

CARLO GUARNIERI
Università di Bologna

*MAGISTRATI IN EUROPA: INDIPENDENZA,
PROFESSIONALITÀ, RESPONSABILITÀ
IL CASO ITALIANO*

Per analizzare il caso italiano e confrontarlo – anche implicitamente – con quello degli altri paesi europei è necessario considerare innanzitutto le profonde trasformazioni che hanno toccato l'assetto della nostra magistratura nella seconda metà del Novecento, anche in conseguenza del processo di attuazione della Costituzione del 1948. Solo così, infatti, è possibile valutare le differenze fra l'assetto italiano e quello che prevale negli altri paesi europei e allo stesso tempo comprendere le difficoltà che qualunque tentativo di riforma è destinato ad incontrare.

1.

Non c'è dubbio che il modello di ordinamento giudiziario ideato dai costituenti sia stato fortemente influenzato dal modo con cui in quel periodo veniva definita la funzione istituzionale del giudice. Prendendo a prestito la notissima espressione di Montesquieu, il giudice era infatti considerato sostanzialmente la “bocca che pronunzia le parole della legge”. In quel contesto l'indipendenza era vista come lo strumento indispensabile per far svolgere al giudice la sua funzione senza interferenze illegittime da parte di altri poteri, soprattutto dall'esecutivo, anche perché ancora forte era il ricordo degli abusi commessi durante il periodo liberale e, soprattutto, quello fascista.

La funzione giudiziaria – almeno quella esercitata dal giudice ordinario – veniva così considerata una funzione sostanzialmente “tecnica”, il cui esercizio era privo di margini significativi di discrezionalità e il cui rilievo politico – se c'era – era solo indiretto. Del resto, a riprova di questo atteggiamento va considerato che, quando i costituenti si trovarono ad affrontare il problema di organizzare il controllo giudiziario di costituzionalità – caratterizzato da margini più ampi di discrezionalità interpretativa e, quindi, di politicità – dopo qualche esitazione, decisero di affidarlo ad una corte specializzata, con una compo-

sizione diversa da quella delle corti ordinarie (e dove istituzioni politiche come il Parlamento e lo stesso presidente della Repubblica si trovano a svolgere un ruolo di rilievo nella scelta dei giudici).

D'altra parte, proprio perché doveva svolgere una funzione fondamentalmente tecnica, i costituenti pensarono che il giudice dovesse possedere competenze adeguatamente verificate. Da qui la prescrizione del pubblico concorso per la selezione iniziale, ma anche, all'articolo 105, l'attribuzione al Consiglio superiore della magistratura del compito di effettuare le "promozioni". E non si può non ricordare che una promozione implica l'"avanzamento" di qualcuno rispetto ad altri. In altre parole, implica una selezione, una scelta. Del resto, proprio da tale natura deriva probabilmente la decisione di affidare tali decisioni al CSM: per garantire il magistrato da scelte basate su considerazioni altre da quelle del merito. Si può quindi aggiungere che molto difficilmente i costituenti potrebbero ritenere gli avanzamenti per semplice anzianità che caratterizzano ormai da decenni la nostra magistratura delle vere promozioni.

2.

Il processo di attuazione del dettato costituzionale in tema di ordinamento giudiziario, che si sviluppa a partire dalla fine degli anni '50 e che si conclude sostanzialmente a metà degli anni '70 del '900, ha portato con sé dei profondi mutamenti. Vi è stato in primo luogo un forte aumento dell'indipendenza esterna, conseguenza dell'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura – nella composizione indicata dalle norme costituzionali – e delle competenze che gli sono state attribuite. Rilevante è stato soprattutto il ruolo di "governo" dell'ordine giudiziario che questa istituzione ha assunto, con la conseguente riduzione drastica dei poteri del ministro. Mi riferisco al fatto che, al contrario per esempio del CSM francese, il CSM italiano non svolge un ruolo di semplice garanzia dell'indipendenza, inteso come controllo sulle scelte effettuate dal ministro della Giustizia, ma provvede direttamente a prendere e a far eseguire tutte le decisioni che toccano lo *status* del magistrato.

Vi è stato anche un aumento dell'indipendenza interna, ottenuto grazie allo smantellamento della tradizionale carriera. Qui i mutamenti di rilievo sono stati due: l'introduzione dei "ruoli aperti" – e cioè della possibilità di procedere a promozioni senza vincoli quantitativi, anche

al di là di posti presenti nella pianta organica – e il fatto di affidare le valutazioni ad organi elettivi – i Consigli giudiziari e il CSM – diventati responsabili verso un elettorato composto prevalentemente da coloro che devono essere valutati. Questa responsabilità è stata resa possibile da una serie di fattori. In primo luogo il suffragio elettorale per l'elezione dei membri togati del Consiglio è stato "democratizzato": tutti i magistrati hanno acquisito un eguale diritto di voto, a prescindere dal loro grado. Poi, le elezioni giudiziarie sono state strutturate dalla presenza delle correnti giudiziarie, veri e propri micro-partiti. Le correnti, infatti, hanno monopolizzato di fatto la rappresentanza del corpo giudiziario e sono quindi in grado di influire in modo notevole sul comportamento degli eletti nei consigli. In questo modo, l'organo che decide della carriera dei magistrati è composto, per due terzi, da rappresentanti di gruppi il cui potere dipende appunto dal voto dei magistrati e che, quindi, non hanno molto interesse a scontentare i propri elettori, anche perché i costi delle loro decisioni ricadono comunque all'esterno.

Questa trasformazione, che abbiamo sommariamente descritto, non è stata senza problemi. Ad esempio, ci può domandare se le correnti giudiziarie garantiscano, oltre all'indipendenza esterna, anche quella del singolo giudice, magari non affiliato a nessuna corrente. Va inoltre segnalato che il CSM è un organo che si rinnova totalmente – elemento che aumenta l'importanza dell'elezione – ogni quattro anni, fatto che lo rende sensibilissimo ai mutamenti degli equilibri politici dentro e fuori la magistratura. Va anche aggiunto che il divieto costituzionale di rielezione immediata (art. 104, 6) – che probabilmente mirava ad evitare un rapporto troppo stretto fra i componenti del CSM ed i loro elettori – è di fatto vanificato dal ruolo che vi svolgono partiti e correnti. La conseguenza è che il CSM, come mise in luce a suo tempo un grande giurista come Giovanni Tarello¹, tende ad oscillare fra corporativismo e politicizzazione, a seconda che i processi decisionali siano maggiormente influenzati dalle correnti o dai laici designati dal Parlamento. Si tratta di una constatazione che non dovrebbe sorprendere e che non deriva dalla cattiva volontà dei singoli, ma dalle caratteristiche dell'assetto istituzionale. Se non si modificano le modalità di scelta dei componenti del Consiglio è molto difficile che

¹ G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 361-368.

le cose possano cambiare e poco possono fare appelli ai “doveri deontologici” dei consiglieri.

3.

Ad ogni modo, dopo le riforme di attuazione della Costituzione che abbiamo rapidamente ricordato, l'indipendenza della magistratura italiana sembra essere diventata decisamente elevata. Questo risultato – che in linea di massima va considerato positivamente – non ci deve però nascondere i problemi. Alcuni li abbiamo appena accennati, altri cercheremo di considerarli ora.

Innanzitutto, vi è una certa ambiguità nell'uso del termine indipendenza, che sia riferito al giudice o alla magistratura nel suo complesso. Bisogna, infatti, distinguere fra garanzie istituzionali di indipendenza e indipendenza intesa come reale indipendenza del giudice dalle parti in causa, in altre parole come comportamento imparziale: le prime possono essere considerate un condizione necessaria della seconda, ma di per sé non la garantiscono. Un comportamento davvero imparziale da parte del giudice, che rispetti quindi i dettami del suo ruolo, dipende anche da molti altri fattori ed in particolare dalla sua identificazione con i fini dell'organizzazione giudiziaria, fatto che a sua volta dipende in larga misura dalle sue qualificazioni professionali. In altre parole, sono i giudici professionalmente qualificati a identificarsi maggiormente con il loro ruolo istituzionale, dato che, come è stato autorevolmente osservato, “le persone interiorizzano regole e ruoli che riescono a soddisfare efficacemente. I professionisti che si sentono competenti nel loro lavoro hanno più probabilità di interiorizzare le norme della professione”².

Quindi, la concreta indipendenza e imparzialità del giudice dipende non solo dalle sue garanzie di indipendenza ma anche dalle sue qualificazioni professionali. Dirò di più, le seconde sono forse più importanti delle prime: un giudice che ha profondamente interiorizzato i dettami del suo ruolo farà di tutto per adeguarvisi, anche a costo di pagare dei prezzi, ad esempio in termini di possibilità di “fare carriera”. Al contrario, un giudice ben garantito ma professionalmente debole e poco interessato a svolgere bene il suo ruolo sarà molto più propenso a cedere alla tentazione di esercitare il suo potere in modo

² J.G. MARCH, *Prendere Decisioni*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 76.

partigiano. Proprio per questo alcune affermazioni presenti in solenni dichiarazioni internazionali andrebbero quantomeno precisate, in modo da evitare fraintendimenti. Ad esempio, fra i Principi di base dell'indipendenza della magistratura approvati nel 1985 dall'Assemblea Generale dell'ONU si afferma al punto 2 che "la magistratura deciderà i casi che le sono presentati in modo imparziale, sulla base dei fatti e secondo la legge, senza *alcuna* restrizione, influenza o gratificazione impropria, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, da *qualunque* parte o per *qualunque* ragione" (corsivo aggiunto). Si tratta di affermazioni che prese alla lettera sembrerebbero impedire, ad esempio, una seria verifica delle capacità professionali del giudice. Peraltro, è impossibile ottenere un completo isolamento della magistratura dal suo ambiente. Se ci si limita ad isolare il corpo giudiziario dalle influenze istituzionali – obiettivo che può essere perseguito anche con un certo successo – c'è il forte rischio di lasciare il campo alle influenze non istituzionali, poco o per nulla trasparenti e ancor meno controllabili.

4.

Se quindi la professionalità del giudice e del magistrato svolge un ruolo cruciale nel favorire la sua indipendenza, ben si giustifica l'attenzione che le è stata data in questo convegno. Del resto, in Italia si tratta di un punto dolente. Infatti, i tradizionali strumenti di verifica della professionalità – incentrati su concorsi gestiti dall'élite giudiziaria e basati sull'accertamento di un sapere astratto, di frequente non collegato ai compiti da svolgere – sono stati smantellati negli anni '60 e '70. Così, oggi, l'unica verifica seria è effettuata dal concorso iniziale: una prova certamente impegnativa, anche se la sua affidabilità – cioè la sua capacità di valutare la futura capacità lavorativa del magistrato – è limitata sia dal fatto di basarsi sulla verifica di conoscenze di carattere astratto sia dall'aleatorietà che tutte le prove concorsuali di necessità comportano. Al di là del concorso iniziale, non esistono verifiche efficaci delle qualità professionali dei magistrati. Di fatto, la progressione economica è legata alla semplice anzianità, con scarse eccezioni. La stessa nomina all'effettivo esercizio di funzioni superiori è spesso basata su informazioni insufficienti, fatto che fra l'altro lascia ampio spazio all'influenza di correnti e partiti.

Va poi aggiunto che la magistratura italiana presenta un grado

molto elevato di separazione dalle altre professioni giuridiche³. Il momento della separazione avviene subito dopo l'università e permane sostanzialmente per tutta la vita lavorativa. Da qui nasce probabilmente una tendenza ad isolare la professionalità del magistrato e a contrapporla, ad esempio, a quella dell'avvocato. È quanto avviene, ad esempio, in argomentazioni su una "cultura della giurisdizione" che unirebbe giudici e pubblici ministeri e li distinguerebbe dagli avvocati. Si tratta di argomentazioni dal fondamento molto discutibile. Soprattutto, sono fortemente dannose nel loro contrapporre magistrati ed avvocati. Infatti, oltre a favorire un'eccessiva conflittualità fra le due categorie, tendono a causare un generale impoverimento dell'identificazione professionale dei magistrati (e anche di quella degli avvocati).

Semmai, si può aggiungere che oggi svolgere con successo la funzione giudiziaria richiede che la professionalità del giudice sia in grado di tener conto di nuovi saperi e nuove competenze. Vanno quindi allargati i contenuti della formazione, andando anche oltre al necessario aggiornamento sull'evoluzione del sistema normativo. Ad esempio, una recente accurata analisi⁴ dell'evoluzione dei sistemi di formazione giudiziaria nei paesi democratici ha individuato le seguenti aree di sviluppo:

1. Le capacità più strettamente giuridiche (*legal skills*), come la redazione di sentenze, la valutazione dei testimoni e degli esperti, l'uso della mediazione e di altre forme di *Alternative Dispute Resolution*, ecc...

2. L'etica e deontologia giudiziaria, collegata anche alla materia disciplinare.

3. Le nuove capacità giudiziarie (*new judicial skills*): capacità manageriali di gestione dell'ufficio, relazione con i media, uso delle tecnologie, decisioni in contesti multilingue...

4. Le conoscenze del contesto "sociale" – e non solo – in cui si colloca l'azione del giudice: ad esempio l'impatto delle sentenze, le strategie antidiscriminatorie...

5. Le strategie per salvaguardare il benessere personale del giudice, come ad esempio le tecniche di controllo dello stress in udienza.

³ È il fenomeno che a suo tempo John Merryman ha battezzato con un'espressione efficace la "Balkanizzazione delle professioni legali". Cfr. *The Civil Law Tradition*, Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 102.

⁴ Vedi C.A. THOMAS, *Review of Judicial Training and Education in Other Jurisdictions*, Londra, Judicial Studies Board, 2006, specie pp. 55-87.

Come si può vedere, il lavoro da fare è molto. In altre parole, la strada per aggiornare i contenuti della professionalità del giudice è lunga, anche se i suoi contorni possono essere già in una certa misura identificati.

In Italia, non si può certo affermare che negli ultimi anni non si sia discusso di come migliorare la professionalità dei nostri magistrati. La stessa riforma varata nella scorsa legislatura dal ministro Castelli mirava, a suo modo, a migliorare le qualificazioni del corpo giudiziario. Il problema stava semmai nel fatto che lo strumento prescelto era un sistema di concorsi molto macchinoso, che non sembrava in grado di raggiungere l'obiettivo. Anzi, la sua somiglianza con le esperienze del passato spingeva a ritenere che ne sarebbero state premiate le conoscenze astratte piuttosto che le concrete capacità. Com'è noto, nel luglio scorso la riforma Castelli è stata profondamente modificata, proprio nelle parti relative alle valutazioni di professionalità. Che dire allora del nuovo provvedimento, di quella che si può chiamare la riforma Mastella? La risposta deve essere articolata, anche se – a ben vedere – le ombre prevalgono sulle luci.

Una valutazione positiva va data alle nuove norme in tema di reclutamento, dato che richiedono un'ulteriore esperienza o titolo, oltre alla laurea in giurisprudenza, per poter partecipare al concorso. Infatti, almeno in teoria, si allunga, anche se di poco, il periodo di socializzazione professionale comune alle professioni giuridiche e questo, per le ragioni che abbiamo sopra esposto, è un fatto senz'altro positivo. Naturalmente, allungare il periodo di preparazione alla carriera giudiziaria può avere riflessi negativi dal punto di vista della selezione sociale, nel senso di rendere più difficile a chi non dispone di mezzi sufficienti sostenere un più lungo periodo di preparazione al concorso. È una considerazione da condividere, anche se già oggi gli studi universitari di giurisprudenza sono, dal punto di vista sociale, molto selettivi. Il problema quindi esiste, ma va affrontato con strumenti adeguati: istituendo fin dall'università un organico sistema di borse di studio per i "capaci e meritevoli" e favorendo il reclutamento laterale, cioè l'inserimento nella magistratura di personale con esperienze professionali diversificate. Si tratta di una soluzione che da qualche tempo è stata sperimentata in Francia e che andrebbe presa in considerazione, anche perché, a ben vedere, ormai solo l'Italia resta completamente fedele al modello napoleonico che vuole reclutare i magistrati solo fra coloro che hanno da poco terminato gli studi universitari.

Quanto alle valutazioni quadriennali di professionalità che la nuo-

va legge prevede, il giudizio è invece sostanzialmente negativo: sembrano, infatti, inutili se non dannose. È vero che valutare in astratto le qualificazioni del magistrato non è semplice e che, forse anche per questo, il nuovo assetto prevede una griglia di criteri molto complessa, basata in parte anche su parametri quantitativi. È però probabile che il tutto si tramuterà in un forte volume di lavoro da parte degli organi collegiali cui non corrisponderà un risultato equivalente. I parametri quantitativi – anche quando si basano su dati attendibili, cosa non sempre vera – possono essere utili ad individuare casi devianti di particolare rilievo ma non a valutare in modo affidabile le reali capacità del magistrato. Quanto ai parametri di tipo qualitativo, essi si traducono spesso, e di necessità, in formule verbali abbastanza elastiche che lasciano ampi margini di discrezionalità agli organi decisionali. È probabile che per evitare arbitri o sperequazioni – e ricorsi alla giustizia amministrativa – alla fine nelle valutazioni prevarranno atteggiamenti più o meno lassisti.

Il punto cruciale è che non è stata modificata la struttura del procedimento di valutazione: gli attori che vi giocano un ruolo sono sempre gli stessi, le correnti giudiziarie e, al CSM, anche i partiti. In ogni caso, il già analizzato circolo vizioso fra valutati e valutatori non è stato spezzato. Non solo, la necessità di tener conto di una griglia di valutazione molto complessa appesantirà certamente le procedure, che sono destinate ad aumentare molto di numero: si può approssimativamente stimare che non ci saranno meno di 2000 valutazioni l'anno! Tutto questo non potrà non avere conseguenze negative sul funzionamento degli organi di valutazione – CSM e consigli giudiziari – e sull'accuratezza dell'intero processo. Per riassumere, con l'eccezione dei casi più gravi – che peraltro già ora cominciano ad essere sanzionati – poco cambierà e la capacità del nostro assetto di valutare correttamente la professionalità dei magistrati e di premiare i migliori resterà molto, troppo limitata.

Un cenno va fatto anche alla Scuola della magistratura. La decisione di istituirla va giudicata positivamente, in quanto va a colmare una lacuna da tempo segnalata da molti. Il problema è semmai quello di riuscire ad istituirla in tempi ragionevoli e a farla funzionare in modo passabilmente efficace. Purtroppo, le schermaglie che hanno caratterizzato l'elaborazione delle norme al riguardo non sembrano di buon auspicio. L'aspetto che ha attirato maggiore attenzione – e maggiore conflitto – è stato la composizione degli organi direttivi, cioè i “rapporti di forza” fra ministero della Giustizia e CSM. L'esigenza più av-

vertita sembra essere stata quella di controllare l'istituzione, con un atteggiamento che tradisce una visione tutto sommato strumentale della formazione: luogo da occupare con fedeli o dove magari organizzare l'indottrinamento dei giovani magistrati. Si può certo dubitare del realismo di quest'ultima prospettiva: quasi che i giovani magistrati, la cui età comunque oscilla fra i 25 e 30 anni e che potrebbe aumentare in conseguenza delle novità introdotte nel reclutamento, siano materiale facilmente plasmabile. La domanda cui rispondere è però se con queste premesse sarà possibile costruire una Scuola della magistratura che possa anche in minima parte dare soddisfazione alle impegnative esigenze che abbiamo sopra delineato.

5.

Il tema della professionalità del magistrato si collega anche a quello della sua responsabilità. Come è ben noto⁵, esistono varie forme di responsabilità del magistrato: penale, civile, disciplinare. Delle prime due non occorre dire molto. La prima è ovviamente limitata a reati comuni o di corruzione: tutte ipotesi molto gravi, per fortuna non troppo frequenti. Quanto alla responsabilità civile, la legge varata dopo il referendum del 1988 – grazie anche al modo con cui è stata interpretata – è difficilmente applicabile: non dispongo di dati certi, ma credo che i casi siano rarissimi. Maggiore, almeno in Italia, è l'uso della responsabilità disciplinare, forse anche perché il declino della carriera tradizionale ha fatto rivalutare questa forma di sanzione. Ad esempio, in Italia fra il 1991 e il 2002 ci sono stati ben 1338 casi con 337 condanne (anche se solo in 10 casi con la sanzione più grave della rimozione). A confronto, in Francia in un periodo analogo (1994-2003) le sanzioni sono state solo 89⁶.

Il limite principale di queste forme di responsabilità è che – se non si vuole mettere a rischio l'indipendenza – il loro raggio d'azione è necessariamente circoscritto ai casi più gravi e dove comunque le prove delle mancanze commesse dal magistrato sono evidenti. La loro capacità di scoraggiare comportamenti negativi è quindi limitata. Inol-

⁵ Vedi la sempre valida analisi di M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁶ Vedi G. DI FEDERICO (ed.), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Bologna, IRSIG-CNR, 2005.

tre, si tratta di strumenti che intervengono solo *ex-post*, dopo che il fatto è stato commesso. Perciò, data la delicatezza del ruolo svolto dal giudice, sarebbe opportuno investire piuttosto su misure che limitino *ex-ante* le violazioni. Il problema andrebbe quindi reimpostato: se è difficile – per via dei costi elevati e dei benefici tutto sommato modesti – rendere il giudice responsabile, che si può fare per cercare che si comporti in modo responsabile? Si torna così al tema delle qualità professionali, dell'identificazione del giudice con il suo ruolo e alla parte che le professioni giuridiche possono svolgere, in quanto gruppo di riferimento, nel responsabilizzarlo. Quindi, per concludere, la strada maestra per una magistratura che sia il più possibile indipendente e responsabile è probabilmente quella di puntare sulla professionalità, ma una professionalità che non separi il magistrato dalle altre professioni giuridiche e che sia al passo con le nuove e complesse esigenze della funzione giudiziaria.