

AUTONOMIA E INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA TRA 'VECCHIO' E 'NUOVO' ORDINAMENTO GIUDIZIARIO**

Sommario: 1. L'ordinamento giudiziario del 1941: la conformazione 'piramidale' della magistratura e la sua subordinazione al Governo. — 2. Le modifiche dell'ordinamento giudiziario dopo la caduta del regime fascista: la c.d. «legge sulle guarentigie della magistratura» (r.d. lgs. n. 511/1946). — 3. La Costituzione del 1948: l'affermazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura. — 4. Il lento percorso verso l'autonomia e l'indipendenza della magistratura in mancanza della «nuova legge sull'ordinamento giudiziario» richiesta dalla VII disp. trans. fin.: l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956. — 5. (Segue) l'abolizione della carriera selettiva dei magistrati: una riforma ordinamentale «di largo respiro». — 6. (Segue) la modifica del sistema elettorale e della composizione del CSM. — 7. La riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta con la legge n. 150/2005: il ripristino della carriera selettiva, la gerarchizzazione del pubblico ministero e la sostanziale separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti. — 8. (Segue) il disegno della riforma: il ridimensionamento della magistratura e la restaurazione del primato della 'politica'. — 9. La legge n. 269/2006: la sospensione del d.lgs. n. 160/2006 sulle carriere dei magistrati e la modifica del d.lgs. n. 106/2006 sulla riorganizzazione del pubblico ministero. — 10. (Segue) la modifica del d.lgs. n. 109/2006 sulla responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti funzionali. — 11. (Segue) gli illeciti extrafunzionali. — 12. La legge n. 111/2007: la valutazione periodica della professionalità dei magistrati. — 13. (Segue) la valutazione della professionalità e le «promozioni» previste dall'art. 105 Cost.: aspetti problematici. — 14. (Segue) la nuova disciplina dei passaggi dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa: la tendenziale separazione delle carriere. — 15. Considerazioni conclusive sull'indipendenza dei magistrati: il problema dell'indipendenza interna. — 16. (Segue) i pericoli per l'indipendenza esterna.

1. L'ordinamento giudiziario del 1941: la conformazione 'piramidale' della magistratura e la sua subordinazione al Governo

L'«Ordinamento giudiziario» introdotto con il regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, s'ispirava a due principi strettamente collegati fra di loro: quello gerarchico, con una distinzione per gradi all'interno della magistratura, dominata da un ristretto gruppo collocato nelle

* Associato di Diritto costituzionale nell'Università di Verona.

** Il presente lavoro è frutto di una rielaborazione del testo della relazione su «Costituzione e ordinamento giudiziario» presentata al Convegno nazionale «L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005», svoltosi il 4 e 5 dicembre 2015 nell'Aula Magna del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

posizioni più elevate della scala gerarchica, e quello dell'eterogoverno', con l'attribuzione all'Esecutivo di ampi poteri di direzione e controllo sulla magistratura¹.

Per quanto concerne il primo, l'ordinamento giudiziario prevedeva, in particolare, l'inquadramento dei magistrati nei gradi di uditore giudiziario (grado VIII), aggiunto giudiziario (grado VII), giudice, sostituto procuratore del re e pretore (grado VI), consigliere di corte d'appello, sostituto procuratore generale di corte d'appello (grado V), consigliere di cassazione (grado IV), presidente di sezione della Corte di cassazione e avvocato generale della Corte di cassazione (grado III), procuratore generale presso la Corte di cassazione (grado II) e presidente della Corte di cassazione (grado I)². Vi era, quindi, se così si può dire, una gerarchia di carriera, che riguardava tutti i magistrati ordinari. Vi era, inoltre, per i magistrati requirenti, una gerarchia 'funzionale', essendo il pubblico ministero costituito da uffici gerarchicamente ordinati fra di loro (la procura generale presso la Corte di cassazione, le procure generali presso le Corti d'appello e le procure della Repubblica presso i Tribunali) e al loro interno.

Tuttavia, il punto che va evidenziato è che l'ordinamento giudiziario del 1941 creava una 'piramide giudiziaria, al vertice della quale si poneva la Corte di cassazione³. Erano i magistrati di cassazione, dai quali dipendeva l'accesso alle funzioni 'superiori' — e, quindi, l'avanzamento in carriera —, che esercitavano il dominio sul corpo giudiziario⁴.

Per quanto riguarda il secondo, va ricordato che il ministro della Giustizia — «Capo Supremo della Amministrazione giudiziaria e politicamente responsabile del buon ordine e del regolare funzionamento dell'Amministrazione stessa»⁵ — esercitava, direttamente o per il tramite dei capi degli uffici, l'«alta sorveglianza» su tutti i magistrati (giudicanti e requirenti).

¹ Cfr., tra gli altri, E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana* (1975), in Id., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna 1978, p. 128; S. SENESE, voce *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1993, p. 203; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in AA. VV., *Storia d'Italia – Annali XIV – Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, in collaborazione con L. Minervini, Torino 1998, p. 713.

² Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1990, p. 46.

³ L'uso del sostantivo «piramide», dell'aggettivo «piramidale» e anche dell'avverbio «piramidalmente» per qualificare l'assetto della magistratura in Italia prima dei cambiamenti di cui si parlerà in seguito nel testo è ricorrente negli scritti giuridici sul tema: cfr., tra gli altri, G. MARANINI, *Giustizia in catene*, Milano 1964, p. 134; G. PERA, *Che fare della magistratura?*, in *Atti del seminario su «La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale (cenni storici e problemi)»*, svoltosi a Pisa il 28 aprile 1977, Milano 1978, p. 93; D. PULITANÒ, *Le istituzioni giudiziarie: dal formalismo alle politiche del diritto*, in *Dem. dir.* 1982, n. 6, p. 40; G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, in AA. VV., *La professione del giudice*, a cura di A. Pignatelli e C. Viazzi, Milano 1986, pp. 94 ss.; F. CORDERO, *I poteri del magistrato*, in *Indice pen.* 1986, I, p. 31; L. PEPINO, *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Quest. giust.* 2002, p. 140; G. VERDE, *L'ordinamento giudiziario*, Milano 2003, p. 6; L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, p. 20; P. BIAVATI, D. CAVALLINI, R. ORLANDI, *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna 2016, p. 24.

⁴ Il «sistema consegnava alla Corte di cassazione un potere di controllo praticamente assoluto sulle carriere dei magistrati e anche sulla giurisprudenza, perché erano promossi al grado superiore solo coloro che nelle sentenze (da presentare obbligatoriamente come titolo) avevano applicato pedissequamente i principi fissati dalla stessa Cassazione» (L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 20 s.).

⁵ Cfr. la relazione illustrativa del ministro Grandi, in *Leggi e decreti*, 1941, n. 12, pp. 40 ss.

Svolgeva un ruolo di «direzione» del pubblico ministero⁶. Aveva un forte potere d'influenza sulle promozioni nelle sfere più alte della magistratura, poiché i concorsi si svolgevano davanti a commissioni formate da magistrati di cassazione da lui stesso nominati. Aveva un potere di proposta sulle nomine agli uffici direttivi di presidente e di procuratore generale presso le Corti d'appello e presso la Corte di cassazione, spettanti al Consiglio dei ministri. Era, infine, titolare dell'azione disciplinare e del potere di sanzionare i magistrati giudicanti e requirenti per gli illeciti disciplinari (la Corte disciplinare, formata dal primo presidente della Corte di cassazione, che la presiedeva, e da altri quattro magistrati nominati dal Consiglio dei ministri, formulava proposte non vincolanti per il ministro, che decideva autonomamente)⁷.

Del Consiglio Superiore della Magistratura, introdotto nell'ordinamento italiano con la «legge Orlando» del 1907, come organo di garanzia dell'indipendenza dei giudici, anche se con caratteristiche notevolmente diverse da quelle attuali⁸, rimaneva solo la denominazione, che si riferiva in sostanza a una commissione ministeriale, formata da magistrati di cassazione, con poteri assai limitati⁹.

L'impianto ideato dal ministro della Giustizia dell'epoca Dino Grandi esprimeva la visione politica del fascismo, tendente a concentrare il potere nelle mani dell'Esecutivo: una visione incompatibile con il principio dell'«autogoverno» della magistratura, che veniva ripudiato¹⁰.

⁶ «Spesso si minimizza la portata di questa sudditanza, insistendo sul fatto che l'indipendenza dei giudici non è scalfita: ma è facile replicare che poco vale l'autonomia del giudice, se questi si limita a giudicare le vicende che gli sottopone selettivamente il pubblico ministero, a sua volta condizionato dal potere esecutivo nella cernita di chi perseguire e chi no»: così E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, Milano 2012, p. 382.

⁷ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., p. 715.

⁸ Infatti, l'organo era formato interamente da magistrati e la componente elettiva era minoritaria: oltre ai due membri di diritto (il primo presidente della Corte di cassazione di Roma, che lo presiedeva, e il procuratore generale presso la stessa Corte), vi erano 18 membri, per metà scelti dal Governo (tra i magistrati, in servizio o a riposo, di grado non inferiore a quello di primo presidente di corte d'appello) e per metà eletti dai magistrati di cassazione tra gli appartenenti a detta categoria. Le funzioni che esercitava erano solo in parte deliberative (in tema di promozioni). Non erano maturi i tempi per l'avvento di un organo che spogliasse l'esecutivo di tutti i suoi poteri concernenti lo *status* dei magistrati. Era, invece, giunto il momento per il superamento della precedente commissione consultiva con l'istituzione di un organo che contenesse la discrezionalità del potere governativo. Cfr. M. JANIRI, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1959, pp. 213 ss.; A. TORRENTE, voce *Consiglio Superiore della magistratura*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 328 s.; G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma 1988, p. 4 s.

⁹ Il CSM «era stato declassato al ruolo di commissione d'esame, in quanto aveva solo il compito di procedere "in sede di scrutinio alla classificazione" dei magistrati di Corte d'appello e di Tribunale, oltre che di dare parere sulle nomine ed ammissioni straordinarie in magistratura» (cfr. G. FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura*, cit., p. 5). Ciò spiega perché si sia detto, in dottrina, che il CSM fu «soppresso dal fascismo» (M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in AA. VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma 1997 e in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015, p. 424, da cui lo scritto è successivamente citato).

¹⁰ Il ministro Grandi, nella relazione illustrativa, afferma che «nel regolare lo stato giuridico dei magistrati ho naturalmente respinto il principio» del c.d. «autogoverno della magistratura», che è «incompatibile» con il concetto di «Stato fascista». È inammissibile che «nello Stato esistano organi indipendenti dallo Stato medesimo, o autarchie, o caste sottratte al potere sovrano unitario, supremo regolatore di ogni pubblica funzione». L'indipendenza dei giudici non richiede che «la Giurisdizione costituisca un potere autonomo dallo Stato, dovendo

Tuttavia, l'ordinamento Grandi non rappresentava un elemento di rottura con il passato¹¹. Esso affondava le proprie radici nel modello napoleonico adottato dal regno d'Italia nel 1865¹²: un modello che concedeva ben poco spazio all'autonomia e all'indipendenza della magistratura, la quale era sottoposta alla pesante influenza del Governo¹³. Inasprendo la disciplina dell'Italia prefascista, che con l'ordinamento giudiziario Rodinò aveva allentato le rigidità del passato, facendo delle aperture 'democratiche'¹⁴, l'ordinamento Grandi si poneva su una linea di continuità con l'ordinamento Oviglio approvato all'inizio del Ventennio¹⁵, che aveva rafforzato la gerarchia interna dell'organizzazione giudiziaria e ridotto i poteri del CSM, abolendo anche la (parziale) elettività dell'organo¹⁶.

anch'essa informare la sua attività alle direttive generali segnate dal governo» per l'esercizio di ogni pubblica funzione.

¹¹ Cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino 1973, p. 156 e C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna 1992, p. 87.

¹² Cfr., tra gli altri, S. SENESE, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, cit., p. 202 s.; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., pp. 713 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., pp. 30 ss. e ID., *Considerazioni generali*, in AA. VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.* 2006, V, c. 3.

¹³ Si possono comprendere la condizione della magistratura e i suoi rapporti con il Governo nell'Italia liberale attraverso le parole dell'uomo politico di maggior spicco del primo quindicennio del Novecento: «al governo restano i seguenti poteri sulla magistratura. Dei pretori dispone liberamente, senza alcuna garanzia. I magistrati sono tutti nominati dal Governo; il Governo può negare loro qualunque trasferimento; è il Governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato deve essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che devono giudicare le cause civili e penali, e li riparte fra le varie sezioni delle Corti e dei tribunali, è il governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le Corti d'Appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori, nel qual modo ha in man sua l'istruzione dei processi penali e così l'onore e la libertà dei cittadini; infine il ministro guardasigilli ha diritto di chiamare a sé e di ammonire qualunque membro di corte e di tribunale» (così Giovanni Giolitti nel *Discorso agli elettori di Caraglio* [1897], in G. GIOLITTI, *Discorsi extraparlamentari*, Torino 1952, p. 195).

Le caratteristiche della magistratura di quel periodo storico sono state ben descritte dalla letteratura sull'argomento: cfr., tra gli altri, M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1925*, Milano 1967; G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Bari 1969; P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione: linee di una analisi sociopolitica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma 1979.

¹⁴ Cfr. il r.d. 14 dicembre 1921, n. 1978, che introduceva un CSM elettivo e l'inaffidabilità dei pretori.

¹⁵ Cfr. il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2786, recante «Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura», denominato decreto Oviglio dal nome del ministro Aldo Oviglio, il primo Guardasigilli del regime fascista.

¹⁶ Cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura*, in AA. VV., *Stato della Costituzione*, a cura di G. Neppi Modona, Milano 1998, p. 429; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., p. 714; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, vol. II, *Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino 2015, pp. 199 ss. Parla di un CSM ridotto, con il decreto Oviglio, «quasi soltanto ad una lustra» S. SENESE, *Il governo della magistratura in Italia oggi*, in AA. VV., *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, a cura di P.L. Zanchetta, Milano 1987, p. 21.

2. Le modifiche dell'ordinamento giudiziario dopo la caduta del regime fascista: la c.d. «legge sulle guarentigie della magistratura» (r. d. lgs. n. 511/1946).

Dopo la caduta del regime fascista, il primo mutamento dell'ordinamento giudiziario avviene con il r. d. lgs. 31 maggio 1946, n. 511, recante «Guarentigie della magistratura».

La c.d. «legge sulle guarentigie della magistratura» (nota anche come decreto Togliatti, dal nome del ministro della Giustizia dell'epoca¹⁷) introduce alcuni cambiamenti, garantendo, almeno formalmente, l'indipendenza 'esterna' della magistratura ordinaria, che viene liberata dal giogo dell'Esecutivo.

Il ruolo del ministro della Giustizia viene ridimensionato. Non dispone più di un potere di «direzione» sul pubblico ministero¹⁸. Non è più il titolare del potere disciplinare, ossia del potere di giudicare ed emettere sanzioni disciplinari, che passa ai Tribunali disciplinari. Non può più trasferire i magistrati come avveniva in passato, perché l'inaffidabilità dalla sede, già prevista per i giudici dallo statuto albertino (art. 69)¹⁹, viene estesa ai magistrati requirenti e viene eliminata l'ipotesi del trasferimento per esigenze di servizio²⁰. Mantiene il potere di «alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del pubblico ministero», ma si tratta di un potere più formale che sostanziale. Conserva il potere di nominare i titolari di alcuni uffici direttivi. Gli compete sempre promuovere le decisioni sui magistrati riservate al Consiglio dei ministri. Sceglie ancora i componenti delle commissioni di concorso. Può esercitare, anche se non direttamente, l'azione disciplinare, essendo previsto che detta azione «è promossa» dal pubblico ministero su richiesta del ministro della Giustizia²¹.

Al CSM, che ritorna ad essere un organo elettivo (come membri di diritto sono presenti il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione, che presiede l'organo), vengono restituite le funzioni di cui era stato spogliato durante il fascismo. Le sue

¹⁷ G. NEPPI MODONA, *Togliatti guardasigilli*, in AA. VV., *Togliatti e la fondazione dello Stato democratico*, a cura di A. Agosti, Milano 1986, pp. 289 ss.

¹⁸ Sottolinea che con l'abolizione di tale potere «si segna la tappa fondamentale nella linea dell'indipendenza del pm rispetto all'esecutivo» E. BRUTI LIBERATI, *Il dibattito sul pubblico ministero: le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata*, in *Quest. giust.* 1997, n. 1, p. 139.

È opportuno ricordare che il pubblico ministero poteva archiviare *de plano* le notizie di reato. Ciò che, invece, non è più ammesso dalla legge sulle guarentigie, che attribuisce il potere di archiviazione al giudice istruttore, il quale può opporsi a un'eventuale richiesta in tal senso del pubblico ministero e procedere autonomamente.

¹⁹ Con forti limiti che «svuotavano la garanzia di ogni effettivo valore» (così R. ROMBOLI, S. PANIZZA, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino 1995, p. 391). Infatti, l'inaffidabilità non si applicava «a quelli di mandamento», ossia ai pretori, e, per gli altri giudici, operava dopo «tre anni di esercizio».

²⁰ In base all'art. 2 della legge sulle guarentigie, tutti i magistrati (eccettuati gli uditori) non possono essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni «se non col loro consenso». Sono ammesse, però, delle eccezioni, perché i magistrati possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altre sedi o funzioni quando si trovino in uno dei casi di incompatibilità previsti dall'ordinamento. Grandi o quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa, non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità. Ciò, però, previo parere del CSM, che è «vincolante quando si tratta di magistrati giudicanti». Cfr. G. SEVERINI, *L'articolo 2 delle guarentigie e i trasferimenti per «incompatibilità ambientale»*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari 1994, pp. 90 ss.

²¹ Cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 22 s.

funzioni risultano anzi rafforzate, «particolarmente in rapporto al nuovo sistema delle guarentigie»²².

Tuttavia, la legge sulle guarentigie lasciava immutata la struttura interna dell'ordine giudiziario, dove perdura la signoria dei magistrati di cassazione (gli unici presenti nel CSM), di orientamento conservatore, che tradizionalmente sono in sintonia con il potere politico: una sintonia favorita dall'«estrazione socio-economica dei magistrati, reclutati pressoché esclusivamente tra la borghesia medio-alta»²³.

Alla garanzia formale dell'indipendenza esterna — che è vista in quel momento storico con favore sia dalla sinistra, la quale vuole evitare il ripetersi degli abusi del passato, sia dalla Democrazia cristiana, che non si sente rassicurata dalla presenza del *leader* comunista Togliatti al ministero della Giustizia — non corrisponde in realtà l'indipendenza sostanziale della magistratura dal Governo, il quale, dopo l'estromissione dei comunisti nella primavera del 1947, utilizzerà gli strumenti a sua disposizione per influenzarla attraverso un'alleanza con i magistrati di grado più elevato²⁴.

3. La Costituzione del 1948: l'affermazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura

La Costituzione italiana del 1948 segna una svolta perché sancisce i principi di autonomia e indipendenza della magistratura.

L'«idea guida» che ispira la formulazione del titolo IV della parte II, dedicato a «La magistratura», «riflette l'esigenza di assicurare ai singoli magistrati e alla magistratura ordinaria nel suo complesso la piena indipendenza da qualsiasi altro potere e, in particolare, dal potere esecutivo»²⁵, quali valori strumentali alla legalità e all'obiettività dell'amministrazione della giustizia.

²² M. JANIRI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 215.

²³ Cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura*, cit., p. 429.

V. anche E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana*, cit., p. 130, dove l'illustre Autore — si tenga presente che le parole che seguono sono state scritte a metà degli anni Settanta del secolo scorso — riferisce che «indagini sociologiche condotte negli anni passati hanno posto in luce come la categoria dei giudici venisse a trarre i propri componenti, per la quasi totalità, da alcune aree della piccola e media borghesia meridionale, cioè da una classe sociale caratterizzata da un forte attaccamento alle tradizioni e da un alto grado di omogeneità politica e culturale».

²⁴ Sulla sostanziale alleanza fra «alta magistratura e ceto politico di governo», cfr., tra gli altri, G. MARANINI, *Carriera dei giudici, casta giudiziaria e potere politico*, in AA. VV., *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium: Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura*, a cura di G. Maranini, Milano 1962, pp. 365 ss.; G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla Liberazione agli anni cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in AA. VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, tomo 2, *Istituzioni, politiche, culture*, Torino 1997, pp. 81 ss.

²⁵ Così G. NEPPI MODONA, *La magistratura*, cit., p. 427. In senso conforme, tra gli altri, G. MARANINI, *Giustizia in catene*, cit., p. 134; A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorosso, Bologna 1974, pp. 24 ss.; S. SENESE, *Relazione*, in *Atti del seminario su «La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale (cenni storici e problemi)»*, cit., p. 4; G. FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura*, cit., p. 5 s.; R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, cit., p. 370; L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli 1998, p. 18 s.

È significativo che l'articolo posto all'inizio del suddetto titolo affermi che «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», con ciò escludendo qualsiasi forma di dipendenza dall'esterno.

Ma la disposizione contenuta nell'art. 101, comma 2, Cost. ha una duplice valenza: assicura sia l'indipendenza esterna, sia l'indipendenza interna. In altre parole, garantisce l'indipendenza del giudice dal potere esecutivo (e da tutti i poteri esterni a quello giudiziario) e dallo stesso potere dei giudici²⁶. Le due forme di indipendenza sono strettamente correlate: un'organizzazione verticistica della magistratura, che comprime l'indipendenza interna, facilita il condizionamento dall'esterno, mentre invece l'«orizzontalità» del potere giudiziario, il suo essere potere «diffuso» rappresenta un ostacolo per eventuali tentativi di ingerenza da parte degli altri poteri, che, in mancanza di una «catena di comando», non possono irradiarsi all'intero corpo²⁷.

La previsione, contenuta nell'art. 104, comma 1, Cost., secondo cui la «magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», rende ancora più evidente che i giudici sono protetti da interferenze esterne.

La tutela dell'indipendenza interna dei giudici risulta rafforzata dalla previsione che i magistrati «si distinguono soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, comma 3, Cost.), la quale — come si vedrà in seguito²⁸ — esclude che vi possa essere una gerarchia all'interno dell'ordine giudiziario.

Quanto alla posizione del pubblico ministero, se è vero che l'art. 107, comma 4, disponendo che esso «gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (quindi, dalla legge ordinaria), potrebbe far pensare che a livello costituzionale manchi una tutela della sua indipendenza, è altrettanto vero che il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112) postula l'indipendenza del soggetto al quale spetta promuoverla²⁹. È vero, inoltre, che i magistrati del pubblico ministero appartengono, insieme con i giudici, a un ordine che — come si è detto sopra — è «autonomo e indipendente da ogni altro potere»: autonomia e indipendenza che sono tutelate dal

²⁶ Cfr., in tal senso, tra i contributi meno risalenti, G. BORRÈ, sub *Art. 98 comma 3*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, p. 462; R. GUASTINI, sub *Art. 101*, in AA. VV., *Gli organi ausiliari. Art. 99-100 - La magistratura. Art. 101-103*, tomo I, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, p. 193; O. DOMINIONI, *Intervento sul tema «Pubblico ministero e giudice: funzioni e carriere in discussione»*, in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del Convegno di Udine, 22-24 ottobre 2004, Milano 2006, p. 90; M. PISANI, *Il giudice, la legge e l'art. 101, comma 2, Cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, pp. 560 ss.

In dottrina, si è però rilevato che la previsione del CSM (art. 104 Cost.) «ha messo in ombra quell'aspetto dell'art. 101 Cost. che è volto alla tutela «esterna» del giudice, e ne ha esaltato per contro la funzione di tutela «interna», nei confronti degli altri giudici» (cfr. M. PEDRAZZA GORLERO, *Il «tono» dell'espressione verbale: un nuovo limite alla libertà di pensiero?*, in *Giur. cost.* 1972, p. 790, nota 32 e in *Id.*, *Congetture costituzionali*, Napoli 2015, p. 83).

²⁷ Cfr. G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 94.

²⁸ V. *infra*, § 13.

²⁹ Cfr., tra gli altri, M. SCAPARONE, voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.* 1988, XXXVII, p. 1100 e V. ONIDA, *Intervento al Convegno su «Libertà, difesa della società e giustizia penale nella Costituzione»*, Senigallia 2-3 dicembre 1994, in *Giustizia e Cost.* 1995, n. 3-4, p. 103.

CSM, al quale compete l'adozione dei provvedimenti amministrativi concernenti tutti i magistrati (inclusi quelli requirenti)³⁰. È vero anche che il principio della distinzione «soltanto per diversità di funzioni», essendo testualmente riferito ai «magistrati», opera «per tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario e quindi anche per gli addetti all'ufficio del pubblico ministero»³¹. È vero, infine, che l'inamovibilità, che rappresenta tradizionalmente la più importante garanzia del loro *status*, concerne tutti i «magistrati» (art. 107, comma 1), inclusi quelli requirenti, che non possono essere dispensati dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a una decisione del CSM, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso³².

Se, poi, si tenga presente che la legge deve assicurare, in base alla Costituzione (art. 108), l'indipendenza dei magistrati del pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali, a maggior ragione dovrà ritenersi costituzionalmente richiesta la tutela dell'indipendenza dei magistrati del pubblico ministero presso la giurisdizione ordinaria, margini di incertezza interpretativa potendo sussistere soltanto — alla luce dell'art. 107, comma 4 — riguardo all'equiparazione, sotto il profilo delle garanzie del loro *status*, con i magistrati giudicanti³³.

Senza voler considerare, infine, il problema dell'ambito applicativo dell'art. 101, comma 2, Cost., essendo la dottrina divisa fra quanti, attenendosi alla lettera del testo, ritengono che esso valga solo per i giudici e quanti, invece, interpretando estensivamente la disposizione, alla luce soprattutto dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente³⁴, pensano che esso si riferisca anche ai magistrati requirenti³⁵, garantendone l'indipendenza.

³⁰ Cfr., tra gli altri, L. DAGA, voce *Pubblico ministero*, I) *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1991, p. 1.

³¹ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, sub *Art. 107*, in AA. VV., *La magistratura*, tomo II, *Art. 104-107*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1996, p. 163.

³² Sull'inamovibilità come strumento che ha «la funzione di assicurare» ai soggetti «che ne godono una posizione di particolare indipendenza» (in modo che i loro compiti «vengano esercitati in condizione di assoluta libertà da influenze esterne»), cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, p. 329.

Nel senso che i magistrati del pubblico ministero non sarebbero però pienamente equiparati dal punto di vista dell'inamovibilità ai giudici, cfr. G. FERRARI, *La magistratura*, in ID., *La Costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale*, Milano, 1980, p. 193 e F. PEDACE, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 38.

³³ Per le differenti posizioni al riguardo cfr. N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996, pp. 3 ss. e la letteratura ivi richiamata.

Secondo G. VASSALLI, *Come si difende il prestigio dei magistrati*, in *Il Tempo*, 7 dicembre 1985, il Costituente, facendo un rinvio al «legislatore ordinario» (art. 107, comma 4), ha inteso dire, con una formula non esente da «ambiguità», che «il pubblico ministero non è un magistrato come gli altri, cioè come colui che giudica e la cui autonomia ed indipendenza debbono pertanto ad ogni prezzo essere tutelate». La Costituzione — secondo l'illustre Autore —, pur tutelando l'autonomia e l'indipendenza della magistratura (giudicante e requirente), non esigerebbe, quindi, che il pubblico ministero sia «parificato al giudice in tutto e per tutto», lasciando all'ordinamento giudiziario la possibilità di una disciplina differenziata.

³⁴ Infatti, il testo inizialmente approvato dall'Assemblea era «I magistrati sono soggetti soltanto alla legge», mentre fu il Comitato di redazione a sostituire, senza alcuna giustificazione, la parola «magistrati» con «giudici». Cfr., tra gli altri, P. BARILE, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova 1992, p. 36.

³⁵ Per indicazioni bibliografiche sulle opposte tesi, si rinvia a N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., pp. 17 ss.

Di recente L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 159, ha scritto che l'«articolo 101 usa in modo improprio il termine «giudici» perché l'esclusiva soggezione alla legge riguarda anche i pubblici ministeri».

Tuttavia, nonostante le modifiche introdotte dalla legge sulle guarentigie della magistratura, l'ordinamento Grandi era troppo distante dalla nuova realtà costituzionale.

Il Costituente ne era pienamente consapevole, tant'è che, nell'ambito delle «Disposizioni transitorie e finali della Costituzione», ha prefigurato la sostituzione dell'ordinamento vigente con un nuovo ordinamento «in conformità con la Costituzione». Avvertendo, però, la complessità di una riforma organica di un apparato dello Stato che avrebbe rappresentato una rottura con la tradizione dell'Italia, ha legittimato in via transitoria l'applicazione di una normativa giudicata da lui stesso incompatibile con la Costituzione³⁶.

La VII disp. trans. fin., comma 1, che imponeva l'emanazione nel più breve tempo possibile della «nuova legge sull'ordinamento giudiziario», non è stata però attuata dal legislatore.

4. Il lento percorso verso la conquista dell'autonomia e dell'indipendenza in mancanza della «nuova legge sull'ordinamento giudiziario» richiesta dalla VII disp. trans. fin.: l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956

La mancata approvazione della legge sull'ordinamento giudiziario ha congelato per alcuni anni il titolo IV della parte II della Costituzione, impedendo che trovassero concreta applicazione i principi di autonomia e indipendenza della magistratura, sulla quale restava forte l'influenza del potere politico.

Al di là della consonanza politico-culturale tra la maggioranza di governo e l'alta magistratura, contano i rapporti che si determinano in concreto nella vita istituzionale, anche grazie alla presenza di magistrati distaccati presso il ministero della Giustizia, che ricoprono ruoli di rilievo nell'organizzazione ministeriale: rapporti dai quali scaturisce un sistema di potere formato dal partito di maggioranza relativa, la Democrazia cristiana, che esprimerà quasi sempre il ministro della Giustizia nella prima fase dell'esperienza repubblicana (ininterrottamente nel periodo compreso tra il 1950 e il 1963), e dai magistrati di cassazione³⁷.

³⁶ Cfr., tra gli scritti meno risalenti, S. SENESE, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in AA. VV., *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, a cura di F. Dal Canto e R. Romboli, Torino 2004, p. 16; E. FASSONE, *Non giudici ma burocrati*, in AA. VV., *La nostra idea di Giustizia. Le battaglie contro le leggi-vergogna, le nostre proposte per una riforma al servizio dei cittadini*, a cura di F. Lupparelli, Roma 2005, p. 38; A. PIZZORUSSO, *Considerazioni generali*, cit., c. 2 s.; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX Convegno annuale, Padova 22-23 ottobre 2004, Padova 2008, p. 82-3.

³⁷ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, in AA. VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, tomo 2, *Istituzioni, politiche, culture*, cit., p. 142.

Una vicenda significativa è quella di Antonio Azara, che, eletto al Senato come candidato della Democrazia cristiana nella I legislatura, aveva continuato a esercitare le funzioni di magistrato, diventando durante il mandato parlamentare, prima, procuratore generale e, poi, primo presidente della Corte di cassazione. Collocato a riposo all'inizio del 1953 per raggiunti limiti di età, verrà dopo pochi mesi rieletto al Senato e, nell'ottobre dello stesso anno, diventerà ministro della Giustizia del governo Pella.

L'assetto della magistratura delineato dall'ordinamento Grandi si è nondimeno lentamente trasformato nel corso del tempo per una pluralità di fattori, che hanno favorito la conquista di spazi di autonomia e indipendenza via via più larghi.

Il primo in ordine di tempo è rappresentato dall'entrata in funzione della Corte costituzionale, che — com'è noto — ha incominciato a operare nel 1956. Non si tratta, ovviamente, di un'innovazione in materia di ordinamento giudiziario. Le conseguenze dell'inserimento di quest'organo, sconosciuto alla tradizione del nostro Paese, nel sistema costituzionale sono però assai rilevanti per l'assetto e le dinamiche interne alla magistratura.

Il perché è presto detto.

Il Costituente aveva previsto che, fino a quando non fosse entrata in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'art. 134 avrebbe avuto luogo «nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione» (VII disp. trans. fin., comma 2). Il sindacato di legittimità costituzionale era stato allora per alcuni anni di competenza dei giudici comuni, i quali avrebbero dovuto accertare l'abrogazione implicita delle leggi preesistenti alla Costituzione e disporre la disapplicazione delle norme di legge entrate in vigore dopo di esse ritenute in contrasto con la Costituzione³⁸. Tuttavia, i giudici avevano esercitato il controllo di costituzionalità con «estrema timidezza»³⁹.

Ciò si potrebbe spiegare con la difficoltà, per un corpo dello Stato formatosi professionalmente in un diverso ambiente politico-culturale, di adattarsi alla novità rappresentata da un 'documento' che mutava profondamente la forma statutale, ponendosi come prima e fondamentale fonte dell'ordinamento, condizionante tutte le altre fonti⁴⁰. Ma vi è di più. La distinzione fra norme costituzionali precettive e programmatiche adottata dalla Corte di cassazione aveva limitato notevolmente la possibilità di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi⁴¹. La maggior parte delle norme contenute nella Costituzione fu infatti considerata meramente programmatica: con la conseguenza che molti dei principi più innovativi non avevano potuto produrre effetti immediati sulla vigenza della vecchia legislazione in contrasto con essi, alla quale sarebbe stata garantita la sopravvivenza fino a quando il legislatore ordinario non fosse intervenuto per modificarla⁴². La struttura «piramidale» del potere giudiziario dell'epoca aveva favorito l'affermazione di un «indirizzo politico autoritario e monolitico» dell'organo apicale, «che attraverso il controllo delle carriere e l'esame delle sentenze»

³⁸ Cfr., per tutti, P. COSTANZO, *Disposizione VII*, in AA. VV., *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII – Leggi costituzionali e di revisione costituzionale 1948-1993*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1995, pp. 143 ss.

³⁹ Cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano 1977, p. 506.

⁴⁰ M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano 2010, p. 70 s.

Sulla Costituzione come «documento», cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici – Stato e costituzione – Formazione della Repubblica italiana)*, Padova 1970, p. 88.

⁴¹ Le norme costituzionali sono «principalmente precettive», ma «possono pure essere soltanto direttive o programmatiche», «nel senso che pongono principi, di cui il legislatore deve curare l'attuazione» (sentenza delle Sezioni Unite, 7 febbraio 1948, in *Foro it.* 1948, II, c. 57, con nota di G. AZZARITI, *La retroattività di leggi penali anteriori alla nuova Costituzione*).

⁴² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 495.

tendeva a «ottenere da tutta la magistratura preciso conformismo»⁴³. Il ‘monopolio’ dell’interpretazione era, dunque, detenuto dalla Corte di cassazione, alla quale l’ordinamento giudiziario attribuiva il compito di assicurare «l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge» (art. 65) e «ai suoi magistrati (molto meno numerosi di ora) poteri e competenze tali da assicurare che i magistrati di merito si conformassero ai suoi orientamenti, in modo da rafforzare, per così dire, la capacità di convincimento propria della giurisprudenza di legittimità»⁴⁴.

Il singolo giudice, dal 1956, è investito del potere-dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale ogniqualvolta, nel corso di un processo, debba applicare una norma di legge sulla quale vi sia il ragionevole dubbio di un contrasto con la Costituzione (art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87).

Per il sistema giudiziario di allora si trattava «di una rivoluzione copernicana. Non soltanto la più importante funzione di nomofilachia, cioè quella che attiene alla legittimità costituzionale delle leggi, veniva sottratta alla Corte di cassazione e affidata ad un organo posto fuori del sistema giudiziario», ma — ciò che più conta — la stessa Corte «veniva a partecipare del medesimo potere di attivazione attribuito» a tutti gli altri giudici, «e quindi veniva a trovarsi in posizione di parità rispetto ad essi»⁴⁵: una «grande occasione», per i giudici di merito, di emanciparsi «dalla tutela esercitata, sulle grandi scelte di politica giurisprudenziale, dalla Corte di cassazione»⁴⁶.

Il singolo giudice è chiamato a operare un raffronto tra la norma di legge ordinaria e le norme costituzionali. Ma poiché queste ultime «sono in gran parte espressioni di valori etico-politici e sociali», il giudice è chiamato a operare un raffronto «con dei valori»⁴⁷. Si tratta di un’operazione meramente tecnica? Che richiede semplicemente l’applicazione di cognizioni professionali? Con ogni evidenza, no. Entrano inevitabilmente in gioco le sensibilità culturali, gli orientamenti ideali, la ‘visione delle cose’ del giudice. Si aprono così gli orizzonti alla politica.

Il ‘dogma’ dell’apoliticità della magistratura viene demistificato. «La magistratura — sono parole di Giuseppe Borrè, figura tra le più prestigiose dell’ordine giudiziario — è politica proprio perché è indipendente dagli altri poteri dello Stato». «Il suo essere indipendente non la colloca in un “altro” universo (pretesamente apolitico), ma la fa essere un autonomo e rilevante momento del sistema politico». La formula «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»

⁴³ Cfr. G. MARANINI, *La posizione della Corte e dell’autorità giudiziaria in confronto all’indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all’indirizzo politico di maggioranza*, in AA. VV., *La giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione “A. Olivetti” e l’United States Information Service*, a cura di G. Maranini, Firenze 1966, p. 146.

⁴⁴ V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., p. 717.

⁴⁵ S. SENESE, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in *Dem. dir.* 1986, n. 4-5, p. 40.

⁴⁶ E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana*, cit., p. 132.

⁴⁷ M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, cit., p. 24. V. anche, nello stesso senso, S. SENESE, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, cit., p. 41 e G. BORRÈ, *Indipendenza e apoliticità della magistratura*, in AA. VV., *Governo e autogoverno della magistratura nell’Europa occidentale*, cit., p. 148, il quale evidenzia che «l’esigenza di un costante raffronto della legge con i principi costituzionali muta la cultura del giudice, lo abitua a giudicare non più tanto *per precetti* quanto *per valori*».

(art. 101, comma 2, Cost.) «non rievoca il vecchio mito illuministico dell'onnipotenza della legge e della giurisdizione come potere neutro» e «non accredita l'illusoria concezione dell'interpretazione come ricerca dell'unica soluzione possibile», ma, «con il suo stesso tenore letterale» («l'accento cade sull'avverbio "soltanto"»), esprime una «carica innovativa e polemica verso il passato». La soggezione del giudice alla legge, che aveva significato «osservanza meccanicistica» e aveva creato «una subalternità culturale, che è stata anche subalternità *tout court*» (agli interessi dominanti, al potere politico), diventa «fattore costitutivo di *indipendenza*» perché «comanda alla disobbedienza a ciò che legge non è. Disobbedienza al pasoliniano "palazzo", disobbedienza ai potentati economici, disobbedienza alla stessa interpretazione degli altri giudici e dunque libertà interpretativa. Quindi pluralismo, quindi legittima presenza di diverse posizioni culturali e ideali all'interno della magistratura»⁴⁸.

Il fenomeno della divisione della magistratura in correnti — che è tanto criticato perché che esse «sono divenute molto spesso tipiche 'macchine' politiche, formazioni orientate cioè alla conquista e alla distribuzione delle risorse pubbliche dei loro aderenti»⁴⁹ — affonda qui le proprie radici. Sono radici sane, non malate⁵⁰. A dividere i magistrati ci sono certo i 'problemi della categoria' (i meccanismi di progressione in carriera, la disciplina degli incarichi direttivi, la composizione e il sistema di elezione del CSM, ecc.), ma ci sono soprattutto gli orientamenti ideali, le visioni politico-culturali che si manifestano nell'interpretazione della Costituzione e che coinvolgono il ruolo del giudice nella società, anche perché nel frattempo il bacino di estrazione sociale dei magistrati si è allargato e sono entrati nel corpo giudiziario giovani magistrati che provengono dalle classi sociali più basse e sono portatori di sensibilità nuove⁵¹.

⁴⁸ G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, cit., pp. 145-6 e Id., *Le scelte di Magistratura democratica*, in AA. VV., *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, a cura di N. Rossi, Milano 1994 (ora reperibile ai seguenti indirizzi: <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/editorialeborre.php> e <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=15>).

⁴⁹ Così M. DOGLIANI, *Note a margine della relazione del Csm sullo stato della giustizia*, in *Quest. giust.* 1990, p. 571. V. anche V. ZAGREBELSKY, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quad. cost.* 1983, pp. 128 ss.

⁵⁰ Lo stesso M. DOGLIANI, *Note a margine della relazione del Csm sullo stato della giustizia*, cit., p. 571, denunciando la loro involuzione, i cui segnali erano visibili già negli anni Ottanta del secolo scorso, riconosce che le correnti hanno svolto inizialmente un ruolo positivo (hanno operato, secondo l'insigne studioso, come «benemerite articolazioni culturali e ideali»). Per una valutazione positiva del fenomeno dell'associazionismo giudiziario 'delle origini', cfr. anche, in dottrina, E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana*, cit., p. 140; G. COTTURRI, *Associazionismo e politica nella magistratura*, in *Dem. dir.* 1977, n. 3, pp. 493 ss.; A. PIZZORUSSO, sub art. 108, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *La magistratura*, tomo III, Art. 108-110, Bologna-Roma, 1992, p. 108 s.; L. FERRAJOLI, *Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario*, in *Quest. giust.* n. 4/2015, pp. 178 ss. In senso critico G. BOGNETTI, *Considerazioni sul potere giudiziario*, in *Ind. pen.* 1994, p. 443 e p. 448.

⁵¹ Cfr. E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana*, cit., p. 130 e G. NEPI MODONA, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in AA. VV., *Italia illegale*, a cura di S. Scamuzzi, Torino 1996, p. 171.

Come evidenziano entrambi gli Autori, l'ingresso nell'ordine giudiziario di persone con orientamenti diversi da quelli prevalenti è favorito dal superamento delle discriminazioni politiche. Una norma dell'ordinamento giudiziario (art. 124) prevedeva l'esclusione dal concorso di magistrato di quei candidati che, per le informazioni raccolte, non risultino, a giudizio insindacabile del CSM, «di moralità e condotta incensurabili ed appartenenti a famiglie di estimazione morale indiscussa»: applicando estensivamente questa norma, l'autorità di polizia, su

Dopo la scissione del 1961 — quando nasce l'Unione magistrati italiani, che raggruppa la gran parte degli alti magistrati, i quali si oppongono alle spinte al cambiamento provenienti 'dal basso'⁵² — all'interno dell'Associazione nazionale magistrati (che fin dalla sua fondazione, risalente al 1907, aveva rappresentato unitariamente i magistrati ordinari) si formano tre correnti: Magistratura indipendente (che raggruppa la frangia più conservatrice dei giudici di merito e viene qualificata come corrente di destra), Terzo potere (in cui confluiscono i magistrati di orientamento liberal-democratico) e Magistratura democratica (che raccoglie l'adesione dei magistrati 'progressisti')⁵³.

Sono forme di aggregazione politico-ideale che trascendono la divisione per categorie che aveva caratterizzato la magistratura e che mettono in crisi la tradizionale costruzione 'a piramide' dell'ordine giudiziario.

5. (Segue) l'abolizione della carriera selettiva dei magistrati: una riforma ordinamentale «di largo respiro»

Il secondo fattore è rappresentato dall'abolizione della carriera selettiva dei magistrati.

La progressione in carriera dei magistrati si svolgeva inizialmente mediante concorsi (per titoli, per esami, per titoli ed esami) o scrutini che consentivano il passaggio di grado a un numero di candidati corrispondente a quello dei posti vacanti negli uffici giudiziari.

Il passaggio, che avveniva in una logica selettiva, dipendeva in concreto dalla volontà dell'alta magistratura. Infatti, le commissioni di concorso, nominate prima dal ministro della Giustizia e poi dal CSM, erano formate da magistrati di cassazione. Pesavano molto i pareri dei capi degli uffici, nominati dal ministro della Giustizia e, in seguito, dal CSM.

Si può dire, quindi, che nel percorso professionale del magistrato c'erano alcune 'strette' attraverso le quali si realizzavano «forme di cooptazione nelle sfere via via più alte» e più piccole del corpo giudiziario⁵⁴.

La carriera, pertanto, produceva effetti di conformazione all'interno della magistratura, smorzando la dialettica e il pluralismo della giurisprudenza. Inoltre, creando un'organizzazione verticistica, favoriva la possibilità di interferenze esterne.

A risentirne era, dunque, l'indipendenza, sia interna sia esterna.

richiesta della stessa magistratura, raccoglieva, in passato, informazioni anche sulla condotta politica dei vari candidati, informazioni che influivano notevolmente sul giudizio di ammissione al concorso. Tuttavia, a partire dal 1962 la situazione cambia. Con una deliberazione del CSM, originata dalla proposta di esclusione dal concorso di tre candidati iscritti al Partito comunista, si afferma un nuovo indirizzo interpretativo, che si tradurrà nel formale invito rivolto ai capi delle corti di non utilizzare più le informazioni politiche ai fini del giudizio sulla moralità dei candidati.

⁵² Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, cit., p. 156.

⁵³ Cfr., tra gli altri, C. GUARNIERI, *Elites, correnti e conflitti fra magistrati italiani: 1964-1976*, in *Pol. dir.* 1976, pp. 653 ss.; ID., *Magistratura e politica in Italia*, cit., pp. 97 ss.

⁵⁴ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 94.

Di qui la lotta dei magistrati per l'«abbattimento della carriera» — questa era la parola d'ordine —, alla quale non erano invero estranee ragioni corporative, perché l'eliminazione del sistema selettivo rappresentava una liberazione del magistrato dai controlli delle sue qualità professionali⁵⁵. Ma nelle rivendicazioni corporative non mancavano elementi di dignità e ragionevolezza, essendosi il meccanismo dei concorsi screditato nel corso del tempo⁵⁶.

Dopo alcuni interventi del legislatore di modesta portata⁵⁷, la situazione cambia con la legge 25 luglio 1966, n. 570, recante «Disposizioni sulla nomina a magistrato di Corte di appello», nota come «legge Breganze», dal nome del primo firmatario della proposta di legge⁵⁸. Essa stabilisce che i «magistrati di tribunale, compiuti undici anni dalla promozione a tale qualifica, sono sottoposti alla valutazione dei Consigli giudiziari ai fini della nomina a magistrati di Corte d'Appello» (art. 1). Il CSM procede alla nomina, previo esame del motivato parere del Consiglio giudiziario, «sulle capacità del magistrato e sull'attività svolta nell'ultimo quinquennio» (art. 2); parere che deve «tener conto particolarmente della laboriosità del magistrato, delle capacità, diligenza e preparazione dimostrate nell'espletamento delle funzioni», ferma restando la possibilità per il CSM «di assumere, nelle forme e con le modalità ritenute più idonee, ogni ulteriore elemento di giudizio che reputi necessario per la migliore valutazione del magistrato» (art. 3).

In realtà, sulla base dei pareri positivi dei Consigli giudiziari, il CSM procede alla nomina senza richiedere approfondimenti. Rarissimi sono i casi di valutazioni non positive, che quasi sempre sono dovute alle condanne disciplinari riportate dal magistrato, comportando la necessità di una nuova valutazione dopo un biennio (art. 2). Pertanto, le promozioni avvengono automaticamente per tutti i magistrati di tribunale una volta raggiunta l'anzianità richiesta dalla legge, salvo che vi siano gravi demeriti⁵⁹.

La nomina a magistrato di appello non comporta l'assunzione delle funzioni di secondo grado. Dà però titolo per conseguire funzioni superiori a quelle esercitate: il magistrato interessato potrà presentare domanda al CSM per la copertura di posti di magistrato d'Appello messi a concorso, spettando poi allo stesso organo la scelta del vincitore dopo l'esame dei vari *curricula*. Vi è, in ogni caso, un effetto certo e immediato per tutti i magistrati di tribunale che sono 'promossi': il cambio della qualifica professionale (che diventa «magi-

⁵⁵ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 95.

⁵⁶ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 95. V. anche G. LATTANZI, *La «carriera» dei magistrati tra vecchio e nuovo ordinamento giudiziario*, in *Quad. cost.* 1983, p. 150, il quale parla di un meccanismo che «dava luogo ad esiti fortemente discutibili, con frustrazione dei magistrati non promossi».

⁵⁷ Cfr., tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., pp. 46 ss.

⁵⁸ Uberto Breganze, deputato della Democrazia cristiana. Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, IV Legislatura, *Disegni di legge e Relazioni, Documenti* n. 1745-2030-2091-A.

⁵⁹ «Si è affermata la dottrina della 'anzianità senza demerito' (o, peggio, dell'anzianità senza gravi colpe)»: così G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, cit., p. 82-3. Sostanzialmente nello stesso senso, tra gli altri, G. PERA, *Che fare della magistratura?*, cit., p. 93; L. VIOLANTE, *Le quattro fasi della legislazione*, in AA. VV., *Profili dell'Italia repubblicana*, a cura di O. Cecchi ed E. Ghidetti, Roma 1985, p. 480; E. BALBONI, *Le nomine agli uffici direttivi*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., p. 81 (il quale parla di «prassi non esaltante delle promozioni "per non demerito"»). V. anche S. SICARDI, *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, in AA. VV., *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di S. Sicardi, Napoli 2010, p. 188.

strato di appello») e l'aumento dello stipendio. Il meccanismo retributivo dei magistrati — questo è un punto importante — è infatti basato non sulle funzioni esercitate, ma sulle qualifiche, ferme restando le differenze dovute all'anzianità di servizio.

Il processo di abolizione della carriera si completa con la legge 20 dicembre 1973 n. 831, recante «Modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di Cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori» (cosiddetta «legge Breganzone»). Infatti, detta legge consente a tutti i magistrati di appello, dopo sette anni dal conseguimento di tale qualifica, di ottenere la qualifica di magistrato di cassazione secondo un meccanismo sostanzialmente identico a quello previsto dalla legge Breganze.

Su tali leggi non pochi osservatori hanno dato giudizi assai critici: «sono espressione — ha scritto Costantino Mortati — della tendenza demagogica ad eliminare ogni efficiente selezione delle capacità», «con il risultato di realizzare un appiattimento verso i livelli più bassi»⁶⁰.

Ma, forse, più che le leggi in sé, che a ben vedere non sono strutturate in modo da consentire a tutti i magistrati indiscriminatamente di raggiungere le qualifiche più elevate, è l'applicazione che ne è stata fatta ad aver prodotto esiti insoddisfacenti⁶¹.

Esiti, invero, non del tutto imprevedibili, perché il «momento valutativo generico» coincideva con scadenze «sostanzialmente prive di significato reale» (i «passaggi nominali» a magistrato di appello e di cassazione): «una qualifica *ad pompam*» — è stato detto icasticamente — «non si nega a nessuno!»⁶². E il rilievo circa la carenza di strumenti per effettuare una seria valutazione della professionalità⁶³, in sé fondato, non sembra cogliere nel segno, perché è inevitabile che l'impegno nella ricerca della strumentazione adeguata alla valutazione stessa risenta del peso che essa ha in concreto: gli «strumenti conoscitivi, preordinati a tale valutazione, hanno finito» proprio «per adattarsi alla scarsa rilevanza pratica di essa, assumendo il carattere, purtroppo noto, di sterili ed inverosimili rapporti elogiativi, non seriamente utilizzabili nel diverso e più delicato momento dell'attribuzione effettiva di una funzione»⁶⁴.

Gli effetti positivi delle leggi in questione sono comunque innegabili. Si placano le fortissime tensioni esistenti all'interno della magistratura. Si evita la dispersione di energie nel sistema concorsuale, con beneficio per il funzionamento della giustizia⁶⁵. Il 'carrierismo' non condiziona più le scelte professionali: i magistrati, che un tempo erano spinti a ricoprire le funzioni civili, considerate più prestigiose e soprattutto più utili per la preparazione dei titoli

⁶⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 1278 (l'illustre Autore, a proposito della «Breganze», parla di legge «famigerata»).

Ancora più duro il giudizio espresso dal Presidente della Repubblica Cossiga, che parlò di «due leggi vergogna del nostro Paese che hanno rovinato la magistratura» (cfr. *il Resto del Carlino*, 20 novembre 1991 e, per un commento, O. FUMAGALLI CARULLI, *Breganzoni e galleggiamenti*, in *il Giornale*, 22 novembre 1991).

⁶¹ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, pp. 165 ss. e A. BARBERA, *Osservazioni alla relazione Silvestri*, in *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 115.

⁶² G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 102.

⁶³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, cit., p. 759.

⁶⁴ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 102.

⁶⁵ Cfr. G. LATTANZI, *La «carriera» dei magistrati tra vecchio e nuovo ordinamento giudiziario*, cit., p. 150.

necessari a ottenere la promozione, possono dedicarsi alle materie per le quali si sentono più portati⁶⁶. La giurisprudenza di merito, grazie alla maggiore libertà dei giudici, assume tratti innovativi, con un effetto di traino sulla stessa giurisprudenza di legittimità. La sensazione di indipendenza che si avverte negli uffici giudiziari, compresi quelli di procura, consente di intraprendere iniziative penali incisive in tutte le direzioni, anche nei confronti di centri di potere economico, politico e amministrativo, che un tempo erano 'immuni' dall'azione penale⁶⁷.

Prima delle leggi Breganze e Breganzone, ogni magistrato — sono parole di Franco Cordero — in qualche modo dipendeva «dal potere esecutivo quanto a carriera; i selettori erano alti magistrati col piede nella sfera ministeriale; tale struttura a piramide orientava il codice genetico; l'*imprinting* escludeva scelte, gesti, ripugnanti alla *bienséance* filogovernativa; ed essendo una sciagura l'essere discriminati, come in ogni carriera, regnava l'impulso mimetico»⁶⁸.

Dopo, la situazione cambia profondamente: della Corte di cassazione come fulcro del potere giudiziario, dell'alta magistratura come «aristocrazia detentrici delle leve della cooperazione»⁶⁹, non vi è più traccia. Si trasforma l'assetto del potere giudiziario, che smarrisce la sua impronta verticistica e assume un carattere «diffuso»⁷⁰. Matura lentamente nel corpo

⁶⁶ «La 'carriera' rischia di diventare [...] l'assillo sempre presente nel subcosciente del magistrato: assillo che diventa ossessione in quei periodi critici della sua vita in cui egli è prossimo a raggiungere l'anzianità necessaria per aspirare alla promozione [...]; e poiché la promozione cui aspira dipende dal giudizio demandato a una commissione di magistrati di grado superiore che dovranno valutare i 'titoli' dell'aspirante (consistenti per lo più nelle sentenze da lui redatte)», ecco che, «quando si avvicina il periodo dello scrutinio», il magistrato, «più che di fare oscuramente il dover suo negli uffici meno appariscenti ma più essenziali per il buon funzionamento della giustizia (come sarebbe l'ufficio di giudice istruttore nei processi penali), è tratto a preferire le mansioni che più gli daranno occasione di fabbricarsi 'titoli' idonei a metterlo in bella luce presso i suoi futuri esaminatori. Questa è la ragione per la quale accade che i giudici prossimi alla promozione abbiano la tendenza a redigere la motivazione delle loro sentenze in forma di dissertazioni scientifiche, miranti a mettere in mostra la loro dottrina: sanno infatti che per la promozione quello che conta sono le sentenze dotte, non le sentenze giuste» (P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova 1954, p. 79).

⁶⁷ Cfr. G. LATTANZI, *La «carriera» dei magistrati tra vecchio e nuovo ordinamento giudiziario*, cit., p. 150.

⁶⁸ F. CORDERO, *I poteri del magistrato*, cit., p. 31.

⁶⁹ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 104.

⁷⁰ La definizione del potere giudiziario come «potere diffuso», generalmente accolta dalla dottrina (cfr., anzitutto, E. CAPACCIOLI, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, pp. 272 ss.), è dovuta al fatto che esso è esercitato da ogni singolo giudice, in una posizione di indipendenza da ogni altro giudice. Dal carattere «diffuso» del giudiziario è stato correttamente dedotto che la Corte di cassazione non può essere considerata come l'«organo competente a dichiarare definitivamente la volontà» del potere giudiziario ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87/1953 (cfr. A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in AA. VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli e S. Grassi, Bologna 1982, pp. 201 ss.). Tutti i giudici possono, pertanto, assumere le vesti di «poteri dello Stato» prendendo singolarmente parte ai conflitti tra poteri devoluti alla cognizione della Corte costituzionale (art. 134 Cost.).

Manca, dunque, al giudiziario un organo di vertice (ossia un organo dotato del potere di vincolare, mediante ordini o direttive, le modalità di esercizio delle attribuzioni degli altri organi): non a caso la Costituzione «non usa mai la parola "potere" giudiziario», ma parla di «ordine» (art. 104, comma 1), «quasi a sottolineare che la magistratura è qualcosa di qualitativamente diverso dagli altri poteri, per i quali è individuabile un organo di vertice cui spetta di ridurre ad unità le iniziative dei soggetti che ne fanno parte» (così G. ZAGREBELSKY, *Magistratura, la gerarchia da smantellare*, in *Relaz. soc.* 1972, p. 23 e, in senso conforme, V. CAIANIELLO, *Una giustizia senza giudici*, in *Progress*, dicembre 1996, n. 3-4). Ove, con riferimento alla magistratura ordinaria, voglia parlarsi di vertice, ciò può forse ritenersi ammissibile a condizione di dare alla parola un significato traslato, come avviene quando si afferma che essa è dotata di un doppio vertice: «funzionale» e «organizzativo» (cfr., per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1165, che parla della magistratura come potere «bicefalo»). Il primo sa-

giudiziario la cultura dell'eguaglianza delle funzioni, con la progressiva presa di coscienza, da parte almeno di alcune componenti della magistratura, che «non vi è, nella giurisdizione, un *più o meno* di importanza, ma un'uguale diffusione di 'potere originario' e di responsabilità»⁷¹. Cambia il 'modo di essere' del magistrato, che da soggetto 'passivo', abituato ad agire in conformità del costume imposto dall'ambiente, diventa soggetto 'attivo': assume, cioè, un ruolo dinamico, con azioni di notevole impatto sulla società, che fungono spesso da stimolo per il legislatore, e che talvolta sono fonte di contrasto con altri poteri, anche pubblici.

Sono cambiamenti che spiegano perché di due leggi che hanno un oggetto ristretto — la carriera dei magistrati — si sia potuto dire che rappresentano una «riforma ordinamentale di largo respiro»⁷².

6. (Segue) la modifica del sistema elettorale e della composizione del CSM

Tra gli interventi del legislatore che hanno contribuito a cambiare lentamente l'assetto della magistratura ci sono anche quelli che riguardano la composizione e il sistema elettorale del CSM⁷³.

Quest'organo, previsto dalla Costituzione del 1948 per tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria, ha incominciato a funzionare soltanto nel 1959.

Sul ritardo ha sicuramente influito il timore della maggioranza di governo che l'entrata in scena di un nuovo soggetto potesse incrinare il sistema di potere che controllava la magistratura.

Le resistenze della maggioranza centrista imperniata sulla Democrazia cristiana — che stenta comprensibilmente ad abbandonare un assetto istituzionale che le dà ampie garanzie — cedono di fronte alle spinte delle forze politiche e sociali che premono per l'attuazione della Costituzione⁷⁴.

È, però, un cedimento più apparente che reale: l'attuazione costituzionale avviene, infatti, con modalità che fanno pensare che il legislatore si sia mosso non per cambiare le cose, in conformità allo spirito della Costituzione, ma per conservare, in una diversa cornice istituzionale, l'assetto esistente⁷⁵.

rebbe rappresentato dalla Corte di cassazione, quale giudice di ultimo grado; il secondo dal CSM, cui spetta il 'governo' dell'ordine giudiziario (V. ONIDA, *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria*, in *Quest. giust.* 1986, p. 44 s. parla di «organo di vertice» «dal punto di vista strutturale» e di «posizione di vertice amministrativo e di governo spettante al Consiglio». Il CSM è però sprovvisto — come rileva lo stesso V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., p. 20 — dei poteri tipici di organo di vertice di apparato gerarchicamente ordinato).

L'ordinamento giudiziario Grandi non prevedeva formalmente un vertice, ma creava — come si è visto sopra — un'organizzazione verticistica, consegnando le leve del potere all'alta magistratura.

⁷¹ G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., pp. 104 s.

⁷² G. BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, cit., p. 102.

⁷³ Cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova 2005.

⁷⁴ Cfr. S. SENESE, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 17.

⁷⁵ Vi è chi, tuttavia, «ad onta dei forti limiti che ne segnarono la nascita», ha ritenuto di poter affermare che il CSM «fu, sin dall'inizio, un fattore dirompente nel panorama istituzionale italiano», evidenziando il «grande

La legge n. 24 marzo 1958, n. 195, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura», delinea infatti un assetto con una chiara impronta conservatrice, che riflette il quadro politico del tempo. Essa esprime una visione riduttiva del ruolo del Consiglio, tradendo l'aspirazione del potere politico a controllare quello giudiziario⁷⁶.

La volontà della maggioranza governativa di mantenere l'influenza sulla magistratura trasparente in più punti.

Uno è quello della disciplina del sistema di elezione dei membri 'togati'. La ripartizione dei seggi fra le «varie categorie» (art. 104, comma 4, Cost.) favorisce, infatti, i magistrati di cassazione, ai quali vengono assegnati 6 posti sui 14 riservati ai 'togati'. I magistrati di cassazione, anche in considerazione del fatto che ciascuna categoria di magistrati (di tribunale, di appello e di cassazione) elegge autonomamente i propri rappresentanti, mantengono così un forte potere nel governo dell'istituzione giudiziaria. Tanto più considerando che la Costituzione riserva altri due posti alla medesima categoria, stabilendo che sono componenti «di diritto», oltre al Presidente della Repubblica, che presiede il Consiglio, il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione (art. 104, comma 3).

Un altro è quello della disciplina della composizione del Comitato di presidenza: un organo non previsto dalla Costituzione, ma contemplato dalla legge n. 195/1958. Esso è, infatti, formato — com'è noto — dal Vicepresidente (che lo presiede) e dai più alti magistrati: il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione (art. 2). La circostanza che al Comitato — dal quale «dipende funzionalmente» la segreteria del Consiglio — siano state attribuite competenze molto rilevanti, dovendo fra l'altro promuovere l'attività del Consiglio, provvedere alla gestione dei fondi per il suo funzionamento e proporre al Presidente la nomina delle Commissioni interne (artt. 2, 3 e 7, ultimo comma), evidenzia ulteriormente la tendenza del legislatore a privilegiare la parte della magistratura che è in sintonia con la maggioranza governativa; la quale è garantita anche perché, sulla base di una convenzione tra i partiti dell'arco costituzionale, sceglie la maggioranza dei componenti 'laici' e designa il

valore simbolico» della sua istituzione: «tutte le competenze relative all'amministrazione della giurisdizione» venivano sottratte al Governo e l'introduzione del «principio elettivo», pur con le «strozzature» iniziali, «apriva» il corpo giudiziario «alla dimensione democratica» e «scardinava la gerarchia ed i suoi valori» (cfr. S. SENESE, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, cit., p. 43-44). Era un «fattore traumatico» che «i "sottotenenti" sedessero allo stesso tavolo con i "generali"» (cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Associazionismo giudiziario e autogoverno*, in *Dem. dir.*, 1986, n. 4-5, p. 97, che richiama l'espressione usata dall'alta magistratura del tempo).

⁷⁶ Cfr. E. GALLO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, in *Indice pen.* 1986, pp. 9 ss.; ID., *Intervento* sul tema «C.S.M. e Ministro di Grazia e Giustizia», in *Atti del Convegno* «Il ruolo del C.S.M.: esperienze e prospettive», svoltosi il 27 ottobre 1992 nell'auletta dei Gruppi parlamentari della Camera dei deputati, in *Giur. cost.* 1992, pp. 3868 s.

A fronte della progressiva espansione del ruolo del CSM, 'si scoprirà' successivamente che la legge n. 195/1958 ha attribuito all'organo poteri aggiuntivi, di proposta e consultivi, rispetto a quelli costituzionalmente previsti: cfr., in dottrina, G. BOGNETTI, *Il Presidente e la presidenza di organi collegiali*, in AA. VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna 1997, p. 249. Tra gli interventi pubblicati sulla stampa quotidiana, cfr. D. FELISETTI, *Troppo politica affonda i giudici*, in *Avanti!*, 27 marzo 1990 e V. CAIANIELLO, *Intervista a Italia Oggi*, 14 maggio 1996.

Vicepresidente, che, eletto formalmente dal *plenum* del CSM, durante la prima fase dell'esperienza repubblicana sarà sempre espressione del partito di maggioranza relativa⁷⁷.

La volontà della maggioranza di condizionare direttamente l'attività consiliare e, dunque, l'autonomia e l'indipendenza della magistratura emerge però in modo particolare dalle norme che disciplinano i rapporti fra il Consiglio e il ministro della Giustizia, le quali — come si è autorevolmente osservato in dottrina — rendono «più di un omaggio alla tradizione [...] della dipendenza del giudiziario dall'esecutivo»⁷⁸. È il caso della norma che richiede che le deliberazioni del collegio siano trasfuse in decreti del Presidente della Repubblica controfirmati dal ministro oppure, quando vi sia una disposizione legislativa che lo prevede, in decreti ministeriali (art. 17, comma 1): decreti ai quali la giurisprudenza costituzionale, con un'interpretazione 'adeguatrice', riconoscerà però la natura di atti di mera integrazione dell'efficacia della deliberazione consiliare (che assume, a sua volta, un carattere non meramente preparatorio, ma definitivo)⁷⁹. È il caso della norma secondo la quale la nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari deve avvenire su proposta formulata di «concerto» fra il ministro e una Commissione speciale del Consiglio (art. 11, comma 3): «concerto» che, secondo l'interpretazione 'adeguatrice' della Corte costituzionale, non si configura come un necessario concorso di volontà del ministro nella scelta, che spetta in definitiva al Consiglio, ma esprime una partecipazione al procedimento, «non vincolante» per il suo esito⁸⁰. È il caso, soprattutto, della norma che, in palese violazione della Costituzione — la quale separa nettamente le competenze del ministro da quelle del CSM, al primo affidando l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia (art. 110) e al secondo il 'governo' dell'ordine giudiziario (art. 105)⁸¹ —, ha subordinato l'adozione dei provvedimenti consiliari alla «richiesta» del ministro della Giustizia (art. 11, comma 1), che risultava il vero motore dell'attività consiliare, fino a quando la Corte costituzionale, a cinque anni di distanza dall'approvazione della legge, è intervenuta dichiarandone l'illegittimità costituzionale per violazione dell'autonomia del Consiglio e, quindi, dell'ordine giudiziario: una decisione che si colloca nel solco di una giurisprudenza attenta a tutelare l'indipendenza esterna dei magistrati, ma non altrettanto sensibile verso l'indipendenza interna, come proverebbe il fatto che nella stessa sentenza — la n. 168

⁷⁷ Cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., pp. 13 e 131.

Sul Vicepresidente del CSM, cfr. E. CASTORINA, *Note ricostruttive sul Vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Dir. soc.* 1988, pp. 567 ss. e, di recente, G. SILVESTRI, *Il vicepresidente del Csm nella Costituzione e nella legge*, in *Foro it.* 2015, V, cc. 458 ss. Vedi inoltre, anche per taluni problemi che si sono posti nella prassi con riferimento alle modalità della sua elezione, G. FERRI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente. La determinazione dell'ordine del giorno delle sedute consiliari nella prassi costituzionale della presidenza Cossiga*, Padova 1995, pp. 49 ss.

⁷⁸ V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 25.

⁷⁹ V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 24.

⁸⁰ Il «concerto» impone, dunque, solo un «vincolo di metodo», richiedendo un'«adeguata attività di concertazione, ispirata al principio di leale collaborazione ai fini della formulazione della proposta». Così si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 379/1992, con cui ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni sollevato dal CSM contro il ministro della Giustizia Martelli. V. anche la sentenza n. 380/2003.

⁸¹ Cfr. G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia fra ministro e Consiglio superiore*, Padova 1990. V. anche G. SOBRINO, *Il Ministro della Giustizia ed i Poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli 2015.

del 1963 — non sia stata censurata la normativa sulla ripartizione dei posti nel CSM fra le varie «categorie», la quale privilegiava i magistrati che esercitano le funzioni 'superiori'⁸².

La legge 18 dicembre 1967 n. 1198 («Modificazioni alla legge 24 marzo 1958, n. 195, sulla costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura»), che si colloca nella fase storico-politica del «centrosinistra», introduce degli elementi di novità nella scelta dei consiglieri, che rendono più 'democratico' il sistema di elezione della componente 'togata', consentendo ai magistrati di grado inferiore di eleggere quelli di grado superiore. L'estensione del diritto di voto per l'elezione di ogni categoria di magistrati all'intero corpo giudiziario (compresi gli uditori «investiti di funzioni giurisdizionali», che in precedenza ne erano privi⁸³) comporta — sia pure indirettamente — una diminuzione del peso dei magistrati di Cassazione all'interno del Consiglio, dove si abbassa notevolmente il numero degli aderenti all'Unione magistrati italiani, a vantaggio delle componenti più aperte dell'Associazione nazionale magistrati. A ciò contribuisce anche il fatto che la legge consente all'elettore di esprimere un limitato numero di preferenze in favore di candidati non preventivamente designati dalla categoria di appartenenza, dando così ai magistrati delle categorie inferiori la possibilità di scegliere i magistrati della Cassazione che sono più in sintonia con i loro orientamenti⁸⁴.

La legge 22 dicembre 1975, n. 695, recante «Riforma della composizione e del sistema elettorale per il Consiglio superiore della magistratura», che viene approvata nella fase storico-politica della solidarietà nazionale, introduce dei cambiamenti di maggiore importanza.

Si tratta di cambiamenti che, sul piano giuridico-formale, rappresentano una «svolta»⁸⁵. Infatti, la legge modifica il sistema di elezione dei membri 'togati' prevedendo il voto di lista. Il passaggio dal voto 'alla persona', che si esprime con una preferenza per uno o più candidati, al voto di lista, che si manifesta con l'indicazione a favore di un gruppo contrassegnato da un nome e un simbolo (con la possibilità comunque di esprimere delle preferenze per i candidati all'interno della lista prescelta), sancisce il superamento della rappresentanza

⁸² Cfr., con riferimento specifico alla sentenza costituzionale n. 168/1963, il commento critico di G. AMATO, *L'eguaglianza dei giudici e l'indipendenza della magistratura di fronte alla Corte costituzionale*, in *Dem. dir.* 1964, pp. 133 ss. Per osservazioni critiche riferite, in senso più ampio, alla giurisprudenza costituzionale, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.* 1971, p. 90 e V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 191.

⁸³ Cfr. l'art. 23, comma 4, della legge n. 195/1958 e l'art. 7 della legge n. 1198/1967.

⁸⁴ La legge aveva articolato la fase della votazione in due passaggi: a) quello della «formazione della lista nazionale», mediante la votazione per i magistrati «appartenenti alla propria categoria», nell'ambito del collegio centrale presso la Corte di cassazione per i magistrati di grado più elevato e di quattro collegi «territoriali» binominali per i magistrati di Tribunale e di Corte d'appello, e quindi con modalità sostanzialmente conformi ai principi che ispiravano la normativa precedente; b) quello dell'«elezione dei componenti il Consiglio», all'interno di un collegio unico nazionale, mediante la votazione, da parte di ciascun magistrato, su un'unica scheda, per i magistrati delle varie categorie compresi nella «lista nazionale», senza escludere, tuttavia, la possibilità di scegliere un numero limitato di magistrati non inseriti nella medesima lista (complessivamente 4 su 14, potendo ciascun magistrato votare per non più di 6 magistrati di Cassazione, di cui 2 con ufficio direttivo e di cui almeno 4 scelti tra quelli designati; per non più di 4 magistrati d'Appello, scelti uno per ogni collegio, di cui almeno 3 fra quelli designati; per non più di 4 magistrati di Tribunale, scelti uno per ogni collegio, di cui almeno 3 fra quelli designati).

⁸⁵ G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, pp. 848 s.

'categoriale' e il riconoscimento, quali attori protagonisti della competizione elettorale, delle correnti in cui si articola l'Associazione nazionale magistrati. L'introduzione, insieme al voto di lista, del sistema proporzionale, con cui si uniforma sostanzialmente il sistema di elezione dei 'togati' a quello delle Camere, ispirato fin dalle origini della Repubblica al principio proporzionalista⁸⁶, sta a significare che la dialettica politica è entrata nella magistratura.

Tuttavia, il fatto che i candidati al CSM fossero già sostenuti, nelle elezioni precedenti la riforma elettorale, da schieramenti contrapposti, con una diversa concezione della funzione giurisdizionale e del ruolo del magistrato nella società, aveva già caricato il confronto elettorale di un significato politico-ideologico, rendendo i consiglieri 'togati' non tanto espressione della categoria di appartenenza, quanto piuttosto delle correnti organizzate, alla rappresentanza delle quali era tuttavia di grave pregiudizio proprio il sistema elettorale, che, non prevedendo un collegamento formale fra i candidati appartenenti allo stesso schieramento, non poteva naturalmente consentire la distribuzione dei seggi su base proporzionale, che è invece prevista dalla legge del 1975, sia pure con il correttivo della clausola di sbarramento del 6%.

La legge riduce, poi, anche se lievemente, il peso dei magistrati della Corte di cassazione all'interno del CSM, ma bisogna considerare che la divisione per categorie, che aveva contraddistinto negli anni passati la vicenda del corpo giudiziario, è ormai superata. I magistrati si raggruppano, si dividono e si confrontano elettoralmente in base agli orientamenti politico-ideali. Il legislatore mostrerà di prenderne atto quando, con due successivi interventi, svincolerà una parte cospicua della componente elettiva 'togata' del CSM dalle categorie: prevedendo, in particolare, che il 50% dei consiglieri 'togati' possono essere scelti prescindendo del tutto dalla categoria di appartenenza (cosicché, nell'ambito di questa percentuale, è ammesso, per ipotesi, che il corpo elettorale elegga esclusivamente magistrati di tribunale)⁸⁷.

In conclusione, l'introduzione del sistema proporzionale con il voto di lista per l'elezione dei membri 'togati' del CSM indica che la magistratura — per effetto dei cambiamenti istituzionali e ordinamentali, dell'allargamento dell'area di provenienza dei magistrati, della maturazione politico-culturale del corpo giudiziario e, in definitiva, dei mutamenti della società italiana, che a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta attraversa una fase di rapida trasformazione — è ormai 'entrata nel Paese'⁸⁸.

Non più, dunque, l'integrazione a senso unico della magistratura con il ceto politico di governo, che aveva caratterizzato i primi trent'anni dello Stato italiano⁸⁹; non più l'apparente

⁸⁶ Cfr., da ultimo, G. FERRI, *La Corte costituzionale e i sistemi elettorali delle Camere*, in AA. VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere. Problemi e prospettive dopo le sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017*, a cura di G. Ferri, Napoli 2017, pp. 3 ss.

⁸⁷ Per approfondimenti sull'argomento, si rinvia a G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., p. 20.

⁸⁸ Cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., pp. 93 e 98.

⁸⁹ Fino al termine del «secolo scorso, la maggior parte dei magistrati — nominati soprattutto fra il 1862 e il 1866 — risulta di estrazione politica». «Politici e magistrati non possono essere considerati come gruppi distinti, separati». C'è un «continuo interscambio di posizioni: frequente è il caso di magistrati che siedono nel Parlamento e nel Governo, specie al ministero della giustizia» (cfr. C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, cit., p. 84).

separatezza dalla politica, in funzione di copertura del ruolo subalterno nei confronti dell'esecutivo, secondo lo schema sperimentato durante il successivo periodo liberale, il regime fascista e i primi vent'anni della Repubblica, ma l'«integrazione pluralistica con tutte le forze politiche dell'arco costituzionale, anche di opposizione, e con vaste istanze della società civile»⁹⁰.

Si può dire che, dopo la legge n. 695/1975, che rappresenta la più importante riforma elettorale del sistema di elezione dei membri 'togati', c'è un CSM ben diverso da quello delle origini. È un organo 'democratizzato', dove trova piena espressione il pluralismo politico-culturale presente nel corpo giudiziario, che costituisce una garanzia fondamentale per l'indipendenza interna dei magistrati⁹¹.

Agli inizi degli anni Settanta, in un momento in cui nel Consiglio non avevano voce le minoranze (che tutte insieme rappresentavano però la maggioranza dei magistrati) a causa di un sistema elettorale ipocrita e ingiusto (perché fingeva che le correnti non esistessero e produceva una grave diseguaglianza nella rappresentanza⁹²), una delle voci più autorevoli della cultura giuridica italiana aveva denunciato la pericolosità della situazione: poiché i capi degli uffici giudiziari, che sono nominati dal CSM, dispongono di un «potere assolutamente arbitrario per quanto riguarda la gestione dei processi» («dalla loro assegnazione ad un determinato giudice alla loro iscrizione in ruolo»), essere esclusi dal Consiglio significa «essere tagliati fuori dalla possibilità di controllare» una «fase fondamentale dell'amministrazione della giustizia»⁹³.

Il nuovo sistema di voto non esclude più nessun gruppo organizzato dal CSM. Tutte le componenti della magistratura possono, quindi, incidere sulle decisioni di un organo che — come ha scritto un noto magistrato, tra i più impegnati nell'associazionismo giudiziario — «nella politica giudiziaria» ha un potere «immenso»⁹⁴.

⁹⁰ Si afferma «un nuovo modello, che potremmo definire “costituzionale” sul terreno istituzionale e come “indipendenza-integrazione pluralistica con la società civile e politica” sul terreno sostanziale» (G. NEPPI MODONA, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, cit., p. 171 s.).

⁹¹ Cfr. S. SENESE, *Il governo della magistratura in Italia oggi*, cit., pp. 25-6; A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.* 1989, p. 476, nota 12; L. CARLASSARE, *Consiglio Superiore della Magistratura: questioni aperte e tensioni nuove*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 6*, Torino 1996, p. 141; G. FERRI, *Il diritto a un giudice indipendente e imparziale previsto dalla CEDU e la Sezione disciplinare del CSM (a proposito del caso «Di Giovanni c. Italia»)*, in *Giur. cost.* 2014, p. 560.

⁹² M. RAMAT, *La riforma del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Quale giust.* 1971, pp. 131 ss.

⁹³ S. RODOTÀ, *Presentazione*, in *Pol. dir.* 1972, p. 288.

Sull'«arbitrarietà» e l'«abnorme latitudine» dei poteri dei dirigenti, cfr. anche E. PACIOTTI, *La questione dei dirigenti degli uffici giudiziari*, in AA. VV., *La professione del giudice: analisi e proposte di Magistratura democratica*, a cura di A. Pignatelli e A. Viazzi, Milano 1986, pp. 176 ss.

⁹⁴ Sono parole di Marco Ramat, esponente di spicco di Magistratura democratica (cfr. M. RAMAT, *Consiglio superiore della magistratura: false alternative e alternativa reale*, in *Quale giust.* 1972, p. 377).

7. La riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta con la legge n. 150/2005: il ripristino della carriera selettiva, la gerarchizzazione del pubblico ministero e la sostanziale separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti

La legge 25 luglio 2005, n. 150, recante «Delega al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12»⁹⁵, ha previsto importanti modifiche in tema di ordinamento giudiziario.

Si tratta di modifiche che, come si vedrà in seguito, avrebbero potuto riverberarsi negativamente sull'autonomia e sull'indipendenza della magistratura, invertendo il percorso descritto in precedenza.

Le modifiche principali riguardano tre aspetti: il meccanismo di progressione in carriera, l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero e il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa.

Quanto al primo, la legge stabiliva che i magistrati potessero accedere alle funzioni di secondo grado dopo otto anni dall'«ingresso in magistratura», previo concorso per titoli ed esami, oppure, dopo tredici anni dall'inizio della carriera, previo concorso per soli titoli, e alle funzioni di legittimità dopo aver esercitato per almeno tre anni le funzioni di secondo grado e superato un apposito concorso per titoli, oppure dopo diciotto anni dall'ingresso nell'ordine giudiziario e previo concorso per titoli ed esami (dando la possibilità di accedervi, però, anche ai magistrati che, senza aver raggiunto l'anzianità di servizio indicata, avessero esercitato per tre anni le funzioni di secondo grado).

Quanto al secondo, la legge comportava una gerarchizzazione delle procure, aumentando i poteri dei capi degli uffici, ai quali veniva assegnata la titolarità esclusiva dell'azione penale, da esercitarsi sotto la loro responsabilità, assicurando il corretto e uniforme esercizio della stessa, con la possibilità di delegare «uno o più procuratori aggiunti ovvero uno o più magistrati del proprio ufficio» per la gestione di singoli atti, procedimenti o settori di affari⁹⁶.

⁹⁵ Nonché «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».

Sulla lunga vicenda parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge, cfr. criticamente G. CALVI, *Un attacco all'indipendenza della magistratura*, in AA. VV., *La nostra idea di giustizia*, cit., pp. 15 ss.

Tra i primi commenti degli studiosi a tale legge, cfr. AA. VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., V, cc. 2 ss. Per un ampio esame della stessa legge e dei decreti legislativi di attuazione, cfr. AA. VV., *Il nuovo ordinamento giudiziario: concorso, funzioni, scuola della magistratura, ufficio del pubblico ministero e responsabilità disciplinare (legge delega e decreti delegati)*, a cura di D. Carcano, Milano 2006; M. ABBRUZZESE, T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI, M. OLIVETTI, *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano 2007.

⁹⁶ Sull'organizzazione interna del pubblico ministero e sui suoi mutamenti, cfr., nell'ambito della letteratura intervenuta sul tema dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, A. PIGNATELLI, *Rapporti tra procuratori della Repubblica e sostituti alla luce della nuova formulazione dell'art. 70 dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni del C.S.M.* 1992, n. 56, pp. 139 ss.; D. CARCANO, *Rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto designato per la trattazione del procedimento*, in *Cass. pen.* 1993, pp. 532 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VIII, *Gli adeguamenti dell'ordinamento giudiziario*, tomo I, *La genesi dei decreti nn. 449/88 e 273/89*, Padova 1992, pp. 25 ss.; ID., *Sull'assetto interno dell'ufficio del p.m.*, in *Cass. pen.* 1993, pp. 716 ss.; N. ZANON, *Pubblico Ministero e Costituzione*, cit., pp. 10 ss.

La «delega» — in base alla legge — poteva essere revocata in caso «di divergenza o di inosservanza» dei criteri eventualmente impartiti dal procuratore della Repubblica, il quale poteva determinare altresì i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'utilizzo delle risorse e nell'impostazione delle indagini⁹⁷. La posizione di supremazia del capo dell'ufficio — chiamato a tenere «personalmente» i rapporti con gli organi d'informazione⁹⁸ — risulta evidenziata dalla previsione che gli atti che incidono sulla libertà personale o sui diritti reali non possono essere assunti autonomamente dai sostituti procuratori, essendo richiesto il «previo assenso» del procuratore della Repubblica: un assenso che, spettando al giudice per le indagini preliminari il compito di verificare successivamente la fondatezza della richiesta formulata dal pubblico ministero (e, quindi, di effettuare su di essa un 'controllo di legittimità'), dovrebbe risolversi in un 'controllo preventivo di opportunità', che potrebbe limitare irragionevolmente l'azione dei magistrati che operano all'interno della procura, suscitando dubbi di legittimità costituzionale⁹⁹.

Quanto al terzo, la legge manteneva un unico concorso per l'accesso alla magistratura e consentiva il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa nel corso della carriera. Tuttavia, prevedeva che i candidati dovessero indicare nella domanda di partecipazione al concorso — a pena di inammissibilità — se intendevano accedere ai posti nella funzione giudicante o a quelli nella funzione requirente. L'indicazione costituiva «titolo preferenziale per la scelta della sede di prima destinazione», la quale, nei limiti della disponibilità dei posti, sarebbe dovuta avvenire nell'ambito della funzione prescelta. Il cambiamento delle funzioni era ammesso, entro il terzo anno di esercizio delle funzioni giudicanti o requirenti, dopo aver frequentato un apposito corso di formazione presso la Scuola Superiore della Magistratura e aver ottenuto un giudizio finale positivo. Il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente (così come il passaggio dalla funzione requirente a quella giudican-

⁹⁷ Cfr., criticamente, nell'ambito dei commenti dei giuristi pubblicati sui quotidiani, M. CHIAVARIO, *L'enigma del giudice trasparente*, in *La Stampa*, 22 ottobre 2004 (l'Autore ritiene che il testo dia una risposta sbagliata «a esigenze che pur non sono, in sé e per sé, immaginarie o perverse: da un lato, quella della trasparenza dei criteri per l'esercizio dell'azione penale e delle ulteriori funzioni affidate al pubblico ministero; dall'altro quella del coordinamento all'interno dell'organizzazione del pubblico ministero»). Sono esigenze che possono essere soddisfatte con «una responsabilizzazione personale di ogni appartenente all'ufficio del pubblico ministero, ovviamente non senza un controllo da parte dei capi: da esercitare però attraverso uno stile di ricerca e di offerta di collaborazione e perciò mediante costanti consultazioni; non promuovendo uno spirito paramilitare, dove uno solo dispone e gli altri si limitano a eseguire») e P. FERRUA, *Intervista a il manifesto*, 2 dicembre 2004.

⁹⁸ Potendo eventualmente delegare a tal fine un magistrato dell'ufficio, con l'obbligo in ogni caso di segnalare al Consiglio giudiziario i comportamenti dei componenti dell'ufficio in contrasto con tale norma.

⁹⁹ Durante lo svolgimento dei lavori preparatori il sen. Elvio Fassone ha osservato che «è già prassi di gran parte degli uffici che il sostituto chieda l'assenso e in qualche modo la copertura del capo in tutti i provvedimenti delicati». Un conto è però che sia il sostituto «ad avere l'iniziativa», altro conto è che sia «il capo dell'ufficio a pretendere il controllo [...]. Questo è assolutamente scorretto, è un'asimmetria» perché un controllo da parte del dirigente, stante la norma costituzionale secondo la quale i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni (art. 107, comma 3), può giustificarsi esclusivamente in presenza di un «parametro costituzionale, cioè nell'esercizio dell'azione penale». Sarebbe, in definitiva, ammissibile un «controllo sull'inerzia, non sull'attività» dei magistrati dell'ufficio (*Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XIV Legislatura, *Resoconto stenografico*, seduta antimeridiana del 21 gennaio 2004, p. 17).

Dubbi di legittimità costituzionale sulla disciplina complessiva degli uffici di procura, improntata «ad una rigida gerarchia interna», sono stati prospettati da L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, in *Quest. giust.* 2004, p. 630.

te) era subordinato al trasferimento presso un altro distretto giudiziario: una volta avvenuto, non sarebbe stato più reversibile. Da tutto ciò si evince come la legge, ferma restando l'unitarietà dell'ordine giudiziario, tendesse a dividere sostanzialmente le carriere dei magistrati giudicanti da quelle dei magistrati requirenti¹⁰⁰.

8. (Segue) il disegno della riforma: il ridimensionamento della magistratura e la restaurazione del primato della 'politica'

Secondo la Relazione introduttiva al disegno di legge governativo da cui è scaturita la legge n. 150/2005, la riforma era dettata dall'esigenza di migliorare il funzionamento del «servizio giustizia»¹⁰¹.

L'introduzione di momenti di selezione nella vita professionale dei magistrati, portando ai livelli più elevati dell'amministrazione della giustizia i più meritevoli, anziché i più anziani, migliorerebbe la qualità di detto servizio.

Tuttavia, se è innegabile che il «servizio giustizia» è nel complesso insoddisfacente e che alcuni ritardi e manchevolezze sono imputabili — come riconoscono personalità autorevoli della stessa magistratura — ai magistrati¹⁰², è assai dubbio che le norme contenute nella legge n. 150/2005 siano utili a migliorare l'amministrazione della giustizia.

Anzi, vi potrebbe essere il rischio di un aggravamento dei disservizi, perché, come l'esperienza dimostra, i sistemi di avanzamento in carriera competitivi influenzano spesso negativamente il modo di operare dei magistrati, che possono essere portati a svolgere il loro lavoro pensando, più che a offrire un servizio alla società (con la cura dei «minuti affari di ogni giorno»), a raggiungere un traguardo personale (concentrandosi su «quelle poche cause e processi dove possono farsi onore»)¹⁰³. Al di là del probabile condizionamento in senso negativo dell'atteggiamento mentale del magistrato, che si ripercuoterebbe sulla trattazione degli affari giudiziari, bisogna considerare la realtà concreta: è pressoché certo che il farraginoso meccanismo concorsuale ideato dal legislatore sottrarrebbe energie all'attività giudiziale.

¹⁰⁰ V. GREVI, *Ultimo appello al confronto per una riforma condivisa*, in *Corriere della Sera*, 8 maggio 2004 e *Riforma, dubbi costituzionali (e non). Il confronto meglio delle blindature*, *ivi*, 27 settembre 2004 ha parlato di «vera e propria separazione delle carriere». G. SILVESTRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in AA. VV., *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano 2004, p. 8, di «effettiva separazione» delle carriere. E. FASSONE, *Non giudici ma burocrati*, *cit.*, p. 35, ha usato l'espressione «separazione debole».

¹⁰¹ Cfr. il disegno di legge presentato dal ministro della Giustizia Castelli, di concerto col ministro dell'Economia Tremonti, e comunicato alla presidenza del Senato il 29 marzo 2002 (*Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XIV Legislatura, *Disegni di legge e Relazioni, Documenti* n. 1296).

¹⁰² «L'amministrazione della giustizia ha la caratteristica di offrire al suo interno picchi di dedizione eccezionale, non rinvenibili in altri rami della pubblica amministrazione, e al tempo stesso sacche di neghittosità che altrove sono sconosciute. Accanto alle note carenze di struttura, non si può negare che alcuni ritardi e inefficienze della giustizia abbiano causa nella scarsa solerzia degli uomini» (sono parole di E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, *cit.*, p. 403).

¹⁰³ Cfr., tra i commenti pubblicati sulla stampa quotidiana, A. BENEZIA, *Sentenze per le allodole*, in *La Stampa*, 22 aprile 2003 e L. PEPINO, *Il giudice e il suo controllore*, in *l'Unità*, 5 dicembre 2004. Il virgolettato nel testo riporta le parole scritte agli inizi del Novecento dall'alto magistrato Edoardo Piola Caselli e citate dallo stesso Pepino.

ria¹⁰⁴. Infatti, i candidati che aspirano alla promozione dovrebbero prepararsi per i concorsi e i commissari — anch'essi magistrati in servizio — sarebbero impegnati a lungo nell'esame e nella valutazione dei candidati. Inoltre, la carriera selettiva spingerebbe i magistrati più capaci che operano presso i tribunali a cercare una collocazione più prestigiosa e vantaggiosa sotto il profilo economico¹⁰⁵: verrebbe così indebolita la capacità di rispondere alla domanda di giustizia proveniente dalla società, essendo di fondamentale importanza il ruolo svolto dalla magistratura che 'sta in prima linea'¹⁰⁶.

Il «servizio giustizia» — come sostengono gli esperti — potrebbe essere reso, invece, più efficiente con altre misure: il cambiamento delle norme processuali, lo stanziamento di risorse adeguate per le strutture e per il personale, la ridefinizione della c.d. «geografia giudiziaria», ecc.

In realtà, dall'esame complessivo della legge n. 150/2005 emerge che il vero obiettivo è un altro: ridimensionare il ruolo della magistratura e restaurare il primato degli organi democraticamente legittimati¹⁰⁷.

Il ritorno ai meccanismi di selezione dei magistrati che venivano utilizzati nei primi decenni dell'Italia repubblicana e che hanno favorito il conformismo all'interno dell'ordine giudiziario; la riproposizione di un modello organizzativo del pubblico ministero che, limitando l'azione dei sostituti procuratori, ha ostacolato per un lungo periodo di tempo il controllo della magistratura sul potere politico; la limitazione dell'autonomia interpretativa dei giudici, i quali — quasi che fosse oggi riproponibile il giudice «bocca della legge» teorizzato da Montesquieu nel Settecento¹⁰⁸ e realizzatosi con l'avvento dello Stato liberale, quando il diritto era

¹⁰⁴ Cfr. R. CHIEPPA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: luci ed ombre*, in *Iustitia*, 2005, n. 1, p. 95 s.; G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, cit., p. 85.

¹⁰⁵ Cfr. A. BARBERA, *Osservazioni sulla relazione Silvestri*, cit., p. 118-9.

¹⁰⁶ «Nel momento più acuto del terrorismo c'era l'esigenza di avere pm e giudici di grande capacità ed esperienza. Guido Galli, quando fu ucciso da Prima Linea», aveva «tutti i titoli per andare in Cassazione, ma scelse [...] di rimanere un giudice di tribunale». «Alla fine» il meccanismo introdotto dalla riforma «produrrà il risultato di spingere i magistrati — con incentivi sia economici che di carriera — ad andare nelle sedi di Appello e in Cassazione [...]. Non dimentichiamo che i giudici di primo grado sono quelli che hanno il primo contatto con il cittadino e che svolgono funzioni, spesso, altamente specializzate» (sono parole del presidente dell'epoca dell'Associazione nazionale magistrati Edmondo Bruti Liberati: cfr. l'*Intervista a la Repubblica*, 9 marzo 2003 e a *La Stampa*, 30 giugno 2004).

La fondamentale importanza delle funzioni di primo grado, e dunque della qualità dei magistrati che ne sono investiti, per la tutela dei diritti individuali e per il contrasto alla criminalità, già messa in luce dai primi commentatori della riforma (cfr. L. ELIA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi considerazioni di un costituzionalista*, cit., p. 630; E. FASSONE, *Non giudici ma burocrati*, cit., pp. 41 s.; C. SALVI, *Un ritorno al passato*, in AA. VV., *La nostra idea di giustizia*, cit., p. 55), è stata di recente sottolineata da un autorevole osservatore del sistema giudiziario: la preoccupazione dovrebbe essere «grandissima in relazione ai processi da decidere in primo grado, dal momento che è assai difficile porre rimedio agli errori del primo giudice. Si dovrebbe garantire, nel primo grado di giudizio, il massimo della professionalità del giudicante» (sono parole di Giovanni VERDE, *Giustizia civile, se il rischio diventa rassegnazione*, in *Il Mattino*, 21 settembre 2016, il quale rileva criticamente che molto spesso cause delicate sono affidate a giudici onorari, le cui capacità professionali non sono state sottoposte ad alcun vaglio preventivo, e a «giudici di prima nomina e quindi di scarsa esperienza»).

¹⁰⁷ Cfr. G. RICCIO, *Intervento sul tema «Pubblico ministero e giudice: funzioni e carriere in discussione»*, in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 59. V. anche, di recente, F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.* 2017, p. 677.

¹⁰⁸ C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), a cura di S. Cotta, Torino 1965, Libro XI, cap. VI.

costituito da un ristretto numero di disposizioni, scritte in modo chiaro¹⁰⁹ — dovrebbero essere fedeli esecutori della volontà della legge, rifuggendo dalla tentazione di emettere provvedimenti ‘creativi’ di norme giuridiche o che possano interferire nella sfera dell’amministrazione; la previsione di un’ampia serie di illeciti disciplinari extrafunzionali, che sembrano riconducibili alla volontà del potere politico di attenuare i ‘legami’ fra i componenti dell’ordine giudiziario e di isolare il giudice, sono tutti elementi che dovrebbero comportare un mutamento del ‘modo di essere’ del magistrato, indebolendo la funzione di controllo del potere giudiziario sul potere politico.

La magistratura smetterebbe di «essere un ‘potere’ con funzioni di contrappeso attivo nei confronti degli altri poteri» e tenderebbe a diventare «apparato di funzionari il cui compito è applicare, attraverso attività logicamente necessitate di tipo deduttivo, un complesso di regole che nei loro confronti si pongono come dati solo da conoscere»¹¹⁰.

Ma la situazione è profondamente mutata. La ‘creatività’ della giurisprudenza — com’è stato messo in luce da Mauro Cappelletti nel suo noto libro *Giudici legislatori?*, pubblicato oltre trent’anni fa — si è accentuata¹¹¹. La funzione giurisdizionale ha assunto, sotto vari profili, un connotato di politicità via via più marcato. In tutte le democrazie — basti pensare alle recenti elezioni presidenziali in Francia, dove alcune iniziative della magistratura penale hanno condizionato pesantemente la campagna elettorale — la magistratura ha accresciuto notevolmente il suo ruolo politico-istituzionale¹¹².

Pesa più di ogni altra cosa la crisi della legge, che non è più l’espressione ‘pacifica’ di una società politica al suo interno coerente. Il pluralismo delle forze politiche e sociali conduce all’eterogeneità dei valori e degli interessi espressi nelle leggi. Le leggi ‘contrattate’, ossia scaturenti da una ‘contrattazione’ fra i vari gruppi politici e sociali, non sono garanzia di stabilità, ma sono esse stesse causa di instabilità: per poter conseguire l’accordo politico e socia-

Sul mito del giudice «bocca della legge», cfr. S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione*, in *Quest. giust.* 1987, pp. 428 ss.

¹⁰⁹ «Se si paragona il linguaggio legislativo» dell’Ottocento e del primo Novecento «con quello odierno, immediata è la percezione della distanza che li separa in ordine alla chiarezza, alla precisione, e quindi alla funzionalità del precetto normativo». «Il ‘nuovo stile’ ha [...] sostituito alle vere e proprie norme» delle «pseudo-norme» destinate, a causa della vaghezza e dell’ambiguità della loro formulazione, «a rendere largamente discrezionale l’azione di chi» è chiamato ad applicarle (cfr. G. MIGLIO, *Il mito della ‘Costituzione senza sovrano’* [1983], in ID., *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, II, Milano 1988, p. 865 s.).

¹¹⁰ Le parole inserite nel virgolettato, formulate nell’ambito di una riflessione teorica sviluppata prima della riforma dell’ordinamento giudiziario in questione, sono di M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., p. 141-2 e ID., *Garanzie d’indipendenza della Magistratura*, cit., p. 407.

¹¹¹ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984.

Per alcune recenti «Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza», cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa* e N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. giust.* n. 4/2016, pp.13 ss.

¹¹² Cfr. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano 1994, pp. 65 ss. e 86 ss. V. anche, tra i lavori degli studiosi italiani, C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997. Tra le opere di autori stranieri si può segnalare AA. VV., *The global expansion of judicial power*, C.N. Tate & T. Vallinder (eds), New York and London, 1995; R. HIRSCHL, *Towards juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge and London, 2004.

le al quale mirano, «sono contraddittorie, caotiche, oscure e, soprattutto, esprimono l'idea che tutto — al fine dell'accordo — sia suscettibile di transazione fra le parti»¹¹³.

La funzione giurisdizionale si pone allora come «ordinante e costruttiva» e «non solo servente una legge concepita come l'atto che ha già risolto una volta per tutte il problema della costruzione dell'ordine»¹¹⁴.

Essa diventa così una funzione centrale nell'organizzazione giuridica della società, e pensare di riportare indietro le lancette dell'orologio con una legge che riforma l'ordinamento giudiziario è illusorio¹¹⁵.

9. La legge n. 269/2006: la sospensione del d.lgs. n. 160/2006 sulle carriere dei magistrati e la modifica del d.lgs. n. 106/2006 sulla riorganizzazione del pubblico ministero

La legge 24 ottobre 2006 n. 269, recante «Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario», è intervenuta su due punti¹¹⁶.

Il più importante è quello della disciplina delle carriere dei magistrati. La legge, con la disposizione contenuta nell'art. 1, ha sospeso fino al 31 luglio 2007 l'efficacia delle norme contenute nel d. lgs. n. 160/2006, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati», a norma dell'art. 1, comma 1, lett. a) della legge n. 150/2005. È stata così bloccata l'attuazione della riforma dell'ordinamento giudiziario nella parte — che rappresenta il 'cuore' della riforma — in cui essa ha ridisegnato l'assetto complessivo della magistratura ordinaria, ripristinando la costruzione 'piramidale'¹¹⁷.

L'altro punto concerne il d. lgs. n. 106/2006, recante «Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero»¹¹⁸: riorganizzazione consistente in una 'verti-

¹¹³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992, pp. 45 s. V. anche, di recente, L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., pp. 44 s. e 159 s.

¹¹⁴ M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, cit., p. 146 e ID., *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 422.

¹¹⁵ Per alcune condivisibili considerazioni critiche sull'impianto della legge n. 150/2005 alla luce del mutamento del ruolo del giudice, cfr. R. ROMBOLI, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in AA. VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., cc. 49 ss.

¹¹⁶ Su tale legge cfr. M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SALMÈ, G. SCARSELLI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro it.* 2007, V, cc. 12 ss.; G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris* 2007, pp. 391 ss. V. inoltre M. ABBRUZZESE, T. COLETTA, E. DI DEDDA, G. MATTENCINI, M. OLIVETTI, *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit.

¹¹⁷ Cfr., in tal senso, ad esempio, A. BURGIO, *Ancora sulle conseguenze e i presupposti della "riforma" dell'ordinamento giudiziario*, in *Quest. giust.* 2004, pp. 969 ss.

¹¹⁸ Per una disamina della normativa, cfr., tra gli altri, G. SANTALUCIA, *Il pubblico ministero*, in AA. VV., *La controriforma dell'ordinamento giudiziario alla prova dei decreti delegati*, in *Quest. giust.* 2006, pp. 103 ss.; F. MENDITTO, *L'organizzazione delle procure nella stagione della controriforma*, in *Quest. giust.* 2006, pp. 890 ss.; V. GERACI, *Riflessioni sull'assetto del pubblico ministero nella legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano 2008, pp. 841 ss.; C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli 2010, pp. 179 ss.; S. PANIZZA, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in AA. VV.,

calizzazione' delle procure, la quale, oltre a consentire un esercizio 'unitario' dell'azione penale, e quindi accrescere l'efficienza del pubblico ministero nel contrasto alla criminalità, offrirebbe maggiori garanzie ai singoli individui, che verrebbero posti al riparo da eventuali iniziative giudiziarie incaute, autonomamente promosse dai sostituti procuratori meno esperti.

La legge n. 269/2006 ha apportato due modifiche al decreto in questione: una consiste nella soppressione, laddove si parla dell'esercizio dell'azione penale da parte del procuratore della Repubblica, delle parole «sotto la propria responsabilità», cosicché l'art. 1, comma 1, attualmente dispone che il procuratore, «titolare esclusivo dell'azione penale», «la esercita nei modi e nei termini previsti dalla legge» (art. 3); l'altra consiste nella sostituzione della norma che consentiva al procuratore di esercitare l'azione penale delegando uno o più magistrati addetti all'ufficio con un'altra norma che statuisce che, ove il titolare non intenda esercitare personalmente l'azione, può farlo mediante l'*assegnazione* a uno o più magistrati dello stesso ufficio, che può riguardare la trattazione di uno o più procedimenti ovvero il compimento di singoli atti (art. 2).

A proposito della seconda modifica, occorre precisare che la delega comporta il trasferimento dell'esercizio dei poteri concernenti l'attività delegata, mantenendo però in capo al delegante «l'ingerenza» in tale attività: dunque, un «potere di direttiva e di sorveglianza, nonché, di massima, di avocazione»¹¹⁹. Il fatto che, quando il capo della procura, come avviene per la maggior parte delle notizie di reato, non la eserciti personalmente, l'azione penale 'esca dalla sua responsabilità'; che, inoltre, lo strumento mediante il quale il procuratore attribuisce l'esercizio dell'azione penale al procuratore aggiunto o ai sostituti non sia più quello della *delega*, ma quello dell'*assegnazione*, potrebbe far pensare che la supremazia del titolare dell'ufficio, quantomeno in relazione all'esercizio dell'azione penale — che rappresenta sicuramente l'aspetto più delicato, dipendendo da esso la possibilità di perseguire gli autori dei reati e, quindi, in definitiva, il grado di incidenza dell'attività del pubblico ministero sul sistema politico-sociale —, venga comunque attenuata, concedendo spazi di 'autonomia' o creandone di più ampi a favore dei singoli magistrati.

Tutte le altre norme del d. lgs. n. 106/2006 rimangono però in vigore. Oltre alle norme che investono formalmente il procuratore della Repubblica di funzioni che sono inerenti al ruolo dirigenziale (ad esempio, la determinazione dei criteri di organizzazione dell'ufficio, di ripartizione del lavoro fra i magistrati, ecc.), restano le norme che tendono a rafforzarne in vario modo la posizione: quella che gli attribuisce la titolarità dell'azione penale, della quale — quasi a voler evidenziare la supremazia del procuratore — viene specificato il carattere «esclusivo» (art. 1, comma 1, e art. 2, comma 2), che dovrebbe essere implicito nella mancata indicazione di altri titolari di detta azione; quella che richiede il suo assenso, in forma scritta, al fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un altro magi-

L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini, a cura di N. Zanon, G. di Renzo Villata e F. Biondi, Milano 2012, pp. 71 ss.; A. PRESUTTI, *Organizzazione delle procure ed esercizio dell'azione penale*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Napoli 2016, pp. 179 ss.

¹¹⁹ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 622.

strato dell'ufficio, nonché alla richiesta di misure cautelari personali e alla richiesta di misure cautelari reali (art. 3); quella che gli consente di determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche e nell'utilizzazione delle risorse finanziarie (art. 4); quella, infine, che dispone che il procuratore — al quale è data la possibilità di designare fra i procuratori aggiunti un vicario che esercita le sue funzioni in caso di assenza o impedimento — mantiene personalmente, o per il tramite di un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione (art. 5).

Il procuratore della Repubblica non sembra essere pertanto privato della capacità di esercitare un'influenza nei confronti dei magistrati incardinati presso la procura, che deriva dalla titolarità dell'azione penale — di cui egli deve assicurare il «corretto, puntuale e uniforme» esercizio (art. 1, comma 2) — e dai poteri di direzione, controllo e organizzazione dell'ufficio al quale è preposto (art. 6)¹²⁰. È un'influenza che si manifesta sia con i principi e i criteri definiti in via generale, sia, eventualmente, con i principi e i criteri direttivi stabiliti in modo specifico con l'assegnazione, non attenendosi ai quali al magistrato può essere revocata l'assegnazione. Ciò, con provvedimento motivato del procuratore, contro il quale entro dieci giorni dalla comunicazione l'interessato può presentare osservazioni scritte allo stesso procuratore (art. 2, comma 2). Non vi è, però, più l'obbligo, per il procuratore della Repubblica, di trasmettere allo scadere del suddetto termine il provvedimento di revoca e le eventuali osservazioni (entrambi inseriti nei rispettivi fascicoli personali) al procuratore generale presso la Corte di cassazione, il quale, essendo — insieme al ministro della Giustizia — il titolare dell'azione disciplinare (art. 14), sarebbe stato coinvolto in tale veste, con il rischio di un condizionamento ancora maggiore della libertà dei sostituti e dei procuratori aggiunti e di un'accentuazione del carattere verticistico del pubblico ministero.

In conclusione, non sembra che le modifiche introdotte dall'art. 2 della legge n. 269/2006 possano cambiare sostanzialmente l'assetto del pubblico ministero configurato dal d. lgs. n. 106/2006. L'eliminazione della previsione secondo la quale l'azione penale si esercita sotto la responsabilità del procuratore, la sostituzione della «delega» con l'«assegnazione» e l'abolizione del suddetto obbligo di trasmettere gli atti al procuratore generale della Corte di cassazione potrebbero tutt'al più avere l'effetto di attenuare la posizione di supremazia del titolare dell'ufficio, concedendo qualche spazio di autonomia ai singoli magistrati che operano all'interno dell'ufficio¹²¹.

Non bisogna, però, dimenticare che le disposizioni di legge vanno interpretate in conformità ai principi costituzionali.

¹²⁰ In ragione di ciò, si è sostenuto che le modifiche di cui all'art. 2 della legge n. 269/2006 sono di «mera facciata» (cfr. G. AMATO, *Procuratore e sostituti, scelte di facciata*, in *Guida al dir.* 2006, n. 43, p. 37).

¹²¹ Per una valutazione favorevole della nuova disciplina legislativa dei rapporti fra il procuratore e i sostituti, cfr., tra gli interventi sulla stampa quotidiana, C.F. GROSSO, *Giustizia, questa legge deve essere solo l'inizio*, in *La Stampa*, 27 ottobre 2006 (l'Autore sottolinea che la precedente disciplina era «fortemente sbilanciata a favore del Procuratore»).

Fra tali principi vi è quello dell'indipendenza della magistratura, che si manifesta — come si è visto — non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno¹²². La garanzia dell'indipendenza interna — secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale — implica non soltanto che il magistrato che sia stato spogliato «della cognizione di determinati affari giudiziari» abbia il diritto di chiedere che «il dirigente motivi per iscritto il provvedimento adottato», ma anche che possa chiedere l'intervento del CSM¹²³. Sebbene ciò non sia espressamente previsto dal d. lgs. n. 106/2006, deve quindi ritenersi che il magistrato del pubblico ministero che abbia subito un provvedimento di revoca possa rivolgersi al CSM a tutela della propria posizione d'indipendenza costituzionalmente garantita, il che dovrebbe limitare la possibilità di un intervento del procuratore sui sostituti, scongiurando il pericolo di un improprio condizionamento del loro operato. Il fatto che la maggioranza governativa abbia accettato un accordo con l'opposizione che non comporta — come si è detto — mutamenti di grande rilievo al testo originario del decreto si giustificerebbe forse allora, più che con l'esigenza di ricercare il consenso della minoranza, con la consapevolezza che l'ordinamento offre comunque sufficienti strumenti di tutela ai sostituti in caso di contrasto con il capo della procura, nei confronti del quale potrebbe non esservi in definitiva quel rapporto di subordinazione che sembrerebbero delineare le disposizioni contenute nel d. lgs. n. 106/2006¹²⁴. Del resto, occorre ricordare che anche quando, prima della riforma del codice di procedura penale, l'ordinamento giudiziario Grandi (art. 70), parlando dei sostituti procuratori come «dipendenti magistrati», sembrava evocare «principi di gerarchia e di autoritarismo»¹²⁵, all'interno dell'ufficio di procura la posizione dei singoli magistrati — per effetto degli interventi del CSM — godeva di ampi margini di autonomia, tanto che si è potuto rilevare criticamente come nella realtà si fosse verificato uno svuotamento dei poteri formalmente attribuiti ai dirigenti degli uffici¹²⁶.

Si deve inoltre tenere presente che, fra i principi costituzionali, vi sono quelli del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2), e dunque anche dell'amministrazione della giustizia¹²⁷. L'organo al quale compete costituzionalmente

¹²² Sull'indipendenza interna del pubblico ministero, cfr. G. NEPPI MODONA, sub art. 112 (e 107 comma 4), in AA. VV., *La magistratura*, tomo IV, Artt. 111-113, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, pp. 71 ss.

¹²³ La sentenza 28 giugno 1973 n. 143, riferentesi ai magistrati che esercitano funzioni giudicanti, è stata ritenuta applicabile anche ai magistrati che esercitano funzioni requirenti (cfr. G. SALMÈ, *Atti consiliari in tema di dirigenza degli uffici di procura*, in *Doc. giust.* 1994, p. 1937).

¹²⁴ Durante i lavori preparatori della legge n. 269/2006, gli esponenti della maggioranza hanno sostenuto che sarebbe sempre il CSM a decidere in caso di contrasto fra il procuratore e gli altri magistrati dell'ufficio: cfr. gli interventi del sen. Brutti nella seduta plenaria del 28 settembre 2006 e del sottosegretario alla Giustizia Scotti nella seduta della Camera del 23 ottobre 2006.

¹²⁵ D. CARCANO, *Rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto designato per la trattazione del procedimento*, in *Cass. pen.* 1993, pp. 536 ss.

¹²⁶ Cfr., ad esempio, G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Giust. pen.* 1991, III, c. 159; V. MELE, *Rapporti tra procuratore capo e sostituti: una circolare del CSM da rivedere*, in *Doc. giust.* 1994, pp. 1915 ss.

¹²⁷ Sul buon andamento come principio per l'organizzazione della giustizia, cfr. G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino 1999, pp. 273 ss.; G. SILVESTRI, *Relazione sul tema «Organizzazione del pubblico ministero: rapporti nell'ufficio e tra gli uffici»*, in Av. VV., *Pubbli-*

garantire che l'amministrazione della giustizia ordinaria sia efficiente e imparziale è il CSM. La circostanza che non sia più previsto che tale organo «determina i criteri generali per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero» (art. 6 del d. lgs. n. 517/1998) e che l'art. 1, comma 6, del d. lgs. n. 160/2006 disponga che sia il procuratore della Repubblica a determinare i criteri di organizzazione dell'ufficio, nonché di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio (individuando eventualmente settori di affari da assegnare a un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio), non può quindi significare che al CSM non è consentito d'intervenire nella materia. Lo conferma la disposizione contenuta nel comma successivo dell'art. 1, secondo la quale devono essere trasmessi al CSM i provvedimenti con cui il procuratore della Repubblica adotta o modifica i criteri previsti dal comma 6; disposizione che postula che il Consiglio abbia poteri di controllo sulle modalità di organizzazione dell'ufficio, potendo delineare i criteri generali ai quali dovranno uniformarsi i procuratori. Ai titolari delle procure spetterebbe allora, in definitiva, la specificazione dei criteri organizzativi e funzionali elaborati dal CSM, con il quale è inevitabile che s'instauri un rapporto dialettico.

Gli atti adottati dal CSM dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 106/2006 — come ha rilevato la dottrina recentemente intervenuta sul tema dell'ordinamento giudiziario¹²⁸ — hanno cercato di preservare, con un'interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove disposizioni legislative, il precedente assetto, sia per quanto concerne la posizione di autonomia del singolo magistrato del pubblico ministero all'interno degli uffici giudiziari, sia per quanto riguarda il rapporto tra lo stesso CSM e gli uffici di procura¹²⁹.

Non ci si deve meravigliare del comportamento del CSM perché in passato, soprattutto attraverso l'esercizio dell'attività c.d. «paranormativa»¹³⁰, esso ha eroso progressivamente i poteri dei capi delle procure¹³¹, ritagliandosi un ruolo di rilievo nella politica giudiziaria, al quale è difficile che esso rinunci (è anzi normale, nelle dinamiche istituzionali, che gli organi tendano alla difesa degli spazi acquisiti nella prassi).

co ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario, cit., p. 240; G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., pp. 162 ss.

¹²⁸ Cfr. F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, cit., p. 691 s.

¹²⁹ Sull'importante risoluzione del CSM del 12 luglio 2007, cfr. C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, cit., pp. 206 ss. Ad essa ha fatto seguito, sempre in tema di organizzazione degli uffici del pubblico ministero, la risoluzione del 21 luglio 2009: cfr. M. BRANCACCIO, *Csm e organizzazione degli uffici di procura dopo le modifiche ordinamentali del 2006*, in *Quest. giust.* 2011, n. 5, pp. 165 ss. e A. RACANELLI, *Gli uffici requirenti*, in AA. VV., *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, a cura di G. Grasso e in ricordo di A. Pizzorusso, in *Foro it.* 2016, V, cc. 223 ss.

Su queste risoluzioni, considerate in relazione agli interventi del Presidente Napolitano sul tema dell'organizzazione interna degli uffici di procura, cfr. G. DI FEDERICO, *Da Saragat a Napolitano. Il difficile rapporto tra Presidente della Repubblica e Consiglio superiore della magistratura*, Milano 2016, pp. 93 ss.

¹³⁰ Cfr. A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parl.* 2010, pp. 369 ss. e la letteratura ivi citata.

¹³¹ Cfr. G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, cit., cc. 160 s.

10. (Segue) la modifica del d. lgs. n. 109/2006 sulla responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti funzionali

A segnare una più marcata discontinuità con la riforma del 2005 sono le modifiche al d. lgs. n. 109/2006, nella parte avente ad oggetto gli illeciti disciplinari¹³².

È opportuno ricordare, preliminarmente, che la responsabilità disciplinare dei magistrati è stata regolata per lungo tempo dalla c.d. «legge sulle guarentigie della magistratura»¹³³. L'art. 18 del r.d. lgs. n. 511/1946, riprendendo le formule dei precedenti ordinamenti giudiziari¹³⁴, prevedeva che i magistrati rispondessero disciplinarmente in tre casi: a) quando avessero mancato ai loro doveri; b) quando avessero tenuto, in ufficio o fuori dell'ufficio, una condotta tale da renderli immeritevoli della fiducia e della considerazione di cui devono godere; c) quando avessero tenuto, in ufficio o fuori dell'ufficio, una condotta tale da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario. Si tratta di fattispecie la cui definizione è piuttosto problematica. I parametri alla stregua dei quali avrebbe dovuto essere valutata la liceità del comportamento dei magistrati sembrano infatti tanto incerti da risultare quasi evanescenti. Parole come «fiducia», «considerazione» e «prestigio», che esprimono concetti difficilmente oggettivabili, rendevano le ipotesi di illecito astrattamente formulate dal legislatore suscettibili di essere delineate e applicate in concreto dal giudice disciplinare con ampi margini di discrezionalità. Di qui il rischio, da un lato, di un'interpretazione eccessivamente restrittiva della disposizione legislativa, e quindi di una giustizia disciplinare troppo clemente, che avrebbe potuto nuocere alla funzionalità dell'amministrazione della giustizia, e, dall'altro, di un'interpretazione tanto estensiva da comprimere la sfera di autonomia del singolo magistrato e da soffocare il pluralismo all'interno del corpo giudiziario¹³⁵.

La legge n. 150/2005 ha previsto la tipizzazione degli illeciti — ossia un catalogo di comportamenti disciplinarmente rilevanti¹³⁶ —, che è stata poi attuata dal d. lgs. n. 109/2006, il quale mostra un'evidente propensione del legislatore per un modello di magistrato 'passivo', che dovrebbe essere spinto ad appartarsi piuttosto che a partecipare alla vita politico-sociale, dando prova del fatto che la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati rappresenta un punto molto sensibile nei rapporti fra politica e giustizia.

¹³² Cfr. G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, cit., p. 397 s. Sul tema della responsabilità disciplinare nel 'nuovo' ordinamento giudiziario, cfr. A. D'ALLOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., pp. 328 ss. V. anche E.M. CESQUI, *Gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni* e G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in AA. VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli 2008, pp. 67 ss. e 83 ss.; M. PATRONO, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa sugli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., pp. 37 ss.; P. FIMIANI, M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino 2013.

¹³³ V. *supra*, § 2.

¹³⁴ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 416 e in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, cit., p. 829.

¹³⁵ Cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.* 2008, n. 5, p. 80.

¹³⁶ Cfr. F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *La responsabilità dei magistrati*, cit., p. 154 ss.

Le modifiche introdotte dalla legge n. 269/2006 hanno riguardato sia gli illeciti funzionali, sia gli illeciti extrafunzionali.

Riguardo agli illeciti funzionali concernenti l'attività interpretativa, si devono segnalare due cambiamenti.

È stata abrogata la norma che, disponendo che «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12» delle preleggi «non dà mai luogo a responsabilità disciplinare» (art. 2, comma 2, d. lgs. n. 109/2006), configurava indirettamente come illecito funzionale l'interpretazione non rispondente ai criteri indicati in tale articolo¹³⁷. Un illecito di assai problematica applicazione, sia perché la formulazione testuale dell'art. 12 dà luogo a più di un problema interpretativo¹³⁸, sia perché detto articolo, essendo stato scritto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, non ne tiene conto, mentre da essa non si può prescindere per interpretare i testi normativi; e vale comunque la considerazione — già espressa in precedenza¹³⁹ — che non vi è un'unica interpretazione possibile dei testi normativi. L'interpretazione — secondo un'opinione largamente diffusa tra i giuristi — è attività che «consiste non nella 'scoperta' del significato 'esatto' delle preposizioni normative, ma nella 'attribuzione' ad esse di uno dei significati possibili»¹⁴⁰. C'è, dunque, un pluralismo interpretativo, che è fattore di arricchimento e di garanzia democratica nella funzione giurisdizionale¹⁴¹ (ma, com'è stato osservato, non si può affermare che «unificazione giuridica e certezza del diritto siano totalmente estranei alla Costituzione», sicché uno sforzo per una relativa uniformità della giurisprudenza dovrebbe essere compiuto¹⁴²); e, piaccia o no, i giudici «non sono neutrali: nel recinto eretto dalle disposizioni essi operano scelte politiche e piegano l'interpretazione a queste scelte, realizzando una *politica del diritto*»¹⁴³.

È stato, poi, eliminato l'illecito funzionale consistente nell'adozione di «atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali» (art. 2, comma 1, lett. *ff*, d. lgs. n. 109/2006)¹⁴⁴, il quale conteneva implicitamente il divieto di sentenze 'creative', nel presupposto che alcuni giudici abbiano fatto un uso dell'autonomia interpretativa tanto ampio da com-

¹³⁷ Sul problema della responsabilità del giudice per l'attività interpretativa, cfr. A. ANZON, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni «troppo creative»: osservazioni critiche*, in *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., pp. 253 ss.

¹³⁸ Cfr., tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, pp. 108 ss.

¹³⁹ V. *supra*, §§ 4 e 10.

¹⁴⁰ M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, cit., p. 144.

¹⁴¹ G. BORRÈ, sub *Art. 98 comma 3*, cit., p. 463.

¹⁴² Cfr. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., pp. 3 ss., spec. 12. V., inoltre, in argomento, la profonda analisi di M. DOGLIANI, *Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 17 – Seminario 2006*, Torino 2007, pp. 53 ss.

Del problema colto dalla dottrina costituzionalistica vi è consapevolezza all'interno della stessa magistratura: cfr. V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, cit., p. 137 s.

¹⁴³ M. PEDRAZZA GORLERO, *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione ed obbedienza*, Padova 2012, p. 15.

¹⁴⁴ Sulla formulazione di tale illecito, cfr., in senso critico, N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Annuario 2004 – Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit.

portare la vera e propria costruzione di norme giuridiche¹⁴⁵. Si tratta di un intervento che non sembra comunque poter avere effetti concreti, nel senso che non può riespandere la sfera di autonomia del giudice, al quale non spetta la produzione di norme giuridiche, ma la scelta fra una pluralità di interpretazioni: scelta che appare talvolta contigua alla produzione normativa. Esso ha però un effetto simbolico: è il segnale di un'inversione di tendenza nei rapporti fra il potere giudiziario e il potere politico, il quale dà l'impressione di rinunciare a un atteggiamento punitivo nei confronti del primo.

In definitiva, l'esclusione, salvo casi eccezionali, della responsabilità disciplinare per l'attività interpretativa, oltre a rappresentare un implicito riconoscimento del tradizionale ruolo svolto dalla giurisdizione, dovrebbe contribuire a porre i magistrati in una condizione di maggiore serenità.

Riguardo agli altri illeciti funzionali, estranei all'attività interpretativa, va segnalata l'eliminazione degli illeciti, previsti dal d. lgs. n. 109/2006, consistenti nel rilasciare dichiarazioni e interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura (art. 2, comma 1, lett. *bb*); nel tenere rapporti in relazione all'attività del proprio ufficio con gli organi d'informazione al di fuori delle modalità consentite (art. 2, comma 2, lett. *z*); nel «perseguimento di fini estranei» ai doveri del magistrato e «alla funzione giudiziaria» (art. 2, comma 1, lett. *i*): fattispecie di assai improbabile applicazione, ma sintomatica della diffidenza del potere politico nei confronti della magistratura, alla quale esso sembra rivolgere implicitamente l'accusa di avere operato in passato non per fini di giustizia, ma per fini politici.

11. (Segue) gli illeciti extrafunzionali

Passando, poi, agli illeciti extrafunzionali, la legge n. 269/2006 ha introdotto rilevanti cambiamenti, che comportano una tipizzazione 'rigida' degli stessi illeciti e una restrizione complessiva dell'area dell'illiceità, rendendo la disciplina normativa contenuta nel d. lgs. n. 109/2006 più compatibile con la Costituzione.

Infatti, per effetto dell'abrogazione dell'art. 1, commi 2 e 3, sono scomparse le ipotesi di illecito, di cui all'art. 3 lett. *d*), consistenti nello svolgimento di attività non specificate che sarebbero suscettibili di compromettere la credibilità personale, il prestigio e il decoro del

¹⁴⁵ Le polemiche suscitate da decisioni dei giudici che avrebbero creato una 'nuova legge' sono state molte negli anni recenti: si pensi, ad esempio, ai casi riguardanti temi assai delicati come la procreazione medicalmente assistita, il fine vita, ecc. (cfr., tra i commenti di stampa critici verso l'operato dei giudici, L. VOLONTÈ, *Sentenze illegali, i magistrati vanno fermati*, in *Il Secolo XIX*, 1° agosto 2008; M. OLIVETTI, *La Costituzione «sequestrata» da tribunali invadenti*, in *Avvenire*, 17 luglio 2008; R. BUTTIGLIONE, *Quell'idea di Bossi*, in *Il Tempo*, 21 maggio 2009).

Le tensioni tra la magistratura e politica per talune decisioni 'creative' sono però risalenti nel tempo. Di ciò vi è testimonianza in un'intervista rilasciata da un componente del Governo alla fine degli anni Settanta: «vi sono stati casi nei quali la volontà del legislatore si era espressa contro la adozione di sanzioni penali per fatti illeciti, coperti da sanzioni civili o amministrative. Eppure, anche per essi il magistrato è talvolta intervenuto in sede penale, sostituendosi [...] al Parlamento, e costituendo una sua 'legge'. Un esempio in questo senso è ravvisabile nella configurazione quale aggio della mancata locazione di immobili di nuova costruzione in attesa di vendita» (così il sottosegretario alla Giustizia, nonché deputato della Democrazia cristiana, Edoardo Speranza: cfr. *Il magistrato ha troppo potere?*, a cura di M. Piccione e A. Lucioni, in *Famiglia cristiana*, 6 maggio 1979).

magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria. Inoltre, per effetto dell'abrogazione della lett. l) dell'art. 3, è stata eliminata la clausola che avrebbe consentito di perseguire «ogni altro comportamento» tale da compromettere — anche sotto il profilo dell'apparenza — l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato. Infine, per effetto dell'abrogazione della lett. f) dello stesso articolo, è stato espunto l'illecito consistente nella pubblica manifestazione di consenso o dissenso, riguardante un procedimento giudiziario in corso, idonea a condizionare la libertà di decisione nel medesimo procedimento: un'esclusione che, se dal punto di vista pratico non dovrebbe avere rilevanza, trattandosi di una fattispecie che appare difficilmente riscontrabile, è però indicativa di un mutato atteggiamento del legislatore nei confronti dei magistrati, che si evince anche dalla nuova formulazione della norma concernente i rapporti fra i magistrati e i partiti politici.

Ferma restando l'illiceità dell'iscrizione ai partiti — la cui previsione, con una decisione che ha suscitato reazioni contrastanti tra i commentatori, non è stata censurata dalla Corte costituzionale¹⁴⁶ —, non viene più considerata illecita la partecipazione *sic et simpliciter* all'attività dei partiti. È vietata soltanto la partecipazione «sistematica e continuativa», anche se non si riesce a vedere come una persona non iscritta possa partecipare con continuità alla vita del partito e, quindi, come vi possa essere una partecipazione duratura disgiunta dall'iscrizione. Il fatto che al divieto di iscrizione sia stato aggiunto il divieto di partecipazione, con la precisazione che esso è circoscritto alla partecipazione che avviene in modo sistematico e continuativo — in sé superflua e anche problematica per la difficoltà di stabilire in concreto quando vi sia la sistematicità e la continuità —, sembra però rivelare una posizione 'di apertura' del legislatore nei confronti dei magistrati, allontanando il timore che essi possano subire un procedimento disciplinare a causa della partecipazione occasionale a riunioni organizzate dai partiti. Ciò, anche perché la condizione posta dallo stesso legislatore per la configurabilità degli illeciti disciplinari è che non siano di «scarsa rilevanza»¹⁴⁷.

Va aggiunto che non è più considerato illecito il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possono appannare l'immagine del magistrato: una previsione la quale, più che censurare una condotta riprovevole dal punto di vista disciplinare, sembrava voler soddisfare l'esigenza di assicurare che in futuro la giustizia non sarà contaminata dalla politica, lasciando così intendere che in passato ciò sia avvenuto, e quindi che sarebbe fondata l'accusa di 'politicizzazione' che è stata rivolta in molti casi a una parte della magistratura. Il fatto che l'«immagine del magistrato» non fosse definita dal legislatore (che, dunque, non fossero individuabili *a priori* i comportamenti che potrebbero danneggiarla) e, poi, la circostanza che non fosse specificato che cosa debba intendersi per «centri politici» (espressione che sembrerebbe comunque ricomprendere un ambito ben più esteso dei partiti politici) determinavano una situazione d'incertezza in ordine alla liceità dei comportamenti che avrebbe

¹⁴⁶ Su questo punto, che non può essere approfondito in questa sede, rinvio, anche per indicazioni bibliografiche, a G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, in *Studium Iuris* 2010, pp. 136 ss. e a G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in *Rass. parl.* 2015, pp. 141 ss., dove mi sono espresso in senso critico sulla sentenza costituzionale n. 224/2009.

¹⁴⁷ Art. 3 bis del d. lgs. n. 109/2006 (introdotto dall'art. 1, comma 3, della legge n. 269/2006).

potuto indurre i magistrati ad astenersi dal frequentare associazioni operanti nella sfera politico-sociale, la partecipazione alle quali è loro consentita dalla Costituzione¹⁴⁸.

In conclusione, in base al testo dell'art. 3 del d. lgs. n. 109/2006 risultante dalle modifiche introdotte con la legge n. 269/2006, sono punibili soltanto le condotte tipiche descritte nell'elenco in esso contenuto, che corrispondono sostanzialmente a quelle individuate dalla giurisprudenza della Sezione disciplinare del CSM. La c.d. «tipizzazione» degli illeciti e l'eliminazione della clausola di chiusura (art. 3 lett. I)) dovrebbero rappresentare un elemento di garanzia per i magistrati¹⁴⁹.

Per quanto riguarda la disposizione contenuta nell'art. 3 lett. j), che qualifica come illeciti i comportamenti dei magistrati che rivelino una propensione invasiva dell'ambito costituzionalmente riservato agli organi di indirizzo politico, va osservato che la sua sostanziale conferma da parte della legge n. 269/2006 sembra esprimere la comune volontà degli opposti schieramenti politici dell'epoca di 'tornare alla normalità' dopo una fase emergenziale, ossia di far 'rientrare nei ranghi' la magistratura dopo le sue 'esorbitanze' negli anni Novanta del secolo scorso: un periodo storico durante il quale è parso che alcuni magistrati, forti del consenso popolare per l'operazione «Mani pulite» (l'azione su vasta scala contro la corruzione nel sistema politico-amministrativo)¹⁵⁰, volessero assumere un ruolo improprio, cercando anche di condizionare il legislatore in materia di giustizia¹⁵¹. La sostituzione, all'interno della disposizione in questione, della formula «l'uso strumentale della qualità che [...] è idoneo a turbare» con «l'uso strumentale della qualità che è [...] diretto a condizionare» l'esercizio «di funzioni costituzionalmente previste», pur estendendo forse la gamma delle condotte astrattamente riconducibili alla fattispecie, non sembra tuttavia determinare in concreto un cambiamento significativo. La norma rimane, infatti, sempre di problematica applicazione, perché il comportamento che potrebbe violarla dovrebbe consistere in una manifestazione del pensiero, e la libertà di manifestazione del pensiero è costituzionalmente garantita a «tutti», inclusi i magistrati.

Ai magistrati possono essere imposte delle limitazioni all'esercizio della suddetta libertà in quanto magistrati (ossia come soggetti che svolgono funzioni pubbliche). Tuttavia, come cittadini (ossia come individui appartenenti alla comunità politica), essi devono avere la

¹⁴⁸ Cfr., criticamente, N. ROSSI, *Sorvegliare e punire... (note sulla disciplina dei magistrati nel progetto di "riforma" dell'ordinamento giudiziario)*, in *Quest. giust.* 2004, n. 5, pp. 828 ss.

¹⁴⁹ Sul problema delle clausole di chiusura in materia disciplinare, cfr. S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., p. 299 s.

¹⁵⁰ Cfr., nell'ambito della pubblicistica sul tema, G. BARBACETTO, P. GOMEZ, M. TRAVAGLIO, *Mani pulite. La vera storia, 20 anni dopo*, Milano 2012.

¹⁵¹ Per la comprensione del clima storico-politico nel quale la norma disciplinare è stata concepita – si tenga presente che essa era contenuta in un disegno di legge presentato dal ministro della Giustizia Flick nel 1996, che tipizzava gli illeciti (*Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XIII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti* n. 1247) –, appaiono molto significative le parole pronunciate dal capogruppo di «Sinistra democratica-L'Ulivo» al Senato Cesare Salvi: è «davvero inaccettabile» che «le decisioni del parlamento possano essere condizionate dalle opinioni dei giudici» e che «possano essere prese in esame ed eventualmente approvate soltanto proposte avanzate o appoggiate dai magistrati» (cfr. *l'Intervista a Il Messaggero*, 20 settembre 1996, significativamente intitolata *Salvi: si cambia, a costo di scontri con i giudici*).

Su alcune rilevanti vicende, come quelle del «decreto Conso» e del «decreto Biondi», cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, cit., p. 91 s., nota 34.

possibilità di esercitare la libertà di critica¹⁵², eventualmente stimolando l'organo della rappresentanza politica a migliorare le leggi¹⁵³.

12. La legge n. 111/2007: la valutazione periodica della professionalità dei magistrati

Il cambiamento più importante introdotto dalla legge n. 111/2007 riguarda la valutazione della professionalità¹⁵⁴.

L'introduzione della «valutazione della professionalità» scaturisce da una duplice esigenza: sostituire il sistema della progressione nelle funzioni mediante concorso per titoli ed esami e concorso per titoli previsto dal testo originario dell'art. 12 del d. lgs. n. 160/2006 e superare il meccanismo di avanzamento nella carriera in base al criterio negativo dell'assenza di gravi demeriti¹⁵⁵.

Alla «valutazione di professionalità» — che, almeno in linea di principio, risponde a una richiesta avanzata dalla parte più consapevole della stessa magistratura¹⁵⁶ — sono sottoposti tutti i magistrati ogni quadriennio a decorrere dalla nomina fino al superamento della settima valutazione. Essa consiste in un «giudizio» espresso dal CSM, con provvedimento motivato e trasmesso al ministro della Giustizia (art. 11, comma 15, del d. lgs. n. 160/2006)¹⁵⁷. Il giudizio di professionalità, inserito nel fascicolo personale, viene valutato ai fini dei tramutamenti, del conferimento delle funzioni e degli incarichi direttivi, nonché «ai fini di qualunque atto, provvedimento o autorizzazione per incarico extragiudiziario» (art. 11, comma 15). Il conferimento delle funzioni avviene, a domanda dell'interessato, mediante una

¹⁵² Cfr. M.A. CATTANEO, *Diritto di parola o dovere di silenzio?*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 ottobre 1996. L'Autore richiama la distinzione – contenuta nello scritto di Immanuel Kant del 1784 «Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?» – tra uso *pubblico* della ragione (che è proprio di ogni cittadino come essere pensante, e che deve essere assolutamente libero) e uso *privato* della ragione (che è quello proprio di un funzionario statale nell'esercizio del proprio ufficio, e può in quanto tale essere limitato, anche strettamente).

¹⁵³ Sulla libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, cfr. S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, 2008. V. inoltre R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in AA. VV., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta e G. Silvestri, Milano 2005, pp. 293 ss. e L. IMARISIO, *La libertà di espressione dei magistrati tra responsabilità disciplinare, responsabilità deontologica ed equilibri del sistema informativo*, in AA. VV., *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit., pp. 209 ss.

¹⁵⁴ Sulla legge n. 111/2007 cfr. L. DITTRICH, *La "controriforma" dell'ordinamento giudiziario: primo commento alla l. 111 del 30 luglio 2007*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 1541 ss.; AA.VV., *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.* 2008, V, cc. 87 ss.; L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Quest. giust.* 2007, pp. 651 ss.; G. FERRI, *L'ordinamento giudiziario dopo la legge n. 111 del 2007*, in *Studium iuris* 2008, pp. 27 ss. Vedi inoltre, nell'ambito di ampi lavori dedicati all'ordinamento giudiziario, M. FANTACCHIOTTI, F. FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova 2008; AA. VV., *Ordinamento giudiziario. Leggi regolamenti procedimenti*, a cura di E. Albamonte e P. Filippi, Torino 2009, *passim*; AA. VV., *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit.; AA. VV., *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di D. Carcano, Milano 2009, *passim*; G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano 2013.

¹⁵⁵ V. *supra*, § 5.

¹⁵⁶ Cfr. N. ROSSI, *Ancora sull'ordinamento giudiziario. Tre proposte "alternative" tanto alla riforma del governo quanto allo stato delle cose attuale*, in *Quest. giust.* 2004, n. 4, pp. 643 ss.

¹⁵⁷ D'ora in poi, il numero degli articoli indicati nel testo si riferisce, salvo diversa indicazione, al d. lgs. n. 160/2006 come modificato dalla legge n. 111/2007.

«procedura concorsuale per soli titoli», a cui possono partecipare soltanto coloro che hanno conseguito la valutazione di professionalità richiesta, e il cui espletamento è riservato al CSM (art. 12).

Tutto ciò comporta che il CSM mantenga un ruolo centrale nella vita professionale dei magistrati e quindi nella politica giudiziaria, che avrebbe rischiato di perdere ove fossero entrati in vigore la legge delega sull'ordinamento giudiziario nella versione rinviata alle Camere dal Presidente della Repubblica Ciampi¹⁵⁸ e i decreti legislativi di essa attuativi.

La valutazione della professionalità viene effettuata sulla base della capacità, della laboriosità, della diligenza e dell'impegno. Tali parametri sono puntualmente definiti dalla legge. In riferimento a ciascuno di essi, il magistrato deve ottenere la sufficienza (art. 11, commi 2 e 9).

La valutazione non può riguardare in nessun caso l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove (art. 11, comma 2).

La valutazione specifica della capacità scientifica e di analisi delle norme, che è richiesta ai fini del conferimento delle funzioni di legittimità, è affidata ad un'apposita commissione nominata dal CSM, che è formata da cinque membri, in maggioranza magistrati, scelti fra quelli che esercitano o hanno esercitato le funzioni di legittimità, ai quali si affiancano un professore universitario e un avvocato (art. 12, comma 13).

Quale esito può dare la valutazione? Le ipotesi sono tre:

- 1) il giudizio è «positivo» (ciò si verifica quando la valutazione di professionalità risulti sufficiente in relazione a ciascuno dei parametri);
- 2) il giudizio è «non positivo» (ciò avviene quando siano riscontrate carenze in relazione a uno o più degli elementi che compongono la valutazione di professionalità: in tale ipotesi, il CSM procede a una nuova valutazione *dopo un anno*, acquisendo un altro parere del Consiglio giudiziario);
- 3) il giudizio è «negativo» (ciò si verifica in due casi: *a*) quando vengano accertate carenze gravi in relazione a uno o più degli elementi che formano la valutazione; oppure *b*) quando permangano una o più carenze in riferimento agli stessi elementi sulla base dei quali il precedente giudizio era stato non positivo).

In quest'ultima ipotesi il magistrato viene sottoposto a una nuova valutazione di professionalità dopo due anni, con la possibilità per il CSM di disporre che il magistrato partecipi ad uno o più corsi di qualificazione professionale in rapporto alle specifiche carenze di professionalità riscontrate e che, soprattutto, previa sua audizione, venga assegnato a una diversa funzione o distolto dall'esercizio delle funzioni giudiziarie. Qualora il CSM esprima un secondo giudizio negativo, il magistrato viene dispensato dal servizio (art. 11).

¹⁵⁸ Cfr. S. BARTOLE, *Un Csm troppo indebolito*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 settembre 2004.

Sul rinvio presidenziale, cfr., in dottrina, M. LUCIANI, *Il rinvio presidenziale*, in AA. VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., cc. 6 s. V. anche A. D'ALOIA, *Il rinvio alle Camere della riforma dell'ordinamento giudiziario: note a prima lettura*, in *Forum di Quad. cost.*, 20 dicembre 2004. Tra i commenti di stampa cfr., in senso favorevole all'azione del Presidente, S. CASSESE, *La Costituzione e la magistratura*, in *Corriere della Sera*, 17 dicembre 2004.

Il CSM si avvale dell'apporto dei Consigli giudiziari¹⁵⁹, che esprimono pareri non vincolanti. A esso spetta la disciplina degli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei Consigli giudiziari, la definizione dei parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni di professionalità e l'individuazione della documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere entro il mese di febbraio di ogni anno agli stessi Consigli.

Il CSM può procedere alla valutazione anche sulla base dei risultati delle ispezioni ordinarie e assumere ulteriori elementi di conoscenza (art. 11, commi 3, 4, 5 e 8).

La cadenza periodica della valutazione professionale dovrebbe assicurare un miglior controllo della professionalità all'interno dell'ordine giudiziario, contenendo il rischio di una diminuzione dell'impegno nell'attività lavorativa e stimolando l'efficienza dell'amministrazione della giustizia. L'esperienza di quasi un decennio di applicazione della legge mostra, tuttavia, delle criticità, tanto che ci si è chiesti se, a fronte di valutazioni che sono nella quasi totalità dei casi di segno positivo, sia giustificato un impegno tanto gravoso da parte del CSM e del sistema giudiziario¹⁶⁰. A ciò si aggiunga l'anomalia sullo specifico punto delle valutazioni dei magistrati che sono «fuori ruolo», perché, in base alla vigente normativa, sono anch'essi sottoposti alla valutazione di professionalità. Il giudizio è espresso dal CSM, previo parere del Consiglio giudiziario presso la Corte d'appello di Roma (o del consiglio di amministrazione presso il ministero della Giustizia per i magistrati temporaneamente collocati presso lo stesso ministero, che sono, com'è noto, numerosi e rappresentano un 'centro di potere'¹⁶¹), formulato «sulla base della relazione dell'autorità presso cui gli stessi svolgono servizio, illustrativa dell'attività svolta». Tuttavia, non si comprende come una valutazione di professionalità specifica possa essere espressa in mancanza di esercizio delle funzioni giurisdizionali. Non si comprende, poi, quale titolo abbia per intervenire nel procedimento il Consiglio giudiziario di Roma. Posto che le valutazioni, a quanto risulta, sono sempre positive e il CSM ne prende

¹⁵⁹ I quali possono assumere informazioni su fatti specifici segnalati dai loro componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati, sempre che la segnalazione di questi ultimi si riferisca ad aspetti incidenti sulla professionalità, con particolare riguardo alle situazioni oggettive «di esercizio non indipendente della funzione e ai comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica».

¹⁶⁰ Per un'analisi alla luce della prima esperienza, cfr. D. CAVALLINI, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, pp. 1223 ss. V. anche G. DI FEDERICO, *Da Saragat a Napolitano*, cit., p. 118.

Dai dati raccolti dall'Ufficio statistico del CSM (reperibili al seguente indirizzo internet: <http://www.csm.it/documents/21768/137951/Valutazioni/06706f39-ce6a-432c-bea2-45726330b9a4>) risulta che dal 2008 al 2016 su un totale di 16.097 valutazioni di professionalità quelle non positive sono state 183 e quelle negative 104. Nell'anno 2016 su 1855 valutazioni quelle non positive sono state 7 e quelle negative 6.

Sul tema delle valutazioni dei magistrati, cfr. di recente G. ZACCARO, *Valutazioni di professionalità dei magistrati: lacune del sistema e soluzioni*, in *La magistratura* 2017, n. 1-2, pp. 82 ss.

¹⁶¹ Cfr. F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, 1981, pp. 53 ss. In senso assai critico sulla presenza dei magistrati nel ministero della Giustizia, cfr., in dottrina, M. PATRONO, *Per una grande riforma della giustizia*, in ID., *La Repubblica di Icaro. L'Italia della politica dal «patto» consociativo alla «regola» maggioritaria*, Roma 1995, p. 146 e G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, cit., p. 171 s. (il quale parla di collocamento «incostituzionale, e comunque sommamente inopportuno», che «inquina l'intero sistema giudiziario»); tra gli articoli di stampa, cfr. P. MARCONI, *Per un ministero sopra le parti*, in *L'opinione*, 12 marzo 1995; G. DI FEDERICO, *Il ministro della Giustizia è prigioniero dei magistrati*, in *Il Tempo*, 17 aprile 1996; C. SBAILÒ, *Azione disciplinare al solo Guardasigilli, via i magistrati dal ministero*, in *Avanti!*, 20 agosto 2003.

atto, avviene che i magistrati che non esercitano le funzioni giurisdizionali beneficino di una progressione nella carriera che è del tutto svincolata dalla qualità del lavoro svolto come magistrati, e ottengano perciò un vantaggio che è probabilmente ingiusto¹⁶².

13. (Segue) la valutazione della professionalità e le «promozioni» previste dall'art. 105 Cost.: aspetti problematici

La legge n. 111/2007 ha modificato profondamente la disciplina delle carriere contenuta nel d.lgs. n. 160/2006, abolendo i meccanismi selettivi per accedere alle funzioni più elevate.

C'è chi ha sostenuto che la legge n. 111/2007, consentendo l'accesso alle funzioni di merito di secondo grado e alle funzioni di legittimità senza lo svolgimento di un concorso — posto che è sufficiente avere riportato un giudizio positivo nella valutazione di professionalità —, sarebbe costituzionalmente illegittima. Infatti, non si effettuerebbero le «promozioni» richieste dall'art. 105 Cost. 163.

Tuttavia, sembra difficile ravvisare in essa, per tale aspetto, una violazione della Costituzione.

Anzitutto, non è sicuro che la parola «promozioni» postuli — come alcuni hanno sostenuto¹⁶⁴ — il passaggio da un grado inferiore a un grado superiore, in conseguenza del superamento di un concorso e, quindi, di una selezione fra più candidati. È stato detto, in dottrina, che «promozione» è parola dal significato non univoco: può significare «cose fra loro diverse», sebbene «tutte riconducibili a una valutazione del merito professionale, non necessariamente per 'merito comparativo' ma comunque bilanciando merito e anzianità di carriera»¹⁶⁵. È stato altresì rilevato che il Costituente, nel menzionare le attribuzioni del CSM, allo scopo di garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario, ha fatto riferimento

¹⁶² Opinioni critiche sulla previsione contenuta nell'art. 11 del d. lgs. n. 160/2006, come modificato dalla legge n. 111/2007, sono state espresse di recente da V. Onida, G. Silvestri e M. Villone: cfr. <http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/06/07/valutazioni-toghe-elette-in-parlamento-costituzionalisti-critici-villone-sistema-paradossale-onida-unanomalia-silvestri-questione-problematica/2804613/>.

Per approfondimenti sull'argomento, cfr. A. ZACCARIA, *La valutazione di professionalità dei magistrati che nel periodo di riferimento non abbiano esercitato le funzioni giudiziarie*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, cit., pp. 165 ss.

¹⁶³ Nel corso dei lavori preparatori, il senatore Centaro, illustrando la pregiudiziale di costituzionalità — successivamente respinta —, ha argomentato che la parola «promozione» (art. 105 Cost.) si riferisce ad un passaggio di grado o di qualifica «da un livello inferiore ad un livello superiore» e «anche ad una progressione economica che [...] attiene al mutamento di qualifica e di grado». «Non parliamo di promozione, perché la promozione non può che avvenire attraverso un concorso per titoli o per titoli ed esami» (cfr. il resoconto della seduta antimeridiana del Senato del 4 luglio 2007).

Tra gli interventi in sede scientifica, cfr. G. DI FEDERICO, *Riforme dell'ordinamento giudiziario, modifiche della Costituzione con legge ordinaria*, in *Quad. cost.* 2007, pp. 834 ss., il quale scrive che la legge «cancella, senza che appaia esplicitamente, uno dei compiti» del CSM (quello, appunto, di effettuare le «promozioni» dei magistrati ai sensi dell'art. 105 Cost.).

¹⁶⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., p. 1278.

¹⁶⁵ A. BARBERA, *Osservazioni alla relazione Silvestri*, cit., p. 115.

alle promozioni «nel presupposto della esistenza di un sistema» giudiziario come quello vigente in quel tempo: un sistema in cui, come si è visto, vi era una «rigida organizzazione gerarchica della magistratura», che trova nella promozione il suo «tipico strumento di attuazione»¹⁶⁶. Ma questo non vuol dire che detto sistema, di cui lo stesso Costituente ha richiesto l'«immediata riforma», «sia stato costituzionalizzato»¹⁶⁷.

Poi, occorre considerare che, in base alla stessa Costituzione, i magistrati — come già si è detto — «si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, comma 3): previsione che fa «venire meno la possibilità di istituire rapporti di dipendenza, da superiore ad inferiore»¹⁶⁸. La Costituzione vieta dunque una distinzione per gradi, escludendo che vi possa essere una gerarchia all'interno dell'ordine giudiziario, la quale sarebbe lesiva dell'indipendenza del magistrato¹⁶⁹. La progressione nelle funzioni, quando sia regolata da meccanismi selettivi (concorsi per titoli, concorsi per esami, ecc.), non si accompagna necessariamente a una distinzione per gradi in senso proprio; ma pone le condizioni perché i giudici che esercitano le funzioni 'inferiori' tendano a ricercare il consenso dei magistrati che svolgono le funzioni più elevate, con il rischio di una menomazione della loro indipendenza¹⁷⁰.

Per questa ragione, la dottrina più sensibile al valore dell'indipendenza della magistratura, ma anche avversa alla dequalificazione professionale favorita dal vecchio sistema degli avanzamenti per mancanza di demeriti, aveva proposto che l'accesso alla qualifica di magistrato di cassazione avvenisse attraverso selezioni fondate sul merito, con l'adozione però di accorgimenti — sia nella strutturazione delle prove d'esame, sia nella definizione dei criteri di composizione delle commissioni di valutazione delle stesse prove — in grado di assicurare «rigorose garanzie di neutralità»¹⁷¹.

Bisogna, comunque, tenere presente che, in base all'art. 105 Cost., le «promozioni» dei magistrati spettano al CSM. I giudizi di commissioni interne all'organizzazione giudiziaria,

¹⁶⁶ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, sub Art. 105, in AA. VV., *La magistratura*, II, Art. 104-107, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 86.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., p. 1278.

¹⁶⁹ La dottrina è unanime nel ritenere che non siano ammesse distinzioni che istituiscano rapporti gerarchici fra i magistrati. Diverse sono le posizioni sull'ammissibilità di altri tipi di distinzioni, ritenendo alcuni che siano tutte lecite (cfr., in tal senso, M. MAZZIOTTI, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.* 1963, p. 1660), ritenendo invece altri che «nessuna differenziazione» possa essere «fatta al di fuori del momento del *ius dicere*, e cioè nell'ambito dello *status*» (cfr., in tal senso, P. BARILE, *Un'opera da compiere*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, p. 558).

Sul significato e sulle implicazioni del principio secondo cui i magistrati si distinguono solo per diversità di funzioni, cfr., tra gli scritti più recenti, G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, cit., pp. 162 ss.

¹⁷⁰ Sui problemi di costituzionalità posti dalla disciplina dei concorsi, contenuta nel d.d.l. governativo da cui è scaturita la legge n. 150/2005, cfr. G. SILVESTRI, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, cit., pp. 84 ss.

Sull'indipendenza dei magistrati cfr., tra i lavori più recenti, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2014, pp. 81 ss.

¹⁷¹ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 167 ss. Secondo l'Autore, le commissioni dovrebbero avere una composizione mista, con la presenza di magistrati di cassazione e professori di università. Il CSM, oltre a nominare le commissioni, «dovrebbe anche vigilare sullo svolgimento» delle «prove selettive».

di cui il CSM può avvalersi, non possono ritenersi vincolanti¹⁷². La previsione che il CSM possa discostarsi dalle graduatorie fatte dalle commissioni solo per «specifiche e motivate ragioni», che era contenuta nella versione non definitiva della legge delega sulla riforma dell'ordinamento giudiziario, lascia certamente uno spazio al CSM, ma che forse non è sufficiente¹⁷³.

14. (Segue) la nuova disciplina dei passaggi dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa: la tendenziale separazione delle carriere

Un altro cambiamento di rilievo introdotto dalla legge n. 111/2007 riguarda il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa.

La legge n. 150/2005 tendeva — come si è già detto — a dividere sostanzialmente le carriere dei magistrati giudicanti e requirenti. L'obiettivo dichiarato dal legislatore era quello di offrire maggiori garanzie al cittadino, assicurando che il giudizio penale si svolga di fronte a un organo realmente 'terzo' e imparziale¹⁷⁴. Più precisamente, quello di «evitare il cosiddetto scambio del cappello, per cui un magistrato passa disinvoltamente da una funzione all'altra, magari nello stesso ufficio, cosicché il cittadino vede sul banco dei giudici la persona che pochi mesi prima lo ha indagato per qualche altra cosa, e quindi conosce molte cose di lui e non può essere imparziale»¹⁷⁵: obiettivo meritevole, ma che — com'è stato osservato — può essere raggiunto a minor prezzo, stabilendo delle incompatibilità territoriali¹⁷⁶. L'obiettivo reale era però un altro: spezzare il corpo giudiziario, che, unendo i magistrati requirenti ai magistrati giudicanti, ha sempre rappresentato la massima garanzia della indipendenza esterna del pubblico ministero e rafforzato il peso politico della magistratura associata.

Ora, il candidato al «concorso per magistrato ordinario» non deve più indicare preventivamente la preferenza tra il ruolo di giudice e quello di magistrato del pubblico ministero. Ogni singolo magistrato può passare più liberamente dall'uno all'altro ruolo. La legge n. 111/2007 pone, però, una serie di condizioni che dovrebbero ridurre in concreto i passaggi — tradizionalmente tutt'altro che infrequenti — tra le due funzioni e rendere eccezionale l'eventualità che nel corso della carriera il magistrato si avvalga della possibilità di spostarsi da una funzione all'altra per il numero massimo di volte consentito, che è di quattro. Infatti, il passaggio può essere richiesto dall'interessato dopo avere svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata ed è disposto a seguito di procedura concorsuale,

¹⁷² «Subordinare la decisione del CSM alla valutazione di una commissione d'esame significa lasciare la mera forma esteriore senza la sostanza, e cioè frodare la Costituzione»: così G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, cit., p. 171.

¹⁷³ Cfr. A. BARBERA, *Osservazioni sulla relazione Silvestri*, cit., p. 118, secondo cui «andrebbero combinati insieme vari elementi prevedendo attività istruttorie non vincolanti e non affidandosi esclusivamente ai titoli culturali ma anche all'attività effettivamente svolta» (la tempestività del deposito degli atti, la complessità dei casi trattati, ecc.).

¹⁷⁴ Cfr. la relazione introduttiva al d.d.l. n. 1296, cit., p. 2.

¹⁷⁵ Cfr. E. FASSONE, *Intervento alla tavola rotonda su «Quale futuro per il pubblico ministero?»*, in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 356.

¹⁷⁶ Cfr. E. FASSONE, *Intervento*, cit., p. 356-7.

subordinatamente a un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni espresso dal CSM, previo parere del Consiglio giudiziario (o del Consiglio direttivo della Corte di cassazione, nell'ipotesi in cui il passaggio avvenga nell'ambito delle funzioni di legittimità). Al fine di assicurare che il magistrato sia professionalmente attrezzato in vista dell'esercizio della nuova funzione, è prevista la partecipazione obbligatoria a un corso di qualificazione professionale. Al fine, poi, di evitare che il passaggio avvenga in maniera che l'attività svolta in precedenza in una veste (ad esempio, quella di pubblico accusatore) possa influenzare quella svolta successivamente in un'altra veste (quella di giudice), e dunque affinché si realizzi un'effettiva 'separazione delle funzioni', è richiesto non solo il cambiamento di distretto, ma il trasferimento in un'altra regione (il che pare manifestamente eccessivo, considerato che sono i distretti e non le regioni ad avere rilevanza nell'organizzazione giudiziaria).

Ciò, a meno che il magistrato che richiede il passaggio alla funzione requirente abbia esercitato negli ultimi cinque anni funzioni esclusivamente civili o del lavoro e il magistrato che richiede il passaggio alla funzione giudicante domandi di svolgere le funzioni «civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro». In tali casi, infatti, il «tramutamento di funzioni» può realizzarsi «in un diverso circondario» e «in una diversa provincia rispetto a quelli di provenienza». Il «tramutamento di secondo grado» può avvenire comunque soltanto in un diverso distretto (art. 14, comma 3)¹⁷⁷.

In conclusione, non c'è una formale separazione delle carriere. Alcuni hanno parlato di «separazione delle funzioni» (o di «separazione funzionale») ¹⁷⁸. Non sembra si possa dire però che, proprio grazie alla modifica del d. lgs. n. 160/2006, si realizzi detta separazione, essendo la funzione del giudice e quella del pubblico ministero già separate. Tracciando dei percorsi professionali tendenzialmente differenziati per i giudici e i magistrati del pubblico ministero, la legge n. 111/2007 evita che lo stesso magistrato si trovi a svolgere una funzione rispetto alla quale egli potrebbe non essere pienamente 'neutrale' per la funzione precedentemente svolta, con possibile pregiudizio per la terzietà del giudice (anche e soprattutto sotto il profilo dell'immagine). Da questo punto di vista, si può osservare che le funzioni giudicante e requirente appaiono maggiormente 'distinte' rispetto al passato, in ragione di un'esigenza di garanzia per l'individuo, che traspare — sotto altro profilo — anche dalla norma che, vietando di destinare allo svolgimento delle funzioni requirenti, giudicanti monocratiche penali o di giudice per le indagini preliminari o di giudice per l'udienza preliminare i magistrati che non abbiano ancora conseguito la prima valutazione di professionalità (art. 13, comma 2), affida l'esercizio delle funzioni più delicate ai magistrati con un livello adeguato di preparazione ed esperienza.

¹⁷⁷ Critica l'irrazionalità della «diversificazione degli sbarramenti territoriali (regionale, distrettuale, provinciale, circondariale)» previsti in caso di passaggio dall'una all'altra funzione L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, cit., p. 658.

¹⁷⁸ Cfr., da ultimo, M. PATRONO, *Ordinamento giudiziario, cultura dei diritti, efficienza della giustizia*, in AA. Vv., *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, cit., p. 81.

La percentuale dei magistrati che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 111/2007, sono transitati dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa è — come risulta dai dati recentemente pubblicati — molto bassa¹⁷⁹. I percorsi professionali avvengono nella grande maggioranza dei casi all'interno della stessa funzione. Può dirsi, dunque, che le carriere, nella realtà odierna, sono tendenzialmente separate.

15. Considerazioni conclusive sull'indipendenza dei magistrati: il problema dell'indipendenza interna

Le leggi n. 269/2006 e n. 111/2007 hanno impedito che si concretizzasse la parte più importante della riforma dell'ordinamento giudiziario prevista dalla legge delega n. 150/2005, la quale, lungi dal dare attuazione alla VII disp. trans. fin. Cost., e quindi dal creare un nuovo ordinamento giudiziario «in conformità con la Costituzione», di cui ancora oggi si attende l'approvazione¹⁸⁰, prefigurava il ritorno a un assetto 'piramidale' della magistratura, che — come si è visto — ne ha fortemente limitato l'autonomia e l'indipendenza.

Tuttavia, non può dirsi che il problema dell'indipendenza interna sia completamente risolto.

Vero è che, per effetto dei cambiamenti descritti in precedenza, non c'è più nelle alte sfere della magistratura un gruppo ristretto che, detenendo le leve della cooptazione, può imporre il 'costume' nell'ambiente giudiziario e dettare gli indirizzi giurisprudenziali ottenendo il conformismo dalle categorie 'inferiori'. Vero è che la gestione delle carriere è oggi nelle mani del CSM, che è un organo concepito dal Costituente per tutelare l'indipendenza dei magistrati, anche verso l'interno, e, grazie ai mutamenti della composizione e del sistema elettorale, nel corso del tempo si è 'democratizzato', esprimendo appieno il pluralismo ideale del corpo giudiziario, che rappresenta indubbiamente un fattore di garanzia¹⁸¹.

La presenza nel CSM delle correnti della magistratura — che, dopo aver svolto una funzione prevalentemente ideale, contribuendo alla crescita culturale dei magistrati e favorendo il rinnovamento dei settori più arretrati della legislazione, si sono nella maggior parte dei casi trasformate in gruppi di potere — rappresenta però una minaccia per l'indipendenza dei magistrati¹⁸².

¹⁷⁹ Nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2010 e il 30 giugno 2016 i trasferimenti dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti sono stati 101 e quelli dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti sono stati complessivamente 78. La percentuale media annuale dei passaggi tra le due funzioni all'interno di tale periodo è 0,83 per i magistrati requirenti e 0,21 per i magistrati giudicanti. Cfr. A. SPATARO, *La separazione delle carriere dei magistrati? Una riforma da evitare*, intervento al Convegno «La separazione delle carriere dei magistrati: una riforma ineludibile», Sanremo 1-2 luglio 2016, in <https://www.giustiziainsieme.it/20-materie/essere-magistrato/79-la-separazione-delle-carriere-dei-magistrati-una-riforma-da-evitare.html>.

¹⁸⁰ Cfr. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., p. 11 e V. ZAGREBELSKY, *Sugli inattuali presupposti del vigente ordinamento giudiziario*, in *Foro it.* 2014, V, c. 109. V. anche R. ROMBOLI, *Osservazioni conclusive*, in AA. VV., *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., c. 246.

¹⁸¹ V. *supra*, § 6.

¹⁸² Per una recente testimonianza 'dall'interno', circa il potere pervasivo delle correnti, cfr. A. NAPPI, *Quattro anni a Palazzo dei Marescialli. Idee eretiche sul Consiglio superiore della magistratura*, Roma 2014.

È, infatti, dal CSM che dipende la possibilità, per i magistrati, di ricoprire gli incarichi direttivi e semi-direttivi. L'esperienza dimostra che, al momento dell'assegnazione di detti incarichi, che sono ambiti dalla maggioranza dei magistrati — un'ambizione che sembra però esprimere nella maggior parte dei casi «una pulsione alla carriera» più che un sano «spirito di servizio», quasi che il mancato conferimento di uno dei suddetti incarichi «fosse controprova di un fallimento professionale»¹⁸³ —, le correnti svolgono un ruolo assai rilevante, ed è opinione diffusa che senza l'appoggio di una corrente sia impossibile vincere la competizione con altri candidati per ottenere il posto di dirigente di un ufficio giudiziario (la temporaneità degli incarichi, introdotta opportunamente con la riforma dell'ordinamento giudiziario¹⁸⁴, probabilmente 'sdrammatizza' le decisioni del Consiglio¹⁸⁵, ma non risolve il problema delle dinamiche 'politiche sottese alle scelte fra i candidati, che dovrebbero comunque essere effettuate in conformità del nuovo «Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria»¹⁸⁶, valorizzando il merito).

Alla «vecchia gerarchia» (che si fondava sul controllo dei concorsi da parte del nucleo dirigente della Corte di cassazione e che favoriva un conformismo di tendenza conservatrice) è così subentrata una «diversa gerarchia», fondata su sistemi di selezione che lasciano spazio a magistrati con orientamenti politico-culturali differenti, grazie al pluralismo presente nel CSM, ma che — come ha osservato uno dei più noti e apprezzati studiosi della magistratura — «risultano in definitiva tali da far permanere buona parte degli inconvenienti collegati all'esistenza di una carriera»¹⁸⁷.

Per ribaltare questa situazione — «di gerarchia o, se si vuole, di *cursus honorum* irreversibili garantita e gestita dal centro», la quale «costituisce sicuramente una sostanziale violazione del dettato costituzionale, perché la distinzione per funzioni è voluta non solo per

¹⁸³ Sono parole pronunciate dal presidente Eugenio Albamonte nella relazione introduttiva al XXXIII Congresso dell'Associazione nazionale magistrati (Siena, Teatro dei Rinnovati, 20 ottobre 2017). La relazione è reperibile al seguente indirizzo internet: <http://www.associazionemagistrati.it/doc/2729/intervento-di-eugenio-albamonte-presidente-dellanm.htm>.

¹⁸⁴ Gli artt. 45 e 46 d. lgs. n. 160/2006 stabiliscono che gli incarichi direttivi e semi-direttivi hanno la durata di 4 anni, con la possibilità di conferma per un eguale periodo a seguito di valutazione dell'attività svolta.

Sui vantaggi della temporaneità degli incarichi direttivi, cfr. G. BORRÈ, *La «carriera» dei magistrati*, in AA. VV., *L'organizzazione della giustizia: servizio o disservizio? Le proposte di Magistratura democratica*, a cura di L. de Ruggiero e F. Pinto, Milano 1994, pp. 142 ss.

¹⁸⁵ La temporaneità della carica di capo di un ufficio giudiziario era stata autorevolmente proposta in tempi lontani non solo «per evitare lunghi 'regni'» (che «fanno di un procuratore della Repubblica di Roma un personaggio più potente di un ministro»), ma anche «per sdrammatizzare le scelte compiute» dal CSM. Cfr. S. RODOTÀ, *Chi ha paura dei magistrati?*, in *la Repubblica*, 7 luglio 1981.

¹⁸⁶ Circolare del CSM n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015. Cfr. G. CAMPANELLI, *Nuovo Testo unico sulla Dirigenza giudiziaria: possibili effetti sui limiti del sindacato giurisdizionale*, in www.questionegiustizia.it, 9 aprile 2016.

Il primo periodo di applicazione del citato Testo Unico sembra mostrare delle criticità, tanto che all'interno del mondo giudiziario si sono levate voci che chiedono di riformarlo, con l'obiettivo di frenare il «carrieroismo», ossia «l'affannosa ricerca di appoggi» nel CSM (nella convinzione, da parte di molti magistrati, che, grazie a detti «appoggi», «tutto sarà possibile», a prescindere dall'anzianità, dai titoli, ecc.): un fenomeno che, oltre a ripercuotersi negativamente sull'autorevolezza dei dirigenti, rappresenta un pericolo per l'indipendenza interna dei magistrati. Cfr. <https://www.autonomiaeindipendenza.it/2017/07/10/la-morte-della-carriera-e-la-discrezionalità-senza-regole/> e <https://www.autonomiaeindipendenza.it/2017/07/10/ai-sul-testo-unico-della-dirigenza/>.

¹⁸⁷ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 49.

evitare poteri gerarchici interni, ma per eliminare in radice le occasioni di perdita di indipendenza che l'affidarsi a qualcuno (chiunque esso sia) per la propria carriera indubbiamente comporta»¹⁸⁸ — si è proposto di designare i titolari degli uffici direttivi «non attraverso la nomina, ma attraverso la elezione» per un periodo di tempo limitato «da parte dei loro pari» (tutti i giudici di un tribunale eleggerebbero il loro presidente, tutti i magistrati operanti presso una procura della Repubblica eleggerebbero il capo del loro ufficio, ecc.)¹⁸⁹. Il che richiederebbe molto probabilmente una revisione della Costituzione, comportando una restrizione della sfera di attribuzioni costituzionalmente riservata al CSM ed escludendo sostanzialmente il ministro della Giustizia dalla partecipazione al procedimento che conduce alla scelta dei titolari degli uffici (partecipazione che, sebbene non decisiva, secondo la Corte costituzionale non può mancare¹⁹⁰, stante il ruolo assegnato dall'art. 110 Cost. allo stesso ministro)¹⁹¹.

L'attenzione degli studiosi e delle forze politiche si è però concentrata sul sistema di elezione dei membri 'togati' del CSM, che può essere modificato con legge ordinaria.

La legge n. 44/2002, che ha abolito il voto di lista, ha tolto visibilità sul piano elettorale alle correnti, ma non ha cambiato la situazione¹⁹². Infatti, se a presentarsi agli elettori non sono più le correnti, ma i magistrati, che si candidano a titolo individuale, in realtà, votando per un candidato, l'elettore sceglie implicitamente la corrente alla quale il candidato appartiene. L'ampiezza dei tre collegi elettorali (uno per i magistrati di legittimità, uno per i giudici di merito e uno per i magistrati requiranti che esercitano le funzioni presso gli uffici di merito), che comprendono l'intero territorio italiano, impedisce che i candidati possano essere eletti senza il sostegno di gruppi organizzati. Sono, dunque, le correnti a essere sempre protagoniste del gioco elettorale, proponendo i candidati e scegliendo in definitiva i consiglieri, senza che per gli elettori sussista, a dispetto del voto di cui dispongono (che è un voto 'alla persona'), la possibilità d'incidere realmente sulla scelta delle persone. Il sistema elettorale tende così a configurarsi in concreto come un sistema con liste bloccate.

¹⁸⁸ M. DOGLIANI, *Note a margine della relazione del Csm sullo stato della giustizia*, cit., p. 571.

¹⁸⁹ M. DOGLIANI, *Note a margine della relazione del Csm sullo stato della giustizia*, cit., p. 571. V. anche A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 49.

¹⁹⁰ Cfr. la già citata sentenza n. 379/1992.

¹⁹¹ Non è questa la sede per esaminare approfonditamente la proposta in questione. Tuttavia, ferma restando la positività dell'intento che la ispira, pare opportuno mettere in evidenza i possibili inconvenienti di un'elezione del dirigente da parte dei componenti di ogni ufficio giudiziario. Anzitutto, quello di una forte riduzione della mobilità (specialmente a livello 'orizzontale'). È prevedibile, infatti, che corpi elettorali di piccole o piccolissime dimensioni eleggerebbero 'uno dei loro', sbarrando l'ingresso ai 'forestieri'. I magistrati 'periferici' rimarrebbero, quindi, per lungo tempo nei loro uffici, ciascuno in attesa del 'suo turno', con poco profitto per la crescita professionale (e forse anche con frustrazioni che non aiutano a svolgere serenamente il lavoro). I grandi uffici giudiziari, dove di solito vi è una più estesa professionalità, si troverebbero con un numero di magistrati potenzialmente idonei a svolgere funzioni direttive e semi-direttive assai maggiore dei posti disponibili *in loco*, che non avrebbero sbocchi per la carriera (oggi, invece, i magistrati dei grandi uffici, che si trovino 'chiusi' dai colleghi più anziani, possono aspirare nell'immediato a posti direttivi di minore importanza fuori sede, arricchendo con il loro bagaglio professionale gli uffici 'periferici', e successivamente possono tentare la 'scalata' nella sede più importante da cui provengono). Si tenga conto, poi, dell'inconveniente insito nello strumento elettivo: l'elezione potrebbe determinare un legame improprio fra eletti ed elettori, con possibili ripercussioni negative sul buon funzionamento dell'ufficio.

¹⁹² Sulla legge n. 44/2002 cfr., per tutti, G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., pp. 151 ss.

Non è questa la sede in cui si possa dare conto delle proposte di modifica presentate e valutarne l'adeguatezza rispetto all'obiettivo, quasi sempre dichiarato, di arginare il correntismo, a garanzia dell'indipendenza interna. Si può però osservare che, mentre ci sono sistemi elettorali più indicati di altri per raggiungere taluni obiettivi, nessun sistema elettorale è in grado di assicurare una riduzione del potere degli apparati correntizi. Il contrasto alle pratiche lottizzatorie fra le correnti, più che con la modifica delle norme elettorali, dovrebbe avvenire con un cambiamento dei comportamenti individuali che elevi il 'tono' della rappresentanza.

È un discorso che vale anche per i membri 'laici', che non sempre hanno interpretato il loro mandato istituzionale in piena conformità allo spirito della Costituzione, mostrandosi non poche volte sensibili, più che al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, alle esigenze della politica¹⁹³, e agendo quindi in funzione della creazione di alleanze con le correnti per il governo della magistratura, in una logica di scambio che ha prodotto effetti tutt'altro che positivi per l'attività consiliare e per la giustizia italiana. Servirebbe allora una crescita sul piano 'culturale' anche della stessa componente 'laica', che, svolgendo meglio il proprio ruolo, potrebbe già oggi «rappresentare un prezioso elemento di rottura» rispetto alle pratiche correntizie e favorire il «rinnovamento»¹⁹⁴: crescita senza la quale a poco servirebbe aumentare — come si è proposto in passato¹⁹⁵ — la percentuale dei 'laici' nel CSM.

16. (Segue) i pericoli per l'indipendenza esterna

La magistratura italiana si è liberata dal controllo del potere esecutivo, che ne ha limitato per un lungo periodo l'autonomia e l'indipendenza.

Se oggi la magistratura si trova in una condizione profondamente diversa da quella in cui si trovava negli anni successivi all'approvazione dell'ordinamento giudiziario Grandi, godendo di spazi di libertà che si sono considerevolmente ampliati nel corso del tempo, non può dirsi però che manchino insidie per l'indipendenza esterna.

È stato affermato — le parole che seguono sono state scritte all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso da uno dei più importanti studiosi dei sistemi giudiziari — che «il successo raggiunto dai magistrati sul piano della cosiddetta indipendenza interna con

¹⁹³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La pubblicità delle sedute del Consiglio superiore*, in *Quad. cost.* 1982, p. 688; S. SENESE, *Il Consiglio superiore della magistratura: difficoltà dell'autogoverno o difficoltà della democrazia?*, in *Quest. giust.* 1983, p. 538 s.; G. SCARSELLI, *La riforma del CSM*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, cit., p. 202, nota 10. V. anche C.F. GROSSO, *Fuori dal Csm i legulei di parte*, in *La Stampa*, 20 luglio 2010.

¹⁹⁴ Come auspicato in passato da esponenti autorevoli della corrente 'progressista' dell'Associazione nazionale magistrati: cfr. G. BORRÈ, *Tra «laici» e «togati»*, in *la Repubblica*, 23 luglio 1987.

¹⁹⁵ Cfr., ad esempio, G. VASSALLI, *Indipendenza? Dei giudici dai giudici*, in *l'Unità*, 12 gennaio 1986, dove l'illustre giurista richiama la proposta da lui stesso formulata, come membro del Parlamento, nella Commissione parlamentare per le riforme istituzionali istituita nel 1983 (c.d. «Commissione Bozzi»).

l'abolizione di fatto della carriera ha contribuito a forme più diffuse, articolate e pericolose di dipendenza esterna»¹⁹⁶.

Tali forme di dipendenza sarebbero rappresentate anzitutto dagli incarichi extragiudiziari di carattere 'tecnico': tanto da quelli che possono essere assunti dai magistrati durante lo svolgimento della normale attività lavorativa, quando cioè esercitano effettivamente le funzioni giudiziarie (si tratta di incarichi consistenti nell'erogazione di prestazioni professionali occasionali di varia natura: collaudi, arbitrati, consulenze, ecc., che possono comportare elevati guadagni per i magistrati); quanto da quelli che sono consentiti previo collocamento fuori ruolo, che comportano lo svolgimento di una stabile attività presso altri uffici (si pensi, in modo particolare, ai numerosi magistrati incardinati nelle strutture ministeriali, soprattutto in quella del ministero della Giustizia, con ruoli di varia natura: capo di gabinetto, capo dell'ufficio legislativo, direttore di settore, ecc.)¹⁹⁷. Poi, dagli incarichi extragiudiziari di «natura politica» (si pensi al mandato parlamentare, al ruolo di assessore presso i Comuni, le Regioni, ecc.)¹⁹⁸.

Ora, se non vi è dubbio che i rapporti con il mondo esterno che comportino il soddisfacimento di qualche interesse (economico, 'di relazione' o di altra natura) del magistrato rappresentano sempre un rischio per l'indipendenza dello stesso magistrato, pare opportuno distinguere fra incarichi extragiudiziari e attività politica.

Per quanto riguarda i primi, l'«enorme quantità di incarichi di vario tipo che ormai caratterizza la magistratura» richiede l'adozione di misure restrittive, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto il profilo quantitativo¹⁹⁹. Ciò, non solo per i rischi che 'rapporti d'interesse' con vari ambienti sociali possono comportare per l'indipendenza della magistratura, ma anche per non sottrarre il magistrato ai doveri d'ufficio e, quindi, per non creare difficoltà all'amministrazione della giustizia²⁰⁰. Gli interventi del CSM, che ha indicato con apposite circolari quali sono gli incarichi extragiudiziari vietati (ad esempio, gli incarichi di giustizia sportiva, l'organizzazione di scuole private per la preparazione ai concorsi, gli arbitrati, ecc.) e quali sono quelli consentiti (distinguendo fra quelli che necessitano e quelli che non neces-

¹⁹⁶ Cfr. G. DI FEDERICO, «Lottizzazioni correntizie» e «politicizzazione» del C.S.M.: quali rimedi?, in *Quad. cost.* 1990, p. 294.

¹⁹⁷ Cfr. F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, cit. Qui è pubblicato il saggio introduttivo di G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*.

Sul pericolo che gli incarichi extragiudiziari rappresentano per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, cfr. anche G. NEPPI MODONA, *Le tentazioni pericolose della Bicamerale*, in *Il Mondo*, 7 dicembre 1992.

¹⁹⁸ Cfr. ancora G. DI FEDERICO, «Lottizzazioni correntizie» e «politicizzazione» del C.S.M.: quali rimedi?, cit., p. 293.

¹⁹⁹ Cfr., in tal senso, G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016. Per una posizione molto rigida, cfr. G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Costituzionalismo.it*, 2007, n. 1, p. 11 (per il quale andrebbe introdotto il divieto assoluto di «incarichi professionali al di fuori di quello ufficialmente assegnato in quanto magistrato»). Tra gli articoli di stampa, cfr. S. CASSESE, *Il paradosso delle regole (inesistenti) per i magistrati*, in *Corriere della Sera*, 21 dicembre 2015.

²⁰⁰ V. GREVI, *Questa è la strada giusta*, in *Corriere della Sera*, 28 novembre 1992.

sitano di autorizzazione)²⁰¹, hanno avuto il merito di contenere un fenomeno che si ripercuote negativamente sull'amministrazione della giustizia, specialmente alla luce del grave problema delle carenze di personale negli uffici giudiziari, ma occorrerebbe un intervento organico del legislatore. Non può, infatti, ritenersi sufficiente quello sul c.d. «fuori ruolo» dei magistrati, che è stato «affrontato in sede certamente insolita e atipica»: la legge 6 novembre 2012, n. 120, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» (c.d. «legge anticorruzione»)²⁰², che ha previsto il limite dei dieci anni complessivi.

Per quanto riguarda l'attività politica, va detto che il fenomeno è invece assai circoscritto. L'iscrizione dei magistrati ai partiti politici — che, come si è visto, può essere sanzionata disciplinarmente — è oggi un fatto assolutamente eccezionale. Lo stesso dicasi per la partecipazione continuativa ai partiti. Numericamente poco significativa è la partecipazione dei magistrati in veste di candidati alle competizioni elettorali, che è stata invece rilevante in passato²⁰³, ed è ristrettissimo il numero dei magistrati fuori ruolo per incarichi politici elettivi²⁰⁴. È anche molto contenuto il numero dei magistrati che, dopo avere espletato il mandato parlamentare, stanno svolgendo attualmente le funzioni giudiziarie.

Tuttavia, poiché nel dibattito pubblico si riscontra, sull'onda di alcune recenti vicende, una forte preoccupazione per la partecipazione attiva dei magistrati alla vita politica, dando quasi l'impressione che vi sia una situazione di emergenza dovuta alla contaminazione della giustizia da parte della politica, con un grave pericolo per l'indipendenza esterna della magistratura e per l'imparzialità della funzione giurisdizionale; e poiché il legislatore ha mostrato di farsi interprete di tale preoccupazione approvando di recente un testo di legge che restringe l'esercizio del diritto di elettorato passivo per i magistrati²⁰⁵, è opportuno fare qualche osservazione in proposito.

I magistrati sono titolari dei diritti politici, che non possono essere cancellati, spettando loro come cittadini; ma, in ragione della delicatezza della funzione pubblica che gli stessi magistrati svolgono, possono essere limitati, con precise disposizioni di legge.

Il legislatore dovrebbe regolare il passaggio dalla magistratura alle cariche politiche elettive in modo da evitare (o almeno contenere il rischio) che l'azione del magistrato possa

²⁰¹ Cfr. la Delibera del 23 luglio 2014, recante «Modifica della circolare sugli incarichi extragiudiziari n. 19942 del 3 agosto 2011 e successive modifiche – Semplificazione della procedura».

²⁰² Cfr. G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 7, dove l'Autore osserva che «la materia del fuori ruolo di per sé ha poco a che vedere col tema della corruzione, a meno che si voglia pensar male».

²⁰³ Cfr. G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.* 2013, pp. 341 ss.

²⁰⁴ Attualmente i magistrati parlamentari sono solo sei.

²⁰⁵ Il testo, approvato dalla Camera il 30 marzo 2017, è in attesa dell'approvazione da parte del Senato. Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e relazioni, Documenti* n. 2188, recante «Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali».

Il CSM, avvalendosi del potere di proposta ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, ha approvato la Delibera del 21 ottobre 2015 su «Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare», sollecitando in sostanza un intervento restrittivo del legislatore.

essere influenzata dalla sua ispirazione politica e che il cittadino possa sospettare che il magistrato abbia utilizzato la funzione giudiziaria a fini politici²⁰⁶.

Ma la legge, che essendo in gioco un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione incontra necessariamente dei limiti, probabilmente non basta. C'è bisogno di un'etica pubblica. In considerazione dell'esigenza di assicurare l'imparzialità dell'amministrazione della giustizia, anche e soprattutto sotto il profilo dell'immagine, la candidatura dei magistrati alle elezioni andrebbe valutata sempre molto attentamente. Anzitutto, dai partiti, dai quali proviene l'offerta della candidatura, senza il consenso dei quali — questo è un aspetto che va evidenziato — il fenomeno dei magistrati in politica non esisterebbe²⁰⁷. Poi, dai magistrati stessi, i quali dovrebbero comprendere che è inopportuno accettare l'offerta di candidatura da un partito dopo avere condotto indagini che hanno coinvolto il mondo politico, colpendo persone appartenenti ad altri partiti, perché tale comportamento può determinare un pesante danno all'immagine di 'neutralità' della funzione giurisdizionale (specialmente qualora, come talvolta è avvenuto, al clamore mediatico dell'enunciazione dell'ipotesi accusatoria, magari accompagnata da eventuali provvedimenti restrittivi della libertà personale, non avesse fatto riscontro l'accertamento di responsabilità penali)²⁰⁸. E può mettere a rischio l'indipendenza della magistratura, perché detta indipendenza, che — come si è detto — è tutelata ampiamente dalla Costituzione, ha in realtà come prima garanzia la considerazione della quale la stessa magistratura gode presso l'opinione pubblica: considerazione che può essere alta soltanto se il contegno dei magistrati è adeguato al ruolo.

Bisogna però evitare di alimentare un ingiustificato clima di diffidenza verso la giustizia. È accaduto troppe volte che, anziché ragionare sui fatti oggetto delle indagini (o del processo), si sia andati alla ricerca delle appartenenze politiche dei magistrati. Sono anche questi comportamenti che possono nuocere gravemente all'immagine della giustizia²⁰⁹.

I mezzi d'informazione, che non sono esenti da responsabilità, dovrebbero far comprendere al pubblico che i magistrati possono avere idee politiche: anzi, che è normale che le abbiano (come le hanno i professori universitari, gli avvocati, i giornalisti, ecc.). Dovrebbero anche far comprendere che la manifestazione di un'opinione politica, così come qualsiasi forma di impegno civile che assuma un rilievo 'politico', non esclude affatto che il magistrato nel giudicare i singoli casi possa e debba essere imparziale: dove «imparzialità» significa

²⁰⁶ Sulla normativa concernente l'elezione dei magistrati al Parlamento, che è ispirata dall'esigenza di tutelare l'imparzialità della giurisdizione, ma che secondo alcuni dovrebbe essere modificata in senso restrittivo, cfr. G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., pp. 319 ss. V. anche P. ONORATO, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica. I magistrati in Parlamento e il loro ruolo professionale. L'elettorato passivo dei magistrati e il loro ritorno all'attività giurisdizionale*, in AA. VV., *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze 2016, pp. 183 ss.

²⁰⁷ Sul 'corteggiamento' dei magistrati da parte della 'politica', cfr. criticamente G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 9.

²⁰⁸ È stato detto, con enfasi, che «nulla è più disastroso per una Nazione del dubbio sulla completa imparzialità dei suoi magistrati». Federico MANCINI, *Magistrati scomodi o controllo occulto*, in *il Resto del Carlino*, 2 luglio 1981, attribuisce queste parole al noto accademico e uomo politico inglese Harold Laski, osservando, a commento delle vicende del tempo, che «a questo disastro siamo» già «giunti in Italia», dove tra la gente è diffuso il sospetto che i magistrati agiscano per favorire o danneggiare questo o quel partito politico).

²⁰⁹ L. PEPINO, *Passione civile e imparzialità valori compatibili*, in *la Repubblica*, 24 gennaio 2003.

estraneità agli specifici interessi in gioco, onesta obiettività della decisione, capacità di non lasciarsi fuorviare da inclinazioni emotive o da indebite pressioni esterne»²¹⁰.

Andrebbe anche ricordato che, storicamente, l'apoliticità della magistratura non ha rappresentato un valore positivo. Durante il regime fascista — quando si affermò che «la magistratura non deve fare politica di nessun genere»²¹¹ — «il vero effetto di appoggio a quest'ultimo è derivato non da forme attive di complicità della magistratura, ma proprio dal porsi di essa come adiafora rispetto ai valori in gioco, dal suo conclamato rifiuto della politica, dalla sua retorica della neutralità»²¹². Nei primi anni della storia repubblicana, essa ha celato — come si è visto — legami o affinità con le forze politiche di governo, significando subalter-nità al potere politico.

In definitiva, non si può dire che passione civile e imparzialità siano concetti incompatibili, anche se non possono escludersi fenomeni di 'devianza' nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ossia episodi di strumentalizzazione della giustizia a fini di lotta politica, che andrebbero ovviamente considerati in modo negativo.

È certo, invece, che all'imparzialità nuocciono la partecipazione alla gestione del potere, i legami affaristici, i rapporti con centri di potere occulto, il coinvolgimento in conflitti personali e di gruppo²¹³.

Il fatto che gli incarichi direttivi, che quando avevano durata illimitata erano considerati «il canale privilegiato dei collegamenti occulti tra chi dall'esterno vuole strumentalizzare il potere giudiziario e chi è disposto a farsi strumentalizzare»²¹⁴, siano oggi temporanei dovrebbe offrire qualche garanzia in più rispetto al passato.

²¹⁰ D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, a cura di G. Cotturri, Bari 1977, p. 68 s.

Sullo stretto collegamento fra indipendenza e imparzialità, che concettualmente sono aspetti distinti, cfr. V. ONIDA, voce *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino 1972, p. 1074. V. anche G. FERRI, *Il diritto a un giudice indipendente e imparziale previsto dalla CEDU*, cit., pp. 558 ss.

²¹¹ Lo proclamò solennemente in Parlamento il ministro della Giustizia Alfredo Rocco il 19 giugno 1925, aggiungendo: «Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista». Cfr., tra gli altri, C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, cit., p. 86 s.

²¹² Cfr. G. BORRÈ, *Magistratura e costituzione: dalla continuità al nuovo*, in *Storia e memoria* 1993, n. 2, p. 7.

²¹³ L. PEPINO, *Passione civile e imparzialità valori compatibili*, cit.

²¹⁴ G. NEPPI MODONA, *Fisiologia e patologia della supplenza giudiziaria*, in *Pol. dir.* 1983, p. 384. V. anche G. BORRÈ, *La «carriera» dei magistrati*, cit., p. 143 s.