

Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti *

di Augusto Barbera
(31-7-2006)

Le premesse: prima del fascismo

Nel discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena, tenuto il 13 novembre 1921 [1], Piero Calamandrei, allora docente di "diritto giudiziario", individuava quattro "tortuose vie ...che la politica segue per far sentire il suo influsso sull'amministrazione della giustizia" mettendo in pericolo la separazione dei poteri, in particolare fra giustizia e politica "che di quella separazione costituisce il cuore pulsante". Questo pericolo è ancora più grave - siamo nel pieno delle illegalità e delle violenze che macchiavano di sangue l'Italia, un anno prima della "marcia su Roma"- perché "essa sola, la magistratura, continua a battersi quotidianamente per la legalità, simile a un eroico esercito di veterani fedeli, che mentre nel paese le congiure politiche depongono il vecchio sovrano, continuano lungo il confine, fronte al nemico, ad immolarsi in nome di un re che più non regna"[2].

La prima via è la "ingerenza preventiva" (il corsivo è di Calamandrei) ed è rappresentata dalla dipendenza del pubblico ministero dal Ministro della giustizia: "affermare da una parte che la legge è eguale per tutti e dall'altra lasciare al potere esecutivo la possibilità di farla osservare soltanto nei casi in cui non dispiace al partito che è al governo, è tale un controsenso, che non importa spendervi su molte parole" [3].

La seconda via è l'ingerenza successiva, determinata da atti di governo che pongono nel nulla gli sforzi degli organi preposti alla faticosa ricerca e repressione dei reati.

Si tratta, in diritto penale, dell'"uso troppo largo e frequente" [4] delle prerogative sovrane della grazia e soprattutto dell'amnistia e dell'indulto mentre non mancano anche nel campo del diritto civile episodi di ingerenza di autorità amministrative volte a porre nel nulla decisioni passate in giudicato [5].

La terza forma tocca direttamente l'animo dei magistrati. La legge Orlando, che aveva dato vita a garanzie circa la inamovibilità della sede, ha liberato ciascun magistrato dal timore che la politica possa danneggiarlo; ma non basta: "bisogna altresì toglierli ogni speranza che un atteggiamento servile ed inchinevole possa giovare alla sua carriera futura". Ed aggiungeva: "se il nostro ordinamento giudiziario riesce a proteggere il giudice contro le vendette, non riesce a proteggerlo contro un'arma più insidiosa e più penetrante, cioè contro i favori dei governanti" [6]. Fra questi inseriva sia "il conferimento di incarichi speciali" sia le promozioni e il trasferimento a sedi più ambite per le quali si tiene conto non solo dell'anzianità ma, in modo non controllabile, di un preteso merito personale [7]. Fra i governanti adusi a queste pratiche includeva non solo il Ministro ma anche quanti sul Governo hanno influenza, ivi compresi deputati e persone appartenenti all'ordine forense, pronti a ricorrere a quell'"odioso sistema delle raccomandazioni" che l'art. 10 della legge 24 luglio 1908 espressamente, ma vanamente, vietava. In particolare allorché il deputato esercita la professione forense "nessuno potrà levare dalla opinione del pubblico l'idea, forse esagerata, che di questo debito di riconoscenza, che il deputato si è assicurato fra i giudici ...egli possa prevalersi per sperare in cambio sentenze favorevoli nelle cause da lui patrocinare" [8].

La quarta tortuosa via è rappresentata dalle giurisdizioni speciali, quelle minori e straordinarie ma anche la giurisdizione del Consiglio di Stato. La istituzione nel 1889 di una sezione con compiti giurisdizionali aveva messo in discussione il principio dell'unità della giurisdizione ed era servita più a sottrarre compiti alla giurisdizione ordinaria che a tutelare interessi privi sino allora di tutela giurisdizionale. Non solo trattasi di organi rimessi alla nomina governativa ma forte è l'influenza in tali giurisdizioni degli "avvocati politicanti, i cui intrighi sono il più delle volte sterili dinanzi ai tribunali ordinari...ma che (in esse) trovano... il loro paradiso" [9].

Che fare? Calamandrei sottolinea con forza che il giurista non deve limitarsi a interpretare il diritto (e deve farlo con il più rigoroso metodo dogmatico) ma ha anche il compito di contribuire a riformare le istituzioni, evitando che la scienza giuridica si isterilisca e divenga "vuoto accademismo" [10]. Quali, allora, le riforme da proporre si chiedeva?

Due le strade da perseguire. Una è quella dell'"autogoverno della magistratura" affidando adeguati poteri a "corpi

deliberanti e non semplicemente consultivi, eletti dai magistrati, senza ingerenza alcuna del governo, tra gli stessi componenti la magistratura" [11].

L'altra strada è quella di sbarrare le tortuose vie sopra indicate nei seguenti quattro modi . In primo luogo estendendo anche al P.M. la inamovibilità per assicurare la legalità dell'azione penale .Se poi *"si vuol proprio ritenere che in certi casi di eccezionali perturbamenti collettivi ...non sia politicamente utile escludere ogni ingerenza del governo dal campo della giustizia penale si riconosca ciò apertamente...con sinceri e non tortuosi correttivi del principio di legalità"* [12]. In secondo luogo riaffermando che - al di fuori della grazia -nessun ostacolo può essere posto , per nessuna ragione, da organi politici o amministrativi. In terzo luogo ricostituendo l'unità della giurisdizione *"nel senso di attrarle tutte quante nell'ambito della magistratura ordinaria, sicché tutti i loro componenti , a cominciare dai membri delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, siano per reclutamento, e per garanzie di indipendenza, in tutto parificati ai magistrati ordinari"* [13]. E , infine, stabilendo la incompatibilità fra l'ufficio di deputato e l'esercizio professionale della avvocatura. Questa ultima proposta di riforma *"servirebbe a sfollare un po' la nostra Camera elettiva da quella cronica avvocato-crazia, la quale sta alla vedetta sul picco di Montecitorio per colare a fondo ...qualsiasi progetto di riforma....che metta in allarme i suoi interessi professionali"*. Ma - si ferma Calamandrei - *"come è possibile che questa incompatibilità sia mai stabilita se per stabilirla occorre proprio il voto di coloro che essa verrebbe a colpire?"*. *"Ed io non ho che da piegare il capo - concludeva amaramente - di fronte ad una obiezione così pratica"* [14].

Questo punto non sembri il frutto di una invenzione provocatoria (peraltro era stata prospettata da una commissione nominata dal Ministro Mortara e - ci dice Calamandrei - attuata in Bulgaria) . Evidente è l'eco delle polemiche che all'inizio del secolo si erano alzate nei confronti della "paglietteria" e del "pagliettismo" , della crescente presenza in Parlamento degli avvocati; (polemiche che esprimevano in realtà anche un fastidio per il cambiamento progressivo della rappresentanza parlamentare , dal notabilato borghese e aristocratico a quello medio-borghese). Anche Gramsci non aveva mancato di sottolineare il "gusto melodrammatico" dell'epoca per una certa retorica forense , "gonfia e solenne" [15] su cui lo stesso Calamandrei avrebbe avuto modo di ironizzare nel celeberrimo "Elogio dei giudici" [16].

Nonostante cotanta presenza del ceto forense Calamandrei lamenta l'inconsistenza sui temi dell'ordinamento giudiziario delle posizioni dei partiti, *"in tutt'altre faccende affaccendati"*, ed irride sull'unico programma presentato , quello del partito socialista, che propugnava l'elezione popolare dei giudici; vale a dire *" il completo asservimento della giustizia alla politica"* [17].

E del resto, mentre il socialismo si involupava in un massimalismo che impediva l'emergere di una moderna socialdemocrazia, il liberalismo, dal canto suo, non riusciva a prendere atto delle novità derivanti dal suffragio universale e non riusciva ad avere un sicuro esito liberaldemocratico . Il disinteresse per i problemi della giustizia era al riguardo una significativa cartina di tornasole di questi ritardi. Non a caso mentre i socialisti tendevano a ritenere sovrastrutturale la riforma dell'ordinamento giudiziario (ritenuto comunque al servizio di una giustizia di classe) i liberali pensavano ancora a un ordinamento che consentisse di mantenere i giudici su posizioni conservatrici, legati soprattutto alla difesa degli interessi proprietari . Anche per tali ritardi erano così aperte - anzi spalancate - le porte alla reazione fascista.

L'azione costituente:

I punti precedentemente indicati verranno ripresi da Calamandrei , venti quattro anni dopo , nei lavori della Commissione Forti prima [18]e, dopo qualche mese, all'Assemblea Costituente .

Eletto alla Costituente nel Collegio Unico nazionale, nella lista del Partito d'azione, Piero Calamandrei è chiamato a fare parte della Commissione dei 75 e quindi della seconda sottocommissione - presieduta da Umberto Terracini - il cui compito, come è noto, sarà quello di occuparsi dell'ordinamento costituzionale della Repubblica. Per incarico della Commissione elabora nell'autunno del 1946 la *"Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale"* che si affiancherà, oltre che ad una proposta ministeriale (elaborata dalla Commissione Torrente) , alle proposte di altri due relatori , di Giovanni Leone per la DC e di Gennaro Majò Patricolo per l'Uomo Qualunque (quest'ultimo a un certo punto scomparso di scena e sostituito da Pietro Castiglia).

La relazione contiene 26 proposizioni normative (in forma di articoli, ma definite "basi di discussione") che riproducono, talvolta alla lettera, le conclusioni della relazione presentata dallo stesso Calamandrei nella Commissione Forti qualche mese prima (nel maggio 1946) . Solo in un paio di passaggi possono individuarsi delle correzioni o delle aggiunte.

Provo a riassumere dette proposte integrandole con talune specificazioni contenute nella Relazione alla Commissione Forti, in alcuni passaggi più chiara e discorsiva (citando gli articoli mi riferirò alla Relazione alla Commissione dei settantacinque mentre allorché citerò le pagine mi riferirò alla Relazione alla Commissione Forti).

Innanzitutto la giurisdizione è funzione riservata allo Stato, "*gratuita per i cittadini indigenti*" (art. 11), e non può essere riconosciuta ad altri soggetti, né alle istituende Regioni (tranne "i giudici di pace": p. 625) né ai tribunali ecclesiastici (la cui cognizione delle cause matrimoniali è "*una infrazione a tali principi*": p. 620).

Inoltre l'ordinamento della giustizia deve essere informato al "*principio della unicità della giurisdizione*" (art. 12 e art. 14) e le giurisdizioni speciali vanno trasformate in "*sezioni specializzate*" della magistratura ordinaria e devono essere sempre composte da magistrati, se necessario con l'aggiunta di esperti. Anche la pubblica amministrazione deve essere "*soggetta alla giurisdizione ordinaria*" (art. 14) mentre il Consiglio di Stato potrebbe diventare una sezione specializzata della Corte di Cassazione, accanto alle sezioni civili e penali (art. 13 e pp. 621 e 629).

I giudici, "*assieme agli ausiliari*", costituiscono un "*ordine autonomo*" (art. 16). Nella Commissione Forti aveva usato l'espressione "*potere autonomo*" ma non spiega il mutamento di posizione (ammesso che di questo si tratti). Pertanto i giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono solo dalla legge, "*che essi interpretano ed applicano al caso concreto secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione*" (art. 2 e p. 620). Per assicurare tale obiettivo il giudice deve essere "*precostituito*" (art. 5 e p. 621); ha il dovere di motivare le sentenze e di assicurare la pubblicità delle udienze (art. 6 e p. 22). Per le medesime ragioni deve essere riservata al potere legislativo la interpretazione delle leggi con efficacia generale ed astratta (art. 3) ma deve essere garantita l'intangibilità dei giudicati da parte del potere legislativo (art. 4 e p. 621).

Per garantire ai Magistrati la *indipendenza dal potere esecutivo* va non soltanto garantita l'immobilità dal posto, dal grado, dalla sede (art. 23 e p. 623) ma va inoltre previsto che i magistrati provvedano da sé alla propria amministrazione - come fanno, precisa, le Camere con i propri uffici di presidenza - attraverso un *Consiglio superiore della Magistratura* e attraverso *Consigli giudiziari regionali* (artt. 16-17-18). Nella Commissione Forti Calamandrei aveva invece previsto due Consigli centrali, uno per tutte le magistrature e l'altro per la Corte di Cassazione (p. 623-624). Ma il Consiglio superiore della Magistratura deve essere composto *da soli magistrati* e per sottolinearne il distacco dal potere politico Calamandrei prospetta che la sede dello stesso sia fissata in una città diversa da Roma. Al consiglio superiore devono essere affiancate "*una corte disciplinare regionale*", istituita in ogni Regione, e una "*suprema Corte disciplinare*", istituita presso il Consiglio superiore della magistratura (artt. 17-18).

A maggior garanzia dell'indipendenza interna ed esterna della magistratura la retribuzione dei magistrati deve essere basata sull'anzianità, non sul "grado" o sull'ufficio ricoperto (art. 22) e gli uffici direttivi della magistratura devono essere "*elettivi e temporanei*".

Per assicurare agli stessi magistrati la *indipendenza dai partiti politici* va esclusa la loro elettività (p. 629) mantenendo il sistema dei concorsi, mentre (art. 21) possono essere ripristinate le giurie popolari (contro cui si sarebbe invece scagliato Leone, l'altro relatore) e vanno previsti le "*incompatibilità elettorali*" e il divieto di iscrizione ai partiti politici.

Il divieto di iscrizione ai partiti politici è netto nella Commissione Forti (p. 628) mentre nelle proposte alla Costituente sarà accompagnata da un punto interrogativo. Dirà in un intervento in Commissione: "*in quanto cittadini come tutti gli altri*" bisognerebbe non porre per i magistrati questa limitazione ma "*la giustizia deve dare... un senso di assoluta tranquillità...; il diritto...quando viene affidato al magistrato per la sua applicazione deve essere da lui visto come tale e non come era prima di divenirlo, quando era ancora politica*" [19].

Riprendendo quanto sostenuto fin dal periodo pre-fascista Calamandrei sottolinea che l'indipendenza assicurata ai giudici deve essere estesa anche ai pubblici ministeri (art. 2); che l'azione penale è pubblica e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla, "*senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza*" (art. 8); che quindi va garantita la dipendenza "*esclusiva e diretta*" della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria ("*esclusiva e diretta*" e non solo "diretta" come invece poi sarebbe stato scritto nel testo costituzionale) (art. 25).

Tenuto conto della sua importanza per garantire il principio della separazione dei poteri la legge sull'ordinamento della Magistratura deve avere, infine, natura di legge costituzionale (art. 26 e p. 629).

Il Commissario della giustizia

Il punto che più ha affaticato Calamandrei - il "*punctus pruriens*", lo definiva, della riforma - è il ruolo del Ministro della Giustizia. Nella relazione alla Commissione Forti, Calamandrei lasciava aperte diverse possibilità: mantenerlo in vita; sopprimerlo e dare vita ad un dipartimento presso il Ministero degli interni con compiti di stretta amministrazione; cumulare le funzioni del Ministro della giustizia nel Capo della magistratura - Primo Presidente o Procuratore generale - nominato dalle assemblee legislative entro un terma designata dai magistrati stessi (pp. 627-628).

Le idee erano in realtà confuse e di questo Calamandrei era pienamente cosciente tanto che nella relazione orale (secondo la trascrizione della stessa), insoddisfatto delle sue stesse proposte, prevedeva una quarta possibilità: fare eleggere il capo del CSM, unica eccezione nella composizione di quell'organo, dalla assemblea legislativa o farlo nominare dal Consiglio dei Ministri (p. 608).

In assemblea costituente Calamandrei continua ad arrovellarsi sul tema dei collegamenti dell'ordine giudiziario con il potere politico. La soluzione prescelta (art. 19), fra le diverse prospettate pochi mesi prima, ricorda il *Lord Chancellor*, oggi in via di superamento con la riforma Blair. Essa prevedeva un "Procuratore generale", con funzioni di "*Commissario della Giustizia*", nominato dal Capo dello Stato ma scelto in una terna di magistrati superiori proposta dalla Camera dei deputati. Tale Commissario è il "*capo degli uffici del pubblico ministero dei quali vigila e coordina l'azione*" ed esercita l'azione disciplinare presso la Suprema Corte disciplinare. E', in breve, organo di collegamento fra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato e, come tale, è membro di diritto del Consiglio superiore, prende parte al Consiglio dei Ministri con voto consultivo e "*risponde di fronte alle Camere del buon andamento della magistratura*". Esso inoltre svolge le funzioni di procuratore generale presso la Corte costituzionale (art. 34). Rimane in carica per tutta la legislatura, anche in caso di cambiamento del Gabinetto, ma deve dimettersi qualora una delle Camere gli dia uno speciale voto di sfiducia.

Una formula, come abbiamo visto, meditata e non improvvisata ma - è qui il punto debole - non è facile comprendere come conciliare le posizioni di Calamandrei sul pubblico ministero, che vuole indipendente e sottoposto solo alla legge, con la supervisione del Commissario alla Giustizia. Ma più avanti tenterò una spiegazione.

La giurisdizione unica

Come già aveva sostenuto nella prolusione senese la giurisdizione avrebbe dovuto, per Calamandrei, essere organizzata ispirandosi al principio della "unicità", evitando il mantenimento di giurisdizioni speciali. L'esercizio del potere giudiziario in materia "civile, penale ed amministrativa" avrebbe dovuto essere affidato ai giudici ordinari appartenenti al medesimo ordine con al vertice la Corte di cassazione (art. 12).

Sul punto si confrontarono la proposta di Calamandrei della giurisdizione unica e quella di Mortati che avrebbe voluto una giurisdizione amministrativa distinta ma riferita a tutti i rapporti facenti capo alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dalla natura degli interessi tutelati, fossero essi diritti soggettivi o interessi legittimi.

Le due proposte, sebbene entrambe innovative, si indebolirono a vicenda e finirono per lasciare spazio alle posizioni conservatrici. Il punto di approdo fu, infatti, la costituzionalizzazione del sistema varato da Francesco Crispi nel 1889 attraverso la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Sarà questa la sconfitta più netta di Calamandrei. La Costituente volle alla fine il mantenimento delle giurisdizioni speciali ed (anzi) il rafforzamento della giurisdizione amministrativa attuata attraverso la costituzionalizzazione della distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi e la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali. Su questo punto, peraltro, Calamandrei non riuscì ad ottenere il sostegno della Dc e del Pci. Renzo Laconi, a nome del gruppo Pci, e Giovanni Leone si erano inizialmente orientati verso la unicità della giurisdizione ma alla fine cedettero. Prevalse nei comunisti, nonostante la posizione contraria di Fausto Gullo[20], la convinzione che il Consiglio di Stato, anche per la presenza di giudici di estrazione politica, avrebbe avuto maggiore sensibilità e apertura verso le riforme economico-sociali e prevalsero nella Dc le pressioni dei liberali e dei corpi dello stato[21]. Leone addirittura aveva tentato un compromesso definendo ..."ordinari" i giudici amministrativi ma senza mutarne lo status[22]. Decisivo fu l'intervento di Meuccio Ruini che del Consiglio di Stato era Presidente e che non avvertiva evidentemente alcun conflitto di interessi[23] (e che anzi in tale veste aveva presieduto un'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 9 luglio 1946 che si era pronunciata per la costituzionalizzazione della giustizia amministrativa[24]), abilmente sostenuto dalla combattiva posizione di Aldo Bozzi e la presenza di due altri Consiglieri di Stato, Giuseppe Castelli Avolio e Mario

Zotta[25].

Le soluzioni accolte (e quelle rifiutate): una battaglia su un duplice fronte politico

Se si fa eccezione per la figura del Commissario della giustizia e, soprattutto, per la unicità della giurisdizione quasi tutte le proposte di Calamandrei verranno accolte e andranno a costituire la struttura portante del testo costituzionale[26].

Alcune delle proposte non accolte di Calamandrei avrebbero ulteriormente arricchito il quadro. A parte la esplicita ammissione delle donne in magistratura (che sarebbe avvenuta solo nel 1965[27]) ricordo fra tutte: la temporaneità degli incarichi direttivi; una più netta fisionomia di una Corte disciplinare (più che una semplice sezione speciale del CSM: v.art.18); il riconoscimento della natura di legge costituzionale alla legge sull'ordinamento giudiziario (a questo ultimo proposito nel progetto elaborato dalla Commissione dei 75 era inserita la norma che prevedeva l'approvazione di tale legge a maggioranza assoluta ma poi nell'Aula tale norma era stata cassata).

Il successo non era scontato e non è stato facile. La Costituzione italiana - lo sappiamo bene - è il frutto della convergenza fra cattolici, comunisti e socialisti ma tale schema subisce un' importante eccezione per quanto riguarda i temi della giustizia .

Calamandrei infatti - e questo ne sottolinea l'importanza dell'apporto - dovette combattere su due fronti. Contro i comunisti favorevoli alla elezione popolare diretta dei magistrati (su cui si era pronunciato il V Congresso del Partito[28]) e comunque assai tiepidi , se non ostili, verso l'autogoverno, e contro la democrazia cristiana favorevole al controllo governativo del pubblico ministero .

Da un lato la posizione di Palmiro Togliatti che riteneva il pieno autogoverno "*concezione democraticamente non accettabile*" e proponeva che almeno la Vicepresidenza del CSM fosse affidata al Ministro della giustizia "*che deve avere una funzione preminente*". Un autogoverno, peraltro, impropriamente riconosciuto a "*sovrani senza corona e senza autorità*" dirà intervenendo nel dibattito generale sul progetto di Costituzione l'11 marzo 1947[29] . Non è possibile in una democrazia , affermerà Renzo Laconi, costruire poteri "*sottratti al controllo delle istanze democratiche*"[30] né costruire una garanzia autoreferente , propria di una "*casta*", aggiungerà l'ex Guardasigilli comunista Fausto Gullo. L'autonomia dei magistrati ,concluderà , ha senso solo di fronte a un sovrano assoluto non in presenza di un potere legislativo ed esecutivo democratici [31]. Renzo Laconi, anzi, in un tentativo di mediazione, avrebbe proposto di inserire solo nel preambolo un riferimento all'autogoverno della magistratura , rinviando al futuro l'autonomia per "*una magistratura nuova antifascista e democratica*" in quanto eletta direttamente dai cittadini. Evidente era ancora l'eco del "caso Pilotti", il Procuratore generale che all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1947 si sarebbe rifiutato - pare - di rendere omaggio al Capo dello Stato repubblicano.

Dall'altro la posizione di Giovanni Leone, relatore per la Dc, che nella sua relazione (più volte ripresa in Aula) disegnava il pubblico ministero come organo del potere esecutivo, privato di ogni funzione di tipo giurisdizionale (allora più marcate nel vecchio Codice di procedura penale); organo di "sorveglianza per l'applicazione della legge"; promotore dell'azione penale, ed anzi posto a capo della polizia , "non solo giudiziaria"; non inamovibile e posto alla dipendenza gerarchica del Ministro della giustizia.

Entrambe le posizioni furono sconfitte, la prima con un voto già nella Commissione per la Costituzione che vide isolato Togliatti [32], la seconda in Aula nella seduta del 26 novembre 1947[33]. La Dc non aveva aderito al principio della elettività e il Pci, già escluso dal governo, non appoggiò la proposta della dipendenza governativa del pubblico ministero costringendo Leone e Bettiol a ritirare i loro emendamenti [34].

Si addivenne tuttavia (sulla base di un emendamento Grassi-Leone) di non porre sullo stesso piano nel testo costituzionale - oggi ultimo comma dell'art. 107 - le garanzie di indipendenza dei giudici e quelle dei magistrati del Pubblico ministero, e di rinviare per queste ultime alla legge sull'ordinamento giudiziario[35] . Ciò peraltro si poneva in sintonia con la formula dell'art. 101, " i giudici sono soggetti solo alla legge", che correggeva la proposta della Commissione dei 75 che faceva riferimento a tutti i *magistrati* .

La mancata convergenza di ciascuna delle due forze politiche (tranne alcune posizioni trasversali) sulla posizione dell'altra e il compromesso trovato sulla composizione del Consiglio superiore della magistratura favoriranno la vittoria delle soluzioni più decisamente autonomiste portate avanti da Calamandrei. Scartata la strada del raccordo con il

governo, il momento di collegamento della magistratura con il potere politico verrà infatti individuato, su proposta di Leone, nella Presidenza del Consiglio Superiore affidata al Presidente della Repubblica e nell'immissione nel Consiglio stesso di un terzo di laici, eletti dal Parlamento, mentre al Ministro della giustizia verranno affidati solo l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (art. 110), e la promozione dell'azione disciplinare (art. 107). Linee, quest'ultime, peraltro, in parte anticipate dal pur esitante dlgs. lgt 31 maggio 1946, n. 511 che portava la firma di De Gasperi e del Guardasigilli Togliatti[36] [37].

Alla luce di queste posizioni - non sempre adeguatamente messe in risalto dopo l'approvazione a larga maggioranza del disegno costituzionale - la posizione di Calamandrei sul Commissario apparirà meglio messa a fuoco. Vista con gli occhi di oggi si giustifica l'imbarazzo con cui viene ricordata dagli estimatori di Calamandrei ma allora - non va dimenticato - rappresentò un tentativo di sottrarsi ad altre più incisive (e devastanti) proposte di collegamento fra magistratura e potere politico.

Le posizioni della magistratura associata

Sarebbe sbagliato pensare a una piena sintonia con l'associazione dei Magistrati (ricostituitasi il 21 ottobre 1945), allora su posizioni conservatrici e corporative[38]. Diversi i punti di dissenso dell'Associazione dei magistrati con le posizioni di Calamandrei e diversi invece i punti consonanti con le posizioni della destra, quali emergevano nella relazione Patricolo-Castiglia, entrambi deputati dell'Uomo Qualunque e negli emendamenti presentati da altri esponenti della destra[39].

Non solo i magistrati non mostravano apprezzamento per i tentativi di Calamandrei (ma anche di altri magistrati-costituenti, per esempio di Aldo Bozzi[40]) di affermare l'autonomia *interna* all'ordine giudiziario [41] ma, a garanzia della indipendenza *esterna* venivano proposte misure che Calamandrei non poteva accettare quali: a) il riconoscimento di immunità penali ai singoli magistrati (al pari dei parlamentari), vale a dire "*il nulla osta preventivo della Corte disciplinare per l'incriminazione e l'arresto di qualsiasi magistrato, salvo in caso di flagrante delitto*" (posizione questa che, tradotta in più emendamenti del magistrato democristiano Antonio Romano e del liberale Giuseppe Perrone Capano, trovò non pochi sostenitori in Assemblea[42]); b) l'elettività da parte degli stessi magistrati del Presidente della Suprema Corte di Cassazione e del Procuratore Generale presso la medesima Corte; c) l'attribuzione agli organi di governo della magistratura dei provvedimenti relativi al trattamento economico dei magistrati, pur "*nei limiti degli stanziamenti in bilancio*". [43] Meno distante la posizione in ordine al "Commissario di giustizia", anch'esso proposto dall'Associazione magistrati (nella Relazione generale all'Assemblea generale del 9 novembre 1946 [44]) anche se per quest'ultima il Commissario avrebbe dovuto essere un magistrato nominato dal Capo dello Stato.

L'unico punto di piena consonanza fra Calamandrei e l'Associazione magistrati riguardava la composizione del CSM, che Calamandrei e l'associazione magistrati volevano composta esclusivamente da magistrati[45]; la composizione paritaria della Corte costituzionale (metà laici e metà di provenienza magistratuale) e la piena dipendenza dall'autorità giudiziaria di un apposito corpo di polizia giudiziaria.

Alcune di queste richieste verranno ribadite anche dopo la presentazione del testo elaborato dalla Commissione dei 75 che porterà l'ANM a protestare nei confronti di norme "*che inficiano i due presupposti essenziali e inderogabili di un vero e proprio potere giudiziario, vale a dire l'unità della giurisdizione e l'indipendenza ed autonomia della magistratura*" (voto del 23 gennaio 1947[46]).

L'attuazione costituzionale: i cinque pilastri dell'ordinamento giudiziario

Il progetto delineato dalla Costituente subirà prima i ritardi derivanti dall'"ostruzionismo di maggioranza" degli anni cinquanta (solo nel 1958 si darà vita al CSM), poi quelli derivanti dall'inerzia legislativa che ha portato al mantenimento in vita della vecchia legge sull'ordinamento giudiziario, rimasta quella fascista - R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 - seppure fortemente novellata in varie parti, soprattutto nel 1946. Nonostante la VII disposizione transitoria (o forse a causa della stessa che ha consentito una proroga del vecchio ordinamento) il nuovo ordinamento giudiziario sarà dovuto a quel testo Castelli (legge 25 luglio 2005, n. 150), la cui approvazione è stata tormentata e la cui attuazione si presenta assai ardua per il deciso dissenso e dei magistrati e dell'attuale opposizione parlamentare[47].

Ma è tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta, che intervengono e varie leggi (soprattutto le leggi 570 del 1966 e 837 del 1973) e importanti sentenze della Corte costituzionale che saranno determinanti nel delineare

l'assetto dell'organizzazione giudiziaria. E' a quelle leggi e a quelle decisioni, e alla prassi e alle dinamiche costituzionali da esse sollecitate o provenienti da altri elementi del sistema costituzionale, che bisogna guardare e non limitarsi al solo quadro costituzionale relativo all'ordinamento giudiziario.

Sulla base del quadro costituzionale e per effetto di tali provvedimenti l'ordinamento della giustizia italiana si regge, ormai, su cinque pilastri. Rispetto al panorama del costituzionalismo europeo alcuni (i primi tre) li definisco "felici anomalie", che vanno decisamente salvaguardate, altri due sono invece - a mio avviso - anomalie da superare altrettanto decisamente.

Sono pilastri in alcuni casi presenti nella Costituzione, frutto del disegno di Calamandrei, e via via rafforzati dalla giurisprudenza costituzionale, in altri costruiti dalla legislazione o dalla prassi. I primi sono rappresentati dalla posizione costituzionale del Consiglio superiore, dalla indipendenza del pubblico ministero, dal collegamento stretto fra giudice ordinario e giudice costituzionale; i secondi dalla organizzazione per correnti e dalla progressione di carriera esclusivamente per anzianità.

a) Il raccordo fra magistratura e giudice costituzionale

Il primo pilastro è rappresentato dal *raccordo diretto fra la magistratura*, come potere diffuso, e la *Corte costituzionale* i cui lineamenti (sia pure in modo meno netto di quanto accaduto per l'ordinamento giudiziario) sono tracciati dallo stesso Calamandrei. L'idea di un apposito giudice costituzionale, come è noto, non è originale: nasce nel primo dopoguerra grazie ad Hans Kelsen. Ma a Calamandrei si devono, in particolare, il concetto di "pregiudizialità costituzionale"^[48], la condizione della "rilevanza" e (pare^[49]) della "non manifesta infondatezza" per l'accesso alla Corte in via incidentale, nel corso di un giudizio. Egli non riuscì, invece, a fare accettare due proposte: il ricorso alla Corte costituzionale da parte delle minoranze parlamentari, che sarebbe dovuto avvenire per il tramite del Commissario della giustizia, e la non immediata caducazione della norma dichiarata incostituzionale. Tale compito Calamandrei lo avrebbe voluto attribuire al Parlamento che avrebbe dovuto decidere entro determinati tempi, trascorsi i quali la norma sarebbe divenuta inapplicabile.

Merito di Calamandrei - anche qui combattendo su vari fronti - fu quello di superare sia resistenze vetero-liberali (pensiamo alla netta opposizione di Vittorio Emanuele Orlando^[50] o all'opposizione sdegnata e irridente di Francesco Saverio Nitti^[51]), sia resistenze di origine giacobino- assembleariste (pensiamo a Palmiro Togliatti o a Pietro Nenni), sia resistenze corporative (i magistrati, inizialmente, premevano perché tale funzione fosse svolta dalla Corte di Cassazione). Comune alle posizioni vetero-liberali e a quelle della sinistra era la netta convinzione che - affermava Pietro Nenni - "*gli uomini più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale ...non hanno il diritto di giudicare gli atti del Parlamento*"^[52]. Per Nitti questa Corte "*non farà alcun bene e sarà causa di confusione*"; si dà vita a "*novità assurde, che non esistono in alcun paese del mondo*"; sarà, preconizzava, "*una inverosimile mischianza di politicanti ...e di curiali*" (proporrà alla fine un emendamento che ne assegnerà i compiti alla Cassazione) ^[53].

In questa battaglia Calamandrei ebbe alleata la democrazia cristiana, che già con le *Idee ricostruttive* di Alcide de Gasperi del luglio 1943 aveva ipotizzato una Corte per il controllo delle leggi; posizione che aveva poi sostenuto con scritti di Gonella, Mortati e Tosato. In tale direzione del resto spingevano anche le radici culturali del partito d'azione e delle correnti liberalsocialiste, decisamente orientate per un rafforzamento e un radicale rinnovamento delle garanzie proprie dello Stato liberale. In tal senso si erano espressi, Silvio Trentin nel 1932, Guido Calogero nel 1945, Duccio Galimberti e Antonio Repaci, nel loro progetto di Costituzione "europea ed interna", Mario Einaudi ed altri studiosi ancora^[54]. Comune a quella tradizione culturale era il riferimento al costituzionalismo nordamericano, al concetto della Costituzione come "legge superiore", al sistema dei "pesi e contrappesi", meno consueto nelle culture ispirate al modello assemblearistico del costituzionalismo europeo di tradizione giacobina (ma la suggestione del modello nordamericano porterà altri ad abbracciare il modello della giurisdizione "diffusa": si pensi alla posizione allora assunta Vincenzo Guelli^[55]).

Non minore influenza avranno avuto - a me pare - i fondamentali studi di Calamandrei sul *Tribunal de Cassation*. Esso era stato costruito a presidio del principio della separazione dei poteri, per verificare (anche attraverso i vari tipi di *référé*) che il giudice, "*bouche de la Loi*", non invadesse gli ambiti riservati alle assemblee legislative. Come scrive Cappelletti, il Tribunale di Cassazione presupponeva l'onnipotenza della legge, la Corte costituzionale invece presuppone la soggezione della legge del parlamento a una *lex superior*^[56] ma comune è la loro "natura costituzionale"^[57].

Il disegno della Corte costituzionale avrebbe da un lato consentito di superare il principio liberale di mera legalità per una "nuova legalità", attenta ai valori costituzionali [58], e, dall'altro, avrebbe contenuto la tentazione dei giudici di "giudicare la legge" invece che di applicarla, sostituendo ad essa le proprie opzioni politiche, confessionali o ideologiche, compresi gli stessi valori costituzionali [59]. Per mezzo del giudice costituzionale si sarebbero saldate insieme le forti propensioni positivistiche di Calamandrei e la non minore attenzione ai valori costituzionali.

Il monopolio riconosciuto al Giudice, tramite il filtro del giudizio incidentale, nell'assicurare l'accesso alla Corte consente allo stesso di essere "soggetto ... alla legge" ma nello stesso tempo di poterne provocare la caducazione. A ciò si aggiungeranno le innovazioni determinate dalle ordinanze della Corte costituzionale numero 228 e 229 del 1975, che hanno riconosciuto a ciascun giudice la legittimazione ad essere parte attiva o passiva dei conflitti di attribuzione.

E' a tutti presente quanto questo legame, rafforzato dalla presenza nella Corte costituzionale della componente magistratuale - un terzo dell'intera Corte, di cui tre provenienti dalla magistratura ordinaria - abbia contribuito a rendere i magistrati protagonisti nell'ammodernamento del diritto italiano.

b) Il Consiglio superiore della magistratura

Il secondo pilastro è rappresentato da un *Consiglio superiore della Magistratura*, che non ha eguali in altri Paesi (e che anzi è il punto di riferimento per altri ordinamenti interessati a rinnovarsi).

Dopo la storica Sentenza 168 del 1963 della Corte costituzionale, che ha ritenuto illegittima la competenza esclusiva del Ministro della giustizia ad avanzare proposte, e dopo la sentenza 379 del 1992 (riconfermata in altre decisioni successive), relativa alla concertazione con il Ministro stesso sugli incarichi direttivi, il Csm non è più solo un organo di autogestione amministrativa ma un solido organo di autogoverno, abilitato persino ad assumere indirizzi ed orientamenti per l'attività magistratuale. Unico limite è la sindacabilità degli atti davanti agli organi della giustizia amministrativa.

Il CSM è divenuto, come afferma la sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 1986, una "pietra angolare" dell'ordinamento (o una "terza camera della giustizia" per i detrattori). In Francia, per limitarci ad un esempio, l'organo parallelo, formato da magistrati ed esperti nominati dal Presidente della Repubblica e dai due presidenti delle Camere, svolge funzioni meramente consultive per quanto riguarda i provvedimenti relativi allo *status* dei magistrati mentre forte è il potere di governo degli organi politici.

Tale ruolo del CSM è stato scalfito dalla legge 44 del 2002 che ha previsto la diminuzione del numero dei componenti del CSM (cosa di per sé non negativa) per consentire a una parte di membri laici (cosa invece disdicevole) di essere determinanti nell'assicurare il numero legale per le deliberazioni consiliari (e infatti così è avvenuto nell'ottobre 2002 in occasione di una discussione sulla c.d. legge Cirami). Non sono invece in grado di valutare appieno a cosa sia servita la ennesima riforma del sistema elettorale, quali i vantaggi e quali i danni. So solo che ha lasciato insoddisfatti sia le associazioni dei magistrati sia quanti si ripromettevano dalla stessa alcuni effetti positivi.

Il testo Castelli tocca alcune delle prerogative fin qui esercitate dal CSM ma - dopo le modifiche richieste dal rinvio del Capo dello Stato - non fino al punto di metterne in discussione il ruolo fin qui esercitato (ma sul tema della valutazione di professionalità dirò più avanti). Tuttavia le nuove norme previste per gli illeciti disciplinari se da un lato colpiscono (talora gravemente) l'autonomia dei singoli magistrati sono destinate ad accrescere il ruolo e i poteri del CSM.

c) L'indipendenza del pubblico ministero

Il terzo pilastro è rappresentato dalla *indipendenza, interna ed esterna, del pubblico ministero* e dalla *obbligatorietà dell'azione penale*, che di quella indipendenza è insieme presupposto ed effetto.

Sotto il profilo della *indipendenza esterna* è un pilastro che, come si è visto, deve molto a Calamandrei. Ed è un pilastro che va difeso - io credo - con ferma determinazione ma avendo piena coscienza che si tratta anche qui di una anomalia nel panorama degli ordinamenti a costituzionalismo liberaldemocratico. In tutti gli ordinamenti occidentali il pubblico ministero (laddove la figura esista e non sia invece per larga parte assorbita dalle autorità di polizia, come nel Regno Unito) dipende dal Ministro della giustizia, che può dare istruzioni sia pure non riferite a inchieste in corso (Francia, Germania, Spagna, Usa) mentre l'azione penale non è obbligatoria ma ispirata al principio di opportunità

(tranne che in Germania ove è obbligatoria sia pure solo per i reati di maggiore rilevanza)[60] .

Di questo - come si è detto - Calamandrei aveva piena consapevolezza. E da qui la tormentata contraddittorietà delle sue proposte, da un lato decisamente favorevoli all'autonomia della magistratura inquirente e dall'altro propense a un coordinamento nazionale e a un collegamento della stessa con il potere politico . E' pertanto fuorviante il richiamo a Calamandrei da parte di chi vuole detto collegamento ma non vuole la garanzia dell'indipendenza mentre più appropriato sarebbe - come si è visto - il richiamo alle posizioni di Giovanni Leone[61].

Senza demonizzare le altrui posizioni io ritengo che si siano rafforzate ed arricchite nell'esperienza repubblicana le ragioni per cui Calamandrei volle sancire l'indipendenza del pubblico ministero. Se non ci fossero state l'obbligatorietà dell'azione penale e l'indipendenza del p.m. sarebbe scoppiata Tangentopoli? ci sarebbe stato un caso Calvi (e forse un caso Sindona)? sarebbero state scoperte le liste della P2 ? si saprebbe quel poco che si sa sulla strage di Piazza Fontana e sullo stragismo ? sarebbero state frenate talune spericolate (per usare un eufemismo) scalate bancarie? Non è infondato il dubbio che senza l'intervento della magistratura il Parlamento sarebbe ancora impantanato a discutere sul mandato a vita del Governatore della Banca d'Italia.

Lo stesso progetto Castelli , nonostante tante spinte in senso diverso, non ha avuto il coraggio di toccare l'autonomia esterna del pubblico ministero. Tale pilastro è invece messo in discussione dal medesimo testo solo per quanto riguarda l'*indipendenza interna*. Esso ,infatti, prevede una "gerarchizzazione delle procure" assegnando più incisivi compiti di direzione ai capi degli uffici. Della opportunità di tale scelta si può discutere ma non sembra in contrasto con il testo costituzionale ed anzi non appare estraneo alle intenzioni dei Costituenti . Tali poteri, indubbiamente rafforzati, trovano, del resto, un bilanciamento nell'introduzione della temporaneità degli incarichi di direzione che Calamandrei aveva invano cercato di introdurre nel testo costituzionale.

Su tale gerarchizzazione, peraltro, non è facile avere le idee chiare e distinte. Le cronache portano a leggere in modo talvolta negativo il mancato coordinamento delle varie iniziative all'interno del medesimo ufficio e talvolta in modo altrettanto negativo gli accentramenti tentati da questo o quel responsabile dell'ufficio stesso [62].

Il testo Castelli, pur non toccando la indipendenza esterna del pubblico ministero , ha puntato sulla progressiva *separazione delle carriere*, anche se pudicamente camuffata con l' espressione "separazione delle funzioni" . Anche in questo caso, al di là dell'opportunità , o meno, di tale tendenziale separazione, non vedo il diretto contrasto con il disegno costituzionale. Non dimentichiamo - lo dico in sintesi - che la Corte con la sentenza 37 del 2000, in sede di valutazione del referendum radicale che puntava alla separazione delle carriere , ha ritenuto non contraria a Costituzione la separazione delle stesse, purché - sottolinea la Corte - si consideri la magistratura "*unico ordine, soggetto all'unico Consiglio superiore*".

Nel merito trovo non del tutto infondate le opinioni di chi teme che la separazione possa portare a un corpo ulteriormente separato e quindi, in prospettiva , teme che, come rimedio a tale separatezza, si arrivi al progressivo crescere di spinte per il controllo governativo sui pubblici ministeri. Tuttavia, nel contempo, ritengo che non vadano delegittimati alcuni interrogativi: i principi liberaldemocratici richiedono la cultura della giurisdizione del PM ovvero richiedono di tutelare meglio l'indipendenza del giudice *dal* PM, spezzando la simbiosi che spesso si viene a determinare, ad esempio, fra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari ? Oltre che l'indipendenza del P.M. dal potere esecutivo non esiste un problema di indipendenza della magistratura giudicante *dalla* magistratura inquirente e requirente?

Il PM svolge contemporaneamente attività investigativa e sostiene l'accusa nel dibattimento; vale a dire ha la direzione della polizia giudiziaria (addirittura può iniziare l'attività investigativa prescindendo dalla polizia) ed è insieme, quale "parte imparziale", partecipe della giurisdizione. Questa commistione di ruoli può insieme ridurre le garanzie per i cittadini e compromettere l'efficacia delle politiche di repressione che richiedono, soprattutto per la criminalità organizzata , sforzi coordinati anche a livello nazionale. Se è vero che efficacia delle politiche repressive -vale a dire tutela della sicurezza dei cittadini - e garanzie per i diritti di libertà dei cittadini sono entrambi valori costituzionali, è possibile - io credo -trovare una risposta a questi ed altri interrogativi nell'ambito del quadro costituzionale (quale tra l'altro novellato dal nuovo art. 111). Per raggiungere tale obiettivo non bisogna necessariamente sacrificare l'indipendenza del pubblico ministero. La tormentata istituzione della Procura nazionale antimafia e la progettata Procura nazionale che si occupi delle attività terroristiche sono il frutto di analoghi sforzi . Altrettanto potrebbe dirsi per altre non meno tormentate proposte da anni sul campo volte a coordinare le politiche repressive[63]. Non sono in grado di immaginare quali siano le soluzioni praticabili, mi pare in ogni caso necessario uno sforzo di fantasia, quello sforzo

che con tanta generosità - sebbene in modo non felice - tentò Piero Calamandrei.

d) l'organizzazione per correnti

Ci sono anche altri due pilastri dell'ordinamento giudiziario che non hanno alcun aggancio costituzionale, ma sono il frutto della storia di questi anni, della prassi e della legislazione ordinaria e che rappresentano, a differenza delle prime, non anomalie positive ma anomalie decisamente negative.

Il primo è la *organizzazione per correnti* dei magistrati, che parte dalla organizzazione associativa e si riflette sulla stessa composizione del CSM. Di solito esse vengono definite espressione di "pluralismo culturale", richiamando un assai nobile fenomeno, che ha rappresentato, in un momento difficile per la democrazia italiana, una grande ricchezza. Pensiamo agli anni 60, alla nascita di Magistratura democratica, alle battaglie per la attuazione della Costituzione, alla vivace dialettica fra (così allora si chiamavano) "magistrature inferiori" e "magistrature superiori", alla stessa esperienza dei "pretori d'assalto", che hanno portato a un profondo rinnovamento del diritto italiano. Ma questo pluralismo ha perso le motivazioni iniziali e si è progressivamente trasformato in pernicioso correntocrazia. È un tema che induce a riflettere in quanto la lottizzazione degli incarichi direttivi fra correnti non giova né al prestigio della magistratura né ,comportando accordi anche con i rappresentanti nel CSM espressi dai gruppi parlamentari, alla sua stessa indipendenza[64].

e) la carriera per anzianità

Il secondo pilastro non previsto dalla Costituzione è la *carriera per "anzianità senza demerito"*, la progressione in carriera senza effettive verifiche di produttività e professionalità. Poco dice al riguardo il testo costituzionale che rifiutò la divisione per "gradi" e si limita ad affermare che *"i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni"* (art. 107, 3 comma). Da questa importante disposizione, che Calamandrei volle per escludere forme di organizzazione gerarchica, e forse la stessa possibilità di una carriera di tipo tradizionale, non può trarsi l'appiattimento delle professionalità essendo anzi previste tra i compiti del CSM *"le promozioni"* dei magistrati (art. 105).

Il tipo di progressione instauratosi, comunque, non solo non trova un fondamento costituzionale ma neanche un fondamento legislativo non essendo affatto previsto nelle due leggi ingiustamente accusate, la legge Breganze e la c.d. "legge Breganzona" (rispettivamente la legge 570 del 1966 e la legge 837 del 1973) [65].

Queste due leggi si limitavano a prevedere la progressione di carriera a "ruolo aperto", a prescindere dalla vacanza del posto, ma richiedevano criteri severi di valutazione della professionalità. L'art. 3 della Breganze richiedeva per la progressione *"laboriosità, capacità, diligenza e preparazione"* ed affidava tale verifica al Consiglio superiore della magistratura, cui appunto competono le "promozioni" (art. 105 Cost.). "Promozione" può significare cose fra loro diverse ma tutte riconducibili a una valutazione del merito professionale; valutazione da effettuare non necessariamente solo per "merito comparativo" ma bilanciando merito e anzianità. È nell'interesse del cittadino avere un magistrato "terzo" e non demotivato, indipendente ma professionalmente preparato, imparziale ma non adagiato in una pigra sopravvivenza (non possiamo dimenticare che abbiamo in Europa il più alto numero di magistrati, la durata più lunga dei processi e l'arretrato più vistoso: frutto solo della farraginosità delle procedure?).

La professionalità del resto è il modo attraverso il quale si difende meglio l'indipendenza della magistratura e non necessariamente la valutazione di essa si traduce in una indebita ingerenza. In tutti gli ordinamenti sono previsti controlli di professionalità, tranne nel Regno Unito dove però si diventa giudici ad una età matura, provenendo da una consolidata carriera forense[66]. Se così è, la prima domanda che io pongo è questa: perché pur prevedendo le due leggi in questione significativi criteri di selezione, questi criteri non sono mai stati utilizzati? Qual è il motivo per cui non si è quasi mai avuta questa valutazione di professionalità - le valutazioni negative sono al di sotto dell' 1% del totale - che è stata invece sostituita dalla progressione per "anzianità senza demerito"? [67]

Molti dei problemi che il testo Castelli si pone sono problemi reali: sono invece sbagliate le soluzioni. La strada seguita dalla riforma Castelli riporta la magistratura italiana indietro di decenni ricreando quei problemi che alla fine degli anni sessanta si erano voluti superare. Il testo prevede un turbinio di concorsi che distoglieranno i magistrati dal lavoro quotidiano e soprattutto costringeranno i magistrati in prima linea, nelle procure o nei tribunali, ad "imboscarsi" nelle più riparate seconde linee, nelle procure generali o nelle Corti d'appello, pur (come legittimo) di vedere riconosciuti i propri meriti[68]. Se si considera poi che le valutazioni di professionalità saranno influenzate più preparazione teorica che da quella conquistata sul campo i motivi di insoddisfazione si accrescono ulteriormente (di questo è espressione del

resto la tendenza ad un eccesso di autonomizzazione della Scuola superiore della magistratura sia per quanto riguarda la composizione che la programmazione dell'attività didattica:v. art. 3.2. punti l. e n della legge 150 del 2005).

La "*promozione dei magistrati da un grado all'altro*", "*in base all'anzianità o in base a concorso*", era presente nel testo di Calamandrei (art. 22), il quale tuttavia aggiungeva che "*la retribuzione dei magistrati non dipende dal grado: gli aumenti periodici di essa sono stabiliti in ragione dell'anzianità, non dell'ufficio*", fatta salva l'attribuzione di un'indennità di carica per chi ricopre uffici direttivi[69] [70]. Nella Commissione Forti era stato ancora più drastico sostenendo che dopo un periodo di tirocinio "*abbastanza lungo*" i magistrati siano confermati nel ruolo e che (p. 606) siano abolite "*carriere, gradi e promozioni*", evitando che essi siano periodicamente assoggettati "*alla preoccupazione e alla umiliazione di concorsi, esami, scrutini*"; prove che porterebbero i magistrati a fare sentenze "*belle*" più che "*giuste*".

Si potrebbe allora spingere il CSM ad operare tali selezioni superando la idoneità a ruolo aperto e - come è stato proposto - basandosi solo sulla vacanza del posto? Che questa non sia la strada giusta lo prova il fatto che un problema analogo si presenta nella magistratura amministrativa dove non esistono ruoli aperti ma la selezione è operata dal Consiglio della giustizia amministrativa solo nel momento in cui si determina la vacanza di un determinato posto. In particolare sia magistrati del Tar e sia i magistrati del Consiglio di Stato preferiscono ancorarsi al rigido criterio dell'anzianità senza demerito per il passaggio dal Tar al Consiglio di Stato e ancor più per l'assunzione degli incarichi direttivi (Presidenti di Tar o di sezione del Consiglio di Stato), con ciò discostandosi dalla chiara indicazione della legge 186 del 1982 che richiede la valutazione sia dell'anzianità che delle attitudini [71].

In realtà bisogna porsi una domanda più di fondo: quale la spiegazione di questa abdicazione da parte degli organi di autogoverno - perché di questo in sostanza si tratta - che preferiscono che il proprio ruolo sia sostituito dalle certificazioni riferite alla mera anzianità? Si potrebbe pensare - è stato detto da più parti - che questo sia dovuto al sistema elettorale del CSM, chiamato ad una funzione che contrasta con le aspirazioni medie del proprio elettorato. Se è la stessa natura rappresentativa del CSM e degli altri organi di autogoverno che non consente valutazioni selettive ci si trova di fronte al seguente dilemma: o si affida tale compito ad apposite commissioni nominate dagli stessi organi di autogoverno (ferma restando una valutazione finale degli stessi organi di autogoverno) oppure si è costretti a seguire criteri automatici, necessariamente non riferiti al merito professionale. Ma quali altri sistemi trovare per evitare o il ricorso all'appiattimento sulla anzianità o il ricorso a sommarie lottizzazioni fra correnti? [72] Il problema esiste la soluzione non è agevole.

Un' intollerabile contrapposizione

I problemi prima indicati vanno in primo luogo discussi con i magistrati stessi, che sapranno evitare chiusure corporative, apportando alla legge i cambiamenti necessari. Ma per raggiungere questo obiettivo bisogna superare l'intollerabile clima di contrapposizione che tanto ricorda quello denunciato da Piero Calamandrei nel discorso senese del 1921. Riporto per intero le parole di Calamandrei:

"Questi magistrati che sono la voce vivente della legge e la incarnata permanente riaffermazione della autorità dello Stato, si accorgono che lo Stato agisce talora come se fosse il loro più aperto nemico: sentono che se vogliono seguitare a rendere giustizia, devono farlo, più che in nome dello Stato, a dispetto dello Stato, il quale ... fa di tutto per neutralizzare, per corrompere, per screditare... l'opera loro".

Tra Magistrati e Ministro della Giustizia si respira da un pezzo in qua un'atmosfera di reciproca ostilità, di mutuo sospetto: si sono avuti Guardasigilli che hanno pronunciato in piena Camera contro i magistrati frasi che, come fu osservato, un ministro inglese si guarderebbe dal pronunciare contro la più umile classe di lavoratori manuali.

E d'altra parte il senso di risentimento e di disagio morale si fa ogni giorno più vivo tra i magistrati, i quali soli sanno, essi che giorno per giorno compiono l'oscura fatica di adeguare il diritto ai casi concreti, che forse gli ostacoli più temibili all'opera della magistratura, intenta ad applicar la legge senza distinzione di partito, vengono proprio da coloro, che più altamente proclamano in questi tempi ... la necessità di "restaurare a tutti i costi l'autorità della legge" [73].

Sembrano pagine scritte in questi anni: mancano solo, in un crescendo, l'uso intimidatorio delle ispezioni ministeriali su uffici giudiziari, le denunce in sede penale degli inquirenti, le leggi volte a intralciare o indirizzare indagini o processi in corso (dalle leggi *ad personas*- o addirittura *contra personas* - fino a incredibili deliberazioni parlamentari volte ad orientare l'interpretazione della legge[74]). Di questo clima di contrapposizione risente quella parte del testo Castelli che si riferisce all'ordinamento disciplinare. Alcune norme di quel testo sono di pura facciata propagandistica. Altre

prevedono forme oblique di condizionamento dell'autonomia dei magistrati. Fra queste la previsione di un numero elevato di illeciti disciplinari , più di quanto previsto per ogni altra categoria di dipendenti pubblici, la previsione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare (per il procuratore generale) e soprattutto la "tipizzazione" di equivoci illeciti disciplinari. Come è possibile, per esempio, mettere sullo stesso piano la iscrizione ai partiti politici - correttamente vietata - con " il coinvolgimento nell'attività di centri politici" , indicati genericamente e, peraltro, messi sullo stesso piano di "centri affaristici"(art. 2 , 5 punto d n. 8 della legge 150/2005)?

Purtroppo - va constatato con amarezza - non è questa una materia in cui sia possibile discutere serenamente; troppi da entrambe le parti gli atteggiamenti di delegittimazione e demonizzazione delle posizioni contrarie. Frequente, da una parte, l'accusa di essere "connivente con i progetti della P 2", rivolto a chi vuole riformare l'ordinamento della giustizia e frequente, dall'altra parte, l'accusa di essere giustizialista, o addirittura di volere una giustizia politicizzata, per chi resiste a certe innovazioni.

Del resto, i temi della giustizia hanno di tanto in tanto subito un'impennata per motivazioni (se si esclude il caso Tortora) non sempre nobili, prima le denunce di Craxi dopo l'arresto di Calvi, poi le polemiche su Tangentopoli, poi le posizioni di Berlusconi dopo le inchieste di Milano e prima ancora le primissime proposte sulla riforma del CSM dopo le indagini della magistratura genovese che portarono all'esplosione dello scandalo dei petroli. Queste motivazioni hanno finito per falsare il dibattito (talvolta direttamente alimentato dagli stessi difensori di imputati eccellenti), appiattendolo sul conflitto fra sostenitori di opposte posizioni politiche (o addirittura processuali), che poco avevano a che vedere con i reali problemi della giustizia .

Questo ha finito per rendere impossibile una discussione libera e serena e reso più difficile la posizione di chi voleva non conservare ma riformare avendo presente i reali problemi della giustizia italiana. Ha ragione Vittorio Denti nell'affermare che il travaglio dal quale è uscita la Costituzione presenta ancora molti aspetti di attualità e "*i problemi di Calamandrei sono in gran parte ancora i nostri problemi*"[75]. Spero tuttavia che il richiamo alle posizioni di uno dei padri della Costituzione possa servire ad evitare le demonizzazioni reciproche e a sollecitare dall'una e dall'altra parte un più umile spirito di ricerca e di riflessione.

* Relazione al Convegno "*Piero Calamandrei e la ricostruzione dello Stato democratico*" Aula Magna dell' Università di Firenze 18 febbraio 2006 - In corso di pubblicazione negli atti del Convegno e in *Rassegna parlamentare*, 2006.

[1] Ora in *Governo e magistratura, in Opere giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, vol. II, Morano , Napoli, 1966, 195 ss

[2] Op.cit. p. 217

[3] Op. cit. p. 202 . Aggiungeva Calamandrei : è' ben vero che il pubblico ministero in base al principio di legalità dovrebbe ritenersi "*indipendente dal Ministro rispetto ad ogni obbligo funzionale impostogli dalla legge* " e che il Ministro, in ossequio al principio medesimo, non ha facoltà di ordinare al P.M. di non procedere nel caso concreto, né di arrestare o ritardare l'azione penale una volta promossa, ma "*ciò che si insegna a scuola è ben diverso da quello che accade nella concreta realtà*". Infatti "*gli uomini politici si guardano bene dal dare ordini in materia giudiziaria*" ma preferiscono "*dolcemente suggerire*" di ritardare o sospendere e il P.M. sa di non godere della garanzia di inamovibilità riservata ai magistrati giudicanti (op.cit. p.203).

[4] Op.cit. p. 207. (in particolare si scaglia contro l'uso della grazia individuale a favore di condannati per reati anonari e contro l'amnistia del 1919 considerata un'offesa ai reduci che con generosità avevano rischiato la propria vita).

[5] A tal proposito Calamandrei cita le ordinanze del Commissario degli alloggi o talune ordinanze di Prefetti cui è data la possibilità "*senza contraddittorio* "di sospendere o mettere in nulla sentenze passate in giudicato, a favore di chi sa farsi meglio raccomandare o da un politico o "*da una turba schiamazzatrice*"(op.cit p.206).

[6] Op.cit. p. 208

[7] Aggiungeva Calamandrei: "*niente di male ,se questo potere discrezionale si esercitasse in base a criteri tecnici...ma l'ultima parola spetta al ministro,...udito il parere di speciali consigli giudiziari creati all'interno della magistratura ...(scelti) a suo talento*" (op.cit. p. 208)

[8] Op.cit. pp. 210 e 211. Ed aggiungeva : mentre nel caso del Ministro si può anche pensare a motivi di "*alta politica*" , negli altri casi si tratta di "*politica di bassa lega*" anzi "*per dire la vera parola, di corruzione*" (p. 212).

Pur rinviando alla autorevole testimonianza contenuta negli scritti di Lodovico Mortara,che della Cassazione era stato presidente e quegli episodi ben conosceva, Calamandrei non mancava di sottolineare che "*i politicanti...non sono riusciti a distruggere (nella magistratura) quel profondo senso di rettitudine e correttezza che le è tradizionale*"(p. 213).

[9] Op. cit. p. 214

[10] Op. cit. p. 196

[11] Op. cit. p. 218

[12] Op.cit.p. 219

[13] Op.cit. p. 219

[14] Op. cit. p. 220

[15] In *Quaderni dal carcere*, Einaudi, Torino 1975, vol. III , a cura di Valentino Gerratana, pp. 1676-1677 . Sul nodo della rappresentanza politica utile anche F.Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica* ,Il Mulino, Bologna 2002: nonché P.Beneduce, *Il Corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Il Mulino , Bologna, pp.25 ss

[16] *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*,Ristampa della III edizione , Ponte alle Grazie, Firenze 1989, p. 72

Il gusto melodrammatico si è affievolito, i tempi parlamentari cominciano ad avere ritmi europei ma la presenza degli avvocati è ancora alta in Parlamento (98 alla Camera e 53 al Senato nella XIV legislatura:dati dell'Ufficio studi della Camera). Tale debordante presenza in Parlamento crea ancora non pochi problemi: non tanto perchè gli avvocati sono portati a difendere i loro interessi professionali (e quelli dei loro clienti) ma perchè sono spesso portatori di una cultura formalista ed ipergarantista che strangola l'amministrazione italiana , non solo quella della giustizia, senza nel contempo assicurare la legalità dell'azione pubblica. Una cultura attenta alle forme più che ai risultati.

[17] Op. cit.pp.217-218

[18] La "*Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*" era stata istituita nell'autunno del 1945 con D.Lgt. 435/1945 nell'ambito del Ministero per la Costituente - a presiederla era stato chiamato Ugo Forti - ed aveva preso il posto di un'analogha commissione (sempre presieduta da Forti) che era stata costituita nell'autunno del 1944 dal Governo Bonomi (gli atti ora in *Alle origini della Costituzione italiana*,a cura di G.D'Alessio, Il Mulino, Bologna 1979, p. 620 e ss.).

Sul punto v. anche la ricostruzione di F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*,Cedam , Padova 1982,p. 65ss

[19] *Atti Assemblée costituente* .Commissione per la Costituzione, vol.VIII, pp.1893-1894 (il riferimento in questa e nelle altre note è alla edizione degli Atti pubblicati dal Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma 1970).

Alla fine, Calamandrei finì per astenersi sulla sua stessa proposta sia per le perplessità evidenziate nel testo sia per la decisa opposizione di Laconi; e sia per quella di Ruini contrario al divieto per le associazioni segrete (in *Atti Assemblée costituente* ,vol. VIII, p. 1963 -v.anche p. 1966 per l'ordine del giorno Targetti) per cui si rinviò il divieto a una legge

futura che "potrà" prevederlo (è l'attuale art. 98 Cost.).

[20] Intervento in Aula del 18 settembre 1947, in Atti citt.,vol.IV, p.2914

[21] La vicenda è ben ricostruita da U.Allegretti e G. Focardi, in *Amministrazione,Costituente , Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, a cura di M.Fioravanti e Sandro Guerrieri, Annali della Fondazione dell'Istituto Gramsci, Carocci, editore , Roma , 1996, pp.377 ss. Ivi è citato (p.401) il riconoscimento di De Gasperi all'azione svolta da Ruini per la difesa della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato

[22] Atti dell'Assemblea Costituente , seduta del 18 dicembre 1946, vol.VIII , p. 1935 ss

L'intervento di Laconi (nella seduta del 19 dicembre 1946 : *Atti Assemblea costituente* Vol.VIII,pp. 1943-1944 e p. 1949) è giustificato anche dal fatto che le giurisdizioni speciali riflettono, meglio dei giudici ordinari, "i sentimenti e le aspirazioni del popolo" ma tuttavia si disse contrario al mantenimento dei Tribunali militari e della giurisdizione di Consiglio di Stato e Corte dei Conti.

[23] Intervento nella seduta pomeridiana dell'Assemblea del 21 novembre 1947 (*Atti Assemblea Costituente* , volume V, p. 3986 ss.).

[24] V. il verbale ora riprodotto in *Alle origini della Costituzione*,cit, p. 199 ss

[25] Ai problemi posti dalla aggrovigliata sovrapposizione (unica nel quadro del costituzionalismo occidentale) fra "diritti " e "interessi" si è tentato di porre rimedio lungo il corso degli anni novanta accrescendo il ricorso a forme di giurisdizione esclusiva e puntando a una più razionale distinzione fra materie . Tale orientamento aveva trovato una disciplina organica con la legge 205 del 2000 ma essa è stata demolita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 che ci ha ricondotto agli esercizi enigmistici della distinzione fra diritti e interessi, Sul punto per ragioni di spazio non posso che rinviare al mio *L'ordinamento della giustizia amministrativa, fra Parlamento e Corte costituzionale*, in Quaderni costituzionali,n. 4 del 2004,pp. 715 ss

[26] Il formarsi del testo lo si coglie fin dalle sedute della Seconda Sottocommissione (seconda Sezione) della Commissione per la Costituzione e dai lavori della stessa contenuti nel volume VIII degli Atti dell'Assemblea Costituente

Perplesso appare invece G.Serges, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*,Giuffrè , Milano 1993,p. 93 per il quale è difficoltoso stabilire quali di questi progetti abbia poi "più marcatamente influenzato il Costituente". Su queste ed altre proposte v. A. Gustapane,*L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*,Giuffrè , Milano 1999, p. 119 ss.

[27] Le donne sarebbero state ammesse in magistratura solo a seguito della legge 9 febbraio 1963, n. 66

[28] *Sotto la bandiera della democrazia. Il programma del PCI approvato al V Congresso*,Editori riuniti , Roma 1946.

Sul punto v. anche P. Petta, *Ideologie costituzionali della sinistra (1892-1974)*, Savelli, 1975, p. 98

[29] v. ora in P. Togliatti,*Discorsi alla costituente*, Editori riuniti,Roma 1973,p.16

[30] Atti dell'Assemblea costituente, seduta del 5 marzo 1947, pp.197-198

[31] Atti dell'Assemblea costituente ,seduta pomeridiana del 12 novembre 1947 , pp. 3828-3830

[32] Tale posizione era stata espressa da Togliatti nella Commissione per la Costituzione Seduta plenaria del 30 gennaio 1947 (*Atti Assemblea costituente* , vol. VI, p. 241); Calamandrei interverrà subito dopo dichiarandosi contrario e , se mai, prospettando che i Vicepresidenti fossero due, il Presidente della Cassazione e un eletto dall'Assemblea nazionale.

[33] *Atti Assemblea costituente*, Seduta pomeridiana del 26 novembre 1947,vol.V, p.4115 ss ivi l'intervento di Bettiol (p.

4118) per il quale "è proprio dei regimi totalitari di voler considerare il pubblico ministero come un organo della giustizia mentre in tutti i regimi liberali esso è considerato come un organo del potere esecutivo".

[34] loc.ult.cit. , p. 4122

[35] Il testo in realtà non nacque in modo limpido. Furono respinti sia la iniziale posizione di Leone sulla subordinazione del P.M al Ministro della Giustizia sia le posizioni che espressamente estendevano al P.M. le garanzie degli altri magistrati (fra questi un emendamento Ambrosini).

[36] Un'occasione mancata per G.Neppi Modona, *La magistratura dalla liberazione agli anni cinquanta* , in *Storia dell'Italia repubblicana*, III, Einaudi 1997 pp.91 ss.

[37] Nella seduta della seconda Sottocommissione del 5 dicembre 1946 (*Atti Assemblea costituente* , vol.VIII, p. 1887 ss) Calamandrei aveva ribadito che il Csm deve comunque essere composto di soli magistrati.

[38] Alessandro Pizzorusso , in *Il pensiero di Calamandrei allora ed oggi, a trent'anni dalla sua scomparsa:la magistratura*,in *Piero Calamandrei ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P.Barile , Giuffrè, Milano 1970, p. 191 ss, individua anzi un eccesso di ottimismo di Calamandrei sui magistrati dell'epoca ,che invece furono contigui alle forze politiche dominanti e frenarono le innovazioni fino a tentare di depotenziare il testo costituzionale con la nota distinzione fra norme programmatiche e norme precettive.

Sulle posizioni dell'Associazione dei magistrati ,favorevole allora a una visione piramidale dell'ordinamento giudiziario v. dello stesso Pizzorusso la introduzione a *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna 1974,p.28 ss.

[39] Le prese di posizione dell'Associazione nazionale magistrati possono trovarsi in *Alle origini della Costituzione*, cit. ; la prima , del 3 novembre 1946, a p. 235 ss, la seconda, del 23 gennaio 1947, a p. 253 ss. ivi il commento di Umberto Allegretti dal titolo "*Interlocutori dell'Assemblea costituente*".

[40] *Atti Assemblea costituente* , seduta pom.del 6 novembre 1947, p.3666

[41] Come correttamente è stato messo in rilievo (A. Gustapane,*L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria* , cit, p. 112 ed ivi altra dottrina concorde sul punto) mentre era forte la preoccupazione dei magistrati per l'indipendenza "esterna " della magistratura lo era molto meno, allora , per l'indipendenza "interna". Cfr. sul punto anche F.Moroni, *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi*,Effepilibri, Monte porzio Catone 2005,pp.33-34

[42] *Atti Assemblea costituente* , Seduta pomeridiana del 26 novembre 1947,pp. 4116 ss

[43] Pare infine che i magistrati si siano pronunciati per l'esclusione della donne dalla magistratura (ma di questa posizione non ho trovato traccia nei documenti ma solo un riferimento nella Relazione di Calamandrei : *Atti Assemblea costituente* , vol.VIII, p. 1892).

[44] *Alle origini della Costituzione*, cit., p. 241

[45] L'Associazione proponeva la scelta fra magistrati di almeno la metà dei componenti della Corte costituzionale nonché la presidenza della stessa affidata al Presidente della Cassazione, cui si aggiungeva l'esclusione comunque di "componenti legati agli organi forensi(op. ult.cit. p.239). Nell'ordine del giorno finale non compare questa limitazione , presente invece nella Relazione che, anzi, aveva adombrato come soluzione preferibile la costituzione di una sezione presso la Corte di Cassazione.

[46] *Alle origini della Costituzione* ,cit., p. 253.

Utile anche un articolo (sembra ufficioso) di Renato Angeloni ,pubblicato sulla Rivista dell'Associazione magistrati nell'estate 1946, ora ripubblicato in *Alle origini della Costituzione*, cit, p. 244 che insisteva su quei punti ma aggiungeva la richiesta del riconoscimento della Corte di Cassazione come organo costituzionale.

[47] In attuazione della delega contenuta nella legge 150 del 2005 sono stati approvati i decreti legislativi 16 gennaio 2006, n.20 " Disciplina transitoria del conferimento degli incarichi direttivi giudicanti e requirenti "; 27 gennaio 2006, n. 25 "Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione e nuova disciplina dei Consigli giudiziari; 30 gennaio 2006, n. 26 "Istituzione della scuola superiore della magistratura , nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori; 2 febbraio 2006, n. 35 " Pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati " .

[48] v. P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1950

[49] così P.Barile , *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente* , in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, cit., p. 350

[50] La posizione di Vittorio Emanuele Orlando è ben riassunta da G.D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Comunità, Milano, 1981, p. 58 ss.

[51] Seduta antimeridiana del 28 novembre 1947, in *Atti citt.*, vol.V , pp.4203 ss

[52] Così Nenni in *Atti Assemblea costituente* citt. , seduta del 10 marzo 1947, voll, p. 305.

[53] Seduta antimeridiana del 28 novembre 1947 , loc.ult.cit, p. 4204.

[54] V.. riferimenti sul punto in G.D'Orazio, op.cit.,p. 85 ss.

[55] *Schema di una disciplina del controllo sulla costituzionalità delle leggi*, ora in *Scritti vari*, I, Giuffrè, Milano 1976, p.737 ss

[56] Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè , Milano 1968, p. 23

[57] V. Calamandrei, *La Cassazione civile*, I, Bocca Torino 1920

[58] Sul punto , da ultimo, Nicolò Trocker, *Processo e giustizia. Attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in Piero Calamandrei, Rettore dell'Università di Firenze, Giuffrè , Milano 2005, p. 62 ma v. anche P. Grossi, *Stile fiorentino* , Milano 1986.

[59] V. fra i tanti interventi *Contro una riforma che offende la magistratura*, ora in *Scritti e discorsi politici*, cit, p. 273

[60] Non dobbiamo dimenticare che per lungo tempo nel Regno Unito l'accusa è stata sostenuta dalla polizia (o da privati cittadini) e che solo con il *Crown Prosecution Act* del 1985 si è dato vita per gli aspetti forensi (non investigativi che rimangono alla polizia) al *Crown Prosecution Service* , un corpo di giuristi reclutati fra professionisti e che opera sotto la direzione dell' *Attorney General* .Quest'ultimo ha lo *status* di Ministro junior, nominato dalla Regina su proposta del Premier, ed è a sua volta dipendente dal Lord Cancelliere ,che è insieme Membro del cabinet, Speaker della Camera dei Lord, Giudice dell'"*Appellate Comitee*". Quest'ultima figura è in corso di revisione (anche per adeguarla all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti) ma rimane l'*Attorney general* , che ha la facoltà di rivolgere istruzioni riservate sui reati da perseguire, fino in alcuni casi al"*nolle prosequi*", e che risponde alla Camera dei Comuni (sia pure solo dopo la chiusura di una istruttoria).

In Francia il pubblico Ministero dipende dal Ministro della giustizia (e le sue promozioni sono determinate da Commissioni " *d'avancement*" presiedute dal Ministro) e solo dal 1993 si è stabilito che il Ministro può dare istruzioni ai PM, ma soltanto in forma scritta (e mai in riferimento a casi singoli ,a differenza del Regno Unito) mentre l'azione penale non è obbligatoria ma basata sul principio di opportunità.

Altrettanto avviene in Germania dove Giudici e PM hanno una carriera separata ma una formazione comune (come per le altre professioni forensi) mentre i PM dipendono gerarchicamente dai Ministri del *Land* per i reati minori e dal Ministro del *Bund* per i reati federali .E' tuttavia prevista la obbligatorietà dell'azione penale per i reati maggiori e (dal 1975) il principio di opportunità per i reati minori .Forte è l'influenza dei Ministri e dei capi gerarchici nella carriera dei magistrati anche se attenuata da poteri consultivi di speciali commissioni miste.

Analogamente in Spagna dove in base all'art. 124 della Costituzione il PM è organizzato "in conformità ai principi di unità d'azione e di dipendenza gerarchica e con osservanza in ogni caso dei principi di legalità ed imparzialità"

E si potrebbe anche fare riferimento agli Stati Uniti dove a un sistema policentrico si accompagna per tradizione l'azione penale non obbligatoria, ma ispirata a principi di opportunità. A livello federale i capi delle Procure distrettuali sono nominati per quattro anni dal Presidente, con l'assenso del Senato, mentre i loro assistenti sono nominati dal Ministro della Giustizia su proposta del Procuratore (da qui la necessità di ricorrere alla figura del procuratore indipendente per i reati presidenziali).

[61] Sul punto valgono le considerazioni di V. Denti, *Calamandrei e la Costituente: il progetto e il dibattito sul potere giudiziario*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, cit., p. 407; v. anche M. Cammelli, *Piero Calamandrei*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, p. 534

[62] Emblematica in tal senso una vicenda relativa alla Procura di Palermo: cfr. S.Lodato, M. Travaglio, *Intoccabili*, Rizzoli, Milano 2005, pp. 310 ss.

[63] ...come, ad esempio, il prevedere che ciascuna Procura, sentiti i Consigli giudiziari -e/o il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica-, stabilisca criteri riservati per l'esercizio dell'azione penale o che i vertici delle Procure possano essere chiamati a discutere tali criteri nel CSM presente il Ministro della Giustizia e in alcuni casi anche quello degli Interni.

Il punto è stato ampiamente discusso in dottrina v. N.Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, Padova 1996, p. 243.

[64] Così Vladimiro Zagrebelsky, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quaderni costituzionali* 1983, p. 127 ss

[65] Queste due leggi erano state preparate dalla legge 1 del 1963 ed erano state rafforzate dalla legge 357 del 1970 e 97 del 1979 che avevano ulteriormente accelerato la progressione in carriera.

[66] Tale soluzione si potrebbe in parte favorire anche in Italia: alcuni accessi laterali sono consentiti dalla legge 48 del 2001 per avvocati con almeno 5 anni di esperienza.

[67] Ancora utili i dati riportati in *Preparazione e professione degli avvocati e dei magistrati: discussione su una ipotesi di riforma*, a cura di G. Di Federico, Cedam, Padova 1987, p. 167 ss

[68] Il carrierismo può essere distorto ma la frustrazione delle legittime ambizioni può determinare la ricerca all'esterno di altre soddisfazioni. Le migliaia di incarichi extraistituzionali per magistrati ordinari e magistrati amministrativi rappresentano spesso il tentativo di trovare all'esterno quelle soddisfazioni che non sono rese possibili dalla piatta carriera scandita dalla mera anzianità (scontiamo un errore, io credo: non avere approvato l'emendamento Mortati-Leone che prevedeva nello stesso testo costituzionale il divieto di incarichi extraistituzionali).

[69] Il riferimento al grado era invece espressamente rifiutato nella proposta Leone: v. il testo in appendice al volume di Rigano, op.cit., p. 279

[70] Ora in *Scritti e discorsi politici*, cit., vol. II, p. 114 ss.

Viene anche ripresa da Calamandrei, per quanto riguarda i magistrati di Cassazione, la proposta della loro cooptazione da parte degli altri magistrati della Suprema Corte (art. 22). Proposta, quest'ultima, che non era in sintonia con l'impostazione generale del progetto ma era forse legata alla particolare formazione culturale di Calamandrei che alla Cassazione aveva dedicato, come già abbiamo detto, importanti approfondimenti scientifici e per la cui difesa dai tentativi di ricostituire le Cassazioni regionali riprenderà la parola nella seduta del 27 novembre 1947

[71] Tranne in un solo caso, in 24 anni, nella giustizia amministrativa è stato sempre decisivo "l'ordine in ruolo". Questo significa che determinanti per assumere la presidenza di un importante Tar non sono i meriti che si sono

acquisiti ma "l'anzianità nel ruolo" ,vale a dire, in pratica, la posizione nella graduatoria del concorso di accesso conquistata trenta o più anni prima, a prescindere dall'attività svolta.

[72] Probabilmente vanno combinati insieme vari elementi prevedendo attività istruttorie non vincolanti da parte di Commissioni indipendenti, affidandosi tuttavia non esclusivamente ai titoli culturali ma anche alla attività effettivamente svolta (abbiamo presente la vicenda che portò nel 1988 all'esclusione di Falcone dalla direzione della sezione istruttoria di Palermo mentre venne preferito un magistrato con una maggiore anzianità, di sei mesi circa, ma digiuno di esperienza nella lotta alla criminalità mafiosa) valutando il numero delle decisioni adottate, la tempestività dei depositi degli atti, la complessità dei casi trattati (e anche la ...capacità di sintesi normalmente dimostrata nelle sentenze). E soprattutto evitando che i magistrati del pubblico ministero, la cui attività è meno traducibile in studi, ricerche e sentenze siano penalizzati rispetto agli altri magistrati. Al fine di operare questa valutazione possono essere valorizzati, secondo la antica proposta di Calamandrei, anche i compiti dei Consigli giudiziari. E' vero la legislazione in vigore prevede già il loro concorso nell'istruttoria ma i giudizi da loro formulati sull'attività dei magistrati sono sempre elogiativi.

Non è da escludere che consigli giudiziari opportunamente aperti dal testo Castelli all'ordine forense e agli enti territoriali potrebbero svolgere un'attività più utile a supporto del CSM; ma abbiamo le garanzie che essi non rappresentino un modo obliquo per l'ingresso della politica nelle carriere dei magistrati?

[73] Ora in *Opere giuridiche*, cit. p.216

Non sono in grado di individuare i nomi dei ministri presi di mira da Calamandrei essendosi succeduti dal 1920 al 1921 4 governi e 4 Guardasigilli: Ludovico Mortara, Alfredo Falcioni, Luigi Fera e Giulio Rodinò in carica al momento in cui Calamandrei pronuncia il suo discorso (e prima ancora Vittorio Emanuele Orlando, Ettore Sacchi, Luigi Facta)

[74] Mi riferisco ad una anomala mozione del Senato del 5 ottobre 2001

[75] V. Denti, *Calamandrei e la Costituente: il progetto e il dibattito sul potere giudiziario*, cit, p. 416.