



Giampietro Ferri

La magistratura in Italia

Raccolta di scritti

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore

Parte Prima

L'ordinamento giudiziario

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 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. – 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 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 di-

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, p. 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.

pendeva 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 requiranti). 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 requiranti 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

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, p. 40 ss.

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 me-

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.

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

tà 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, p. 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 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., p. 713 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 30 ss. e ID., *Considerazioni generali*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 3.

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.

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'inamovibilità 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, p. 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'inamovibilità 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 tut-

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

¹⁸Sottolinea 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.

¹⁹Con 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'inamovibilità non si applicava «a quelli di mandamento», ossia ai pretori, e, per gli altri giudici, operava dopo «tre anni di esercizio».

²⁰In 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

ti 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 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 ministe-

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, p. 90 ss.

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

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».

ro 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.

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 ese-

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, p. 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, p. 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. Pizzorusso, Bologna 1974, p. 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.

cutivo (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 costituzio-

²⁶ Cfr., in tal senso, tra i contributi meno risalenti, G. BORRÈ, sub *Art. 98 comma 3*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione. Artt. 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. Artt. 99-100 (La magistratura. Artt. 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, p. 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.

nale 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 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 pub-

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.

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, *Artt. 104-107*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso, 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 AA.VV., *La Costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale*, a cura di G.M. Rigamonti, Milano 1980, p. 193 e F. PEDACE, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 38.

blico 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.

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’ap-

³³ Per le differenti posizioni al riguardo cfr. N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996, p. 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., p. 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».

plicazione 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, pp. 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.

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 statuale, ponendosi come prima e fondamentale fonte

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.

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, p. 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.

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» 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

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.

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.

ogniquale volta, 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» (art. 101, comma 2, Cost.) «non rievoca il vec-

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 politicità 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*».

chioso 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 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 disci-

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, p. 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, p. 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, Artt. 108-110, Bologna-Roma 1992, p. 108 s.; L. FERRAJOLI, *Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario*, in *Quest. giust.*, n. 4/2015, p. 178 ss. In senso critico G. BOGNETTI, *Considerazioni sul potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 443 e 448.

plina 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.

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.

⁵¹ Cfr. E. CHELI, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana*, cit., p. 130 e G. NEPPI 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 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, p. 653 ss.; ID., *Magistratura e politica in Italia*, cit., p. 97 ss.

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.

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 situa-

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

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., p. 46 ss.

zione 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 con-

⁵⁸Uberto Breganze, deputato della Democrazia cristiana. Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, IV Legislatura, *Disegni di legge e Relazioni, Documenti* nn. 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., pp. 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.

corso, 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 «magistrato 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 effettua-

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 galleggianti*, in *il Giornale*, 22 novembre 1991).

⁶¹ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, p. 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.

re 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 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

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.

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).