico di dipendenza dal Ministro. Quindi non si può voler affermare da una parte il principio di legalità e dall’altra considerare il pubblico ministero dipendente dal Ministro: o l’una o l’altra cosa è proposta inutilmente» (Intervento del 10/01/1947, in AA.Vv., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, VIII, p. 1993).

<sup>46</sup> Anche in questo caso, peraltro, si dovrebbe propriamente parlare di ragioni “fisiologiche”, ove ci si riferisse, più che all’incapacità, alla materiale *impossibilità* degli uffici di Procura (per l’obiettivo limitatezza delle risorse umane e materiali a loro disposizione) di prendere in esame tutte le *notitiae criminis* trasmesse dagli organi di polizia: cfr., in merito, V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità*, cit., pp. 101 ss.

<sup>47</sup> Tra i costituzionalisti, in particolare, Nicolò ZANON, a partire dal noto lavoro monografico *“Pubblico ministero e Costituzione”* (Padova, Cedam, 1996, cit.).

<sup>48</sup> Per un panorama complessivo delle soluzioni adottate in materia di esercizio dell’azione penale e di collocazione istituzionale dell’organo requirente in questi ed altri sistemi europei, v. M. DELMAS MARTY (a cura di), *Procedure penali d’Europa*, ed. it. a cura di M. CHIAVARIO, Padova, Cedam, 2001, spec. pp. 349 ss., 374- 375; S. CAVINI, *La pubblica accusa nei diversi Stati dell’Unione Europea: breve rapporto*

sull'azione degli uffici del pubblico ministero, inerente in particolare i criteri di selezione dei procedimenti da iniziare e portare avanti nel quadro di un esercizio *esplicitamente* discrezionale dell'azione penale (o sottoposto, al più, ad un principio di "legalità" non presidiato da rigida garanzia costituzionale e pertanto derogabile da parte del legislatore ordinario, come proposto alla Costituente da Giovanni Leone<sup>49</sup> e riscontrabile per esempio, ai giorni nostri, nell'ordinamento tedesco<sup>50</sup>), sarebbe del resto, secondo chi scrive, una soluzione del tutto inopportuna ed anzi assai rischiosa nell'attuale contesto politico-istituzionale italiano. Esso, infatti – proprio la vicenda giudiziaria e politica oggetto di queste considerazioni ne è una dimostrazione quanto mai eloquente –, risulta affetto, nel suo insieme, da un'evidente "insofferenza" del potere politico nei confronti dell'attività di indagine e di controllo messa in atto dalla Magistratura, soprattutto requirente, in settori particolarmente delicati, come quello dei rapporti con il mondo economico e finanziario (attività, di cui già oggi si percepisce la "tentazione pericolosa" di bloccare o condizionare pesantemente lo sviluppo) e da una sostanziale evanescenza di quella responsabilità parlamentare, che del sindacato sulla funzione requirente rappresenta, ad un tempo, l'indispensabile presupposto e la garanzia di coerenza sul piano politico-costituzionale.

Se dunque, per queste ragioni, l'indipendenza (innanzitutto, *esterna*) della funzione giudiziaria requirente ed il principio di obbligatorietà posto dal Costituente a relativo presidio non possono essere in alcun modo messi in discussione, non meno fondate ed attuali esigenze di ordine costituzionale impongono tuttavia di configurare *forme di controllo e di responsabilizzazione* dell'esercizio di poteri particolarmente incisivi (quando non, come nel caso del potere cautelare, ad-

*sui principi vigenti in Italia, Francia, Germania e Spagna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, pp. 301 ss.; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 216 ss.

<sup>49</sup> La cui posizione in merito allo statuto ordinamentale da conferire all'organo requirente, notoriamente divergente da quella sostenuta da Calamandrei (muovendosi infatti, in questo caso, da una concezione eminentemente statualistica ed "amministrativa" della funzione di repressione dei reati e dalla correlativa tesi della responsabilità ultima del *potere esecutivo* per le modalità concrete del relativo esercizio), si trova efficacemente riassunta in G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 107.4 e 112 Cost.*, cit., spec. pp. 56 ss. e, più recentemente, in A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 122 ss.

<sup>50</sup> V., a tal proposito, M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Archivio penale*, 1992, pp. 184 ss. e G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 221 ss.



dirittura “invasivi” dal punto di vista materiale) e, difficile negarlo, sempre meno comodamente riconducibili sotto l’ombrello protettivo (e, tradizionalmente, assai...“rassicurante”) costituito dall’articolo 112 della Carta.

Per quanto riguarda i *controlli*, la via da percorrere è stata pure già da alcuni anni indicata dagli studiosi del processo penale, e seguita, sia pure in modo non costante né, per questo, ancora soddisfacente, nella legislazione ordinaria. Si tratta, da una parte, di intensificare quanto a frequenza e modalità di estrinsecazione il sindacato del giudice, «terzo ed imparziale» quale voluto dal testo costituzionale, nella fase delle indagini preliminari<sup>51</sup>; dall’altro lato, di attribuire ai titolari degli uffici requirenti – ed eventualmente, onde evitare ogni indebita concentrazione personale delle funzioni d’accusa, ad altri magistrati dell’ufficio, come i procuratori aggiunti – specifici e mirati poteri di intervento sull’attività dei sostituti e dei magistrati destinati a funzioni di grado inferiore, aventi portata correttiva (adozione diretta o, reciprocamente, revoca di determinati provvedimenti; emanazione di direttive, anche nel quadro di una possibile contitolarità dei procedimenti più delicati) e/o sostitutiva (revoca dell’assegnazione; o tra uffici di grado diverso, avocazione dell’affare)<sup>52</sup>.

Tali poteri, che andrebbero esercitati in via sussidiaria rispetto al sindacato endoprocedimentale dell’organo giudicante (ma non, beninteso, completamente residuale, come pretenderebbe una concezione totalizzante del principio di obbligatorietà, peraltro piuttosto diffusa all’interno della Magistratura) e presidiati, a loro volta, da puntuali garanzie procedurali e correlative adeguate forme di responsabilità, sul piano costituzionale rinvengono il proprio fondamento nel combinato disposto dello stesso art. 112 e di una norma forse troppo spesso sottovalutata nel dibattito dottrinario, l’art. 107, quarto comma. Nel rinviare alla legge sull’ordinamento giudiziario la determinazione delle «garanzie», funzionali ma forse anche in parte di *status*, da at-

<sup>51</sup> M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell’azione penale*, cit., pp. 84 ss. e, in particolare, 94-95; sulla stessa linea, G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 107.4 e 112 Cost.*, cit., pp. 46 ss. e G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell’azione penale*, cit., pp. 230-231.

<sup>52</sup> O. DOMINIONI, *Le indagini preliminari*, in AA.Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, Giuffrè, 1990, 21 ss., e *Relazione* al Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004), cit., pp. 100 ss.; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*, Padova, Cedam, 1994; A. MOLARI, *Relazione* al Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004), e G. PECORELLA, *Intervento* al medesimo Convegno, entrambi pubblicati in AA.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell’ordinamento giudiziario*, cit., rispettivamente alle pp. 249 ss. (v. spec. pp. 253-256) e 345 ss. (v. spec. pp. 349 ss.).



tribuire al pubblico ministero, questa disposizione (che dal punto di vista storico, risulta essere frutto di un "compromesso dilatorio" sullo statuto dell'organo requirente, raggiunto nell'Assemblea Costituente tra le antitetiche proposte presentate da Piero Calamandrei e Giovanni Leone<sup>53</sup>), secondo un'interpretazione condivisibile seppure non prevalente tra i costituzionalisti<sup>54</sup>, opera una tendenziale "decostituzionalizzazione" della disciplina di tale organo, giustificando dunque la possibilità del legislatore ordinario di introdurre parziali limitazioni all'indipendenza *interna* di quest'ultimo, come quelle appena viste, in chiave di garanzia di altri principi costituzionali, ivi compreso, per l'appunto, l'esercizio obbligatorio (ovvero, improntato a canoni di obiettività ed eguaglianza) della funzione requirente al medesimo organo affidata.

La strada dei controlli interni all'organizzazione del pubblico ministero, oltre che costituzionalmente legittima nei termini appena evidenziati, non appare insormontabile dal punto di vista concreto. È però necessaria prima di tutto, in tale prospettiva, una presa d'atto della diversa configurazione della funzione requirente (avente natura, soprattutto nella fase delle indagini preliminari introdotta dal Codice del 1988, certo non strettamente giurisdizionale ed anzi, secondo alcune impostazioni, amministrativa<sup>55</sup>) rispetto a quella attribuita all'organo giudicante e, correlativamente, una revisione critica della tesi dell'equiparazione di stato del p.m. e del giudice, obiettivamente non semplice a realizzarsi nell'attuale contesto istituzionale – e prima ancora, potrebbe rilevarsi, "culturale" – italiano, sebbene ad avviso di chi scrive del tutto realistica (come la stessa indagine condotta dal sostituto De Magistris dovrebbe forse indurre a ritenere). Dalla parte opposta, non può peraltro trascurarsi il rischio, giustamente paventato

<sup>53</sup> Si veda, a tal riguardo, la puntuale ricostruzione dei lavori dell'Assemblea Costituente in materia di ordinamento giudiziario svolta da A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit., in particolare pp. 130 ss. e G. NEPPI MODONA, *Commento agli artt. 107.4 e 112 Cost.*, cit., pp. 43 ss.

<sup>54</sup> N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 144-146, e *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 127-129. La tesi riportata nel testo era stata sostenuta, molti anni addietro, in particolare da G. FOSCHINI, in *Un errore pendolare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, in *Foro italiano*, 1969, V, coll. 9-14, p. 16 e da G. AMATO, in *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967 (rist.), p. 390.

<sup>55</sup> Tradizionalmente, M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., pp. 88 ss. e, ancora, G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1981; oggi, in particolare, N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione; Il sistema costituzionale*, p. 148; e *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo*, citati sopra.

tato da gran parte della dottrina costituzionalistica<sup>56</sup>, di indebite forme di limitazione dell'autonomia dei singoli magistrati del pubblico ministero, derivanti da un possibile utilizzo "disinvolto" da parte dei "controllori" – i capi degli uffici – delle prerogative di cui sopra, nel quadro di un'eccessiva svalutazione del principio di obbligatorietà, quale quella in concreto emergente, ad esempio, in taluni discutibili passaggi della riforma dell'ordinamento delle Procure della Repubblica, determinata in attuazione della legge "Castelli" n. 150/2005 (e solo in parte modificata dalla maggioranza di centrosinistra nella successiva legislatura)<sup>57</sup>.

L'indipendenza comunque garantita dalla Costituzione al pubblico ministero, in quanto *magistrato* preposto ad un'attività di (secondo quanto poco sopra sostenuto, preteso) carattere vincolato, ha inoltre tradizionalmente impedito di attivare nei suoi confronti, non meno

<sup>56</sup> Emblematicamente, G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti su "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale" (Padova, 22-23/10/2004), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti\\_di\\_convegni/Convegno\\_AIC\\_2004](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti_di_convegni/Convegno_AIC_2004) e *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Udine, 22-24/10/2004), in AA.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., spec. pp. 231 ss.; L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi riflessioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625 ss., e *Relazione al Congresso straordinario dell'Associazione Nazionale Magistrati*, Napoli, 24 settembre 2004, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it); A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, in *Atti del Convegno "Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea"* (Accademia Nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003), in [www.movimentoperlagiustizia.it](http://www.movimentoperlagiustizia.it).

<sup>57</sup> Ci si riferisce, nello specifico, all'attribuzione al procuratore della Repubblica – titolare «*esclusivo*» dell'azione penale e, secondo la formulazione originaria del d. lgs. 106/2006, chiamato ad esercitarla «*sotto la sua responsabilità*» – del potere di stabilire i *criteri particolari* cui il magistrato «*delegato*» deve attenersi nella trattazione del *singolo* procedimento (o nel compimento di singoli atti di esso) e, in caso di inottemperanza o di «*contrasto circa le modalità di esercizio della delega*», di disporre la «*revoca*» di quest'ultima con provvedimento non impugnabile, da semplicemente «*trasmettere*» al procuratore generale della Cassazione (art. 2 d. lgs. 106/2006; la successiva l. 269/2006 – per la quale, v. *infra*, nota 63 – ha sostituito l'istituto della «*delega*» con quello dell'«*assegnazione*» del procedimento, lasciando peraltro immutate le linee generali della disciplina descritta). In argomento, v. i lavori citati nella nota che precede (riferiti alla fase di elaborazione della legge delega del 2005), nonché M. CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004), in AA.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 22-30; N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 147-149; ed infine – per puntuali rilievi di costituzionalità avanzati con riferimento all'art. 112 ed al correlativo principio di imparzialità dell'esercizio dell'azione penale – S. LEONE, *Gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent? Considerazioni sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, 30/05/2006, in [www.formucostituzionale.it](http://www.formucostituzionale.it).

che nei riguardi dell'organo giudicante, *meccanismi di responsabilizzazione* direttamente collegati all'esercizio della sua funzione tipica, anche di natura diversa dalla responsabilità politica precedentemente richiamata.

In passato, soprattutto in sede di giudizio disciplinare (ma pure nella giurisprudenza in materia di responsabilità civile consolidatasi dopo l'approvazione della legge 117/1988)<sup>58</sup>, è stato costantemente affermato, a tal proposito, un generale principio di insindacabilità dei provvedimenti giurisdizionali – i quali, di tale attività tipica rappresentano invero l'esito processuale –, ritenuto applicabile anche agli atti posti in essere dall'organo requirente<sup>59</sup>. In base a tale orientamento, è sembrata così preclusa la possibilità di chiamare il pubblico ministero a rendere conto delle scelte (talora, come si è detto, affatto irrilevanti) effettuate – in primo luogo – nello svolgimento delle indagini, di fronte tanto alle parti private del processo, a partire dall'indagato (responsabilità civile), quanto alla generalità dei consociati (responsabilità disciplinare, nell'inquadramento sistematico effettuato in dottrina, di recente, da Francesca Biondi<sup>60</sup>).

Il principio dell'insindacabilità dello *ius dicere* così generalmente inteso, condivisibile se ed in quanto volto a proteggere (anche) il magistrato del pubblico ministero da ogni interferenza esterna nell'esercizio dell'attività di interpretazione ed applicazione della legge, nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M. (nonché delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in sede di giudizio di legittimità) e nello stesso diritto positivo è stato tuttavia sottoposto, in tempi più recenti, ad un non trascurabile processo di erosione (o, se

<sup>58</sup> Cfr., ad es., Cass., sez. I, 8 maggio 1992, n. 5493 (in *Foro it.*, 1992, I, p. 1098), Cass., sez. I, 6 novembre 1999, n. 12357 (in *Giust. civ.*, 2000, p. 2057), nonché le pronunce citate da G. SCARSELLI, in *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro italiano*, 2001, I, pp. 3558 ss.

<sup>59</sup> Tra i tanti possibili riferimenti nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M., v. le sentenze 17 marzo 1995 (in C.S.M., *Manuale dell'udienza disciplinare*, n. 85/1996, p. 254), 20 ottobre 1995 (*ivi*, p. 261), 18 dicembre 1998 (in C.S.M., *Sezione disciplinare-Massimario delle decisioni*, n. 112/2000, p. 67) e 19 marzo 1999 (*ivi*, p. 76); in dottrina, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 860 ss. e V. MELE, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 61, e *Riflessioni sulla sindacabilità degli atti giurisdizionali in sede disciplinare*, in *Corr. giur.*, n. 8/1995, pp. 949 ss.

<sup>60</sup> La quale, nel suo recente completo studio *“La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale”* (Milano, Giuffrè, 2006) ha espressamente configurato tale specie di responsabilità degli appartenenti al potere giudiziario alla stregua di una «responsabilità verso l'ordinamento generale dello Stato» (v., in particolare, pp. 236- 245).

si preferisce, di progressiva precisazione e delimitazione operativa), che non pare invero giustificabile, se non proprio in relazione alla perdita, da parte di tale stessa attività, dei connotati di univocità che (almeno in teoria) la avevano caratterizzata nella tradizione positivista ed alla conseguente accentuazione degli spazi di libertà ascrivibili alla funzione giurisdizionale.

Nel giudizio disciplinare, da una parte, muovendosi dalla consolidata distinzione tra sindacato sul *provvedimento* e sul *comportamento* del magistrato che lo ha adottato<sup>61</sup>, è andato via via affermandosi – in via necessariamente “pretoria”, stante l’assenza di una puntuale definizione legislativa delle figure di illecito, protrattasi sino alla riforma del 2005/2006 – un principio di responsabilità del magistrato conseguente all’emissione di provvedimenti affetti da vizi di particolare rilevanza, ma anche da semplice «inesattezza tecnico-giuridica», ove ritenuta indice di una condotta negligente od improntata a particolare «approssimazione e frettolosità»<sup>62</sup>.

Questa apertura nei confronti di un controllo in sede disciplinare sulle *modalità concrete di esercizio della funzione* ha trovato successiva conferma ed approfondimento, sul versante normativo, nel d.lgs. 109/2006 (emanato, allo scadere della penultima legislatura, in attuazione della legge 150/2005 di riforma dell’ordinamento giudiziario, e parzialmente modificato dalla legge 269/2006<sup>63</sup>). Nel procedere a un’analisi tipicizzazione dei comportamenti disciplinarmente rilevanti, volta a sostituire la fattispecie “aperta” unicamente contenuta nell’art. 18 della legge delle guarentigie (approvata nel 1946, all’indomani della Liberazione), tale disciplina ha individuato numerose ipotesi di illecito riconducibili allo svolgimento dell’attività giurisdizionale e senza dubbio applicabili anche alla funzione requirente. In tale prospettiva, è stata sancita, in particolare, l’illiceità della «grave violazione di legge

<sup>61</sup> Ben esemplificata, in particolare, da Cass., sez. un., 14 marzo 1995, n. 2925 (in *Corr. giur.*, n. 8/1995, p. 949, con nota di V. Mele, citata sopra alla nota 59).

<sup>62</sup> Gli esempi più significativi di tale più articolato orientamento assunto dalla giurisprudenza disciplinare, nel lavoro monografico di F. Biondi citato sopra, in nota 60 (spec. pp. 293- 295).

<sup>63</sup> Si tratta della c.d. “prima legge Mastella” – recante la «*sospensione dell’efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*» –, che era stata approvata dalla maggioranza di centrosinistra dopo il rinnovo delle Camere avvenuto a seguito delle elezioni del 2006, con il principale scopo di evitare l’applicazione della disciplina sulla carriera appena introdotta dal d.lgs. 160/2006, nelle more dell’elaborazione di un nuovo intervento di riforma (poi giunto ad approvazione con la legge 30 luglio 2007, n. 111): in argomento v. G. FERRI, *La riforma dell’ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris*, n. 4/2007 (estratto) e S. SCARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, in questo volume (spec. § 2).

determinata da ignoranza o negligenza inescusabile»; dell'«emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge»; dell'adozione di «atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali»; dell'«emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile»; dell'«adozione di provvedimenti adottati» – così, testualmente, l'art. 2, comma primo, lett. *m* – «nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali»<sup>64</sup>.

Si tratta, è evidente, di fattispecie di diverso tenore né suscettibili, del resto, di univoco giudizio: alcune, infatti, risultano direttamente enucleate a partire dalla (come si è visto, già per alcuni aspetti innovativa) giurisprudenza del periodo antecedente; altre, invece, sono di definizione nuova e, peraltro, tutta da valutare, a partire dal profilo della legittimità costituzionale (la quale, per inciso, secondo quanto si è da ultimo andati dicendo, dovrebbe ritenersi soddisfatta solo nella misura in cui il sindacato sul provvedimento rappresenti il *mezzo* per giudicare il *comportamento* tenuto dal magistrato che lo ha emesso, e non sia invece il *fine* del giudizio disciplinare stesso). Nel loro insieme, tuttavia, tali previsioni manifestano, almeno per chi scrive, un apprezzabile intento di sottoporre a verifica più stretta che non in passato il *modo* in cui una funzione delicata e (sia pure *lato sensu*) discrezionale – quale, nel nostro caso, quella di indagine affidata al pubblico ministero in chiave di repressione dei reati – è stata in concreto esercitata, facendone derivare *ex post*<sup>65</sup> un'eventuale responsabi-

<sup>64</sup> Art. 2.1 d.lgs. 109/2006: Queste figure di illecito disciplinare sono state lasciate inalterate sia dalla l. 269/2006 (cfr. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione alle VI<sup>o</sup> Giornate Italo-Spagnole su “Il potere giudiziario” (La Coruña, 26-27/09/2007), ora in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)) che dalla successiva pur ampia riforma dell'ordinamento giudiziario, intervenuta come detto con la l. 111/2007.

<sup>65</sup> Durante il relativo svolgimento, invero, per sindacare la legittimità dell'azione dell'organo requirente si può ed anzi si deve fare ricorso ai rimedi propri della disciplina processuale: cfr. M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., pp. 84 ss. (in particolare, pp. 94-95), V. MELE, *La responsabilità disciplinare*, cit., pp. 61 ss. e, nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M., le sentenze 17 marzo 1995 (in C.S.M., *Manuale dell'udienza disciplinare*, n. 85/1996, p. 254), 24 luglio 1998 (in C.S.M., *Sezione disciplinare - Massimario delle decisioni*, n. 112/2000, p. 20)

lità *giuridica* dell'organo ad essa preposto; e questo, tra l'altro, nel quadro di una rinnovata concezione di tale responsabilità come strumento di garanzia diretta dell'interesse pubblico ad una giurisdizione efficiente e capace di esprimere adeguati livelli tecnico-professionali, più che di uno specifico interesse "autocorrettivo" proprio dell'istituzione giudiziaria<sup>66</sup>.

Tanto considerato, per ciò che riguarda la materia disciplinare, è lecito auspicare che alla fase della scrittura delle nuove norme faccia seguito quella di una loro puntuale e rigorosa applicazione, senza indebite resistenze da parte dei magistrati che ne sono destinatari<sup>67</sup>. In questo senso, pur con le necessarie precisazioni che si esporranno di seguito, il procedimento cui è stato sottoposto il sostituto De Magistris non può, a nostro avviso e considerata la natura delle condotte al medesimo addebitate – stando alla pronuncia emessa dalla Sezione disciplinare, non senza fondamento –, costituire oggetto di incondizionata valutazione negativa. Sul fronte della responsabilità civile, reciprocamente, occorre ancora che il legislatore provveda a rimuovere le più vistose limitazioni (procedurali e, soprattutto, sostanziali) imposte dalla disciplina vigente (la legge 117/1988, precedentemente citata) all'esercizio dell'azione da parte dei soggetti che si ritengono lesi da un provvedimento giudiziario illegittimo<sup>68</sup>, le quali negli ultimi anni – è opportuno ricordare – hanno anche concorso a causare allo Stato italiano alcune condanne della Corte di giustizia CE, per violazione del diritto comunitario imputabile ad una (*sic!*) non corretta «interpretazione delle norme giuridiche» e «valutazione dei fatti e delle prove» operate da un organo giurisdizionale di ultimo grado (sent. *Traghetti del Mediterraneo Spa*, resa in causa C-173/03<sup>69</sup>).

e 28 giugno 2001 (in C.S.M., *Sezione disciplinare - Massimario delle decisioni*, n. 124/2002, p. 59).

<sup>66</sup> Incisivamente, sul punto, F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit., ed ancora F. BIONDI, *loc. ult. cit.*

<sup>67</sup> Nei cui confronti, come è stato giustamente osservato in relazione alla riforma del 2006 (F. DAL CANTO, *op. ult. cit.*), un sistema di responsabilità connotato da analitica qualificazione degli illeciti e rinnovate garanzie procedurali dovrebbe del resto configurarsi quale strumento di tutela da impropri condizionamenti esterni, compresi quelli provenienti dalla politica.

<sup>68</sup> Secondo quanto auspicato, da ultimo, da F. DAL CANTO, nell'*op. ult. cit.*

<sup>69</sup> Per questa importante pronuncia del giudice comunitario e le vicende giurisprudenziali ad essa antecedenti, v. ancora F. DAL CANTO, *op. ult. cit.*; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 220-227, e *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19/06/2006, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); G. MERONE, *Il naufragio europeo della legge sulla responsabilità dei magistrati*, in *Diritto e giustizia*, 2006, fasc. 32, pp. 8 ss., nonché – da ultimo – A. D'ALOIA, *La responsabilità dei magistrati alla luce della giurispru-*



5. L'indispensabile bilanciamento che, alla stregua delle considerazioni che precedono, deve perseguirsi nel contesto in esame tra garanzia *ordinamentale* (ulteriore, cioè, all'esperienza dei diversi gradi di giudizio previsti dalla legge processuale) del corretto esercizio del potere giurisdizionale – in un quadro di crescente discrezionalità dello stesso, soprattutto nella sua componente requirente – e tutela dell'indipendenza dei soggetti ad esso preposti esige, in ogni caso, che tanto l'attività di "posizione" delle regole sulla responsabilità dei magistrati quanto soprattutto la loro concreta attuazione non valga in nessun modo ad ostacolare il libero esplicarsi della funzione giudiziaria e ad impropriamente alterare il regolare svolgimento dei procedimenti (civili e) penali.

In tale prospettiva, è necessario che ciascun organo chiamato dalla legge ad attivare ed esercitare i dovuti controlli sull'attività (*lato o stricto sensu*) giurisdizionale si ispiri nel proprio agire concreto a dei principi di legalità e, prima ancora, di "prudenza" nel valutare atti e comportamenti posti in essere dagli appartenenti al potere giudiziario, del tutto analoghi a quelli il cui rispetto viene (come si è detto, del tutto legittimamente) invocato nei confronti dei magistrati stessi. Specialmente per gli organi dotati di legittimazione politica, il principio della separazione dei poteri sancito negli artt. 104 e, in via indiretta, 134 della Costituzione sembra valere, in questo contesto, innanzitutto come richiamo alla medesima «elementare cautela» nell'esercizio delle proprie attribuzioni, che Franco Cordero, alcuni anni addietro<sup>70</sup>, aveva opportunamente indicato quale atteggiamento che deve indispensabilmente sostenere le valutazioni effettuate dal pubblico ministero nel corso delle indagini.

Delle due principali forme di responsabilità attivabili, secondo l'ordinamento italiano vigente, nei confronti dei magistrati – quella civile, direttamente coinvolta dalle pronunce del giudice comunitario cui si è fatto riferimento poco sopra, e disciplinare<sup>71</sup> – proprio la seconda, infatti, risulta esposta in modo particolare al pericolo di ingerenze da parte del potere politico, e non solo (o, quantomeno, non

*denza comunitaria*, Relazione al Seminario interdisciplinare organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sui "Problemi della Giustizia in Italia" (Roma, 08/06/2009), in [www.associazionedicostituzionalisti.it](http://www.associazionedicostituzionalisti.it).

<sup>70</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 704.

<sup>71</sup> L'accertamento di una responsabilità di tipo *penale* del magistrato ha sempre rappresentato, per converso, un'ipotesi del tutto residuale, connessa ad una grave patologia dell'esercizio della funzione né, d'altra parte, sottoposta, nel nostro Paese, ad una disciplina differente da quella stabilita per la generalità dei consociati: ancora, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 163-165 e F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit.



direttamente) per l'immediata ed ovvia considerazione che la legislazione ordinaria e prima ancora la Carta costituzionale (art. 107.2) riconoscono a quest'ultimo, nella persona del Ministro della Giustizia, uno specifico ambito di intervento esclusivamente in tale contesto.

Di speciale importanza dal punto di vista in esame appare, in primo luogo, la circostanza che, mentre l'esercizio da parte del privato dell'azione di responsabilità civile ai sensi della legge 117/1988 tende all'accertamento di un *danno* derivante, in via principale, da un *provvedimento* giudiziario adottato *contra ius* e presuppone pertanto la definitività del provvedimento stesso (qualora si tratti di una sentenza, l'esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione: art. 4.2 della legge citata, secondo un'impostazione fatta propria dalla stessa Corte di giustizia CE nella già richiamata sentenza *Traghetti del Mediterraneo Spa*)<sup>72</sup>, l'azione disciplinare attribuita (pure) all'organo ministeriale, essendo come si è visto preordinata alla repressione di specifiche *condotte* realizzate dai magistrati (anche) nello svolgimento delle proprie funzioni e decorrendo quindi dalla data della *verificazione* o della *notizia* di tali comportamenti (da ultimo, art. 15 d.lgs. 109/2006 cit.), non è necessariamente condizionata alla conclusione del procedimento in cui esse hanno avuto luogo, ben potendo intervenire in un momento precedente ed anzi sin dalle fasi iniziali del relativo svolgimento<sup>73</sup>.

Inoltre, con specifico riferimento alla cornice normativa entro cui si sono sviluppati gli eventi oggetto di queste note, deve considerarsi che le concrete possibilità di "interferenza" tra conduzione dei processi ed esercizio da parte del potere esecutivo delle prerogative disciplinari di impulso rientranti nella propria competenza, già in precedenza affatto trascurabili, hanno trovato un ulteriore e significativo ampliamento nel contesto del modello di ordinamento disciplinare dei magistrati introdotto nella penultima legislatura in attuazione della legge 150/2005<sup>74</sup>. Esso, enucleato nel d.lgs. 109/2006, presenta infatti

<sup>72</sup> Per i principali profili procedurali del giudizio previsto dalla legge 117/1988, v., oltre ai lavori citati nella nota 69, L. SCOTTI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 1988, N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit., e F. BIONDI, *op. ult. cit.*, pp. 192 e soprattutto 217 ss.

<sup>73</sup> Cfr., a tal proposito, V. MELE, *La responsabilità disciplinare*, cit., pp. 61 ss., M. CASSANO, *Il procedimento disciplinare*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 331 ss. e N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 167, ove è dato conto della parziale evoluzione registratasi, in anni recenti, nella giurisprudenza disciplinare con riferimento ai presupposti per l'irrogazione delle sanzioni (allora) stabilite dal r.d. lgs. 511/1946.

<sup>74</sup> F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 295-299; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit.; particolarmente severo il giudizio espresso, in

una minuta elencazione delle figure di illecito (ripartite in tre macrocategorie, per un numero complessivo di ben quarantadue fattispecie, “scese” a trentacinque dopo l'intervento correttivo operato dalla l. 269/2006), molte delle quali – lo si è evidenziato poco sopra – direttamente collegate all'emissione di un provvedimento giurisdizionale. Particolarmente in casi come questi, la natura discrezionale e tradizionalmente “sfuggente” del potere di iniziativa disciplinare attribuito al Ministro (obiettivamente, di non agevole controllo mediante lo strumento della responsabilità parlamentare), unita alla mancanza nella disciplina vigente di una condizione di procedibilità ancorata alla definitività dell'atto, di tipo analogo a quella prevista per l'azione civile, rende concreto il rischio di un esercizio distorto dell'azione disciplinare, volto a (o, in ogni caso, tale da) condizionare l'operato del magistrato inquisito più che ad accertarne la reale responsabilità in chiave di garanzia dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Anche sotto questo profilo, peraltro, non meno che in relazione all'ordinamento del pubblico ministero oggetto delle riflessioni precedentemente svolte, la vicenda sostanziale da cui traggono origine queste note presenta aspetti di notevole emblematicità, sui quali pure vale la pena di soffermarsi, nell'ottica della valutazione di alcune delle scelte effettuate dal legislatore in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario.

Viene in rilievo, in tale contesto, la *domanda di trasferimento* del sostituto De Magistris avanzata nel settembre scorso dal Ministro della Giustizia Mastella, causa scatenante del “caso” ed oggetto, come si è riferito, di giudizi opposti nel dibattito politico e presso la stessa opinione pubblica<sup>75</sup>.

Sul piano giuridico, l'iniziativa dell'allora Guardasigilli si situa proprio nel quadro del *d.lgs. 109/2006* (in seguito parzialmente modificato dalla l. 269/2006), il quale ha riunito ed in gran parte riscritto le disposizioni sulla responsabilità disciplinare dei magistrati e sul procedimento per il relativo accertamento, prima distribuite in diverse fonti normative (legge delle guarentigie del 1946, legge 195/1958, D.P.R. 916/1958, oltre naturalmente agli artt. 105 e 107.2 Cost.), nella duplice fondamentale prospettiva (da tempo sollecitata dalla dottrina

merito, da G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, cit., p. 12.

<sup>75</sup> Per una compiuta analisi di questo aspetto della vicenda, v. il contributo di F. BIONDI, “*Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*”, 16/11/2007, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

ed oggetto, del resto, di sostanziale accordo anche a livello politico) della tipicizzazione degli illeciti, cui si è già fatto cenno in precedenza, e dell'avvicinamento del giudizio disciplinare al modello del procedimento penale, preordinato all'obiettiva ricostruzione dei fatti e connotato da adeguate garanzie a favore dell'inquisito<sup>76</sup>.

Dal primo punto di vista, il legislatore delegato ha provveduto a definire e sistematizzare le violazioni disciplinari addebitabili ai magistrati, in maggioranza mutate dalla giurisprudenza del periodo precedente, dividendole in quelle commesse nell'esercizio delle funzioni (violazione dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza etc., elencati nell'art. 1 del d.lgs., e numerose altre ipotesi a questa collegate: art. 2), fuori dell'esercizio delle funzioni (ad es., l'«uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti», la frequentazione di soggetti pregiudicati o sottoposti a procedimento penale, la partecipazione ad associazioni segrete od il rilevante coinvolgimento «nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario»: art. 3) conseguenti alla commissione di un reato accertata con sentenza irrevocabile, anche di patteggiamento (art. 4). Ha così potuto essere abrogata la disposizione dettata dall'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946, la cui del tutto generica formulazione<sup>77</sup>, nonostante avesse superato il vaglio della Corte Costituzionale (sent. 100/1981<sup>78</sup>), secondo gran parte della dottrina risultava in sostanziale contrasto con il principio di legalità, affermato per la materia disciplinare dal precedente art. 17 del decreto stesso, rivelandosi pertanto possibile fonte di abusi – *in bonam* e, anche se forse più raramente, *in malam partem* – da parte del giudice chiamato ad applicarla (Sezione disciplinare del C.S.M. e Corte di cassazione), quale unica norma incriminatrice allora prevista nel sistema, “inverandola” nel caso concreto<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Sulla riforma della responsabilità disciplinare dei magistrati determinata dal d.lgs. 109/2006 e dalla successiva l. 269/2006, v. S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 297 ss.; M. CASSANO, *Il procedimento disciplinare*, cit.; G. FERRI, *op. ult. cit.*; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit.

<sup>77</sup> «Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari...».

<sup>78</sup> In *Giur. cost.*, 1981, I, pp. 848-855. Su questa importante pronuncia v., tra i tanti, V. MELE, *La responsabilità disciplinare*, cit., pp. 55 ss. e, da ultimo, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 259-262.

<sup>79</sup> Avevano sostenuto questa opinione, in particolare, V. MELE, *op. ult. cit.*, spec. pp. 35-37; G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 843 ss.; e G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 212.

Sul versante del procedimento, in secondo luogo, coerentemente con l'individuazione degli elementi qualificanti la responsabilità disciplinare dei magistrati rispetto a quella degli altri pubblici dipendenti<sup>80</sup> e con le stesse scelte adottate sul terreno del diritto sostanziale, è stata in gran parte superata la configurazione burocratico – amministrativa degli atti strumentali all'esercizio del potere disciplinare, ereditata dall'ordinamento giudiziario del 1941 ed attenuata solo per aspetti piuttosto limitati dalla legislazione (pubblicità delle udienze: l. 74/1990) e dalla giurisprudenza costituzionale (imparzialità del giudice: sent. 262/2003) dei decenni successivi.

Ciò è avvenuto principalmente attraverso l'articolazione del giudizio disciplinare secondo la scansione e molti degli istituti contemplati dal Codice di procedura penale del 1989 (dalla cui entrata in vigore, d'altra parte, il rinvio operato dalla precedente disciplina al Codice Rocco aveva suscitato non poche questioni interpretative), in un quadro, anch'esso del tutto – e significativamente – innovativo, di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione da parte del procuratore generale presso la Corte di cassazione (art. 14, comma terzo, del d.lgs.)<sup>81</sup>. Diversamente, ha mantenuto la propria tradizionale natura facoltativa, riconducibile alla responsabilità politica propria di tale organo ed oggetto del resto di specifica previsione costituzionale, l'azione disciplinare attribuita al Ministro della Giustizia, promuovibile mediante «richiesta di indagini» al procuratore generale (art. 14, comma secondo) ed assistita, tra l'altro, nel sistema ridisegnato dal d.lgs. n. 109, da una serie di ulteriori poteri ed attribuzioni esercitabili da parte del medesimo organo politico lungo tutto l'arco del procedimento: richiesta al p.g. di estensione degli addebiti nel corso delle indagini; facoltà di integrazione e modificazione della contestazione al termine dell'istruttoria preliminare; possibilità, infine, di partecipazione ed intervento attivo all'udienza di discussione attraverso un magistrato dell'Ispettorato a ciò delegato (rispettivamente, artt. 14.3, 17.3 – 7 e 18.1). L'innegabile incisività di tali prerogative ministeriali (ridimensionata dalla successiva l. 269/2006 limitatamente alla partecipazione all'udienza) ha peraltro attirato le critiche di numerosi commentatori, nella misura in cui avrebbe determinato l'operatività nel nuovo giudizio disciplinare di un pubblico ministero “bifronte”, inopportuno ai fini

<sup>80</sup> A partire dal suo essere direttamente rivolta alla tutela dei diritti dei cittadini coinvolti nei procedimenti giurisdizionali, e, per questa via, alla garanzia complessiva dell'ordinamento giuridico: G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 209.

<sup>81</sup> In argomento, N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, pp. 183-184, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 266 ss. (ambidue riferiti alla legge delega del 2005) e, da ultimo, F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit.

dell'ordinato svolgimento della dialettica processuale e tale soprattutto da pregiudicare il diritto di difesa del magistrato incolpato e – con stretto riferimento alla posizione del Ministro – la sua stessa indipendenza dal potere politico<sup>82</sup>.

Al Ministro Guardasigilli, al pari in questo caso del procuratore generale, titolare “naturale” delle funzioni di accusa nel procedimento disciplinare (in tal senso, il disposto degli artt. 2.7, lett. *a* l. 150/2005 e 16.1 del decreto delegato), ma con implicazioni *prima facie* non troppo dissimili da quelle da ultimo esposte, la riforma in esame ha inoltre consentito di chiedere alla Sezione disciplinare del C.S.M., nel corso delle indagini ed a fronte di addebiti punibili con una sanzione più grave dell'ammonimento, il *trasferimento ad altra sede* – o, in alternativa, la destinazione ad altre funzioni – del magistrato interessato (art. 13.2 d.lgs. n. 109)<sup>83</sup>: il che è precisamente quanto ha fatto l'allora Ministro Mastella, nel caso concreto che ci occupa, nei confronti del dott. De Magistris (e del procuratore capo di Catanzaro, dott. Lombardi).

A tal proposito, per comprendere appieno la portata dell'iniziativa assunta dall'organo politico, è utile puntualizzare ancora che, nel catalogo dei provvedimenti inerenti lo stato dei magistrati stabilito dalla disciplina sull'ordinamento giudiziario attualmente in vigore, tale misura si configura senz'altro quale *provvedimento cautelare di natura disciplinare*: esso, infatti, secondo la disposizione del d.lgs. 109/2006 che lo ha introdotto, può essere disposto dalla Sezione disciplinare, in via provvisoria, solo *1*) come si è visto, nell'ambito di *determinati procedimenti disciplinari* (per addebiti punibili con una sanzione più grave dell'ammonimento), e *2*) quel che più conta, in presenza del duplice requisito costituito dai *a*) «*gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare*» (nell'abituale terminologia dei processualisti, il c.d. *fumus boni iuris*) e dai *b*) «*motivi di particolare urgenza*» (il c.d. *periculum in mora*). La fattispecie di trasferimento di cui trattasi, non specificamente contemplata dalla legislazione ordinaria precedente (al contrario della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio, già pre-

<sup>82</sup> A tal proposito, da parte di M. CASSANO (ne *Il procedimento disciplinare*, cit., pp. 345-350) è stata rilevata nella disciplina contenuta nel d.lgs. 109/2006 «una ingiustificata e immotivata prevalenza di una parte, quale il Ministro, espressione di una soggettività politico- istituzionale, sull'altra [sott., il procuratore generale] cui spetta, proprio in virtù del suo ruolo e della sua collocazione ordinamentale, di agire per il perseguimento di illeciti disciplinari secondo criteri di uniformità e prevedibilità, nel rispetto della regola di uguaglianza e nell'interesse di un corretto e regolare funzionamento del servizio».

<sup>83</sup> Per questa specifica previsione, v. ancora M. CASSANO, *op. ult. cit.*, p. 371 e, naturalmente, F. BRONDI, *Il caso De Magistris*, cit.

vista dall'art. 31 r.d.lgs. 511/1946<sup>84</sup>), va pertanto tenuta ben distinta: 1) dal trasferimento che il medesimo Giudice disciplinare può disporre, in sede di pronuncia definitiva sulla responsabilità dell'incolpato – *dovendo* disporlo, in ogni caso, quando è stata accertata una delle violazioni previste dall'articolo 2.1, lett. a) dello stesso d.lgs. n. 109, nonché nell'eventualità in cui debba essere inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni (art. 13.1 del d.lgs.) –, a titolo di *sanzione accessoria* a quelle stabilite dall'art. 5 del decreto delegato<sup>85</sup>; 2) soprattutto, dal *trasferimento d'ufficio* previsto dall'art. 2 del r.d.lgs. 511/1946 e significativamente modificato, a sua volta, dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006.

Nella sua configurazione originaria, tale istituto consentiva infatti al Consiglio superiore della Magistratura (in *composizione plenaria*, ma su proposta della Prima Commissione, competente per l'istruttoria) di destinare ad altra sede o funzione i magistrati, anche *senza il loro consenso*, in presenza di una *situazione di incompatibilità all'esercizio delle funzioni* nell'ufficio di appartenenza, derivante – in via alternativa – da a) l'*obiettiva* sussistenza di una delle ipotesi di cui agli artt. da 16 a 19 O.G. 1941<sup>86</sup>; b) una situazione di c.d. "*incompatibilità ambientale*", ricorrente «quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario» e valutata, appunto, dalla Prima Commissione all'esito di un procedimento *di natura tendenzialmente amministrativa*, disciplinato dagli artt. 4 r.d.lgs. 511/1946 e poi 55 D.P.R. 916/1958, nonché da successive delibere adottate dallo stesso C.S.M. nell'esercizio dei propri poteri cc.dd. "paranormativi" (in particolare, dalla delibera del 18-XII-1991)<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Alla stregua di tale disciplina, la sospensione dalle funzioni conseguiva, in via obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi, alla più grave ipotesi di sottoposizione del magistrato a procedimento penale; il trasferimento ad altra sede introdotto dall'art. 13 del d.lgs. di riforma si affianca ora dunque, quale possibile misura cautelare, a tale provvedimento, che continua ad essere previsto ai sensi degli artt. 21-23 dello stesso d.lgs.

<sup>85</sup> Come ha fatto la Sezione disciplinare proprio all'esito del procedimento a carico del sostituto De Magistris: cfr. *supra*, par. 2, in particolare nota 36.

<sup>86</sup> Rispettivamente, ipotesi generali, «incompatibilità di sede per parentela o affinità con professionisti» ed «incompatibilità per vincoli di parentela o di affinità fra magistrati della stessa sede».

<sup>87</sup> Reperibile nel sito [www.csm.it](http://www.csm.it). Sul trasferimento d'ufficio ex art. 2 l. guarentigie v., tra i tanti, G. FICI, *Il trasferimento d'ufficio del magistrato*, in *Giustizia civile*, 1986, I, pp. 2513 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 154 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, in ID. (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura, aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, Giap-



Su questo secondo presupposto giustificativo – da sempre oggetto di più che fondati rilievi da parte della dottrina per la sua sostanziale indeterminatezza ed il legame meramente eventuale con una condotta colpevole del magistrato interessato (ritenuti in contrasto con la riserva di legge posta dall'art. 107 Cost. a presidio della garanzia dell'inamovibilità<sup>88</sup>) e che comunque, nell'esperienza applicativa, aveva dato luogo ad una sovrapposizione tra il ricorso al trasferimento in parola e le valutazioni proprie, invece, del giudizio disciplinare, in grado di indebitamente comprimere il diritto di difesa del magistrato<sup>89</sup> (tanto che per significare il carattere "ibrido" dell'istituto venne coniato l'aggettivo "*paradisciplinare*") – ha peraltro inciso in profondità, ancora, il d.lgs. 109/2006, sostituendo l'ormai anacronistico riferimento al «prestigio dell'ordine giudiziario», quale interesse protetto dall'art. 2 l. guarentigie, con quello alla «*piena indipendenza e imparzialità*» nello svolgimento della funzione; ma soprattutto circoscrivendo l'operatività dell'istituto alle sole fattispecie di incompatibilità *non ascrivibili ad un comportamento colpevole* del soggetto interessato (attraverso la decisiva eliminazione dal testo della disposizione della congiunzione «anche»: art. 26, comma primo, del d.lgs.).

Va subito detto che anche la nuova formulazione della norma non ha mancato di sollevare obiezioni, incentrate sia sulla persistente genericità delle ragioni che possono legittimare il trasferimento d'ufficio<sup>90</sup>, sia sulla sottrazione al C.S.M. di uno strumento di intervento nella gestione degli uffici particolarmente efficace in presenza di situazioni patologiche non univocamente classificabili secondo il criterio della rilevanza "colpevole" o meno delle condotte poste in essere dai magistrati<sup>91</sup>. Risulta peraltro evidente – e merita di essere sottolineato ai fini dell'inquadramento della domanda di trasferimento del

picchelli, 2001, pp. 103 ss.; G. D'ELIA, *Art. 107*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, pp. 2053 s.; da ultimo, si consenta di rinviare a G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, citato sopra alla nota 20.

<sup>88</sup> In particolare, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 103 ss. e F. BIONDI, *loc. ult. cit.*; per una differente ricostruzione dell'istituto in esame, inteso come garanzia dell'indipendenza del giudice, a fronte di eventuali situazioni anche non dovute a sua colpa, v. invece G. SILVESTRI, *loc. ult. cit.*

<sup>89</sup> Incisivamente, sul punto, F. BIONDI, *Il caso De Magistris*, cit., pp. 2 s.

<sup>90</sup> Ancora, F. BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 6.

<sup>91</sup> M. CASSANO, *Il procedimento disciplinare*, cit., p. 372, nonché lo stesso C.S.M., nella risoluzione del 24-I-2007 e nel parere emesso in data 31-V-2007 (p. 3), ai sensi dell'art. 10 l. 195/1958, sull'allora d.d.l. di riforma dell'ordinamento giudiziario presentato dal Governo Prodi, che non prevedeva, per questa materia, il *révirement* auspicato dall'organo di autogoverno (entrambi i documenti sono reperibili nel sito [www.csm.it](http://www.csm.it)).



sostituto De Magistris che qui interessano – che l'intento di tale intervento normativo è stato quello di separare con nettezza, dal punto di vista giuridico formale, la figura del trasferimento d'ufficio ex art. 2 l. guarentigie dall'esercizio del potere disciplinare e, in tale contesto, dall'ipotesi del trasferimento ad altra sede, contemplata quale (nuova) misura cautelare dal d.lgs. 109/2006. Nell'ordinamento giudiziario oggi vigente, le due fattispecie si differenziano, infatti, non solo, come avveniva in precedenza, per l'organo competente ad applicarle (nel primo caso, il *plenum* del C.S.M.; nel secondo, la Sezione disciplinare) ed il correlativo procedimento (amministrativo, o, al più, "paragiurisdizionale" per il trasferimento di cui al r.d.lgs. 511/1946; giurisdizionale, per quanto riguarda il trasferimento cautelare), ma anche per il campo di applicazione, potendo intervenire la seconda, alla stregua di quanto sopra rilevato, *esclusivamente all'interno del procedimento disciplinare* e, reciprocamente, riducendosi il trasferimento per c.d. "incompatibilità ambientale" al mero riscontro di *situazioni incolpevoli ed oggettive*, legittimanti tale misura<sup>92</sup>.

Questo dà ragione anche del fatto che, come si è riferito all'inizio, il dott. De Magistris è stato sottoposto a *due* procedimenti avanti al C.S.M.: il primo – lo ha chiarito bene Francesca Biondi nel suo recente intervento sul *Forum dei Quaderni costituzionali*, più volte richiamato – ha fatto seguito alla domanda di trasferimento avanzata dal Ministro, sulla quale la Sezione disciplinare, dopo il duplice rinvio disposto l'8 ottobre ed il 17 dicembre, ha infine ritenuto di non provvedere, preferendo pronunciarsi il successivo 18 gennaio sul merito delle incolpazioni; il secondo, invece, iniziato qualche tempo dopo ma "doppiato" poi dalla pronuncia della Sezione disciplinare (che ha disposto il trasferimento come *sanzione disciplinare accessoria*, ex d.lgs. 109/2006), ha riguardato proprio un'eventuale situazione di "incompatibilità ambientale" in capo al sostituto catanzarese, rilevante ai sensi del menzionato art. 2 l. guarentigie, legata alle ripetute "esternazioni atipiche" del magistrato (in particolare, dinanzi agli organi di informazione) sui presunti rapporti collusivi tra esponenti politici, imprenditori e parte della Magistratura nel contesto calabrese a seguito dell'avocazione dell'inchiesta "*Why Not?*" ad opera della Procura generale<sup>93</sup>, ed è stato istruito pertanto dalla Prima Commissione<sup>94</sup> (così

<sup>92</sup> Per questi profili, di recente, F. BIONDI, *op. ult. cit.*, pp. 3 ss.; F. DAL CANTO, *Il "caso Forleo" tra Csm e giudice amministrativo*, cit.

<sup>93</sup> Cfr. *supra*, § 2, e relativa nota 19.

<sup>94</sup> Di fronte alla quale, come si è già accennato sopra in nota 33, ha infatti avuto luogo a fini di «approfondimento istruttorio», il 9 gennaio 2008, l'audizione dei magistrati della Procura della Repubblica di Salerno titolari dei procedimenti in corso

come il procedimento aperto sempre nel 2007 nei riguardi del g.i.p. milanese Clementina Forleo, in relazione principalmente alle dichiarazioni pubbliche rilasciate a sostegno del collega calabrese, di contenuto sostanzialmente analogo<sup>95</sup>).

La Commissione, tra l'altro, attraverso un Comunicato stampa pubblicato il 24 ottobre 2007, cui si è già fatto riferimento nel corso di queste note<sup>96</sup>, ha reso noto di aver provveduto, in applicazione appunto del d.lgs. 109/2006, allo stralcio ed alla contestuale trasmissione ai titolari dell'azione disciplinare «degli atti relativi a tutti gli *altri episodi* risultanti nelle procedure pendenti» (corsivo nostro) avanti a sé in relazione alla posizione del dott. De Magistris, ritenuti evidentemente di possibile rilevanza disciplinare. Se ciò, da un lato, sembrerebbe rispondere alla nuova sistemazione dei rapporti tra trasferimento d'ufficio e responsabilità disciplinare dei magistrati determinata dalla recente riforma, per altro verso, ponendosi anche in una prospettiva di carattere generale, attesta che nell'attuale contesto normativo non è affatto venuto meno il rischio di un'interferenza – sul piano temporale e forse ancora, nonostante tutto quanto sopra rilevato, *delle situazioni di fatto ivi dedotte*<sup>97</sup> – dei rispettivi *procedimenti*, con possibili ripercussioni negative sulla situazione soggettiva del magistrato interessato ed anche (come ha ancora opportunamente rilevato Francesca Biondi) dei componenti del Consiglio superiore<sup>98</sup>. L'im-

nei confronti del sostituto De Magistris e conseguenti a denunce dal medesimo presentate nei confronti dei colleghi della Procura di Catanzaro (per i quali, v. *supra*, note 18 e, ancora, 33): C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa del 11/12/2007, *La Prima Commissione prosegue l'istruttoria sulla pratica concernente il dott. De Magistris*, in *www.csm.it*.

<sup>95</sup> C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa del 4/12/2007, *Procedura di incompatibilità per la dott.ssa Forleo*, in *www.csm.it*: in merito, v. le considerazioni critiche “a caldo” di M. FELTRI, *La donna incompatibile*, “*La Stampa*”, 4/12/2007, p. 38, e successivamente – nella prospettiva propria del diritto costituzionale – F. DAL CANTO, *Il “caso Forleo” tra Csm e giudice amministrativo*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* e G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit.

<sup>96</sup> V. *supra*, § 2, e relativa nota 20.

<sup>97</sup> Con riguardo a questo profilo, va infatti ancora notato che nella vicenda concreta in esame, a seguito delle contestazioni disciplinari successivamente avanzate dal procuratore generale della Cassazione (per le quali, v. ad es. M. COFFARO, *De Magistris, altre accuse dal Pg. “Provocò allarme con le sue interviste”*, “*Il Messaggero*”, 29/11/2007, p. 17), in particolare le *dichiarazioni rilasciate dal sostituto procuratore catanzarese agli organi di informazione* avrebbero costituito oggetto tanto del procedimento per trasferimento d'ufficio davanti alla Prima Commissione del Consiglio, quanto, appunto, del giudizio conclusosi innanzi alla Sezione disciplinare.

<sup>98</sup> F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, p. 257; *Il caso De Magistris*, cit., pp. 6-7.

parzialità di questi ultimi nell'esercizio della funzione di giudici disciplinari (richiesta anche dalla Corte Costituzionale, secondo quanto affermato nella sentenza 262/2003<sup>99</sup>) potrebbe infatti risultare compromessa da un precedente giudizio, emesso, ai sensi della l. 195/1958, in qualità di membri del *Plenum* sulla proposta in ordine al trasferimento avanzata dalla Prima commissione con riferimento a *vicende* – ancora, almeno in parte – *sostanzialmente analoghe*.

Sotto un altro profilo, tuttavia, di rilevanza ancora indubbiamente maggiore, la disciplina introdotta dal d.lgs. 109/2006 suscita particolari perplessità, e gli eventi di Catanzaro oggetto di queste note (con l'aggiunta di situazioni determinatesi davanti al C.S.M., altrettanto equivoche ed “imbarazzanti”) ne sembrano una dimostrazione eloquente.

Nella riforma approvata nella penultima legislatura, all'intervenuta – consistente – riduzione del campo di operatività del trasferimento d'ufficio *ex art. 2* legge guarentigie non ha fatto riscontro la devoluzione *sic et simpliciter* delle fattispecie di c.d. “incompatibilità ambientale”, ove determinate da una condotta (almeno in prevalenza) *colpevole* del magistrato, alla fase del merito del giudizio disciplinare.

Si è appena osservato, infatti, che in sede di riformulazione delle norme sul procedimento disciplinare, il legislatore del 2005 ha previsto la possibilità della Sezione disciplinare di disporre a carico del magistrato incolpato, a partire dalla fase delle indagini e sino all'emissione della pronuncia definitiva sull'addebito, la misura del trasferimento ad altra sede, previo accertamento della sussistenza di «*gravi elementi di fondatezza dell'azione*» in corso e, soprattutto, di «*motivi di particolare urgenza*». Questo secondo presupposto, a ben vedere, integra un'esigenza cautelare assai simile a quella che, nella disciplina precedente quale interpretata anche dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte Costituzionale (in particolare, sent. 457/2002<sup>100</sup>), valeva a giustificare il trasferimento d'ufficio rientrante nella competenza del *plenum* consiliare (e lo giustifica tuttora, nelle situazioni di, per così dire, “incompatibilità incolpevole” contemplate dal novellato art 2 r.d.lgs. 511/1946), potendo ragionevolmente essere costituita, tra i molti casi che potrebbero presentarsi nella pratica, anche dalla necessità di rimuovere determinati impedimenti al regolare funzionamento di un ufficio giudiziario, ritenuti in grado di pregiudicare il sereno ed indipendente esercizio della giurisdizione, mediante la destinazione ad ufficio diverso del magistrato che vi ha dato (in questo caso, colpevolmente) causa.

<sup>99</sup> In *Giur. cost.*, 2003, pp. 2145 ss.

<sup>100</sup> In *Giur. cost.*, 2002, pp. 3792 ss.

Se si accetta tale premessa – e, ad avviso di chi scrive, vi sono ragioni più che plausibili per farlo –, dovrà concludersi che, su di un piano generale, (anche) la “materia” della c.d. “incompatibilità ambientale”, in passato sottoposta alla potestà valutativa della Prima commissione del C.S.M., risulta ora in gran parte attribuita alla cognizione della Sezione disciplinare, in funzione (non necessariamente, beninteso; ma soprattutto) di giudice cautelare<sup>101</sup>. E ciò, a prima vista, non dovrebbe comportare particolari problemi, tenuto conto dell’indipendenza che connota tale organo ed anzi delle rafforzate garanzie procedurali stabilite, come si è rilevato, dal d.lgs. 109/2006.

In una prospettiva più approfondita e forse, in ogni caso, più pragmatica, vi è però anche da considerare che la Sezione disciplinare, al pari di qualsiasi altro organo (quantomeno, *lato sensu*: cfr., ancora, Corte Cost., sent. 262/2003) giurisdizionale, non esercita i propri poteri decisori *d’ufficio*, ma *su iniziativa delle parti* del procedimento: ed infatti, la norma del decreto delegato che qui interessa – l’art. 13, comma 2 – stabilisce che sul trasferimento cautelare del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare la Sezione possa pronunciarsi unicamente «*su richiesta del Ministro della giustizia o del procuratore generale presso la Corte di cassazione*», titolari *ex lege* (il primo, anzi, per espressa previsione costituzionale) dell’azione disciplinare. Ora, se la legittimazione del procuratore generale a chiedere la misura si inserisce a pieno titolo nella logica strutturale del procedimento di cui trattasi, essendo espressamente riservate a questo organo – non soggetto, del resto, ad alcuna responsabilità politica, in quanto magistrato – le «funzioni di pubblico ministero» e, in tale contesto, le attività di indagine all’interno delle quali possono manifestarsi le predette esigenze cautelari (art. 16.1 d.lgs. 109/2006), altrettanto non può certo dirsi con riguardo alla posizione del Ministro. Ad esso, infatti, la legge e prima ancora la Carta costituzionale riconoscono un più circoscritto potere di semplicemente “promuovere” l’azione disciplinare, essenzialmente attraverso la «richiesta di indagini» al p.g. stesso (art. 14.2 del d.lgs.): potere, che è orientato sul piano funzionale alla (esclusiva) garanzia della corretta organizzazione dei servizi giudiziari<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Sembra propendere per questa tesi, ad esempio, F. BIONDI (ne *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 258), la quale – criticata la genericità dell’originario disposto dell’art. 2 l. guarentigie ed il conseguente possibile ricorso da parte del (*Plenum* del) C.S.M. al trasferimento d’ufficio «quale misura d’urgenza, in attesa della decisione della sezione disciplinare» – ha valutato positivamente la modifica contemplata dalla l. 150/2005, in quanto, dotando la Sezione disciplinare di un autonomo potere di disporre interinalmente il trasferimento ad altra sede, «si contrasta l’apertura del doppio procedimento».

<sup>102</sup> F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Commento all’art. 107 Cost.*, in G. BRANCA e

Con le norme introdotte all'atto della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006, si ha quindi che il trasferimento cautelare dei magistrati per motivi disciplinari – o, come si diceva nella vigenza dell'originario art. 2 l. guarentigie, “paradisciplinari” *colpevoli* –, da una parte, è stato sottratto al (*Plenum* del) C.S.M. inteso come organo di “amministrazione della giurisdizione”<sup>103</sup>, per essere ricondotto nel “naturale” alveo della giurisdizione disciplinare amministrata dalla sua apposita Sezione; dall'altro lato, però, è stato in concreto consegnato all'*iniziativa* (non solo certamente, ma anche) *di un organo di estrazione eminentemente politica*, non prevista nella precedente normativa di ordinamento giudiziario.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una scelta non certo illegittima dal punto di vista costituzionale; ma sulla cui opportunità in termini di politica del diritto è lecito avanzare numerose riserve, in assoluto e particolarmente nel contesto attuale delle relazioni tra potere politico ed istituzione giudiziaria nel nostro Paese. In una situazione di evidente delegittimazione dei meccanismi decisionali rappresentativi ed in un contesto in cui la Magistratura ha svolto di fatto, nell'ultimo quindicennio, un ruolo di intervento attivo nella repressione di comportamenti “devianti” e patologicamente autoreferenziali maturati proprio all'interno del sistema politico, il rischio significativo è che il potere di iniziativa attribuito al Ministro della Giustizia possa venire esercitato in maniera impropria (o, quantomeno, eccessivamente “disinvolta”), finendo per condizionare il regolare svolgimento dei procedimenti giurisdizionali. Le stesse prassi negative determinatesi, a suo tempo, nel procedimento per c.d. “incompatibilità ambientale” innanzi alla Prima Commissione – talora utilizzato dal C.S.M., approfittando della genericità dei suoi presupposti sostanziali, per “colpire” con la misura del trasferimento magistrati “scomodi” a motivo (anche) dei provvedimenti adottati nello stretto esercizio delle loro funzioni – potrebbero ora, in questo senso, riproporsi in sede di giudizio disciplinare cautelare, ma con un più diretto coinvolgimento dell'organo del potere esecutivo, legittimato *de iure* (per di più, trattandosi di previsione di rango costituzionale, *supremo...*) alla pro-

A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, III, Bologna-Roma, Zanichelli, 1986, p. 158. Più problematicamente sul fondamento ed il possibile ambito di esplicazione dei poteri del Ministro della Giustizia in materia disciplinare, v. peraltro S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro della Giustizia*, Torino, Giappichelli, 1993, spec. pp. 87-94, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 209 s. e N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., pp. 221 ss.

<sup>103</sup> G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, p. 175.

mozione della relativa azione: ciò che rappresenterebbe con ogni probabilità una minaccia ancor più grave all'indipendenza dello *ius dicere*.

Proprio quanto avvenuto nel 2007 in relazione all'indagine "Why Not?" condotta dal sostituto De Magistris, come detto, sembrerebbe appunto confermare tale impressione.

Secondo quanto riferito dalle fonti giornalistiche che più hanno approfondito tali vicende<sup>104</sup>, il procedimento disciplinare istruito nei confronti del pubblico ministero calabrese sarebbe stato infatti iniziato, formalmente, nella primavera del 2007, con l'invio da parte del Ministro Mastella degli ispettori presso la Procura di Catanzaro. La decisione dell'allora Guardasigilli, peraltro – lo si è accennato nell'esposizione dei fatti prospettata all'inizio –, si ricollegava ad un'analoga iniziativa assunta dal precedente Ministro Castelli più di un anno prima (a seguito di ripetute interrogazioni parlamentari di esponenti dell'allora maggioranza di centrodestra, aventi direttamente ad oggetto l'operato del sostituto procuratore), non sfociata in una azione disciplinare vera e propria<sup>105</sup>, e non riguardava direttamente, a quanto sembra, l'inchiesta sull'utilizzo dei fondi comunitari, all'epoca del resto ancora alle sue prime battute, bensì un altro procedimento, denominato "Poseidone", relativo ai finanziamenti pubblici per la tutela dell'ambiente ed avvocato a De Magistris dal suo procuratore capo, dott. Lombardi, proprio nel mese di marzo. Il 13 luglio 2007, comunque, come si è visto, il magistrato procede all'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. del Presidente del Consiglio Prodi, nell'ambito dell'indagine "Why Not?"; il successivo 21 settembre – di fatto, considerando il periodo feriale, ad un mese di distanza dalla notizia dell'iscrizione, ma a ben sei dalle ispezioni disposte – il Ministro della Giustizia presenta alla Sezione disciplinare del C.S.M. la domanda di trasferimento cautelare "urgente" del sostituto procuratore (oltre che dello stesso dott. Lombardi, ritenuto colpevole, sostanzialmente, di "omessa vigilanza" nei confronti di quest'ultimo).

Sul piano giuridico formale, non sembra possano nutrirsi seri dubbi sulla legittimità di tale iniziativa, sussistendone invero la legittimazione attiva dell'organo ministeriale e tutti i presupposti procedurali stabiliti dal vigente ordinamento giudiziario – un procedimento disciplinare in corso a carico del predetto magistrato, per (numerosi) addebiti di una certa gravità (soprattutto, quelli relativi alle violazioni

<sup>104</sup> Tra i riferimenti di cui sopra, alle note 1-36, si richiama qui in particolare A. MASSARI, *De Magistris: un magistrato da fermare*, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 41-60.

<sup>105</sup> Circostanza, confermata dallo stesso esponente leghista nella trasmissione "Porta a porta" del 22/10/2007.

della legge processuale ed al contenuto delle ripetute dichiarazioni rilasciate agli organi di informazione) –, ed avendo inoltre il Ministro argomentato, all'atto della richiesta del provvedimento, tanto la fondatezza dell'azione disciplinare intrapresa (la quale del resto – se è lecito esprimere un giudizio di carattere strettamente personale – appariva già allora più che plausibile ed ha poi comunque trovato obiettivo riscontro nella sentenza di merito emessa dai giudici disciplinari) quanto le ragioni di «urgenza» sottese alla domanda stessa, ricondotte alla situazione di conflittualità venutasi a determinare nell'ufficio giudiziario calabrese, ritenuta idonea a pregiudicare il sereno ed ordinato svolgimento delle indagini. Dal lato fattuale, tuttavia, come giustamente rilevato da Carlo Federico Grosso<sup>106</sup> ed emerso – si confida – dalla stessa analisi innanzi effettuata, si è trattato di un atto dal significato particolare e non certo “di routine”, tenuto conto della speciale afflittività della misura richiesta (il trasferimento ad altra sede avrebbe inevitabilmente comportato in capo al sostituto interessato la perdita della titolarità dei procedimenti in corso), della natura innovativa dell'attribuzione ministeriale e, circostanza evidentemente tutt'altro che irrilevante, della prossimità all'ambiente politico del Guardasigilli di molti dei soggetti coinvolti nella principale indagine condotta dal pubblico ministero nell'ufficio di appartenenza (oltre che, in prospettiva, del coinvolgimento diretto del Ministro stesso, formalizzato infatti dalla successiva iscrizione del 13 ottobre 2007<sup>107</sup>).

Tali considerazioni, se per un verso sono state alla base delle roventi polemiche politiche seguite alla decisione assunta dal Ministro Mastella e poi all'avocazione dell'inchiesta “*Why Not?*” da parte della Procura generale di Catanzaro, devono altresì aver indotto alla massima cautela e scrupolo valutativo gli organi deputati a darvi corso all'interno del procedimento disciplinare. Così, il procuratore generale della Cassazione, in primo luogo, pur rappresentante dell'accusa, all'udienza dell'8 ottobre 2007 non si è acriticamente adeguato alla tesi del Ministro e risulta aver chiesto in prima persona un differimento della discussione (di durata, pare, addirittura maggiore a quella indicata dalla difesa di De Magistris) allo scopo di esaminare in piena autonomia l'ampia relazione depositata dall'Ispettorato del Ministero<sup>108</sup>;

<sup>106</sup> Nell'articolo su “*La Stampa*”, 22/10/2007, cit., p. 35.

<sup>107</sup> Cfr., sempre tra le fonti citate *supra* al § 2, F. GRIGNETTI e A. MASSARI, *De Magistris accusa Mastella. “Sapeva che indagavo su di lui”*, “*La Stampa*”, 30/10/2007, p. 3 e A. MASSARI, *De Magistris: un magistrato da fermare*, in *Micromega*, n. 6/2007, cit., pp. 50 ss., nonché C. VULPIO, *Nell'indagine intercettato anche il Guardasigilli*, 22/09/2007, cit., p. 17.

<sup>108</sup> Così hanno riferito, in particolare, G. D'AVANZO e G. BIANCONI nei rispettivi articoli del 9/10/2007, citati in precedenza.



e la Sezione disciplinare, soprattutto, il cui iniziale rinvio dell'udienza alla data del 17 dicembre, a più di due mesi dalla prima comparizione delle parti e a quasi tre dalla richiesta ministeriale, è stato da molti verosimilmente interpretato come segno della volontà di "calmierare" l'andamento del giudizio rispetto ai tempi voluti dal Guardasigilli e, di più, come un'indiretta "sconfessione" dei «*motivi di particolare urgenza*» nel provvedere adottati dal medesimo<sup>109</sup>. La consistenza sostanziale delle argomentazioni espresse, sul punto, nella richiesta di trasferimento del sostituto procuratore – evidentemente di non particolare vigore – avvalorava dunque il sospetto che, nella fattispecie, l'iniziativa disciplinare adottata nei confronti di quest'ultimo sia derivata non tanto (o, secondo una lettura meno maliziosa..., non solo) dalla commissione di determinate – e, deve comunque ribadirsi, obiettivamente non irrilevanti – violazioni deontologiche, quanto piuttosto, assai meno commendevolmente, dalla natura e dalle rilevanti implicazioni politiche dei provvedimenti emanati dal magistrato nell'esercizio della sua funzione tipica, ritenuti in grado di (ulteriormente) delegittimare la classe politica locale e nazionale e perciò da fermare rapidamente avvalendosi di ogni possibile strumento consentito dall'ordinamento.

Per evitare il ripetersi di consimili, potenzialmente "esplosive", situazioni, e contenere così per il futuro il rischio di uno sviamento dell'esercizio del potere disciplinare nei riguardi dei magistrati dalle finalità di interesse pubblico delineate dai principi costituzionali (rischio, peraltro, in certa misura immanente alla natura stessa della responsabilità disciplinare e da cui lo stesso C.S.M. non può certo considerarsi immune), il ricorso alla responsabilità parlamentare del Ministro della Giustizia e del Governo nel suo complesso non sembra poter costituire un rimedio sufficiente: e ciò sia per la tradizionale difficoltà di una sua effettiva attivazione, sia in relazione al generale indebolimento dei poteri di controllo dell'organo rappresentativo, che è conseguito, in Italia come in altri Paesi europei e non solo, all'evoluzione della forma di governo parlamentare nella direzione di un parlamentarismo maggioritario con sostanziale investitura popolare diretta dell'Esecutivo. Ben diversamente, alla luce delle denunciate implicazioni di tale misura cautelare, occorre che, rispetto a quanto stabilito dalla riforma dell'ordinamento giudiziario approvata nel 2006, il potere di domandare il trasferimento *ante iudicium* dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare, già opportunamente eliminato

<sup>109</sup> In tali termini, segnatamente, ancora G. D'AVANZO, "Il Guardasigilli sconfessato", 9/10/2007, cit. e A.M. GRECO, "Il Csm rinvia su De Magistris. Mastella perde il primo round", 9/10/2007, cit.

– almeno, nell'ormai completamente demitizzata “intenzione del legislatore” – dal novero delle attribuzioni (in questo caso, officiose) del *plenum* del Consiglio superiore della Magistratura, sia sottratto anche al Ministro (ferma restando, naturalmente, la facoltà di quest'ultimo di promuovere l'esercizio dell'azione e di investire la Sezione disciplinare della richiesta di una pronuncia sul *merito* dell'incolpazione), per venire esclusivamente riservato al procuratore generale, organo politicamente irresponsabile e del resto, come si è avuto modo di sottolineare, titolare della funzione requirente nel procedimento stesso<sup>110</sup>. Solo in questo modo, ad opinione di chi scrive, potrà aversi, se non la certezza, almeno la presunzione di un esercizio corretto ed imparziale di questo assai rilevante potere e, forse, della stessa iniziativa disciplinare attribuita all'organo politico, cui la perdita della possibile “appendice cautelare” attualmente prevista dal d.lgs. 109/2006 precluderà ogni eventuale obiettivo di “pressione” sull'operato del magistrato inquisito (oltre che, a maggior ragione – qualora dovesse consolidarsi l'interpretazione delle disposizioni in tema di astensione e ricsuazione posta dalla Procura generale di Catanzaro, nella stessa fattispecie in esame, alla base del provvedimento di avocazione delle indagini (per la quale, v. *infra*, nel seguito di queste note) –, di artificiosa “precostituzione” del presupposto legittimante la sottrazione al magistrato stesso del procedimento “sgredito”).

6. Illustrati, nei termini che precedono, i presupposti e le possibili implicazioni sul piano ordinamentale dei principali provvedimenti adottati dal sostituto De Magistris nell'indagine “*Why Not?*” e della successiva domanda di trasferimento del magistrato avanzata dal Ministro della Giustizia Mastella, per completare la disamina della vicenda concreta in oggetto è necessario, infine, prendere in esame l'*avvocazione di tale procedimento* ad opera della procura generale di Catanzaro. Come detto all'inizio di queste note, essa è stata disposta dal procuratore generale reggente il 20 ottobre 2007, ed è stata poi oggetto di conferma (sia pure indiretta) da parte della Procura generale della Cassazione, che il successivo 9 novembre ha dichiarato inammissibile il reclamo proposto nei suoi confronti dal pubblico ministero interessato.

Da un punto di vista generale, innanzitutto, va a tal riguardo evidenziato che nell'ordinamento processuale e giudiziario vigente l'a-

<sup>110</sup> Questa soluzione è stata, non a caso, caldeggiata dall'Associazione nazionale magistrati nel Comunicato del 17 ottobre scorso, espressamente dedicato alla vicenda in oggetto (in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)): in merito, cfr. D. MARTIRANO, *Buste con proiettili a De Magistris e Forleo*, “*Corriere della sera*”, 18/10/2007, p. 17.

vocazione delle indagini preliminari da parte del procuratore generale presso la Corte d'appello (e allo stesso modo, del procuratore nazionale antimafia, nei procedimenti rientranti nella propria competenza funzionale: art. 371 *bis*, comma 3, lett. *h*, c.p.p.) è configurata come una vicenda "anomala" e del tutto eccezionale del procedimento penale, non meno di quanto dovrebbe risultare, nel diverso contesto poc'anzi descritto, il trasferimento del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare. Mentre infatti il Codice di procedura penale del 1930, in relazione alla connotazione inquisitoria del rito processuale ivi delineata ed alla gerarchia tra uffici diversi del pubblico ministero istituita dall'ordinamento giudiziario del tempo, consentiva al procuratore generale di procedere direttamente all'istruzione sommaria (art. 234) o di avocarla sostanzialmente *ad libitum*, sottraendola alla competenza del magistrato "inferiore" (art. 392, comma 3)<sup>111</sup>, il Codice del 1988, a conclusione di una lunga ed approfondita discussione circa l'opportunità stessa di mantenere un simile istituto in un contesto di affermata indipendenza di *ciascun* (singolo) ufficio requirente nell'esercizio delle proprie attribuzioni<sup>112</sup>, ha inteso circoscrivere l'operatività alle sole ipotesi di riscontrata "inerzia" della Procura della Repubblica nello svolgimento delle indagini e nell'assunzione delle determinazioni inerenti l'eventuale esercizio dell'azione penale.

In tale prospettiva, l'avocazione è dunque attualmente ammessa, sul piano sostanziale: 1) qualora il pubblico ministero procedente, alla scadenza del termine delle indagini preliminari, non abbia sciolto l'alternativa tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale (art. 412); 2) nel caso di "incompletezza" delle indagini preliminari, accertata dal g.i.p. all'atto della pronuncia sulla richiesta di archiviazione (artt. 409.3 e 412.2) o dal g.u.p. in sede di udienza preliminare (art. 421*bis*, introdotto nel 1999), oppure dedotta dalla persona offesa o dallo stesso indagato (che possono richiedere l'emissione del provvedimento: art. 413); 3) più in generale – ma con rilievo specifico nella fattispecie concreta oggetto di questa analisi –, nell'ipotesi di *mancata "tempestiva" sostituzione da parte del procuratore della*

<sup>111</sup> Per un'analisi di queste disposizioni nel contesto dell'ordinamento processuale e della magistratura requirente anteriore alla riforma del 1988, v. M. SCAPARONE, *Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 458 ss. e *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 1096 ss.; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit.; e R. BERTONI, *Avocazione*, voce in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988.

<sup>112</sup> Di tale dibattito dà conto, in particolare, M. CHIAVARIO, negli *Appunti sul processo penale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 127.

*Repubblica* (per impossibilità oggettiva o – appunto – colpevole “inerzia”) del magistrato designato alla trattazione del procedimento, nei casi stabiliti dall'art. 372.1 del Codice. Tali ultime situazioni consistono, alternativamente: 3-a) nell'intervenuta *astensione* o nell'*incompatibilità* del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 52 e 53 del Codice stesso; 3-b) nella ricorrenza di una o più delle fattispecie di cui all'art. 36.1, comportanti l'*obbligo di astensione del* – si noti bene – *giudice* (presenza di un “interesse nel procedimento”; rapporti di parentela, tutela, curatela, lavoro con una delle parti; “inimicizia grave” tra il magistrato od un suo prossimo congiunto ed una delle parti private). In questa terza ed ultima ipotesi di avocazione, si ritiene che il procuratore generale possa provvedere, con decreto motivato, a partire dal momento dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e fino a quando non sia stata formulata dal magistrato della Procura della Repubblica la relativa richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio. Dopo l'avocazione, il procuratore generale o un suo sostituto assume le funzioni di quest'ultimo magistrato (al pari, del resto, che negli altri casi appena indicati: cfr. art. 51, comma 2 c.p.p.), sia per quanto attiene allo svolgimento delle indagini che alla decisione sull'esercizio dell'azione penale<sup>113</sup>.

In relazione al riconfigurato ruolo, per così dire, “emergenziale”, di *extrema ratio*, dell'istituto in esame, la legge sull'ordinamento giudiziario, dal canto suo – nel testo modificato proprio in occasione dell'introduzione del nuovo Codice di procedura penale e tuttora vigente, non essendo stato toccato, sul punto, dalla menzionata pur ampia riforma del 2005/2006 –, si preoccupa di individuare determinati adempimenti procedurali da seguire nel caso di avocazione, al fine essenzialmente di assicurare il corretto esercizio del relativo potere ed in questo modo garantire le prerogative di indipendenza proprie di ciascun ufficio di Procura, e, in tale contesto, di ogni singolo magistrato del p.m. (secondo l'evoluzione registratasi, in questo senso, negli ultimi decenni<sup>114</sup>).

È così stabilito, nell'art. 70 O.G. (nonché nel successivo art. 70bis, con riferimento all'avocazione da parte del procuratore nazionale an-

<sup>113</sup> Tra i tanti possibili riferimenti sulla nuova disciplina codicistica, L. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 372 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, Utet, 1990, pp. 306 ss.; C. VALENTINI REUTER, *op. ult. cit.*, pp. 196 ss.; O. DOMINIONI, *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Udine, 22-24/10/2004), cit., pp. 101 ss.

<sup>114</sup> Per la quale cfr. *supra*, sub 4, e più ampiamente, in dottrina, N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit.; ID. e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., in particolare alle pp. 146- 152; V. ZAGREBELSKY, *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, I, pp. 716 ss.

timafia): 1) in primo luogo, che il procuratore generale trasmetta copia del decreto motivato con cui ha disposto l'avocazione al titolare dell'ufficio privato del procedimento, ma anche al Consiglio superiore della Magistratura, evidentemente in chiave di verifica – quantomeno, *prima facie* e nella logica del controllo “diffuso” sottesa alla disciplina sulla costituzione ed il funzionamento dell'organo di auto-governo – della legittimità del medesimo e più ancora delle sue eventuali conseguenze disciplinari<sup>115</sup> e/o sulla valutazione della professionalità dei magistrati coinvolti (comma 6); 2) in second'ordine, e più incisivamente, che nel termine di dieci giorni dalla ricezione del provvedimento di avocazione il – si badi bene – «*procuratore della Repubblica interessato*» possa proporre reclamo al procuratore generale presso la Corte di cassazione, il quale, in caso di accoglimento dello stesso, «*revoca il decreto di avocazione, disponendo la restituzione degli atti*» (comma 6*bis*). Non ha invece trovato ingresso nella versione definitiva della legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario approvata nel 2005 – può essere utile ricordarlo in questa sede, ai fini di un inquadramento generale dell'istituto – la previsione di carattere “sostanziale” contenuta nel d.d.l. inizialmente presentato dall'allora Governo di centrodestra (art. 5, lett. g), di consentire l'avocazione del procuratore generale in presenza di «*reiterate violazioni di norme processuali* [sott., da parte dei magistrati della Procura della Repubblica], *anche non tutelate da sanzioni processuali*»: in tutta evidenza, tale proposta (non a caso inserita nelle disposizioni in materia di *ordinamento giudiziario*, invece che direttamente nella legge del processo penale), qualora approvata, avrebbe comportato la restituzione di un sostanziale controllo gerarchico della Procura generale sul *merito* dell'attività svolta dagli uffici di primo grado del distretto, in chiara inversione di tendenza rispetto all'assetto stabilito dal Codice del 1988<sup>116</sup>.

Scendendo ora a verificare l'applicazione delle regole generali sopra descritte nella controversa vicenda che ci occupa, si è già avuto modo di constatare nella ricostruzione dei fatti che il provvedimento di avocazione dell'indagine sull'utilizzo illecito dei finanziamenti comunitari condotta dal sostituto De Magistris, intervenuto il 20 otto-

<sup>115</sup> Si pensi al caso richiamato poco sopra nel testo al punto 1, purtroppo non infrequente nella pratica, di ripetuta mancata deliberazione in ordine all'esercizio dell'azione penale nei termini previsti dalla disciplina codicistica.

<sup>116</sup> Si erano espressi in questi termini sulla previsione contenuta nel d.d.l., in particolare, R. RICCIOTTI, *Tornare alla “gerarchia impropria”*, in *Critica penale*, 2003, p. 70 e G. SILVESTRI, nella *Relazione* al Convegno di Udine del 2004 sul “*Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*” (ora nell'omonimo volume degli Atti del Convegno, cit., p. 244).

bre 2007, è stato motivato dal procuratore generale reggente di Catanzaro, avvocato generale Dolcino Favi, con il riferimento – per l'esattezza – alla *terza* delle fattispecie indicate, vale a dire quella racchiusa nell'*art. 372 c.p.p.*

Più specificamente, tra le due ipotesi astrattamente contemplate dalla norma, secondo il p.g. ricorreva, nel caso concreto in questione, quella prevista *sub b)*, relativa all'omissione da parte del procuratore capo della «*tempestiva sostituzione del magistrato designato*», a fronte della sussistenza in capo a quest'ultimo di una delle situazioni di incompatibilità alla trattazione del procedimento fissate in via generale dall'*articolo 36, comma primo, del Codice*. In sostanza, ha argomentato il procuratore generale, poiché il dott. De Magistris, sostituto assegnatario del procedimento “*Why Not?*”, risultava sottoposto ad indagine disciplinare in relazione agli atti compiuti ed alle dichiarazioni rilasciate proprio nel contesto di tale procedimento penale ed aveva del resto provveduto, da ultimo, all'iscrizione nel registro degli indagati del Ministro della Giustizia Mastella, che aveva avviato nei suoi confronti il procedimento disciplinare stesso, si configurava nella fattispecie una situazione di «*interesse nel procedimento*» (lett. *a* del suddetto art. 36.1), tale da alterare l'imparzialità del magistrato requirente e da necessariamente comportare, di conseguenza, la revoca dell'assegnazione e la conseguente sostituzione del rappresentante del pubblico ministero; ma il procuratore capo del Tribunale calabrese Lombardi non aveva, appunto, provveduto (“tempestivamente”) a tale sostituzione<sup>117</sup>. Inoltre, come si è anche visto, nel provvedimento di avocazione la Procura generale di Catanzaro ha rilevato la mancata trasmissione da parte dell'ufficio di primo grado al competente Tribunale di Roma, in funzione di Tribunale dei Ministri ai sensi della l. cost. n. 1/1989, degli atti dell'inchiesta relativi proprio alla posizione dell'allora Guardasigilli. Questi atti, peraltro – a quanto si è poi appreso sempre da fonti di stampa –, sarebbero stati successivamente restituiti alla Procura generale stessa, non essendovi stata ravvisata dagli inquirenti romani alcuna contestazione di reato nei riguardi del sen. Mastella per il periodo successivo alla data di assunzione dell'incarico ministeriale, avvenuta nel giugno del 2006<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Tra le fonti di stampa richiamate a tal proposito sopra, *sub 2*, cfr. in particolare G. FASANO, *Catanzaro, stop a De Magistris. “È incompatibile con l'inchiesta”*, 21/10/2007, cit. e M. MARTINELLI, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris*, 21/10/2007, cit.

<sup>118</sup> Riferimenti a questo ulteriore elemento in M. MARTINELLI, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris, “Il Messaggero”*, 21/10/2007, cit., e *Respinto il ricorso di De Magistris*, 10/11/2007, cit.

Le argomentazioni poste dal procuratore generale alla base della decisione adottata, oltre a suscitare le roventi polemiche politiche e – elemento, questo, senza dubbio non altrettanto frequente almeno negli anni successivi alle famose inchieste milanesi di “*Tangentopoli*” – le reazioni popolari di cui si è dato conto in precedenza, sono state integralmente contestate dal sostituto De Magistris nel reclamo avverso l’avocazione proposto, ai sensi del menzionato art. 70, comma 6bis, O.G. alla Procura generale della Cassazione.

In tale occasione, il pubblico ministero ha sostenuto, in primo luogo (e con argomentazione a nostro avviso nient’affatto implausibile, anche se, come si chiarirà poco oltre, irrilevante di fatto ai fini della valutazione della legittimità del provvedimento impugnato), che la ritenuta situazione di – per così dire – “conflitto di interessi” legata al procedimento disciplinare pendente innanzi al C.S.M. riguardasse, prima ancora che la propria persona, il Ministro della Giustizia, che aveva avanzato la richiesta di trasferimento cautelare essendo «ben consapevole che gli atti del fascicolo avevano a oggetto la sua persona», e dando così intenzionalmente causa, attraverso tale iniziativa, al provvedimento del procuratore generale. Ad avviso del dott. De Magistris, peraltro, anche il procuratore capo Lombardi – che aveva prima omesso di informarlo della sopravvenuta eventuale condizione di incompatibilità e poi, in ipotesi, di sostituirlo come invece previsto dal Codice di rito – versava in una consimile situazione, «comparendo il suo nome in una rilevante intercettazione telefonica» con uno degli esponenti politici coinvolti nell’indagine in questione, «nonché in un verbale di informazioni testimoniali», ed essendo egli stesso sottoposto al correlativo procedimento disciplinare in corso. Poiché questi, nonostante ciò, aveva ugualmente apposto il visto di competenza al decreto di avocazione, il provvedimento doveva considerarsi illegittimo anche sotto tale profilo. Quanto infine al mancato trasferimento degli atti al Tribunale dei Ministri, il sostituto catanzarese ha obiettato, innanzitutto, che si trattava di una valutazione di merito rientrante nella propria esclusiva competenza di magistrato (allora) assegnatario del procedimento – o, al più, del procuratore della Repubblica e non certo della Procura generale – e che comunque, qualora non fosse intervenuta l’avocazione ed egli fosse stato pertanto lasciato nella condizione di portare a termine le indagini preliminari, «avrebbe potuto ben procedere a separare alcuni atti e a trasmetterli a Roma per competenza»<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> Per le argomentazioni contenute nel reclamo presentato dal sostituto De Magistris alla Procura generale della Cassazione, si richiama specificamente F. GRIGNETTI



Peraltro, come sappiamo, le censure sollevate dal magistrato requirente non hanno trovato accoglimento presso la Procura generale della Cassazione ed anzi, per la verità, neppure ingresso nel giudizio sulla legittimità del decreto di avocazione previsto dalla legge sull'ordinamento giudiziario. La Procura generale, infatti, ha rilevato il difetto di legittimazione del dott. De Magistris all'impugnazione del provvedimento, e ha dichiarato di conseguenza inammissibile il reclamo da questi proposto. Come si evince da una nota della Segreteria della Suprema Corte, riportata anche dagli organi di informazione<sup>120</sup>, secondo la Procura generale il sostituto procuratore non aveva, nella fattispecie, un autonomo potere di presentare il gravame, sia perché l'art. 70, comma 6bis, O.G. riconosce tale facoltà, letteralmente, al «*procuratore della Repubblica interessato*» e non anche ai suoi sostituti; sia in quanto il rimedio in questione vale a garantire nei confronti del procuratore generale presso la Corte di appello le attribuzioni *della Procura della Repubblica intesa nel suo insieme*.

Si tratta, ad opinione di chi scrive, di una motivazione sostanzialmente corretta sul piano giuridico, nella misura in cui ha giustificato l'interpretazione letterale del dato normativo mediante l'argomento ulteriore della configurazione impersonale e gerarchica (sia pure non in senso stretto, stante l'impossibilità costituzionale di riprodurre nella Magistratura, anche requirente, i vincoli di dipendenza tipici dell'organizzazione amministrativa) di ciascun ufficio del pubblico ministero. Tale assetto, che secondo l'impostazione tradizionale comporta la devoluzione della competenza allo svolgimento delle indagini ed alle conseguenti determinazioni sull'esercizio dell'azione penale alla Procura della Repubblica *nella sua unitarietà* e, in tale contesto, *al magistrato titolare dell'ufficio* (in questo senso depongono gli artt. 51 c.p.p. e 70.1-3 O.G.<sup>121</sup>), è stato del resto indubitabilmente

e A. MASSARI, *De Magistris accusa Mastella*. «Sapeva che indagavo su di lui», 30/10/2007, cit.

<sup>120</sup> V., ad es., ancora M. MARTINELLI, *Respinto il ricorso di De Magistris*, 10/11/2007, cit.

<sup>121</sup> In particolare, la seconda delle disposizioni richiamate stabilisce espressamente, al comma terzo, che «i titolari degli uffici del pubblico ministero dirigono l'ufficio cui sono preposti, ne organizzano l'attività ed esercitano personalmente le funzioni attribuite al pubblico ministero dal codice di procedura penale e dalle altre leggi, quando non designino altri magistrati addetti all'ufficio»: in merito, v. specificamente V. ZAGREBELSKY (che ne ha dedotto, tra l'altro, «il potere/dovere [sott., del titolare dell'ufficio] di garantire – anche modificando o revocando la prima designazione – la correttezza, l'efficacia dell'indagine preliminare e la complessiva unità di indirizzo della attività dell'ufficio»: *Sull'assetto interno*, cit., p. 721), N. ZANON (*Pubblico ministero e Costituzione*, cit.) e, per un'interpretazione più riduttiva sebbene apertamente contraria ad un'organizzazione delle Procure «irrazionale contrassegnata da

confermato ed anzi rafforzato dalla riforma dell'ordinamento giudiziario approvata nella penultima legislatura<sup>122</sup> con l'attribuzione espressa al procuratore capo della «*esclusiva*» titolarità dell'azione penale e di una serie di incisivi poteri di controllo sull'operato dei propri sostituti (d.lgs. 106/2006, spec. artt. 1-2-3-5)<sup>123</sup>.

Naturalmente, questa soluzione si traduce, dal punto di vista concreto, in una limitazione delle prerogative di indipendenza funzionale dei *singoli magistrati del pubblico ministero*, nei riguardi del Procuratore della Repubblica così come, nell'ipotesi di avocazione non contestata da quest'ultimo (e la vicenda di cui è stato protagonista il dott. De Magistris ne è appunto una chiara dimostrazione), rispetto al Procuratore generale: il che potrebbe essere ritenuto non pienamente conforme al dettato costituzionale ed in particolare al principio di esclusiva soggezione alla legge, espresso quanto all'organo requirente nell'art. 112<sup>124</sup>. Per quanto tale obiezione abbia innegabilmente una sua consistenza sul piano teorico – né sia possibile eludere comodamente, per altro verso, la questione ad essa in parte sottesa della stessa opportunità in termini di politica del diritto di una totale concentrazione dei poteri connessi all'esercizio della funzione requirente in capo ad un unico organo –, non va nemmeno trascurato, dall'altro lato, che, come si è già argomentato in precedenza<sup>125</sup>, proprio il principio di obbligatorietà, nel contesto del Titolo IV della Parte II della Carta, si configura anche quale possibile giustificazione dell'esercizio da parte dei titolari degli uffici del p.m. (nel nostro caso, addirittura, del titolare di un ufficio di grado superiore) di poteri di intervento “correttivo” e/o “sostitutivo” nei confronti dei singoli magistrati ad

un atomismo diffuso», G. SILVESTRI, *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Udine, 22-24/10/2004), cit., pp. 233- 239.

<sup>122</sup> Modificata in termini apparentemente non decisivi, sul punto, dalla successiva l. 269/2006: C. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, cit., pp. 8-12 e N. ZANON, *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo*, cit.

<sup>123</sup> In merito, da posizioni teoriche diverse, in particolare G. SILVESTRI, *L'organizzazione giudiziaria*, cit. e *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Udine, 22-24/10/2004), cit., spec. pp. 245-248, nonché N. ZANON, *op. ult. cit.*

<sup>124</sup> Tra i tanti rilievi mossi, a tal riguardo, nei confronti della riforma del 2005/2006, v. ancora G. SILVESTRI, *loc. ult. cit.*, L. ELIA *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi riflessioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625 ss., S. LEONE, *Gerarchia e impersonalità*, cit., nonché gli altri lavori citati *supra*, al § 4, nelle note 56 e 57.

<sup>125</sup> V. *supra*, sub 4, con il relativo riferimento alla tesi sostenuta, da ultimo, da N. ZANON e F. BIONDI (in *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., pp. 144-146; *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 127-129) in ordine allo statuto costituzionale del pubblico ministero.

essi assegnati; e che tali poteri sono autorizzati dal legislatore ordinario, in applicazione diretta, del resto, dell'art. 107.4 e della correlativa possibilità di parziale deroga alle pur riconosciute «*garanzie di indipendenza*» dell'organo requirente.

Se per tali ragioni si è quindi indotti a ritenere la dichiarazione di inammissibilità del reclamo presentato dal p.m. De Magistris una decisione legittima e, di fatto, probabilmente inevitabile della Procura generale della Cassazione (e non – come successivamente lamentato dal magistrato interessato, e non solo da lui – un'ulteriore artificiosa “scappatoia procedurale” perseguita a suo svantaggio), a conclusione sostanzialmente analoga sembra peraltro potersi pervenire anche con riferimento al *merito* del *provvedimento di avocazione* controverso, pure rimasto formalmente estraneo al giudizio emesso dal superiore ufficio requirente<sup>126</sup>.

L'*iter* logico seguito dal procuratore generale di Catanzaro per giungere all'adozione di questa misura – il quale, come si è visto poc'anzi, ha preso spunto dalla pendenza a carico del sostituto incaricato della trattazione del procedimento penale *de quo* di un procedimento disciplinare (urgente) legato proprio alle modalità di conduzione delle indagini, per dedurne un “interesse” soggettivo del magistrato nel suddetto procedimento penale e quindi la necessità della sua sostituzione, non direttamente effettuata dal procuratore della Repubblica –, nonché, in particolare, il suo presupposto fattuale legittimante (la sottoposizione del p.m. al procedimento disciplinare, appunto) trovano invero diretto riscontro nel contenuto letterale e nella stessa *ratio* delle previsioni dettate dal Codice in materia. In questo senso, a nostro avviso, le argomentazioni espresse dal p.m. privato dell'indagine in ordine ad un presunto “conflitto di interessi” anche dell'allora Ministro Mastella, seppur probabilmente fondate, non possono assumere decisivo rilievo sul piano *processuale*, dovendo semmai trovare il dovuto approfondimento su quello, di carattere *politico*, della responsabilità ministeriale e del Governo di fronte al Parlamento.

Ed infatti, a prescindere dal richiamo alla competenza del Tribunale dei Ministri (a quanto sembra, pure contenuto nel provvedimento di avocazione, ma di certo non in grado di giustificarlo *ex se* alla luce della disciplina generale sopra richiamata<sup>127</sup>), pare difficile ne-

<sup>126</sup> Per le principali valutazioni espresse sull'avocazione del procedimento “*Why Not*” da parte di autorevoli giuristi, si richiamano qui V. GREVI, *Decisione legittima ma l'indagine continui*, 21/10/2007, cit.; P.A. CAPOTOSTI, “*Decisione doverosa. Si era creato un conflitto di interessi*” (intervista a M. Martinelli, 21/10/2007, cit.); C.F. GROSSO, *Csm, non c'è tempo da perdere*, 22/10/2007, cit.

<sup>127</sup> Oltre che, da ultimo, smentito dallo stesso Tribunale di Roma, che – come

gare che la situazione concreta in cui si era venuto a trovare il sostituto De Magistris a seguito della domanda di trasferimento disciplinare proposta dal Ministro (e così, analogamente, il procuratore capo Lombardi, responsabile ultimo della conduzione del procedimento penale al medesimo assegnato) risultasse idonea, da un punto di vista obiettivo, *a comprometterne la necessaria serenità di giudizio nello svolgimento delle indagini* ed a suggerirne, pertanto, l'opportunità di una volontaria *astensione* dalla successiva trattazione del procedimento – ai sensi dell'art. 52 c.p.p. –, o, in difetto, la *sostituzione* da parte del titolare dell'ufficio – in applicazione del combinato disposto degli artt. 36.1 e 372. Non essendo tuttavia intervenuta, ad un mese dalla data di insorgenza di tale situazione, né l'una né l'altra misura (mentre il Codice, lo si è accennato in precedenza, vorrebbe l'eventuale sostituzione del p.m. "*tempestiva*"), ed avendo anzi il magistrato "interessato" – in questo caso, nel vero senso della parola – proceduto, nel frattempo, a sottoporre a sua volta ad indagini il Ministro che aveva esercitato l'azione disciplinare nei suoi confronti, ricorreva senz'altro, nella fattispecie, il presupposto dell'avocazione stabilito dall'art. 372.1, lett. *b* del Codice<sup>128</sup>.

Posta la questione in questi termini – *strettamente giuridico-formali*, è opportuno sottolineare –, se un rilievo può muoversi nei confronti della decisione assunta dall'avvocato generale è, semmai, quello di essere intervenuta tardivamente e, per di più, a pochissimi giorni di distanza proprio dall'iscrizione del Guardasigilli nel registro degli indagati. Come è stato giustamente rilevato, tale circostanza ha senza dubbio contribuito, quanto al procedimento avvocato, a fare (definitivamente) assumere all'iniziativa adottata dal p.m. De Magistris (che pure aveva ad oggetto fattispecie di reato assai gravi) una connotazione eminentemente – ed impropriamente – "politica"<sup>129</sup>; dall'altra parte, e del resto in stretta correlazione, ad ingenerare il (legittimo?) sospetto, espresso in termini assai diretti da Carlo Federico Grosso sulle colonne de "*La Stampa*", che «la politica, o, peggio, che la politica e il comitato d'affari che operava in Calabria abbiano messo ben più di uno zampino nell'assunzione di tale (...) decisione»<sup>130</sup>. Dopo i provvedimenti di iscrizione adottati nel corso delle indagini e rivelati "in tempo reale" sulle prime pagine dei quotidiani, e la ri-

si è rilevato in precedenza nel testo – avrebbe restituito gli atti riguardanti il Guardasigilli alla Procura generale calabrese.

<sup>128</sup> Hanno sostenuto questa opinione, in particolare, P. A. CAPOTOSTI e V. GREVI (v. *loc. ultt. citt.*).

<sup>129</sup> M. MARTINELLI, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris*, 21/10/2007, cit.

<sup>130</sup> C.F. GROSSO, *op. ult. cit.*, p. 35.

chiesta di trasferimento “d’urgenza” avanzata dal Ministro Mastella, secondo quanto sopra esposto, a molti mesi di distanza dall’avvio del procedimento disciplinare, ma proprio mentre il procedimento “*Why Not?*” stava “pericolosamente” estendendosi al sistema politico-istituzionale calabrese e non solo, ancora una volta nella vicenda in esame si ha insomma la sensazione di trovarsi di fronte ad un provvedimento *legittimo dal punto di vista formale, ma poco opportuno quanto al momento di emanazione*: quasi che l’incauto esercizio di un potere – almeno in parte – discrezionale, quale anche quello di avocazione delle indagini attribuito al procuratore generale dalle citate disposizioni della legge del processo penale, rappresenti il “filo rosso” e, dallo specifico angolo visuale del giurista che si muova nella prospettiva del diritto costituzionale, la vera cifra di lettura degli eventi oggetto di queste notazioni.

Così come per gli altri due principali elementi del “caso” precedentemente analizzati (v. *supra*, §§ 4 e 5), sarebbe tuttavia sbrigativo, oltre che probabilmente errato, ricondurre anche l’avocazione disposta dalla Procura generale unicamente a motivazioni di carattere (più o meno strettamente) politico, identificate nella presunta volontà di “mettere la sordina” ad un procedimento penale estremamente delicato, sotto il profilo oggettivo e dei soggetti coinvolti, ed in carico per di più ad un magistrato particolarmente “attivo” sul versante inquisitorio e degli altrettanto “imbarazzanti” – dal punto di vista sempre del potere politico – rapporti con gli organi di informazione.

Nello specifico, la denunciata tardività del provvedimento di avocazione rispetto al verificarsi del “fatto presupposto” rappresentato dall’incompatibilità del p.m. designato alla trattazione del procedimento può forse infatti rinvenire una plausibile giustificazione di natura, ancora, eminentemente giuridica, in due essenziali circostanze. Da una parte, si deve ricordare la (ragionevole) esigenza di riservare tale – come si è visto – eccezionale strumento processuale alle sole *situazioni di*, per l’appunto, *eccezionale gravità* tra quelle in astratto legittimanti la sostituzione del magistrato ad opera del procuratore capo in base alla disciplina codicistica<sup>131</sup>; dall’altro lato, occorre a nostro avviso anche tenere conto della non pacifica *configurazione* impressa dal diritto vigente all’istituto dell’*astensione del pubblico mini-*

<sup>131</sup> Tra i commentatori dianzi richiamati, hanno assunto tale prospettiva nella valutazione della legittimità dell’avocazione di cui trattasi soprattutto V. GREVI, *Decisione legittima ma l’indagine continui*, 21/10/2007, cit., P.A. CAPOTOSTI, *Decisione doverosa. Si era creato un conflitto di interessi* (intervista a M. Martinelli, 21/10/2007, cit.) e lo stesso M. MARTINELLI, *Era la legge che imponeva l’avocazione dell’inchiesta di De Magistris*, “*Il Messaggero*”, 21/10/2007, p. 17.

stero, che nella fattispecie delineata dall'art. 372 c.p.p. che qui interessa costituisce – “in positivo” (lett. *a*) od “in negativo” (lett. *b*) – il presupposto necessario della eventuale deliberazione sostitutiva emessa dal procuratore generale presso la Corte di appello.

In termini concreti, per quanto concerne il primo elemento ricordato, è certamente possibile (ed è anzi, in relazione a quanto poco sopra rilevato, auspicabile) che nel caso di specie l'avvocato generale, pur a fronte della sottoposizione del sostituto De Magistris a procedimento disciplinare e della conseguente possibilità di configurare già in quel momento in capo a quest'ultimo tanto la condizione di «*interesse nel procedimento*» penale che aveva dato causa all'iniziativa ministeriale – rilevante ai sensi dell'art. 36 c.p.p. – quanto le «*gravi ragioni di convenienza*» – legittimanti l'astensione ai sensi del successivo art. 52<sup>132</sup> –, abbia agito successivamente all'iscrizione nel registro generale del nome dell'allora Ministro della Giustizia, avendo ritenuto solo in tale occasione effettivamente integrata una condizione di incompatibilità del p.m. *sufficientemente qualificata*, e violato perciò l'obbligo di astensione desumibile, per quel caso, dagli artt. 36 e 372 c.p.p.

A tal proposito, deve infatti rilevarsi, in una prospettiva di carattere generale, che se per un verso la giurisprudenza ha in numerose circostanze affermato che «l'interesse nel procedimento previsto dall'art. 36, 1° comma, lett. a), c.p.p., consiste nella *possibilità per il giudice di rivolgere a proprio vantaggio l'attività giurisdizionale che è chiamato a svolgere nel processo, vantaggio che non deve essere necessariamente economico ma che ben può essere anche solo di ordine morale*»<sup>133</sup> ed ha espressamente riconosciuto, in questo senso, la *possibile rilevanza della sottoposizione del magistrato a procedimento disciplinare «per comportamenti attinenti ad attività e provvedimenti (...) in precedenza adottati nell'ambito di un procedimento penale»*<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Per questa opinione, v. in particolare M. MARTINELLI, *loc. ult. cit.*

<sup>133</sup> Ad es., Cass., 14 novembre 1997, Strazzullo (in *Foro it.*, *Rep.* 1998, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 120; *Ced Cass.*, rv. 210839); Cass., 11 maggio 1998, Cuccurullo (in *Foro it.*, *Rep.* 1998, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 121; *Ced Cass.*, rv. 211132).

<sup>134</sup> Cass., sez. II, 6 aprile 1999, Cuzzocrea (in *Foro it.*, 1999, II, p. 507). La pronuncia della S.C. – che pare rappresentare il più diretto riferimento giurisprudenziale del provvedimento di avocazione emesso, nella concreta vicenda che ci occupa, dal procuratore generale di Catanzaro – riguardava il caso di un magistrato che, sottoposto a procedimento disciplinare in relazione alla decisione sull'archiviazione di un procedimento emessa in qualità di g.i.p., dopo alcuni anni era stato chiamato ad esercitare la funzione di g.u.p. nell'ambito del medesimo giudizio ed era stato ricusato dall'imputato proprio sul presupposto del suo “interesse” nel procedimento, rilevante ai sensi degli artt. 36-37 c.p.p. In quell'occasione, la Cassazione aveva pe-



(il che sembrerebbe indirettamente confermare la legittimità formale del provvedimento di avocazione di cui trattasi, ed anzi la sua ipotetica ammissibilità a partire dal mero esercizio dell'azione disciplinare (cautelare) nei confronti del p.m. De Magistris), dall'altro lato, come puntualmente rilevato da Vittorio Grevi<sup>135</sup>, «sembra altrettanto evidente che, alla base di un provvedimento così delicato, *debba esservi in concreto qualcosa di più e di anteriore; altrimenti, in teoria, sarebbe fin troppo semplice – per un ministro Guardasigilli che fosse indagato – creare le premesse per la sostituzione del magistrato del p.m., esercitando contro lo stesso un'azione disciplinare*» (corsivo nostro). Nella fattispecie concreta in esame, questo “qualcosa di più” sarebbe stato validamente costituito, appunto, dalla formale sottoposizione ad indagini del Ministro Mastella, nell'ambito del procedimento “*Why Not?*”, in un momento (solo casualmente? non è ovviamente possibile saperlo con certezza: cfr. *supra*, punto 4) *successivo* alla promozione dell'azione disciplinare nei confronti del magistrato procedente<sup>136</sup>.

In secondo luogo, con riferimento all'*astensione del magistrato requirente* – presupposto della sostituzione del pubblico ministero assegnatario del procedimento, prevista dall'art. 372 del Codice (e di riflesso, dell'eventuale intervento sostitutivo del procuratore generale) –, non può essere ignorato che la disciplina codicistica, che pure è abbastanza chiara nei suoi elementi sostanziali (tra cui, appunto, il più volte richiamato “interesse nel procedimento” di cui all'art. 36.1, lett. *a*), sembra oscillare in parte, sul piano procedurale, tra la qualificazione di tale adempimento come *facoltativo* od *obbligatorio*<sup>137</sup>. Nel

rentoriamente affermato, in particolare, che «il g.u.p., che già abbia emanato un provvedimento (...), in ordine al quale sia scaturito e sia pendente a carico dello stesso giudice un procedimento disciplinare, diventa – ove, per il successivo evolversi dell'iter processuale, sia nuovamente chiamato a pronunciarsi sui medesimi fatti – portatore di un «interesse alla decisione» da poter far valere nel procedimento disciplinare nel quale il nuovo provvedimento può produrre effetti ai fini della valutazione del precedente comportamento processuale» e che «in tale situazione di diretto coinvolgimento egli non è, e non può essere – come deve, invece, essere – rigorosamente «neutro» (privo, cioè, di qualsivoglia interesse) rispetto alla decisione da adottare con conseguente vulnerazione del principio di garanzia dell'imparzialità e terzietà del giudice alla cui tutela e osservanza presiedono le norme sull'astensione e ricusazione del giudice».

<sup>135</sup> Nel citato articolo sul “*Corriere della sera*” del 21/10/2007: “*Decisione legittima ma l'indagine continui*”.

<sup>136</sup> Incisivamente, sul punto, P.A. CAPOTOSTI, secondo cui in assenza dell'iscrizione «non ci sarebbero stati gli estremi [sott., dell'avocazione], quella è stata la causa scatenante» (intervista a M. Martinelli, 21/10/2007, cit.), e così – pur con le precisazioni appena evidenziate nel testo – lo stesso V. GREVI, *loc. ult. cit.*

<sup>137</sup> All'indomani dell'approvazione del Codice del 1988, hanno segnalato questa



primo senso, parrebbe invero deporre il disposto letterale dell'art. 52, per cui il magistrato del p.m. «*ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza*»; dall'altra parte, il combinato disposto degli artt. 36 e 372 – che, come accennato in precedenza, prevede l'*automatica avocazione delle indagini da parte della Procura generale nel caso di mancata astensione del p.m. designato, non tempestivamente sostituito dal procuratore della Repubblica* – induce piuttosto a configurare l'astensione, anche per i magistrati del pubblico ministero, alla stregua di un vero e proprio obbligo giuridicamente sanzionabile<sup>138</sup>. Su questa seconda posizione si attesta anche la giurisprudenza in materia disciplinare, la quale, in apparente contraddizione con l'art. 52 del Codice, ha costantemente ritenuto la mancata astensione fonte di responsabilità disciplinare per il p.m. «*tutte le volte che (...) si manifestino situazioni obiettivamente suscettibili di far ipotizzare che la sua condotta possa essere ispirata a fini diversi da quelli di istituto, e, in particolare, al conseguimento di obiettivi e al soddisfacimento di interessi personali*»<sup>139</sup>. L'ambivalenza di fondo ricordata, in ogni caso, rende obiettivamente non facile, e certo almeno in parte espressione di una scelta discrezionale del procuratore generale, l'individuazione del *momento in cui procedere, in concreto, alla diretta sostituzione del magistrato dell'ufficio di primo grado non astenutosi*.

Per le due ragioni esposte, in conclusione, pare azzardato, ad opi-

apparente incongruenza, nella dottrina processualpenalistica, ad es. F. CORDERO, in *Procedura penale*, cit., p. 216, L. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 372 c.p.p.*, cit. ed O. DOMINIONI, *Commento all'art. 52 c.p.p.*, cit., pp. 301 ss.

<sup>138</sup> L. D'AMBROSIO, *op. ult. cit.*, pp. 322 s.; F. CORDERO, *loc. ult. cit.*, il quale, facendo riferimento proprio alle disposizioni da ultimo richiamate nel testo, ha sostenuto che i redattori del Codice abbiano commesso un «errore cosciente» nel qualificare l'astensione del p.m., all'art. 52, come facoltativa (mantenendo l'aggettivazione che, nel Codice del '30, rinveniva la propria giustificazione nell'affermazione esplicita della non *ricusabilità* del magistrato requirente).

<sup>139</sup> Cass., sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1088 (in *Foro it.*, *Rep.* 2003, voce *Ordinamento giudiziario* [4630]); tra le tante pronunce conformi, Cass., sez. un., 26 febbraio 1999, n. 106; 9 aprile 1999, n. 226. Queste pronunce sono giunte, peraltro, alla conclusione indicata nel testo muovendo tutte dal presupposto – in ordine al quale potrebbero svolgersi interessanti considerazioni sulla concezione tuttora prevalente nella giurisprudenza della posizione processuale ed istituzionale dell'organo requirente – secondo cui il magistrato del p.m., «svolgendo nel processo penale funzioni di parte pubblica», è tenuto ad agire «esclusivamente per il perseguimento dei fini istituzionali di giustizia ad esso assegnati dall'ordinamento»; il «ruolo di parte del p.m. nel processo penale» – ha poi espressamente affermato il giudice di legittimità nella seconda delle sentenze richiamate – non può quindi ritenersi «preclusivo della configurabilità di situazioni in cui sussista, per il magistrato che svolge le relative funzioni, un dovere, rilevante sul piano deontologico e disciplinare, di astensione a norma dell'art. 52 c.p.p.».

nione di chi scrive, ritenere l'avocazione del procedimento "Why Not?" una decisione dal punto di vista giuridico (non solo illegittima, ma anche) del tutto inopportuna. Considerati i presupposti formalmente stabiliti dalla legge per l'adozione di tale provvedimento e la loro riferita interpretazione giurisprudenziale, tale decisione appare piuttosto il frutto – magari non scontato, certamente difficile da accettare, eppure in concreto, lo si è visto, non agevolmente evitabile – dell'intreccio che, nella vicenda esaminata nel corso di queste note, si è di fatto determinato tra esercizio della funzione requirente e responsabilità disciplinare del magistrato in conseguenza dei successivi provvedimenti assunti da entrambi i suoi principali protagonisti. Un "incrocio pericoloso", quindi (nella fattispecie, per l'indipendenza della Magistratura, sacrificata alle prerogative del potere politico; in futuri consimili casi, non è da escludere, proprio per queste ultime), in certa misura sempre possibile alla stregua della configurazione dei rapporti tra giurisdizione e circuito politico – rappresentativo negli ordinamenti costituzionali di tradizione liberale – tanto da rappresentarne uno dei tradizionali nodi irrisolti –, ma che nel caso dell'indagine di Catanzaro avrebbe senza dubbio potuto essere evitato (o quantomeno, opportunamente contenuto nei suoi possibili effetti) se solo i diversi soggetti istituzionali coinvolti – pubblico ministero, Ministro della Giustizia e, nel senso poc'anzi precisato, procuratore generale – avessero esercitato in modo più accorto e prudente le loro rispettive legittime attribuzioni<sup>140</sup>.

<sup>140</sup> Un richiamo alla «prudenza istituzionale» – in particolare degli organi del potere politico – è contenuto nel recente volume di A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 289, che, citando in parte G. SILVESTRI, ricorda condivisibilmente: «Vero è che ai magistrati si chiede (e si deve chiedere) «di più che a tutti gli altri soggetti investiti di funzioni o cariche pubbliche, [...] perché essi sono svincolati da ogni forma di eterocontrollo, a salvaguardia dell'indipendenza del loro operare». Tuttavia, pur nella consapevolezza che ciò costituisce per il magistrato il riflesso «simmetrico dello status di indipendenza garantita e rafforzata» sancito in Costituzione, la prudente applicazione delle norme riguardanti fondamentali garanzie costituzionali, come quelle relative alla funzione giurisdizionale, deve costituire la regola per evitare «che esse, pur indirizzate alla miglior tutela di un principio, non diventino nella realtà veicolo per la violazione del principio stesso».



## *Elenco degli Autori*

STEFANO SICARDI è ordinario di Diritto Costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

ALFONSO DI GIOVINE è ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Torino.

LUCA IMARISIO è ricercatore confermato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

GIORGIO SOBRINO è dottorando di ricerca nella Scuola di Dottorato in Diritto dell'Università di Torino (Indirizzo di Diritto Pubblico).





LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di giugno dell'anno 2010  
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)







