

ASTRID

Per un nuovo ordinamento giudiziario

Introduzione¹

di Alessandro Pizzorusso

1. La legge 25 luglio 2005, n. 150, è una legge di delegazione la cui parte principale è destinata a realizzare i presupposti per l'emanazione di una nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario mediante la redazione di un testo unico nel quale, una volta completata l'emanazione dei decreti legislativi da essa previsti, saranno riuniti i relativi testi e tutte le altre disposizioni legislative relative alla materia che saranno a quel momento vigenti (art. 2, commi 19-21). L'operazione, presumibilmente destinata ad impegnare il Governo per parecchi anni, avrà come effetto l'adozione di una nuova legge generale sull'ordinamento giudiziario che, secondo le intenzioni espresse dai suoi promotori, dovrebbe sostituire il regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e le leggi che l'hanno successivamente modificato e integrato, in attuazione della VII disposizione transitoria della Costituzione (il cui primo comma stabiliva che “fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente”). Come vedremo, questo modo di presentare la vicenda è assolutamente paradossale, ma per chiarire il senso dell'operazione occorre ricordare, almeno per sommi capi, quella che è stata l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale della materia e quali siano stati gli orientamenti che si sono succeduti circa i principi cui la sua disciplina dovrebbe uniformarsi.

¹ Il testo riproduce in grande parte l'articolo pubblicato da «Il Foro Italiano» (gennaio 2006, V, 1) dal titolo “Considerazioni generali sulla legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 150/05)”.

2. Sotto il primo profilo - quello cioè relativo all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale - occorre innanzi tutto ricordare che l'«ordinamento vigente», menzionato nella VII disposizione della Costituzione, era quello che risultava dal regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (detto anche «decreto Grandi» dal nome del Ministro della giustizia che ne fu artefice), il quale aveva disciplinato in modo generale l'ordinamento giudiziario, proseguendo la tradizione instaurata con le precedenti leggi del 1865 e del 1923. Dopo la caduta del regime fascista, alcune modificazioni ritenute urgenti erano state ad esso apportate, in attesa della più compiuta riforma che sarebbe stata impostata dall'Assemblea costituente che stava per essere eletta, soprattutto col regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (avente come titolo «legge sulle guarentigie della magistratura»).

Nei confronti del decreto Grandi, la VII disposizione della Costituzione esprimeva un esplicito giudizio di non conformità alla Costituzione e, per evitare che, in attesa dell'emanazione della «nuova legge sull'ordinamento giudiziario» (che essa preannunciava e che avrebbe dovuto evidentemente ispirarsi ai principi espressi nel titolo IV della parte seconda e in altri passi della Costituzione²), si determinasse un vuoto legislativo, stabiliva che nel frattempo continuassero ad essere osservate “le norme dell'ordinamento vigente”, escludendosi cioè che il r.d. n. 12 del 1941 potesse essere ritenuto abrogato *in toto* per il semplice fatto della sua incompatibilità con i nuovi principi costituzionali.

Negli anni che seguirono l'attesa per la nuova legge sull'ordinamento giudiziario si protrasse a lungo e cominciarono ad essere adottate leggi modificative o integrative del regio decreto del 1941, che - talora implicitamente, talora invece addirittura col metodo della novellazione - ne trasformarono in gran parte il contenuto normativo, oppure dettero autonomamente attuazione ai principi ed alle regole contenuti nel titolo IV della seconda parte della Costituzione. Nei primi anni di questo periodo si pose anche la questione se, in presenza della disposizione costituzionale sopra citata, le norme del regio decreto del 1941 fossero o meno assoggettabili al controllo di costituzionalità e, dopo qualche incertezza iniziale, la risposta positiva fu data, sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. S.U., 17 novembre 1953, n. 3524, in *Foro italiano*, 1954, I, 446; *id.*, 20 aprile 1960, n. 896; *id.*, 1960, I, 1858) che da quella della Corte costituzionale (Corte cost., 13 dicembre 1963, n. 156, *Foro italiano*, 1964, I, 18; *id.*, 3 giugno 1970, n. 80; *id.*, 1970, I, 1874; *id.*, 28 dicembre 1970, n. 194; *id.*, 1971, I, 3): alcune decisioni di quest'ultima contribuirono così a modificare il diritto vigente ed anche la giurisprudenza ordinaria e amministrativa relativa alla materia si adeguò progressivamente ai principi del nuovo ordinamento

² Su tali principî cfr., soprattutto, anche per taluni importanti rilievi critici, V. Denti, *Il potere giudiziario*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, p. 173 ss..

costituzionale. Una volta costituito il Consiglio superiore della magistratura, anch'esso si impegnò nell'opera di modernizzazione dell'ordinamento giudiziario mediante atti interpretativi che suggerirono soluzioni mediante le quali era possibile rendere direttamente applicabili i principi e le regole costituzionali, o risolvere i conflitti che si determinavano fra le norme desumibili dalla legislazione anteriore alla Costituzione e quelle derivanti dai principi cui essa si era ispirata.

Nonostante che, soprattutto a partire dagli anni '60, il dibattito sull'ordinamento da dare alla magistratura e sull'inadeguatezza e sull'incostituzionalità delle norme vigenti si fosse fatto assai intenso nell'ambito dell'associazionismo giudiziario e forense, nelle facoltà di giurisprudenza ed in altri ambienti politici e culturali, le iniziative ufficialmente adottate per dare attuazione alla previsione della VII disposizione transitoria furono però estremamente rare e non giunsero mai ad impegnare il Parlamento.

Se tale previsione è rimasta quindi sostanzialmente disattesa, non essendo certamente sostenibile che nel redigerla i costituenti pensassero a un differimento di decenni, non può certamente dirsi che l'ordinamento giudiziario vigente in Italia alla fine del XX secolo fosse ancora quello che i redattori della Costituzione avevano giudicato non conforme ad essa. Per effetto delle riforme legislative parziali sopra menzionate, delle sentenze della Corte costituzionale intervenute nella materia e delle interpretazioni affermatesi nel corso del periodo intercorso dal 1948 in poi, non vi è dubbio che l'assetto della magistratura italiana era profondamente cambiato, anche se non si era riusciti a scrivere una legge generale come quelle del 1865, del 1923 o del 1941 e quest'ultima continuava anzi ad essere in vigore in alcune parti residue ed anche se non tutte le innovazioni introdotte potevano ritenersi pienamente coronate da successo.

Per valutare l'impatto dell'attuale legge con la situazione preesistente occorre pertanto tenere presente – sotto il secondo dei profili sopra indicati – quella che era l'impostazione di fondo cui si erano ispirati i vari interventi legislativi o costituzionali che si sono succeduti dalla fondazione dell'Italia moderna ad oggi.

3. Gli artt. 68-73 dello Statuto albertino, che si occupavano dell'«ordine giudiziario» (evitando intenzionalmente l'uso del termine «potere»), contenevano pochi e generici principi, per di più tutti derogabili da parte del legislatore a causa del carattere flessibile di tale costituzione. In particolare, l'art. 68 stabiliva che “la Giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai Giudici che Egli istituisce”, prefigurando così una magistratura composta da funzionari nominati dall'esecutivo (senza neppure che fosse prescritto come unico metodo di selezione il concorso, la cui applicazione fu generalizzata soltanto con la riforma Zanardelli del 1890, che eliminò le nomine politiche, salvo quelle per «meriti insigni»).

Questo tipo di organizzazione trovò compiuta disciplina nel primo testo legislativo italiano denominato «ordinamento giudiziario» che fu il r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626, in base al quale le relative funzioni erano fondamentalmente affidate ad un corpo di magistrati di carriera nominati dall'esecutivo e dotati di uno *status* che solo nominalmente ne garantiva l'indipendenza, del resto anche teoricamente riconosciuta soltanto ai magistrati giudicanti e non anche a quelli del pubblico ministero, posti alle dipendenze del Ministro della giustizia (questa dipendenza fu esplicitamente eliminata da un articolo della legge del 1946 sopra ricordata).

Per comprendere quali influenze abbiano portato all'introduzione di questo sistema occorre richiamare quelli che furono i suoi antefatti, verificatisi non tanto nell'ambito degli stati italiani preunitari, quanto soprattutto nella Francia del XVIII secolo. Le vicende svoltesi durante l'ultima fase dell'*ancien régime*, infatti, furono quelle che influenzarono i legislatori francesi nel periodo immediatamente successivo alla rivoluzione, le cui scelte, in vario modo modificate durante le fasi di riflusso che seguirono, furono cristallizzate nell'ordinamento giudiziario adottato da Napoleone con la legge del 20 aprile 1810, i cui criteri informatori, a loro volta, orientarono la legislazione adottata nel periodo successivo in molte parti d'Europa e del mondo.

Il «modello francese» di ordinamento giudiziario, così recepito in Italia, fu però oggetto di polemiche già nel corso del primo periodo in cui nel nostro paese fu applicata una forma di governo almeno tendenzialmente ispirata ai principi del costituzionalismo e talune limitate modifiche furono conseguentemente apportate all'ordinamento giudiziario del 1865 (soprattutto con la riforma Orlando del 1907) onde rafforzare l'indipendenza dei magistrati e migliorarne lo *status* professionale. Anche queste modifiche furono però in gran parte revocate durante il periodo che seguì l'avvento al potere del fascismo, cosicché il regio decreto n. 12 del 1941 disciplinò una magistratura composta da un corpo di pubblici dipendenti aventi uno *status* professionale largamente simile a quello dei funzionari amministrativi e pertanto solo nominalmente indipendenti, non soltanto per effetto dell'assetto autoritario che il regime costituzionale vigente in Italia aveva assunto in quel tempo, ma anche (e forse soprattutto) per il fatto di essere inquadrati - secondo il modello francese - in una gerarchia che aveva i suoi vertici nei capi dei singoli uffici giudiziari, nella Corte di cassazione e nel Ministero della giustizia.

Questa gerarchia incideva infatti sull'indipendenza della magistratura nel suo complesso, e su quella dei singoli magistrati, soprattutto per il fatto che essi erano inseriti in una «carriera» di tipo burocratico, la quale comportava una progressione vincolata ai giudizi espressi dai superiori gerarchici, in occasione dei vari concorsi da cui essa era segmentata, cosicché il controllo che il potere esecutivo esercitava sugli uffici direttivi più importanti (i cui titolari erano nominati dal Consiglio dei ministri), determinava anche un controllo capillare sui titolari di tutti gli altri posti

subordinati. Come fu detto efficacemente più tardi, le minacce all’indipendenza dei giudici e dei pubblici ministeri derivava, oltre e forse più che dalla mancanza di indipendenza «esterna» (cioè, nei confronti del potere esecutivo e di altri centri di potere esterni alla magistratura), proprio dai pericoli che provenivano dall’interno della magistratura stessa per effetto della sua struttura gerarchica e dei collegamenti che i suoi vertici mantenevano con il potere esecutivo, determinando così una carenza di indipendenza «interna».

Questo stato di cose indusse Piero Calamandrei a domandarsi, in un suo celebre discorso accademico del 1921, “se la vantata indipendenza dei giudici non sia nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo” e a segnalare il rischio che tale stato di fatto inducesse gli studenti di giurisprudenza a ritenere “che la scienza scritta nei libri non è che vuota menzogna”³. L’impostazione di Calamandrei e degli altri personaggi che avevano rivendicato l’adozione di principi del tutto diversi da quelli cui si ispirava il “modello francese” (guardando invece con favore al “modello anglosassone”, che comportava una figura di giudice configurato come un soggetto certamente privo dei caratteri dei “funzionari” che operavano nell’ambito delle burocrazie europee e la cui indipendenza in linea di principio era fuori questione) fu largamente seguita dall’Assemblea costituente, la quale dedicò all’ordinamento giudiziario parecchi articoli, che rafforzavano e garantivano l’indipendenza dei magistrati e valorizzavano il loro ruolo professionale.

Non è certamente possibile riferire qui in poche battute il contenuto di tali articoli ed il complesso di attività che furono svolte nei decenni che seguirono l’entrata in vigore della Costituzione, supplendosi in vario modo all’inerzia dei partiti politici ed alle resistenze dei magistrati anziani e, in un secondo momento, di alcune componenti dello schieramento politico. Basterà dire che l’istituzione del Consiglio superiore della magistratura consentì di realizzare una forma di “autogoverno” del potere giudiziario che in certa misura realizzava una condizione dell’indipendenza che era stata rivendicata, da alcuni precursori, fin dall’epoca immediatamente successiva all’unificazione nazionale⁴; che una serie di leggi che ridimensionarono la «carriera» giudiziaria attuarono il principio secondo il quale i magistrati si distinguono tra loro soltanto per le funzioni esercitate e non per i gradi o gli incarichi di cui sono titolari; che l’attuazione rigorosa del principio di precostituzione del giudice impedì ai potenti di scegliersi il magistrato da cui farsi giudicare; che l’indipendenza dei magistrati del pubblico ministero fu rafforzata nella massima misura compatibile con il tipo di funzioni che essi esercitano, eccetera, eccetera, tanto che, dopo una trentina di anni di evoluzione legislativa e giurisprudenziale della materia, si cominciò a

³ P. Calamandrei, *Governo e Magistratura* [1921], in *Opere giuridiche*, II, Napoli, Morano, 1966, p. 197.

⁴ Cfr. L. Mortara, *Lo Stato moderno e la Giustizia* [1885], ristampato in *Lo Stato moderno e la Giustizia e altri saggi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 125 ss..

parlare, in Italia e fuori d'Italia, di un «modello italiano» di ordinamento giudiziario, spesso imitato o comunque favorevolmente apprezzato, non soltanto nei paesi che andavano conseguendo per la prima volta un assetto costituzionale moderno, ma anche in alcune aree non nuove alla tradizione democratica, a cominciare dalla stessa Francia.

Questa evoluzione consentì comunque di affermare che l'ordinamento giudiziario concretamente vigente in Italia alla vigilia della crisi costituzionale sopravvenuta nell'ultimo decennio del XX secolo, se non aveva potuto materializzarsi in una nuova legge generale come quella cui verosimilmente pensavano i redattori della VII disposizione transitoria, si ispirava tuttavia ad un complesso di principi - quelli enunciati nel titolo IV della parte seconda della Costituzione del 1947 - che esprimevano una linea profondamente diversa e per molti versi diametralmente opposta a quella che aveva orientato il «modello francese» e più specificamente il decreto Grandi del 1941.

4. E' sufficiente leggere il testo della legge n. 150 del 2005 per constatare come l'obiettivo di tale legge consista invece nel ripristinare i principi che erano stati seguiti dalle leggi di ordinamento giudiziario del 1865, del 1923 e del 1941, ossia nel ripristinare appunto una disciplina attuativa dei principi fondamentali del «modello francese».

Considerato che la Costituzione italiana del 1947 è una costituzione rigida, pare indubbio che un così netto e radicale contrasto dei principi cui si ispira tale legge con quelli posti a base delle norme costituzionali, non soltanto tolga ogni senso all'affermazione secondo la quale la legge n. 150 del 2005 costituirebbe attuazione della VII disposizione della Costituzione, ma anzi ne determini la totale ed irrimediabile incostituzionalità proprio per violazione di tale disposizione (oltre che di molte altre contenute nella prima e nella seconda parte della Costituzione), al di là dei più specifici motivi di incostituzionalità di molte delle disposizioni particolari che sono in essa contenute.

Ovviamente, nulla esclude che alcune specifiche soluzioni adottate dalla legge n. 150 del 2005 possano essere utilizzate anche in un diverso contesto, ma sembra necessario dare un chiaro segno di discontinuità nei confronti di questo tentativo di restaurazione di un passato che rifiutava alla magistratura un'adeguata condizione di indipendenza. Né il programma per il futuro può consistere soltanto nel ripristinare la situazione esistente prima dell'inizio della legislazione eversiva dell'indipendenza; tale programma non può non consistere invece nel recuperare l'indicazione della VII disposizione transitoria e mettere finalmente in cantiere una legge generale di ordinamento giudiziario che, come essa tuttora dispone, sia «in conformità con la Costituzione».