

Lo stato della magistratura a sessant'anni dalla Costituzione.

Agropoli, 25 maggio 2010.

Vitaliano Esposito.

Il nucleo centrale della nostra discussione si è accentrato sul rapporto tra politica e giustizia.

Luciano Violante nel suo libro *I magistrati* ha oggi riassunto questo rapporto con la metafora: *il trono ambisce a schiacciare i leoni, mentre i leoni manifestano una certa propensione a sedersi sul trono.*

Ma già 2.500 anni or sono Aristotele - dal padre Dante definito il maestro di *color che sanno* - nell'avvertire che la sovranità deve esercitarsi *kata nomon*, ossia nel rispetto della legge, ammoniva che *bisogna rendere sempre meno sovrano il giudice.*

Ed in realtà questo rapporto è sempre stato difficile e si è svolto, senza eccezioni, in un clima di reciproca diffidenza e sospetto; talvolta assumendo aspetti di complicità controllata, altre volte di apparente contrapposizione, spesso concordata.

La satira ne ha colto, con la sua fertile fantasia, gli aspetti più paradossali, suscitando spesso il permaloso orgoglio dei contendenti, con ricadute giudiziarie, risolte con

decisioni non sempre rispettose della libertà di espressione o dei canoni di imparzialità.

Ma è stata l'arte — specie nelle sue espressioni letterarie o iconografiche — quella che, nella sua armonia, è riuscita a cogliere le sfumature delle diverse situazioni e, rovesciando le convenzioni, a penetrare, infrangendoli, nei dogmi e nelle storiche certezze.

Tradizionali sono le immagini della giustizia quale dea bendata, introdotta dagli artisti tedeschi del '400 o quale bilancia appesa al chiodo, mirabilmente espressa nella *Malinconia* del Durer.

Ma spesso il tema è alimentato ad arte, da parte del sovrano, per giustificare nuove regole da lui imposte a riaffermazione del suo potere.

Significative sono, in tal senso, le due tavole ad olio di Gerard David, esposte a Bruges e note come *il giudizio di Cambyses*, raffiguranti, l'una, l'arresto in fragranza e la condanna del corrotto giudice *Sisamnes*, e l'altra, lo *scuoimento da vivo* di quest' ultimo, poi sgozzato.

L'una e l'altra scena si svolgono sotto lo sguardo del Re, inquisitore e giudice, quale monito ai magistrati, non tanto della sicura reazione alla corruzione, di per sé troppo spesso tollerata dal sovrano, quanto, piuttosto, del concreto potere, pochi anni prima imposto con violenza alla città ribelle, da Massimiliano d'Asburgo (raffigurato dal re *Cambyses*, che secondo la storia, tramandataci da Erodoto, avrebbe poi usato la pelle scuoiata per intrecciare il seggio da cui *Otamnes*, figlio del giudice suppliziato, avrebbe a sua volta amministrato la giustizia).

La storia, poi, è piena di esempi in cui per arginare le lotte di classe e limitare le tirannie - espresse in complicità dal sovrano con il giudice - il potere del primo è intervenuto per ridurre i margini di discrezionalità del secondo.

E ciò specie quando in una società si supera quella *soglia fatale* del senso di ingiustizia percepito, che prelude alla rivolta all'ordine costituito o, talvolta (ma non in Italia), alla rivoluzione.

Per impedire il superamento di quella soglia, Bernardo Tanucci intervenne, a Napoli, sull'arbitrio nell'amministrazione della giustizia, imponendo ai giudici, con il suo Dispaccio del 1774, l'obbligo della motivazione delle sentenze.

La riforma fu apertamente avversata dalla magistratura, che frappose tali difficoltà tecniche da renderne inevitabile l'abrogazione nel 1791.

Ma già nel 1790 la *soglia fatale* era stata superata in Francia e la legislazione rivoluzionaria aveva posto nell'obbligo della motivazione uno dei capisaldi della sua azione, per porre fine agli abusi del sistema giudiziario dell'*Ancien regime*.

Gli altri capisaldi — voluti dallo stesso Re per salvare il salvabile — furono costituiti dalla istituzione della Corte di cassazione e della polizia giudiziaria sotto il controllo del Procuratore del Re.

La prima — sotto il nome di *Tribunal de cassation* — fu istituita contro l'arroganza dei giudici, quale organo del potere legislativo, incaricata di controllare la corretta interpretazione e applicazione della legge.

Oggi la nostra Corte di cassazione - erede diretta di quel *Tribunal* - è sommersa da una marea incontenibile di ricorsi ed è divenuto, in pratica, un giudice monocratico di terzo grado, con buona pace per il principio della certezza del diritto.

Il ruolo di controllo sull'operato dei giudici é oggi svolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

E siamo a quattro gradi di giudizio.

Che diventano cinque con la necessita della successiva riapertura del processo, strada ora finalmente ritenuta legittima dalla Corte di cassazione, sia pure in un clima di generale sconcerto e di confusione di idee da parte di una parte dei giudici del merito.

Per uscire dalla situazione di stallo occorre una riforma che elimini il giudizio di appello - anacronistico alla luce del sistema di *common law* adottato dal nuovo codice di rito — e trasformi la corte di cassazione in corti regionali con giurisdizione di merito e legittimità.

Si tratta di una soluzione rispettosa degli obblighi assunti con l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che richiede un solo grado di giudizio con possibilità di riesame da parte di un giudice superiore.

La seconda riforma operata al momento della rivoluzione francese - quella della creazione della polizia giudiziaria — sorse anch'essa come reazione al dispotismo di Stato, con delatori anonimi, agenti provocatori e polizia segreta, che rendevano bendata la giustizia

La polizia giudiziaria fu scorporata dalla polizia di sicurezza, cui furono affidati solo compiti di prevenzione dei delitti.

La polizia giudiziaria - fu detto nel codice del 3 brumaio dell'anno IV - ricerca i delitti che la polizia amministrativa non è stata in grado di impedire.

Per tal modo la polizia giudiziaria ed il Procuratore del Re costituirono i filtri delle *notitiae criminis* e resero credibile e più agevole l'intervento del giudice istruttore, dinanzi al quale si formava la prova, con conferma al dibattimento.

L'affidabilità del sistema fu garantita dall'appartenenza, sia del procuratore che del giudice, all'ordine giudiziario.

Questo è il sistema ancor oggi vigente nei sistemi di *civil law* (Francia, Belgio, etc) e che è stato in corso da noi fino all'entrata in vigore del nuovo codice, ispirato ai modelli di *common law*.

Modelli caratterizzati da una rigida separazione tra polizia (che ricerca elementi di accusa), *attorney* (che valuta in autonomia l'utilizzabilità di tali elementi) e giudice, dinanzi a cui si forma, nel contraddittorio tra le parti, la prova.

L'autonomia è tale che se un *attorney* per caso entra nello stesso ascensore del giudice, quest'ultimo non può esaminare, quel giorno, alcun caso cui è interessato quell'*attorney*.

Questa situazione — anch'essa non attentamente valutata al momento delle scelte sul nuovo codice — rende attuale il dibattito su due temi, intimamente connessi: quello

del cosiddetto controllo di legalità e quello della posizione costituzionale del nostro pubblico ministero.

Sul primo tema - evocato nel suo libro anche da Luciano Violante - è noto che parte della magistratura rivendica la titolarità di tale controllo.

Si tratta di un controllo preventivo, non legato alla *notitia criminis*, e che consente al pubblico ministero di ricercare se un reato è stato commesso. Controllo estraneo alla tradizione degli ordinamenti di *civil law*

Il dibattito si estende agli analoghi poteri che, nei Paesi dell' Est, prima della caduta del muro di Berlino, erano affidati alla *Prokuratura* di stampo sovietico.

Quale condizione per l' ingresso di questi Paesi nella Grande Europa, il Consiglio d' Europa ha preteso la revisione dell'istituto, ritenendo che lo stesso, per la sua pervasività, potesse negativamente incidere sulla stabilità dei sistemi democratici.

Sul secondo tema il dibattito, se possibile, e ancora più acceso.

L'anomalia del sistema italiano è certamente costituito dalla circostanza che il nostro pubblico ministero è l'unico - tra ordinamenti sia di *civil law* sia di *common law* - ad essere indipendente dall'esecutivo.

Ed esso è l'unico che — in un ordinamento processuale di *common law* - fa parte dell'ordine giudiziario, come avviene negli ordinamenti di *civil law*.

La scelta del costituente fu certamente influenzata dalla peculiarità del periodo storico dei lavori

dell'Assemblea — il biennio successivo alla caduta del fascismo — dall'introduzione dell'immunità parlamentare in forma ben più ampia di quella prevista dallo statuto albertino ed, infine, dall'incertezza sull'esito del referendum istituzionale.

Voglio qui ricordare che il Procuratore generale dell'epoca - Massimo Pilotti - ritenne che il *quorum* per la proclamazione della Repubblica non fosse stato raggiunto e la leggenda dice che rimase seduto al suo scranno quando Enrico De Nicola entrò nella sala della Lupa al Campidoglio.

Il costituente, quindi, preferì una soluzione di compromesso, agevolata dalla sostanziale sfiducia nella magistratura da parte dei partiti di sinistra, favorevoli a forme di controllo politico sui giudici e quale correttivo del sistema prevede il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Ma se fu certamente geniale, per quei tempi, quella che fu definita *l'armonia compromissoria* raggiunta da De Gasperi e Togliatti, la situazione attuale impone una serena riflessione.

Riflessione - sinora mancata — sugli effetti dell'adozione di un codice di *common law*, non accompagnata da riforme ordinamentali, come è avvenuto in Portogallo, che pure ha adottato il codice di rito che è una pedissequa traduzione del nostro codice dell'89 (ed è ivi entrato in vigore sin dal 1988).

Ma soprattutto le necessarie riforme devono tener conto dell'evoluzione sociale e politica che si è verificata dal momento dell'entrata in vigore della Costituzione.

E' certo che il sistema politico non fu in grado di affrontare il terrorismo negli anni Settanta, la criminalità organizzata negli anni Ottanta, e che la magistratura, a prezzo di sangue, svolse una reazione efficace, sfociata negli anni Novanta in una sorta di missione civile contro la corruzione.

Nei miei interventi in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario ho cercato di delineare le cause che stanno trasformando la crisi della giustizia in una vera e propria situazione di ingiustizia.

Ho parlato di diniego di giustizia: di una delle più gravi violazioni del diritto internazionale.

E tra le cause del disfacimento ho denunciato l'attuale incapacità della legge - in Italia come in altri Paesi - a regolare la complessità del reale, a tener dietro alla vertiginosa accelerazione dei processi sociali.

E la legge ha bisogno del giudice - e della sua discrezionalità - per essere integrata nei suoi contenuti.

Ma la discrezionalità - certo ineludibile — non può essere senza regole e presuppone la *fairness*, la correttezza processuale.

La *fairness* — quel generale sentimento del giusto e dell'equo — che dovrebbe ispirare le nostre azioni e che costituisce il cardine degli ordinamenti di *common law*.

Nella carenza di regole e canoni di correttezza, si annida il rischio dell'arbitrio, dell'imprevedibilità dell'azione dei pubblici poteri, della non uniformità del loro agire e, quindi, della violazione dei principi di eguaglianza e di certezza del diritto.

Muovendosi su questo terreno impervio vi é il rischio che il magistrato possa divenire un mediatore di conflitti, che cerca il consenso dei cittadini, se non addirittura quello del popolo, con conseguente sua politicizzazione e scontro con le parti politiche.

E' ben vero che il conflitto tra politica e magistratura é rilevabile in qualsiasi società democratica, tanto che questo fenomeno è stato definito come *espansione globale del potere giudiziario* o come *imperialismo giudiziario*.

Ma l'incontro-scontro tra il mondo della giurisdizione e quello della politica assume caratteristiche preoccupanti ove esso si incunei all'interno della stessa magistratura.

E, soprattutto, quando si incunei in quegli ordinamenti ove é data constatare la carenza di un comune sentire sui valori dei diritti umani e sul generale sentimento del giusto e dell'equo - della *fairness*, della correttezza — che pervade la Convenzione europea ed ora la Carta di Nizza che con essa si lega nel trattato di Lisbona.

Se un ritardo culturale ancora sussiste in materia, occorre determinarne il recupero nell'attività di formazione professionale continua.

La vera coesione culturale della magistratura, però, va ricercata sui valori fondanti della nostra democrazia.

Deve essere decisamente contrastata la vieta distinzione tra garantisti e giustizialisti, che annida in sé un germe pericoloso per ogni società democratica.

Va ribadito che il magistrato, sia egli giudice o pubblico ministero, vive in un modello retto da regole — espressione

dei principi di autonomia e di indipendenza — le quali non sono strumentalizzabili o in alcun modo asservibili all'eterno dualismo amico-nemico.

Ed è mio fermo convincimento che la magistratura debba restare rigorosamente estranea ad ogni conflitto con le parti politiche: l'unica politica consentita al magistrato, nell'esercizio delle sue funzioni, è quella del rispetto delle regole della legalità e della correttezza.

E tutto ciò in attesa delle necessarie riforme.

Riforme condivise, ma né occasionali né di corto respiro, come ha auspicato il Capo dello Stato.